Cours élémentaire de droit civil français (6e édition) par Ambroise Colin et H. Capitant

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Colin, Ambroise (1862-1929),Capitant, Henri (1865-1937). Cours élémentaire de droit civil français (6e édition) par Ambroise Colin et H. Capitant. 1930-1931.

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

940

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

AMBROISE COLIN
CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION
PROFESSEUR HONORAIRE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

H. CAPITANT
MEMBRE DE L'INSTITUT
PROFESSEUR DE DROIT CIVIL
A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

BIBLIOTECA

Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences Morales et Politiques
(PRIX CHEVALLIER)

TOME DEUXIÈME

CONFORME AU PROGRAMME DE DEUXIÈME ANNÉE

Sixième Édition.

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11
—
1931

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

4° F
2891

17 NOV 1930
DÉPOT LEGAL
B.N. VOLUMES
Editeurs
A 10611

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

AMBROISE COLIN

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION
PROFESSEUR HONORAIRE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

H. CAPITANT

MEMBRE DE L'INSTITUT
PROFESSEUR DE DROIT CIVIL
A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences Morales et Politiques
(PRIX CHEVALLIER)

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

DEUXIÈME

CONFORME AU PROGRAMME DE DEUXIÈME ANNÉE

132
940
Le Droit privé
Vues
Verle

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
21, RUE SOUFFLOT, 11

1931

INTRODUCTION

Objet du volume. — Les obligations. — Définition. — Généralités.

Dans ce volume, nous étudierons les *obligations* ou *droits de créance*, qui constituent, après les *droits réels*, étudiés par nous dans notre premier volume, la seconde série des *droits patrimoniaux*.

On peut définir l'obligation *une nécessité juridique par l'effet de laquelle une personne est astreinte envers une autre à une prestation soit positive, soit négative, c'est-à-dire à un fait ou à une abstention,* ou, comme le dit le Code (art. 1101), à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. On appelle *créancier*, celui auquel appartient le pouvoir d'exiger cette prestation, et *débiteur*, celui qui est astreint à l'exécuter.

La matière des obligations est immense. Les rapports d'obligations entre individus forment, en effet, la *trame de la vie juridique*. Presque toutes les institutions juridiques du Droit privé y trouvent leur base. Le Droit de famille lui-même peut être considéré comme l'ensemble des obligations que le mariage et la communauté de sang créent entre les personnes. Et, dans le Droit du patrimoine, nous avons vu que le contrat, c'est-à-dire l'acte essentiellement générateur d'obligations, est le procédé le plus usuel de l'acquisition des droits réels (art. 1138).

Notons ici que quelques auteurs, exagérant encore cette importance des obligations, ont voulu y faire entrer la notion même de droit réel. Qu'est-ce, ont-ils dit, qu'un droit réel, par exemple, le droit de propriété, sinon l'obligation pour tous les êtres humains, *autres que le propriétaire*, de respecter l'action exclusive de celui-ci sur la chose dont il est le maître ? Nous considérons cette manière de voir comme erronée. Il y a une différence profonde de nature entre les droits réels et les droits de créance. Ceux-ci sont des droits *relatifs* consistant dans un rapport entre deux personnes, dont l'une voit une partie de sa liberté naturelle mise au service d'autrui, dont l'autre possède sur autrui un pouvoir de commandement. Au contraire, le droit réel est un *droit absolu*. Or, le *droit absolu* n'est plus un rapport entre deux individus ; c'est une prérogative accordée à un individu et consistant, quand il s'agit d'un *droit réel*, du droit de propriété, par exemple, dans le pouvoir d'user, de jouir de la chose, d'en tirer toute l'utilité qu'elle est susceptible de donner, en un mot, dans un pouvoir s'exerçant *directement* sur la chose. Et à cette différence fondamentale se rattachent des contrastes nombreux. Le *droit réel* est *perpétuel*, destiné à durer autant que

son objet. Il se transmet d'une personne à une autre sans jamais disparaître. Le droit de créance, au contraire, est par essence un *rapport temporaire entre deux individus*, destiné à s'éteindre par un événement prévu, le paiement. Dire que le droit réel se ramène à une obligation passive universelle, c'est donner du droit réel une notion incomplète, insuffisante. En outre, c'est détourner le mot d'*obligation* de son sens juridique, c'est lui attribuer une signification nouvelle, car l'obligation est essentiellement quelque chose d'anormal, une exception au droit commun, qui est l'indépendance réciproque des individus et non l'assujettissement de l'un à l'autre, tandis que cette prétendue obligation générale du public de respecter le droit de propriété (et tous les droits absolus), ce n'est précisément que le droit commun, la condition essentielle et primordiale de toute vie sociale.

La matière des obligations se compose rationnellement de deux parties, une partie GÉNÉRALE et une partie SPÉCIALE.

La partie générale, consacrée à l'exposition des principes, des règles fondamentales, se subdivise elle-même en deux branches :

L'étude de l'obligation considérée en elle-même, abstraction faite du fait juridique qui l'engendre ;

L'étude des faits juridiques qui engendrent les obligations et qui, d'après une tradition doctrinale dont nous aurons d'ailleurs à faire la critique, sont : les *contrats*, les *quasi-contrats*, les *délits et quasi-délits*, la *loi*.

Les principes, qui constituent la partie générale, présentent ce grand intérêt qu'ils sont applicables, non seulement aux obligations actuellement en usage, mais également à celles que les transformations de la vie économique font apparaître. C'est la partie stable, durable, du Droit des obligations. Elle n'a guère changé depuis le Droit romain.

La partie spéciale comprend l'exposition des règles applicables aux diverses opérations juridiques qui s'accomplissent entre les hommes et aboutissent à créer des obligations. C'est la partie changeante, mobile, du Droit des obligations. En effet, avec les transformations politiques et économiques d'une société, certains contrats cessent d'être employés et disparaissent peu à peu : tels, en France, les contrats de bail à rente et de rente constituée, ou les contrats issus du Droit féodal. D'autres se développent de plus en plus et prennent une importance prépondérante : tels, de nos jours, le contrat de travail, le contrat d'association, le contrat de transport. De nouvelles opérations apparaissent qui n'étaient pas auparavant usitées : telles sont les assurances contre l'incendie, sur la vie, contre les accidents, etc. Mais toutes ces formes nouvelles restent sous la direction des principes généraux qui forment le cadre de la matière des obligations.

Ces principes généraux nous viennent du Droit romain. C'est dans le Droit romain que ce rameau du Droit civil plonge toutes ses racines. Il est vrai que, durant plusieurs siècles, le Moyen Age a connu un autre système fondé sur des idées différentes ; mais à partir de la rénovation des études de Droit romain en Occident, la théorie des obligations a été reconstruite avec son ancienne physionomie.

Principe moderne du pouvoir de la volonté — Il y a cependant quelque chose de nouveau dans notre théorie des obligations ou plutôt des actes les plus usuels qui leur donnent naissance, à savoir les contrats. C'est le principe que les contrats se forment par le seul consentement des parties, par le simple accord de leurs volontés (art. 1134). En effet « dans le droit de Justinien, sauf quelques contrats consensuels reconnus depuis longtemps par le Droit civil, sauf quelques pactes exceptionnellement favorisés par le préteur ou par les constitutions impériales, seuls les contrats réels ou formalistes sont munis d'une action. Pour devenir obligatoire, il fallait en principe que la convention eût été coulée dans le moule de la stipulation ou exécutée par l'une des parties » (Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, Rev. hist., 1880, p. 659). Dans le Droit moderne, au contraire, *la seule volonté produit des obligations.*

Etant donné ce principe, aujourd'hui fondamental, on comprend aussitôt qne le Droit des obligations est la partie du Droit civil où la volonté des individus joue le rôle le plus important, car la principale source de l'obligation est le contrat, et dans le contrat, ce sont les parties qui fixent elles-mêmes librement, comme elles le veulent, les effets juridiques que va produire leur accord. Le législateur n'a donc ici, le plus généralement, qu'à préciser les effets, plus ou moins distinctement aperçus par les parties, des ententes auxquelles elles se livrent, et dont le fondement se trouve dans l'autonomie de leur volonté. Il interprète plutôt qu'il ne commande. Le seul cas où ses dispositions prennent un caractère impératif, c'est lorsqu'il doit élever des bornes devant la volonté des parties, pour empêcher que leur accord ne porte atteinte à l'ordre public.

Division du volume. — Le présent volume sera divisé en trois livres :

Dans le premier, nous tracerons la *théorie générale* des obligations envisagées en elles-mêmes soit *simples*, soit *complexes*, c'est-à-dire affectées de modalités, l'effet des obligations, leur extinction, leur transmission

Le second livre sera divisé en deux titres :

Dans le premier, nous traiterons des sources diverses des obligations : les contrats et les sources autres que les contrats, délits et quasi-délits, quasi-contrats, enfin la loi.

Dans le second titre, nous étudierons les contrats les plus usuels, vente, louage, société, contrat de travail, mandat, dépôt, etc... Ce titre correspondra à ce que nous appelions plus haut la partie *spéciale* du Droit des obligations[1].

1. On remarquera que le Code civil n'a pas suivi le même plan. Il mélange constamment les deux points de vue : celui de l'obligation envisagée en soi, celui de l'acte ou du fait générateur de l'obligation. Partant de l'idée, d'ailleurs exacte, que les contrats sont la cause la plus fréquente des obligations, il a pris pour type l'obligation conventionnelle, et intitulé le titre III du livre III *des Contrats ou des obligations conventionnelles.* Après quelques dispositions préliminaires contenues dans le chapitre I, le chapitre II énumère les conditions essentielles pour la validité des conventions, puis les chapitres III à VI sont consacrés aux règles qui s'appliquent à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source. Enfin, dans un titre IV, le Code traite des engagements

Enfin dans le troisième livre nous étudierons les *sûretés*, que la loi ou la volonté des parties peuvent attacher aux obligations pour en assurer l'efficacité. Nous exposerons dans ce livre les règles juridiques concernant le *Crédit*, et en particulier le *Crédit hypothécaire*.

qui se forment sans convention, et y étudie les autres sources des obligations, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit, la loi. En suivant cette division, les rédacteurs du Code se sont d'ailleurs conformés à la tradition. Les Institutes de Gaïus (comm. 3, § 88 et s.) et celles de Justinien (liv. III, tit. 13 et s. et liv. IV, tit. 1 à 5), prennent en effet comme base de leurs divisions les sources des obligations : contrats, quasi-contrats, délits et nos anciens auteurs suivent les mêmes errements.

LIVRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

TITRE PREMIER

OBLIGATIONS SIMPLES

CHAPITRE PREMIER

EFFET DES OBLIGATIONS

Idées générales. — En thèse générale, l'effet d'une obligation est que le débiteur est tenu d'accomplir la prestation qui en fait l'objet. S'il refuse de l'accomplir volontairement, le créancier a le droit de l'y contraindre en faisant appel à la force publique, ou, lorsque *l'exécution en nature* n'est pas possible, de se faire payer des dommages-intérêts, mode de satisfaction qu'on peut appeler *exécution par équivalent.*

Pour garantir et réaliser ses droits, le créancier peut prendre certaines mesures, exercer certaines actions, en vue d'empêcher le dépérissement des biens du débiteur ou de se payer sur le montant de la somme retirée de la saisie de ses biens.

A titre exceptionnel, il y a certaines obligations imparfaites, qui ne donnent pas au créancier le droit d'en poursuivre l'exécution forcée. Ce sont les *obligations naturelles* [1].

SECTION I. — Etendue de l'obligation du débiteur. Effet de l'inexecution de son obligation.

§ 1. — Etendue de l'obligation du débiteur.

Obligations de donner, de faire, ou de ne pas faire. Obligations successives. — D'après l'article 1101, les obligations se divisent en trois catégories : les obligations de *donner*, les obligations de *faire*, les obligations de *ne pas faire.*

1° L'obligation de *donner* est celle qui a pour objet non la livraison d'une chose, mais l'*acquisition par le créancier sur cette chose d'un droit réel*, le plus souvent du droit de propriété. *Donner* est donc pris ici dans le sens romain de *dare.* Nous avons vu qu'à la différence du Droit romain et de l'ancien Droit français qui, ainsi d'ailleurs que le Code civil allemand, distinguent soigneusement l'acte générateur de l'obligation de donner (vente, donation, échange) et l'acte translatif (tradition) qui éteindra l'obligation par son accomplissement, notre Droit moderne (art. 1138) a supprimé l'intervalle entre les deux opérations. Le même acte, par lequel le débiteur (le vendeur par exemple) s'engage à transférer la propriété (ou à constituer un droit réel), à *donner* en un mot, réalise cette

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *des Obligations*, 3e éd. ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd. 1885 : Saleilles, *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand*, 3e éd.. Paris 1914 ; René Demogue, *Traite des obligations en général*, tomes 1 et 2 Paris, 1923.

translation ou cette constitution. En principe donc, dans notre Droit, l'obligation de donner sauf quand elle est affectée d'un terme, *est exécutée aussitôt qu'elle a pris naissance.* Elle n'existe qu'un instant de raison.

Toutefois, nous rappelons qu'il y a des hypothèses où la démarcation des deux opérations subsiste. Il en est ainsi notamment lorsque l'acte générateur de l'obligation de donner vise, non un corps certain et déterminé existant actuellement, mais, soit une chose future, soit des choses envisagées seulement *in genere*, tant de sacs de farine de première qualité, tant d'hectares de bois taillis dans tel arrondissement, etc. Alors la convention n'engendre qu'une obligation. C'est une opération ultérieure qui réalisera le transfert de propriété. Cette opération sera la *livraison*, ou, plus exactement croyons-nous, la *détermination* des objets faite contradictoirement; leur spécification, par exemple, au moyen du pesage ou du mesurage (V. art. 1585 et 1586).

2° L'obligation de *faire* est celle qui a pour objet un fait actif que le débiteur s'engage à accomplir, fait autre que le transfert de la propriété, ou la constitution d'un droit réel. Ce peut être un fait *matériel*, comme le fait, de la part d'un entrepreneur, de construire une maison, ou un fait *juridique*, comme le fait, de la part du bailleur ou du vendeur, de transférer au locataire ou à l'acheteur la possession de la chose louée ou vendue.

3° L'obligation de *ne pas faire* est celle à raison de laquelle le débiteur est tenu de s'abstenir de certains actes que, d'après le droit commun, il eût été libre d'accomplir ou de ne pas accomplir à son gré. Par exemple, celui qui vend un fonds de commerce, contracte l'obligation de ne pas faire concurrence à l'acheteur en ouvrant un nouveau fonds dans le voisinage ; de même, un ingénieur qui entre dans un établissement industriel, s'engage à ne pas dévoiler les procédés secrets de fabrication.

Une observation commune aux obligations de donner, de faire et de ne pas faire trouve ici sa place. La prestation qui forme l'objet de l'obligation peut être réalisée ou accomplie par une seule opération, ou, au contraire, imposer au débiteur une série d'actes d'exécution répartis sur un certain temps. Dans ce dernier cas, on dit que l'obligation est *successive.* L'obligation de ne pas faire est toujours successive, puisqu'elle oblige le débiteur à s'abstenir d'un acte dans toutes les occasions qu'il aurait de l'accomplir. Mais ce n'est pas la seule qui présente ce caractère. Ainsi, dans le contrat de louage d'immeuble, le bailleur est tenu de faire jouir le preneur des lieux loués pendant toute la durée du bail ; c'est une obligation successive de faire. De son côté, le preneur est obligé de payer son loyer aux termes convenus ; c'est une obligation successive de donner.

Libération du débiteur. Théorie de la faute contractuelle[1]. — Le débiteur, en principe, n'est libéré que par l'exécution de la prestation à laquelle il est astreint. Le fait de ne pas l'exécuter, ou, ce qui revient au même, de ne pas l'exécuter au moment convenu, constitue ce qu'on appelle la *faute contractuelle.*

Le débiteur en faute, non seulement peut être contraint par la force publique à exécuter la prestation qu'il doit, si cela est possible, mais encore encourt une *responsabilité*, c'est-à-dire qu'il doit indemniser le créancier de tout le préjudice résultant de sa faute.

Est-il nécessaire que la faute du débiteur, pour donner naissance à cette

1. V. Henri Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle,* Revue trim. de droit civil, 1929, p. 551 et s.

responsabilité, atteigne un certain degré de gravité ? C'est la question classique de la *gradation des fautes*, question sur laquelle les anciens auteurs, Accurse, Alciat, Cujas, Duaren, avaient exercé leur subtilité. Ils avaient imaginé une théorie compliquée, dont ils avaient cru trouver l'origine dans les textes du Digeste, notamment dans un fragment d'Ulpien (5, § 2, *Com-mod.* D. XIII, 6). Pothier l'expose en appendice dans son *Traité des obligations* (V. éd. Bugnet, t. II, p. 497). Elle distinguait quatre degrés dans la faute : 1° Le *dol* ou faute méchante, intentionnelle ; la *culpa lata*, ou *faute lourde*, « qui consiste à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires » ; cette faute est assimilée au dol ; 3° la *culpa levis* ou *levior*, la *faute légère*, c'est-à-dire celle qui consiste à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires ; 4° la *levissima culpa* ou *faute très légère*, « qui consiste à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires ».

Les mêmes auteurs divisaient également les contrats et quasi-contrats en trois groupes :

1°. Ceux qui sont faits *pour le seul intérêt du créancier*, par exemple, le dépôt. Dans ces contrats, le débiteur n'est tenu, disaient-ils, que de sa faute lourde ;

2° Ceux qui se font *pour l'intérêt réciproque des parties* tels que la vente, le louage, la société, etc. Le débiteur y est tenu de sa faute légère ;

3°. Enfin, ceux qui sont conclus *dans le seul intérêt du débiteur*, comme le prêt à usage. Le débiteur doit apporter à l'exécution de son obligation le soin le plus exact, et y répond de la faute la plus légère.

Le Code a fait allusion à cette distinction traditionnelle dans son article 1137, à propos d'une obligation particulière, celle de *veiller à la conservation de la chose*, obligation de faire qui est en général l'accessoire d'une obligation de donner. L'article 1137, al. 1^er^, repousse d'ailleurs la distinction, « plus ingénieuse qu'utile », dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs, et « propre à répandre une fausse lueur ». « L'obligation de veiller à la conservation de la chose », dit le texte, « soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'*un bon père de famille*. » Ainsi, le principe consacré par la loi, c'est qu'il faut comparer la conduite du débiteur à celle d'un *bonus pater familias*, c'est-à-dire à la diligence qu'un homme attentif et soigneux apporte à l'administration de ses affaires, et voir si elle a été conforme aux errements habituels d'un individu de ce genre. Si elle ne l'a pas été, il y a faute du débiteur, et il encourt la responsabilité du dommage subi par le créancier. On exprime quelquefois cette solution en disant que le débiteur est tenu en général de la *culpa levis in abstracto*. Le Code civil allemand dit (art. 276) qu'il y a négligence (faute) de la part du débiteur, s'il n'a pas pris « les soins exigés dans les rapports d'affaires ».

La mesure générale de la responsabilité du débiteur reçoit d'ailleurs (l'article 1137 l'annonce dans son second alinéa) diverses exceptions :

Parfois, comme dans le commodat, ou prêt à usage, il faudra exiger du débiteur qu'il fasse preuve d'une diligence plus attentive. L'article 1882 du Code civil dit que, si la chose à lui prêtée a péri par un cas fortuit dont

l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est responsable de la perte.

Parfois, au contraire, le débiteur n'est tenu que de sa faute grave. Il en est ainsi de l'héritier bénéficiaire pour les fautes commises dans l'administration des biens de la succession (art. 804, voir aussi art. 1992, 2e al., 1374, 2e al.).

Parfois, enfin, on appréciera la conduite du débiteur d'après ses antécédents personnels (*in concreto*), et non d'après le type abstrait du bon père de famille. Ainsi, l'article 1927 nous dit : « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

Nous estimons que, sous l'empire de la tradition, le Code a fait fausse route en s'attachant çà et là à une soi-disant gradation des fautes du débiteur. La vérité, c'est que le débiteur est toujours tenu de la même chose, qui est d'exécuter son obligation. Dans les divers contrats, la seule question qui se pose est de savoir quel est au juste le *contenu*, c'est-à-dire l'*objet* de l'obligation. Si, en matière de dépôt (art. 1927), le débiteur n'est tenu que de la diligence qu'il apporte à ses propres affaires, c'est que c'est à cette prestation que l'intention commune des parties a entendu l'astreindre. Si ordinairement, au contraire, le débiteur est tenu d'apporter à sa conduite une diligence telle qu'on peut l'attendre d'un *pater familias* de la bonne moyenne, c'est parce que son créancier a compté sur une prestation de cette mesure seulement. Dès qu'il y a manquement à l'obligation, le débiteur est en faute, il est donc responsable.

Ajoutons toutefois que, dans tous les cas, le manquement à l'obligation doit être *imputable au fait du débiteur*. Et telle est la formule, bien préférable à toutes celles qui évoquent l'idée de faute, que le Code emploie dans un grand nombre d'articles (art. 1042, al. 2, 1245, 1610, 1933). La preuve qu'elle est seule conforme à la réalité, c'est qu'il serait impossible, croyons-nous, de citer une seule décision judiciaire exonérant un débiteur, par cette raison que l'exécution de son obligation eût requis une diligence supérieure à celle d'un *bonus pater familias* ; les seules causes d'exonération qu'on peut relever dans la Jurisprudence sont celles que nous allons étudier, à savoir le cas fortuit, la force majeure, la propre faute du créancier.

En somme, voici la double règle qu'il faut substituer aux distinctions subtiles et surannées que nous avons rappelées :

Le débiteur est en faute et, par conséquent, responsable du préjudice causé au créancier, dès lors que son obligation n'a pas été exécutée *par son fait*.

Au contraire, le débiteur n'est pas en faute, il échappe à toute responsabilité, lorsque l'inexécution de l'obligation est imputable *à une cause qui lui est étrangère* (V. art. 1147 et 1302, 3e al) [1].

1. N'y a-t-il pas exception aux deux principes que nous venons d'énoncer dans deux hypothèses où l'exonération du débiteur est prononcée par la loi, alors que l'inexécution de l'obligation provient bien de son fait, mais d'un fait *excusable*, ce qui réintroduirait ici l'idée de la faute ? La première de ces hypothèses est celle de l'article 1935 d'après lequel l'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu de restituer au préposant que le prix qu'il a reçu, ou de lui céder l'action en paiement du prix, s'il n'a pas été payé. L'autre hypothèse est celle de l'article 1380, d'après lequel, en cas de paiement de l'indû, *l'accipiens* qui a vendu de bonne foi la chose indûment payée, est libéré envers le *solvens* en lui ver-

Inexécution non imputable au débiteur. Cas fortuit et force majeure[1]. — Le cas où le débiteur est libéré, bien que l'obligation n'ait pas été exécutée, sont, avons-nous dit, ceux où cette inexécution provient d'une cause qui lui est étrangère. Cette cause peut être :

1° Soit *le fait du créancier lui-même*. Par exemple il est prouvé que, si la marchandise transportée par une compagnie de chemins de fer n'a pas été livrée en bon état au destinataire, c'est par suite du mauvais arrimage, du mauvais emballage ou du défaut de précautions de l'expéditeur. La compagnie est exonérée.

2° Soit le *cas fortuit* ou la *force majeure* (art. 1148).

Il convient de s'arrêter à ces expressions très usuelles de *cas fortuit* et de *force majeure* (art. 1147 et 1148), parce qu'elles ont fait, dans ces dernières années, l'objet d'intéressantes discussions.

La plupart des auteurs voient dans les mots *cas fortuit* et *force majeure* des synonymes signifiant indifféremment *toute cause étrangère au débiteur* qui a mis obstacle à l'exécution de l'obligation. Et, en effet, les rédacteurs du Code accolent en général les deux expressions ou semblent même les employer indifféremment l'une ou l'autre pour exprimer la même idée (V. 855, art. 1302, 1722, 1730, 1733, 1769, 1772, 1773, 1784, 1882, 1929, 1934, 1954). Du reste, le cas fortuit ou la force majeure produisent *le même effet libératoire ;* ils exonèrent le débiteur.

Une autre interprétation a été donnée des deux expressions, d'après laquelle *la force majeure* désignerait l'obstacle à l'exécution de l'obligation *résultant d'une force étrangère*, et le *cas fortuit* l'obstacle *interne*, c'est-à-dire provenant des conditions mêmes de l'exploitation du débiteur, l'accident de matériel, la faute de l'employé, etc. Un système un peu différent voit dans le cas fortuit *l'impossibilité relative* d'exécution, c'est-à-dire celle qui a pu entraver l'action du débiteur envisagé, soit en lui-même, soit comme un *bonus pater familias* ordinaire, mais dont une volonté mieux armée, mieux outillée aurait pu triompher, ce que les Allemands appellent *l'impuissance* du débiteur, *Unvermögen* (V. art. 235, 2e al., C. civ. allemand). *La force majeure*, ce serait l'*impossibilité absolue* provenant d'un *obstacle irrésistible*, *imprévu et imprévisible* (tempête, foudre, tremblement de terre, guerre, fait du prince).

Nous adoptons cette seconde interprétation tout en estimant qu'en général, il n'y a pas intérêt à distinguer le cas fortuit et la force majeure, parce que l'une et l'autre entraînent l'exonération du débiteur. Cela est conforme à l'équité, car on ne peut exiger du débiteur plus que ce qu'un homme intelligent de la bonne moyenne est capable de fournir.

Mais, si tel est le principe, il y a des hypothèses où, par exception, le débiteur, libéré par la force majeure, ne le sera point par le cas fortuit, ce qui

sant le prix de vente. Nous croyons que ces textes s'expliquent par cette idée que le dommage supplémentaire qui reste à la charge du déposant ou du *solvens* est causé par l'imprudence qu'ils ont commise, le premier, en faisant un dépôt à un particulier exposé à des chances de mort, le second, en payant à la légère ce qu'en réalité il ne devait pas. L'inexécution de l'obligation est donc imputable ici pour partie à une cause étrangère au fait du débiteur.

1. Sur le cas fortuit et la force majeure, V. la note de M. Ambroise Colin, D. P. 1904. 2. 73 avec les références, et la note de M. Capitant. D. P. 1917. 2. 33 ; Thaller, *Traité élém. de Droit commercial*, n° 1198 ; *Ann. de Droit commercial*, 1895, 2e partie, p. 154, 156 ; Bourgoin, thèse Lyon, 1902 ; Roger Dufourmantelle. *La force majeure*, Paris, 1920 ; Radouant, thèse Paris, 1920 ; Becqué, *Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle.* Rev. trim. de droit civil, 1914, p. 251.

donne un grand intérêt à distinguer entre les deux causes de libération.

Une jurisprudence, d'ailleurs contestable, considère qu'il en est ainsi en ce qui concerne l'obligation que la loi du 9 avril 1898 met à la charge du chef d'entreprise, au cas où un *accident du travail* frappe l'un de ses ouvriers. Quand l'accident est dû au cas fortuit, c'est-à-dire à un risque inhérent à l'industrie, par exemple la rupture d'une chaudière, un éclat de métal, un mouvement involontaire de l'ouvrier, etc., le chef d'entreprise est obligé de payer les indemnités fixées par la loi. Si, au contraire, l'accident a été occasionné par la force majeure, c'est-à-dire par une force de la nature, ouragan, inondation, foudre, tremblement de terre, le chef d'entreprise ne doit aucune indemnité [1] (Civ. 2 mars 1904 (1re esp.) D. P. 1904. 1. 553 ; Req. 30 avril 1912. D. P. 1912. 5. 32).

De même, dans le *bail à ferme*, la mise des cas fortuits à la charge du fermier, stipulée dans le bail, ne l'astreint qu'aux *cas fortuits ordinaires* (grêle, feu du ciel, gelée ou coulure), et non aux *cas fortuits extraordinaires* (ravages de guerre, inondation) qui correspondent bien à ce que, dans le second système ci-dessus exposé, on appelle *force majeure* (art. 1772, 1773).

Une distinction analogue se rencontre à propos de la responsabilité des *hôteliers et aubergistes*, sans doute en raison de ce fait que les voyageurs ne les connaissent pas en général avant de les choisir, et souvent même n'ont pas le choix. Il en résulte des articles 1953, 1954. que les hôteliers, non responsables de la perte ou de la détérioration des effets des voyageurs, lorsqu'elles résultent d'un vol à main armée « *ou autres cas de force majeure* », sont, au contraire, responsables en cas de vol de leurs préposés ou d'étrangers allant et venant dans l'hôtellerie.

Enfin on a soutenu, en invoquant la tradition du Droit romain (Ulpien 3, § 4. D. *Nautæ caupones*, IV, 9) et le rapprochement des articles 1784 du Code civil, 97, 98, 103 et 104 du Code de commerce, que les *entrepreneurs de transports* ne seraient libérés au regard de leurs clients que par la force majeure, et non par le cas fortuit, distinction que justifierait le *monopole de fait* (et parfois de droit) dont ils sont investis dans leur exploitation (V. Ambroise Colin ; *op. cit*, Thaller et Louis Josserand, *Traité général de Droit commercial*, Les *Transports* n° 568 et s.

Quoi qu'il en soit de cette distinction, trois conditions sont nécessaires pour que le débiteur soit libéré par le cas fortuit ou la force majeure :

1° Il faut d'abord que l'inexécution provienne *d'une cause étrangère qui ne puisse lui être imputée* (art. 1147). Ainsi, la perte fortuite de la chose vendue ne libère pas le vendeur qui était en demeure de la livrer (art. 1138, al. 2). En effet, si le vendeur n'avait pas mis de retard à s'exécuter, il aurait pu livrer la chose avant le sinistre qui l'a détruite chez lui.

2° Il faut qu'il s'agisse d'un événement qui échappe à toute prévision. Cela résulte de l'expression même de *cas fortuit*. Il ne suffit donc pas que le débiteur n'ait pas prévu l'événement qui est arrivé, il faut que, par sa nature même, cet événement n'ait pas pu être normalement prévu par lui.

1. Il ne faut pas, pour apprécier la portée de cette distinction en matière d'accidents du travail, perdre de vue que la loi de 1898 met à la charge du patron la responsabilité des accidents causés non seulement par le fait, mais à *l'occasion* du travail, pourvu qu'ils se soient produits *à l'heure et sur le lieu* du travail. Ainsi la Cour de cassation a pu déclarer le patron responsable de la mort de l'ouvrier victime d'un bombardement aérien (Civ. 18 avril 1918, D. P. 1918.1.25, note de M. Capitant),

Ainsi (Req. 15 juin 1911, D. P. 1912. 1181) l'assuré qui s'est obligé à payer une prime d'assurance à un jour fixe, sous peine de déchéance immédiate, encourt cette déchéance, s'il a été frappé d'une attaque d'apoplexie le jour où il devait faire le paiement, parce que la maladie peut et doit être prévue, et ne saurait équivaloir à un de ces événements qui échappent à toute prévision et constituent seuls la force majeure. (V. note de M. Rouast, D. P. 1923.2.17).

3° Il faut, en outre, que le débiteur ait été *empêché* d'exécuter, c'est-à-dire que les circonstances aient opposé un obstacle *insurmontable* à l'exécution de son obligation. Ainsi, la grève, la guerre ne constituent des cas de force majeure, que si les conséquences qu'elles ont entraînées ont rendu l'exécution de l'obligation non pas seulement plus onéreuse ou plus difficile, mais absolument impossible. (V. Paris, 21 déc. 1916, D. P. 1917.2.33 et la note de M. Capitant; Civ. 8 déc. 1926, Gaz. Pal., 1927.1.343).

C'est au débiteur qu'il incombe de prouver le cas fortuit ou de force majeure qu'il allègue et l'impossibilité d'exécuter qui en est résultée pour lui (art. 1302, al. 3). Cette règle n'est que l'application du double principe *Actori incumbit probatio* (art. 1315) et *Reus in excipiendo fit actor*. Si l'on suppose faite la preuve de l'obligation, c'est au débiteur sommé de la remplir qu'incombe la preuve de sa libération, et, plus généralement, du fait qui le dispense de l'exécution.

Notons toutefois que, dans une hypothèse toute spéciale, il n'est pas nécessaire que le débiteur prouve précisément le fait extérieur, cause de l'inexécution. Il lui suffit (ce qui est souvent plus facile) de prouver qu'il s'est comporté en bon père de famille. C'est ce que décide l'article 4, al. 2, de la loi du 28 juillet 1889 sur le bail à colonat partiaire aux termes duquel, en cas d'incendie, le colon peut s'affranchir de toute responsabilité en prouvant qu'il a veillé à la garde et à la conservation de la chose. On a soutenu qu'il y avait là une application des principes de la preuve. Si, a-t-on dit, le débiteur démontre qu'il s'est comporté en tout en bon père de famille, il y a présomption que le fait qui a mis obstacle à l'exécution de son engagement ne peut être qu'un cas fortuit ou de force majeure. (V. note de M. Chavegrin, S. 1915.1.49). La vérité, c'est que la règle de la loi du 18 juillet 1889 est une disposition de faveur inspirée par la situation ordinairement très modeste des métayers.

Théorie de l'imprévision. — Il convient de signaler ici une théorie émise à l'occasion des difficultés économiques issues de la guerre de 1914, et qui constituerait un élargissement considérable de la notion de *force majeure*. Elle consiste à dire qu'un débiteur peut être considéré comme affranchi de son obligation lorsque l'exécution de celle-ci s'est trouvée empêchée par des événements impossibles à prévoir et anormaux. Ainsi le voudrait une saine interprétation de la commune intention des parties qui ont contracté en envisageant une situation normale, *rebus sic stantibus*, et qui auraient introduit dans leur contrat des stipulations différentes, si elles avaient pu prévoir l'avenir tel qu'il s'est réalisé, par exemple, que le débiteur serait mobilisé et mis ainsi hors d'état de s'occuper de ses affaires, que le cours des matières premières nécessaires à l'exécution du travail promis atteindrait un taux triple ou quadruple de celui sur lequel elles tablaient, etc. On a soutenu que le Code civil contenait une consécration de cette manière de voir dans l'article 1150, aux termes duquel le

débiteur qui n'exécute pas son obligation, et encourt de ce chef des dommages-intérêts, ne peut être condamné qu'à ceux qu'il a prévus ou pu prévoir en contractant.

La jurisprudence civile s'est, avec raison, refusée à entrer dans une telle voie. Elle a maintenu le principe salutaire du respect dû aux contrats et le principe qu'il n'y a force majeure que dans le cas où un obstacle impossible à prévoir et insurmontable rend l'exécution *absolument impossible*. Il ne suffirait pas qu'il la rendît *plus onéreuse* (V., outre la note, citée au texte, de M. Capitant, D. P. 1917.2 337, l'arrêt de la chambre civile, en matière de bail à cheptel, du 6 juin 1921, D P. 1921.1.73).

A la jurisprudence civile s'oppose dans une certaine mesure celle du Conseil d'Etat (V. 30 mars 1916. D. P. 1916.3.25, 8 mai 1925, 27 mars 1926, D. P. 1927.3.17, note de M. Closset). Dans plusieurs décisions relatives à l'exécution de marchés de fournitures ou de marchés d'entreprises se rattachant à l'exécution de services publics, par exemple, à l'éclairage d'une ville, l'entrepreneur ou fournisseur qui se trouvait aux prises avec des difficultés dépassant manifestement ses prévisions, par exemple une hausse excessive du prix du charbon, a pu faire condamner l'Administration à un relèvement des conditions de son contrat, tel qu'il fût mis à même d'en exécuter les stipulations. On a montré (V. note précitée de M. Capitant) qu'il n'y a pas en réalité opposition irréductible entre les deux jurisprudences. Celle du Conseil d'Etat se justifie par cette considération qu'il faut avant tout assurer l'exécution du service public en vue duquel le contrat a été conclu. Le créancier, c'est-à-dire l'Administration, ne cherche pas, comme un contractant privé, à réaliser un avantage pécuniaire, mais à assurer un service public. Il serait contraire à son intention que l'exécution du marché, et par suite le fonctionnement du service public, fussent compromis, voire même annulés par les difficultés que rencontre le débiteur.

On remarquera que, d'après cette jurisprudence administrative, le litige aboutit à une modification équitable des conditions du contrat, tandis que l'application de la théorie civiliste de l'imprévision aboutirait logiquement à la résolution.

Il y a d'ailleurs lieu de noter également la place considérable faite dans certaines matières civiles à l'idée d'imprévision par la législation de guerre. A cet ordre d'idée se rattachent notamment la loi du 21 janvier 1918, dite loi Failliot, sur l'exécution des marchés à livrer conclus avant la guerre, un grand nombre de dispositions contenues dans la loi du 9 mars 1918 et dans toutes les lois consécutives relatives aux baux à loyer, et enfin les lois du 6 juillet 1925 et du 9 juin 1927 sur la revision des baux à long terme.

Exceptions aux règles générales sur la responsabilité du débiteur. Clauses d'exonération[1]. — Par exception, la responsabilité du débiteur peut se trouver soit aggravée, soit diminuée.

1° *Aggravation* — Le débiteur répond même des cas fortuits et des cas de force majeure :

A — Quand il a été *mis en demeure* (art. 1302, 1er al.), sauf la réserve de l'article 1302, 2e al. ;

B — Lorsque, par une disposition spéciale, la loi met les *risques* à sa

1. Paul Esmein, *Les clauses de non-responsabilité* Rev. trim de droit civil, 1926, p. 313 ; Elie Cassvan, *Des clauses de non-responsabilité*, thèse, Paris, 1929.

charge. Il en est ainsi pour le voleur (art. 1302, 4e al.), et pour celui qui, de mauvaise foi, a accepté en paiement une chose qui ne lui était pas due (art. 1379, *in fine*).

C. — Lorsque le contrat contient une clause en ce sens ou, comme dit l'article 1302, 2e al , lorsque le débiteur s'est « *chargé des cas fortuits* ». Cette clause est quelquefois présumée. Il en est ainsi en cas de cheptel donné au fermier avec estimation (art. 1825), ou en cas de prêt à usage, lorsque le contrat contient une estimation de la chose (art. 1883). Une telle clause est évidemment licite. C'est comme si le débiteur se faisait assureur du créancier contre les risques qui menacent sa créance. Cependant, parfois, la loi limite l'effet de cette clause d'aggravation. Nous en avons un exemple dans le bail à ferme (art. 1772, 1773).

De même, dans le contrat de cheptel simple, l'article 1811, al. 2, interdit de stipuler que le preneur supportera la perte totale du cheptel arrivée par cas fortuit et sans sa faute. C'est une règle traditionnelle de protection du cheptelier, qui s'explique par l'inégalité de situation des contractants.

2e *Exonération.* — Est-il permis aux parties de stipuler que le débiteur ne sera pas responsable dans le cas même où l'inexécution proviendrait de son propre fait ? La question a été très discutée.

Il ne faut pas la confondre avec celle de l'*assurance* contre les conséquences des fautes que l'on peut commettre. Cette assurance, dite *assurance de responsabilité*, est très fréquente. Nous citerons l'assurance des officiers ministériels contre leurs fautes professionnelles, l'assurance de l'automobiliste contre les accidents qu'il peut causer aux tiers. L'opération est certainement valable et on tend à admettre aujourd'hui qu'elle garantit l'assuré même contre ses fautes lourdes. Ainsi, les polices d'assurances contre les accidents du travail (loi du 9 avril 1898) garantissent le chef d'entreprise, même quand l'accident a été causé par sa faute inexcusable. Pareillement, les polices d'assurances contre les accidents d'automobiles jouent même dans le cas où celui qui conduit l'automobile aurait été en état d'ivresse. En effet, s'assurer contre les conséquences de ses fautes, ce n'est pas s'en exonérer : c'est simplement convenir *avec un tiers*, l'assureur, que, moyennant une prime annuelle, il paiera lui-même l'indemnité. Un tel contrat n'est point contraire à l'ordre public. Il est même, en quelque mesure, avantageux pour les victimes d'une faute éventuelle, car il assure leur indemnisation.

Mais lorsqu'il s'agit de la convention d'irresponsabilité passée *avec celui-là même qui serait victime de la faute envisagée*, en un mot de la clause de ce genre insérée par un débiteur dans un contrat, la jurisprudence fait une distinction entre le *dol et la faute lourde* d'une part, les *fautes légères* de l'autre. L'exonération du *dol et de la faute lourde*, *dolo æquipollens*, est repoussée (Civ., 15 mars 1876, D. P. 76.1.449, S. 76.1.337, note de M. Labbé ; Req., 15 mai 1923, D. P. 1925.1.15, S. 1924.1.81, note de M. Henri Rousseau). S'il est admissible qu'un débiteur puisse, dans un contrat, stipuler son irresponsabilité, pour le cas où il commettrait une faute ordinaire, empêchant ou retardant l'exécution de son obligation, il

ne peut englober dans cette irresponsabilité le cas où il commettrait une faute lourde. Il est un minimum de précaution, d'attention, qu'un débiteur doit apporter dans l'exécution de son obligation. Et, pour ce qui est du dol, c'est-à-dire de la *faute intentionnelle*, s'engager en se réservant la faculté de s'abstenir volontairement d'accomplir son engagement, ce serait un acte dérisoire qui tomberait sous le coup de la nullité prononcée par la loi contre les obligations sous condition purement potestative (art. 1174).

En ce qui concerne, au contraire, les *fautes légères* et *ordinaires*, la clause d'exonération est admise en principe, mais la jurisprudence lui attribue des effets restreints consistant seulement à *renverser la charge de la preuve*. Le débiteur se trouve par cette clause dispensé, s'il n'exécute pas la prestation promise, de prouver qu'il en a été empêché par cas fortuit ou de force majeure. Mais si le créancier prouve que l'inexécution est due à sa faute, le débiteur devra des dommages-intérêts (Civ. 6 mars 1912, D. P. 1913.1.415, S. 1913.1.455 ; 9 nov. 1915, D. P. 1921.1.23, S. 1921. 2.1 (en sous note). Cette solution s'explique évidemment par cette considération que le débiteur, exonéré de la responsabilité *contractuelle* de sa faute, reste soumis à la responsabilité de sa faute délictuelle en vertu de l'article 1382, dont l'application est d'ordre public (V. Req. 14 déc. 1926 et la critique judicieuse de la compénétration des deux responsabilités dans la note de M. Josserand, D. P. 1927.1.105).

Cependant, même ainsi restreinte, la clause d'irresponsablité est dans certains cas entièrement prohibée par la loi. Ainsi la loi du 17 mars 1905 (art. 103, 2e al., C. Com.), dite loi Rabier, a annulé les clauses d'irresponsabilité insérées par les Compagnies de chemins de fer dans les tarifs spéciaux de transports de marchandises.

De même, la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne déclare nulle toute clause ayant pour objet d'exonérer le transporteur de la responsabilité de ses fautes personnelles et de certaines fautes de ses préposés.

Cette sévérité contraste avec la solution admise en matière de transports maritimes où la jurisprudence consacre la validité des clauses du connaissement dans lesquelles l'armateur décline la responsabilité des dommages causés aux marchandises par la faute du capitaine ou du personnel sous ces ordres (Civ., 5 déc. 1910, S. 1911.1.129, note de M. Lyon-Caen).

2. — Satisfaction due au créancier.

Le créancier doit recevoir satisfaction au moyen soit de *l'exécution directe* de l'obligation, soit, si cela est impossible, de *l'exécution par équivalent.*

I. — Exécution directe.

Le débiteur est tenu d'exécuter son obligation dans le temps et de la manière convenus. S'il ne le fait, le créancier doit d'abord le *mettre en demeure.*

Il peut ensuite demander l'exécution en nature de l'obligation. Pour obtenir l'exécution en nature, il a à sa disposition divers procédés qui varient suivant l'objet de l'obligation. Il a, en outre, *certains moyens indirects* : la contrainte par corps, dans certains cas aujourd'hui exceptionnels, et la condamnation du débiteur à une astreinte.

1° Mise en demeure du débiteur. — Lorsque le débiteur n'accomplit pas son obligation, le créancier doit, tout d'abord, le *mettre en demeure* d'exécuter (art. 1138, 2e al., 1139 et 1146). En effet, tant qu'il ne réclame pas, il est censé ne pas souffrir du retard. Pour que cette présomption cesse, il faut qu'il demande l'exécution par un acte extra judiciaire. Tant que cette mise en demeure n'a pas eu lieu, le *débiteur, fût-il en retard d'exécuter, n'est pas en faute* (Civ., 11 janvier 1892, D. P. 92.1.257, note de M. Planiol, S. 92.1.117; 15 déc. 1925, Gaz. Pal., 1926.1.307; C. d'Etat 10 nov. 1926, Gaz. Pal., 1927.1.342).

Cette nécessité d'une mise en demeure se comprend aisément lorsque le contrat ne fixe pas de date déterminée pour l'exécution. Mais, dans le cas contraire, on peut se demander pourquoi la loi impose au créancier les frais d'une mise en demeure, lesquels d'ailleurs retomberont en dernier lieu sur le débiteur. Celui-ci n'est-il pas suffisamment prévenu ? Aussi, nombre de législations décident-elles qu'en cas de terme fixé pour l'exécution, l'échéance de ce terme suffit pour la mise en demeure du débiteur : *Dies interpellat pro homine* (V. C. civ. italien, art. 1223, al. 1er ; allemand, art. 284, al. 2). Telle était aussi la solution admise par nos anciens auteurs des XVIe et XVIIe siècles. Mais la règle contraire, conforme aux traditions du Droit romain, a prévalu au XVIIIe siècle (Pothier, *Obligations*, n° 144) et a été consacrée par le Code civil. Cela découle de l'article 1139, d'après lequel l'échéance du terme n'emporte mise en demeure que si la convention le déclare expressément.

La mise en demeure se fait, dit l'article 1139, par une *sommation*, c'est-à-dire par un acte signifié par un huissier, ou par tout acte équivalent, par exemple, un commandement, une saisie, ou encore une citation en justice, une citation en conciliation. Il faut ajouter à cette liste tout acte ayant la même force qu'une sommation, c'est-à-dire tout acte émané d'un officier public et manifestant d'une façon formelle l'intention du créancier d'obtenir l'exécution. Ainsi, l'avertissement donné par le receveur municipal d'une commune au fermier des emplacements publics de cette commune, en retard, de payer son loyer, est un acte équivalent à une sommation, lorsqu'il résulte de son contexte et des circonstances qu'il a été adressé au débiteur une interpellation suffisante (Civ., 25 avril 1893, D. P. 93 1.350, S. 96.1.324).

En revanche, il résulte de l'article 1139 qu'une simple lettre même recommandée ne vaudrait pas mise en demeure, à moins que cela n'ait été dit dans la convention (Riom, 6 juillet 1912, *Gaz. Pal.*, 10 août 1912). Toutefois, en matière commerciale, l'usage a apporté une modification à cette règle, et il est admis que la mise en demeure peut se faire par une lettre missive ou par télégramme, pourvu qu'ils contiennent réquisition d'un paiement immédiat.

Quant aux effets de la mise en demeure, ils sont au nombre de deux.

D'abord, lorsque l'obligation a pour objet un corps certain, la mise en demeure *met la chose aux risques du débiteur* (art. 1138, 2e al., art. 1302, 1er al). Cela veut dire que si, postérieurement à la mise en demeure, la chose vient à périr sans la faute du débiteur, la perte est néanmoins à sa charge ; il doit payer au créancier la valeur de l'objet. A quoi l'article 1302, 2e al., apporte

un tempérament, car il permet au débiteur de se décharger en prouvant que la chose eût également péri chez le créancier, si elle lui avait été livrée.

En second lieu, le débiteur est *responsable* désormais du retard, c'est-à-dire qu'il doit payer des dommages-intérêts au créancier à raison du retard dans l'exécution.

Cas où la mise en demeure n'est pas exigée. — Par exception à la règle qui précède, il y a des obligations dans lesquelles la mise en demeure n'est pas requise pour qu'il y ait responsabilité du débiteur et mise, s'il y a lieu, des risques à sa charge. Ce sont les suivantes :

A. — D'abord certaines obligations qui, *par leur nature même,* ne se prêtent pas à une mise en demeure, à savoir :

a) Les obligations *de ne pas faire*. « Celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention » (art. **1145**) ;

b) Les obligations (de donner ou de faire) dans lesquelles la chose que le débiteur s'est obligé de donner ou de faire « *ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps, qu'il a laissé passer* » (art. **1146**). Exemple : une personne stipule qu'un entrepreneur lui construira un stand pour une exposition temporaire, et le constructeur laisse passer le moment de l'exposition. Ou bien encore, on a donné à un officier ministériel mandat de faire appel d'un jugement, et il laisse expirer le délai (Req. 16 février 1921, D. P. 1922.1.102).

On peut rattacher à cette règle diverses solutions semblables empruntées à la jurisprudence.

Ainsi, un industriel s'est engagé à entretenir en bon état le matériel roulant d'un camionneur. A supposer que l'essieu d'une voiture vienne à se rompre, et que cet accident cause un préjudice au camionneur, celui-ci pourra réclamer des dommages-intérêts à l'industriel, bien qu'il ne l'ait pas mis en demeure. Il s'agit là, en effet, d'une obligation de faire qui doit s'exécuter d'*une façon régulière et suivie*, et, dès lors, ne donne pas lieu à des mises en demeure (Req., 30 janvier 1911, D. P. 1912.1.48, S. 1911.1.336).

De même, la mise en demeure n'est pas nécessaire lorsque le débiteur a, par sa faute, rendu impossible l'exécution de l'obligation ; par exemple, il a laissé périr, faute de soins, l'objet qu'il devait livrer.

Il en sera de même si le débiteur a pris les devants en déclarant au créancier qu'il refuse d'exécuter (Req., 4 janv. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.1.587).

B. — La loi déclare que le *voleur* est toujours responsable de la perte fortuite de l'objet volé, quand même il n'a pas été mis en demeure de le restituer (art. **1302**, al. 4). Il en est de même de celui qui a *reçu en paiement* une chose, alors qu'il savait n'être pas créancier (art. **1379**). L'indélicatesse qu'il commet en acceptant et retenant cette chose le fait assimiler à un voleur.

C. — Il se peut que, d'*après la convention*, le débiteur doive être considéré comme en demeure sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme (art. **1139**). Dans ce cas, *dies interpellat pro homine*. C'est là une stipulation qu'on trouve fréquemment dans les contrats. Elle peut même être implicite. C'est le cas pour la clause *livrable de suite* qui dispense l'acheteur non livré de mettre le vendeur en demeure (Paris, 12 nov. 1924, D. H. 1924.705)

Notons toutefois que, lorsque la dette est *quérable*, ce qui est le droit commun (art. 1247, al. 2), la clause dispensant le créancier de mettre le débiteur en demeure ne le dispense pas de se présenter chez lui le jour de l'échéance.

D. — Enfin, lorsque l'obligation a sa source dans un *délit ou quasi-délit*, la Jurisprudence admet que le créancier n'a pas besoin de mettre le débiteur en demeure ; celui-ci s'y trouve de plein droit par l'effet de sa faute (Req., 4 février 1868, D. P. 68.1.271, S. 68.1.411). Cette solution est logique. Comment l'individu qui devient débiteur par suite d'un délit pourrait-il compter sur la patience du créancier ?

2° Exécution forcée. Cas où elle est possible. — En principe, lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation, le créancier, au moins lorsqu'il est muni d'un titre exécutoire, jugement ou grosse d'un acte notarié, a le droit de recourir à la force publique pour l'y contraindre.

Cependant, à première vue, il semble que le Code civil ait adopté pour certains cas une règle différente, car l'article 1142 décide que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Quand donc l'obligation est de faire ou de ne pas faire, le créancier ne pourrait jamais exiger l'exécution en nature ; cette exécution directe forcée ne serait admissible que dans les obligations de *donner*. Quelques auteurs ont résumé cette prétendue distinction entre l'obligation de donner et l'obligation de faire dans un adage : *nemo præcise cogi potest ad factum*, qu'ils ont emprunté aux glossateurs. Mais cette interprétation purement littérale de l'article 1142 est doublement inexacte.

Est-il vrai d'abord de dire que l'obligation de donner soit toujours exécutoire en nature ? Oui, certes, cela est vrai dans l'immense majorité des cas. D'abord, parce qu'en général l'obligation de donner est (art. 1138) aussitôt exécutée qu'elle a pris naissance (V. notre T. I, p. 935) ; le juge n'a donc pas à intervenir. Même dans les hypothèses où le transfert de la propriété ou du droit réel n'est pas effectué par la seule conclusion du contrat, l'exécution adéquate de l'obligation peut toujours être procurée au créancier. En effet, *donner* c'est-à-dire transférer la propriété, le droit réel, c'est *un acte abstrait de volonté* que le juge peut toujours suppléer, tenir pour accompli. Par exemple, il y a eu vente d'un corps certain, avec cette clause que la propriété ne passerait à l'acheteur qu'à une date ultérieure. Cette date venue, le juge tiendra le transfert pour accompli, et autorisera au besoin l'acheteur à se mettre en possession de la chose. Ou bien encore, il y a eu vente de choses envisagées *in genere*, tant de barriques de vin de telle année, tant d'hectares d'une concession au Maroc. Le juge peut autoriser le créancier à se procurer la quantité de ces choses à laquelle il a droit.

Cependant, par exception, il y aura des cas où l'exécution adéquate ne sera pas possible, et où le créancier devra se contenter d'une exécution par équivalent, c'est-à-dire de dommages-intérêts. Il en sera ainsi au cas d'obli-

gation de donner un corps certain, si cet objet a été détruit par la faute du débiteur, ou caché par lui. Même solution pour l'obligation de donner des choses envisagées *in genere*, si le genre n'est pas assez étendu pour qu'il soit possible au créancier de s'en procurer un exemplaire. Par exemple, un horticulteur a vendu une certaine quantité d'orchidées d'une variété dont il est seul détenteur, et il se refuse à la livraison.

Inversement, il n'est pas vrai que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent toujours, en cas d'inexécution, en dommages intérêts. L'adage *Nemo præcise cogi potest ad factum* est souvent inexact.

Il en est ainsi d'abord dans deux hypothèses expressément visées par les articles 1144 et 1143. Art. 1144. « Le créancier peut, en cas d'inexécution (d'une obligation *de faire*), être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. » — Art. 1143 : « Le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement (*de ne pas faire*), soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu [1]. »

Dans d'autres hypothèses encore, il en sera de même, et le créancier d'une obligation de faire pourra solliciter et obtenir du juge, à l'encontre d'un débiteur récalcitrant, une satisfaction en nature adéquate à l'obligation, et non des dommages intérêts. Il en est ainsi lorsque le *fait* promis consiste dans un acte juridique, dans un consentement ultérieur promis. Ainsi, la *promesse de vente* se transformera en vente, par l'effet de la décision du juge qui autorisera l'acheteur à se mettre en possession.

Même solution si la promesse du débiteur l'engageait à ne pas s'opposer à un acte de jouissance directe du créancier C'est le cas pour le louage d'un immeuble, pour la cession du droit de chasse. Si le débiteur, c'est-à-dire le bailleur ou le cédant, refuse de s'exécuter, le juge pourra tenir son assentiment pour donné, et autoriser le créancier à entrer en possession des lieux, à chasser sur les terrains concédés, comme si le débiteur y consentait, et au besoin, s'il rencontre un obstacle, à l'écarter en faisant appel à la force publique (V. Pothier, *Louage*, n° 66, éd. Bugnet, t. IV, p. 29).

En somme — et la pratique est en ce sens — voici la formule qu'il faut substituer à celle de l'article 1142. En principe, le créancier a *toujours* le droit de réclamer l'exécution *en nature* de l'obligation, *chaque fois du moins qu'il y a possibilité de l'imposer*, en recourant au besoin à la force publique (Civ. 19 janvier 1926, D. II. 1926.115). Par exception (il est vrai que les exceptions sont nombreuses), le créancier doit se contenter de *dommages-intérêts*, c'est-à-dire d'une satisfaction par équivalent, lorsque l'exécution en nature est impossible à lui procurer. Il en est ainsi dans deux cas.

D'abord en cas d'*impossibilité matérielle*, ce qui a lieu notamment lorsque le fait promis est un acte tirant sa valeur de la personne qui l'accomplit, comme l'ouvrage d'un artiste, d'un ouvrier habile, etc.

En second lieu, en cas d'*impossibilité morale*, c'est-à-dire lorsque la sa-

1. Toutefois la jurisprudence décide que ces articles donnent aux juges le pouvoir d'apprécier souverainement si les ouvrages construits par contravention au contrat doivent ou ne doivent pas être détruits (Civ. 25 juillet 1922, S. 1923.1.111).

tisfaction en nature pourrait à la rigueur être procurée au créancier, mais au prix de voies de fait qui feraient scandale. Par exemple, si un acteur, au mépris de son engagement envers la Comédie française, joue sur une scène rivale, l'administrateur du Théâtre français ne pourra pas demander qu'il soit appréhendé au corps et expulsé de la scène où il joue, chose à la rigueur possible, mais scandaleuse; il ne pourra conclure qu'à des dommages-intérêts (Comp. Civ. 4 juin 1924, D. H. 1924.469).

Les Travaux préparatoires et la doctrine traditionnelle sont bien dans le sens de notre interprétation. Le motif de l'article 1142, a dit Bigot-Préameneu expliquant cette disposition, est que « nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire quelque chose, et que si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats » (Fenet, t. XIII, p. 232). Et c'est bien là la reproduction de la doctrine de Pothier qui disait (*Traité de la vente*, n° 479, éd. Bugnet, t. III, p. 191) : « La règle *Nemo potest cogi ad factum*, et celle que les obligations *quæ in faciendo consistunt* se résolvent nécessairement en dommages et intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages-intérêts[1] ».

II. — Exécution par équivalent. Théorie des dommages-intérêts. Conditions requises pour que les dommages-intérêts puissent être réclamés. Fixation des dommages-intérêts.

Le retard dans l'exécution, ou l'inexécution définitive des obligations donnent au créancier le droit d'obtenir des dommages-intérêts, c'est-à-dire une somme d'argent en réparation du préjudice qui lui est causé par la faute du débiteur. Dans le cas de *retard*, ils portent le nom de *dommages-intérêts moratoires* ; dans le cas d'inexécution définitive, de *dommages-intérêts compensatoires*. Les uns et les autres suivent, en général, les mêmes règles quant à leur détermination. Mais, bien entendu, leur chiffre diffère ; en outre, en cas de simple retard, le créancier cumule l'indemnité qu'il reçoit avec l'exécution de l'obligation.

Quelles sont les conditions requises pour que le créancier puisse réclamer des dommages-intérêts?

Nous connaissons déjà deux de ces conditions :

1° D'abord, il faut que le retard ou l'inexécution proviennent de la *faute* du débiteur. On dit généralement qu'ici, en matière contractuelle, la charge de la preuve incombe au débiteur. Quelques interprètes vont même jusqu'à dire qu'il y a une *présomption de faute* de la part du débiteur qui n'a pas exécuté son obligation. Ce sont là des données en partie inexactes. En réalité, il y a simplement à appliquer ici le principe général d'après lequel

1. V. sur toute cette question : Meynial, *La sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, Rev. prat. de droit français, 1884, t. 56, p. 385.

(art. 1315) c'est toujours à celui qui allègue un fait contraire à une situation acquise, à faire la démonstration de ce fait. Dès lors, l'obligation était-elle une obligation *positive* (par exemple, le débiteur devait exécuter un travail déterminé), le créancier n'a qu'à prouver le fait de l'obligation. Ce fait une fois prouvé, c'est au débiteur à démontrer qu'il s'est acquitté de son travail, ou qu'il a été libéré par le cas fortuit ou la force majeure. *Reus in excipiendo fit actor.* S'agit-il d'une obligation négative (le débiteur s'était engagé à ne pas faire passer de voitures par un chemin qui lui était interdit), le créancier doit prouver non seulement l'existence de l'obligation, mais encore l'accomplissement par le débiteur du fait qui lui était interdit.

2° En second lieu, et nous ne reviendrons pas sur ce point, le créancier doit avoir mis le débiteur en demeure ;

3° Une troisième et nouvelle condition nécessaire pour que le débiteur puisse être condamné à des dommages-intérêts, en cas d'inexécution, c'est que *l'exécution en nature de l'obligation ne soit plus possible à imposer.* En effet, tant qu'il en est autrement, le créancier a droit à la prestation promise, et le débiteur ne peut être condamné qu'à cette prestation. Donc, en principe, la condamnation à des dommages-intérêts doit être précédée d'une condamnation enjoignant au débiteur d'exécuter la prestation par lui promise. Plusieurs conséquences se rattachent à cette condition :

A. — Un créancier ne peut, dans ses conclusions, demander des dommages-intérêts que *subsidiairement.* En première ligne, il doit conclure à l'exécution de la prestation promise. Il n'en serait différemment que s'il était d'ores et déjà certain que la prestation promise ne peut être réalisée, par exemple si, s'agissant d'une obligation négative, le débiteur avait déjà accompli certains actes à lui interdits par le contrat.

B. — Le débiteur qui, poursuivi par le créancier, offrirait des dommages-intérêts, ne ferait point d'*offres satisfactoires.* (On appelle ainsi les offres du défendeur qui ont pour effet de mettre les frais de l'instance à la charge du demandeur, au cas où celui ci s'obstine à poursuivre).

C. — Il rentre dans l'office du juge de toujours condamner le débiteur à la prestation même qu'il doit, de lui enjoindre de l'exécuter, sauf à prononcer une condamnation à des dommages-intérêts subsidiaires pour le cas où, dans un délai qu'il impartirait, le débiteur ne se serait pas exécuté.

4° Enfin, il faut que le retard ou le defaut d'exécution ait causé un *préjudice* au créancier. C'est à ce dernier à en faire la preuve. Presque toujours, celle-ci sera fort simple à administrer. Nous verrons même que, quand il s'agit d'une obligation de payer une somme d'argent, le créancier n'a rien à prouver, le préjudice est présumé. En fait, il sera bien rare que le retard ou l'inexécution ne cause aucun dommage au créancier. En voici cependant un exemple : l'avoué qui, chargé de produire dans un ordre, a négligé de le faire, ne doit être condamné à des dommages-intérêts envers son client, que si le juge reconnaît qu'il y aurait eu collocation utile en cas de production (Civ., 26 novembre 1890, D. P. 91.1.18, S. 91.1.72. Cf. Civ., 3 mars 1913, D. P. 1914.1.61).

Evaluation des dommages-intérêts. — Pour déterminer les règles qui concernent cette évaluation, il faut se référer à trois hypothèses différentes :

1° Celle de la fixation des dommages-intérêts *par le juge :* c'est l'hypothèse ordinaire ;

2° Celle d'une fixation *par les parties elles-mêmes :* c'est l'hypothèse de la *clause pénale* ;

3° Celle d'une fixation forfaitaire *par la loi :* elle se rencontre en ce qui concerne les dommages-intérêts moratoires dans les obligations de sommes d'argent.

Nous étudierons successivement ces trois hypothèses ; après quoi nous en examinerons une quatrième, celle où les dommages-intérêts sont employés par le juge comme un moyen de contrainte pour forcer le débiteur à l'exécution de l'obligation (*théorie des astreintes*).

En tout cas, il y a un premier point à retenir, c'est que les dommages-intérêts consistent toujours dans l'attribution *d'une somme d'argent* destinée à compenser le dommage causé par le retard ou l'inexécution. Le Code civil n'énonce pas expressément cette règle, mais on peut dire que tous les articles relatifs aux dommages-intérêts (art. 1142 et s., 1149 et s.) l'admettent implicitement. Bien plus, l'article 1152, parlant du cas où les parties ont à l'avance fixé le chiffre des dommages-intérêts, suppose qu'elles sont convenues de *la somme* que devra payer le débiteur.

1° Fixation des dommages-intérêts par le juge. — La loi indique au juge sur quelles bases il devra s'appuyer pour évaluer les dommages-intérêts dus au créancier. Il devra tenir compte de deux éléments (art. 1149) :

D'abord, de la perte faite par le créancier, *damnum emergens* ;

En second lieu, du gain dont il a été privé, *lucrum cessans.*

Par exemple, un commerçant commande à un industriel des produits destinés à être revendus. Ces produits ne lui sont pas livrés, et il est obligé de se les procurer ailleurs. Les dommages-intérêts dus pour inexécution du marché comprendront : en premier lieu, la différence entre le prix de commande et le prix d'achat effectif (*damnum emergens*) ; et, en second lieu, les bénéfices qu'aurait procurés au commerçant la vente qu'il a manquée par suite du défaut de livraison (*lucrum cessans*).

La loi limite, par un double tempérament, l'étendue des dommages-intérêts :

A. — **Premier tempérament.** — Les dommages-intérêts ne doivent comprendre que « ce qui est une *suite immédiate et directe* de l'inexécution de la convention » (art. 1151).

Pothier citait l'application suivante de cette règle : Il y a eu vente d'une vache malade faite par un marchand qui connaissait la maladie et l'a dissimulée. La bête communique sa maladie aux autres bestiaux de l'acheteur et tous meurent. Voilà le dommage *direct*, dont le vendeur devra certainement la réparation. Mais, si la contagion, qui a été communiquée à ses

bestiaux, a empêché l'acheteur de cultiver ses terres, d'en tirer un revenu, et a entraîné la saisie de ses biens, le débiteur n'est pas tenu de ces dommages *indirects*. Et la raison, c'est qu'ils ne sont ni *certainement* ni *exclusivement* peut-être la suite de la faute du débiteur. L'acheteur aurait pu, en effet, nonobstant la perte de ses bestiaux, obvier au défaut de culture, en faisant cultiver ses terres par d'autres bestiaux qu'il aurait achetés ou loués, ou encore en affermant ses terres (V. Pothier, *Obligations*, nos 166-167, éd. Bugnet, t. II, p. 80-81).

De même, un constructeur de machines agricoles ne peut comprendre dans l'indemnité qu'il réclame à une Compagnie de chemins de fer, pour avaries causées à une machine par lui expédiée à un agriculteur, le montant de la perte des commandes que les propriétaires voisins auraient faites, s'ils avaient vu fonctionner la machine. En effet, rien ne prouve que, même au cas de réussite des expériences, ces commandes se fussent produites (Civ., 3 mars 1897, D. P. 98.1.118, S. 97.1.411. Cf. Alger, 7 décembre 1891, D. P. 92.2.44, S. 92.2.116, Civ. 7 mai 1929, Gaz. Pal. 1929.2.114).

B. — **Deuxième tempérament.** — Aux termes de l'article 1150, « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été *prévus ou qu'on a pu prévoir* lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

C'est encore Pothier qui nous fournira une application topique de cette règle : Si, dit-il (*Obligations*, n° 161, éd. Bugnet, t. II, p. 77), j'ai donné à loyer pour 18 ans une maison que je croyais m'appartenir, et qu'après 10 ou 12 ans, le locataire en soit évincé par le vrai propriétaire, je serai tenu de rembourser au locataire les frais que celui-ci est obligé de faire pour son délogement, « comme aussi ceux résultant de ce que, le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il a dû louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail..... Mais si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison louée et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui n'a pas été prévu lors du contrat ». A plus forte raison, ajoute Pothier, « si, dans le délogement, quelques meubles précieux de mon locataire ont été brisés, je ne serai pas tenu de ce dommage ».

C'est une question classique de savoir si le débiteur doit avoir prévu ou pu prévoir seulement la *cause* du dommage (c'est-à-dire sa nature), ou encore sa *quotité* (c'est-à-dire son chiffre), pour que le créancier ait droit à indemnisation. Par exemple, voici une Compagnie de chemins de fer qui égare une malle ; elle doit, bien entendu, rembourser non seulement le prix de la malle, mais celui des vêtements qu'elle contenait. En acceptant ce colis, elle connaissait le genre de préjudice que sa perte causerait au voyageur. Mais supposons que celui-ci prouve que la malle contenait des fourrures, des dentelles, des bijoux d'une valeur insolite, la Compagnie sera-t-elle responsable de l'intégralité de cette perte, dont la *quotité* ne pouvait évidemment entrer dans ses prévisions ?

En général, les anciens arrêts se contentent d'exiger la prévision de la *cause* du dommage et non celle de sa quotité. Cette solution est assez logique. En principe, l'indemnisation doit couvrir tout le *damnum emergens*. De plus, l'article 1633 astreint le vendeur, en cas d'éviction de l'acheteur, à indemniser celui-ci de toute la plus-value que la chose vendue aurait acquise depuis la vente, et cela sans en excepter l'hypothèse où cette plus-value aurait atteint un chiffre impossible à prévoir (Pau, 11 août 1903, D. P. 1904.2.302, S. 1903.2.309 ; Paris, 23 décembre 1910, *Gaz. Pal.*, 5 mai 1911).

Il faut reconnaître que, cependant, la solution contraire serait plus pratique et plus équitable. Justinien fixait un maximum au montant des réparations que pouvait entraîner l'inexécution de l'obligation ; c'était le double de la valeur de la chose promise par le débiteur (V. const. unique, C., *de sent. quæ pro eo*, VII, 47). La législation française est entrée dans cette voie d'une limitation de la responsabilité pécuniaire du débiteur. La loi du 8 avril 1911, modifiant l'article 1953 du Code civil, fixe à 1.000 francs le maximum de ce dont les hôteliers peuvent être responsables envers les voyageurs pour la perte des espèces monnayées, valeurs, titres, bijoux et objets précieux de toute nature non déposés réellement entre leurs mains. Dans l'hypothèse spéciale du transport d'une malle remplie d'effets précieux, ne pourrait-on pas dire que le voyageur a commis une faute, en négligeant d'avertir le transporteur de la valeur exceptionnelle des objets qu'il lui confiait ? Et, dès lors, la responsabilité du débiteur ne devrait-elle pas être atténuée, puisqu'il y a *faute commune* imputable pour partie à son propre défaut de surveillance, et pour partie au défaut d'avertissement de la part du créancier ? (V., en ce sens, art. 254, 2e al., C. civ. allemand).

On notera, dans de récents arrêts de la Cour de Cassation, une tendance heureuse de notre jurisprudence actuelle à tempérer notablement ce qu'avait d'excessif l'interprétation jadis donnée à l'art. 1150. Ainsi, un voyageur qui, sans avertir la Compagnie, aura fait voyager dans une malle des objets d'une valeur dépassant de beaucoup la valeur normale des bagages d'un voyageur de sa condition, ne pourra obtenir une indemnité correspondant à la valeur totale des objets égarés, faute par le transporteur d'avoir pu prévoir l'étendue de la responsabilité à laquelle il s'exposait (V. Req. 25 mars 1912, D. P. 1913.1.341 ; Civ. 29 décembre 1913, D. P. 1916.1.117).

On aura remarqué que la règle de l'article 1150 ne s'applique qu'à l'hypothèse où la faute du débiteur ne se complique pas d'intention dolosive. S'il y a *dol* de sa part, le débiteur est tenu indifféremment du dommage prévu et du dommage non prévu. La première limitation de sa responsabilité, celle de l'article 1151 restreignant l'indemnisation à ce qui est une suite immédiate et directe de sa faute, subsiste seule. Comment expliquer cette différence entre l'hypothèse du dol et celle de l'inexécution non dolosive ? On répond en général en disant que le fondement de la responsabilité du débiteur n'est pas le même dans les deux cas. Lorsqu'il y a simple faute de sa part, sa responsabilité est *contractuelle* ; elle est *délictuelle* et résulte de l'article 1382, lorsqu'il a commis un dol. Cette explication nous paraît inexacte, et nous croyons que la responsabilité du débiteur a, dans tous les

cas, sa base dans le contrat. Il est toujours en faute, donc responsable, dès lors qu'il a manqué aux soins qu'il s'était engagé à fournir dans l'intérêt du créancier. Or, il n'a, en principe, prémuni ce dernier que contre les dangers prévus ou possibles à prévoir ; il ne doit pas le prémunir contre les dommages imprévus et insolites et, dès lors, n'est pas responsable lorsqu'ils se produisent. Voilà pour le principe de l'article 1150. Mais s'il a commis un dommage par dol, il sera responsable, quel que soit ce dommage, parce que, dans tous les cas, il y a manquement à son obligation, le débiteur *s'obligeant toujours à agir avec bonne foi.*

2° Fixation des dommages-intérêts par les parties. Clause pénale (art. 1152, 1226 à 1233). — Il arrive fréquemment que les parties fixent à l'avance dans le contrat la somme qui sera due par le débiteur, pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation, ou pour le cas où il y aurait retard dans l'exécution. On dit alors qu'il y a *clause pénale.*

Par exemple, les Compagnies de transport usent souvent de ce procédé, en vue de limiter l'étendue de leur responsabilité en cas de perte ou de détérioration des objets transportés, surtout quand ceux-ci doivent l'être aux conditions de *tarifs spéciaux*, c'est-à-dire de tarifs à prix réduits.

De même, les *règlements d'atelier* rédigés par les chefs d'entreprise pour édicter les mesures de discipline intérieure de l'atelier applicables au personnel, sanctionnent ces mesures par des amendes, auxquelles la Jurisprudence reconnaît le caractère de clauses pénales.

Enfin, les *cahiers des charges* des marchés de travaux publics contiennent le plus souvent une clause astreignant par avance l'adjudicataire à payer une somme déterminée, pour chaque jour de retard dans l'achèvement des travaux. Et la même disposition se rencontre très souvent entre particuliers dans les contrats de fournitures ou de travaux.

L'expression de *clause pénale* évoque le souvenir de la *stipulatio pœnæ* du Droit romain, et pourrait porter à croire qu'il y a similitude entre les deux institutions. Il n'en est rien cependant. En Droit romain, étant donnée l'efficacité de la *promesse abstraite* exprimée sous forme de stipulation, la *stipulatio pœnæ* servait à attribuer des effets juridiques à des engagements qui, autrement, n'auraient pas eu d'effet obligatoire *jure civili.* La *stipulatio pœnæ* était en effet considérée comme contenant une *promesse principale de peine sous condition*, et la condition était l'inaccomplissement de la prestation à laquelle on voulait astreindre le promettant. De nos jours, la clause pénale, malgré son nom, n'offre plus de tels caractères. C'est seulement l'évaluation forfaitaire faite d'avance par les parties, dans une clause accessoire du contrat principal, des dommages-intérêts compensatoires ou moratoires auxquels pourra donner lieu l'inexécution du contrat[1] (V. art. 1229,

1. Il y a cependant une hypothèse dans laquelle la stipulation d'une clause pénale conserve son caractère de véritable commination de peine. Il en est ainsi dans le partage d'ascendant. Il est fréquent que l'ascendant, qui partage ses biens entre ses enfants, insère dans l'acte une clause déclarant que, si l'un des enfants par lui apportionnés attaque la composition des lots, la part héréditaire de cet enfant sera réduite à sa réserve, et la quotité disponible attribuée à titre de préciput aux autres enfants.

al. 1er). C'est à cette définition que l'on peut rattacher tous les traits de l'institution

A. — **Conditions d'application de la clause pénale.** — Elles sont au nombre de deux :

a) Il faut que l'inexécution provienne de la *faute du débiteur*. C'est en effet à cette condition que des dommages-intérêts sont dus. Donc, le débiteur ne doit pas payer la somme convenue, si l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Par exemple, l'industriel qui est empêché par un événement de force majeure, une grève notamment, de livrer ses commandes au jour dit, ne doit pas l'indemnité convenue au contrat. De même encore, le débiteur n'est pas obligé de payer l'indemnité, si l'inexécution provient du fait du créancier. Ainsi, dans un contrat de travail, il a été stipulé qu'en cas de résiliation, l'employeur payerait à l'employé une indemnité égale à six mois de traitement. L'employé n'aura pas droit à l'indemnité, s'il commet une faute grave qui autorise l'employeur à le congédier.

b) Il faut que le débiteur ait été *mis en demeure* (art. 1230). On se souvient en effet que, tant que le créancier n'a pas mis le débiteur en demeure d'exécuter, celui-ci n'est pas tenu des dommages-intérêts moratoires

Ces deux conditions sont nécessaires, *mais elles sont aussi suffisantes*. Le créancier *n'a pas besoin de prouver le préjudice que lui cause, soit le retard, soit l'inexécution*. En effet les contractants, en insérant la clause pénale, ont, en somme, convenu d'avance que l'inexécution ou le retard serait toujours présumé entraîner un préjudice évalué d'avance à telle somme (V. art. 1226).

B. — **Caractère forfaitaire de la clause pénale.** — La clause pénale est un forfait dont le juge ne peut pas modifier le chiffre. « Il ne peut, dit l'article 1152, être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. » Cette règle est fort importante, et la Jurisprudence l'applique très fréquemment. Ainsi, en matière de règlement d'atelier, la Cour de cassation décide que les tribunaux n'ont pas le droit de modifier le chiffre de l'amende infligée à l'ouvrier, même s'ils la trouvent exagérée (Civ., 14 février 1866, D. P. 66.1.85, S. 66.1.194 ; 12 mars 1918, D. P. 1918.1.39). Même solution en cas d'indemnité forfaitaire spécifiée dans un tarif de chemins de fer pour le cas de perte d'un objet à transporter ; l'expéditeur lésé doit s'en contenter (Civ., 12 décembre 1911, D. P. 1913.1.104). Cette solution paraît, à première vue, commandée par le principe de l'article 1134, à savoir que la convention fait la loi des parties. Cependant, l'ancien Droit admettait une solution contraire. Pothier nous apprend que, de son temps, la peine pouvait, lorsqu'elle était excessive, être réduite et modérée par le juge (*Obligations*, n° 345, éd. Bugnet, t. II, p. 179). En effet, dit-il, après Dumoulin, « .il est contre la nature de cette clause qu'elle puisse être portée au delà des bornes que la loi prescrit aux dommages-intérêts ». Et il ajoute cette considération d'équité que, le plus souvent, le débiteur, en contractant, accepte le chiffre fixé pour la clause

pénale dans « la fausse confiance qu'il ne manquera pas à son obligation ; il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant ». Il serait donc, à certains égards, plus équitable de permettre aux tribunaux de modérer, au besoin, le montant de l'indemnité convenue dans les cas où elle leur paraîtrait excessive. Le Code suisse des Obligations (art. 163, al. 3) et le Code civil allemand (art. 343, al. 1) admettent l'un et l'autre que le juge peut diminuer la peine, s'il la trouve excessive. Ils décident aussi, par réciprocité, que le créancier peut, de son côté, obtenir de plus amples dommages-intérêts, s'il prouve que la peine est inférieure au préjudice causé par l'inexécution (art. 161, al. 2, Code suisse des Oblig. ; art. 340, al. 2, C. civ. all.). Il est vrai que, dans ces conditions, l'utilité pratique de la clause pénale, qui est d'éviter les procès, disparaît presque entièrement.

Quoi qu'il en soit, il convient de signaler un tempérament important à la règle de l'article 1152. Aux termes de l'article 1231, lorsque l'obligation a été exécutée en partie, le juge peut modifier la peine. Ce tempérament était nécessaire, car il est fort probable que l'exécution partielle diminue l'importance du dommage causé au créancier.

C. — **Caractère accessoire de la clause pénale.** — La clause pénale est l'accessoire de la convention dont elle a pour but d'assurer l'exécution. D'où les conséquences suivantes :

a) D'après l'article 1228, « le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale ». Il ne faut pas comprendre ce texte comme signifiant que le créancier pourrait, chez nous, à son choix (ainsi que le lui permettrait le Code civil allemand, art. 340), demander soit l'exécution de l'obligation, soit le paiement de la peine stipulée. S'il en était ainsi, nous serions en présence d'une obligation *alternative*. Ce que l'article 1228 veut dire, c'est que la clause pénale n'interdit pas au créancier de demander l'exécution de l'obligation principale. Ce n'est qu'au cas où celle-ci est impossible qu'il doit se contenter de dommages-intérêts.

b) « Le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard » (art. 1229, al. 2).

c) La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. En revanche, la nullité de la clause pénale n'entraîne point celle de l'obligation principale (art. 1227).

d) Le créancier qui demande la résolution du contrat pour inexécution, ne peut, en outre, invoquer la clause pénale fixant forfaitairement le chiffre des dommages dus en cas de retard (Civ. 29 juin, 1925, D. H. 1925.594).

3° **Particularités relatives aux obligations ayant pour objet une somme d'argent.** — Nous avons ici à signaler deux ordres de règles spéciales :

A. — Celles qui ont trait à la fixation des dommages-intérêts dûs au créancier d'une somme d'argent non payée à l'échéance ;

B. — Les règles concernant les *intérêts des intérêts* produits par la somme d'argent et non acquittés par le débiteur.

A. — **Dommages-intérêts dans les obligations de sommes d'argent.** — On remarquera tout d'abord que, dans les obligations ayant pour objet une somme d'argent, le défaut de paiement ne donne jamais lieu à des dommages-intérêts *compensatoires*, puisque le créancier non payé à l'échéance n'a qu'à poursuivre, par les voies de droit, le remboursement des deniers qui lui sont dûs. Il ne peut s'agir ici que de dommages-intérêts *moratoires*, c'est-à-dire correspondant au préjudice souffert par le créancier, du fait qu'il n'a pas reçu l'argent qui lui était dû, au moment où il était en droit de compter le recevoir.

La fixation de ces dommages-intérêts est soumise à trois dispositions spéciales, qui font échec aux règles du droit commun, et se trouvent édictées, les deux premières dans l'article 1153, lequel a été modifié par la loi du 7 avril 1900, la troisième dans la loi du 3 septembre 1807.

a) *Première particularité : Dispense de la preuve du préjudice.* — Le créancier a le droit d'obtenir des dommages-intérêts sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte (art. 1153, al. 2). On comprend aisément la raison de cette *présomption de préjudice*, laquelle est absolue. C'est que la privation d'une somme d'argent sur laquelle il devait compter cause toujours un dommage au créancier. A supposer en effet que cette somme ne fût pas destinée dans son esprit à un emploi spécial, il pouvait toujours la placer, et lui faire ainsi produire des intérêts qui eussent augmenté ses revenus.

On remarquera que l'article 1153 ne déroge pas au droit commun en ce qui concerne l'autre condition des dommages-intérêts, qui est la *faute* du débiteur. Dès lors, le débiteur d'une somme d'argent ne sera pas condamné à des dommages-intérêts, s'il peut démontrer que c'est par suite d'un *cas fortuit* ou de *force majeure* qu'il a été mis hors d'état de s'exécuter.

b) *Deuxième particularité : Fixation forfaitaire de l'indemnité à l'intérêt légal.* — Les dommages-intérêts moratoires ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés d'avance par la loi, ou *intérêt légal*. Ceci est une règle traditionnelle de notre Droit. « Quiconque doit de l'argent, soit pour un prêt ou pour d'autres causes, ne doit pour tout dommage, s'il ne paie pas, que l'intérêt réglé par la loi » (Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. V. éd. Remy, t. II, p. 95 ; Pothier, *Obligations*, n° 170, éd. Bugnet, t. II, p. 82). Et la raison que donnaient de cette règle nos anciens auteurs, c'est que l'argent, ayant un usage général, et pouvant servir à acheter toutes sortes de choses, le dommage qui peut résulter de sa privation varie à l'infini suivant les individus. Si donc chaque créancier pouvait invoquer le dommage personnel que lui cause le défaut de paiement, ces demandes donneraient lieu à de longues discussions et seraient fort difficiles à trancher.

C'est pourquoi il a paru nécessaire de les prévenir en fixant à l'avance, par une évaluation forfaitaire, le montant de l'indemnité due au créancier. Cette indemnité est calculée suivant le revenu que l'argent aurait produit pour le créancier, si celui-ci avait pu le placer au moment fixé pour sa réception.

Ici, les règles établies par le Code civil ont subi, du fait des lois postérieures, deux importantes modifications :

α. *Taux de l'intérêt légal.* — La loi du 3 septembre 1807 avait fixé l'intérêt légal de l'argent à 5 °/₀ en matière civile, et 6 °/₀ en matière de commerce. L'abaissement du loyer des capitaux avait déterminé le législateur de 1900 à réduire ce taux, qui n'était plus en rapport avec la réalité des faits. La loi du 7 avril 1900 (art. 2) l'avait donc abaissé à 4 °/₀ en matière civile et 5 °/₀ en matière commerciale. Mais, au cours de la guerre de 1914, la loi du 18 avril 1918 a ramené le taux légal à 5 °/₀ en matière civile et 6 °/₀ en matière commerciale (6 °/₀ en toute matière pour l'Algérie) (art. 2 et 3).

β. *Dommages-intérets supplémentaires.* — En principe, le juge ne peut pas accorder au créancier une indemnité supérieure au taux légal de l'intérêt. C'est la rançon de l'avantage que lui procure la présomption de préjudice dont il bénéficie (V. Civ., 14 février 1911, D. P. 1911.1.216, S. 1911. 1.144).

A ce principe, sous l'empire du Code civil de 1804, il n'y avait que trois dérogations :

— En matière de *non-paiement d'une lettre de change* (art. 178, 181, C. com.), le montant de la nouvelle lettre de change pouvant comprendre, outre le capital dû et l'intérêt légal, le prix du nouveau change et les frais supportés par le tireur.

— En matière de *cautionnement* (art. 2028, *in fine*), la caution qui paye pour le débiteur principal ayant droit au remboursement intégral du préjudice par elle encouru, ce qui s'explique par la considération du service gratuit qu'elle a rendu.

— En matière de *société* enfin (art. 1846, à raison de l'idée d'égalité complète qui doit exister entre les associés.

Cependant, la Jurisprudence avait montré une tendance incontestable à s'affranchir de la limitation forfaitaire des intérêts dus au créancier d'une somme d'argent. Le raisonnement sur lequel elle s'appuyait était le suivant : la limitation édictée par l'article 1153 ne vise que le *dommage résultant du retard dans l'exécution*. Si donc, à côté du retard, il y a eu un autre fait dommageable, une autre faute commise par le débiteur, si, en d'autres termes, l'inexécution résulte d'une faute du débiteur, et que cette faute ait causé au créancier un préjudice plus grand que la simple privation des intérêts, le créancier a droit à des dommages-intérêts supplémentaires. Il s'agit alors, en effet, non plus de dommages-intérêts *moratoires*, mais de dommages-intérêts *compensatoires*. Par exemple, le débiteur a résisté méchamment, *animo nocendi*, à la demande du créancier, ou bien sa résistance, quoique n'étant pas inspirée par l'intention de nuire, constitue une faute, parce qu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux ; ou bien un-

core, le retard du débiteur a entraîné la mise en faillite du créancier (Civ., 3 mai 1897, D. P. 97.1.319, S. 97.1.319 ; Civ., 26 janvier 1898, sol. impl., D. P. 1900.1.80, S. 98 1 238).

Lors de la revision du texte de l'article 1153, en 1900, le législateur a voulu consacrer cette juris-prudence et, en conséquence, il a ajouté à cet article un alinéa ainsi conçu : « Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ».

Cette rédaction semble marquer un recul, par rapport à la jurisprudence antérieure, que cependant, nous l'avons dit, le législateur s'était proposé de consolider.

D une part, les dommages-intérêts complémentaires requerront la preuve d'un préjudice *indépendant de celui du retard*. Mais un préjudice supérieur à celui qui résulte ordinairement du retard, par exemple, celui d'une mise en faillite du créancier causée par le retard du débiteur, semble devoir être exclu

Et, d'un autre côté, la loi ne vise que le cas où ce préjudice indépendant a été causé par la *mauvaise foi* du débiteur. (Civ., 16 juin 1903, D. P. 1903.1.407, S. 1905.1.260 ; 7 mai 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.2.139 ; 2 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.293).

c) *Troisième particularité provisoirement supprimée* : *Limitation de l'intérêt conventionnel.* — En principe, nous l'avons vu, les parties peuvent fixer elles-mêmes le montant des dommages-intérêts. Cette liberté, admise en 1804 pour les obligations de sommes d'argent comme pour les autres (art. 1907), a été, en ce qui concerne les premières, restreinte par la loi du 3 septembre 1807 qui, pour des motifs d'ordre public et de moralité, a limité le taux maximum de l'*intérêt conventionnel* à 5 % en matière civile et 6 % en matière commerciale (c'est-à-dire précisément alors au chiffre de l'intérêt légal).

L'abrogation de la loi de 1807 et le retour à la liberté de l'intérêt conventionnel ont été maintes fois réclamés par les économistes dits libéraux au cours du XIX^e^ siècle. Ils ont prétendu que la limitation est contraire à la loi de l'offre et de la demande, car le loyer de l'argent varie suivant les lieux et les risques de l'opération et même à l'intérêt bien entendu des emprunteurs. Ils ont invoqué, en outre, les nombreuses dérogations que le législateur avait autorisées en matière de commerce. La loi du 12 janvier 1886, cédant en partie à ces critiques, a adopté une solution de conciliation. Elle a supprimé le maximum en matière commerciale, mais l'a maintenu en matière civile. Le législateur a considéré qu'il pouvait sans danger consacrer la liberté du taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale, à cause de la concurrence qui s'établit dans les grands centres entre les banquiers, concurrence qui défend l'emprunteur contre les prétentions exagérées du prêteur. Mais il en est autrement en matière civile, car il est plus difficile

au particulier, qui ne fait pas d'opérations commerciales, spécialement à l'agriculteur, de trouver un prêteur ; et dès lors, il peut se heurter à des exigences excessives de la part des capitalistes. Nous retrouverons cette question en étudiant le prêt à intérêt.

Ici encore, la législation de guerre a apporté une dérogation notable aux principes. La loi précitée du 18 avril 1918 (art. 1er) suspend l'application de la loi du 3 septembre 1807 et, par conséquent, rend libre la fixation du taux de l'intérêt conventionnel en matière civile, pendant toute la durée de la guerre et pendant une période à déterminer par décret qui ne pourra être inférieure à cinq années à partir de la cessation des hostilités.

d) *Quatrième particularité supprimée. Nécessité d'une demande en justice.* — Avant la loi du 7 avril 1900, l'article 1153 décidait que les intérêts légaux n'étaient dus que du jour où le créancier aurait formé contre son débiteur une *demande en justice*. Cette dérogation aux règles ordinaires de la mise en demeure était une innovation des rédacteurs du Code, car, dans notre ancien Droit, les intérêts commençaient à courir contre le débiteur du jour d'une simple sommation (Pothier, *Obligations*, n° 170, éd. Bugnet, t. II, p. 83). On invoquait, pour justifier l'innovation, le prétendu avantage du débiteur, qu'il fallait, disait-on, prévenir par un acte catégorique, ne laissant aucun doute sur l'intention du créancier. Mais la preuve la meilleure que cette règle nouvelle était mal conçue, c'est qu'elle était comme submergée par le flot des exceptions édictées par la loi elle-même, celle-ci, dans des hypothèses nombreuses, décidant que les intérêts étaient dus, soit de plein droit à partir d'un certain moment, soit à compter d'une simple sommation (V. art. 456, 856, 1378, 1440, 1473, 1570, al. 1, 1846, 2028, 2e al., 1996, etc.).

Depuis la loi du 7 avril 1900, et aux termes de l'article 1153 nouveau (al. 3), les intérêts sont dus *du jour de la sommation de payer* (de payer le capital). Sur ce point, le droit commun a donc repris son empire.

B. — **Règles concernant les intérêts des intérêts non acquittés par le débiteur. Anatocisme.** — Logiquement, lorsque le débiteur d'un capital productif d'intérêts ne paye pas ces intérêts aux échéances convenues, le créancier devrait être admis à demander la réparation du préjudice que lui cause ce défaut de paiement, et cette réparation devrait consister à traiter les intérêts non payés comme un capital produisant lui-même un intérêt à dater du jour de leur échéance. Une convention stipulant formellement que les choses se passeront ainsi apparaît au premier abord comme parfaitement valable.

Cette capitalisation des intérêts est désignée sous le nom d'*anatocisme*.

Mais, on comprend aisément combien l'anatocisme augmente rapidement le chiffre de la dette. Au taux de 5 %, s'il dure pendant 14 ans, il arrive à en doubler le montant. L'anatocisme est donc fort dangereux pour le débiteur, étant donné surtout qu'en cas de prêt d'une somme d'argent, c'est le créancier qui fait la loi du contrat, et que le débiteur besogneux consent à tout ce que veut le prêteur. Il acceptera d'autant plus volontiers une convention

d'anatocisme, qu'il y verra l'avantage de ne pas être obligé de payer les intérêts au jour de l'échéance. Or, les débiteurs sont des gens peu prévoyants ; ils ne songent qu'au capital dont ils ont besoin, et leur pensée ne s'arrête pas au jour où il faudra le rendre.

Le Droit de Justinien avait donc prohibé absolument les conventions d'anatocisme (28, C. *de usuris*, IV, 32).

Dans notre ancien Droit, l'interdiction du prêt à intérêt enlevait beaucoup d'utilité à cette prohibition de l'anatocisme. En revanche, dans les cas où, indépendamment d'une convention de prêt, des intérêts moratoires étaient dus par le débiteur, notre ancien Droit avait introduit cette règle que la capitalisation serait pareillement interdite. L'ordonnance de mars 1679, titre 6, art. 2, le proclamait expressément (V. Ferrière, *Dictionn. de droit et de pratique,* 4e édit., V° *Intérêt des intérêts*, t. 2, p. 56 ; Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. 5, sect. 1, n° 9, éd. Rémy, t. II, p. 116). En matière de rente constituée, on décidait même que le débi-rentier ne pouvait pas remplacer le paiement des arrérages par la constitution d'une nouvelle rente au profit du créancier, parce que cette opération était considérée comme une espèce d'anatocisme contraire aux lois (Pothier, *Contrat de constitution de rente* , n° 38, éd. Bugnet, t. III, p. 450).

Le Droit intermédiaire, qui a autorisé le prêt à intérêt, n'avait pas cependant aboli la prohibition de l'anatocisme. Ce sont les rédacteurs du Code qui ont écarté cette antique prohibition. Ils se sont contentés d'édicter, dans l'article 1154, trois dispositions en faveur du débiteur :

a) Pour faire courir les intérêts des intérêts, il ne suffit pas que le créancier fasse une sommation de les payer au débiteur ; il faut qu'il intente une *action spéciale en justice* en vue d'obtenir cette capitalisation.

b) La capitalisation ne peut se faire qu'autant qu'il s'agit d'intérêts dus au moins *pour une année entière*. Donc, la capitalisation ne peut pas commencer avant l'expiration de l'année, à chaque trimestre ou à chaque semestre d'échéance. Cette seconde disposition a d'ailleurs moins d'utilité qu'il ne semble. La capitalisation annuelle ne retarde pas sensiblement l'accroissement de la dette du débiteur. Si elle se fait au taux de 5 %, elle double la dette en 14 ans, 21. Quand elle a lieu par mois, au même taux, elle la double en 13 ans, 93. La différence est insensible. Il n'en reste pas moins cet avantage que le créancier ne peut pas accumuler les frais, en renouvelant à chaque échéance sa demande en justice en vue d'obtenir la capitalisation.

c) Enfin, les intérêts des capitaux ne peuvent produire des intérêts qu'autant qu'ils sont *échus*.

Qu'est-ce que cela veut dire ? On a beaucoup discuté sur ce point. L'interprétation la plus satisfaisante est, à notre avis, la suivante : les parties ne peuvent pas dans un contrat de prêt, stipuler à l'avance que, si le débiteur ne paye pas les intérêts convenus aux échéances fixées, ceux-ci produiront eux-mêmes intérêt de plein droit. Cette convention ne peut être faite que lorsque l'échéance est arrivée, et seulement pour les intérêts échus et non payés. Il faudra donc la renouveler à propos de chaque échéance an-

nuelle, de telle manière que, chaque année, le débiteur soit obligé d'ouvrir les yeux, et qu'une convention spéciale lui apprenne que sa dette grossit toujours. Malheureusement, il y a des auteurs et des décisions de jurisprudence qui interprètent tout autrement les mots « intérêts échus ». Ces mots signifieraient tout simplement que les intérêts ne peuvent produire intérêt avant leur échéance, ce qui est presque une naïveté et revient à réduire à rien la disposition de l'article 1154, puisque, dans cette interprétation, la convention d'anatocisme serait permise au moment du prêt. C'est cependant cette interprétation, à notre avis inexacte, qui a triomphé devant la Cour de cassation (Civ. 15 juillet 1913, D. P. 1917.1.50), et devant certaines cours d'appel (Montpellier, 7 décembre 1905, D. P. 1907.2.152, S. 1907.2.203 ; Paris, 19 mars 1903, S. 1906.2.41, note de M. Wahl). Il est vrai que des arrêts dissidents (Nancy, 16 décembre 1880, D. P. 82 2.140, S. 81.2.135 ; Paris, 4 mai 1905, D. P. 1905.2.463, S. 1905.2.280 ; Nancy, 21 novembre 1908, D. P. 1909.2.224, S. 1909.2.24) se sont prononcés en faveur de notre opinion.

On remarquera que cette troisième disposition de l'article 1154 vise, non seulement la *convention d'anatocisme*, mais la *demande en justice* faite en vue d'obtenir la capitalisation des intérêts échus. Il faut donc, dans notre interprétation, que le créancier intente une action nouvelle pour chaque année d'intérêts échus. Le tribunal ne pourrait pas ordonner à l'avance la capitalisation des intérêts non encore échus, à dater du jour de leur échéance future.

Exceptions aux dispositions de l'article 1154. — Il y a plusieurs exceptions à la règle de l'article 1154 :

a') La première vise les *comptes courants*. Lorsque deux personnes, en relations habituelles d'affaires, conviennent d'inscrire toutes les créances qu'elles acquerront l'une contre l'autre au crédit et au débit d'un compte unique qui se réglera à des échéances déterminées, les intérêts de ces créances se capitalisent lors de chaque règlement, de plein droit, et quand même les parties n'auraient fait aucune convention sur ce point. De même, cette capitalisation commence à chaque règlement, bien que celui-ci porte sur une période inférieure à un an (Civ. 13 février 1883, D. P. 84.1.31).

Quelle est la raison d'être de cette double exception ? On a dit pour l'expliquer qu' « une fois le compte arrêté, le solde est réputé payé par la partie qui le doit, puis rendu à l'autre opérateur à un titre nouveau. C'est un capital qui ne laisse plus trace d'intérêts anciens. » (Thaller, *Traité élém. de droit commercial*, n° 1669).

b') L'article 28 du décret du 28 février 1852 sur les *sociétés de crédit foncier*, décide que tout semestre d'annuités non payé par l'emprunteur à l'échéance porte intérêt de plein droit, et sans mise en demeure, au profit de la société, sur le pied de 5 % par an. Cette dérogation était nécessaire, étant donné le caractère des prêts faits par le Crédit foncier, lesquels sont des prêts amortissables par voie de remboursement périodique.

c') Enfin, aux termes de l'article 1155, les règles relatives à la capitali-

sation des intérêts ne concernent que *les créances ayant pour objet des capitaux exigibles*. Elles ne s'appliquent donc pas aux *revenus échus*, *tels que fermages*, *loyers*, aux *arrérages des rentes*, aux *restitutions de fruits*, aux intérêts payés par un *tiers* au créancier *en l'acquit du débiteur*.

Pourquoi en est-il ainsi ? C'est que, dans ces différents cas, le débiteur ne doit pas *un capital* auquel ces prestations viennent s'ajouter. Donc, leur capitalisation ne présente pas le même inconvénient. En conséquence, il nous semble qu'il est permis de stipuler au jour même de la convention, qu'en cas de non paiement de ces prestations aux échéances convenues, elles produiront intérêt de plein droit. Telle est du moins l'interprétation logique de l'article 1155 du Code civil. Mais le texte est rédigé d'une façon obscure. Il parle encore des revenus *échus*, et de là certains auteurs concluent que la convention d'anatocisme faite à l'avance, est interdite pour ces prestations comme pour les capitaux exigibles. D'après eux, l'article 1155 ne dérogerait qu'à la seconde disposition de l'article 1154, et permettrait simplement la capitalisation à des échéances plus courtes qu'une année. Au surplus, la question n'a pas grande importance pratique, car il n'est pas d'usage de stipuler, dans une convention, la capitalisation des intérêts non payés, quand il s'agit de revenus tels que ceux dont parle l'article 1155.

Quoi qu'il en soit, les revenus énoncés par l'article 1155 ne produisent intérêt qu'à compter de la demande en justice, de même que les intérêts des capitaux. L'article 1155 le dit expressément.

4° Théorie des ASTREINTES [1]. En quoi consiste l'astreinte, son origine. — La théorie des astreintes s'est greffée sur celle des dommages-intérêts, dont elle est une *déformation*. Voici en gros en quoi elle consiste.

Lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation, et lorsque cette obligation consiste en une autre prestation que celle d'une somme d'argent (V. Civ., 28 octobre 1918, S. 1918-19.1.89), les tribunaux emploient couramment, pour vaincre sa résistance, le procédé suivant. Ils lui ordonnent d'exécuter dans un délai fixe, et le condamnent, pour le cas où il n'obéirait pas, à payer au créancier une certaine somme par jour de retard.

En pratique, des condamnations de cette nature sont prononcées dans les hypothèses les plus variées, par exemple, en cas de refus par un époux, après séparation de corps ou divorce, de remettre les enfants à l'époux qui en a obtenu la garde ; ou bien encore pour assurer l'exécution d'obligations de caractère patrimonial, telles que celles de livrer un objet déterminé, de rendre compte, de produire des pièces, d'exécuter des travaux, etc.

1. V. Esmein, *Rev. trim. de Droit civil*, 1903, p. 5 et suiv., Meynial, *Sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire. Rev. prat. de droit français*, 1884, t. 56, p. 385 ; Labbé, *Rev. prat. de Droit français*, 1881, t. 50. p. 62 et suiv. ; Berryer, thèse Paris, 1903.

Ce procédé constitue un moyen de contrainte d'une portée incontestable. Les dommages-intérêts, en cas de résistance prolongée du débiteur, doivent finir par atteindre un chiffre énorme. Pour éviter la ruine, le débiteur préférera s'exécuter. D'ailleurs la condamnation est *provisoire*, et le juge se réserve de statuer ultérieurement, en cas d'inexécution, sur le chiffre définitif auquel le débiteur sera condamné.

Voici comment la Jurisprudence s'est formée en cette matière.

On peut la considérer comme remontant à des décisions rendues en *faveur du débiteur* (arrêts de la Cour de cassation du 21 juin 1809 et du 22 janvier 1812, D. J. G. V° *chose jugée*, 386). Le débiteur avait été condamné à l'exécution de son obligation par une décision lui impartissant un *délai de grâce*, mais fixant un chiffre de dommages-intérêts qu'il devrait payer si, au jour dit, il ne s'était pas exécuté. Le débiteur ayant laissé passer ce délai fatal, offrait l'exécution en nature de l'obligation. Il fut jugé que cette offre pouvait encore être admise. Voilà l'idée essentielle de la théorie déjà dégagée, celle d'une condamnation purement provisoire ou, comme on dit, par une expression empruntée à la jurisprudence de l'ancien Parlement de Bretagne, *comminatoire*.

Plus tard, la théorie se développe et acquiert sa physionomie actuelle. On prend l'habitude de fixer les dommages-intérêts, non en bloc, mais à tant par jour de retard. Il est vrai que le juge peut, au jour du règlement définitif des conséquences de l'inexécution, revenir sur sa décision première pour réduire le chiffre total de la condamnation, s'il le trouve en fin de compte exagéré. Mais, réciproquement, on verra les tribunaux admettre l'inverse et modifier leur sentence, non pour diminuer la condamnation, mais pour l'augmenter, si la première astreinte n'a pas donné le résultat attendu. La pratique jurisprudentielle, d'abord inspirée par l'intérêt du débiteur, s'est retournée contre lui.

Un exemple frappant du procédé de l'astreinte nous est fourni par un arrêt de la Chambre des requêtes du 1er décembre 1897 (D. P. 98.1.289, S. 99.1.174). Il s'agissait d'un procès entre le propriétaire d'un hôtel de Paris et une compagnie d'éclairage électrique. Le propriétaire de l'hôtel ayant refusé de payer le prix de l'énergie consommée, et réclamant un rabais auquel il prétendait avoir droit, l'entrepreneur avait arrêté l'éclairage. Sur la demande du propriétaire, il fut condamné par le tribunal de commerce de la Seine à fournir, dans un délai fixé, le courant électrique, sous peine d'une astreinte de 100 francs par jour, avec réserve, pour le demandeur, du droit, après l'expiration du délai, de prendre telles conclusions qui seraient les plus conformes à ses intérêts. La compagnie ayant refusé d'obtempérer à cette condamnation, le propriétaire s'adressa de nouveau au tribunal et demanda une astreinte de 10.000 fr. par jour de retard, qui lui fut accordée par le tribunal et la cour de Paris. La compagnie forma un pourvoi en cassation, en se fondant sur ce motif que le tribunal de commerce avait violé les articles 1142 et suivants du Code civil, en prononçant une seconde astreinte supérieure à la première, alors que, par le premier jugement, il avait épuisé son droit à cet égard.

La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi, et déclara que l'arrêt attaqué n'avait violé aucune loi, puisque les droits du demandeur avaient été réservés par une décision antérieure de la cour.

Enfin, et parallèlement à ce *processus*, la Jurisprudence a accompli un troisième stade en transportant le procédé des dommages-intérêts commi-natoires de la sphère des intérêts patrimoniaux dans celle des obligations de famille, de caractère purement moral, susceptibles, semble-t-il, uniquement d'une exécution forcée en nature. Par-là, les dommages-intérêts, mode de réparation d'un préjudice actuel et constant, prenaient définitivement la physionomie d'un moyen de contraindre la volonté récalcitrante du débiteur. L'application la plus caractéristique de cette conception se rencontre dans l'affaire Beauffremont, procès célèbre qui mit aux prises, pendant plus de dix ans, les tribunaux français, belges et saxons. Une astreinte de 500 francs par jour de retard pour le premier mois, de 1.000 francs par jour pour les mois suivants, fut prononcée contre une mère pour la contraindre à restituer ses enfants au mari qu'elle avait abandonné (V. Paris, 13 février 1877, D. P. 78.2.125, S. 78.1.193 sous Cass.).

Analyse et critique du procédé de l'astreinte. — Nous pouvons maintenant relever et apprécier les caractères principaux du procédé de l'astreinte.

A. — C'est une condamnation prononçant non une somme fixe de dommages-intérêts, mais une quotité par jour de retard, c'est-à-dire une condamnation *indéterminée*.

B. — C'est une condamnation prononcée *in futurum*.

C. — C'est une condamnation à des dommages intérêts supérieurs ou destinés à devenir *supérieurs au préjudice causé*.

D. — C'est quelquefois une condamnation simplement *comminatoire*; lorsqu'il en est ainsi, le juge, en dépit des principes de la chose jugée, peut ensuite revenir sur sa décision et la reviser, soit pour augmenter la sanction, soit le plus souvent, pour la réduire (Civ., 20 mars 1889, D. P. 89.1.382, S. 92.1.565 ; 20 janvier 1913, D. P. 1913.1.357, S. 1913.1.386 ; 14 mars 1927, D. H. 1927.274).

Une telle pratique donne lieu à de nombreuses critiques. Il est évident que, si l'astreinte est une condamnation à des dommages-intérêts, elle viole la loi, en ne proportionnant pas ces dommages au préjudice causé (art. 1149). Elle viole aussi les principes généraux de notre organisation judiciaire, qui interdisent aux tribunaux de reprendre la connaissance d'une affaire lorsqu'ils ont prononcé leur sentence. La jurisprudence belge a donc (très correctement, croyons-nous), décidé que « si, en cas d'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, les tribunaux peuvent allouer une somme déterminée par jour de retard, ce n'est qu'à titre d'indemnité à raison du dommage causé, et non à titre de pure contrainte et pour assurer l'exécution d'une sentence » (Bruxelles, 1er mars 1909, S.

1909.4.15. Dans le même sens, Cass. de Belgique, 19 janvier 1881, S. 82.4.19. V. pourtant Cass. de Belgique, 23 juin 1887, D. P. 88.2.311).

En France, au contraire, où la Jurisprudence emploie couramment ce procédé, dont les avantages pratiques sont immenses, d'éminents auteurs se sont appliqués à justifier l'astreinte. Celle-ci, ont-ils dit, n'est pas en réalité une condamnation à des dommages-intérêts ; c'est une véritable *peine* prononcée comme sanction d'une injonction émanant du *pouvoir de commandement* des magistrats, distinct de leur *pouvoir de juridiction*. Un seul arrêt aurait aperçu ce caractère (Req., 22 novembre 1841, S. 42.1.170), car on y lit cette phrase topique qu' « il faut distinguer entre les *ordinatoria judicia* et les *decisoria judicia* ». L'astreinte appartient à la première catégorie.

On invoque à l'appui de cette manière de voir des témoignages nombreux tirés de nos anciens auteurs, un passage emprunté à un ouvrage écrit en 1810 (Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, p. 101 et suiv.), dans lequel l'auteur écrit que le juge moderne peut *prescrire et défendre*, et enfin le texte de l'article 1036 du Code de procédure civile, aux termes duquel « les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, *prononcer même d'office des injonctions*, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. »

Cette argumentation nous paraît peu convaincante. L'article 1036 du Code de procédure doit être écarté du débat. Il vise la police de l'audience ou, tout au plus, les mesures à prendre pour la découverte de la vérité dans les instances judiciaires. Il suffit, pour apercevoir sa portée véritable, de le rapprocher d'autres dispositions telles que l'article 512 du Code de procédure, l'article 504 du Code d'instruction criminelle, l'article 23 de la loi du 17 mai 1819 sur la presse, l'article 102 du décret du 30 mars 1808 sur les cours et tribunaux. D'ailleurs, si l'on devait admettre que l'article 1036 du Code de procédure ait visé la pratique des astreintes, *qui ne s'est introduite que très postérieurement*, il en devrait résulter que les juges auraient le droit de prononcer d'*office* des astreintes. Or c'est ce qui n'a jamais été soutenu. Le juge qui prononcerait une astreinte, sans que le demandeur ait conclu en ce sens, statuerait certainement *ultra petita*. Quant à la phrase de Henrion de Pansey, elle exprime cette vérité incontestable que les juges peuvent (et doivent) *prescrire* l'exécution en nature de l'obligation (de faire), *défendre* la violation de l'obligation (de ne pas faire) Mais cet auteur ni aucun autre n'ont pu soutenir qu il appartenait au juge de forger de toutes pièces une sanction arbitraire. Les juges de l'ancien Droit pouvaient le faire, mais il s'est produit depuis lors une transformation radicale, par l'effet de l'introduction du principe de la séparation des pouvoirs et de la suppression de tout pouvoir réglementaire pour le juge. Si l'astreinte, comme on nous le dit, est une *peine*, c'est donc une peine *arbitraire*, une peine pécuniaire dont le montant est destiné à tomber, non dans le Trésor, mais dans le patrimoine d'un particulier. Tout cela est inadmissible.

Il vaudrait mieux reconnaître que l'astreinte est une pratique prétorienne.

autrement dit illégale. Mais son utilité évidente exigerait que chez nous le législateur la régularisât, à l'exemple du Code de procédure allemand.

SECTION II. — Réalisation pécuniaire du droit des créanciers

Généralités. Historique. L'exécution sur la personne puis sur les biens. — Quel moyens ont les créanciers pour la réalisation pécuniaire de leur droit, c'est-à-dire pour obtenir les sommes d'argent qui peuvent leur être dues, soit en vertu de l'obligation même, soit en vertu de la liquidation opérée par une condamnation du débiteur à des dommages-intérêts ? C'est ce que nous avons à indiquer, en laissant de côté tout ce qui touche plus spécialement à la Procédure civile.

L'évolution du Droit en cette matière a consisté dans un adoucissement progressif et constant de la condition du débiteur, dans le passage de l'exécution sur la personne à l'exécution sur les biens.

Dans les législations anciennes, à Rome notamment, c'est la *personne* du débiteur qui répond de ses engagements. A défaut de paiement, celui-ci encourt des peines très rudes. Peut-être, à l'origine, pouvait-il être tué, dépecé par ses créanciers ; le fameux *partes secanto* de la loi des XII Tables se référerait à cette phase. En tout cas, l'histoire peut déterminer une époque où le débiteur insolvable était asservi, emprisonné dans l'ergastule privé du créancier, pour travailler au profit de celui-ci. *Qui non solvit in ære luat in cute.* Mais cette rigueur primitive s'adoucit à Rome. Dès la période des actions de la loi, on voit apparaître certains procédés d'exécution sur les biens avec la *pignoris capio* et la *bonorum cessio.* A l'époque de la procédure formulaire, vers la fin du VI^e^ siècle de Rome, les créanciers recourront à un procédé nouveau, d'application générale, la *missio in possessionem* suivie de la *bonorum venditio,* vente en bloc du patrimoine du débiteur, mode de liquidation ressemblant par beaucoup de points à une *faillite civile.* Le caractère pénal de la sanction de l'insolvabilité subsiste néanmoins encore en ce que la *bonorum venditio* fait encourir l'infamie au débiteur. Enfin, depuis Trajan et Antonin, apparaissent des mesures de réalisation spéciale analogues à nos *saisies :* la *bonorum distractio*, le *pignus in causa judicati captum.*

Après la chute de l'Empire romain, on revient pendant quelque temps aux anciennes conceptions, aux pénalités comminées contre les débiteurs insolvables. Ceux-ci encourront soit des peines corporelles comme la fustigation, l'emprisonnement, soit des peines religieuses comme l'excommunication. Cependant, dès le XIII^e^ siècle, s'organisent les mesures d'exécution sur les biens, d'abord sur les meubles seuls, puis sur tous les biens, meubles et immeubles. A côté de ces voies d'exécution patrimoniale, subsiste cependant la prison pour dettes. Le Code civil, à son tour, organise cet emprisonnement sous le nom de *contrainte par corps.* Celle-ci n'a été supprimée, sauf dans certaines de ses applications, que par la loi du 22 juillet 1867.

De nos jours, l'évolution peut donc être considérée comme terminée. Ce n'est plus vraiment la personne qui doit, c'est son patrimoine. Tout au plus peut-on retrouver le vestige des anciennes pénalités contre les insolvables, dans les débris encore subsistants de la contrainte par corps, et dans les déchéances qui atteignent les commerçants faillis. Encore celles-ci ont-elles été fort atténuées, surtout par la loi du 4 mars 1889, portant modification de la législation des faillites et instituant notamment un diminutif de celle-ci, la liquidation judiciaire.

Contrainte par corps. — L'institution dans laquelle se manifeste le plus clairement la survivance des anciennes conceptions en cette matière est, disions-nous, celle de la *contrainte par corps*. Bien qu'elle soit aujourd'hui réduite et mutilée, il importe encore d'en donner une idée sommaire.

La *contrainte par corps* est l'emprisonnement du débiteur à la requête d'un créancier, muni d'un titre exécutoire. La loi avait permis et organisé cet emprisonnement, comme un moyen très efficace de forcer un débiteur récalcitrant à s'exécuter, à faire apparaître des ressources dissimulées par lui, ou encore d'amener sa famille à lui faciliter l'exécution de son obligation.

Pour l'emploi de la contrainte par corps, il y avait une distinction essentielle à faire :

A. — *En matière commerciale* (Loi du 15 germinal an VI et loi du 17 avril 1832), la contrainte par corps était possible, à raison de toutes les dettes atteignant au moins 200 francs.

B. — *En matière civile* au contraire (V. le titre XVI (aujourd'hui abrogé) du livre III du Code civil, art. 2059 à 2070), elle ne pouvait être employée que dans les cas énumérés par les articles 2059 à 2062 (stellionat, dépôt nécessaire, etc.). Hors de ces cas déterminés, il était défendu aux juges de la prononcer (art. 2063). En outre, la contrainte ne pouvait pas être prononcée contre les mineurs, ni pour une somme moindre de 300 francs (art. 2064, 2065).

Le débiteur qui se trouvait hors d'état de payer ses dettes, avait d'ailleurs un moyen d'échapper à la contrainte par corps ; c'était de faire la *cession de ses biens* à ses créanciers (art. 1265 à 1270). Cette opération de la cession de biens, sur laquelle nous reviendrons en traitant du paiement, a perdu presque tout intérêt pratique depuis l'abolition de la contrainte par corps.

C. — Enfin, *en matière pénale*, la contrainte par corps était toujours permise (art. 52, 467, 469, C. pén.).

La loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps pour les dettes civiles et commerciales, et ne l'a laissé subsister qu'en matière pénale. Ce sont des considérations d'humanité et d'ordre économique qui ont déterminé le vote de cette loi. La contrainte par corps est supprimée d'une manière absolue, même à l'égard des étrangers.

Au contraire, elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, *pour toutes les conséquences pécuniaires, pénales et civiles* que peut emporter la condamnation, y compris, depuis la loi du

19 décembre 1871, le paiement des *frais* auxquels a été condamné le délinquant. Il en résulte que la condamnation à des dommages-intérêts, en réparation du préjudice causé à la victime par une infraction pénale, comporte, à défaut d'exécution volontaire, l'emploi de la contrainte par corps. Il en est ainsi même si la condamnation a été prononcée par les tribunaux civils ; mais il faut, en pareil cas, qu'une décision émanée de la juridiction pénale ait condamné le débiteur comme coupable d'un crime, délit ou contravention. On remarquera que la loi de 1867 maintient la contrainte par corps, même quand l'infraction commise provient d'une simple imprudence ou négligence, car la loi ne fait aucune distinction. Mais si le fait dommageable ne constitue pas une infraction pénale, il ne donne jamais lieu à contrainte par corps, alors même qu'il aurait été commis de mauvaise foi ou dans l'intention de nuire. Ainsi, le délit de stellionat, le fait de poursuivre une personne en justice sans raison sérieuse, dans la seule intention de l'obliger à des frais, peuvent bien emporter une condamnation pécuniaire, mais non la contrainte par corps.

Ajoutons que la contrainte par corps n'étant attachée qu'aux condamnations prononcées pour crimes, délits ou contraventions, ne peut être étendue aux condamnations aux frais prononcées contre la partie civile qui succombe.

§ 1. — Assiette et étendue du droit des créanciers sur le patrimoine du débiteur.

Principe de l'égalité des créanciers. Leur droit de gage général. — Le droit du créancier porte sur le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire sur l'*ensemble de ses biens*.

Il résulte de cette formule que le créancier peut s'approprier, pour se payer, la valeur de *tous les droits patrimoniaux* du débiteur, droits personnels, réels ou intellectuels, mais qu'il n'a aucune prise sur les droits du débiteur qui ne présentent pas une valeur pécuniaire.

Et, d'autre part, le droit du créancier porte sur l'*ensemble* des biens, sur le patrimoine envisagé en tant qu'universalité juridique, c'est-à-dire sur les biens futurs comme sur les biens présents. Par là achève de se préciser l'évolution historique dont nous avons tracé l'esquisse. Jadis, le droit de poursuite du créancier portait sur la personne du débiteur tout entière ; maintenant elle atteint cette personne, envisagée uniquement dans un de ses attributs, *sa puissance sur les choses du monde extérieur*, car telle est la définition que l'on peut donner du patrimoine.

Tout ce que nous venons de dire tient en somme dans la formule de l'article 2092 : « Quiconque s'est obligé (il serait plus correct de dire : quiconque *est obligé*), est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

Il résulte du principe formulé dans ce texte fondamental, que le créancier a le droit de faire servir la valeur de tous les biens du débiteur à l'ac-

quittement de la dette. Ce droit, il l'exerce sur n'importe quels biens, car les éléments individuels du patrimoine, en tant qu'ils constituent la garantie du créancier, ne sont appréciés que par leur valeur pécuniaire et offrent entre eux une complète fongibilité. La règle comporte cependant trois exceptions :

1° Aux termes de l'article 2206, les immeubles d'un mineur ne peuvent être saisis par son créancier qu'*après ses meubles*.

2° Le créancier *hypothécaire* doit commencer par saisir l'immeuble hypothéqué. C'est seulement ensuite qu'il pourra, s'il n'est pas entièrement désintéressé, saisir les autres biens du débiteur (art, 2209).

3° Les immeubles *indivis* ne peuvent être saisis par le créancier personnel d'un des copropriétaires indivis, tant que dure l'indivision (art. 2205).

Deux observations capitales doivent être faite à propos de ce droit du créancier sur l'ensemble du patrimoine du débiteur :

1° On exprime ordinairement la règle de l'article 2092 en disant que le créancier a un *drout de gage général* sur tous les biens du débiteur. Cela signifie qu'il peut saisir ou réaliser tous ces biens. Mais la formule ne constitue qu'une simple métaphore, si l'on s'attache au sens technique du mot *gage*. Le droit des créanciers *chirographaires*, c'est-à-dire armés du seul *droit de gage général* de l'article 2092, diffère profondément de celui des créanciers investis d'un droit de gage, au sens étroit et précis du mot, c'est-à-dire d'un droit réel portant sur tel ou tel bien déterminé du débiteur et résultant soit d'un privilège, soit d'une hypothèque, soit d'un nantissement. Voici les deux différences essentielles qne nous relevons dès à présent entre les deux situations :

A. — Les créanciers investis d'un droit de gage proprement dit, c'est-à-dire d'un droit réel, portant spécialement sur tel ou tel bien déterminé de leur débiteur, sont armés d'un *droit de préférence*, c'est-à-dire que la valeur de ce bien est exclusivement consacrée à assurer leur satisfaction. Ce n'est qu'après leur complet paiement que le bien affecté à leur gage peut servir à la satisfaction d'autres créanciers gagistes de rang inférieur, ou des créanciers chirographaires.

Au contraire, les créanciers investis du soi-disant gage général de l'article 2092 n'ont aucun droit de préférence, pas même à l'encontre des créances nées postérieurement à la leur. Tous les créanciers chirographaires ont un droit égal sur chacun des biens du debiteur, quelle que soit la date de leur créance. C'est le principe de l'égalité des créanciers (chirographaires) formulé par l'article 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

Il s'en faut cependant que cette égalité théorique des créanciers soit pratiquement toujours réalisée ; au moins en est-il ainsi en Droit civil, car le Droit commercial a organisé au profit des créanciers le procédé de *la faillite*, avec son diminutif de la *liquidation judiciaire*, procédé qui arrive à réaliser cette égalité, mais au prix de formalités trop coûteuses

et, par conséquent, d'une notable déperdition d'actif. La *déconfiture*, état du non-commerçant qui a cessé ses paiements, n'est pas réglementée de même par le Droit civil. C'est une question de savoir si on peut lui étendre certaines des règles de la faillite. En tout cas, on ne peut lui appliquer les principales, celles qui assurent vraiment l'égalité entre créanciers, à savoir le dessaisissement de l'insolvable et la procédure collective de réalisation de ses biens.

B. — Les créanciers investis d'une hypothèque sur un immeuble ont un *droit de suite* sur ce bien, c'est-à-dire que les tiers au profit desquels le débiteur aliène le bien engagé, doivent respecter le droit de ces créanciers. Au contraire, les chirographaires n'ont pas de droit de suite. Les aliénations, constitutions de droits réels faites par le débiteur, leur sont opposables ; ce qu'on exprime parfois, assez incorrectement d'ailleurs, en disant qu'ils sont toujours *représentés* par leur débiteur dans tous les actes de celui-ci, ou encore qu'ils sont au nombre des *ayants cause universels* de leur débiteur.

2° Le principe de l'article 2092 comporte certaines exceptions. Certains biens du débiteur sont en effet placés en dehors du droit de gage général des créanciers. On dit alors qu'ils sont *insaisissables*.

§ 2. — Procédés de réalisation du gage des créanciers.

Tableau général des procédés. — Il y a lieu de distinguer ici les procédés d'*exécution*, et les procédés de *préservation* du gage général de l'article 2092.

1° Procédés d'exécution. — Ils consistent dans ce fait que le créancier se paie sur la valeur pécuniaire des biens de son débiteur, valeur qu'il soustrait, par conséquent, au patrimoine de celui-ci pour la faire entrer dans le sien. Cette réalisation suppose en général que la créance est *certaine*, c'est-à-dire ferme et non éventuelle, *liquide*, c'est-à-dire d'un montant déterminé, *exigible*, c'est à-dire non suspendue par un terme ou une condition, enfin munie d'un *titre exécutoire*, c'est à-dire d'un ordre de l'autorité publique enjoignant à ses agents de prêter main-forte au besoin au créancier. Cet ordre se trouve dans la *grosse*, ou première expédition des *jugements* et des *actes notariés*.

Il y a deux procédés d'exécution possible.

A. — L'exécution *indirecte*. — Elle consiste à contraindre le débiteur à vendre un de ses biens et à s'emparer du prix fourni par l'acquéreur. C'est le système employé par les *saisies* portant sur les biens corporels du débiteur, *saisie immobilière* sur les immeubles, *saisie exécution* sur les meubles.

B. — L'exécution *directe*. — Elle consiste en ce que le créancier se substitue au débiteur dans l'exercice de ses droits, jusqu'à ce qu'il en ait tiré des sommes suffisantes pour se désintéresser. C'est le système employé pour la réalisation des biens incorporels du débiteur, particulièrement de ses

créances. Le moyen de procédure mis ici par la loi au service du créancier, est la *saisie-arrêt* ou *saisie-opposition*, en vertu de laquelle le créancier commence par défendre au débiteur de son débiteur de payer celui-ci, puis, faisant un pas de plus, se fait autoriser par la justice à recevoir lui-même ce paiement. La saisie-arrêt est particulièrement expéditive, en ce qu'elle ne requiert point, chez le créancier saisissant, un titre exécutoire, ni même une créance liquide.

2° Procédés de préservation. — Les créanciers chirographaires ont toujours à redouter que les biens de leur débiteur ne disparaissent, soit que celui-ci les *aliène*, soit qu'il les transforme en valeurs faciles à dissimuler, soit qu'il *néglige de les conserver lui-même*. La loi organise donc dans le Code de procédure civile, et dans le Code civil, toute une série de mesures par lesquelles le créancier *préservera* son gage. Ces mesures sont *préventives* ou *réparatrices*.

A. Les mesures *préventives* sont elles-mêmes de diverses sortes :

a) Les *mesures conservatoires* proprement dites, mesures destinées à éviter les détournements matériels : nous citerons l'*apposition des scellés* et l'*inventaire*, en cas de faillite ou de décès du débiteur.

b) L'*indisponibilité* qui est la conséquence de la saisie des biens. Cette indisponibilité se produit d'ailleurs à des moments divers, suivant la saisie mise en jeu. Ce sera, par exemple, s'il s'agit d'un immeuble, le moment de la transcription de la saisie ; à partir de ce moment, l'immeuble est *placé sous la main de justice ;* le débiteur ne peut plus l'aliéner valablement (art. 686, C. proc.). Malheureusement, l'organisation de cette indisponibilité offre une double imperfection pour les créanciers. D'une part, elle se produit en général trop tard, sauf pour la *saisie-arrêt*, qui est vraiment préventive, et pour certaines saisies secondaires comme la *saisie-revendication* du bailleur, la *saisie-gagerie*. Ce retard fait que le débiteur conserve pendant trop longtemps la possibilité de mettre son bien en sûreté. D'autre part, l'indisponibilité est en général *incomplète*, car, si elle empêche le débiteur d'aliéner le bien saisi, elle ne le prive pas de la faculté de contracter valablement de nouvelles obligations qui, vu le principe de l'égalité des créanciers, seront exécutoires sur le bien saisi, et diminueront d'autant le gage du saisissant.

c) En troisième lieu, le créancier a parfois un certain *droit d'intervention* dans les affaires ou dans les liquidations qui intéressent son débiteur, et cela afin d'éviter que l'on agisse à son insu, en vue de lui dérober la connaissance d'actes qui l'intéresseraient. Nous verrons un exemple de ce droit d'intervention dans notre Tome III, avec le droit du créancier d'intervenir dans un partage de succession intéressant son débiteur (art. 882), ou dans un procès en séparation de biens dirigé contre lui (art. 1447). Nous en avons déjà rencontré un autre en matière d'usufruit (art. 618, 2e al.).

d) Enfin, si le débiteur néglige d'exercer des droits et actions dont l'exercice produirait un résultat pécuniairement utile pour son patrimoine et

par là, pour le gage de ses créanciers, ceux-ci ont le droit d'agir en son lieu et place, par l'action dite *oblique* ou *indirecte* ou encore *subrogatoire* de l'article 1166.

B. — Quant aux mesures *réparatrices* organisées par la loi en faveur du créancier et dans la même pensée de préservation de son gage, elles consistent essentiellement dans l'*action Paulienne ou révocatoire* de l'article 1167 qu'il peut diriger contre les actes frauduleux de son débiteur.

Nous nous occuperons spécialement ici :

I. — De l'action oblique de l'article 1166.

II. — De l'action Paulienne de l'article 1167.

I. — Exercice des droits et actions du débiteur par le créancier[1].

ART. 1166. — « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. »

Il est facile de voir pourquoi la loi donne ce droit aux créanciers. Il se peut qu'il y ait dans le patrimoine du débiteur, des droits et actions que celui-ci ne fait pas valoir, précisément parce qu'il est insolvable et sait que tous ses biens sont absorbés par ses dettes. Par exemple, le débiteur néglige d'interrompre une prescription qui s'accomplit à son détriment, d'accepter une succession à laquelle il est appelé, de demander le partage de cette succession. Dans ces divers cas, le droit de saisie du créancier ne peut s'exercer ; car la saisie n'est pratiquement possible que pour les biens d'ores et déjà existants en nature dans le patrimoine du débiteur et pour les créances, mais non pour les actions. La saisie et mise en vente d'une action immobilière ou mobilière serait bien à la rigueur concevable, mais elle ne donnerait en général aucun résultat pratique, car l'action mise en vente ne trouverait pas facilement acquéreur.

C'est pourquoi la loi permet aux créanciers d'exercer eux-mêmes à l'encontre des tiers les droits et actions de leur débiteur.

La disposition de l'article 1166 a été empruntée par les rédacteurs du Code à nos anciens auteurs qui, eux-mêmes, rattachaient l'action *indirecte* au Droit romain (V. Domat, *Loix civiles*, liv. II, tit. X, éd. Remy, t. I, p. 495 ; Pothier, *Obligations*, n° 440, éd. Bugnet, t. II, p. 238 ; *Contrat de vente*, n° 371, *ibid.*, t. III, p. 156). Mais dans cette législation, cette action différait profondément de ce qu'elle est aujourd'hui. En effet, elle était exercée par un curateur, au nom et pour le compte de *tous les créanciers* au profit desquels avait été prononcée la *missio in possessionem* des biens du débiteur. C'était donc un procédé de *liquidation collective*, alors que, de nos jours, c'est une mesure *individuelle de préservation.*

Complétons ces vues générales sur la règle de l'article 1166 par les deux observations suivantes :

1. Labbé, *De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier*, Rev. crit., 1856, t. XI, p. 209 et s. ; Louis Bosc, *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur*, Thèse Aix, 1902.

1° La première se rattache au caractère de *mesure individuelle* que présente l'action indirecte. Il résulte de ce caractère que l'article 1166 ne s'applique pas lorsque le débiteur est un commerçant, et qu'il y a eu déclaration de faillite ou liquidation judiciaire. En effet, la faillite suspend les poursuites ndividuelles des créanciers ; c'est le syndic qui intente au nom de la masse les droits et actions du failli. Il en est de même en cas de liquidation judiciaire. Si donc la *faillite civile* était organisée dans notre Droit, comme on l'a souvent réclamé, l'article 1166 perdrait presque tout intérêt, car ce serait également le représentant de la masse qui exercerait les droits et actions du débiteur insolvable, au nom de tous ses créanciers.

2° Dans la pratique, la mesure de l'article 1166 n'est pas aussi souvent employée qu'on pourrait le croire. Certes il arrive que les créanciers usent de la faculté qui leur appartient d'exercer certaines actions de leur débiteur, notamment l'action en partage d'une succession dans laquelle celui ci possède une part indivise. Mais, ce sont là des hypothèses en somme exceptionnelles. C'est qu'en effet, dans la plupart des cas, le droit du débiteur contre un tiers consiste dans une créance de somme d'argent. Si le créancier se contentait d'exercer l'action indirecte, il ne serait pas sûr d'obtenir son paiement ; car cette action n'aboutissant qu'à faire condamner le tiers à payer son créancier (débiteur de l'*actor*), le débiteur une fois payé pourrait détourner ou dissimuler la somme que le tiers aurait été condamné à lui verser. Aussi, en pareil cas, le procédé le plus efficace pour le créancier est-il la saisie-arrêt.

1° Quelles actions et quels droits du débiteur peuvent être exercés par ses créanciers ? — En principe, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions du débiteur ayant une valeur pécuniaire. Par exemple, ils peuvent prendre inscription d'une hypothèque garantissant une créance de leur débiteur, faire transcrire une acquisition immobilière, agir en revendication contre le possesseur d'un immeuble lui appartenant, attaquer un testament qui le déshérite, accepter une succession à lui échue, en demander le partage, intenter l'action en réméré, l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, agir en garantie contre le vendeur d'un immeuble, poursuivre la révocation d'une donation faite par lui ou ses auteurs pour inexécution des conditions par le donataire, etc...

Après le principe, l'exception. Parmi les droits et actions du débiteur, il en est qui échappent à la règle. Ce sont « ceux qui sont *exclusivement attachés* à la personne ». Quels droits rentrent dans cette catégorie ? Il y en a de plusieurs sortes :

A. — Ce sont d'abord les droits *extra-patrimoniaux*, c'est-à-dire ceux qui tendent à autre chose qu'à faire entrer une valeur dans le patrimoine du débiteur, qui ont trait, par exemple, à l'état, au statut familial de ce dernier. Ainsi, les créanciers ne pourraient intenter au nom de leur débiteur, ni une action en désaveu, ni une action en recherche de la filiation, ni une action en divorce ou en séparation de corps, ni une action en nullité de mariage. Toutefois, en ce qui concerne cette dernière action, on se

souvient que l'article 191 permet aux créanciers d'exercer, au nom de leur débiteur, une action en nullité absolue de son mariage, lorsqu'ils y ont un *intérêt né et actuel*, c'est-à-dire un intérêt pécuniaire. Par exemple, les créanciers du mari demandent la nullité de son mariage, pour éviter d'être primés par l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles de leur débiteur (V. notre t. Ier, p. 179). Mais il semble que cette faculté ne se rattache pas pour les créanciers à l'action indirecte de l'article 1166. L'action en nullité absolue peut, en effet, par définition même, être exercée *par toute personne intéressée*. En l'intentant quand ils y ont intérêt, les créanciers exercent donc un droit propre (V. cependant, Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.317, S. 1902.1.225).

De même, on se souvient que, si l'action en désaveu ne peut être exercée par les créanciers du mari *lorsque cette action est aux mains de ce dernier*. il en est autrement lorsqu'elle se trouve, exceptionnellement, aux mains des héritiers du mari. Dans ce cas, on considère que l'action en désaveu perd tout caractère moral, familial, qu'elle ne tend plus qu'à un résultat pécuniaire, à un profit de succession. Aussi admettra-t-on les créanciers des héritiers du mari à agir au nom de ceux-ci (V. notre t. Ier, p. 337).

B. — Même parmi les droits et actions de caractère patrimonial, il en est que les créanciers ne peuvent pas exercer.

a) Ce sont d'abord les actions qui se rapportent à des *droits absolument insaisissables*. A quoi servirait-il aux créanciers d'intenter de telles actions, puisqu'ils ne pourraient pas saisir la valeur qu'ils auraient fait ainsi entrer dans le patrimoine de leur débiteur ? Donc, les créanciers ne pourraient pas demander une *pension alimentaire* au nom du débiteur, ni réclamer en son nom les *indemnités* qui lui seraient dues à la suite d'un accident du travail, ni faire valoir ses droits à une *pension de retraite* insaisissable, ni réclamer un *droit d'usage ou d'habitation* qui lui aurait été légué.

b) Ce sont, en second lieu, les actions patrimoniales *exclusivement attachées à la personne*. Cette formule a été empruntée par les rédacteurs du Code à nos anciens auteurs (V. Lebrun, *Traité des successions*, liv. 2, chap. 2, sect. 2, nos 42 et 43 ; Denizart, *Décisions nouvelles*, Vo *Créancier*, no 3). Elle est malheureusement trop vague, et son application donne lieu fréquemment à des divergences d'appréciation. La solution à notre avis la meilleure consiste à décider que cette catégorie, en tant qu'on l'applique aux droits pécuniaires et saisissables, comprend les droits qui, bien qu'ayant une valeur appréciable en argent, touchent à des intérêts d'ordre moral ou intime dont le titulaire doit être le seul appréciateur. Rentrent incontestablement dans cette catégorie :

α) Le droit pour la femme de demander la *séparation de biens* contre son mari. Ici, il y a un texte formel en ce sens (art. 1446).

β) Le droit, pour l'un des époux, de *révoquer une donation* qu'il a faite à son conjoint, ou, pour un donateur ordinaire, de demander la révocation de la libéralité pour ingratitude du donataire.

γ) Le droit d'intenter une *action en dommages-intérêts pour injures ou diffamation*.

δ) De même, la Jurisprudence reconnaît que le droit pour un officier ministériel de *présenter un successeur* à l'agrément du gouvernement, est purement personnel (Civ., 23 mai 1854, D. P. 54.170, S. 54.1.316). Dans le cas donc où les héritiers de l'officier ministériel négligent ou refusent d'user de ce droit, les créanciers du titulaire décédé ne peuvent pas l'exercer à leur place.

ε) Enfin, le droit d'exercer le *retrait successoral* (art. 841) est certainement réservé aux cohéritiers de celui qui a cédé sa part à un étranger. Le but principal de cette institution, d'ailleurs très critiquée, est en effet de permettre aux héritiers d'empêcher l'immixtion intéressée et indiscrète d'étrangers dans le partage. Le droit des héritiers présente donc un caractère surtout moral.

En revanche, il y a des droits pour lesquels l'application de la règle donne lieu à des controverses.

α'. — Ainsi, il y a eu hésitation sur le point de savoir si l'*action en nullité pour incapacité*, notamment l'action en nullité de l'engagement souscrit par la femme sans l'autorisation de son mari, pouvait être intentée par les créanciers de la femme. Certaines décisions ont admis la négative, en se fondant sur cet argument que la décision à prendre soulève pour la débitrice une question de conscience, qu'il n'appartient pas aux créanciers de résoudre (Req , 6 mars 1878, D. P. 78.1.316). La Jurisprudence paraît cependant incliner plutôt vers l'affirmative (Civ., 25 avril 1853, D. P. 53. 1.160. S. 53.1.572). Et elle étend la même solution à l'action en nullité dirigée contre la vente d'un immeuble dotal (Bordeaux, 26 novembre 1889, S. 91.2.233, note de M. Lacoste) ; Civ. 6 juillet 1909, D. P. 1911.1.81, note de M. de Loynes, S. 1911. 1.161, note de M. Le Courtois.

β'. — En revanche, il a été jugé que l'action en *dommages-intérêts* appartenant à la victime d'un *accident* est personnelle à celle-ci, parce que c'est une action *vindictam spirans* (Trib. Seine, 9 janvier 1879, S. 81. 2. 21, note de M. Labbé). Cette solution est évidemment très critiquable, car l'action en indemnité dirigée contre l'auteur d'un délit ou quasi-délit civil ne tend aucunement à la vengeance de la victime, mais à réparer la brèche faite dans son patrimoine par l'auteur du délit.

2e **Conditions d'exercice de l'action indirecte de l'article 1166.** — Les auteurs ont beaucoup discuté sur ce point. Ils ont compliqué la question en cherchant à déterminer la nature du droit accordé aux créanciers, et à en déduire certaines conditions qui viendraient en limiter l'exercice. C'est ainsi que certains d'entre eux ont voulu assimiler le droit donné par l'article 1166 à un *acte d'exécution*, à une saisie des biens du débiteur. Ils en concluent que le créancier doit être soumis aux mêmes conditions que s'il voulait saisir et mettre en vente les biens. Notamment, il devrait être armé d'une créance *liquide*, *exigible*, *exécutoire*. Or une telle analyse est inacceptable. Elle va contre la réalité. Exercer l'action d'un débiteur qui néglige de s'en servir, ce n'est pas saisir, mais simplement empêcher la perte d'une valeur.

D'autres auteurs, se plaçant à un point de vue opposé au précédent, voient au contraire dans l'article 1166 une mesure purement *conservatoire*.

Mais, juridiquement parlant, cette explication est également inexacte, car le créancier, en usant de cet article, *s'immisce* dans le patrimoine de son débiteur, et tend à *réaliser* une valeur appartenant à ce dernier.

De telles assimilations doivent être laissées de côté. Elles ne peuvent que troubler les idées. L'article 1166 doit être pris tel qu'il est. Il donne aux créanciers un droit particulier. Il n'impose aucune condition ; il n'établit aucune restriction. Nous n'avons pas à y apporter des réserves que n'exigent ni la loi, ni les règles générales du Droit.

Donc nous admettrons à l'exercice de l'action indirecte les créanciers non munis d'un titre *exécutoire*, car cette condition n'est requise que pour procéder à la saisie des biens du débiteur (Req., 8 juillet 1901, D. P. 1901. 1.498, S. 1902.1.113, note de M. Lyon-Caen).

Nous hésitons même à décider, avec l'unanimité des auteurs, que le créancier doive être au moins muni d'une créance *exigible*, ce qui exclurait les créanciers à terme ou conditionnels (En ce sens Req., 25 mars 1924, D. H. 1924.282 ; S. 1924.1.67). On allègue bien que l'exercice de l'action du débiteur serait pour eux sans profit, car ils n'ont pas le droit de se faire payer. Mais l'argument n'est pas convaincant ; en effet, il est évident que le créancier à terme ou conditionnel a intérêt à empêcher la disparition d'une valeur sur laquelle il pourra plus tard se faire payer, et un intérêt futur ou éventuel suffit à justifier l'exercice d'une action.

Dès lors, la *certitude* de la créance est, à notre avis, la seule condition qui puisse être imposée, dans le silence de la loi. Donc, tout créancier, dont la créance est certaine, peut *sans aucune formalité préalable*, exercer une action appartenant à son débiteur, lorsqu'il juge que ses intérêts sont menacés par l'inaction de celui-ci.

Bien entendu, il faut que le créancier prouve son intérêt et, partant, établisse la négligence du débiteur. Mais il n'y a là rien de spécial à l'article 1166 ; c'est l'application du Droit commun, car tout individu qui agit en justice doit établir le fondement de son droit. Pas d'intérêt, pas d'action. Si donc le débiteur est solvable, ou s'il n'y a pas négligence de sa part, la demande du créancier sera repoussée. Ainsi il a été jugé (Req., 13 janvier 1873, D. P. 73.1.151, S. 73.1.145) que le créancier, dont le débiteur est notoirement solvable, ne peut surenchérir aux lieu et place de celui-ci dans la procédure de purge d'un immeuble sur lequel ce débiteur a hypothèque.

Il n'est pas nécessaire non plus que le créancier commence par *mettre le débiteur en demeure* d'exercer lui-même son droit, puisqu'aucun texte ne le lui impose. La mise en demeure a pour but exclusif de notifier au débiteur l'intention du créancier d'être payé. Or, ici, le créancier ne demande pas son paiement ; il cherche à faire entrer dans le patrimoine une valeur qu'il pourra ensuite saisir.

Enfin, il n'est pas nécessaire que le créancier s'adresse préalablement à la justice, pour se faire *subroger* par elle dans le droit qu'il veut exercer. A quoi servirait cette subrogation ? Le tribunal ne pourrait pas refuser aux créanciers l'exercice de la faculté que leur reconnaît la loi. Ce serait donc une procédure inutile (Civ., 26 juillet 1854, D. P. 54.1.303, S. 54.1.563 ; Dijon, 17 février 1897, S. 98.2.157 ; Voir note de M. Lacoste, S. 91.2.233).

Toutefois, il y a une formalité qui, dans la pratique, accompagne presque nécessairement l'exercice de l'action indirecte de l'article 1166, c'est la *mise en cause* du débiteur. Celle-ci n'est pas obligatoire, puisque le créancier n'agit pas dans l'intérêt de son débiteur, mais dans le sien. Mais le créancier a tout intérêt à mettre son débiteur en cause, pour le cas où le tiers contesterait le droit invoqué contre lui. En outre, si le débiteur n'était pas partie à l'instance, il aurait certainement le droit de former tierce-opposition. Enfin, le tiers poursuivi ne manquera jamais, si le créancier agissant ne l'a pas fait déjà, de demander lui-même la mise en cause du débiteur, afin de simplifier les procédures et de rendre le jugement opposable à ce dernier.

3° **Effets de l'exercice des droits du débiteur.** — Ici plusieurs questions se présentent :

A. — Quels sont les moyens de défense que peut invoquer le tiers poursuivi ?

B. — Quel est l'effet de la poursuite à l'égard du débiteur lui-même ?

C. — Quel est l'effet du jugement à l'encontre des autres créanciers du débiteur ?

A. — *Moyens de défense du tiers poursuivi.* — Le tiers se trouve dans la même situation que si l'action était intentée par le débiteur lui-même. Il peut donc faire valoir tous les moyens de défense qu'il aurait invoqués contre lui.

B. — *Effet de la poursuite en ce qui concerne le débiteur.* — Le fait par le créancier d'intenter l'action du débiteur ne dessaisit pas ce dernier de son droit, car aucun texte ne prononce ce dessaisissement, comme cela a lieu en matière de saisie. Il en résulte que le débiteur conserve le pouvoir de disposer de son droit, même pendant l'instance, pourvu qu'il n'agisse pas frauduleusement. Ainsi, nonobstant la poursuite déjà intentée contre le tiers par un de ses créanciers, le débiteur pourrait valablement transiger avec le défendeur (Req., 18 février 1862, D. P. 62.1.247, S. 62.1.415). Cette solution est évidemment regrettable, mais elle s'impose dans le silence de la loi. L'exercice de l'action ne constitue pas par lui-même une mainmise sur le droit du débiteur. C'est seulement quand le créancier saisira le bien qu'il y aura mainmise et paralysie des droits du débiteur.

Mais, si les *actes* volontaires du débiteur sont opposables au créancier, la réciproque est-elle vraie ? Le *jugement* intervenu à la suite de l'action exercée par le créancier est-il opposable au débiteur ? A ne consulter que les principes, il faut répondre négativement : *Res inter alios judicata*, etc... Le débiteur pourrait donc poursuivre à nouveau le tiers, si le créancier avait été débouté de sa demande. Il le pourrait également, si le tiers avait été condamné, sauf pour ce dernier à lui opposer l'action *de in rem verso*. Mais tout cela est théorique, car en pratique, nous l'avons vu, le débiteur est toujours mis en cause. Le jugement intervenu dans un sens ou dans l'autre lui deviendra par là toujours opposable.

C. — *Effet du jugement obtenu par le créancier à l'égard des autres créan-*

ciers du débiteur. — Il semble qu'on devrait appliquer ici la solution précédente. Il en résulterait que le bénéfice de l'action devrait exclusivement profiter au créancier poursuivant. Pourtant, l'opinion dominante se prononce en sens contraire, et décide que tous les créanciers peuvent invoquer le jugement rendu au profit du demandeur. Quel est, en effet, dit-on, le résultat de l'instance ? Sauvegarder ou réaliser un droit qui appartenait au débiteur. L'exercice de l'action ne peut pas avoir pour effet de créer au profit du poursuivant un droit exclusif, une mainmise sur cette valeur. Ce droit exclusif résultera non du jugement, mais de la saisie qui le suivra. En attendant, le jugement ne crée aucun privilège au profit du poursuivant. Tous les créanciers ont donc le droit de saisir la valeur qu'il a sauvegardée.

Quelque contestable que soit ce raisonnement, étant donné le caractère *individuel* de la mesure prise par le créancier, laquelle dès lors ne devrait profiter qu'à lui seul, on remarquera que les errements de la pratique viennent ici encore enlever à peu près tout intérêt à la controverse. En effet, nous avons dit qu'en fait le débiteur est toujours mis en cause dans l'action dirigée contre son propre débiteur. Dès lors, le jugement qui interviendra produira le même effet que s'il avait été obtenu par le débiteur lui même. Il profitera donc à tous ses créanciers qui sont tous, à un même titre, ses ayants cause (Poitiers, 14 décembre 1899. D. P. 1902.2.169, note de M. Capitant).

Une observation importante trouve ici sa place. L'action intentée par le créancier se borne le plus souvent à sauvegarder l'existence d'un droit appartenant au débiteur. Une fois l'existence de ce droit constatée par jugement, le créancier pourra exercer les voies ordinaires d'exécution. Mais il arrive parfois que l'action intentée a pour objet de faire entrer dans le patrimoine de débiteur des valeurs qui ne sont pas immédiatement susceptibles de saisie, par exemple, des rentes sur l'Etat. La Jurisprudence admet que, dans ce cas, le créancier peut demander au tribunal, dans la même instance, d'édicter la vente de ces valeurs et d'en affecter le paiement au profit de sa créance (Civ., 23 juin 1903, D. P. 1903.1.454, S 1904.1.289, note de M. Tissier). Le corollaire de la faculté donnée aux créanciers par l'article 1166 doit être de pouvoir requérir du tribunal les mesures nécessaires pour que le débiteur ne puisse soustraire les valeurs récupérées par leur initiative. Ce serait imposer aux créanciers des frais inutiles que de les contraindre à entamer une seconde procédure après la première, alors que tout peut être fait en une seule instance.

II. — Action révocatoire ou action Paulienne. Généralités[1]. Historique.

Nous avons dit qu'à côté des mesures *préventives* de préservation du gage des créanciers, la loi organisait, en faveur de ceux-ci, une mesure ré-

1. Guillouard. *Etude sur l'action Paulienne* ; J. Acher, *Essai sur la nature de l'action Paulienne*, Rev. trim. de droit civil, 1906 ; Grouber, *De l'action Paulienne en Droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913.

paratrice. C'est l'*action Paulienne* (art 1167), dite aussi *action révocaloire*. destinée à faire révoquer les actes du débiteur qui portent préjudice aux créanciers, lorsqu'ils offrent un caractère frauduleux.

Il arrive souvent qu'un débiteur aux abois cherche à soustraire à ses créanciers une partie de son actif, soit en faisant une libéralité à un de ses proches. soit en vendant un bien à vil prix, soit en déterminant sa femme à demander la séparation de biens, et en profitant de cette demande pour faire passer à son nom l'actif de la communauté ou ses biens propres. Encore ne donnons-nous là que quelques exemples, car fort nombreux sont les moyens que peut trouver un débiteur malhonnête pour frauder ses créanciers.

Aussi, de bonne heure, a-t-on donné aux créanciers le droit d'attaquer ces actes et de les faire révoquer.

L'action Paulienne remonte au Droit romain. Création du Droit prétorien, elle fut introduite sous la forme d'une action de caractère pénal, dirigée contre le tiers coupable de s'être prêté, de complicité avec le débiteur, à des manœuvres frauduleuses en vue de dépouiller les créanciers, et aboutissant à une condamnation pécuniaire. Elle fut ensuite accordée même contre les donataires qui avaient profité du délit commis par le donateur, sans le connaître. Seulement, l'action Paulienne appartenant au groupe des actions *arbitraires*, la condamnation n'était prononcée, suivant le mécanisme bien connu de ces actions, que si le débiteur n'exécutait pas l'*arbitratus* du juge, lequel consistait dans l'ordre de remettre le bien indûment acquis dans le patrimoine du débiteur. C'était naturellement cette solution que le défendeur préférait généralement. C'est ce qui explique que, par la suite, les interprètes frappés de ce résultat, aient pu voir dans l'action Paulienne une variété de l'*in integrum restitutio*, c'est-à-dire une action en nullité ayant pour objet de faire tomber l'acte frauduleux, et présentant dès lors un caractère d'action *in rem* qui en faisait l'analogue d'une revendication, alors que son caractère personnel n'était pas douteux à l'époque classique du Droit romain (Cf. 38 pr. et § 4, D. *De usuris*, XXII, 1, et 6, *Inst. Just.*, *de action.*, IV, 6).

C'est au fonds romain, représenté surtout par le titre *Quæ in fraudem creditorum* du Digeste (XLII, 8), que nos anciens auteurs ont emprunté leur doctrine sur l'action Paulienne. Du reste ils sont ordinairement assez brefs sur ce sujet. Pothier, se référant à ces textes, se contente à diverses reprises de mentionner l'existence de l'action Paulienne (V. notamment *Cout., d'Orléans*, tit. XV, n° 65). Lebrun écrit (*Successions*, liv. 6, chap. II, sect. II, n° 20) : « Le titre *Quæ in fraudem creditorum* n'est pas d'un grand usage parmi nous. » Ce qui explique ce laconisme, c'est que, dans notre ancien Droit, les seuls biens importants du patrimoine étaient les immeubles, et que, d'autre part, les obligations, au moins quand elles affectaient la forme de titres notariés, hypothèse la plus fréquente en pratique, emportaient hypothèque, avec droit de suite par conséquent, sur tous les immeubles du débiteur. L'action Paulienne était donc à peu près inutile aux créanciers.

Le Code civil, sous l'empire duquel l'action Paulienne a repris une grande importance, se contente cependant d'en mentionner l'existence dans ce bref alinéa 1er de l'article 1167 : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. » Ainsi, pour la théorie complète et la réglementation de cette action, notre Code, à l'instar de l'ancien Droit, se réfère en bloc au Droit romain.

Pourtant, il convient aussitôt de faire observer qu'il y a en cette matière, entre le Droit moderne et le Droit romain, une différence essentielle, tenant à ce que notre Droit civil ne connaît plus la procédure de liquidation collective des biens de l'insolvable. A Rome, l'action Paulienne n'était qu'un incident de la procédure de *missio in bona debitoris rei servandæ causa*, ordonnée par le prêteur ; elle était exercée par le *magister* ou le *curorat bonorum* au nom de la masse des créanciers, et profitait à tous. De nos jours, au contraire, il n'y a pas, nous avons sans cesse à le signaler, d'organisation de la déconfiture. Chaque créancier doit poursuivre individuellement son paiement, et, en conséquence, chaque créancier intente *en son nom personnel*, comme le dit l'article 1167, l'action Paulienne. Celle-ci est donc devenue une *action individuelle*, et nous verrons que le bénéfice en est réservé au seul créancier poursuivant.

Nous examinerons successivement les points ci-après :

1° Quelles sont les conditions requises pour l'exercice de l'action Paulienne ;

2° Quels sont les actes du débiteur que le créancier peut attaquer par cette action ;

3° Quels sont les créanciers à qui elle appartient ;

4° Quels sont les effets et la nature de l'action Paulienne.

Ensuite, dans deux appendices, nous étudierons, en premier lieu, les particularités de l'action Paulienne en *cas de faillite* du débiteur et, en second lieu, *l'action déclarative de simulation*, qui offre avec l'action Paulienne des analogies, mais doit cependant en être distinguée avec soin.

1° Conditions requises pour l'exercice de l'action Paulienne. — Deux conditions sont toujours nécessaires pour que l'action Paulienne puisse être mise en mouvement.

A. — Il faut que l'acte cause un *préjudice* au créancier (*eventus damni*) ;

B. — Il faut qu'il ait été *fait en fraude des droits des créanciers* (*consilium fraudis*).

C. — Pour les actes à titre onéreux, une troisième condition est requise, à savoir la *complicité* du tiers dans la fraude du débiteur.

A. — **Préjudice.** — Le texte de l'article 1167 n'énonce pas expressément cette condition, mais elle va de soi. Elle résulte du principe : *pas d'intérêt, pas d'action*. Donc, l'action Paulienne suppose que l'acte incriminé a rendu le débiteur insolvable ou a augmenté son insolvabilité préexistante. Aussi les juges doivent-ils repousser l'action dirigée contre un acte du

débiteur accompli même avec une intention frauduleuse, s'il résulte des circonstances, appréciées par eux souverainement, que cet acte, bien que frauduleux, n'a porté aucun préjudice au créancier (Req., 25 octobre 1904, D. P. 1904.1.552, S. 1906.1.508). Par exemple, si un commerçant débiteur a vendu des objets mobiliers et des marchandises saisis par un créancier, celui-ci ne peut attaquer la vente, s'il est établi que ces objets étaient grevés au profit d'un tiers d'un droit de gage qui absorbait, et au-delà, le prix.

Cette première condition de l'action Paulienne explique pourquoi, parmi les actes juridiques, il en est certains, les *paiements*, qui ne peuvent jamais être attaqués. (Civ., 7 juillet 1896, D. P. 96.1.519, S. 96.1.405). Cette règle tient sans doute à ce que le paiement, n'appauvrissant pas le débiteur, ne cause aucun préjudice aux créanciers puisqu'il ne diminue pas le patrimoine qui est leur gage général. Si, par exception, les art. 446 et 447 du Code de Commerce permettent, en cas de faillite, d'attaquer certains paiements, c'est en vertu de cette idée étrangère au Droit civil, que le commerçant, dès qu'il se voit menacé d'insolvabilité, ne doit pas en attendre la constatation officielle pour traiter tous ses créanciers sur un pied d'égalité.

Il résulte encore de notre première condition que l'action Paulienne a un caractère *subsidiaire*. Voici ce que cela signifie. Le préjudice causé au créancier suppose l'*insolvabilité* du débiteur, c'est-à-dire l'insuffisance de ses autres biens pour payer le créancier. Il faut donc que celui-ci commence par établir cette insuffisance, ce qui revient à conférer au tiers contre lequel l'action Paulienne est dirigée, un véritable *bénéfice de discussion* lui permettant d'exiger que le créancier, avant de prétendre lui enlever le bien par lui acquis, commence par saisir les biens restant aux mains du débiteur. Cette solution est d'ailleurs théorique, car, pratiquement, vu les difficultés de preuve qui accompagnent l'action Paulienne, un créancier se gardera bien d'y recourir, tant qu'il restera chez le débiteur quelque chose à saisir.

Il résulte enfin de la même condition que les créanciers ne peuvent pas attaquer les actes concernant des droits *exclusivement attachés à la personne*. Par exemple, un donateur renonce expressément au profit du donataire à demander la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Même si cette renonciation est frauduleuse, les créanciers ne peuvent pas l'attaquer. A quoi leur servirait ici l'action Paulienne, puisque, une fois la renonciation annulée, ils ne pourraient pas demander eux-mêmes la révocation ?

B. — **Fraude.** — A côté de l'élément *matériel* du préjudice, il faut encore l'élément *intentionnel* de la fraude. Le mot *fraude* ne doit pas être pris ici comme synonyme de *dol*, c'est-à-dire comme exprimant le dessein prémédité de nuire. La fraude Paulienne est simplement un *état d'esprit* : c'est la connaissance par le débiteur du préjudice qu'il va causer à ses créanciers. Le débiteur sait qu'en accomplissant tel acte, il va se rendre insol-

vable ou augmenter son insolvabilité et, par conséquent, nuire à ses créanciers. Cela suffit. Il est en fraude, quand bien même il aurait accompli son acte dans une toute autre intention que celle de frustrer ses créanciers. Sur ce point nos arrêts modernes reproduisent les conceptions des jurisconsultes romains (Cf. Julien 17, § 1, D. *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8 ; Civ., 18 décembre 1893, D. P.-94.1.263, S. 96.1.134).

Logiquement, la condition de la fraude est requise aussi bien pour les actes à titre gratuit que pour les actes à titre onéreux. Les créanciers, en ne requérant pas de leur débiteur une sûreté spéciale, ont d'avance accepté les conséquences de tous ses actes, aussi bien de ses libéralités que des autres. L'ancien Droit, comme le Droit romain, exigeait donc la condition de la fraude, sans distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Et il n'y a pas de raison pour supposer que le législateur moderne ait adopté un autre point de vue.

Cependant, une difficulté a surgi ici parce que certains textes, visant des *renonciations* (renonciation à usufruit, art. 622, à succession, art. 788, à substitution, art. 1053), nous disent que ces renonciations peuvent être attaquées, si elles sont faites *au préjudice* des droits des créanciers. De là quelques auteurs ont conclu que la fraude n'était pas requise, quand il s'agit d'un acte à titre gratuit. Sans aller aussi loin, certains autres ont soutenu qu'il en était ainsi au moins pour les *renonciations*. Mais aucun argument sérieux n'est produit à l'appui de cette exception à apporter à une règle, dont le caractère général repose sur une tradition constante. Vraisemblablement, les rédacteurs du Code, en écrivant dans les textes ci-dessus indiqués la formule « au préjudice de leurs droits », ont traduit et mal traduit la formule latine *in præjudicium* qui signifie en réalité *en vue du préjudice*, et implique dès lors l'idée de fraude. Il est du reste facile d'expliquer la terminologie spéciale des articles 622, 788 et 1053, quand on sait qu'ils ont été rédigés avant l'article 1167, à un moment où les rédacteurs du Code n'avaient pas encore précisé les conditions d'exercice de l'action Paulienne. Cette observation devient absolument décisive lorsqu'on rapproche ces textes de l'article 1464, rédigé, lui, après l'article 1167 et visant la renonciation à la communauté : ce texte nous dit formellement que l'action Paulienne ne peut être dirigée contre l'acte, que s'il y a eu *fraude* du renonçant.

C. — **Complicité du tiers acquéreur.** — Les deux conditions ci-dessus étudiées, *eventus damni* et *consilium fraudis* sont suffisantes, lorsqu'il s'agit d'un acte *à titre gratuit*.

Pour les actes à *titre onéreux*, il faut, de plus, que les créanciers prouvent la *complicité* du tiers qui a traité avec le débiteur ; il faut qu'ils prouvent que ce tiers, l'acheteur, par exemple, connaissait, lui aussi, la situation du débiteur, et les conséquences que l'acte allait entraîner pour les créanciers (Req., 6 janvier 1913, D. P., 1914, 1.40). Cette distinction n'est pas écrite dans l'article 1167. Mais elle est énoncée dans les textes du Droit romain (V. notamment Ulpien, 6, § 11, D. *quæ in fraud.*). Notre ancien Droit

l'a toujours maintenue et pratiquée. Les rédacteurs du Code civil n'ont manifesté aucune intention de la rejeter. Elle est donc toujours en vigueur. Et, en effet, elle repose sur une considération d'équité qui ne perdra jamais sa valeur. L'intérêt des créanciers déçus se trouve en conflit avec l'intérêt du tiers qui a traité avec le débiteur. Or, si l'on comprend qu'on préfère celui des premiers qui s'efforcent *de ne pas perdre*, quand le tiers à évincer est un donataire, lequel *certat de lucro captando*, il serait injuste de sacrifier aux créanciers l'acquéreur de bonne foi *qui a payé* la chose, car lui aussi *certat de damno vitando*.

La distinction faite entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, quant à l'application de l'action Paulienne, confère un intérêt pratique considérable aux discussions qui se sont produites, sur le point de savoir si certains actes de caractère ambigu doivent être rangés dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Parmi ces controverses, la plus intéressante est celle qui a trait aux *constitutions de dot*. Il arrive souvent en effet qu'un débiteur déjà obéré constitue une dot à l'enfant qu'il marie, sans souci du préjudice qu'il cause par là à ses créanciers. Or, la Jurisprudence considère que la constitution de dot est à l'égard de l'enfant un acte à titre onéreux, *parce qu'elle est la compensation des charges que le mariage entraîne*. C'est, pourrait-on dire, une *donation onéreuse*, qu'il faut traiter, à bien des égards, comme une aliénation à titre onéreux. Les créanciers ne peuvent donc faire révoquer cet acte qu'à la condition de prouver, chose bien difficile, la complicité de l'enfant, par exemple, de la fille à qui la dot a été constituée. Quant au mari de la fille dotée, on a toujours considéré qu'il recevait la dot à titre onéreux, pour subvenir aux charges du ménage. Il est donc un sous-acquéreur à titre onéreux, *Indotatam uxorem non ducturus fuisset*, disait déjà Venuleius (25, § 1, D. *quæ in fraud. credit.*). Si donc les créanciers veulent faire révoquer la constitution de dot pendant le mariage, ils doivent non seulement prouver la mauvaise foi de la fille, mais celle du gendre, ce qui sera presque toujours impossible (Req., 16 novembre 1910, D. P, 1911.1.500, S. 1912.1.101) (2e arrêt).

Mais ce n'est pas tout. La Cour de Cassation applique la même solution au cas où la dot a été constituée au mari. Ici encore, elle exige la complicité de la femme, parce que, dit-elle, la constitution de dot, étant destinée à procurer des ressources au ménage, intéresse au même titre les deux époux. L'action ne peut donc réussir qu'autant qu'un concert frauduleux a existé entre tous les intéressés, c'est-à-dire entre le donateur, le mari doté et son conjoint (Civ., 18 janvier 1887, D. P. 87.1.287, S. 87.1.97, note de M. Labbé; Civ., 18 décembre 1895, D. P. 98.1.193, note de M. Sarrut, S. 96.1.72; *en sens contraire*, Paris, 27 juillet 1894, D. P. 95.2.32, S. 95.2.158; Orléans, 8 juin 1898, D. P. 98.2.284, S. 98.2.309). Nous signalons cette jurisprudence sans nous en dissimuler les conséquences parfois immorales. Il en résulte en effet qu'un jeune ménage peut s'établir et vivre largement avec des ressources dérobées aux créanciers des parents.

2° **Actes qui peuvent être attaqués par l'action Paulienne.** — Les

actes qui tombent sous le coup de l'action Paulienne, sont les actes du débiteur qui portent préjudice à ses créanciers en diminuant leur gage, c'est-à-dire son patrimoine. On les désigne couramment sous le nom d'actes *d'appauvrissement*. Nous préciserons en disant que *tous* les actes d'appauvrissement du débiteur peuvent être attaqués, mais *ceux-là seuls*, et encore sous réserve de quelques *exceptions* établies par la loi qui exclut expressément l'action Paulienne dans certaines hypothèses spéciales. Examinons ici les divers points qu'il y a lieu de retenir.

A. — En principe, disons-nous, *tous* les actes d'appauvrissement passés par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers peuvent être attaqués par la voie de l'action Paulienne: aliénations à titre gratuit ou à titre onéreux, cessions de créance, remise de dette, renonciation à un droit, acceptation d'une succession insolvable, etc.

Ce n'est pas seulement contre les actes *volontaires* du débiteur que les créanciers doivent être protégés et mis à même d'agir par l'action Paulienne. Ils doivent être et sont également armés contre les actes *judiciaires*, c'est-à-dire contre les collusions frauduleuses que commettrait leur débiteur, de complicité avec un tiers, en se faisant poursuivre par ce dernier et en se faisant, après une feinte défense, condamner à lui fournir la somme ou le bien qu'en réalité il voulait remettre entre ses mains. Lors donc qu'un jugement a été rendu à la suite d'une collusion frauduleuse entre le débiteur et un tiers, par exemple, quand un jugement de séparation de biens a été obtenu par la femme en vue de soustraire aux créanciers du mari les biens de la communauté, ceux-ci peuvent intenter l'action Paulienne. Mais l'action prend ici une *forme particulière ;* on ne demande pas la nullité d'un jugement comme celle d'un acte extrajudiciaire. Cette forme est celle d'une voie de recours organisée par le Code de procédure (art. 474 et s.), et au moyen de laquelle les personnes qui n'ont pas été parties à un jugement qui leur fait tort, sollicitent du tribunal qui l'a rendu sa rétractation ou sa réformation. Cette voie de recours s'appelle la *tierce opposition.*

Ce n'est pas là d'ailleurs la seule protection organisée par la loi en faveur des créanciers en pareille occurrence. A côté du moyen *répressif* de la *tierce opposition*, ils ont encore le moyen *préventif* de l'*intervention*. Ils peuvent, s'ils soupçonnent une collusion entre leur débiteur et son prétendu adversaire, intervenir au procès à leurs frais. Le Code fait plusieurs applications spéciales de cette faculté d'intervention (art. 618, al. 2, pour les créanciers de l'usufruitier ; art. 1447, pour les créanciers du mari en cas de séparation de biens demandée par la femme ; art. 865 et 882, pour les créanciers d'un copartageant en cas de partage). Mais il n'est pas douteux que ces dispositions doivent être généralisées, car elles ne sont qu'une application du droit général d'intervention aux procès en cours, que la loi reconnaît, non seulement aux créanciers, mais à *tout intéressé*, dans l'article 339 du Code de procédure (V. Civ., 1er juin 1891, D. P. 92.1 212, S. 91.1.401 ; Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.317, S. 1902.1.225, note de M. Wahl).

B. — L'action Paulienne ne vise que les seuls actes d'appauvrissement. Par conséquent, elle n'atteint pas les actes par lesquels le débiteur *a négligé ou refusé de s'enrichir*.

Cette règle traditionnelle avait en Droit romain une importance considérable, parce qu'elle empêchait que les créanciers pussent critiquer l'attitude du débiteur qui, appelé à une succession, refusait d'en faire l'*adition*. Mais, aujourd'hui, l'héritier et le légataire deviennent propriétaires au jour du décès, par le seul effet de la loi (art. 724, 1014, 1er al.) ; dès lors, en renonçant, ils s'appauvrissent ; leur acte est donc attaquable par l'action Paulienne. C'est pourquoi l'article 788 du Code civil permet aux créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, de se faire autoriser en justice à accepter la succession en son lieu et place.

L'article 2225 autorise de même les créanciers à invoquer la prescription (soit extinctive, soit acquisitive), à laquelle leur débiteur aurait renoncé. Nous croyons qu'ici un texte était nécessaire pour permettre le recours des créanciers ; car la prescription, nous l'avons vu, n'est pas acquise de plein droit à celui qui en bénéficie ; il faut, de sa part, une manifestation de volonté (V. notre T. I, p. 900). En conséquence, la renonciation à prescription n'est pas un acte d'appauvrissement. Mais l'article 2225 le considère comme tel au point de vue de l'action Paulienne.

Il ressort de ce qui précède que les actes constituant un *refus d'enrichissement* sont aujourd'hui fort rares. On ne peut guère citer que le refus par le débiteur d'accepter une offre de donation qui lui serait faite.

C. — Aux termes de l'article 1167, al. 2, il y a deux cas exceptionnels où des actes qui, cependant, entraînent l'appauvrissement du débiteur ne peuvent être attaqués par l'action Paulienne. « Ils (les créanciers) doivent néanmoins quant à leurs droits énoncés au titre *des Successions* et au titre *du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. » Ces règles sont :

a). Au titre *des Successions*, l'article 882. Cette disposition, en vue de la stabilité des partages, remplace l'action Paulienne, qui permettrait aux créanciers des copartageants d'attaquer un partage frauduleux, par un moyen préventif consistant en ce qu'ils peuvent intervenir au partage, afin de s'opposer à ce qu'il y soit procédé en fraude de leurs droits.

b). Au titre *du Contrat de mariage*, l'article 1476. Ce texte déclare applicables au partage de communauté les règles du partage des successions et, partant, celle de l'article 882. Notons cependant que, d'après certains auteurs, l'article 1167, alinéa 2, renverrait à l'article 873 du Code de procédure civile, texte relatif à la séparation de biens, et d'après lequel le délai imparti aux créanciers pour se pourvoir contre le jugement en séparation qui leur ferait grief, est réduit à une année. Quoi qu'il en soit, les deux textes sont l'un et l'autre des dérogations certaines aux principes généraux en matière d'action Paulienne.

D. — Une nouvelle exception doit être ajoutée à celles qu'indique l'article 1167, al 2. D'après la Jurisprudence, l'exercice d'une *option* légale ne donne pas lieu à l'action Paulienne, quand même le créancier jugerait que

l'intéressé, en optant dans tel sens plutôt que dans tel autre, lui a porté préjudice. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'un héritier aura renoncé à la succession, afin de s'en tenir à une donation qui lui aurait été faite par le défunt. Les créanciers de l'héritier ne pourront critiquer cette option (Req., 19 juin 1901, D. P. 1901.1.517, S. 1903.1.459).

E. — Enfin, les engagements nouveaux que peut contracter un débiteur, bien qu'augmentant son insolvabilité, ne tombent pas sous le coup de l'action Paulienne, quand bien même le créancier saurait que le débiteur se trouve déjà au-dessous de ses affaires. Supposons, par exemple, qu'un débiteur, ayant hypothéqué son immeuble pour toute sa valeur, cède à un capitaliste qui consent à lui prêter de l'argent, les loyers à venir dudit immeuble (pour une période de moins de trois ans). Les créanciers hypothécaires, pas plus que les créanciers chirographaires, ne seront admis à critiquer cette opération. Il y a là une manière de voir traditionnelle qui procède d'une conception évidemment très étroite de l'acte d'*appauvrissement*.

3° **Créanciers qui peuvent exercer l'action Paulienne.** — Un premier point est certain. Dans notre Droit, à la différence de ce que décidait le Droit romain, les seuls créanciers qui peuvent exercer l'action Paulienne sont les créanciers *antérieurs* à l'acte d'appauvrissement du débiteur. En effet, cet acte n'a causé aucun préjudice aux créanciers postérieurs, puisqu'au moment où ils ont traité avec le débiteur, le bien aliéné par celui-ci était déjà sorti de son patrimoine ; il n'a donc jamais fait partie de leur gage (Req., 5 janvier 1891, D. P. 91.1.331, S. 91.1.140 ; Req., 30 mai 1905, D. P. 1905.1.408, S. 1906.1.512).

Ajoutons cependant aussitôt que l'acte d'aliénation, bien qu'antérieur à la créance, pourra encore être attaqué, s'il a été effectué précisément *en vue de la créance à naître*, et afin d'enlever par avance au futur créancier les garanties sur lesquelles il pourrait compter. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que le créancier ne souffre pas de la fraude ; le motif qui faisait exclure les créanciers postérieurs ne se rencontrant plus, leur exclusion ne doit pas subsister (Req., 5 janvier 1891, 30 mai 1905, précités).

Comment se prouvera l'antériorité du titre du créancier ? Faut-il que ce titre soit *authentique* ou, s'il est sous seing privé, est-il nécessaire qu'il ait acquis *date certaine* par un des moyens énumérés par l'article 1328, et dont le plus usuel est l'enregistrement ? Nous croyons que, bien qu'on l'ait contesté, ce texte est ici applicable. C'est bien au demandeur à prouver le fait dont il se prévaut (art. 1315), c'est-à-dire, en l'espèce, l'antériorité de son titre. On ne saurait la présumer, en rejetant sur le défendeur la charge de la preuve de l'antidate. Et, si le demandeur doit prouver la date du titre qu'il invoque, il doit le faire en conformité du Droit commun, lequel, en pareille matière, se trouve dans l'article 1328. S'il en était autrement, il serait trop facile à un donateur qui se repentirait de sa libéralité, de susciter la demande d'un de ses créanciers postérieurs, pour faire tomber, au moyen d'une antidate, le droit par lui donné. La Jurisprudence paraît ce-

pendant divisée sur cette question (V. Bourges, 18 juillet 1892, D. P. 92.2 609, S. 93.2.210 ; Paris, 16 mars 1893, D. P. 93.2.280).

Inversement, pour que l'acte d'appauvrissement soit mis à l'abri de la critique d'un créancier postérieur, il faut qu'il lui soit opposable et dès lors, si c'est un acte sous seing privé, qu'il ait acquis date certaine antérieure à la naissance de la créance, en conformité de l'article 1328.

Mais si c'est un acte soumis à *transcription*, comme une aliénation d'immeuble, exigera-t-on qu'il ait été transcrit antérieurement à la naissance de la créance invoquée ? Dans le sens de l'affirmative, on peut invoquer un arrêt de la Cour de Paris (Paris, 2 mars 1906, D. P. 1909.2.98) décidant qu'un créancier, dont la créance a pris naissance entre la conclusion d'un bail frauduleux de plus de 18 ans et la transcription de ce bail, peut l'attaquer, étant considéré comme un créancier antérieur. Nous pensons que cette doctrine, au moins s'il s'agit d'une opération à titre onéreux visée par la loi de 1855, est erronée. Les créanciers chirographaires ne sont pas des *tiers* en ce qui concerne la transcription de ces actes, exigée uniquement dans l'intérêt des acquéreurs de droits réels. Dès lors, l'acte non transcrit est à l'abri de leur critique, du moment qu'il a acquis date certaine avant celle de leur titre.

Parmi les créanciers antérieurs, n'y a-t-il que ceux qui ont une créance *exigible* qui soient admis à exercer l'action Paulienne ? Oui, semble-t-il, en principe. L'article 1180 admet bien les créanciers conditionnels à exercer les *actes conservatoires*, mais l'action Paulienne dépasse évidemment le cadre de ces mesures. Il y a d'ailleurs une raison péremptoire pour repousser l'action d'un créancier à terme ou conditionnel ; c'est que l'action Paulienne, vu son caractère *subsidiaire*, suppose un créancier qui a déjà discuté vainement les biens du débiteur, chose impossible pour celui dont le droit ne serait pas échu.

Toutefois, il faut noter ici deux tempéraments à la règle. Le premier, relatif aux créanciers à *terme*, c'est que la déconfiture du débiteur est considérée comme entraînant la déchéance du terme (art. 1188). Le créancier à terme qui démontre l'insolvabilité du débiteur, peut donc intenter l'action Paulienne.

Le second tempérament, relatif aux créanciers *conditionnels*, résulte de l'acticle 243. Nous avons vu (t. I, p. 238) que la femme demanderesse en divorce ou en séparation de corps, peut faire annuler les actes accomplis par le mari en fraude de ses droits, à partir de l'ordonnance initiale du président. Cependant, la créance de la femme peut être considérée comme conditionnelle, puisque son droit à l'exercice des reprises est subordonné au succès de sa demande en divorce ou en séparation.

4° **Effets et nature de l'action Paulienne.** — Nous arrivons au point le plus délicat, à la question la plus controversée de cette matière. Sous prétexte de l'éclaircir, les jurisconsultes ont longuement disserté sur la *nature* de l'action Paulienne. Ils se sont demandé si elle était une action en nullité, ou une simple action en réparation du préjudice causé, action

exercée contre le tiers *fraudator*, c'est-à-dire complice de la fraude du débiteur. Ils ont encore compliqué le problème en recherchant si l'action Paulienne est réelle ou personnelle. Elle est *mixte*, répond-on en général, c'est-à-dire à la fois personnelle et réelle, en tant qu'elle aboutit à faire annuler l'acte d'aliénation frauduleux.

Ces discussions n'ont fait qu'augmenter l'obscurité du sujet, loin de le simplifier. Il paraît préférable de laisser de côté cette vaine recherche. L'action Paulienne est une action modelée par les siècles, en vue de défendre les droits des créanciers, tout en respectant les intérêts des tiers de bonne foi. C'est pourquoi elle présente des traits caractéristiques qui lui donnent une physionomie à part. Elle n'est ni une action en nullité, ni une action pure et simple en réparation du préjudice. Elle tient de l'une et de l'autre.

Toutefois, il faut reconnaître que c'est le caractère d'action en réparation du préjudice, et par conséquent d'action personnelle, qui domine. La preuve en est dans la solution donnée par la jurisprudence à la question très pratique de savoir si l'action Paulienne peut être exercée contre un *sous-acquéreur* tenant la chose d'un premier acquéreur, à supposer que ce dernier tombât sous le coup de l'action Paulienne, soit en qualité de donataire, soit en qualité d'acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi. Ici, les Romains décidaient que les créanciers ne pouvaient poursuivre la révocation contre le sous-acquéreur, que si celui-ci était un acquéreur à titre gratuit ou si, ayant acquis à titre onéreux, il connaissait, lui aussi, l'état d'insolvabilité de leur débiteur. Quelques auteurs ont de nos jours contesté cette solution. Ils ont invoqué la logique des principes juridiques. L'action Paulienne, ont-ils dit, a pour résultat l'annulation de la première aliénation, et, par conséquent, elle détruit le fondement même de la sous-aliénation. Le sous-acquéreur est sans titre, car il tient son droit d'un auteur dont le titre est révoqué : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Fort heureusement, cette façon de raisonner n'a pas triomphé, et la jurisprudence décide avec raison que l'action Paulienne, aujourd'hui comme en Droit romain, ne peut réfléchir contre un sous-acquéreur, qu'autant qu'il tombe personnellement sous le coup des poursuites du débiteur, soit qu'il ait acquis, lui aussi, à titre lucratif, soit que, acquéreur à titre onéreux, il ait été conscient de la fraude commise à l'encontre du créancier (Paris, 9 août 1898, D. P. 99.2.485, S. 1900.2.235 ; Dijon, 31 juillet 1878, S. 79.2.21).

Toutefois, l'action Paulienne ne peut être assimilée à une action en dommages-intérêts, puisqu'elle tend principalement à faire révoquer l'acte frauduleux, afin de permettre au poursuivant de saisir le bien aliéné. Mais elle n'aboutit à cette révocation que dans le cas où celle-ci peut être obtenue sans léser les intérêts respectables des tiers. Ainsi, tantôt l'aliénation sera révoquée, tantôt l'action aboutira à une condamnation à des dommages-intérêts. L'aliénation sera révoquée, si le bien se trouve encore entre les mains du tiers donataire ou acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi, ou si elle a passé en celles d'un sous-acqué-

reur partageant, avec le tiers de qui il tient la chose, l'une ou l'autre de ces deux qualités. Au contraire, si le bien se trouve entre les mains d'un sous-acquéreur à titre onéreux protégé par sa bonne foi, il n'y aura pas révocation du droit de celui-ci ; l'acquéreur primitif pourra être seul poursuivi, et il sera condamné à des dommages-intérêts (Civ., 2 février 1852, D. P. 52.1.49, S. 52.1.234; Req., 2 avril 1872, D. P. 73.1.65, S. 73.1.217).

L'action Paulienne a-t-elle un effet absolu ou relatif ? — Nous sommes ainsi amenés à une question essentielle qui domine toute la matière, celle de savoir si l'action Paulienne, lorsqu'elle aboutit à la révocation de l'acte frauduleux, produit un effet *absolu* ou seulement un effet *relatif*.

D'après le texte même de l'article 1167, l'action Paulienne, qui n'offre plus le caractère de mesure de liquidation collective qu'elle avait en Droit romain, est une action que le créancier intente en son nom (en son seul nom personnel. Par conséquent, le jugement intervenu ne produit d'effet qu'entre le demandeur et le défendeur. C'est seulement à l'égard du demandeur que l'acte est révoqué, et seulement en tant que cette révocation est nécessaire pour lui donner satisfaction (Lyon, 22 février 1893, D. P. 94.2.490). L'acte attaqué subsiste à l'égard de toutes les autres personnes, c'est-à-dire, d'abord dans les rapports *du débiteur et du tiers* ; et, en second lieu, *à l'encontre des autres créanciers du débiteur* qui n'ont pas été parties au procès. Il en résulte que le bénéfice de l'action Paulienne reste propre au poursuivant, et ne profite pas aux autres créanciers du débiteur.

On admet une solution contraire, rappelons-le, quand un créancier intente, en vertu de l'article 1166, une action appartenant à son débiteur. Cela tient à la différence des deux situations. Dans le cas de l'article 1166, le résultat du procès est de mettre l'objet du droit exercé par le créancier au nom du débiteur dans le patrimoine de celui-ci, comme si c'était le débiteur qui avait pris l'initiative de l'action. Au contraire, le créancier qui intente l'action Paulienne n'agit pas au nom du débiteur, il exerce un *droit propre*.

Voici, dès lors, comment on peut résumer les effets de la révocation de l'acte frauduleux, prononcée à la suite de l'action Paulienne.

A. — L'acte frauduleux est révoqué à *l'égard du créancier demandeur*. Mais l'effet de cette révocation n'est pas opposable aux tiers qui, de bonne foi, consécutivement à la première aliénation frauduleuse, ont acquis le bien à titre onéreux. Par conséquent, si le bien aliéné a été revendu par l'acquéreur à un tiers de bonne foi, l'action Paulienne ne peut pas détruire le droit de ce sous-acquéreur.

De même, lorsque l'immeuble a été grevé d'hypothèque par l'acquéreur, la révocation de l'aliénation ne porte pas atteinte à cette hypothèque, du moment que son titulaire est de bonne foi (Orléans, 10 février 1876, D. P. 77.2.113, S.76.2.321).

B. — Le tiers poursuivi peut toujours arrêter l'action Paulienne en désintéressant le créancier poursuivant, car il supprime ainsi l'intérêt que l'action présentait pour celui-ci.

C. — L'acte frauduleux n'est pas révoqué *dans les rapports du débiteur et*

du tiers, encore que celui-ci tombe personnellement sous le coup de l'action Paulienne. Si donc le tiers défendeur rembourse le créancier, il peut conserver le bien. D'autre part, à supposer qu'il se laisse évincer, s'il est un ayant cause à titre onéreux, il a un recours en garantie contre le débiteur.

D. — Enfin, le demandeur qui obtient la révocation de l'acte frauduleux n'a pas à craindre le concours des autres créanciers de son débiteur, à supposer que ceux-ci ne se soient pas reliés à l'action en intervenant à temps dans le procès. La révocation ne profite qu'à celui qui la fait prononcer.

Cette dernière solution, qui nous paraît découler directement du principe de la relativité de la chose jugée (art. 1351), n'est pourtant pas admise par tous les arrêts (Req., 28 août 1871, S. 78.1.316), mais elle est aujourd'hui formellement consacrée par la Cour de Cassation (Civ. 4 déc. 1923, D. H. 1924.22, S. 1924.1.254, rapport de M. le conseiller Ambroise Colin). Toutefois, il faudrait adopter une solution contraire, si l'action Paulienne était exercée contre un débiteur *en faillite*, parce qu'alors, vu l'indivisibilité et l'unité de la faillite, la révocation prendrait un caractère de *mesure collective* qui en ferait, à l'instar de ce qu'elle était en Droit romain, l'équivalent d'une *restitutio in integrum* (Req., 29 juillet 1908, D. P. 1910.1.409, note de M. Percerou, S. 1909.1.345, note de M. Lyon-Caen).

Prescription de l'action Paulienne. — A la question du caractère et des effets de l'action Paulienne se rattache celle de savoir par quelle prescription elle s'éteint.

Il ne faut pas lui appliquer la prescription de dix ans, établie par l'article 1304 pour les actions en nullité ou en rescision. Cette prescription est fondée, en effet, nous le verrons bientôt, sur une présomption de confirmation de l'acte annulable par celui qui l'a passé et auquel la loi donne le droit de le faire annuler. Elle n'est donc pas faite pour notre action, puisqu'ici l'acte à annuler et le prétendu geste confirmatif n'émanent pas de la même personne. Il faut en conclure que l'action Paulienne reste soumise aux règles ordinaires, et peut être intentée pendant trente ans à compter du jour où l'acte frauduleux a été passé (Civ., 9 janvier 1865, D. P. 65.1.19, S 65.1.65 ; Paris, 24 mars 1891, sous Cass., D. P. 94.1.505, S. 98.1.510).

Le tiers acquéreur de bonne foi pourrait-il repousser l'action en invoquant à son profit l'*usucapion par dix à vingt ans ?* Non certainement. L'action Paulienne est une action en révocation ou en réparation, mais à coup sûr ce n'est pas une action réelle ; or, la prescription acquisitive ne protège le possesseur que contre les actions réelles.

De même, l'article 2279 ne mettrait pas le donataire d'un meuble à l'abri de la poursuite des créanciers du donateur insolvable.

Appendice I. — Action Paulienne en cas de faillite.

Lorsqu'un commerçant fait de mauvaises affaires, les droits des créanciers sont plus menacés qu'en toute autre hypothèse, car le commerçant qui a cessé ses paiements ou va les cesser et se trouve acculé à la faillite, se

laisse souvent entraîner à des opérations frauduleuses pour se procurer de l'argent, ou avantager certains de ses créanciers, ceux dont il peut espérer obtenir un nouveau concours, ou dont il veut désarmer la clairvoyance. C'est avec raison que l'on désigne cette période, qui s'étend entre la cessation des paiements et la déclaration de faillite, sous le nom de *période suspecte*, car il y a tout à craindre alors du débiteur aux abois. Aussi, le Code de commerce a-t-il renforcé les mesures de protection à l'encontre des actes passés à ce moment. De plein droit (art. 446), il annule certains de ces actes, à savoir les *donations*, les *paiements de dettes non échues ou ceux de dettes échues, mais faits autrement qu'en espèces ou en effets de commerce*, les *constitutions d'hypothèque* ou *de gage pour dettes antérieures* sans qu'il soit nécessaire de les attaquer, ni de prouver leur caractère frauduleux. Il y a donc pour ces actes présomption de préjudice et de fraude. Quant aux autres actes, *aliénations à titre onéreux*, *paiements faits en espèces*, ils peuvent être annulés par cela seul que ceux qui ont traité avec le débiteur, ou ont été payés par lui, connaissaient la cessation de ses paiements (art. 447). C'est comme on l'a dit, « une action Paulienne simplifiée ».

Autre caractéristique. L'action Paulienne reprend ici son caractère romain de mesure collective. En effet, elle est intentée par le syndic au nom de la masse. Le syndic pourrait même, au nom de la masse des créanciers, exercer l'action Paulienne ordinaire en vue d'attaquer des actes frauduleux remontant à une époque antérieure à la période suspecte (Req. 4 mai 1910, S. 1912. 1. 561, note de M. Bourcart).

La Jurisprudence admet du reste, que contre les actes faits avant la période suspecte, l'action Paulienne ordinaire peut être exercée aux conditions du droit commun et que, si le syndic négligeait d'agir, chacun des créanciers pourrait attaquer en justice l'acte frauduleux à ses risques et périls et à ses frais (Req., 29 juillet 1908, D. P. 1910.1.409, note de M. Percerou, S. 1909.1.345, note de M. Lyon-Caen.) De même — solution très contestable — pour les actes passés pendant la période suspecte, l'action Paulienne appartient aux créanciers, concurremment avec l'action donnée au syndic par l'article 447 du Code de commerce.

Appendice II. — Action en déclaration de simulation.

Pendant longtemps la Jurisprudence a confondu cette action avec l'action Paulienne. Aujourd'hui, éclairée par la Doctrine, elle les distingue avec soin (Req., 9 novembre 1891, D. P. 92.1.151, S. 94.1.78 ; Lyon, 11 janvier 1906, *Le Droit*, 24 mars 1906).

Voici l'hypothèse qui donne lieu le plus souvent à cette action. Comme dans l'action Paulienne, il faut supposer que le débiteur veut soustraire une partie de leur gage à ses créanciers ; mais il emploie un moyen différent. Le débiteur qui tombe sous le coup de l'action Paulienne a aliéné véritablement, en général pour remplacer un bien facilement saisissable par des valeurs faciles à dissimuler. Tel n'est pas le cas dans notre hypothèse. Le débiteur *fait semblant* d'aliéner, il *simule* un acte d'appauvrisse-

ment. Par exemple, il vend son immeuble, mais l'acquéreur est un homme de paille ; l'immeuble reste en réalité dans le patrimoine du prétendu vendeur. Ou bien encore, le débiteur transfère son mobilier à un ami et, pour masquer mieux l'opération, il simule une cession à cet ami de l'appartement contenant ce mobilier, qu'en réalité il entend seulement mettre à l'abri de la saisie.

Que vont donc faire les créanciers? Ils demanderont à la justice de déclarer que l'acte qui leur est opposé n'a qu'une existence fictive. L'action en déclaration de simulation n'est donc ni une action en nullité, ni une action en réparation du préjudice. C'est une action en déclaration d'inexistence ; on demande au juge de la proclamer. Si l'on est forcé de s'adresser à lui, c'est uniquement en vertu de ce principe qu'un titre apparent produit ses effets provisoirement, tant qu'on n'en a pas fait constater l'inexistence, nul ne pouvant se faire justice lui-même.

Ainsi comprise, l'action en déclaration de simulation diffère à la fois de celle de l'article 1166 et celle de l'article 1167.

1° *Différence avec l'action oblique.* — On pourrait être tenté de les confondre, car le créancier qui agit par notre action, semble se substituer à son débiteur, celui-ci ayant le droit de reprendre le bien qu'il n'a aliéné qu'en apparence. Mais il y a cette différence que, dans l'article 1166, le créancier agit *au nom du débiteur* ; dans le cas de simulation, le créancier agit *en son nom propre*. D'où les conséquences ci-après :

A. — Si le créancier agissait en vertu de l'article 1166, il ne pourrait démontrer la simulation qu'en produisant une *contre-lettre écrite*. Au contraire, le créancier qui intente l'action en déclaration de simulation, peut invoquer tous les moyens de preuve, car il s'est évidemment trouvé dans l'impossibilité de se ménager un écrit et, dès lors (art. 1348), il doit être admis à faire la preuve par témoins ou simples présomptions (Req., 14 juin 1899, D. P. 99.1.344, S. 99.1.464 ; 31 janvier 1900, D. P. 1900.1.80, S. 1901.1.347).

B. — Si le créancier agissait au nom du débiteur, son initiative bénéficierait à tous les créanciers. Au contraire, invoquant la simulation, il exerce un droit propre. Le jugement ne profitera donc qu'à lui seul ; seul, il pourra saisir le bien qui a fait l'objet de l'action.

2° *Différence avec l'action Paulienne.* — Dans celle-ci le créancier, placé en face d'un acte véritable, en sollicite la révocation ; dans l'action en déclaration de simulation, le créancier demande seulement qu'un mensonge soit reconnu, et que l'acte soit déclaré non existant. D'où les conséquences suivantes :

A. — *Au point de vue des conditions de l'action.* — Le créancier agissant par l'action en déclaration de simulation n'a à faire aucune des démonstrations exigées du demandeur à l'action Paulienne.

a. — Il n'a pas à démontrer le *préjudice*, donc à discuter d'abord les autres biens de son débiteur. Vainement lui objecterait-on qu'ils sont suffisants pour le désintéresser. Un créancier a toujours le droit d'élire, entre les biens du débiteur, celui qu'il lui plaît de saisir pour se payer (Bordeaux, 5 mars 1896, *Rec. de Bordeaux*, 1896.1.241).

b. — Il n'a pas davantage à prouver la *fraude* du débiteur. Quand bien même l'acte simulé aurait été accompli sans conscience du préjudice causé aux créanciers, par exemple, dans le dessein de frauder le fisc, le créancier n'en est pas moins en droit de faire établir la véritable consistance des biens de son débiteur (Req., 25 juillet 1864, S. 64.1.452).

c. — Enfin, la complicité du tiers acquéreur, même à titre onéreux, n'a pas à être établie. Bien plus, l'action réfléchira contre tout tiers détenteur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. En effet, du moment que celui de qui il tient l'objet litigieux ne l'avait pas lui-même réellement acquis du débiteur, il n'a pu lui en transmettre la propriété (Alger, 8 juillet 1896, sous Req., 13 mars 1899, S. 1900.1.72 ; Limoges, 20 janvier 1905, D. P. 1905.2.127. Contra, Orléans 10 janvier 1876, D. P. 77.2.113, S. 76.2.321).

B. — *Au point de vue des créanciers qui peuvent exercer l'action.* — Tous les créanciers peuvent agir en déclaration de simulation, et non plus seulement les créanciers antérieurs. Les créanciers postérieurs à l'acte simulé, en effet, ont qualité pour établir que leur gage, au moment où ils ont traité, comprenait en réalité le bien soi-disant aliéné (Req., 16 mars 1887, S. 90.1.301).

C. — *Au point de vue de la prescription.* — L'action en déclaration de simulation ne doit se prescrire ni par dix ni par trente ans Quel que soit le laps de temps écoulé, un acte qui n'existait pas ne peut point acquérir l'existence. L'action est donc imprescriptible.

De même, les exceptions apportées par l'article 1167 à l'exercice de l'action Paulienne ne s'appliquent pas à l'action en déclaration de simulation. C'est pourquoi les créanciers ont le droit, nonobstant l'article 882 du Code civil, d'attaquer un partage consommé, lorsqu'ils soutiennent qu'il est simulé (Bourges, 18 juillet 1892, D. P. 92.2.609, S. 93.2.210).

Terminons par une observation importante. Lorsque l'acte simulé cache un acte réel, par exemple, lorsque les parties ont fait une donation déguisée sous la forme d'une vente, il ne suffit plus aux créanciers, pour pouvoir saisir le bien aliéné, d'établir la simulation de la vente ; il faut encore qu'ils prouvent le caractère frauduleux de la donation. Mais ils retombent alors sous l'empire de l'article 1167. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation (Civ., 7 février 1872, D. P. 73.1.80, S. 72.1.73) décide que les créanciers du mari postérieurs au contrat de mariage, ne peuvent attaquer la donation déguisée faite dans ce contrat par le mari à la femme.

SECTION III. — DES OBLIGATIONS NATURELLES[1].

Notion générale de l'obligation naturelle. — L'obligation naturelle est une *obligation dépourvue de sanction*. Le créancier ne peut pas en poursuivre l'exécution contre le débiteur. Ce dernier est donc libre de l'exé-

1. Planiol, *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral*, Rev crit , 1913 ; Perreau, *Les Obligations de conscience devant les tribunaux* Rev trim. de Droit civil. 1913 ; Savatier, thèse Poitiers, 1926 ; Ripert. *La Règle morale dans les obligations civiles*, p. 346 et s.

cuter ou de ne pas l'exécuter ; c'est affaire entre sa conscience et lui. Seulement, une fois qu'il a volontairement reconnu l'existence de son obligation, elle se transforme en une obligation civile parfaite, et, dès lors, le paiement qu'il fait entre les mains du créancier est valable et ne peut pas être répété.

Cette solution se trouve formellement exprimée dans l'article 1235, al. 2 : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

Tel est le trait caractéristique de l'obligation naturelle. Elle est susceptible d'exécution volontaire, mais non de coercition par les voies légales.

On voit aussitôt qu'un tel genre d'obligation est quelque chose d'exceptionnel, car la contrainte, le droit d'exiger l'exécution forcée, est le trait essentiel du lien juridique.

N'y-a-t-il pas dès lors antinomie absolue entre ces deux termes : obligation dépourvue de contrainte, c'est-à-dire, en somme, *obligation non obligatoire ?* Pour concevoir de tels rapports juridiques, il faut songer qu'il se présente des circonstances dans lesquelles une personne, sans être exposée aux poursuites d'une autre, peut cependant se trouver moralement tenue vis-à-vis de celle-ci « dans le for de l'honneur et de la conscience », comme disait Pothier. Il en est ainsi, par exemple, pour le débiteur d'une dette de jeu ou d'un pari, dette que la loi ne reconnaît point (art. 1965), ou encore pour celui qui est tenu d'une dette non payée, éteinte par la prescription libératoire ou par un concordat. Le débiteur qui, en pareil cas, bien qu'exempt de poursuites, paye son créancier, ne fait pas une libéralité ; il acquitte une véritable dette. On ne saurait le considérer comme un donateur ; ce serait aller contre la réalité des choses. Dès lors, l'analyse juridique conduit nécessairement à reconnaître l'existence d'une classe d'*obligations imparfaites* qui tiennent le milieu entre l'obligation civile et l'acte de libéralité.

Des difficultés nombreuses se présentent en cette matière, à raison du laconisme excessif de notre Code. Et comme elle est toute traditionnelle, il importe tout d'abord d'interroger l'histoire.

Les obligations naturelles en Droit romain. — L'idée et l'expression d'obligation naturelle nous viennent des Romains. Elles remontent, comme on a pu l'induire d'un texte de Sénèque (*De beneficiis*, 6, 4, 7), à l'époque de Néron. Julien y voit déjà des obligations qui, sans être sanctionnées par une action, peuvent faire l'objet d'un paiement valable (16, § 4, D. *de fidejus.*, XLVI, 1).

C'est à propos des contrats passés par les esclaves que la théorie des obligations naturelles a pris naissance (14 D. *de oblig. et action.*, XLIV, 7). Puis elle s'est développée, et a été utilisée par les jurisconsultes, en vue de donner un certain effet juridique à des obligations contre l'efficacité desquelles le Droit civil élevait des obstacles arbitraires et artificiels. On a été ainsi amené à voir des obligations naturelles dans celles d'un impubère, contractant sans l' *auctoritas* de son tuteur, ou d'un mineur de vingt-cinq

ans, pourvu d'un curateur et contractant sans le *consensus* de celui-ci. Même solution pour les obligations d'un mineur dépourvu de curateur. Même solution encore au cas d'emprunt souscrit par un fils de famille à l'encontre du Sénatusconsulte macédonien, ou au cas d'obligation d'un mineur émancipé, frappée d'inefficacité par une *restitutio in integrum*.

On voit, en somme, que les Romains n'avaient donné à l'obligation naturelle qu'une sphère d'application fort limitée. Au contraire, ils lui attribuaient des effets juridiques assez étendus et qui étaient les suivants :

1° D'abord et surtout, le débiteur qui a payé le créancier ne *peut jamais répéter*, il ne peut pas intenter la *condictio indebiti*. Il ne peut pas répéter, même s'il a payé *par erreur*, croyant être obligé *civiliter* (19, pr. et 64 D., *de condict. indebiti*, XII, 6).

2° L'exécution de l'obligation naturelle est considérée comme un *paiement*, non comme une *donation*.

3° Les obligations naturelles, ou plutôt certaines d'entre elles, et sous certaines conditions, peuvent être opposées en *compensation* par le créancier, être garanties par un *cautionnement* ou une *hypothèque*, faire l'objet d'une *novation* qui les transformera en *obligations civiles*.

L'ancien Droit français. — La théorie des obligations naturelles est inconnue de notre très ancien Droit. Elle n'apparaît qu'avec la renaissance du Droit romain. Combattue alors par d'Argentré, qui, dans sa Coutume de Bretagne, s'efforce de prouver qu'elle est une subtilité et n'a aucun fondement juridique sérieux, elle va, au contraire, trouver des défenseurs chez Domat et Pothier.

Domat (*Loix civiles*, 1re partie, liv. I, tit. I, sect. 5, n° 9, et liv. II, tit. 7, sect. 1. n° 11) n'indique comme obligations naturelles que les obligations contractées par des incapables non habilités.

Pothier est plus explicite. C'est lui qui, le premier, nous donne une classification des obligations naturelles. Il nous dit qu'il y a dans notre Droit deux sortes d'obligations naturelles. (*Obligations*, nos 173 et 175, 191 à 197, éd. Bugnet, t. II, p. 85 et 90) : 1° Celles pour lesquelles la loi dénie l'action, par rapport à la défaveur de la cause d'où elles procèdent : telle est la dette due à un cabaretier pour dépenses faites dans son cabaret (art. 128, cout. de Paris) ; 2° Celles qui naissent des contrats des personnes qui, ayant un jugement et un discernement suffisants pour contracter, sont néanmoins, par la loi civile, inhabiles à contracter : telle est l'obligation d'une femme sous puissance de mari, qui a contracté sans être autorisée. Puis, un peu plus loin (n° 196), il ajoute qu'une *obligation civile* peut être regardée comme obligation purement naturelle, lorsque le débiteur a acquis, contre l'action qui en résulte, quelque fin de non-recevoir, par exemple, par l'*autorité de la chose jugée*, ou du *serment décisoire*, ou par le *laps de temps requis par la prescription*. Par ailleurs (*ibid.*, n° 197), Pothier établit une différence marquée entre l'obligation naturelle et le simple devoir de conscience, lequel n'offre, dit-il en substance aucun caractère juridique.

Pour ce qui est des effets des obligations naturelles, il s'écarte très sensiblement des traditions romaines. Il se refuse à attribuer aux obligations naturelles toutes les conséquences juridiques que les jurisconsultes du Digeste leur faisaient engendrer, par exemple, la possibilité d'être opposées en compensation, ainsi que celle de servir de base à un cautionnement. Le seul effet qu'il leur accorde est que, si le débiteur a payé, et payé *volontairement* (condition que le Droit romain n'exigeait pas, on s'en souvient), ce paiement est valable et n'est pas sujet à répétition, parce que le débiteur a eu un juste sujet de s'acquitter, à savoir le désir de décharger sa conscience.

Si nous avons insisté sur la doctrine de Pothier, c'est que les rédacteurs du Code civil ont visiblement entendu la reproduire. C'est ainsi que Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs du titre des *Obligations* (Fenet, t. 13, p. 264), ne cite, en fait d'obligations naturelles, que les trois groupes énoncés par Pothier. Et il ajoute que le seul effet de ces obligations est d'empêcher la répétition de ce qui a été payé volontairement, solution que l'article 1235 reproduit en termes formels.

Il reste, en présence d'un texte unique aussi succinct que celui de l'article 1235, et d'une double tradition, romaine et française, l'une et l'autre assez peu précises et, en un certain sens, contradictoires, à construire la théorie moderne des obligations naturelles : à déterminer d'abord dans quels cas elles existent, et, en second lieu, quels effets elles produisent précisément.

§ 1. — Dans quels cas y a-t-il obligation naturelle.

Système doctrinal classique. — D'après la majorité des interprètes classiques du Code civil, fidèles à la doctrine traditionnelle, l'*obligation naturelle* doit être distinguée avec soin du simple *devoir moral*. Ce dernier dépend du domaine de la morale ; la première fait partie du domaine du Droit. En d'autres termes, elle est une véritable obligation, un lien de droit créant un créancier et un débiteur ; mais, par suite de causes particulières, ce lien de droit est privé de la force coercitive, il n'est pas accompagné de l'action en justice. Le devoir moral, au contraire, est inexistant au point de vue juridique.

Dans cette théorie, les obligations naturelles sont soit des *obligations civiles avortées*, soit des *obligations civiles dégénérées*. Les causes qui leur donnent naissance sont les suivantes :

1° L'*annulation d'un engagement contracté par un incapable* sans l'observation des règles édictées par la loi.

Cette annulation, à la différence de celle qui résulterait d'un vice du consentement, laisse subsister, nous dit-on, une obligation naturelle à la charge de l'incapable, et si, une fois que l'incapacité a pris fin, ou même durant l'incapacité, mais avec les formalités requises par la loi, le débiteur, estimant qu'il a eu tort de faire annuler le contrat, paie son créancier, il ne peut pas répéter l'indu (Civ., 9 mars 1896, D. P. 96.1.391, S. 97.1.225 note de M. Esmein).

Au contraire, lorsque la nullité repose sur des considérations d'ordre public, il ne subsiste pas d'obligation naturelle à la charge du débiteur. « Il n'y a ni obligation naturelle ni dette d'honneur à exécuter une obligation illicite », dit un arrêt (Caen, 18 janvier 1888, S. 90.2.97). Ainsi, celui qui emprunte à un taux usuraire, conserve le droit de répéter les intérêts qu'il a payés. De même, en matière de cession d'office ministériel, la contre-lettre élevant le prix officiellement indiqué à la Chancellerie est frappée d'une nullité radicale, et le cessionnaire peut toujours demander au cédant la restitution du supplément de prix même volontairement versé par lui (Req., 18 mars 1895, D. P. 95.1.346, S. 96.1.11 ; Grenoble, 26 juin 1907, D. P. 1908.2.363, S. 1909.2.22).

2° *Dispositions testamentaires faites verbalement ou insérées dans un testament nul en la forme.* — Ces dispositions n'ont pas de valeur juridique, mais elles engendrent à la charge des héritiers une obligation naturelle que ceux-ci peuvent transformer en une obligation civile[1] (Civ., 19 décembre 1860, D P. 61.1.17, S. 61.1.370 ; Req., 10 janvier 1905, D. P. 1905.1. 47, S. 1905.1.128).

3° *Obligation civile existant réellement mais paralysée par une exception.* — Cette exception peut être celle de *prescription*, celle de *serment*, celle de *chose jugée.*

La prescription, à condition qu'elle soit invoquée à temps (art. 2223), éteint l'action du créancier, mais laisse subsister à la charge du débiteur qui ne s'est pas acquitté, une obligation naturelle. Il en est de même dans le cas où, faute de moyen de preuve, le créancier a déféré le serment au débiteur et où celui-ci s'est parjuré ; et enfin, dans le cas où le demandeur bien qu'étant réellement créancier, a vu sa demande rejetée. Dans tous ces cas, si le débiteur, obéissant aux injonctions de sa conscience, se décide à reconnaître et à payer sa dette, la reconnaissance et le paiement sont valables.

4° Le *failli*, qui a obtenu de ses créanciers un *concordat* lui faisant remise d'une quote-part de ses dettes, reste tenu d'une obligation naturelle pour le surplus (Civ., 29 janvier 1900, D. P. 1900.1.200, S. 1900.1.337)

5° *En matière de jeu ou de pari*, l'article 1965 porte que la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou le paiement d'un pari ; mais l'article 1967 ajoute : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. » Cette absence d'action en répétition est une

1. On explique de cette façon l'antinomie juridique qu'il y a entre les articles 1339 et 1340 du Code civil. D'apres le premier, la donation nulle en la forme ne peut pas être confirmée par le donateur ; il faut nécessairement qu'elle soit refaite en la forme légale. Au contraire, la confirmation ou l'exécution volontaire de la donation par les héritiers, après le décès du donateur, emporte leur renonciation à opposer les vices de forme (art. 1340). Cette différence se comprend très bien. La solennité des donations a été établie dans l'intérêt de la famille, pour empêcher les libéralités irréfléchies. Quand donc la règle n'a pas été observée les héritiers ont à examiner si leur conscience ne leur fait pas un devoir de respecter la manifestation de volonté de leur auteur. On comprend donc que la loi considère leur ratification comme l'exécution d'une obligation naturelle.

application de la règle de l'article 1235, 2e al. Il est vrai que cette interprétation est contestée. Certains auteurs voient dans l'article 1967 une application de l'adage : « *In pari causâ turpitudinis cessat repetitio* ». Le jeu serait un acte honteux qui ne pourrait être invoqué en justice ni comme cause d'obligation, ni comme motif de répétition. Mais cette explication est, à nos yeux, erronée. Elle mettrait le Droit en contradiction avec le sentiment public qu'exprime si bien l'adage : « *dette de jeu, dette d'honneur* ». N'est-il pas plus exact de dire que le législateur ne veut pas sanctionner le pari et le jeu, mais laisse au perdant le soin de s'arranger avec sa conscience ? Du reste Pothier (*Traité du jeu* n° 55, éd. Bugnet, t. 5, p. 387), affirmait l'existence de l'obligation naturelle : « La loi, disait-il, prive le contrat d'exécution dans le for extérieur, mais le contrat, quoique fait en contravention avec la loi, ne laisse pas d'exister, et lorsqu'il ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conscience. »

6° Enfin, on admet ordinairement que, si les enfants n'ont pas d'action contre leurs père et mère « pour un *établissement par mariage ou autrement* » (art. 204), il y a cependant à la charge des parents une obligation naturelle de leur constituer une dot. C'était là, en effet, la règle traditionnelle de nos pays de Coutumes, et l'article 204, par la façon dont il est rédigé, semble bien l'avoir maintenue, car il est visiblement inspiré d'un passage de Pothier (*Communauté*, n° 646) : « L'obligation de doter les enfants communs est une dette qui n'est que naturelle, pour l'acquittement de laquelle la loi ne donne aucune action aux enfants contre leurs père et mère. » La Jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée pour cette interprétation (Req., 14 juin 1827, Sir. chron. ; Cass. belg., 9 novembre 1855, *Pas. belge*, 56.1.65 ; Bruxelles, 27 avril 1889, *ib.* 90.2.27 ; Douai, 7 décembre 1922, Rec. Douai, 1922, 62 ; Poitiers, 26 avril 1923, D. P. 1923.2.121, note de M. René Savatier ; *Contra*, Montpellier, 16 décembre 1901, D. P. 1907.2.241, note de M. Capitant, S. 1905.2.185, note de M. Hémard).

7° Il reste un article peu connu du Code, l'article 1906, qu'on peut rattacher à la même idée. D'après ce texte, « l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital ». On a expliqué cette disposition en disant que ce paiement volontaire fait présumer l'existence d'une convention d'intérêts, dont la preuve ne pourrait être rapportée par le prêteur, mais qui n'en existerait pas moins (V. Req., 10 décembre 1902, D. P. 1903.1.202 et le rapport de M. le conseiller Denis, S. 1907.1.459). Ne vaudrait-il pas mieux dire que, si la répétition n'est pas permise, c'est que les intérêts payés sont considérés comme la rémunération du service rendu à l'emprunteur, rémunération à laquelle celui-ci s'est considéré comme astreint en conscience, nonobstant le silence du contrat ?

Tels sont les seuls cas dans lesquels la Doctrine classique reconnaisse l'existence d'une obligation naturelle. La plupart sont sans grande application pratique ; ce sont des hypothèses d'école. Par exemple, arrivera-t-il bien souvent qu'un incapable qui a fait annuler le contrat par lui passé, qu'un débiteur qui a opposé la prescription, qu'un plaideur qui a fait un

faux serment, ou qui a surpris un jugement inique, soient pris de remords, et consentent ensuite à acquitter bénévolement une obligation dont ils ont refusé le paiement, alors qu'ils étaient poursuivis ?

En somme, les seules hypothèses d'obligations naturelles discernées par la Doctrine, et qui peuvent se rencontrer en fait dans la pratique, sont celles d'un héritier chargé d'un legs par une disposition testamentaire verbale ou insérée dans un testament nul en la forme, celle d'un failli concordataire, celle enfin du père et de la mère constituant une dot à leurs enfants.

Système de la Jurisprudence. — A la différence de la Doctrine, la Jurisprudence, suivie du reste par quelques auteurs, a beaucoup étendu la notion d'obligation naturelle. Pour nos tribunaux, il y a obligation naturelle, toutes les fois qu'une personne s'oblige envers une autre, ou lui verse une somme d'argent, non sous l'impulsion d'une intention libérale, mais afin de remplir un devoir impérieux de conscience et d'honneur. Le domaine de l'obligation naturelle s'élargit dès lors considérablement. Voici en effet, les principales applications que la Jurisprudence a faites de son système, et qu'il faut ajouter aux hypothèses de la Doctrine :

1° *Obligation alimentaire envers un enfant naturel non reconnu.* — Le père qui ne reconnaît pas son enfant naturel, est néanmoins tenu de l'obligation morale de subvenir à ses besoins. C'est un devoir de conscience qu'il peut transformer en une obligation civile, soit en en faisant l'objet d'un engagement écrit envers la mère, soit en versant à celle-ci une somme destinée à l'entretien de l'enfant (V. notre t. 1er, p. 301 ; Req., 5 mars 1902, D.P.1902.1.220, S.1902.1.312 ; Poitiers, 20 janvier 1919, *Gaz. Pal.*, 1er octobre 1919). La cause de l'engagement pris ou acquitté par le père n'est pas le lien de filiation qui l'unit à l'enfant, lequel ne pourrait être légalement proclamé, par exemple si l'enfant est adultérin, mais l'obligation naturelle que crée le lien de filiation.

2° *Obligation de réparer le préjudice causé par la séduction.* — La séduction, à elle seule, en dehors de circonstances spéciales, telles que l'emploi de menaces, ou l'abus d'autorité, ou la promesse de mariage, ne peut servir de base à une action en dommages-intérêts. Néanmoins, la Jurisprudence décide qu'elle engendre pour le séducteur une obligation naturelle née d'un devoir de conscience et d'honneur, laquelle peut être convertie par l'intéressé en une obligation civile valable (Dijon, 27 mai 1892, D.P.93.2.183, S. 92.2.197 ; Lyon, 30 décembre 1890, D. P.91.2.309, S. 98.2.141, *en note;* Voir notre t. 1er, p. 300).

Quelques arrêts même ont poussé plus loin l'idée d'obligation naturelle, et admis que la *promesse faite au moment de la cessation du concubinage* et en vue d'assurer le sort de la concubine, était la reconnaissance d'une obligation naturelle (Rennes, 7 mars 1904, D.P.1905.2.305, note de M. Planiol, S. 1907.2.241, note de M. Hémard).

3° *L'obligation alimentaire entre proches parents ou alliés* existe pareillement à l'état de dette naturelle, dans les cas où la loi ne l'impose pas expres-

sément (Civ., 22 juillet 1895, D. P. 96.1.569, S. 99.1.42). Ainsi, la belle-fille qui s'engage à payer une pension alimentaire à sa belle-mère, après le convol de celle-ci, ne lui fait pas une donation ; elle exécute une obligation naturelle (Limoges, 17 novembre 1896, D. P. 97.2.463, S. 1900.2.73).

4° On a vu aussi une obligation naturelle dans la *réparation volontaire du préjudice causé* à autrui, alors que, cependant, ce préjudice ne donnait pas ouverture à une action en dommages-intérêts (Civ., 5 avril 1892, D. P. 92.1.234, S. 95.1.129, note de M. Balleydier ; Req., 7 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 21 avril 1911).

5° Enfin, les donations *rémunératoires*, par exemple, le don qu'un malade fait au médecin qui l'a sauvé, peuvent dans certains cas être considérées comme l'acquittement d'une obligation naturelle (Req., 10 décembre 1851, D. P. 52.1.80, S. 52.1.41).

On le voit, en élargissant la notion d'obligation naturelle, la Jurisprudence arrive à valider des engagements ou des paiements qui, sans cela, pourraient être attaqués. Dans la plupart des hypothèses sur lesquelles elle a été appelée à statuer, la question en litige était de savoir si des engagements pris verbalement ou par acte sous seing privé, ne devaient pas être annulés comme constituant des libéralités faites sans observation des formes solennelles prescrites par l'article 931 du Code civil. La Jurisprudence a validé ces engagements, toutes les fois qu'elle y a vu l'exécution d'un devoir de conscience ; tempérament notable à la rigueur du principe de la solennité des donations entre vifs.

Envisagée sous un jour plus général, cette tendance aboutit à briser complètement les cadres étroits dans lesquels la notion d'obligation naturelle avait été enfermée par les Romains et par nos anciens auteurs. L'obligation naturelle tend en somme à se confondre aujourd'hui avec le *devoir de conscience*. La sphère du Droit s'est donc étendue, elle a débordé sur celle de la pure morale. L'impératif de la conscience n'est plus chose indifférente en droit. Il y a là, nous semble-t-il, un progrès de la civilisation.

§ 2. — Quels sont les effets de l'obligation naturelle.

Ici, on peut dire que c'est le phénomène inverse qui s'est produit. L'efficacité juridique de l'obligation naturelle est moindre aujourd'hui que chez les Romains.

Premier effet. Validité d'un paiement volontaire. — Le seul effet de l'obligation naturelle que la loi consacre expressément, est celui que vise l'article 1235, alinéa 2, à savoir que, si elle est volontairement payée, la répétition de la somme payée n'est plus possible. Deux observations sont ici nécessaires :

1° A la différence de ce qu'admettaient les Romains, l'article 1235 exige, à l'imitation de Pothier, que le paiement de l'obligation naturelle, pour qu'il soit valable, ait été fait *volontairement*. Nous ne croyons pas qu'on puisse contester le sens de ce mot *volontairement* ; il signifie *sciemment*,

en connaissance de cause. Donc, le paiement fait par erreur peut être répété quand bien même le *solvens* aurait été tenu d'une obligation naturelle envers l'*accipiens*. En Italie, où le respect de la tradition romaine est plus profond, on considère au contraire — et peut-être cette solution est elle plus morale — que le paiement d'une obligation naturelle est valable et ne peut être répété, même quand il a été fait par erreur, du moment qu'il a été *spontané*, c'est-à-dire que l'*accipiens* ne l'a pas obtenu par dol ou par violence (V. *Rev. trim. de Droit civil*, 1904, p. 647).

2° Il est bon de rapprocher l'article 1235, al. 2, des textes relatifs au *paiement de l'indu*, c'est-à-dire de l'article 1377. D'après cette disposition, celui qui, se croyant *par erreur* débiteur, acquitte sa prétendue dette, a le droit de répétition contre le créancier. Dès lors, celui qui paye *sciemment* ce qu'il ne doit pas, n'est point admis à répéter, et cela parce que la loi considère que, certainement, son versement a été justifié par une *cause*. On peut donc se demander quelle est l'utilité de l'article 1235, al. 2, puisque, s'il n'existait pas, il n'en résulterait pas moins de l'article 1377 que celui qui aurait acquitté volontairement une obligation naturelle n'aurait pas d'action en répétition.

Il est facile de répondre à cette question. L'utilité qu'il y a à préciser qu'un versement indu non répétable a été effectué à raison d'une obligation naturelle, c'est que, dans ce cas, la prestation prend le caractère d'un véritable *paiement*. Le *solvens* l'a faite en qualité de débiteur, l'*accipiens* l'a reçue en qualité de créancier. Dès lors, l'opération est soustraite aux règles de fond et de forme des donations. Par exemple, l'*accipiens* ne peut encourir la révocation de la prestation dont il a bénéficié, si, par la suite, il refuse des aliments au *solvens* tombé dans le besoin (art. 955). Il n'encourt pas davantage la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers, si la somme qui lui a été versée absorbe une partie de cette réserve, etc... En un mot, l'*accipiens* est un ayant cause à titre onéreux du *solvens*.

Pourtant, il ne serait pas toujours exact, à notre avis, d'affirmer que l'acquittement d'une obligation naturelle est exclusif de l'intention libérale. Il y a des cas où ce à quoi le débiteur d'une obligation naturelle est astreint, c'est *à faire une donation*. C'est le cas pour le père et la mère lorsqu'ils dotent ou établissent leurs enfants. C'est aussi, pourrait-on dire, le cas pour tous ceux qui font une *donation rémunératoire* d'un service rendu. Lorsque le débiteur d'un tel devoir de conscience l'exécute, il n'y en a pas moins, de sa part, *animus donandi*, le bénéficiaire de la prestation n'en est pas moins donataire. Est-ce à dire que, dans ce cas, l'existence d'une obligation de conscience, cause du geste du donateur, perde tout intérêt? Non pas. Cette existence produira toujours cette conséquence que la prestation faite ne sera pas soumise aux *règles de forme* de la donation ordinaire ; elle n'aura pas besoin, pour être valable, d'être réalisée au moyen d'un acte notarié (V. note Capitant, D. P. 1907.2.241).

Second effet. Validité de la promesse d'exécution. — *La promesse de payer une obligation naturelle lie définitivement le débiteur à l'égard du*

créancier et l'engage civilement. En effet, cette promesse de payer a sa cause dans l'existence de l'obligation naturelle. Quand donc elle n'est entachée d'aucun vice du consentement, et qu'elle émane d'une personne capable, elle réunit les divers éléments nécessaires à son existence : consentement, capacité, objet et cause. Maintes fois les tribunaux ont consacré cette solution, en déclarant que l'obligation naturelle forme la *cause licite* de l'engagement pris par le débiteur. Mais, pour que cet engagement soit valable, il faut que *l'intention de s'obliger* ressorte clairement des termes employés par le débiteur ; il ne suffirait pas qu'il eût simplement voulu reconnaître l'existence de l'obligation naturelle sans s'obliger civilement.

La question se pose fréquemment devant les tribunaux à l'occasion du failli concordataire qui déclare qu'il paiera ses créanciers intégralement, en cas de retour à meilleure fortune. Les tribunaux décident alors, suivant les circonstances, ou qu'il y a simple reconnaissance d'une obligation naturelle, ou que, au contraire, le failli s'est engagé civilement à payer la totalité de ses dettes le jour où il le pourrait, et que cet engagement a été une des conditions du concordat (Civ., 22 juillet 1873, D. P. 73.1.460, S. 74.1.127 ; Req., 26 janvier 1874, D. P. 75.1.23, S. 76.1.72 ; Nancy, 21 juin 1902, D. P. 1902.2.471, S. 1903.2.34).

Les auteurs expliquent ordinairement la validité de la promesse d'exécution, en disant que l'obligation naturelle se transforme en une obligation civile *par l'effet d'une novation.* Mais on remarquera que les tribunaux ne parlent jamais de novation ; ils déclarent simplement que la promesse de payer est valable en elle-même, parce qu'elle a une *cause licite* dans l'obligation naturelle. Juridiquement, cette analyse nous paraît beaucoup plus exacte que celle de la Doctrine. En effet, la novation suppose un *changement* dans l'obligation primitive, et son remplacement par une nouvelle obligation qui diffère de l'ancienne, soit quant aux *personnes*, soit quant à l'*objet*, soit quant aux *modalités*. Or, ici, rien de pareil. La promesse de payer ne modifie aucun des éléments de l'obligation naturelle. Donc, il n'y a pas plus novation dans ce cas que dans celui de la confirmation d'une obligation annulable.

Notons une exception importante à la règle que nous venons de poser. La Jurisprudence décide que les billets, souscrits en reconnaissance d'une *dette de jeu ou d'un pari*, n'empêchent pas le signataire d'opposer l'exception de jeu aux poursuites du gagnant (mais non aux tiers porteurs de bonne foi) (Civ., 27 avril 1870, D. P. 70.1.258). Cette exception aux principes tient à des raisons spéciales que nous avons déjà rencontrées et contestées. Elles consistent à dire que la loi ne veut pas qu'il s'élève devant les tribunaux un débat relatif à une dette de jeu ou d'un pari. Or, si un procès naissait à l'occasion du billet souscrit à la suite d'une dette de ce genre, le tribunal aurait nécessairement à rechercher la cause du billet, et ainsi la question du jeu ou du pari se trouverait nécessairement posée.

Effets de l'obligation naturelle romaine écartés par le Droit actuel. — Les deux effets que nous venons de voir sont les seuls que pro-

duise l'obligation naturelle d'aujourd'hui. On ne peut lui en attribuer d'autres.

Ainsi, tout d'abord, il est certain que l'obligation naturelle ne peut être opposée en *compensation* d'une obligation civile. Si on l'admettait, en effet, cela reviendrait à accorder à la dette naturelle, d'une manière indirecte, l'*effet obligatoire* que la loi a voulu lui refuser.

De même, l'obligation naturelle ne peut pas faire l'objet d'un *cautionnement* valable. Qu'est-ce en effet que le *cautionnement*? L'engagement par lequel une personne s'oblige à acquitter une obligation « si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » (art. 2011). Le cautionnement suppose donc un débiteur principal que le créancier a le droit (et le devoir) de poursuivre en première ligne. Cette condition manque lorsqu'il y a obligation naturelle.

Ici, il y a lieu de remarquer l'antinomie apparente des deux alinéas d'un même texte, l'article 2012. Aux termes de l'alinéa 1^er^, « le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ». C'est dire qu'il ne peut garantir une obligation naturelle. Mais l'alinéa 2 ajoute : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple dans le cas de minorité. » On pourrait relever uue certaine contradiction entre cette disposition et la précédente, si l'on ne se rendait compte que l'obligation du mineur, *tant que la nullité n'en a pas été opposée ou demandée*, n'est pas une obligation naturelle, mais une obligation civile. C'est seulement après qu'il aurait fait prononcer la nullité de son engagement, que le débiteur serait tenu d'une obligation naturelle. A partir de ce moment, croyons-nous, l'article 2012, alinéa 2, cesserait d'être applicable, et un tiers ne pourrait se porter caution pour lui.

CHAPITRE II

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

Modes d'extinction des obligations. — L'article 1234 énumère les causes qui éteignent les obligations. Ce sont:

1° Le *paiement*, auquel on pourrait ajouter la *dation en paiement*, qui n'en est qu'une variante;

2° La *novation*, qui consiste dans la substitution d'une obligation nouvelle à l'ancienne;

3° La *compensation*, ou extinction de la dette par la naissance d'une créance au profit du débiteur contre son créancier;

4° La *confusion*, qui se produit au cas où les qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur la même tête;

5° La *remise volontaire de la delte*, ou renonciation du créancier à son droit;

6° La *perte fortuite de la chose*, objet de l'obligation, ou, plus généralement, l'impossibilité fortuite d'exécution;

7° La *nullité ou la rescision* de l'obligation;

8° L'*effet de la condition résolutoire;*

9° La *prescription libératoire.*

De ces neuf prétendus modes d'extinction, il faut aussitôt en éliminer deux: la nullité ou rescision et l'effet de la condition résolutoire, qui ne sont pas à proprement parler des modes d'extinction de l'obligation. La nullité de l'acte juridique générateur de l'obligation efface tous les effets de cet acte; elle n'éteint pas, elle *anéantit* rétroactivement l'obligation qu'il a engendrée. Et on peut en dire autant de l'arrivée de la condition résolutoire, qui fait également disparaître tous les effets de l'acte juridique auquel elle était jointe.

Dès lors, les véritables causes d'extinction, parmi celles qu'énumère l'article 1234, se réduisent à sept.

L'énumération n'est, du reste, pas complète:

Dans les contrats *successifs* en effet, c'est-à-dire dans les contrats qui engendrent des obligations se prolongeant pendant un temps plus ou moins long, comme le louage, le mode normal d'extinction est l'*échéance du terme extinctif* fixé par les parties. Dans d'autres cas, c'est la *mort*, soit du débiteur, soit du créancier, qui mettra fin à l'obligation. Ainsi, dans les

contrats où le créancier prend en considération la personne du débiteur, louage d'ouvrage, mandat, etc.., la mort du débiteur éteint son obligation. Dans le contrat de rente viagère, c'est la mort du créancier envisagée comme terme extinctif qui marque le terme des prestations dues par le débiteur. Enfin, les obligations engendrées par les contrats peuvent également s'éteindre par le consentement mutuel (*mutuus dissensus*) des deux parties qui s'entendent pour mettre fin au contrat (*résiliation*), ou même par la volonté d'une seule d'entre elles, comme dans le contrat de société à durée indéterminée, dans le mandat, ou dans le contrat de travail fait sans limitation de temps (art. 1869, 2003, 1780).

Nous ne traiterons ici que des causes d'extinction proprement dites, réservant l'étude de la nullité, de la rescision, de la résolution et aussi de la résiliation qui en est une variété, pour le moment où nous exposerons la théorie des contrats.

SECTION I. — Du paiement.

Le paiement est *le fait d'exécuter l'obligation*, c'est-à-dire d'accomplir la prestation qu'elle met à la charge du débiteur : remise de la somme d'argent ou de l'objet dus, accomplissement du fait promis. Le mot a donc, dans la langue juridique, un sens plus compréhensif que dans le langage courant. On peut dire qu'il est synonyme d'exécution. Payer, c'est *exécuter son obligation*.

Ajoutons qu'à côté du fait matériel (remise d'une chose ou exécution d'une prestation) en quoi il consiste, le paiement nous apparaît comme un *acte juridique*, plus précisément un accord des volontés de l'*accipiens* et du *solvens*, l'un remettant volontairement la chose, l'autre consentant à la recevoir et à décharger le *solvens* de son obligation envers lui.

Nous examinerons successivement les règles : 1° du paiement pur et simple ; 2° du paiement avec subrogation.

§ 1. — Du paiement pur et simple.

I. — Règles générales du paiement.

Après ce que nous avons dit sur les obligations naturelles, il est superflu de revenir sur la condition essentielle de la validité de tout paiement. Le paiement est destiné à éteindre une obligation préexistante ; cette extinction est sa cause. Il faut donc, pour qu'il y ait paiement, qu'il y ait une obligation. « Tout paiement suppose une dette », dit l'article 1235, al. 1er.

Si donc le *solvens* paye par erreur, croyant être obligé alors qu'il ne l'est pas, le paiement est nul, et le *solvens* peut répéter ce qu'il a versé. « Ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition », continue l'article 1235. On se souvient cependant qu'il n'y a pas lieu à répétition, lorsqu'il y a eu paiement conscient d'une obligation naturelle (art. 1235, al. 2).

Les règles générales du paiement se groupent autour des quatre questions suivantes :

1° Qui peut payer ;

2° Entre les mains de qui doit-on payer ;

3° Que doit comprendre le paiement ;

4° Epoque, lieu et frais du paiement

1° Qui peut payer (Art. 1236-1238). — Le paiement peut être fait : 1° par le débiteur lui-même ; 2° par un tiers.

A. — *Paiement fait par le débiteur.* — Normalement, c'est le débiteur ou l'un des débiteurs de l'obligation qui fait le paiement.

Quand il s'agit d'une obligation de *donner*, c'est-à-dire de transférer la propriété d'une chose ou un droit réel sur cette chose, le paiement n'est valable qu'autant que le *solvens* satisfait aux deux conditions suivantes (art. 1238, 1er al.) :

a) Être *propriétaire ;*

b) Être *capable d'aliéner.*

a) Être *propriétaire.* Si le débiteur n'est pas propriétaire de l'objet qu'il remet au créancier, il ne peut pas lui en transférer la propriété, et en conséquence, le paiement est nul. Qui pourra invoquer cette nullité ? Le créancier et le débiteur.

α) Le créancier a le droit, en restituant l'objet reçu, de demander un second paiement ou des dommages-intérêts. Il a ce droit, même si l'objet remis entre ses mains est un meuble corporel, quoiqu'il soit alors protégé contre la revendication du vrai propriétaire par la règle : « En fait de meubles possession vaut titre ». Même solution, s'il a reçu un immeuble d'autrui et en est devenu propriétaire par la prescription. En effet, on se souvient que le possesseur est libre de ne pas invoquer ces moyens de défense. Le *solvens* ne peut pas lui imposer une prescription, ou plus généralement, une exception que sa conscience réprouverait.

β) Il ressort de l'article 1238, al. 2, qu'il est permis également au débiteur d'invoquer la nullité du paiement, afin de se faire rendre l'objet indûment livré et d'en donner un autre. Le *solvens* peut, en effet, avoir le plus grand intérêt à le restituer au *verus dominus*, pour éviter une condamnation. On remarquera que cette faculté accordée au *solvens* de demander la nullité du paiement qu'il a fait, est contraire à la règle que *celui qui doit la garantie ne peut pas évincer.* Mais cette exception se justifie par le fait que le débiteur remettra au créancier une autre chose en remplacement de la première. Dès lors, quel motif légitime le créancier aurait-il de se refuser à ce que son premier débiteur régularisât la situation ? Que si, par hasard, ce motif légitime existe, le *solvens* ne peut pas réclamer la chose d'autrui à l'*accipiens*. C'est ce qui résulte de l'article 1238, al. 2, aux termes duquel le débiteur serait privé du droit de faire annuler le paiement, s'il s'agissait d'une somme d'argent ou d'une chose consomptible et que le créancier l'eût dépensée ou consommée de bonne foi.

b) Être *capable d'aliéner.* L'incapacité d'aliéner engendre une nullité qui

cette fois, est relative et ne profite dès lors qu'au *solvens*. L'*accipiens*, lui, ne peut pas, en pareil cas, demander l'annulation du paiement. Quant à l'incapable, ici encore, il perd le bénéfice de l'action en nullité, dans le cas où l'objet est une somme d'argent, ou une chose consomptible que le créancier a consommée de bonne foi (art. 1238, al. 2).

Quel intérêt l'incapable aura-t-il à demander la nullité et à reprendre la chose, puisqu'il restera débiteur, et que le créancier pourra contraindre son représentant légal à lui payer une chose pareille à celle qui lui a été reprise? On peut concevoir plusieurs hypothèses où cet intérêt existe.

α) Si l'incapable a payé une somme d'argent avant l'arrivée du terme, il a avantage à la recouvrer pour jouir des intérêts jusqu'au jour de l'exigibilité.

β) Le débiteur d'une chose *in genere* qui a livré un objet de la meilleure qualité, a intérêt à le reprendre, car il pourra se libérer en fournissant une chose de qualité moyenne.

γ) Le débiteur en vertu d'une obligation *alternative* (il devait une chose *ou* une autre, à son choix), peut désirer reprendre la chose qu'il a fournie, pour la remplacer par l'autre.

B. — *Paiement fait par un tiers.* — « Une obligation peut être acquittée nous dit l'article 1236, 1er al., par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un co-obligé ou une caution » ; ajoutons, par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette du débiteur ; ou même « par un tiers qui n'y est point intéressé », et qui, dès lors, intervient dans une pensée de bienfaisance envers le débiteur. En effet, pourquoi le créancier refuserait-il le paiement qui lui est offert par un autre que son débiteur? Pourvu qu'il obtienne la prestation convenue, peu lui importe qui la lui fournira. Mais il en serait différemment, s'il s'agissait d'une prestation dans laquelle la considération de la personne du débiteur est essentielle, par exemple, de l'accomplissement d'un travail promis par un ouvrier, par un artiste. C'est ce qu'exprime l'article 1237 : « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. » Cela aurait pu aller sans dire. L'exécution de l'obligation par un autre que le débiteur, dans le cas envisagé, ne serait pas à proprement parler un paiement, puisqu'elle ne fournirait pas au créancier exactement ce qui lui était dû.

2° **A qui doit être fait le paiement** (art. 1239-1241). — A. — Le paiement doit être fait au créancier ou à son représentant (art. 1239, al. 1). Ce représentant peut être soit un mandataire conventionnel, soit un représentant légal, comme le tuteur du pupille ou de l'interdit, le mari, soit enfin un représentant judiciaire, comme le curateur à la succession vacante, ou l'administrateur judiciaire des biens d'une personne présumée absente. De même encore, quand un créancier du créancier a fait une saisie-arrêt entre les mains du débiteur, et qu'un jugement a validé cette saisie-arrêt, le débiteur doit s'acquitter entre les mains du saisissant (art. 1242). En somme, ce que l'article 1239 aurait dû dire, c'est que le paiement doit être

fait aux mains du créancier, ou de la personne ayant qualité pour recevoir en son nom ou à sa place.

Si le paiement est fait par erreur entre les mains d'une autre personne que le créancier ou son représentant, il ne libère pas le débiteur, mais celui-ci peut exercer contre l'*accipiens* la répétition de l'indu (Req., 7 juillet 1909, D. P. 1910.1.372, S. 1909.1.549).

Par exception cependant, il y a trois cas dans lesquels le paiement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir est libératoire.

a) Le créancier a *ratifié* le paiement (art. 1239, al. 2).

b) Le paiement a *tourné au profit du créancier* (art. 1239, al. 2). Par exemple, le débiteur a payé à un créancier du créancier, avant toute saisie-arrêt, ou avant le jugement de validité de la saisie-arrêt.

c) Le débiteur a payé de bonne foi à un tiers qui était « *en possession de la créance* » (art. 1240). Le possesseur de la créance est celui qui passe aux yeux du public comme étant le véritable créancier. Le cas se présentera surtout dans l'hypothèse où, après la mort du créancier, sa succession a été appréhendée par un *héritier apparent*, qui se dit et qu'on croit le plus proche parent du défunt, ou encore par un légataire institué dans un testament dont on reconnaîtra plus tard la nullité. Le paiement fait entre les mains de cet héritier ou légataire apparent libérera le débiteur [1].

L'article 145 du Code de commerce contient une autre application de cette règle. Il valide le paiement de la lettre de change fait de bonne foi et à l'échéance par le tiré, alors même qu'il aurait payé entre les mains d'un non créancier.

B. — Il ne suffit pas, pour que le paiement soit valable, qu'il ait été fait entre les mains du créancier. Il faut encore que celui-ci soit *capable* de le recevoir. Autrement, le paiement serait nul « à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier » (art. 1241).

La capacité nécessaire pour recevoir un paiement est, en général, la même que celle qui est nécessaire pour aliéner. La réception d'un paiement aboutissant à la destruction d'une créance est, en effet, dans une certaine mesure, un acte de disposition.

La nullité d'un paiement fait à un mineur déroge aux règles du droit commun en ce que le mineur n'a pas besoin de démontrer une lésion pour se prévaloir de la nullité, et, par conséquent, réclamer une seconde fois le paiement, au moins dans la mesure où le premier ne lui a pas profité (V. notre t. I[er], p. 563).

Pour le surplus, cette nullité est soumise à toutes les règles du Droit commun. Elle est donc relative et ne peut être, par conséquent, invoquée par un autre que par l'incapable. Le débiteur qui a *mal payé* ne pourrait donc prendre les devants, et demander la restitution du paiement irrégulier. Ajoutons cette conséquence pratique de notre règle que *c'est au débiteur qu'il incombe de s'assurer de la capacité du créancier* qu'il veut payer.

3° Que doit comprendre le paiement ? (art. 1243-1246). — Le débiteur doit payer la *chose même* qui fait l'objet de la dette (art. 1243).

1. (V. Cass. ch. réun. 25 décembre 1867, D. P. 68.1.9, pour le payement fait par la Caisse des Dépôts et Consignations entre les mains d'un créancier porteur d'un jugement par défaut validant une saisie-arrêt pratiquée par lui au préjudice du déposant et ayant obtenu contre la Caisse une ordonnance de référé. *Adde* Civ. 29 nov. 1882, D. P. 83.1.109).

Il doit payer la *totalité de la dette* (art. 1244, al. 1er).

Reprenons ces deux propositions :

A. — Le débiteur doit payer la chose même qui fait l'objet de la dette. « Le créancier, dit l'article 1243, ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande. »

Lorsque la dette a pour objet un *corps certain*, le débiteur le livre dans l'état où il se trouve au jour convenu pour la prestation. Tant qu'il n'est pas en demeure, il n'est pas responsable des détériorations qui ont été causées par cas fortuit (art. 1245).

Lorsque la dette a pour objet une *chose de genre*, l'article 1246 porte que le débiteur n'est pas tenu, pour se libérer, de la donner de la meilleure qualité, « mais il ne peut pas l'offrir de la plus mauvaise ».

B. — « Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir *en partie* le paiement d'une dette, même divisible » (art. 1244, al. 1). L'article 1220 répète cette règle sous une autre forme : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. » Rien de plus équitable que ce principe. Le créancier n'obtient pas la même satisfaction, s'il reçoit ce qui lui était dû en une fois, comme cela était convenu, ou en plusieurs paiements partiels. Cependant la règle subit plusieurs tempéraments :

a) En cas de *compensation*. Si le débiteur devient à son tour créancier de son créancier d'une somme inférieure au montant de sa dette, la créance primitive se trouve éteinte jusqu'à concurrence, et ne subsiste que pour le surplus (art. 1289, 1290). Le créancier se trouve donc dans la même situation que s'il avait reçu un paiement partiel.

b) Lorsque la dette est *cautionnée* par plusieurs cautions, et que le créancier poursuit l'une d'elles, celle-ci peut lui opposer le bénéfice de division, qui le force à diviser son action entre toutes les cautions solvables, et à accepter de chacune d'elles un paiement partiel (art. 2026, 1er al.).

c) En cas de *mort du débiteur*, la dette se divise de plein droit entre ses héritiers (art. 1220, *in fine*).

d) Enfin, le juge peut, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, l'autoriser à payer sa dette par acomptes (art. 1244, 2e al.). Nous reviendrons sur ce point en nous occupant du *terme de grâce*.

4° **Epoque, lieu et frais du paiement** (art. 1247-1248). — *Epoque.* — Le paiement de l'obligation doit avoir lieu immédiatement, ou au terme fixé par la convention.

Lieu. — Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention (art. 1247 *in princ.*) Que si la convention ne fixe pas de lieu, et si la dette a pour objet un corps certain, le paiement doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet (art. 1247).

« Hors ces deux cas » et ceci est la règle qui s'appliquera le plus souvent en pratique, « le paiement doit être fait au domicile du débiteur » (art. 1247, al. 2). En d'autres termes, les obligations sont en principe *quérables* et non *portables*.

Frais. — Les frais du paiement sont *à la charge du débiteur* (art. 1248). Ces frais comprennent principalement les frais de la *quittance* ; si la quittance est faite devant notaire, c'est le débiteur qui supporte les honoraires de l'officier ministériel. C'est par application de la règle de l'article 1248 que la loi du 23 août 1871, qui a ordonné (art. 18) d'apposer un timbre sur la quittance constatant un paiement supérieur à 10 fr., met le coût de ce timbre à la charge du débiteur (art. 23, al. 2).

5° **Règles concernant les dettes de sommes d'argent.** — Lorsque la dette a pour objet une somme d'argent, en quelle monnaie le débiteur doit-il s'acquitter ?

Du principe de la liberté des conventions, et réserve faite de ce que nous dirons plus loin pour les périodes de cours forcé, il résulte que les contractants sont libres de choisir la monnaie française ou étrangère en laquelle le débiteur devra payer, et que le débiteur est obligé de verser la somme en la monnaie convenue. Cette règle est énoncée en l'article 143 du Code de commerce à propos de la lettre de change qui « doit être payée dans la monnaie qu'elle indique » (Cf art. 338 C. com.) [1].

Lorsque rien n'a été dit dans le contrat au sujet de la monnaie de paiement, le débiteur peut s'acquitter soit en monnaie métallique française, soit en billets de la Banque de France, ou de la Banque d'Algérie en Algérie.

A. — **Monnaie métallique.** — Depuis la loi du 25 juin 1928, qui a supprimé le bimétallisme et établi le monométallisme or, la seule monnaie libératoire est la monnaie d'or. La monnaie de bronze ou de nickel ne peut être employée que comme monnaie d'appoint jusqu'à concurrence de 10 fr. Les monnaies en bronze d'aluminium ne sont acceptées que jusqu'à concurrence de 50 fr.

Quant à la monnaie d'argent, avant la loi précitée, il y avait une distinction à faire. Les pièces de 5 fr. avaient un pouvoir libératoire illimité ; le débiteur pouvait s'acquitter en écus de cinq francs, quel que fût le chiffre de la dette. Au contraire, les pièces d'argent de 0 fr. 50, 1 fr., 2 fr., qui avaient une valeur nominale supérieure à leur valeur intrinsèque, ne pouvaient être versées que comme monnaie d'appoint jusqu'à concurrence de 50 fr. Depuis la loi de 1928, toutes les anciennes pièces d'argent ont été retirées de la circulation.

Lorsqu'il en sera créé de nouvelles dans l'avenir, elles ne vaudront toutes sans distinction que comme monnaie d'appoint. C'est la conséquence du monométallisme. Mais, tenant compte de la dépréciation du franc, la loi du 25 juin 1928 les déclare acceptables obligatoirement, dans les paiements entre particuliers, jusqu'à concurrence de 250 fr.

B. — **Billets de la Banque de France et de la Banque d'Algérie.** — Les billets émis par la Banque de France et ceux émis pour l'Algérie

1. On pourrait objecter que l'article 475, 11°, du Code pénal punit d'une amende ceux qui refusent de recevoir les espèces et monnaies nationales selon la valeur pour laquelle elles ont cours, mais cet article ne vise, croyons-nous, que le cas où rien n'a été dit dans le contrat à ce sujet. Il n'y a pas de raison plausible pour interdire au créancier de choisir la monnaie qu'il veut recevoir en paiement.

Sur ces questions, v. Bertrand Nogaro, *Les principes fondamentaux du droit monétaire français*; Revue trimestr. de droit civil, p. 949 et suivantes.

par la Banque d'Algérie ont *cours légal* depuis la loi du 12 août 1870. Cela signifie que les caisses publiques et particulières sont tenues de les recevoir comme monnaie libératoire. Cette règle se justifie économiquement, en dehors des périodes de cours forcé, par cette double considération que ces banques sont tenues de rembourser en or (ou en argent avant la loi du 25 juin 1928) les billets qui sont présentés à leurs guichets, et, d'autre part, que l'encaisse métallique et la valeur du portefeuille de ces banques garantissent au public que, quel que soit le nombre de billets présentés à leurs guichets, elles seront toujours à même, dussent-elles au besoin acheter de l'or, de faire face aux remboursements qui leur seront demandés.

Hypothèse de la dépréciation de l'unité monétaire [1]. — Lorsque l'unité monétaire nationale s'est dépréciée depuis la naissance de la dette, le débiteur s'acquitte néanmoins valablement en versant à son créancier la somme convenue, d'après la valeur nominale des pièces de monnaies ou des billets de banque.

En d'autres termes, c'est le créancier qui supporte la perte représentée par la dépréciation de la monnaie.

Abaissement du titre de la monnaie métallique. Loi du 25 juin 1928. — Supposons que dans l'intervalle entre la naissance de la dette et son échéance, l'Etat abaisse le titre de la monnaie métallique, c'est-à-dire diminue la quantité de métal fin contenue dans l'unité monétaire. C'est ce qu'a fait la loi du 25 juin 1928. On sait qu'à la suite de la guerre, de 1923 à 1926, le franc a perdu sur le marché des changes une grande partie de sa valeur. La loi du 25 juin 1928 a constaté cette dépréciation et a abaissé à 65,5 millig. d'or fin, au titre de 900 millièmes, la composition du franc qui avait été fixée par la loi du 7 germinal an XI à 322 millig. d'or fin, au même titre. Le franc nouveau ne représente donc plus que le cinquième environ du franc ancien.

Qui, du créancier ou du débiteur, doit, en pareil cas, supporter la perte ? L'article 1895 répond à cette question en ce qui concerne le prêt d'argent, mais il faut appliquer la solution qu'il donne à tous les contrats qui supposent un paiement en argent : « *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent*, dit cet article, *n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces, avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement* ». C'est donc le créancier qui supporte la perte. Par conséquent, le débiteur, qui avait reçu 100 fr. anciens, se libère valablement en livrant 100 fr. nouveaux (v. Capitant, D. P. 1928, chronique, p. 53 . Toute convention contraire serait nulle, étant, comme le disait Pothier (*du prêt de consomption*, n° 37) « contraire au droit public et à la destination que le Prince a faite de la monnaie ».

Mais s'il en est ainsi pour les contrats d'ordre interne, il en est autrement dans les rapports internationaux, parce que l'ordre public français ne peut pas s'appliquer à ce genre de rapports. En conséquence, la loi du

1. V. Georges Hubrecht, *Stabilisation du franc et valorisation des créances*, Thèse, Paris, 1928.

25 juin 1928 décide que la nouvelle définition du franc ne concerne pas les payements internationaux qui, antérieurement à sa promulgation, avaient pu être valablement stipulés en or. Cela revient à dire que les débiteurs de ces dettes, même s'ils sont français, doivent verser à leurs créanciers en francs nouveaux une somme représentant la valeur or de la créance. (Sur la détermination de ce qu'il faut entendre par payement international, V. D. P. 1928.1.25, conclusions de M. l'avocat général Paul Matter et note de M. Capitant).

Périodes de crise. Cours forcé du billet de banqne. — Dans les périodes de grande crise, le législateur est contraint de donner *cours forcé* aux billets de banque. Cela signifie que la Banque de France est jusqu'à nouvel ordre dispensée de rembourser ses billets en espèces métalliques. Le *cours forcé*, on le voit, est une mesure analogue à un *moratoire*, inspirée par des considérations de salut national (ce ne serait pas assez de parler d'ordre public), en vue surtout de préserver l'encaisse métallique de la Banque de France, soutien principal de notre crédit à l'étranger.

Depuis la Révolution, le cours forcé a été institué chez nous à trois reprises différentes :

1° Après la révolution de 1848, établi par décret du 15 mars 1848, il a duré jusqu'à la loi du 6 août 1850, qui y a mis fin.

2° Lors de la guerre de 1870, il a été rétabli par la loi du 12 avril 1870 et s'est prolongé jusqu'à la fin de 1877.

3° Enfin l'art. 3 de la loi du 5 août 1914 a de nouveau dispensé la Banque de France de rembourser ses billets en numéraire. Cet article a été abrogé par la loi du 25 juin 1928, laquelle a rétabli l'obligation pour la Banque d'assurer, à vue et au porteur, la convertibilité en or de ses billets.

Si le cours forcé se bornait au rôle sus-indiqué de sauvegarde de l'encaisse métallique, il n'entraînerait pas de notable dépréciation de la monnaie nationale. Malheureusement, le cours forcé, d'une manière inévitable, se complique d'*inflation*. L'Etat, acculé à des dépenses gigantesques, est fatalement poussé à se procurer les sommes dont il a besoin en faisant effectuer par la Banque des émissions supplémentaires de billets. Cette pratique est un expédient simple, les billets de banque ayant toujours *légalement*, le pouvoir libératoire correspondant à leur valeur nominale. Mais il est trop clair qu'à partir du moment où le chiffre des billets émis par la Banque de France dépasse la valeur en espèces de l'encaisse et du portefeuille garantissant, pour le jour où le cours forcé prendra fin, le remboursement en numéraire des billets de banque, la valeur réelle de ceux-ci subit une dépréciation qui augmentera à mesure que grandira le nombre de billets émis.

Cette dépréciation se traduit par le fléchissement de notre *change* sur les marchés internationaux. A l'intérieur, elle entraîne fatalement une augmentation toujours croissante du coût de la vie. Elle se traduit aussi par l'incertitude du lendemain dans les entreprises industrielles, agricoles et commerciales.

La clause « or » ou « valeur or ». — C'est le désir de se protéger contre de telles incertitudes qui amène l'insertion dans les contrats, de clauses en vertu desquelles le débiteur s'oblige à s'acquitter, non en

papier, mais en or (clause « or »), ou, plus pratiquement, s'engage à verser au créancier une somme en papier représentant la valeur en monnaie d'or de la prestation convenue (clause « valeur or ». Le résultat de cette stipulation, si elle est valable, est de faire tomber sur le débiteur la perte éventuelle sur le change, qui, autrement, est à la charge du créancier.

La validité de ces clauses a été vivement discutée [1]. Beaucoup d'écrivains, soutenant le point de vue qui est naturellement celui des industriels et des commerçants, décident que la clause « payable en or » ou « valeur or » est parfaitement licite, aucun texte ne l'interdisant. Les lois qui établissent le cours forcé se bornent à dispenser la Banque de France de son obligation de rembourser ses billets en espèces métalliques ; elles n'interdisent pas aux parties de stipuler un paiement en une autre monnaie que les billets de banque.

Cependant la question a été résolue dès 1873 par la Cour de cassation dans le sens de la non-validité de la clause litigieuse (Civ. 11 février 1873, D. P. 73.1.177, note de M. Boistel. S. 73.1.97, note de M. Labbé). La Cour observe que le cours forcé vient ajouter son effet à celui du cours légal, et elle conclut que ces deux mesures conjuguées imposent aux particuliers l'obligation de recevoir comme monnaie légale les billets de la Banque de France pour une valeur équivalente à celle des espèces métalliques. Ces dispositions, d'autre part, édictées en vue de conjurer une crise imminente, sont d'ordre public, et il n'est pas permis en conséquence d'y déroger. Toute clause aboutissant à éluder cette obligation est nulle et non avenue.

La jurisprudence actuelle s'est conformée à cette solution V. not. Paris, 22 février 1924, D. P. 1924.2.17 ; 13 avril 1926, D. P. 1926.2.105), que la Cour de Cassation a d'ailleurs expressément maintenue (Civ., 17 mai 1927, D. P. 1928.1.25, conclusions de M. l'Avocat général Paul Matter, note de M. Capitant, S. 1927.1.289, note de M. Esmein) [2].

Quant aux clauses que la jurisprudence considère comme interdites, à partir de l'établissement du cours forcé, ce sont celles qui stipulent que le paiement devra se faire en une monnaie autre que le billet de banque, par exemple en une monnaie étrangère équivalente à l'or, et même la stipulation de paiement en coupons de l'emprunt français de 1925 émis avec garantie de change (Paris, 26 décembre 1926, D. H. 1926.106 ; Civ. 17 mai 1927, précité).

1. La littérature spéciale suscitée par ce problème est d'une telle richesse, qu'il faut se borner à des indications forcément très incomplètes On consultera Capitant, *Des succédanés de la clause « payable en or »* (deux articles), dans D. H. 1926. Chronique, p. 1 et 17, et notes D. P. 1926. 2. 57, 1928 1 25 ; notes de MM. Lyon-Caen. S. 1920.1.193; Dupuich, D. P, 1920. 1. 137 ; Mestre, S, 1923. 2. 21 . Lalou, D. P. 1924. 2. 17 et 97 ; 1926. 2. 95 ; Savatier, D. P. 1926. 2. 105 ; les articles de MM. Perroud, *Clunet*, 1924. p. 639 ; Hugueney. *Lois nouvelles*, 1926, p, 206 ; Barrault. *Recueil de droit commercial (jurisclasseurs)*. 1926, p. 72. V. aussi André Mater, *Traité juridique de la monnaie et du change*, les thèses de doctorat de MM. Bequignon, Emile James, Pierre Martin, Schkaff, Paris, 1925, et surtout Geny, *La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, Revue trim de droit civil, 1926, et Nogaro, précité.

2. Le cours force du billet de banque, étant une mesure d'ordre public interne, ne peut s'appliquer aux rapports internationaux. Il en résulte que les clauses de paiement en or ou en valeur-or sont valables quand elles figurent dans des contrats internationaux. (V. *supra* p. 81 *ter*).

En revanche, la jurisprudence se prononce aujourd'hui (Req. 18 février 1929, Gaz. Pal. 1929.1.403; 1er août 1929. Gaz. Pal. 1929.2.617; *contra*, Rouen, 16 novembre 1926, D. P. 1926.2,57, note de M. Capitant) pour la validité des clauses, spécialement usitées dans les baux, par lesquelles le débiteur s'engage à s'acquitter en denrées ou en une somme représentant la valeur d'une certaine quantité de denrées suivant leur cours au jour de l'échéance, ou de celles qui fixent le montant de la dette d'après les indices des prix publiés par la Statistique de la France. Toutefois, les arrêts n'admettent la validité de ces clauses que si elles ont eu pour but, non de tourner la loi sur le cours forcé, mais simplement de prémunir les parties contre l'instabilité des circonstances économiques (V. Aix, 10 février 1927, D. H. 1927.246; Douai, 6 mai 1928, Gaz. Pal. 1928.2.174; Capitant, note D. P. 1928.1.25).

Effet de la clause illicite sur le contrat. — Pour déterminer quel est l'effet de la clause sur le contrat qui la contient, il faut s'inspirer de la volonté des contractants. Ceux-ci ont-ils manifesté d'une façon non douteuse leur intention de faire dépendre l'existence du contrat de l'exécution de la clause, il faut appliquer l'article 1172, C. civ., aux termes duquel la condition illicite rend nulle la convention *qui en dépend*. Ces derniers mots prouvent, en effet, que la condition n'emporte nullité de contrat que si elle est un élément essentiel à la validité du contrat lui-même. Si, au contraire, la clause n'a pas été considérée par les parties comme une condition d'où devait dépendre le sort du contrat, elle sera seule annulée et le contrat subsistera. D'autre part, il convient d'appliquer l'article 1184, C. civ. et de prononcer la résolution du contrat, lorsque le créancier a stipulé expressément que le contrat serait résilié si le débiteur se refusait à exécuter la clause (Cons. sur cette question, Rouen 16 novembre 1922, précité, Pau, 20 juillet 1926, Gaz. Pal. 1926.2.436; Agen, 31 janvier 1927, Gaz. Pal. 1927.1.473, voir aussi Capitant, D. H. Chronique, 1927, p. 1).

II. — Imputation des paiements (art. 1253 à 1256).

Il y a lieu à application des dispositions écrites dans ces articles, lorsque le débiteur est tenu envers son créancier de plusieurs dettes ayant toutes pour objet des choses de même nature, en particulier de l'argent, et qu'il verse une somme qui ne suffit pas à les acquitter toutes. Il s'agit alors de déterminer quelles sont les dettes qui seront éteintes les premières. La question se pose quand quelques-unes seules portent intérêt, ou quand le taux de l'intérêt n'est pas le même pour toutes.

L'imputation est faite tantôt par le *débiteur*, tantôt par le *créancier*, tantôt par la *loi*.

1° *Par le débiteur.* — Le débiteur a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend payer de préférence (art. 1253, C. civ. V. Civ. 14 nov. 1922, D. P. 1925. I. 145, note de M. Josserand).

Cependant ce droit subit quelques restrictions :

A. — Le débiteur ne peut pas imputer le paiement sur une dette dont le montant est supérieur à la somme versée. Autrement, en effet, son imputation reviendrait à imposer au créancier un paiement partiel.

B. — Lorsque l'intention expresse ou tacite des deux parties au moment

du contrat a été que telle dette serait payée avant telle autre, le débiteur est obligé de se conformer à l'ordre convenu. Il en serait ainsi dans le cas de deux dettes, l'une chirographaire, l'autre hypothécaire, si les parties avaient, en contractant, manifesté leur volonté que la dette hypothécaire disparût la dernière.

C. — Enfin, le droit d'imputation laissé au débiteur ne doit jamais préjudicier aux droits du créancier. Ainsi, le débiteur ne pourrait pas imputer son versement sur une dette *non encore échue*, si le terme avait été stipulé en faveur du créancier (Voir une autre application dans Req., 8 juin 1901, S. 1904.1.185, note de M. Bonnecarrère).

2° *Par le créancier*. Si le débiteur n'use pas de son droit, c'est le créancier qui peut indiquer dans la quittance la dette à laquelle s'applique le paiement, et le débiteur qui a accepté cette quittance « ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier » (art. 1255).

3° *Par la loi*. Lorsque le débiteur n'a manifesté aucune préférence et que la quittance ne porte aucune imputation, « le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues », par exemple, sur la dette hypothécaire de préférence à la dette chirographaire, celle-là étant réputée plus onéreuse que celle-ci, parce que l'hypothèque porte atteinte au crédit du débiteur.

Que si toutes les dettes du débiteur ne sont pas pareillement échues, le paiement s'impute sur la dette échue, « quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point » (art. 1256, 1er al.).

« Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement » (art. 1256, 2e al.).

Enfin, lorsque le débiteur est autorisé à s'acquitter par fractions d'une dette portant intérêt, il « ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux intérêts ». Le paiement doit toujours s'imputer sur les intérêts et, pour le surplus seulement, sur le capital (art. 1254).

III. — Offres de paiement et consignation (art. 1257-1264, Cf. art. 812 et suiv., C. proc. civ.).

Il arrive parfois que le créancier refuse de recevoir le paiement que lui offre le débiteur, en soutenant que ce paiement n'est pas conforme aux termes de l'obligation. Or, le débiteur peut avoir un sérieux avantage à se libérer malgré le refus du créancier, sans attendre la solution du conflit qui les divise, soit parce que sa dette produit des intérêts, dont il voudrait arrêter le cours, soit parce qu'il est débiteur d'un corps certain et qu'il est tenu de veiller à sa conservation, soit parce qu'il doit des choses de genre et qu'il craint de voir dépérir celles qu'il destine au paiement, soit enfin parce qu'il veut dégrever un immeuble hypothéqué ou libérer une caution.

La loi met donc à la disposition du débiteur, pour forcer la résistance du

créancier ou plutôt pour en faire retomber sur lui les inconvénients, une procédure spéciale qui comprend deux phases : 1° les *offres réelles* ; 2° la *consignation* de l'objet dû.

1° *Offres réelles.* — Le débiteur, capable ou dûment habilité, fait au créancier ayant capacité de recevoir, ou à celui qui a le pouvoir de recevoir pour lui, offre de lui payer, au jour fixé, la totalité de sa dette, capital, intérêts et frais. Ces offres sont faites par l'intermédiaire d'un officier public, ayant qualité pour ces sortes d'actes (huissier ou notaire) et porteur des deniers dus. Les offres sont signifiées au lieu convenu pour le paiement, ou, à défaut, à la personne du créancier, à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention (art. 1258).

2° *Consignation.* — Si le créancier accepte les offres, l'officier ministériel paie entre ses mains la somme offerte et lui en demande quittance. Si, au contraire, il refuse, le débiteur lui signifie une sommation dans laquelle il lui indique le jour, l'heure et le lieu où la chose sera consignée (art. 1259) : puis, au jour dit, il consigne, c'est-à-dire dépose la somme à la *Caisse des dépôts et consignations* à Paris, ou, dans les départements, chez le trésorier-payeur général, ou le receveur particulier des finances.

Quels sont les *effets* des offres suivies de consignation ? Il y a lieu de distinguer ici deux hypothèses :

1° On peut supposer d'abord que le créancier, à la suite de la procédure, abdique ses prétentions et reçoive le paiement offert. Alors, la seule question qui se pose est celle de savoir à quel moment précis le débiteur a été libéré. Ce n'est certainement pas au moment où le créancier a touché, car alors à quoi auraient servi les offres et la consignation ? Est-ce au moment des offres ? La formule de l'article 1257, 2e alinéa (« les offres suivies de consignation libèrent le débiteur »), pourrait le faire croire. Mais elle se trouve rectifiée par l'article 1259, 2°, qui nous dit que les intérêts sont dus jusqu'au jour *du dépôt.* C'est donc seulement ce jour qui marque la libération du débiteur. Ajoutons que, néanmoins, le créancier ne devient pas propriétaire des objets consignés dès la consignation. Ces objets demeurent la propriété du débiteur. Aussi, la loi lui permet-elle de retirer ces objets, tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier ou déclarée bonne et valable par un jugement passé en force de chose jugée (art. 1261). Le retrait de la consignation fait revivre la dette, non seulement à l'égard du débiteur mais encore à l'encontre de ses co-débiteurs ou de ses cautions.

2° On peut supposer, au contraire, que le créancier persiste dans sa résistance, et refuse de se considérer comme payé à la suite de la consignation. Alors, le débiteur doit faire prononcer en justice la *validité de ses offres* (art. 815 et s. C. proc. civ.). Une fois le jugement déclarant les offres valables passé en force de chose jugée, la dette est payée (art. 1262). Jusque-là, il n'y a rien de définitif. Si le débiteur avait voulu retirer la chose offerte, il en aurait eu le droit (art. 1261). Pourtant, la consignation, dès le moment où elle a été faite, tient déjà lieu de paiement à trois points de vue :

A. — Elle met le débiteur à l'abri des poursuites du créancier ;

B. — Elle arrête le cours des intérêts ;

C. — S'il s'agit d'un corps certain, elle met la chose aux risques du créancier.

On remarquera l'imperfection de notre loi en toute cette matière. Le procédé qu'elle organise pour vaincre la résistance du créancier aboutit à aggraver l'obligation du débiteur, puisque, normalement, celui-ci n'aurait qu'à attendre à son propre domicile (art. 1247) que le créancier vînt s'y faire payer. Lorsqu'il y a résistance du créancier, il faut que le débiteur se dérange ; il ne se mettra à l'abri des conséquences fâcheuses de la résistance du créancier qu'après toute une procédure.

Le Code civil allemand, au contraire, attache un effet libératoire à une simple sommation ou mise en demeure de recevoir, adressée au créancier par le débiteur, laquelle sommation peut même être verbale (art. 293 à 304). La résistance du créancier peut de plus donner lieu à des dommages-intérêts. Cette transposition de la théorie de la mise en demeure à l'hypothèse du refus d'acceptation de paiement est parfaitement logique. Une fois l'échéance arrivée, le débiteur qui se trouve en mesure de payer, a droit à sa libération, que le créancier doit lui procurer en acceptant le paiement, sans pouvoir *prolonger* la situation du débiteur, ce qui serait lui imposer plus qu'il ne doit.

En Droit français, il s'en faut que cette conception équitable ait été réalisée. Il est très douteux qu'un débiteur obligé de recourir à des offres suivies de consignation puisse réclamer des dommages-intérêts au créancier avec quelque chance de succès. Le Code se contente de décider (art. 1260) que « les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables ».

Simplification des règles ci-dessus en certains cas. — Il y a des hypothèses assez nombreuses où les règles ci-dessus sont simplifiées :

1° Lorsque la chose due est un *corps certain*, livrable au lieu où il se trouve, « il suffit que le débiteur fasse sommation au créancier de l'enlever, et ensuite demande à la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu » (art. 1264). Que si le corps certain doit être livré dans un autre lieu déterminé par le contrat, le débiteur devra, avant la sommation d'enlever, faire transporter l'objet au lieu désigné pour la livraison.

2° Lorsqu'il s'agit du paiement d'*effets négociables ou payables au porteur*, la loi du 6 thermidor an III dispense le débiteur de toute offre réelle. Elle dispose que, si le créancier ne se présente pas dans les trois jours de l'échéance, le débiteur se libère en recourant aussitôt à la consignation qui se fait entre les mains du receveur de l'Enregistrement.

3° De même, le débiteur est autorisé à recourir immédiatement à la consignation, lorsque le paiement s'adresse à un créancier *incapable de recevoir*, par exemple, parce que sa créance a été frappée d'opposition.

Pareille solution est admise au profit de l'héritier en cas de legs dû à un établissement public ou d'utilité publique qui n'a pas encore reçu l'autorisation gouvernementale requise pour l'acceptation du legs (art. 910, C. civ.).

Cette solution est ici d'autant plus nécessaire qu'en vertu de la loi du 4 février 1901, art. 8, lorsqu'un établissement est institué légataire, son administrateur peut, en attendant l'autorisation administrative, faire une acceptation provisoire, lui permettant de former, dès maintenant, une demande en délivrance, qui fera courir les intérêts de la somme léguée au détriment de l'héritier (Civ., 5 mars 1900, D. P. 1900.1.409; note de M. Ambroise Colin; S. 1900.1.213).

IV. — Des oppositions à paiement et de la saisie-arrêt.

L'opposition à paiement est un acte par lequel une personne, en général un créancier du créancier, fait défense au débiteur de se libérer hors de sa présence et sans son consentement.

C'est un moyen de défense que la loi met à la disposition d'une personne dans les trois hypothèses suivantes :

Premier cas. — La première hypothèse d'opposition est celle que la loi organise au profit des *créanciers d'un défunt dont la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire* (art. 808, 809, C. civ.) Si l'on suppose, en effet, une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers héréditaires ont pour gage exclusif les biens de la succession ; ils ne peuvent pas se faire payer sur les biens de l'héritier. Ce dernier est chargé par la loi de liquider les biens héréditaires et d'en répartir le prix entre les créanciers. Or, comme il n'y a pas de procédure collective de liquidation des biens des débiteurs dans notre Droit civil, l'héritier est libre de payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent, et les retardataires n'ont rien à réclamer (art. 808, 2e al., 809). C'est pourquoi la loi donne aux créanciers un moyen d'éviter cette répartition peu équitable de l'actif. Ce moyen est de faire une opposition entre les mains de l'héritier ; celui-ci est alors obligé de payer *dans l'ordre et de la manière réglée par le juge* (art. 808, 1er al.), c'est-à-dire qu'il devra répartir l'actif entre tous les créanciers opposants, proportionnellement au montant de leurs créances.

Second cas. — Lorsque des *titres au porteur ont été perdus ou volés*, la loi du 15 juin 1872 permet au propriétaire de faire une opposition entre les mains de l'établissement débiteur, pour empêcher que ce dernier ne paye les coupons, ou ne rembourse le capital entre les mains du porteur du titre (V. notre t. I, p. 927).

Troisième cas. — D'une manière générale enfin, *le créancier du créancier* peut faire *saisie-arrêt ou opposition* au paiement entre les mains du débiteur.

Cette faculté, dont nous allons maintenant nous occuper en laissant de côté les autres variétés d'opposition, n'est au fond qu'une application des articles 2092 et 1166. Le créancier met la main sur un élément de son gage général, à savoir la créance appartenant à son débiteur contre un tiers ; de plus, il exerce le droit de son débiteur contre le débiteur de ce dernier, en vue de se faire payer. La saisie-arrêt ou opposition met donc en jeu trois personnes qui sont le *créancier saisissant*, le *débiteur saisi*, c'est-à-

dire le créancier de la créance objet d'opposition, enfin le *tiers saisi*, c'est-à-dire le débiteur qui reçoit la défense de se libérer entre les mains du saisi.

La procédure se décompose en deux phases. Dans la première, la *phase conservatoire*, le saisissant fait défense au tiers saisi de *vider ses mains* entre celles du saisi. Dans la seconde, la *phase d'exécution*, le saisissant obtient un jugement dit de *validité de saisie*, en vertu duquel le tiers saisi devra verser ce qu'il doit entre ses mains, à lui saisissant, jusqu'à concurrence de sa propre créance, moyennant quoi il se libérera d'autant envers le saisi.

Nous n'avons pas à traiter de cette procédure, malheureusement trop longue. Qu'il nous suffise de dire que cette voie de réalisation, intermédiaire entre les mesures conservatoires et les voies d'exécution, offre cette particularité de ne pas requérir, au début du moins, de *titre exécutoire* chez le créancier (art. 557, 558, C. Proc. civ.). Si le créancier n'en est pas muni, il lui suffit d'un simple *permis* délivré par le président du tribunal pour pratiquer la saisie. Il ne sera pas même nécessaire que la créance du saisissant soit *liquide*. Si elle ne l'est pas, le président en fera une évaluation provisoire (art. 559).

Quels sont les effets de la saisie-arrêt? — A cet égard, notre loi s'est modifiée. Le système du Code civil et du Code de procédure n'était pas le même que celui de l'ancien Droit. Et il a été grandement transformé par la loi du 17 juillet 1907. Distinguons entre les effets de l'*opposition* proprement dite et ceux du jugement de *validité*.

1° *Effets du jugement de validité de saisie.* — Tandis que la Doctrine ne voit en général dans ce jugement qu'une simple *indication de paiement*, la Jurisprudence lui fait produire *un effet translatif*. Donc, d'après cette dernière, à partir du moment où est intervenu ce jugement, la créance saisie-arrêtée devient le gage exclusif du saisissant ou des saisissants. De nouvelles saisies-arrêts ne pourront plus se produire utilement de la part d'autres créanciers (Req., 9 mars 1908, S. 1910.1.33).

2° *Effets de l'opposition.* — Bien avant d'arriver à cette terminaison de la procédure qu'est le jugement de validité, l'opposition proprement dite avait produit des conséquences importantes. Lesquelles au juste? On peut les résumer en disant que l'*opposition n'exproprie pas le saisi de sa créance, mais la rend indisponible entre ses mains*. D'où les conséquences ci-après:

A. — Le tiers saisi ne peut plus désormais faire au saisi un paiement opposable au créancier saisissant. S'il payait, il *paierait mal*, c'est-à-dire que le saisissant pourrait, après avoir fait prononcer le jugement de validité de sa saisie-arrêt, le contraindre à s'acquitter une seconde fois entre ses mains. C'est ce que nous dit l'article 1242, en ajoutant que le tiers saisi aurait, il est vrai, en ce cas, un recours contre le saisi, pour récupérer la somme qu'il aurait été contraint de verser une deuxième fois. Mais on aperçoit sans peine qu'en fait ce recours serait le plus souvent illusoire.

Ce premier et principal effet de l'opposition peut avoir bien des inconvénients. Signalons les trois hypothèses suivantes :

a) Le tiers saisi a un intérêt légitime et pressant à se libérer le plus vite possible. Par exemple, sa dette est productive d'intérêts. Sera-t-il contraint de les subir, tant que durera la procédure nécessaire pour que le saisissant obtienne le jugement de validité, qui lui permettra enfin de se libérer valablement entre ses mains ? Non. Le tiers saisi évitera ce préjudice en recourant à la consignation. Et on a vu qu'ici la consignation n'a pas besoin d'être précédée d'offres réelles (Civ., 9 mars 1910, D. P. 1911.1.34, S. 1911.1.433, note de M. Tissier).

b) Le tiers saisi est peut-être un débiteur qui n'est pas en mesure de payer et qui, pour gagner du temps, a suscité de la part d'un prétendu créancier de son créancier une *saisie-opposition de complaisance*. Pour déjouer cette fraude, le saisi a le droit d'exiger la consignation du montant de sa dette par le tiers saisi (Req., 26 novembre 1907, D. P. 1908.1.508, S. 1910.1.300).

c) Enfin, l'opposition, différant le moment du paiement, peut faire craindre au saisissant que, dans l'intervalle, le tiers saisi ne devienne insolvable. Ici encore on parera au danger redouté par une nouvelle application de la consignation qui sera, cette fois, requise par le saisissant.

B. — Le second effet de l'opposition, c'est que le tiers saisi qui est devenu incapable de payer valablement le saisi, n'a pas non plus le pouvoir de soustraire sa dette à la mainmise du saisissant par un procédé équivalent à un paiement, par exemple, par une remise de dette ou une novation.

C. — Le tiers saisi ne peut pas davantage opposer au saisissant *en compensation* une créance qu'il acquerrait ultérieurement contre le saisi (art. 1298) ; compenser, c'est payer et être payé.

D. — La dette frappée d'opposition ne peut pas s'éteindre par la prescription. L'opposition en effet interrompt la prescription de la créance saisie-arrêtée (art. 2244).

Mais ces divers effets, qui se rattachent à l'idée de l'*indisponibilité* de la créance saisie-arrêtée, sont les seuls que produise l'opposition. Elle ne confère donc pas au créancier saisissant un droit privatif sur la créance saisie-arrêtée. L'ancien Droit, au contraire, accordait un privilège au premier saisissant (art. 178, coutume de Paris). *Ce privilège a été supprimé par le Droit moderne*, sous l'empire sans doute de cette considération qu'il constituait une prime, un encouragement à la rigueur des poursuites. Dès lors, tous les créanciers du saisi, autres que le saisissant, peuvent, en pratiquant à leur tour et de leur côté une saisie-arrêt, venir concourir avec lui, au marc le franc, sur le montant de la créance saisie-arrêtée. Bien plus, si le saisi contracte, dans l'intervalle compris entre l'opposition et le jugement de validité, de nouvelles obligations, ses nouveaux créanciers auront le droit de poursuivre leur dû sur le montant de la créance déjà frappée d'opposition ! Il y a là une conséquence logique de l'idée de l'égalité qui doit être maintenue entre les créanciers chirographaires. Mais elle paraît faire échec en une certaine mesure à la règle de l'*indisponibilité* créée par la saisie-arrêt. Et en effet, par l'augmentation de son passif recouvrable sur

sa créance saisie-arrêtée, le débiteur ne *dispose-t-il pas* indirectement de cette créance ?

L'indisponibilité créée par l'opposition est-elle absolue ou relative ? — Sur ce problème auquel donne lieu la suppression du privilège du premier saisissant, il y a eu de vives et obscures controverses et des hésitations dans la Jurisprudence, jusqu'à la loi précitée du 17 juillet 1907, qui est revenue dans une certaine mesure aux conceptions de l'ancien Droit en cette matière.

Supposons que je doive à Pierre 1.500 francs. Son créancier *Primus* forme saisie-opposition entre mes mains pour une créance de 1.000 francs. Pourrai-je payer valablement à Pierre l'excédent de ma dette, soit 500 francs ? Pourquoi non ? Il est vrai que l'article 1242 déclare inopérant, sans distinguer, tout paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt. Mais, d'autre part, l'article 559 du Code de procédure exige que l'exploit d'opposition indique *la somme* pour laquelle la saisie est pratiquée, ou *l'évaluation provisoire qui en sera faite par le juge*. A quoi bon cette mention si elle ne sert pas à restreindre l'indisponibilité de la créance saisie-arrêtée jusqu'à concurrence des causes de l'opposition ?

Pourtant, voici une objection : Pierre a reçu de moi 500 francs. Surgit *Secundus*, autre créancier de Pierre pour 1.000 francs, qui, lui aussi, pratique entre mes mains une saisie-arrêt pour pareille somme. Sur les 1.000 francs de ma dette qui restent entre mes mains, étant donné que Primus n'a, par sa précédente opposition, acquis aucun privilège, *Primus* et *Secundus* vont coucourir. Ils toucheront chacun 50 °/₀ de leur dû. *Primus* ne pourra-t-il pas se retourner contre moi et me dire : « Vous avez agi imprudemment en diminuant, par un paiement partiel, une somme qui devait être réservée à la masse créancière de votre créancier. Si vous n'aviez pas payé à Pierre 500 francs, la somme à distribuer entre Secundus et moi eût été de 1.500 francs. J'aurais touché 750 francs ; par votre faute je n'ai touché que 500 francs. C'est 250 francs que vous me devez. » Il s'est trouvé jadis des arrêts pour admettre ce raisonnement cependant assez contestable, car sans faute il n'y a pas de responsabilité ; or, quelle faute commet celui qui paye ce qu'il doit et ce qui n'est pas saisi-arrêté entre ses mains ? (Civ., 15 juin 1898, D. P. 1900.1.45, S. 99.1.401, note de M. Tissier).

Donc, d'après cette jurisprudence, l'indisponibilité créée par une saisie-arrêt était absolue, totale. D'où cet inconvénient majeur qu'une créance minime et que contestait le débiteur, pouvait immobiliser des rentrées considérables sur lesquelles celui-ci se croyait le droit de compter.

La pratique avait remédié à cet inconvénient en imaginant un procédé qui était celui de l'*affectation spéciale*. Son origine remonte aux nombreuses saisies-arrêts effectuées sur les indemnités allouées aux anciens émigrés par la loi du 27 avril 1825, sur le *milliard des émigrés*. Pour éviter l'effet de ces saisies-arrêts, les parties prenantes consentaient souvent au saisissant un *transport* de leur créance d'indemnité, jusqu'à concurrence du montant de la créance qui serait ensuite reconnue exister à son profit par le jugement

à intervenir sur l'instance en validité. On s'adressait au juge des référés pour arbitrer cette somme, en tenant compte de « toutes les éventualités de la créance litigieuse ». Le chiffre fixé par le juge était déduit du paiement à effectuer par le tiers saisi, en l'espèce par l'Etat, et laissé entre ses mains ou consigné pour le compte du saisissant. Et les autres créanciers ne pouvaient pas plus y prétendre, qu'ils n'auraient pu exercer de saisie-arrêt sur une créance de leur débiteur que celui-ci eût valablement cédée à un acquéreur.

Le système inauguré par ce *contrat d'affectation* fut ensuite utilisé dans le ressort du tribunal de la Seine, grâce surtout à l'initiative du président Debelleyme, pour les saisies-arrêts pratiquées, sans titre exécutoire, en vertu d'un *ordre* du président. Celui-ci, en rendant son ordonnance, *sous-entendait* un contrat d'affectation, par lequel le saisissant était censé permettre au tiers saisi de payer le surplus de son dû entre les mains du saisi, moyennant que ce dernier lui consentît un transport de sa créance jusqu'à concurrence d'une somme suffisante pour le désintéresser. En conséquence, le président décidait, en son ordonnance, que le tiers saisi, lorsqu'il paierait, consignerait une somme par lui évaluée à la Caisse des dépôts et consignations, « avec affectation spéciale et délégation expresse à la créance du saisissant ». Et il ajoutait qu'en cas de difficulté il lui en serait référé.

Ces procédés si pratiques ne laissaient pas cependant de susciter de graves objections. On pouvait se demander notamment si le président n'outrepassait point ses pouvoirs, en devançant en quelque sorte le jugement de validité de la saisie-arrêt. L'affectation spéciale n'aboutissait-elle pas, contrairement à la volonté du législateur, à la création d'un véritable privilège au profit du premier saisissant ? Enfin, que décider si le saisissant ne consentait pas à l'opération ? Pouvait-on se passer de son assentiment ? (V. note de M. Tissier, S. 98.2.73).

La loi du 17 juillet 1907. — Ce sont ces pratiques qui ont inspiré la loi du 17 juillet 1907 incorporée dans l'article 567 du Code de procédure. Cette nouvelle disposition donne au saisi le droit de se pourvoir en référé, afin d'obtenir l'autorisation de toucher du tiers saisi, nonobstant l'opposition, le montant de sa créance, à la condition de consigner une somme suffisante pour répondre éventuellement des causes de la saisie-arrêt, dans le cas où il se reconnaîtrait ou serait jugé débiteur. Comme contrepartie, la somme consignée est affectée spécialement, et à titre de *privilège*, à la garantie des créances pour sûreté desquelles la saisie arrêt a été opérée.

On le voit, la mauvaise volonté du saisissant ne peut plus mettre obstacle à l'affectation spéciale qui, en lui assurant un droit exclusif sur la somme consignée, libère pour le surplus la créance du saisi. Seulement, on remarquera que, si l'affectation ne dépend plus du bon vouloir du saisissant, elle dépend de celui du saisi. Qu'on suppose celui-ci indifférent aux suites de la saisie-arrêt, préoccupé peut-être de nuire à celui de ses créanciers qui en a pris l'initiative, ou désireux de faire de nouvelles dettes. Il se gardera de se pourvoir devant le juge des référés, et le saisissant restera exposé au concours des autres créanciers. Peut-être eût-il été plus simple et plus logique de rétablir purement et simplement le privilège du premier saisissant.

V. — Cession de biens (art. 1265-1270).

Voici en quoi consiste cette nouvelle variété de paiement ou plutôt de règlement, à laquelle nous avons déjà fait allusion en traitant de la *contrainte par corps*. Quand un débiteur est hors d'état de payer ses dettes, la loi lui permet de faire *abandon de ses biens* à ses créanciers, à la suite d'un arrangement intervenu avec eux. Les conditions de cet arrangement sont d'ailleurs déterminées librement par les parties. En fait, cet abandon est loin d'être sans exemple dans la pratique, mais il n'y tient pas la place que certains auteurs lui souhaiteraient, comme au mode d'arrangement le plus heureux et le plus sûr pour donner satisfaction aux créanciers, tout en épargnant au débiteur la flétrissure d'une saisie ou d'une faillite (V. note de M. Wahl sous Civ., 25 mars 1903, S. 1906.1.321, D. P. 1904.1.273, note de M. Guénée ; Req., 11 mai 1908, D. P. 1908.1.328, S. 1909.1.497). Cette faillite de l'institution de la cession de biens tient sans doute à ce qu'elle impose aux créanciers le souci d'administrer le patrimoine du débiteur, souci qui se double même, à l'occasion, de certaines responsabilités.

Voici en effet quelles sont les conséquences de la cession de biens. Elle n'enlève pas au débiteur la propriété de ses biens, mais elle en emporte *dessaisissement*. Cela veut dire que le débiteur ne peut plus faire aucun acte de propriétaire ; il ne peut plus ni administrer, ni constituer de droits réels, ni aliéner. En outre, par la cession de biens, les créanciers sont mis en possession des biens, ils en perçoivent les revenus et sont autorisés à les vendre pour se payer sur le prix.

Il résulte de là que, si les biens se vendaient à un prix suffisant pour désintéresser complètement les créanciers et qu'il y eût un reliquat, celui-ci appartiendrait au débiteur. De même, si le débiteur, après avoir fait la cession de ses biens, trouvait le moyen de payer ses créanciers, il rentrait immédiatement dans tous ses droits.

Au surplus, il dépend des parties d'attacher à leur convention des effets plus radicaux, et notamment de décider que la propriété des biens cédés est transmise aux créanciers.

Nous avons jusqu'ici supposé un arrangement amiable entre débiteur et créancier. Mais la cession de biens peut être prononcée par *la justice* au profit du débiteur malheureux et de bonne foi, lorsque celui-ci ne peut pas s'entendre avec ses créanciers. Cette variété de cession avait grand intérêt avant la loi de 1867 abolitive de la contrainte par corps en matière civile, car, en y recourant, le débiteur échappait à l'emprisonnement (art. 1268, 1270, 2e al.). Mais, depuis la loi de 1867, la cession de biens prononcée par justice n'a presque plus d'application.

§ 2. — Du paiement avec subrogation.

Notions générales. Avantages de la subrogation. — Le paiement avec subrogation est une institution qui joue un rôle considérable dans la pratique. Il diffère du paiement ordinaire en ce que, au lieu d'éteindre la

dette, il ne fait que changer la personne du créancier. Le débiteur est bien libéré envers son créancier, mais il devient débiteur de celui qui a payé la dette pour lui.

Il arrive souvent, en effet, que le créancier est payé par un autre que son débiteur. Par exemple, il y a plusieurs débiteurs, et l'un d'eux paye seul toute la dette ; ou bien c'est une caution ; ou encore un tiers qui n'était nullement obligé. Celui qui paye ainsi la dette d'autrui se réserve naturellement, à moins qu'il n'agisse *animo donandi*, le droit de se faire rembourser par le débiteur. Et pour garantir son remboursement il veut être *subrogé dans les droits du créancier*, c'est-à-dire devenir titulaire de la créance qu'il vient de payer.

Or, cette subrogation peut se réaliser de deux façons différentes :

Tout d'abord, elle peut être la conséquence d'un accord de volontés intervenu soit entre le créancier et le *solvens*, soit entre le débiteur et le *solvens*. Il y a alors *subrogation conventionnelle*.

En second lieu, dans certains cas, qui sont les plus intéressants et les plus fréquents, c'est *la loi* elle-même qui, de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une convention, accorde au *solvens* le bénéfice de la subrogation dans les droits du créancier. Il y a alors *subrogation légale*.

Il est aisé de voir quel est l'avantage que présente la subrogation pour le *solvens*. Sans doute celui-ci, du moment qu'il ne veut pas faire une libéralité au débiteur qu'il libère par son intervention, a contre lui une action personnelle pour se faire rembourser. Cette action peut varier suivant le caractère de l'opération et les circonstances dans lesquelles elle intervient. C'est l'action de *mandat*, si le tiers a payé le créancier sur la demande du débiteur. C'est l'action née du *prêt*, s'il a remis au débiteur les fonds nécessaires pour acquitter sa dette. C'est l'action de *gestion d'affaires*, quand il a agi pour rendre service au débiteur et sans en être prié. Enfin, dans toutes les autres hypothèses, c'est l'action *de in rem verso*, car le paiement fait au créancier profite au débiteur en le libérant.

Mais cette action personnelle, quel qu'en soit le caractère, *n'est accompagnée d'aucune garantie*, et le *solvens* peut craindre l'insolvabilité du débiteur. C'est pourquoi il a intérêt à être subrogé dans les droits du créancier, à cause des avantages qui peuvent être attachés à sa créance.

Le principal de ces avantages est celui qui résulte d'une garantie réelle ou personnelle, c'est-à-dire de l'existence d'un *privilège ou d'une hypothèque* sur les biens du débiteur, ou d'une *caution*. Mais à côté de cet avantage ou à son défaut, il peut en exister d'autres. Si, par exemple, le créancier est un vendeur, le *solvens* subrogé dans ses droits aura non seulement un privilège sur le bien vendu, mais encore l'*action en résolution* de la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654, C. civ.). Ou bien, la créance peut être *commerciale* ; en ce cas, le subrogé aura le droit, comme l'eût eu le créancier primitif, de poursuivre le débiteur récalcitrant devant le tribunal de commerce, ce qui est plus expéditif que d'agir devant le tribunal civil. On peut encore supposer que la créance est munie *d'un titre exécutoire* permettant au créancier, et dès lors au subrogé, de saisir *de*

plano les biens du débiteur, sans intenter une action en justice. Enfin, la créance peut produire *des intérêts* à un taux avantageux ; ces intérêts seront dus au subrogé.

D'ailleurs, il va de soi que le *solvens*, subrogé dans les droits du créancier qu'il a désintéressé, ne perdra pas pour cela l'action personnelle qui lui appartient à l'encontre du débiteur. Il y a telle hypothèse où il aura intérêt à se prévaloir de cette action plutôt que de celle à laquelle il a été subrogé. Par exemple, l'article 2001 accorde au mandataire et, par assimilation, au gérant d'affaires, un droit à l'intérêt légal des sommes qu'il a avancées pour le mandant ou le géré, à partir du versement. Il se peut que cet intérêt légal soit supérieur à l'intérêt conventionnel produit par la créance primitive, ce qui, toutes choses égales d'ailleurs, devra inciter le subrogé à s'en tenir à son recours de mandataire ou de *negotiorum gestor*. Ou bien encore, la créance primitive est de nature à se prescrire par un court délai. Ce délai expiré, il restera au subrogé son action personnelle contre le débiteur.

Analyse juridique du paiement avec subrogation. — Logiquement il est assez difficile d'expliquer cette opération. Le paiement éteint la créance primitive ; comment donc peut-elle revivre au profit du *solvens* ? L'antinomie apparaît d'une façon évidente dans le cas où le subrogé a prêté de l'argent au débiteur, et où c'est ce dernier qui a payé son créancier avec les deniers empruntés. Comment comprendre qu'après ce paiement, la créance qu'il s'agissait d'éteindre, et qu'on a éteinte puisqu'on l'a payée, subsiste en faveur du prêteur ?

Certains auteurs ont cru résoudre la difficulté en imaginant la distinction que voici : la créance, ont-ils dit, est éteinte, mais ses accessoires subsistent, et viennent se greffer sur la créance personnelle du tiers. Mais cette analyse est inexacte : ce ne sont pas seulement les accessoires, c'est, nous venons de le voir, la créance elle-même avec ses caractères propres, avec tous ses avantages qui passe au subrogé. L'article 1250, 1^er^ alinéa, dit d'ailleurs expressément que le créancier subroge le *solvens* dans *ses droits*, *actions*, privilèges ou hypothèques contre le débiteur (dans *tous ses droits*, *toutes ses actions*). Aussi a-t-on abandonné cette analyse qui, sous prétexte de l'expliquer, dénature l'opération. On se contente donc aujourd'hui de dire, comme le faisait déjà Pothier (*Cout. d'Orléans*, *introduction*, tit. 20, n° 66, éd. Bugnet, t. I, p. 661), que la subrogation est une *fiction de droit*, en vertu de laquelle on *suppose* la survie d'une obligation éteinte par le paiement. Mais à quoi bon une pareille explication ? L'emploi de la *fiction* pouvait être familier aux Romains ; il n'est plus utile chez nous, vu la différence de nos procédés législatifs. Aujourd'hui le législateur n'a plus besoin de *feindre*, il ordonne. La vérité, c'est que l'institution de la subrogation nous fait assister à un de ces conflits qui s'élèvent assez fréquemment entre la logique juridique et les nécessités de la vie. Le législateur, dans sa toute puissance, a préféré celles-ci à celle là. C'est en vain qu'on chercherait à le voiler. Ce que réalise la subrogation, c'est, en somme, une

opération hybride, constituant, d'une part, l'accessoire et la suite d'un paiement, et, d'autre part, tenant beaucoup de la cession de créance, mais en différant par des traits essentiels. Au surplus, cette opération rend d'importants services pratiques, et c'est là la meilleure des justifications.

Nous examinerons successivement : I. les cas de subrogation conventionnelle ; II. ceux de subrogation légale ; III. les effets de la subrogation ; IV. enfin, nous tracerons une comparaison entre la *subrogation* et la *cession de créance*.

I. — Subrogation conventionnelle.

Cette première sorte de subrogation se présente, en pratique, sous deux formes distinctes : tantôt elle est le résultat d'une convention entre le créancier et le subrogé, tantôt d'une convention entre le débiteur et le subrogé.

1° Subrogation consentie par le créancier (art. 1250, al. 1er). — En voici un exemple très fréquent : J'ai vendu un immeuble payable au bout de cinq ans, avec intérêt du prix à 5 °/₀ l'an. Au bout d'un an, j'ai besoin de mon argent ; je m'adresse à un capitaliste qui consent à me verser le montant du prix, à condition que je le subroge dans mes droits contre l'acheteur.

Aucune forme particulière n'est requise pour cette convention ; elle n'est soumise qu'aux deux conditions *de fond* suivantes :

A. — Il faut qu'elle soit *expresse* (art. 1250, 1er al.), c'est-à-dire que les parties doivent manifester leur intention par l'emploi d'une formule ne laissant aucun doute sur leur volonté.

Il n'est pas, il est vrai, indispensable qu'elles emploient l'expression *subroger*, mais, en fait, c'est toujours elle que l'on rencontre dans les quittances subrogatoires, parce qu'elle est la seule qui désigne l'opération, et qu'on ne pourrait la remplacer que par des périphrases comme « *céder* ses droits, actions, privilèges et hypothèques », qui ne valent pas le simple mot de *subroger* et peuvent prêter à équivoque.

B. — Il faut, en outre, que la subrogation soit consentie au plus tard au *moment où le créancier reçoit son paiement* (art. 1250, 1er al.). *Postérieurement*, il serait trop tard, car la créance aurait été définitivement éteinte par le paiement fait sans réserve.

Ajoutons que la subrogation ne peut pas davantage intervenir *avant* le paiement. Ainsi, il est d'usage que, dans la police d'assurance contre l'incendie ou les accidents, la compagnie fasse introduire une clause en vertu de laquelle l'assuré la *subroge* dans tous les recours et actions qu'il pourrait avoir contre les tiers, auteurs de l'accident ou du sinistre, voisins, locataires, etc... Cette clause, bien que qualifiée de subrogation, n'en est pas une en réalité. Qu'est-ce donc ? C'est une cession de créance éventuelle (Besançon, 6 avril 1898, D. P. 98.2.425). Et voici deux conséquences de ce point de vue. D'une part, la compagnie ne pourra agir contre le tiers que moyennant les formalités requises par l'article 1690 pour qu'une cession de

créance soit opposable aux tiers, c'est-à-dire la signification de la police contenant la prétendue subrogation. D'autre part, la compagnie, en cas d'accident ou de sinistre, pourra agir immédiatement contre le tiers responsable, notamment exercer une saisie-arrêt entre les mains de l'assureur de ce tiers, sans attendre d'avoir réglé l'indemnité due à son assuré. Logiquement on devrait ajouter, semble-t-il, que, si l'indemnité due par le tiers responsable est supérieure à celle qui est due à la victime de l'accident ou du sinistre par la compagnie, celle-ci devrait bénéficier de la différence ; mais on a toujours repoussé cette solution inique et décidé que la compagnie n'est réputée cessionnaire de la créance de son assuré contre le tiers que dans la mesure nécessaire pour la couvrir de ses propres déboursés, ce qui est tout à fait conforme à la volonté des parties contractantes.

2° **Subrogation consentie par le débiteur.** — Dans ce cas, le créancier n'intervient pas à la convention. C'est le débiteur qui, voulant payer sa dette, emprunte à cette fin de l'argent à un tiers, et, à titre de garantie, subroge son prêteur dans les droits du créancier qu'il va désintéresser. Supposons, par exemple, que j'achète une maison dont le prix est payable comptant. N'ayant pas les fonds nécessaires, je les emprunte à un capitaliste, et je subroge celui-ci dans la créance de mon vendeur contre moi-même. Ou bien, j'ai emprunté une somme d'argent pour 10 ans à 5 °/₀ l'an avec garantie hypothécaire sur un de mes immeubles : à l'échéance, n'ayant pas l'argent nécessaire pour rembourser ma dette, et redoutant de ne pas obtenir de délai de mon créancier, je demande cette somme à un tiers et, comme garantie, je lui propose de le subroger dans les droits de mon créancier hypothécaire actuel.

Juridiquement, cette forme de la subrogation conventionnelle est plus difficilement explicable que la précédente. C'est ici le débiteur qui, sans l'assentiment du créancier, dispose du droit de celui-ci, et le transporte sur la tête d'un tiers. Cela est autrement difficile à comprendre que la subrogation par la volonté du créancier. Si le législateur s'est décidé à autoriser cette sorte d'expropriation, c'est en vertu de considérations pratiques. Il a estimé que le créancier, du moment qu'on lui verse ce qui lui est dû, n'a aucune raison légitime de se refuser à une combinaison utile au débiteur, utile au capitaliste complaisant que celui-ci a pu intéresser à ses affaires, utile enfin à l'intérêt économique général, que l'on sert toujours en favorisant la libération des débiteurs.

L'origine historique de la subrogation par la volonté du débiteur est d'ailleurs assez récente, car elle remonte à une Déclaration de Henri IV, en date de mai 1609, relative à une opération que nous qualifierions aujourd'hui de *conversion de rentes*. Le taux des rentes constituées, lesquelles, on s'en souvient, étaient très fréquentes sous l'ancienne monarchie par suite de la prohibition du prêt à intérêt, avait été fixé par un édit de Charles IX, de 1572, au *denier douze* (1 pour 12), soit 8 1/3 °/₀. Après l'apaisement et la reprise des affaires qui marquèrent la fin des guerres de religion, Henri IV, en mai 1609 fixa le taux des constitutions de rente au *denier seize* (1 pour 16),

soit à 6 1/4 °/₀. Les débi-rentiers avaient donc tout intérêt à emprunter au nouveau taux de quoi rembourser leurs premiers prêteurs. Mais ceux-ci, qui voulaient conserver le bénéfice de leur placement antérieur, se seraient refusés à subroger les nouveaux capitalistes dans les garanties hypothécaires qui assuraient le service de leurs rentes, si l'édit précité d'Henri IV n'avait autorisé les emprunteurs à forcer la résistance de leurs créanciers et à se passer de leur consentement, pour réaliser la subrogation dans les formes que l'on va voir.

C'est qu'en effet la loi exige pour la subrogation *imposée* au créancier les conditions suivantes assez sévères et par conséquent coûteuses, empruntées à l'édit de 1609 (art. 1250, 2°) :

A. — Il faut que l'*acte d'emprunt* et la *quittance* soient passés l'un et l'autre dans la *forme authentique.*

B. — Il faut que l'acte d'emprunt constate que les deniers sont empruntés *pour payer la dette.*

C. — Il faut que la quittance constate que le paiement a été fait *avec les deniers empruntés.* En un mot, l'origine, la destination et l'emploi des deniers doivent être précisés d'une manière authentique.

Pourquoi ces formalités ? Elles servent à prévenir une fraude assez compliquée et qui serait la suivante. Supposons que le débiteur ait grevé ses biens de *plusieurs hypothèques*, et qu'il ait remboursé le premier créancier inscrit. Plus tard, ayant besoin d'argent, il pourrait chercher à faire renaître cette première hypothèque au détriment du second créancier parvenu au premier rang et au profit du nouveau prêteur, en passant avec celui-ci un acte sous seing privé *antidaté*, dans lequel il feindrait que les deniers prêtés aujourd'hui l'ont été autrefois et en vue de désintéresser l'ancien premier créancier hypothécaire. La disposition de l'article 1250, al. 2, déjoue une pareille fraude, et sauvegarde les intérêts des créanciers intermédiaires entre le premier inscrit et le dernier venu.

II. — Subrogation légale.

La loi elle-même accorde *ipso jure* le bénéfice de la subrogation à celui qui paye le créancier, dans un certain nombre de cas qui se trouvent énumérés par l'article 1251 du Code civil et par d'autres textes complémentaires. On peut les classer en deux *groupes.*

1° *Premier groupe.* — Dans les hypothèses de ce premier groupe, on suppose que le *solvens était lui-même tenu de la dette.* Poursuivi par le créancier, il est donc obligé de le payer ; seulement, il paraît équitable de lui assurer le bénéfice des garanties attachées à la créance qu'il a acquittée, afin d'assurer l'efficacité de son recours contre ceux qui doivent en définitive supporter tout ou partie du poids de la dette éteinte.

Voici les cas qui rentrent dans ce groupe :

A. — La subrogation a lieu de plein droit au profit de « celui qui, étant tenu *avec d'autres ou pour d'autres* au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter » (art. 1251-3°).

Cette formule très large comprend toutes les situations dans lesquelles le créancier peut poursuivre plusieurs personnes, soit comme *débiteurs principaux* (obligation *solidaire*, obligation *indivisible*), soit les uns comme débiteurs principaux et les autres comme *débiteurs accessoires* (obligation de la *caution* ou de la *caution réelle*, c'est-à-dire de la personne qui, sans s'engager personnellement, a hypothéqué son immeuble à la garantie de la dette d'autrui, ou enfin du *tiers détenteur* et, notamment, de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué).

Le débiteur accessoire (caution, caution réelle, tiers détenteur), qui a payé la dette du débiteur principal, est subrogé dans les droits du créancier, et peut poursuivre pour le tout le débiteur. Quant au codébiteur principal qui a payé le tout, il ne jouit du bénéfice de la subrogation que pour partie, et dans la mesure où cela lui est utile pour se retourner contre ses co-obligés, et les contraindre à lui rembourser la portion de la dette commune qui doit leur incomber définitivement (V. art. 1214, 1er al.).

La Jurisprudence considère comme rentrant dans les termes de l'article 1251-3°, c'est-à-dire comme étant tenus d'une dette *pour d'autres*, ceux qui, à raison de leur *responsabilité professionnelle*, ont eu à supporter les conséquences de l'inaccomplissement de l'obligation d'autrui. Ainsi, l'*agent de change* qui a été condamné, sur la demande d'une femme dotale, à lui rembourser le prix du transfert de rentes sur l'Etat frappées de dotalité, dont il a versé le montant entre les mains du mari, sans s'assurer de l'exécution du remploi, est subrogé dans la créance de ladite femme contre son mari (Civ., 3 décembre 1888, D. P. 90.1.71, S. 89.1.121).

De même, le notaire qui, déclaré responsable des suites d'un prêt reçu par lui, a désintéressé le prêteur, est subrogé dans les droits de celui-ci contre le débiteur (Req., 13 février 1899, D. P. 99.1.246, S. 1902.1.277).

Au contraire, la Jurisprudence refuse à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale dans les droits de l'assuré contre le tiers auteur du sinistre (Civ., 2 juillet 1878, D. P. 78.1.345, S. 78.1.413). En effet, l'assureur, en indemnisant l'assuré, paye sa dette personnelle résultant du contrat d'assurance, laquelle n'a rien de commun avec celle du tiers qui a causé l'incendie ou l'accident. On ne peut pas dire de l'assureur qu'il était tenu, *avec* le tiers responsable, *de la dette* (de la même dette).

B. — La subrogation a encore lieu de plein droit « au profit de *l'acquéreur d'un immeuble*, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué » (art. 1251, 2°).

L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué est, nous venons de le voir, tenu de payer le créancier hypothécaire. L'article 1251-2° suppose qu'il paye de son plein gré son prix entre les mains des créanciers hypothécaires, et il décide qu'il est alors subrogé dans les droits des créanciers qu'il a désintéressés.

Ce nouveau cas de subrogation nécessite plusieurs explications :

a) Un texte spécial n'était pas nécessaire pour accorder à l'acheteur le bénéfice de la subrogation légale, car il en jouit déjà en vertu de l'article

1251-3°. Tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, il est *tenu, avec le débiteur*, au paiement de la dette hypothécaire.

b) On peut se demander quel intérêt l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué peut avoir à agir comme le suppose l'article 1251-2°. En effet, comme nous le verrons en étudiant les hypothèques, le tiers acquéreur a à sa disposition un moyen qui lui permet d'éteindre toutes les hypothèques, c'est la procédure de *purge*. Si l'acquéreur renonce à recourir à cette procédure et préfère payer, en l'acquit de son vendeur, les premiers créanciers inscrits, il reste exposé aux poursuites des créanciers de rang inférieur. Il est donc malaisé de comprendre comment il prendra ce parti. Cela n'est pas cependant absolument inconcevable. On peut supposer un acquéreur qui a conscience d'avoir payé l'immeuble *au plus haut prix qu'il puisse atteindre*. En versant ce prix directement entre les mains des premiers créanciers inscrits, il évite les frais de la procédure de purge, et cependant se couvre pratiquement contre l'éventualité de poursuites exercées par les créanciers de rang inférieur. En effet, étant donnée la subrogation que lui confère l'article 1251-2°, il prendra dorénavant la place des créanciers du premier rang qu'il aura désintéressés (il aura, une hypothèque *sur lui-même*, nous voulons dire *sur son propre immeuble*). Les créanciers subséquents se garderont certainement de le saisir, car en cas de saisie, le nouveau propriétaire, grâce à l'hypothèque préférable que lui assure la subrogation dont il a bénéficié, absorberait la totalité du prix que pourrait atteindre l'immeuble dans la mise en vente consécutive à la saisie. En un mot, la subrogation de l'article 1251-2° conférera à l'acquéreur une situation équivalente *en fait* à celle que lui procurerait la purge des hypothèques, et cela sans les frais de cette procédure.

C. — D'après la loi du 22 frimaire an VII sur l'Enregistrement (art. 29), les *officiers publics* doivent acquitter les droits dus à l'Etat sur les actes relevant de leur ministère. Lorsque l'officier public a fait ainsi l'avance des fonds pour le compte des parties intéressées à l'acte et débitrices des droits, il est subrogé dans l'action de l'Administration contre celles-ci. Cette solution résulte implicitement de l'article 30 qui déclare que les officiers publics pourront *prendre exécutoire* du juge de paix de leur canton, pour leur remboursement. Cet *exécutoire* n'est que la mise en œuvre du droit de contrainte qui appartient à l'Administration (art. 65 de la loi), et dans lequel l'officier public est subrogé de plein droit.

2° *Deuxième groupe.* — Le second groupe de cas de subrogation légale comprend des hypothèses dans lesquelles celui qui paye la dette d'autrui *n'était pas tenu de l'acquitter.*

A. — Un créancier en paie « un autre qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques » (art. 1251-1°), soit parce que le *solvens* n'est lui-même que créancier chirographaire, soit parce qu'il ne bénéficie que d'un privilège ou d'une hypothèque de rang inférieur.

On conçoit mal au premier abord quel est le motif qui peut pousser un créancier à augmenter ainsi son découvert, pour prendre la place d'un créancier de rang préférable au sien. Il a cependant intérêt à agir de la sorte dans deux hypothèses.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE

a) On peut supposer que le créancier qui précède le *solvens* et qui était muni d'une bonne hypothèque, étant pressé de toucher le montant de sa créance, s'apprêtait à saisir l'immeuble, bien que le moment fût mal choisi. Le *solvens*, à qui une mise en vente effectuée en ce moment ne laisserait aucun espoir de recevoir son dû, a préféré désintéresser ce créancier, afin de retarder la mise en vente et d'attendre des jours meilleurs pour tirer de l'immeuble un haut prix. Il agit en un mot comme un spéculateur qui se fait *reporter* à la Bourse, pour attendre un moment plus propice à la liquidation de sa position.

b) Il se peut encore que le créancier antérieur qui menace de saisir l'immeuble, possède une hypothèque générale grevant, par conséquent, d'autres immeubles du même débiteur. Grâce à la subrogation, le *solvens* bénéficiera de ce supplément de garantie (V. Civ., 9 mai 1905, D. P. 1909. 1.225, note de M. de Loynes, S. 1906.1.489, note de M. Maurice Bernard).

On a signalé ici une prétendue lacune de la loi. Elle réserve, a-t-on dit, le bénéfice de la subrogation légale au cas où le paiement est fait par un créancier à un créancier qui a un *rang préférable* au sien. Pourtant, un créancier hypothécaire aurait intérêt dans certains cas à rembourser un créancier de *rang inférieur*, pour éviter des contestations ainsi que les frais et les lenteurs de la procédure d'ordre. S'il agit de la sorte cependant, il ne bénéficiera d'aucune subrogation légale, car on ne saurait suppléer au silence de la loi. Au fond, cette prétendue lacune n'a pas grand inconvénient. Car le créancier qui veut rembourser un autre créancier de rang inférieur n'a qu'à obtenir de plein droit une subrogation volontaire, et ce dernier ne manquera pas d'y consentir pour être payé.

B. — *L'héritier bénéficiaire*, qui paye de ses deniers une dette de la succession, est subrogé dans les droits du créancier par lui remboursé (art. 1251-4°).

Pour comprendre cette hypothèse, il faut savoir que l'héritier bénéficiaire ne peut pas être poursuivi sur ses biens propres. En payant de ses deniers personnels un créancier héréditaire qui menace de saisir les biens du défunt, il évite les frais de saisie à la masse des créanciers successoraux, ainsi que le préjudice que pourrait causer une vente forcée faite à un moment inopportun. Il rend donc service à la succession. De plus, grâce à la diminution des frais, la liquidation donnera peut-être un reliquat dont, naturellement, il sera appelé à bénéficier. C'est pour l'encourager à faire cette opération que la loi lui accorde le bénéfice de la subrogation, lequel lui permettra de rentrer dans son avance au jour de la liquidation.

C. — En vertu de l'article 7 de la loi du 9 avril 1898, le patron, qui a réglé à l'ouvrier victime d'un accident du travail l'indemnité à laquelle il a droit, peut exercer l'action que cet ouvrier possède contre un tiers qui serait l'auteur responsable de l'accident. Il a fallu un texte spécial pour consacrer cette solution. En effet, ce n'est point de la *même dette* que le patron et l'auteur de l'accident sont tenus. Le tiers est obligé de réparer son délit ou son quasi-délit (art. 1382-1383) ; le patron est tenu en vertu du principe du *risque professionnel* qui pèse sur le principal bénéficiaire de l'entreprise.

III. — Effets du paiement avec subrogation.

La créance acquittée par le *solvens* subsiste à son profit, avec tous ses accessoires, avec toutes les actions qui y sont jointes. Le subrogé est mis à la place de l'*accipiens*.

Ainsi, c'est bien la créance elle-même, et non seulement ses garanties, qui passe au tiers. Nous avons déjà indiqué les conséquences de ce point de vue.

Si la créance est commerciale, le tiers pourra poursuivre le débiteur devant le tribunal de commerce. Si elle est constatée par un acte notarié ou un jugement, le tiers pourra *de plano* saisir les biens du débiteur.

Si la créance est celle du vendeur d'un immeuble, le tiers acquiert en même temps l'action en résolution contre l'acheteur pour défaut de paiement du prix (Req., 28 février 1894, S. 95.1.321 ; Civ., 22 octobre 1894, D. P. 96.1.585, note de M. de Loynes, S. 95.1.321, note de M. Lacoste. — V. cep. Civ., 4 mars 1901, D. P. 1905.1.11).

Le *solvens* subrogé aux droits d'un créancier saisissant pourra de même exercer les droits que la transcription de la saisie immobilière avait assurés au saisissant sur les loyers de l'immeuble (Civ., 25 février 1913, D. P. 1913.1.473).

Le tiers subrogé peut invoquer, en outre, toutes les garanties de paiement existant au profit de la créance, *privilège, hypothèque, cautionnement.* Si, par exemple, il y a des cautions, il peut les poursuivre en cas d'insolvabilité du débiteur principal.

Si le créancier payé était en situation d'exercer un recours quelconque de nature à lui procurer un avantage, tel qu'un recours en responsabilité contre un notaire, rédacteur de l'acte de prêt constitutif de sa créance, ou tel que l'action Paulienne contre les actes d'appauvrissement du débiteur, le subrogé pourra exercer ce recours (Civ., 9 décembre 1863, D. P. 64.1.299, S. 64.1.177 ; Req., 25 juin 1895, D. P. 95.1.486, S. 99.1.491).

En un mot, la subrogation procure (jusqu'ici) au subrogé tous les avantages d'une cession de créance.

Cependant, ce transfert de la créance sur la tête du subrogé ne doit pas être assimilé entièrement à une cession pure et simple. Ce serait dénaturer l'opération. Il ne faut pas oublier que le tiers subrogé a *payé* le créancier, et que la subrogation n'est faite que pour assurer son remboursement.

Cette seconde idée vient tempérer la première à deux points de vue :

1° Si le tiers a obtenu du créancier une quittance totale, alors pourtant que celui-ci s'est contenté d'une somme inférieure au montant nominal de sa créance, le subrogé *ne peut pas réclamer au débiteur plus qu'il n'a versé.* Tout autre serait le cas d'un cessionnaire qui aurait acquis la créance. Il n'est pas douteux que ce cessionnaire pourrait réclamer au débiteur l'intégralité de la somme due par lui, quand même il aurait acheté la créance à un prix inférieur.

C'est qu'il y a là deux opérations juridiques distinctes répondant à des

besoins différents. Le tiers qui intervient et paye le créancier, est présumé ne point agir pour gagner de l'argent, mais dans une intention obligeante, et la subrogation n'a pour objet que de garantir le remboursement de ce qu'il a versé. Au contraire, celui qui s'est fait consentir un *transport-cession* de créance est réputé un *spéculateur* qui agit dans une pensée de lucre.

2° Quand le tiers subrogé est *un des co-obligés principaux*, codébiteur d'une obligation solidaire ou indivisible, il ne peut poursuivre les autres débiteurs que *chacun pour sa part et portion* (art. 1214). Il en est de même, lorsqu'il y a plusieurs cautions et que l'une d'elles a payé toute la dette (art. 2033). Donc, à la différence du créancier, le subrogé ne peut pas se prévaloir de la solidarité ou de l'indivisibilité de l'obligation ; il se trouve, à cet égard, moins bien traité que le créancier primitif. Pourquoi cette règle qui semble contraire aux conséquences logiques de l'idée de subrogation ? C'est que, la dette devant se répartir entre les divers co-obligés, il paraît plus simple que le *solvens* fasse lui-même immédiatement cette répartition.

Cette obligation du codébiteur de diviser son recours semble enlever dans cette hypothèse son principal intérêt à la subrogation. Cet intérêt peut subsister cependant. En effet, les sûretés attachées à la créance, autres que celles qui résultent de la pluralité d'obligés, et notamment les privilèges et hypothèques, garantiront toujours le remboursement des sommes dues par les autres débiteurs. Par exemple, il y a trois codébiteurs solidaires également tenus de l'obligation ; le premier a, de plus, hypothéqué son immeuble à la garantie de la dette commune ; le second est insolvable, et le troisième paye la dette commune. L'insolvabilité du second se répartira entre les deux autres, si bien que le troisième recourra pour la moitié contre le premier ; mais il aura l'avantage de pouvoir invoquer, à l'appui de son recours, l'hypothèque constituée sur l'immeuble de celui ci.

Hypothèse où le « solvens » n'a payé qu'en partie le créancier. — Il arrive parfois que le *solvens* n'offre au créancier qu'un paiement partiel, et que celui-ci conserve l'excédent de sa créance. Cette hypothèse peut paraître tout d'abord purement théorique. Cependant elle est de nature à se rencontrer.

Supposons, par exemple, qu'une personne achète un immeuble de 100.000 francs, et s'engage à payer le prix en cinq versements annuels de 20.000 francs. Elle fait le premier versement en empruntant la somme nécessaire à un tiers, et elle le subroge dans les droits du vendeur. Postérieurement, et avant le paiement du reliquat, l'immeuble est saisi entre les mains de l'acheteur, et les deux créanciers, le vendeur et le tiers subrogé, invoquent l'un et l'autre le privilège du vendeur pour le paiement de leurs créances. Dans quel ordre seront-ils payés ? L'article 1252 décide que la subrogation ne peut nuire au créancier qui n a été payé qu'en partie ; il peut donc exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. *Nemo censetur subrogasse contra se.* Ainsi, à supposer que l'immeuble, une fois saisi, ne soit vendu que 90.000 francs, le vendeur touchera 80.000 francs, soit

l'intégralité de sa créance. Le subrogé ne touchera que 10.000 francs sur les 20.000 francs qui lui sont dus par l'acheteur.

Cette règle traditionnelle différencie, une fois de plus, le paiement avec subrogation de la *cession de créance*. Car, si un créancier hypothécaire ou privilégié avait, non pas consenti une subrogation, mais cédé une partie de sa créance à un tiers, celui-ci viendrait en concours avec lui *en proportion de son acquisition*. Dans notre hypothèse, le créancier qui aurait cédé le cinquième de sa créance hypothécaire de 100.000 francs, à supposer que l'immeuble hypothéqué ne fût vendu que 90.000 francs sur la poursuite hypothécaire, toucherait 72.000 francs ; le cessionnaire toucherait 18.000 francs.

Lorsque le créancier hypothécaire ou privilégié ainsi payé partiellement reçoit le reliquat de sa créance d'un *second tiers* qu'il subroge à son tour, ce dernier jouit-il du droit de préférence à l'encontre du premier subrogé ? Oui, semble-t-il, puisque le créancier lui cède tous ses droits ; il doit également lui transmettre le droit de préférence attaché à sa créance actuelle. Ce point est cependant débattu. Il a été jugé (Trib. Seine, 4 février 1902, D. P. 1903.2.73, note Cézar-Bru, S. 1904.2.250 ; Lyon, 12 février 1890, D. P. 91.2.247. S. 1904.2.251. en sous-note), que ce droit de préférence est purement personnel au créancier, et n'est pas transmis par une nouvelle subrogation. C'est en effet la solution qu'admettaient nos anciens auteurs. Pothier (*Cout. d'Orléans*, introd. au titre XX, chap. Ier, sect. 5, n° 87, éd. Bugnet, t. I, p. 669) enseigne que si le créancier a reçu en différents temps différentes portions de sa dette, de différentes personnes qu'il a subrogées à ses droits pour les portions qu'il recevait d'elles, et qu'il reste encore créancier d'une partie, « *toutes ces différentes personnes doivent venir entre elles par concurrence, mais il doit leur être préféré* ». Ceci prouve bien que ce droit de préférence ne se transmet pas à chaque subrogé par rapport au précédent.

En tout cas, ce qui est hors de doute, c'est que le créancier pourrait renoncer à son droit de préférence au profit du tiers dont il reçoit un paiement partiel, et consentir à n'être payé pour le surplus de sa créance qu'après le subrogé. C'est ce qui se produit souvent en pratique, quand le *solvens* est un tiers non obligé à la dette, car alors il ne manque pas de stipuler cet avantage en vue d'assurer son remboursement.

IV. — Comparaison entre la subrogation et la cession de créance.

Revenons sur la comparaison qui s'établit naturellement entre la subrogation accessoire au paiement et la cession de créance. Ces deux opérations se ressemblent au point qu'il est parfois très difficile de les distinguer (V. Paris, 7 décembre 1907, S. 1908.2.185, note de M. Wahl). Mais voici quelles sont leurs principales différences. Elles tiennent presque toutes à ce trait caractéristique que la cession de créance, à la différence de la subrogation, est un acte de spéculation, une véritable vente.

1° La cession de créance est toujours un acte volontaire de la part du

créancier cédant, comme du cessionnaire. La subrogation, au contraire, peut être imposée au subrogeant, tantôt par la volonté du débiteur, tantôt par la loi;

2° Le subrogé ne peut pas réclamer au débiteur plus qu'il n'a payé au créancier pour obtenir quittance. Le cessionnaire, au contraire, a toujours le droit de poursuivre le débiteur pour le montant nominal de la créance, quand bien même il l'aurait acquise pour une somme inférieure ;

3° Le subrogé n'a pas besoin de signifier au débiteur l'opération dont il bénéficie. Au contraire, nous verrons que la cession de créance n'est opposable au débiteur cédé et aux tiers que si elle a été signifiée au débiteur, ou acceptée de lui dans un acte authentique (art. 1690).

4° Le cédant, comme un véritable vendeur de créance, doit garantir au cessionnaire l'existence de la créance cédée (art. 1693). Au contraire, le créancier *accipiens* n'est pas tenu de l'obligation de garantie envers le *solvens* subrogé dans ses droits.

5° Les droits de mutation dus pour les transports de valeurs mobilières sont perçus en cas de cession de créance, et non en cas de paiement avec subrogation, au moins de subrogation *légale*. (En cas de subrogation conventionnelle, droit de 1 °/₀, Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 3, A. n° 3).

6° En cas de subrogation, le créancier *accipiens*, qui n'a reçu qu'un paiement partiel, ne transfère au subrogé les garanties accessoires de sa créance que dans la mesure où ces garanties ne sont pas nécessaires au règlement du surplus de sa créance. En cas de cession partielle de créance, le cédant transfère les garanties au cessionnaire en proportion de la partie de la créance qu'il lui a cédée.

SECTION II. — Novation et délégation.

Nous réunissons sous la même rubrique deux opérations dont le Code traite en même temps (art. 1275), et qu'il était d'ailleurs traditionnel de rapprocher (V. au Digeste et au Code de Justinien, les titres *De novationibus et delegationibus*, D. XLVI, 2 ; C. VIII, 41).

Mais ce sont, en réalité, deux institutions distinctes. Seulement, dans certains cas, la délégation emporte novation. On dit alors — expression qu'on a critiquée avec raison — que la délégation est *parfaite*. C'est dans ce cas seulement qu'elle entraîne l'extinction d'une ou de plusieurs obligations. Nous traiterons de la novation et de la délégation dans deux paragraphes successifs.

§ 1. — De la novation.

Définition, mécanisme de la novation. — La novation est un acte juridique à double effet : elle *éteint* une obligation préexistante, et la remplace par une obligation nouvelle qu'elle *fait naître*. Cette substitution peut se faire, nous dit l'article 1271, de trois manières :

1° « Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. » On dit alors qu'il y a *novation par changement de dette*.

La nouvelle dette peut différer de l'ancienne soit par son objet, soit par sa cause.

A. — *Par son objet.* — Ainsi, le créancier d'une somme d'argent convient avec le débiteur que celui-ci lui paiera à la place une rente viagère (Riom, 12 décembre 1883, D. P. 85.2.101). Ou bien, il est convenu entre le débi-rentier et le crédi-rentier que les arrérages de la rente viagère, qui n'ont pas été acquittés à l'échéance, constitueront un capital laissé, à titre de prêt, au débi-rentier, et que ce capital produira des intérêts (Req., 19 août 1844, S. 45.1.38).

B. — *Par sa cause.* — Ainsi, lorsque deux personnes en relations d'affaires, un fabricant et un commissionnaire, un commerçant et son banquier, travaillent en *compte courant*, c'est-à-dire conviennent de faire masse de toutes les opérations qu'elles concluent entre elles en un compte unique qui sera réglé à des époques déterminées, toutes les obligations qui se forment entre ces deux personnes viennent se fondre dans ce compte et se trouvent par là novées. « La créance passée en compte s'éteint et cesse d'obéir à ses règles anciennes; elle s'absorbe dans une masse où d'autres créances se sont déjà absorbées » (Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4e éd., n° 1664).

2° « Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier. » On dit alors qu'il y a novation par *changement de débiteur.*

Cette seconde variété de novation peut se produire de deux façons différentes :

A. — Tantôt elle implique le *consentement du premier débiteur*, en même temps que du nouveau débiteur et du créancier. Par exemple, locataire d'un appartement, je cède mon bail à un autre occupant, et il est convenu qu'il paiera son loyer directement entre les mains du bailleur qui accepte et me décharge de toute obligation envers lui. Ou bien encore, vendeur d'un immeuble, je fais intervenir à l'acte de vente un de mes créanciers, et il est convenu que l'acheteur de mon immeuble paiera une partie de son prix entre les mains de mon créancier, lequel me donne quittance de ma dette. C'est cette sorte de novation qui s'appelle *délégation* ou qui, plutôt, constitue une des applications de la délégation, la *délégation novatoire* ou *parfaite.*

B. — La novation par changement de débiteur peut également se réaliser *sans le concours du premier débiteur* (art. 1274). On dit alors qu'il y a *expromissio.* Il faut supposer qu'un tiers s'engage directement envers le créancier à la condition que celui-ci libère le débiteur. Le cas n'est évidemment pas fréquent. En voici cependant un exemple : Le créancier d'une société commerciale, au lieu de se faire rembourser à la dissolution de celle-ci, laisse la somme qui lui est due entre les mains de l'un des associés continuant le même commerce, et accepte ainsi ce dernier comme nouveau débiteur à la place de l'ancien (V. Req., 31 mai 1854, D. P. 54.1.347, S. 55.1.44; Paris, 17 janvier 1912, *Gaz. Pal.*, 2 mai 1912).

3° Enfin, il y a encore novation « lorsque, par l'effet d'un nouvel engage-

ment, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé ». On dit alors qu'il y a novation *par changement de créancier*. Comme exemple d'une telle novation, nous n'avons qu'à reprendre les hypothèses de *délégation* ci-dessus indiquées ; chacune comporte en effet novation de deux obligations, l'une par changement de débiteur, l'autre par changement de créancier.

Cette dernière sorte de novation ressemble évidemment beaucoup à une *cession de créance*. Par exemple, un vendeur d'immeuble, au lieu de *déléguer* partie de son prix à son créancier, pourrait lui en faire *cession*. Aussi, n'est-il pas étonnant qu'il soit parfois difficile de discerner s'il y a délégation-novation ou transport-cession, étant donné surtout que, dans le langage de la pratique, les deux expressions sont souvent employées indifféremment et même cumulativement (on dira dans un acte que X « cède et délègue » ses droits à Y). Cependant, il y a entre les deux opérations des différences importantes (V. Civ., 23 novembre 1898, D. P. 99.1.21, S. 99.1.465), dont les principales sont les suivantes :

A. — La cession de créance se fait par un contrat entre le créancier et le tiers cessionnaire. Elle n'exige pas l'intervention du débiteur. Elle ne modifie pas la nature de la créance, et, en conséquence, le débiteur peut opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qu'il avait contre le cédant.

La novation, au contraire, suppose nécessairement le consentement du débiteur ; elle substitue à l'ancienne dette une dette nouvelle, si bien que le débiteur — si la novation s'est faite par changement de créancier — ne pourra pas opposer au nouveau créancier les exceptions et moyens de défense qu'il possédait contre l'ancien.

B. — Le cessionnaire d'une créance acquiert, outre la créance, toutes les garanties accessoires qui en assuraient le recouvrement, hypothèque, privilège, caution, etc. Au contraire, en cas de novation, la créance nouvelle est dessaisie des droits accessoires qui fortifiaient la première et qui se sont éteints avec elle.

Ces deux différences suffisent à montrer combien la novation est, en comparaison de la cession de créance, un procédé *peu pratique* et *dangereux*; dangereux pour le créancier nouveau qui n'a plus les garanties de la première créance, dangereux pour le débiteur qui cesse de pouvoir opposer les moyens de défense qu'il possédait auparavant. Comment donc expliquer son existence ? C'est que la novation est une *survivance*, une institution toute romaine qui a subsisté dans le Droit moderne, alors que les raisons qui l'avaient fait créer ont, pour la plupart, disparu.

Comparaison de la novation du Droit romain et de la novation moderne. — La novation en Droit romain était la conséquence et le correctif nécessaire de cette idée qu'un rapport obligatoire, une fois formé entre deux personnes, ne pouvait plus être modifié dans ses termes, non seulement par un changement des parties en cause, mais par une modification apportée au lien juridique lui-même. Dès lors, s'il devenait nécessaire de changer la personne du créancier ou celle du débiteur, d'in-

troduire une modalité dans le rapport juridique, ou dans la nature du contrat qui liait les deux parties, il fallait commencer par éteindre la dette ancienne, puis la remplacer par une nouvelle. Ainsi, l'institution de la novation sortait pour ainsi dire automatiquement de l'idée d'*immutabilité du lien obligatoire* (V. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 705). C'est cette institution qui a permis, *tout en conservant l'objet même de l'obligation*, d'y introduire un élément nouveau, et surtout de la faire passer sur de nouvelles têtes.

Aussi, la novation a-t-elle joué un rôle considérable en Droit romain. Du reste, au moins à l'époque classique, on ne pouvait pas s'en servir pour modifier l'*objet* même de l'obligation. La dette nouvelle devait nécessairement avoir le même objet que l'ancienne. La novation était, comme disent les textes, la transfusion, la translation de la première obligation en une autre. Ce n'est que plus tard, peut-être vers Justinien, que la novation put servir à changer l'objet et la cause même de l'obligation.

Ajoutons qu'en Droit romain la novation était un acte essentiellement *formaliste*. Elle résultait de l'emploi de termes solennels, et le seul fait que la formule avait été employée emportait extinction de l'ancienne obligation et création de l'obligation nouvelle, sans qu'il y eût à rechercher l'intention des parties. Mais, depuis le Bas Empire, la novation est devenue *une pure question d'intention* ; elle n'existe que là où les parties ont voulu qu'elle eût lieu. L'*animus novandi* est l'élément essentiel, primordial de l'opération.

On voit combien l'institution moderne diffère de l'ancienne. On conçoit aussi comment la novation a perdu de nos jours beaucoup de son intérêt. Son rôle actuel est en pratique fort restreint. Le créancier en effet, auquel son débiteur offre un nouveau débiteur, ne consentira presque jamais à décharger l'ancien ; il veut bien accepter d'être payé par le nouveau, mais il entend, à titre de garantie, conserver ses droits contre le premier. Aussi, la novation par changement de débiteur se rencontre-t-elle très rarement. Il en est de même de la novation par changement de créancier. Le créancier qui a besoin de son argent recourt à la cession de créance plutôt qu'à la novation, qui exigerait l'intervention du débiteur. Enfin, on devine que la novation par changement dans l'objet de la créance n'est pas plus fréquente, car il est exceptionnel que les parties aient intérêt à modifier l'objet de l'obligation. Les seules applications de la novation que l'on rencontre encore parfois dans la pratique, sont donc des cas de novation *par changement de cause* (transformation d'une dette d'argent en une rente viagère, et surtout versement d'une dette dans un *compte courant*). Pour se rendre compte de la décadence de l'institution, on n'a d'ailleurs qu'à parcourir les décisions judiciaires qui prennent place dans les recueils au sujet de la novation. La plupart ont précisément pour thème d'écarter l'idée d'un contrat novatoire, et de constater que les parties n'ont pas eu l'intention d'en faire un. Et l'examen des législations récentes confirmera notre observation. Le Code civil allemand ne signale même plus la novation parmi les modes d'extinction des obligations. C'est qu'à côté du transfert des créances, il admet une autre institution, la *reprise de dette* ou *cession de dette*, qui enlève son intérêt à la novation par changement de débiteur

(art. 414 à 419). Quant à la novation par changement d'objet ou de cause, il en fait tout simplement un cas spécial de dation en paiement, dans lequel le créancier tient le débiteur quitte de son obligation moyennant qu'il accepte d'en souscrire une nouvelle à son profit (art. 364, 2e al.).

I. — Conditions requises pour qu'il y ait novation.

Les conditions requises pour qu'il y ait novation sont les suivantes :

1° En première ligne et avant toutes autres, l'*animus novandi* ;

2° La capacité de disposer de la créance ;

3° Une obligation valable remplacée par une nouvelle obligation également valable, mais différant de la première.

1° *L'animus novandi.* — C'est aujourd'hui l'élément essentiel. L'article 1273 le signale en termes très heureux : « La novation ne se présume point ; il faut que la volonté d'opérer résulte clairement de l'acte. »

Innombrables sont les décisions qui ont fait application de cette règle. Le fait par un créancier, notamment par un vendeur, d'accepter des effets de commerce souscrits par le débiteur comme mode de règlement de sa créance, emporte-t-il novation de la créance ? Il est aisé de voir l'intérêt considérable de la question, car, si on adopte l'affirmative, le vendeur se trouve privé de son ancienne créance et des garanties, privilège, action résolutoire, qui l'accompagnaient. Or, la négative est unanimement admise aujourd'hui, parce que, disent les arrêts, le seul fait d'accepter en paiement des billets à ordre ou des lettres de change ne prouve pas l'*animus novandi* du créancier (Req., 5 août 1878, D. P. 79.1.71. S. 79.1 301 ; Civ., 28 avril 1900, D. P. 1901.1.17, S. 1900.1.277). De même, la remise d'un chèque en paiement n'emporte pas novation de la créance (art. 13, loi du 14 juin 1865, modifié par la loi du 12 août 1926 .

La preuve de l'intention de nover doit se faire d'après les règles du droit commun. Il en résulte que, si la créance est supérieure à 150 francs, l'*animus novandi* devra résulter d'un écrit, ou, du moins, la preuve par témoins et la preuve par simples présomptions ne seront admises que si elles s'appuient sur un commencement de preuve par écrit (Req , 27 novembre 1893 D. P. 94.1.60, S. 95.1.167). D'ailleurs, les juges du fond sont souverains pour décider si l'intention de nover résulte ou non des circonstances de fait (Civ., 15 mai 1895, D. P. 95.1.423 ; Req., 12 mai 1896, D. P. 96.1.472 ; 8 novembre 1910, S. 1911.1.152).

2° *La capacité.* — « La novation, nous dit l'article 1272, ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. » Ce n'est pas assez dire. La novation emporte extinction et création d'obligations. Il faut donc que le créancier soit capable de *disposer* de la créance, le débiteur capable de s'obliger. S'ils n'ont pas cette capacité, l'acte ne sera valable que s'ils ont été habilités conformément à la loi.

3° *Une obligation valable remplacée par une obligation valable et différant de l'ancienne.*

A. — La novation suppose d'abord nécessairement l'existence d'une obligation qu'il s'agit d'éteindre (pour la remplacer par une autre). Si donc,

la première obligation est entachée de *nullité absolue*, la novation ne peut pas produire ses effets. Par exemple, la nullité d'ordre public, qui frappe les traités secrets portant stipulation d'un supplément de prix en matière de cessions d'offices ministériels, s'oppose à ce que la dette qui résulte de ces contre-lettres puisse être l'objet d'une novation. Dès lors, le cessionnaire de l'office n'est pas tenu de payer le supplément de prix, même au cessionnaire du vendeur envers lequel il s'est engagé par acte séparé (Paris, 28 mars 1846, D.P.46.4.382). De même, n'opère pas novation et reste entachée de nullité la souscription de reconnaissances pour solde d'opérations de bourse frappées d'une nullité radicale, en vertu de l'article 76 du Code de commerce, comme n'ayant pas été effectuées par ministère d'agent de change (Rouen, 6 février 1892, D. P. 94.2.42).

Nous avons visé seulement le cas d'une première obligation nulle de *nullité absolue*. En effet, lorsque la première obligation est entachée d'une *nullité relative*, la novation n'est atteinte de la même nullité que si le vice qui a infecté la première obligation (incapacité, dol, erreur, violence), existait encore au moment où la novation a eu lieu. Si, au contraire, ce vice a disparu ou a été connu de l'intéressé au moment de la novation, si, par exemple, il s'agit d'un mineur qui substitue une dette nouvelle à sa dette ancienne, alors qu'il est devenu majeur, la novation est valable, car elle emporte *confirmation* de l'ancienne obligation.

B. — La novation a pour but de remplacer l'ancienne obligation par une nouvelle. L'extinction de l'ancienne obligation est donc subordonnée à la naissance de la nouvelle. Il en résulte que, si la nouvelle obligation était entachée de nullité, par exemple, pour défaut d'observation des formalités prescrites, ou comme contraire à l'ordre public, ou comme infectée d'un vice quelconque, la première ne s'éteindrait pas.

Nous avons ajouté que, pour qu'il y ait novation, il faut que l'obligation nouvelle *soit différente de la première*. Entendons par là qu'il faut que la différence porte sur un des *éléments constitutifs* de l'obligation, cause, objet, personne du créancier ou du débiteur, condition affectant l'existence même de l'obligation. Mais la simple concession d'un terme au débiteur ou la renonciation de celui-ci à un terme précédemment stipulé n'emporterait pas extinction de l'obligation primitive, mais seulement sa modification. Et il faut en dire autant de la constitution de nouvelles garanties au profit du créancier (Civ. 2 mai 1919, *Gaz. Pal.* 20 décembre 1919).

II. — Effets de la novation.

Nous les connaissons déjà en gros. La novation *éteint* l'ancienne obligation et la *remplace* par une nouvelle.

1° *Premier effet.* — Lorsque la novation est effectuée, l'extinction de l'ancienne dette est complète. En conséquence, tous les accessoires qui l'accompagnaient, *privilège*, *hypothèque*, *cautionnement*, disparaissent (art. 1278). Il en est de même des diverses actions qui pouvaient appartenir au créancier, notamment de l'action *en résolution* du vendeur pour défaut de paiement du prix.

Tel est l'effet le plus caractéristique de la novation. Et c'est bien en raison de cette conséquence radicale qu'elle est fort peu employée. Le créancier dont la créance est accompagnée de garanties, ou munie d'une action particulièrement efficace, ne veut généralement pas renoncer à ces sûretés ou à son action, tant qu'il n'est pas remboursé.

Au surplus, l'article 1278 permet aux parties d'écarter cet effet. D'après cet article, le créancier peut stipuler que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance passeront à celle qui lui est substituée.

Mais dans quelle mesure cette réserve est-elle possible ? Il faut à cet égard distinguer les divers cas de novation :

Supposons d'abord deux parties, débiteur et créancier, restant les mêmes dans la seconde obligation. Il n'y a aucune difficulté à maintenir les privilèges et hypothèques, jusqu'à concurrence du chiffre de l'ancienne créance. Si donc la nouvelle est supérieure à l'ancienne, l'excédent ne se trouve pas garanti par les sûretés attachées à la première.

Il en sera de même s'il y a changement de créancier. Ici encore les privilèges et hypothèques peuvent être réservés ; il suffit que le débiteur y consente, car naturellement ce transfert ne peut pas s'opérer sans sa volonté.

Dans la novation par changement de débiteur, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance peuvent encore être conservés sur les biens du débiteur primitif qui y consent ; mais alors celui-ci n'est plus tenu qu'en qualité de *caution réelle*. A quoi l'article 1279 ajoute, ce qui va de soi, que les hypothèques qui garantissaient l'ancienne dette, ne peuvent point passer sur les biens de nouveau débiteur.

Enfin, si nous supposons que la dette transformée par la novation était garantie par une caution, l'engagement de celle-ci s'éteint dans tous les cas, avec la créance primitive. La caution se trouve donc libérée, à moins qu'elle ne consente formellement à s'engager de nouveau.

2° *Second effet.* — L'obligation nouvelle, qui remplace la première, règle seule désormais les relations des parties. Et voici certaines conséquences de cette solution.

Supposons qu'il s'agisse de créances qui viennent se fondre dans un compte courant. A partir du jour où elles y entrent, ces créances produisent intérêt de plein droit.

De même, si le compte courant est arrêté tous les trois mois ou tous les six mois, et si le solde est reporté à nouveau, les intérêts compris dans ce solde produisent eux-mêmes d'autres intérêts, sans qu'il y ait à rechercher pour quel laps de temps ils sont dus, la Jurisprudence n'appliquant pas ici la prohibition de l'anatocisme formulée par l'article 1154 du Code civil.

Enfin, l'inscription dans un compte courant d'un effet de commerce souscrit par un débiteur au profit de son créancier, a pour conséquence de substituer à la prescription quinquennale, applicable aux effets de commerce, la prescription de trente ans à laquelle est soumis le solde de l'arrêté de compte (Civ., 10 janvier 1872, D. P. 72.1.102, S. 72.1.25).

§ 2. — De la délégation[1].

Définition. — Hypothèses dans lesquelles intervient la délégation. — La délégation est une opération par laquelle une personne (le *déléguant*) ordonne à une autre (le *délégué*), de faire ou de s'engager à faire une prestation à une troisième (le *délégataire*).

Cette opération peut intervenir dans deux hypothèses différentes.

1° *Délégation non précédée d'obligation antérieure.* — La délégation peut intervenir en premier lieu entre personnes que ne liait aucune obligation antérieure. On en trouve un exemple important dans la *lettre de crédit* qu'un banquier (déléguant) remet à un de ses clients (délégataire) partant en voyage, et par laquelle il charge ses correspondants (délégués) dans les villes où passera le voyageur, de verser à celui-ci les sommes d'argent dont il aura bésoin. Pothier cite déjà cette application (*Contrat de change*, n° 236). De même, on peut supposer que le déléguant veuille faire un prêt au délégataire ou même qu'il agisse *animo donandi* : « Je veux, dit Pothier (*op. cit.*, n° 231), prêter à quelqu'un une somme d'argent, ou je veux la lui donner ; n'ayant pas chez moi une telle somme, je lui donne une rescription adressée à quelqu'un de mes débiteurs, ou à quelqu'un de mes amis, qui voudra l'avancer pour moi, par laquelle je lui marque de vouloir bien compter cette somme à la personne dénommée en la rescription. »

On remarquera que, dans cette première série de délégations, il n'y a aucun point de contact entre cet acte et la novation.

2° *Délégation précédée d'obligations antérieures.* — La délégation peut encore — et c'est l'aspect sous lequel on l'envisage le plus ordinairement — intervenir entre personnes que lient des rapports juridiques antérieurs, *Primus* (déléguant), débiteur de *Secundus* et créancier de *Tertius*, charge ce dernier (délégué) de faire sa prestation à *Secundus* (délégataire). Nous pouvons supposer, par exemple, que *Primus*, débiteur de *Secundus* de 10.000 fr., a vendu un immeuble à *Tertius* ; et il a chargé celui-ci de payer 10.000 francs entre les mains de *Secundus*. Par l'effet du paiement que *Tertius* fera à *Secundus*, les deux obligations existant, entre *Primus* et *Secundus* d'une part, et entre *Primus* et *Tertius* d'autre part, seront éteintes. La délégation sera, dans ce cas, un procédé de simplification, un moyen d'économiser des transferts multiples de valeurs, une véritable *lettre de change civile*.

Délégation parfaite et délégation imparfaite. — Lorsque la délégation joue ce deuxième rôle, elle peut, suivant la volonté des parties, produire un effet novatoire, c'est-à-dire éteindre, *hic et nunc*, les deux obliga-

1. F. Hubert, *Essai d'une théorie juridique de la délégation*, thèse Poitiers, 1899 ; Capitant, *De la Cause des obligations*, 3e éd., p. 389 à 410. Voir aussi les très intéressantes explications que donne Pothier sur les différentes applications de la délégation dans son *Traité du contrat de change* art. 3, *Des Rescriptions* (c'était le nom générique sous lequel on désignait autrefois la délégation), nos 225 à 236. En rapprocher ce qu'il dit de la délégation parfaite dans son *Traité des Obligations*, n° 600.

tions préexistantes, pour les remplacer par l'engagement que le délégué prend envers le délégataire, ou, au contraire, laisser subsister ces deux obligations jusqu'au moment où le délégué paiera le délégataire. Il semble que la plupart de nos anciens auteurs, prenant « un effet accidentel pour un caractère spécifique », n'aient guère aperçu que la première variété de délégation, la délégation novatoire. C'est pour cela que le Code traite de l'opération à propos de la novation. D'autres auteurs, comme Pothier, n'avaient pas commis cette confusion. Néanmoins, il en subsiste cette conséquence que, dans le langage de la Doctrine, on dit traditionnellement qu'il y a *délégation parfaite* seulement au cas où la délégation emporte novation, ou plutôt double novation, puisque l'engagement pris par le délégué envers le délégataire éteint à la fois la dette du délégué vis-à-vis du déléguant et celle du déléguant vis-à-vis du délégataire.

L'article 1275 du Code civil prévoit le cas d'une délégation parfaite. L'effet novatoire, nous dit-il, ne se produit qu'autant que le créancier (délégataire) auquel le déléguant offre un nouveau débiteur, a *expressément* déclaré qu'il entendait décharger son premier débiteur. Cela paraît tout d'abord inutile à dire, puisque nous savons que la novation ne se présume pas et ne se réalise qu'autant que l'*animus novandi* est certain (art. 1273, C. civ.). Mais, à y regarder de plus près, on aperçoit qu'en matière de délégation, la loi se montre encore plus exigeante que pour une novation ordinaire. Il n'y suffit pas en effet que l'intention du créancier délégataire de libérer son débiteur résulte des circonstances; il faut une *déclaration expresse* de sa part, ainsi que le prouve la différence de rédaction des articles 1273 et 1275 (Req., 8 février 1888, D. P. 88.1.372, S. 90.1.85; Paris, 14 décembre 1889, D. P. 90.2.189).

Quand, au contraire, le créancier n'a pas manifesté sa volonté de décharger son débiteur, on dit qu'il y a simplement *délégation imparfaite*. Dans cette opération que Pothier désignait plus particulièrement par le mot d'*assignation* (*Change*, n° 226, éd. Bugnet, t. IV, p. 572), le débiteur déléguant reste obligé vis-à-vis du délégataire, son créancier, lequel aura désormais deux débiteurs au lieu d'un.

Dans la pratique, c'est évidemment sous cette dernière forme que se présente le plus souvent la délégation. Et on comprend aisément pourquoi. Le créancier délégataire ne consent pas volontiers à renoncer à sa créance contre le déléguant, le seul des deux obligés qu'il connaisse peut-être, et qui lui présente par conséquent des garanties de solvabilité. Il veut bien accepter un nouveau débiteur, pour éviter des transports inutiles de valeurs et faciliter le paiement, mais il tient à conserver son recours initial, surtout quand à ce recours sont attachés des privilèges ou hypothèques, ou des actions spéciales et énergiques (telles que l'action en résolution du vendeur pour défaut de paiement du prix), garanties et actions qu'une novation lui ferait perdre (Civ., 12 août 1879, D. P. 79.1.473, S. 80.1.57).

Comparaison entre la délégation parfaite et la cession de créance. — La délégation parfaite, assez rare en fait, mais dont la pratique offre

cependant des exemples (V. Civ., 24 janvier 1872, D. P. 73.1.75, S. 72.1. 31), ressemble beaucoup à la cession de créance. Elle aboutit au même résultat que si *Primus* avait cédé sa créance contre *Tertius* à *Secundus*. La ressemblance est telle qu'il est souvent difficile de distinguer les deux opérations, d'autant plus que les actes disent souvent que *Primus cède et délègue* à *Secundus* ses droits contre *Tertius*. La différence réside dans les traits suivants :

La cession de créance est un contrat auquel le débiteur cédé, *Tertius*, est étranger. Au contraire, dans la délégation, le délégué *Tertius* s'engage envers le délégataire.

De plus, la cession de créance suppose ordinairement l'intention de spéculer de la part du cessionnaire, lequel achète ordinairement la créance à un prix inférieur à son chiffre nominal, et espère retirer du débiteur une somme plus élevée. C'est pourquoi le cédant ne lui garantit que l'existence de la créance au moment de la cession, et non la solvabilité du débiteur cédé (art. 1693, 1694). Au contraire, le délégataire, lui, n'agit pas pour spéculer, il veut simplement assurer son paiement. En conséquence, le déléguant est garant envers lui de la solvabilité du débiteur délégué, au moment de la délégation (art. 1276, C. civ. V. note de M. Capitant sous Toulouse, 4 avril 1895, D. P. 98.2.337).

Enfin, la cession de créance doit être signifiée au débiteur cédé, ou acceptée par lui dans un acte authentique (art. 1690). Naturellement, ces formalités ne sont pas exigées pour la délégation, puisque celle-ci suppose nécessairement l'intervention du débiteur délégué.

Effets de la délégation au regard du déléguant. — La délégation favorise la libération du débiteur. Celle-ci se produit immédiatement en cas de *délégation parfaite*. Dans l'hypothèse d'une *délégation imparfaite*, au contraire, on peut se demander quel est l'avantage que le déléguant retire de l'opération, étant donné qu'il ne sera libéré de sa dette envers le délégataire que lorsque le délégué aura payé. Cette considération que le déléguant ne peut avoir entendu conférer à son créancier un bénéfice gratuit, sans avantage pour lui-même, a conduit les auteurs italiens à enseigner que, dans la délégation imparfaite, le déléguant, l'échéance arrivée, serait en droit d'exiger que le délégataire poursuivît d'abord le délégué et ne se retournât ensuite contre lui-même que faute d'avoir pu se faire payer (V. Coviello, *Archivo Giuridico*, t. 46, p. 305). Dès lors, le déléguant gagnerait à la délégation imparfaite de changer sa situation de débiteur principal contre celle de caution, tenue *subsidiairement* et armée d'un *bénéfice de discussion* lui permettant de rejeter les premières poursuites sur un autre. Mais cette opinion n'a jamais été soutenue en France. Le déléguant, dans la délégation imparfaite, n'obtient, chez nous, a-t-on dit, d'autre avantage que d'échanger la certitude d'avoir à payer à l'échéance contre une simple *éventualité de poursuite*. La vérité, c'est que la délégation imparfaite est une *garantie* pour le créancier (le délégataire), que celui-ci exige souvent, soit pour consentir à traiter avec son débiteur, soit pour lui accorder un atermoie-

ment après avoir traité. C'est un moyen pour le débiteur qui possède une créance, de s'en faire un *instrument de crédit*. Ainsi, la délégation imparfaite joue un peu le même rôle qu'un nantissement de créance.

Nous avons dit qu'en cas de *délégation parfaite*, le déléguant était *hic et nunc* entièrement libéré envers le délégataire. Dès lors peu importe pour lui que le délégué paye ou ne paye point à l'échéance. Le délégataire n'aura pas de recours contre lui. C'est ce qui faisait dire à nos anciens auteurs : « Qui accepte délégation se fait préjudice. » L'article 1276 indique cependant qu'il en sera autrement dans deux hypothèses : 1° si le délégataire s'est expressément réservé ce recours ; 2° si le délégué était en faillite au moment de la délégation.

Quel est le caractère de ce recours ? Il nous semble qu'il faut distinguer. Au cas où le délégué était en faillite lors de la délégation, ce qui explique le recours du délégataire contre le déléguant, c'est une présomption d'erreur de la part du délégataire, erreur qui fait annuler la novation consentie par lui. C'est donc par son action ancienne, *avec les sûretés* qui pouvaient l'accompagner, que le délégataire poursuivra le déléguant. Dans l'hypothèse, au contraire, où le délégataire s'est réservé son recours contre le déléguant, nous ne croyons pas qu'il puisse agir par son action première. En effet, celle-ci a été éteinte par la novation qui s'est bien produite et n'est pas annulée (l'article 1276 suppose en effet que le délégataire a « déchargé » le déléguant). Dès lors, l'engagement par lequel ce dernier a consenti à demeurer tenu envers le délégataire, pour le cas de non-paiement de la part du délégué, n'est pas fortifié par la sûreté de la première dette. C'est un engagement nouveau, dans lequel le déléguant se porte *caution* du délégué, le nouveau débiteur. Et ici il n'est pas douteux qu'il faille lui accorder le *bénéfice de discussion* que nous refusions plus haut au déléguant de la délégation imparfaite.

Reste à savoir si, dans le cas où le délégué, manquant à l'attente du déléguant, ne paie pas le délégataire à l'échéance, le déléguant pourra agir contre lui par son ancienne action. Cela n'est pas douteux en cas de *délégation imparfaite*. Celle-ci laisse subsister les deux obligations antérieures existant, d'une part, entre *Primus* (déléguant) et *Secundus* (délégataire) et, d'autre part, entre *Primus* (déléguant) et *Tertius* (délégué). Elle ne fait que leur en juxtaposer une troisième, entre Secundus et Tertius, obligation nouvelle dont l'extinction mettra fin aux deux obligations antérieures. Primus, restant obligé envers Secundus, a évidemment entendu se réserver son recours éventuel contre Tertius, au cas où celui-ci ne le libérerait pas, en se libérant lui-même, par un paiement fait aux mains du délégataire. Au contraire, en cas de *délégation parfaite*, Primus, le déléguant, ne pourra évidemment pas recourir contre Tertius, à défaut de paiement de la part de celui-ci. La libération totale et definitive que lui a accordée le délégataire, fait que le paiement ou le non-paiement du délégué sont désormais pour lui choses indifférentes.

Effets de la délégation au regard du délégué. Caractéristique essentielle de la délégation. — Sans nous inquiéter désormais de sa-

voir si la délégation est parfaite ou imparfaite, nous relèverons ce trait que la délégation a pour effet de créer un lien de droit entre le délégué et le délégataire, lien de droit qui résulte de l'engagement pris par le délégué envers le délégataire. Cet engagement est indépendant de celui qui liait le délégué au déléguant.

Il en résulte, et ceci est capital, que *le délégué ne peut pas opposer au délégataire les exceptions et moyens de défense qu'il avait contre le déléguant.* Supposons, par exemple, que l'acheteur qui s'est engagé à payer le prix par délégation entre les mains d'un créancier de son vendeur soit plus tard évincé de l'immeuble acheté. Il ne pourra pas arguer de l'éviction pour refuser de payer le délégataire.

De même, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a décidé que le délégué ne-peut s'affranchir de son engagement envers le délégataire, ni répéter ce qu'il lui a versé, sous prétexte que, par erreur, il se serait cru obligé lui-même envers le déléguant, ou par cette autre raison que son obligation envers ce dernier serait entachée de nullité (Req., 7 mars 1855, D. P. 55 1.107, S. 55.1.577 ; Civ., 24 janvier 1872, D. P. 73.1.75, S. 72. 1. 31 ; Civ., 21 mars 1910, S. 1913. 1.241).

Cette solution, constante en jurisprudence, et qu'enseignait déjà Pothier (*Obligations*, n° 602, éd. Bugnet, t. II, p. 320), prête à de graves objections. Ne peut-on pas dire, en effet, que l'engagement du délégué envers le délégataire est vicié par l'erreur, ou manque de cause, si son propre engagement envers le déléguant se trouve être inexistant, nul, ou paralysé par une exception telle que l'exception *non adimpleti contractus*, puisque c'est évidemment en vue de se libérer de cet engagement que le délégué avait consenti à s'obliger envers le délégataire ?

Pour répondre à cette objection, il importe de se rappeler cette observation essentielle, faite par nous plus haut, que la délégation est une opération qui peut intervenir pour des raisons et en visant les buts les plus divers, quelquefois, pour éteindre deux obligations antérieures, mais, d'autres fois, pour faire un prêt, pour réaliser une donation, etc... Dès lors, le dessein qui, dans les hypothèses précédemment énumérées, avait poussé le délégué à s'engager envers le délégataire, à savoir se libérer lui-même envers le déléguant, ne peut influer sur la validité de cet engagement. Il en est ainsi pour tous les engagements dont la cause réside dans un rapport juridique existant entre le débiteur et un tiers, (cautionnement, acceptation du tiré dans la lettre de change). C'est pourquoi l'on dit que ce sont des engagements *abstraits*, c'est-à-dire valables indépendamment de la cause qui a déterminé le débiteur à s'obliger, car cette cause peut ne pas être connue par le créancier. Tel est le cas pour la délégation. Le délégataire qui, sur le *jussus* du déléguant, reçoit comme règlement ou comme garantie l'engagement du délégué, ignore quels sont les rapports juridiques qui unissent le délégué avec le déléguant, son propre débiteur ; il ignore le mobile qui pousse le délégué à s'obliger envers lui, car ce mobile peut varier suivant les hypothèses. La fausseté ou la caducité de ce mobile ne saurait donc influer sur la validité de l'engagement.

Ajoutons qu'au cas d'*erreur* chez le délégué, cette erreur suppose de sa part une certaine légèreté, une imprudence, une faute en un mot. Le délégataire qui, lui, n'a commis aucune faute et qui n'a sans doute consenti à faire une avance au déleguant ou, *à fortiori*, à le libérer (hypothèse de la délégation parfaite) qu'en considération de l'engagement du délégué, ne doit pas souffrir de son erreur.

Rapprochement entre la solution précédente et celles des Codes étrangers récents et du Droit commercial français. — Le Code civil allemand (art. 784 al. 1) et le Code suisse des Obligations (art. 468, al. 1) ont expressément consacré la règle que l'assigné ou délégué, qui a accepté l'assignation ou délégation, ne peut pas opposer à l'assignataire les exceptions qui dérivent de ses relations avec l'assignant.

Les jurisconsultes allemands et suisses expliquent ce résultat en disant que l'acceptation crée une obligation *abstraite*, c'est-à-dire dont la validité est indépendante de toute cause d'engagement entre l'assigné et l'assignant.

La délégation, qui joue, en somme, dans notre Droit civil, un rôle assez restreint, expliquerait, d'après quelques auteurs, le mécanisme de certaines des institutions les plus importantes de notre Droit commercial, de la *lettre de change*, du *transfert* des titres nominatifs, des *ventes par filières*, de la *commission de transport* (V. Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 5e éd., nos 600, 1039, 1229, 1292). Ainsi, dans la lettre de change, le tireur serait le déléguant, le tiré le délégué, et le porteur le délégataire. Et c'est par une simple application de la théorie civiliste de la délégation que s'expliquerait la règle si importante de l'*inopposabilité des exceptions* en matière de lettre de change. Le tiré qui a accepté la lettre de change ne peut opposer au porteur de la traite aucun des moyens de défense qu'il pouvait faire valoir contre le tireur ; cela tient, nous dit-on, à ce que le tiré est un délégué, le tireur un déléguant et le porteur un délégataire.

Ce n'est pas d'ailleurs la seule application de la délégation que l'on rencontrerait en notre Droit commercial. Cette théorie, en effet, pourrait servir, d'après le même auteur, à expliquer tous les cas où il y a transfert d'une créance d'une personne à une autre, sans que le débiteur puisse opposer au nouveau titulaire de la créance les moyens de défense qu'il avait contre l'ancien. « Le nombre des applications que reçoit la délégation, écrit M. Thaller, est incalculable... » Et il constate qu'elle se développe de plus en plus, au détriment de l'opération du *transport*, c'est-à-dire de la cession de créance. La supériorité économique de la délégation sur la cession de créance réside, en effet, en ceci que la cession transfère la créance telle qu'elle existe, le débiteur cédé conservant contre le cessionnaire toutes les exceptions qu il pouvait opposer au cédant. La délégation au contraire, en créant un nouvel engagement entre le délégué et le délégataire, procure à celui-ci une créance qui est à l'abri de toutes les causes antérieures de nullité. Par l'effet de la délégation, les créances peuvent donc constituer un

moyen de règlement comparable à la monnaie, en solidité, en sécurité[1].

SECTION III. — COMPENSATION[2].

Définition, utilité, applications de la compensation. — La compensation est un mode d'extinction des créances qui évite un double paiement, un double versement de capitaux, et simplifie ainsi les rapports du créancier et du débiteur. Pour qu'elle soit possible, il faut supposer que deux personnes sont respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre d'objets identiques, et notamment (car c'est le seul cas pratique) de deux sommes d'argent. Par exemple, je vous ai prêté 1.000 fr., et je vous dois une même somme. La compensation éteint nos deux dettes, soit en totalité si — chose rare — ces dettes sont rigoureusement égales, soit jusqu'à concurrence de la plus faible des deux dettes, si elles sont inégales. Dans cette seconde hypothèse, le débiteur de la dette la plus forte n'aura qu'un reliquat à payer. Dans tous les cas, la compensation nous dispense l'un et l'autre d'un versement de fonds. Chacun de nous *se paie sur ce qu'il doit*. La compensation apparaît comme *un double paiement abrégé*.

Mais la compensation n'a pas seulement cet avantage économique de simplifier les rapports des deux parties ; elle remplit une autre fonction, qui est d'assurer l'égalité entre elles. En effet, si une des parties payait effectivement, sans attendre d'être payée par l'autre, elle aurait à craindre l'insolvabilité de l'*accipiens*, qui pourrait dissiper les fonds reçus par lui et ne pas payer lui-même. A ce point de vue, la compensation joue le rôle de *garantie*. Chacun des créanciers débiteurs peut être considéré comme investi d'une sûreté spéciale sur cet élément du patrimoine de son débiteur qui est la créance de ce dernier contre lui-même.

Seulement, il faut aussitôt remarquer que ce résultat n'est obtenu qu'au détriment des autres créanciers de l'insolvable, lesquels subissent la loi du concours, tandis que le créancier-débiteur échappe à cette loi, et emploie la totalité de sa dette à solder sa propre créance. La compensation confère donc à celui qui en bénéficie l'*équivalent d'un privilège* à l'encontre de la masse des créanciers.

C'est pourquoi nous verrons que la loi écarte la compensation lorsque l'un des intéressés tombe en état de *faillite*, car, à partir de la faillite, la plus stricte égalité doit régner entre les créanciers.

C'est en matière commerciale que la compensation trouve ses plus importantes applications. Cela se comprend sans peine. Il est rare que des rapports réciproques d'obligations se forment entre personnes non commerçantes. Au contraire, ces rapports mutuels entre deux négociants, par exemple entre un commerçant et son banquier, entre un fabricant et un commissionnaire, sont de tous les jours. Or, le commerce vit surtout de

1. Il ne nous paraît pas possible néanmoins de voir dans les diverses institutions de notre Droit commercial citées par Thaller des applications de la délégation. Pour la réfutation de sa thèse, V. Capitant, *Théorie de la cause*, p. 406 à 408.

2. Cons. René Cassin. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, p. 190 et s., Thèse Paris, 1914.

crédit ; il évite le plus possible l'emploi du numéraire, il a besoin de simplifier le plus possible les paiements.

De là est né l'usage du *compte courant* dont nous avons déjà parlé et qui est fondé sur le principe de la compensation. Toutes les opérations commerciales qui se font entre les deux parties, viennent se fondre dans le compte courant, et le *solde* constaté lors la clôture de ce compte fait seul l'objet d'un paiement effectif.

Mais, en outre de cette première application, la compensation en trouve une seconde encore plus large dans l'institution des *banques de dépôt*, et dans l'emploi qu'elles font du *chèque*. Ces banques reçoivent des ordres d'encaissement ou des ordres de paiement de la part de leurs clients, sous forme d'effets de commerce ou de chèques. D'une part, elles entretiennent un compte courant au nom de leur client et, d'autre part, elles font entre elles la compensation des sommes qu'elles se doivent réciproquement. L'institution des *chambres de compensation*, imitées des *clearing-houses* anglaises, facilite ces règlements ; et ainsi un grand nombre de créances et de dettes se trouvent éteintes sans qu'il y ait de mouvement de numéraire. On le voit, ce qu'il y a de remarquable dans cette application de la compensation, c'est que, par l'intermédiaire des banquiers, elle s'opère entre un nombre considérable d'obligations émanant de personnes multiples, sans aucun lien direct les unes envers les autres, et non plus seulement comme en droit civil, lorsque deux mêmes personnes sont à la fois et respectivement créancières et débitrices.

§ 1. — Théorie de la compensation en Droit français.

Caractère légal de la compensation en Droit français. — La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, *même à l'insu des débiteurs* ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Cette règle écrite dans l'article 1290 du Code civil, est le trait essentiel de notre compensation française moderne. L'extinction des deux dettes se produit automatiquement, au moment même de leur coexistence, sans nulle intervention de la volonté des parties.

Il est curieux de constater que cette règle a son origine dans une fausse interprétation des textes romains.

Pendant longtemps, jusqu'à une réforme attribuée à Marc Aurèle, le Droit romain a ignoré la compensation sinon sous la forme d'une convention. Lorsque deux personnes étaient respectivement créancières et débitrices, elles pouvaient bien convenir en effet que leurs dettes s'éteindraient jusqu'à concurrence de la plus faible ; mais si elles ne se mettaient pas d'accord, chaque dette devait être exécutée. Le créancier pouvait donc poursuivre son débiteur, sans que ce dernier pût refuser de payer en invoquant sa propre créance. Ce résultat singulier, peu conforme à l'esprit pratique des Romains, s'explique par une particularité de la procédure ancienne. C'est que, pour faciliter la tâche du juge, simple juré civil, la

loi romaine défendait aux plaideurs de lui poser plus d'une question. Le défendeur poursuivi en justice pouvait donc bien soutenir que la dette invoquée contre lui n'avait jamais existé, ou bien quelle était éteinte; mais il ne pouvait, pour se défendre, former une demande reconventionnelle, invoquer un autre droit lui appartenant (Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6e édit., p. 717).

Ce principe ancien de *l'unité et de la simplicité de la question* posée au juge devait, à un moment donné, recevoir des tempéraments. Les Institutes de Justinien (IV, 6, § 30) nous apprennent que Marc Aurèle accorda au défendeur, poursuivi en paiement d'une dette, et qui se prétendait créancier du demandeur, le droit d'opposer *l'exception de dol*, car celui qui réclame ce qu'il doit restituer commet un dol (173, § 3, D. *de regulis juris*, L, 17). Cette réforme dut logiquement s'étendre aux actions de bonne foi, dans lesquelles l'exception de dol était sous-entendue. La compensation était ainsi créée. Elle était *judiciaire*, car elle résultait de la sentence du juge ; c'est lui qui la prononçait.

Justinien modifia à son tour les règles de la compensation, et divers textes du Code, du Digeste et des Institutes (10 pr. et 21. D. *de compens.*, XVI, 2) nous disent qu'elle eut lieu dorénavant *ipso jure*. Le sens de ces mots a été vivement discuté. On est d'accord aujourd'hui pour reconnaître qu'ils ne veulent pas dire que la compensation se faisait de plein droit, sans le consentement des parties, car les textes classiques que Justinien a reproduits au Digeste prouvent le contraire. Les mots *ipso jure* signifient simplement que la compensation pouvait désormais être invoquée sans l'emploi des formes de procédure antérieures, en particulier sans exception de dol (Girard, *op. cit.*, p. 723).

Mais cette interprétation n est pas celle que donnèrent autrefois les glossateurs. L'opinion qui l'emporta chez eux était que la compensation Justinienne se réalisait au moment de la naissance des deux dettes, et par le seul effet de la loi. Au XVIIe et au XVIIIe siècles, cette solution est définitivement admise (Pothier, *Obligations*, n° 635, éd. Bugnet, t. II, p. 345 ; Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. IV, sect. I, n° 4, éd. Remy, t. II, p. 248). Et c'est ainsi qu'elle a passé dans l'article 1290 du Code civil.

Conditions de la compensation découlant de l'idée que la compensation est un paiement. — La compensation ne peut se produire que moyennant les quatre conditions ci-après qui, toutes, se rattachent, avec la rigueur d'un corollaire, au principe que la compensation doit procurer aux parties l'équivalent d'un paiement.

1° Les deux obligations doivent exister entre les deux mêmes personnes ;

2° Elles doivent avoir pour objet de l'argent, ou des choses fongibles de la même espèce ;

3° Elles doivent être *liquides* ;

4° Elles doivent être *exigibles*.

1° Les deux obligations doivent exister *entre les deux mêmes* personnes. C'est la condition essentielle de la compensation.

Il faut que chacune des parties figure dans ce double lien obligatoire à la fois comme créancier et comme débiteur *personnel*.

Ainsi un tuteur ne peut pas opposer en compensation à son créancier la dette dont ce dernier est tenu envers le pupille ; de même, le débiteur du tuteur ne peut pas opposer à celui-ci sa propre créance contre le pupille (Civ., 11 mars 1902, D. P. 1902. 1. 168, S. 1905. 1. 487). De même encore, la créance d'une société commerciale envers un associé ne peut être opposée en compensation à la poursuite que celui-ci intente, à raison d'un prêt personnel qu'il lui a fait, contre un membre de la même société (Civ., 7 février 1905, D. P. 1905. 1. 432, S. 1906. 1. 15).

2° Les deux obligations doivent avoir pour objet de *l'argent* ou *des choses fongibles de la même espèce* (art. 1291, al. 1er).

La compensation n'est pas possible lorsque les dettes ont pour objet des corps certains, ou même des choses fongibles d'espèces différentes, par exemple, du vin et du blé. En effet, la compensation doit mettre chacune des deux parties dans la même situation que si les deux paiements avaient eu lieu. Donc, chaque créancier a le droit d'exiger ce qui lui est dû et non autre chose ; or, cette condition ne serait pas remplie, si deux dettes ayant des objets différents pouvaient s'éteindre par voie de compensation.

L'article 1291, al. 2, admet pourtant par exception que, si une obligation a pour objet une somme d'argent, et l'autre une prestation portant sur des denrées dont le prix est constaté par des mercuriales, c'est-à-dire par une cote officielle, la compensation est possible. Cette disposition est une innovation du Code. Nos anciens auteurs repoussaient en pareil cas la compensation (Pothier, *Obligations*, n° 626, éd. Bugnet, t. II, p. 339). Le Code l'a admise à cause de la facilité qu'il y a pour celui à qui il est dû des denrées ayant un cours officiel, de se procurer, en les vendant, une somme équivalente à celle qu'il doit lui-même.

3° Les deux obligations doivent être *liquides* (art. 1291, 1er al.). Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû, *an et quantum debeatur*.

Ainsi, une dette contestée n'est pas liquide et ne peut être opposée en compensation, pourvu toutefois que la contestation soit sérieuse. Il ne suffirait pas, pour empêcher la compensation, que l'une des parties soulevât une mauvaise chicane, et soutînt contre toute évidence qu'elle n'est pas débitrice.

Mais ce n'est pas tout. Il ne suffit pas que l'existence de la dette soit certaine ; il faut en outre que le montant en soit déterminé. Par conséquent, si le *quantum* de la dette ne doit être connu qu'après l'apurement d'un compte, la liquidation d'une société ou d'une communauté conjugale, ou l'estimation d'un dommage causé, la compensation légale ne s'opère pas. Il en serait toutefois autrement s'il suffisait d'une vérification prompte et facile pour connaître le montant de la dette. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit « d'une créance dont le chiffre peut être déterminé sans difficulté et sans retard, notamment par la simple présentation de mémoires taxés et de quittances d'officiers ministériels » Civ., 22 août 1865, D. P. 65. 1. 358, S. 66. 1.153).

La condition de liquidité exigée par l'article 1291 a été critiquée. Du mo-

ment que la compensation opère de plein droit, a-t-on dit, il n'y a pas à tenir compte des contestations des parties, ou de leur défaut de connaissance du *quantum*. Pourvu que les deux dettes aient coexisté, elles doivent s'éteindre au moment même où s'est produite cette coexistence. Logiquement, l'objection est exacte. Mais, en pratique, la condition de liquidité est nécessaire pour pallier les inconvénients que présenterait, sans ce correctif, l'institution de la compensation. Il ne faut pas qu'un débiteur puisse refuser de payer sa dette, en invoquant une créance dont l'existence est douteuse, ou dont la détermination exige de longues opérations. Admettrait-on, par exemple, que le locataire d'un appartement, débiteur des termes de son loyer, pût refuser de les payer, sous prétexte qu'il a souffert d'un trouble de jouissance causé par le bailleur, et qu'il pût ainsi reculer le paiement de son loyer jusqu'au jour, peut-être éloigné, où la justice aurait pu statuer sur sa plainte ? (V. Civ., 22 octobre 1907, D. P. 1907.1.508, S. 1909.1.513). Avant que la règle actuelle ne se fût dégagée, la compensation était mal vue de notre ancien Droit coutumier, à cause des facilités qu'elle offrait aux débiteurs de mauvaise foi pour retarder le paiement. « Une dette n'empêche pas l'autre », écrivait alors Loysel. Aujourd'hui, ces inconvénients n'existent plus, étant donnée l'exigence de l'article 1291.

Il faut signaler cependant ici que la pratique a trouvé le moyen d'éluder souvent cette règle par l'emploi des *saisies-arrêts sur soi-même*, opération dont la Jurisprudence admet la validité (Req., 27 juillet 1891, D. P. 92.1.430, S. 92.1.225). Supposons un débiteur, créancier de son créancier d'une obligation non encore liquide, de telle sorte qu'il ne puisse l'opposer en compensation. Il pratiquera une saisie-opposition entre ses propres mains. En effet, à la différence de l'article 1291, l'article 559 du Code de procédure n'exige pas la liquidité de la créance alléguée pour autoriser la saisie-arrêt. De cette façon donc, la saisie-arrêt *devance les effets de la compensation*. Seulement, elle n'est possible, à défaut de liquidité de la créance, que moyennant un *permis* du président du tribunal, ce qui constitue une garantie contre les abus possibles.

4° Les deux obligations doivent être l'une et l'autre *exigibles* (art. 1291, al. 1er). Si donc l'une d'elles est à terme, la compensation ne se produit qu'au moment de l'échéance. Tant que celle-ci n'est pas arrivée, le créancier dont la créance est pure et simple a le droit d'exiger le paiement. C'est qu'en effet la compensation équivaut au paiement. Dès lors, le créancier, tenu, de son côté, d'une dette à terme, souffrirait un dommage, si on lui imposait la compensation. Cela équivaudrait à le contraindre à un paiement immédiat, et il serait ainsi privé du bénéfice du terme.

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'au terme *de droit* ou *conventionnel*. Au contraire le *terme de grâce* n'est point un obstacle à la compensation (art. 1292). Ce terme, comme on le verra bientôt, n'est en effet qu'une faveur accordée par le juge au débiteur malheureux et de bonne foi, hors d'état de se libérer. Or le débiteur qui possède, de son côté, une créance contre son créancier, n'est pas hors d'état de payer. Il peut s'acquitter *en monnaie de compensation*, c'est-à-dire par l'extinction de sa propre créance.

Des cas exceptionnels où la compensation est écartée. — Bien que les conditions ci-dessus indiquées se trouvent exister, il y a pourtant des cas où la compensation ne se produit pas. Ce sont les suivants :

1° La compensation n'a pas lieu *au préjudice des droits acquis à un tiers* (art. 1298). Cette disposition est fondée sur la raison autant que sur l'équité. Elle se lie au principe que la compensation agit comme un paiement. Dès lors que ce paiement devient impossible à imposer, la compensation, paiement forcé, automatique et, nous l'avons vu, privilégié, ne peut pas non plus s'effectuer. Voici les principales applications de cette idée :

A. — Celui qui, étant débiteur, est devenu créancier de son créancier *après une saisie arrêt* faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation (art. 1298, 1242.).

B. — Le créancier tombe en *faillite* et, *postérieurement*, son débiteur acquiert une créance contre lui. Ici encore, la compensation n'est plus possible, car à partir de la faillite, tous les créanciers du commerçant doivent être traités également et subir la loi du concours. Aucun d'eux ne peut recevoir un paiement séparé.

Cependant, le principe que la faillite met obstacle à la compensation souffre exception dans le cas où les deux dettes se trouvent confondues dans un compte unique dont elles sont de simples éléments. Il en est ainsi des dettes et créances figurant dans un *compte courant*. En raison de l'*indivisibilité* de ce compte, il est admis que c'en est seulement le solde en actif ou en passif qui figure dans la faillite. La jurisprudence applique la même solution, en cas de faillite d'un commerçant marié, aux reprises et récompenses de la femme. Celles-ci ne peuvent être considérées comme des obligations distinctes, indépendantes les unes des autres, mais comme les éléments d'un compte unique et indivisible dont le reliquat final est seul à considérer (Amiens, 16 mai 1877 et Caen, 27 juin 1874, D. P. 80.2.215 et 76.2.138, S. 79.2.145, note de M. Labbé)[1].

2° Une créance *insaisissable* ne peut pas, non plus, être déduite en compensation. L'article 1293-3° applique cette exception au cas d'une « dette d'aliments déclarés insaisissables ». Par exemple, le créancier d'une pension alimentaire devient débiteur de celui qui doit la lui payer. Ce dernier ne peut pas invoquer la compensation pour refuser de payer, jusqu'à concurrence de sa propre créance, les arrérages de la pension. S'il le pouvait, cela équivaudrait de ce fait à saisir-arrêter la pension dont il est débiteur, pour en faire servir le montant non pas à l'alimentation du pensionnaire, mais à l'acquittement de ce qui lui est dû.

Bien que l'article 1293-3° ne parle que des créances d'aliments, il faut appliquer la même règle à toute créance insaisissable, quelle qu'elle soit, car une telle créance ne peut jamais être le gage des créanciers. Par exemple, si un chef d'entreprise est débiteur d'une rente pour cause d'accident, il ne

1. V. aussi Paris, 24 mai 1927, (*Gaz. Pal.*, 1927.2.317), relativement aux comptes entre client et entrepreneur.

peut pas refuser de payer les arrérages qu'il doit à l'ouvrier victime de l'accident, sous prétexte qu'il a fait des avances en argent, dont celui-ci reste redevable.

Cette solution, nous le verrons plus loin, prend une importance considérable dans les rapports du chef d'entreprise débiteur du salaire et de l'ouvrier qui se trouverait à son tour débiteur de son patron pour une cause quelconque, depuis la loi du 12 janvier 1895 relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers et employés, loi déclarant ces salaires et traitements insaisissables jusqu'à concurrence des neuf dixièmes. Il en résulte que, lorsque le patron est créancier de son ouvrier, la compensation, en principe, ne s'opère que dans cette mesure restreinte d'un dixième, entre sa créance personnelle et sa dette de salaire.

3° Enfin, l'article 1293-1° et 2° indique deux hypothèses d'exclusion de la compensation qui n'ont pas grand intérêt, car presque jamais, dans ces hypothèses, les conditions de la compensation ne se trouveront réunies.

A. — *Première hypothèse.* — On suppose une « *demande en restitution* d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ». Le spoliateur ne peut pas résister à cette demande, en invoquant une créance contre le demandeur. Il doit commencer par rendre la chose dont il s'est emparé. Ce n'était pas la peine de le dire. Car, pour que le spoliateur pût se prévaloir de la compensation, il faudrait qu'il se fût rendu maître d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité de denrées appartenant à son débiteur. Cela est très rare, mais non absolument sans exemple. Ainsi, on peut supposer qu'un notaire s'est emparé indûment de fonds appartenant à son client. Dans ce cas, l'article 1293-1° aura cet effet que le notaire ne pourra se prévaloir d'une dette du client ainsi spolié, pour différer ou restreindre la restitution à lui faire. *Spoliatus ante omnia restituendus* (Req., 24 avril 1903, D. P. 1904.1.115, S. 1903.1.400).

B. — *Seconde hypothèse.* — Le *dépositaire* ou le *commodataire* ne peuvent non plus refuser de rendre l'objet déposé ou emprunté, en invoquant la compensation de ce que leur doit le déposant ou le prêteur (art. 1293-2° ; art. 1885). Ici encore, il ne pourrait y avoir compensation que s'il s'agissait du dépôt d'une somme d'argent remise à découvert (Req., 6 mai 1901, D. P. 1903.1.381, S. 1905.1.318). Dans tous les autres cas, l'objet prêté ou déposé est un corps certain, et une des conditions nécessaires de la compensation fait défaut.

Autres opérations dénommées compensation. — La Doctrine, à côté de la compensation *légale* (la seule dont nous parle le Code), discerne deux autres espèces de compensation, la *conventionnelle* et la *judiciaire*, Ce sont en réalité des opérations différentes.

La compensation *conventionnelle* est une variété de contrat soumise, pour toute règle, au principe de l'article 1134. Par exemple, deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, conviennent que la dette de l'une, portant sur une somme d'argent, se compensera avec celle de l'autre portant sur des corps certains, ou qu'une dette liquide et exigible

s'éteindra concurremment avec une dette réciproque, non liquide ni exigible. Un contrat de ce genre pourrait être qualifié de *datio in solutum* réciproque.

La compensation *judiciaire* se produit en cas de *demande reconventionnelle*. Une personne, poursuivie par une autre en exécution d'une obligation, riposte en alléguant une créance qu'elle prétend avoir contre le demandeur. Par exemple, un locataire oppose à une demande en paiement de loyers une réclamation de dommages-intérêts fondée sur ce que le concierge, préposé du bailleur, a proféré contre lui des propos diffamatoires. Si le juge estime cette réclamation fondée, il fera l'évaluation du préjudice et prononcera en conséquence des dommages-intérêts qui viendront en déduction des loyers dus par le locataire.

Dans la compensation judiciaire comme dans la compensation conventionnelle, on le voit, on ne se trouve pas en réalité en présence du mode d'extinction ainsi dénommé par le Code civil puisque l'une des deux dettes (et peut-être l'une et l'autre) ne présente pas le caractère de liquidité et d'exigibilité requis par le Code pour qu'il y ait lieu à compensation.

§ 2. — Comparaison entre la compensation française et celle du Droit allemand.

Point de vue différent des deux législations. — La théorie française de la compensation, telle que nous venons de l'exposer, peut se résumer en cette formule, que la compensation est chez nous un *double paiement abrégé et automatique.*

La conception du Code civil allemand est différente. Il n'envisage pas avant tout, comme le nôtre, l'utilité économique de la compensation, mais surtout son *fondement d'équité* qui en fait une *institution de garantie.* La compensation, nous l'avons vu, empêche que, lorsqu'il y a deux créanciers-débiteurs réciproques, l'un d'eux puisse recevoir et non pas payer, parce qu'il serait insolvable en face d'une partie solvable. Un tel résultat, peut-on dire, n'est pas seulement équitable, il est encore conforme à l'intention vraisemblable des parties. Souvent en effet, dans les rapports d'affaires, une personne ne consent à faire crédit à une autre que parce qu'elle est déjà ou va devenir la débitrice de celle-ci, et qu'elle compte sur sa propre dette comme *garantie* de l'avance qu'on sollicite d'elle.

Voici dès lors les différences qui résultent, entre les deux législations, des points de vue différents auxquels elles se sont placées.

1° En Droit français, l'extinction respective des deux créances réciproques s'opère, *ipso jure*, *sitôt qu'elles coexistent*. En Droit allemand, au contraire, les deux dettes respectives ne s'éteignent pas de la sorte. Elles coexistent mais en se paralysant mutuellement ; il faudra une *déclaration* adressée par une des parties à l'autre pour que l'extinction réciproque se produise (art. 388, C. civ. allemand ; Cf. art. 124, C. suisse des Obligations). Il n'est pas nécessaire du reste que cette déclaration de volonté se fasse en justice ; elle peut se produire avant toute poursuite. Ajoutons — et ceci atténue beau-

coup la portée de la différence — qu'une fois la déclaration faite, la compensation produit son effet *rétroactivement* ; les deux dettes sont réputées éteintes depuis le moment où elles pouvaient être compensées (art. 389, C., civ. allemand ; art. 124, al. 2, C. suisse des Obligations). Cette particularité différencie complètement la compensation allemande de la prétendue compensation *conventionnelle* française qui, elle, produit ses effets *ex nunc*, au moment de l'accord des parties.

2° Le Droit allemand n'exige pas, comme le nôtre, pour que la compensation puisse être invoquée comme exception, que les deux dettes réciproques soient pareillement liquides et exigibles. En effet, chaque créancier n'étant réputé avoir consenti à l'avance sollicitée de lui que moyennant la garantie résultant de l'existence de sa propre dette envers son débiteur, on ne voit pas pourquoi il y aurait lieu de s'attacher à cette circonstance que cette dette était ou n'était pas actuellement liquide.

3° Supposons une dette envers un commerçant, arrivant à l'état de liquidité après faillite de celui-ci. Notre Droit n'admettrait pas que le débiteur refusât de payer à la faillite, en alléguant un ecréance qui lui appartiendrait à l'encontre du failli. La chose serait, au contraire, possible en Droit allemand. Il est en effet de principe que les créanciers qui bénéficient d'une sûreté spéciale, telle qu'un privilège ou une hypothèque, restent en dehors de la faillite.

Inconséquences du système français. Renonciations possibles à la compensation. — Nous avons vu que la rétroactivité attachée à la *déclaration de compensation* en Droit allemand atténue considérablement la différence qui distingue les deux législations. A l'inverse, notre théorie française comporte certaines solutions qui contredisent, dans une large mesure, le caractère légal de notre compensation :

1° Supposons qu'au mépris de la compensation opérée, un des créanciers-débiteurs poursuive l'autre en justice, et que le défendeur néglige d'invoquer cette compensation. Le juge pourra-t-il suppléer d'office ce moyen, à supposer qu'il en ait, en fait, connaissance ? Non assurément. C'est un principe essentiel de notre organisation judiciaire que, sauf dans les hypothèses où l'ordre public est en jeu, le juge ne doit statuer que sur les conclusions des parties. Le juge devra donc condamner le défendeur. Mais la créance existant au profit de ce dernier (laquelle logiquement devrait être considérée comme éteinte) reprendra vigueur, et pourra être invoquée, dans une autre instance, à l'encontre du demandeur actuel (Req., 18 novembre 1839, D., *J. G.*, V° *Obligations*, 2740). Cette solution découle de l'article 1299, aux termes duquel « celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, *en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation*, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, *à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette* ». Il résulte de ce texte que le débiteur qui réclame le montant de sa propre créance agit, non par l'action en répétition de l'indû, mais par son action

primitive, et même qu'il conserve les garanties accessoires de cette créance à l'encontre des tiers, lorsqu'il résulte des circonstances qu'il n'a pas sciemment entendu renoncer au bénéfice de la compensation. Pourquoi alors l'article 1290 avait-il pris soin de nous dire que la compensation s'opère « par la seule force de la loi, *même à l'insu des débiteurs* » ?

2° Un autre cas de renonciation au bénéfice de la compensation (renonciation tacite, cette fois) est visé par l'article 1295. Ce texte suppose qu'un débiteur a *accepté* purement et simplement, sans aucune réserve, *la cession* que son créancier a faite de ses droits à un tiers. Ce débiteur, à supposer qu'il soit en même temps créancier du cédant, est réputé avoir renoncé au bénéfice de la compensation. Il devra donc payer sa dette au cessionnaire, quitte à exercer lui-même sa propre créance contre le cédant.

On le voit, nonobstant le principe de la compensation légale et automatique, ce mode d'extinction, s'il ne nécessite pas de déclaration de volonté *conforme* des parties, est cependant écarté en cas de manifestation de volonté *contraire*. Par là, notre théorie continue à se relier à la tradition romaine qui fait de la compensation le résultat d'une *exception* expresse ou implicite ; elle s'apparente aux législations plus modernes qui la subordonnent à une déclaration.

SECTION IV. — Confusion (art. 1300-1301).

Définition. Hypothèses pratiques de confusion. — La confusion est la réunion sur la même tête des deux qualités de créancier et de débiteur. Il en résulte l'extinction de la créance, car on ne peut pas être son propre débiteur : *Nemo potest a semetipso exigere.*

Pratiquement, la confusion se produit surtout lorque l'une des parties devient l'héritière de l'autre, soit pour le tout, soit pour partie. Il y a alors extinction totale ou partielle de l'obligation. Supposons, par exemple, que le créancier laisse trois héritiers pour parts égales, dont l'un était son débiteur. L'obligation s'éteint pour un tiers. Il en est de même si le créancier succède à une partie des biens laissés par son débiteur. Sa créance s'éteint jusqu'à concurrence de cette part. Pour le surplus, elle subsiste contre ses cohéritiers.

Ce que nous venons de dire ne s'applique que dans le cas où la succession est acceptée purement et simplement. Lorsque l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, la confusion cesse de se produire, parce que les deux patrimoines restent séparés jusqu'à ce que les créanciers héréditaires aient été payés. Aussi, l'article 802, 2e al., décide-t-il que l'héritier bénéficiaire a le droit de réclamer contre la succession le paiement de ses créances. Réciproquement, quand il est débiteur, il doit payer sa dette.

Il en est de même lorsque l'héritier a accepté purement et simplement, et que les créanciers ou les légataires de la succession demandent la *séparation des patrimoines* ; car la séparation des patrimoines empêche également la confusion des biens.

Effets de la confusion. — L'article 1300 porte que la confusion *éteint* la créance. Mais cela n'est pas entièrement exact. En réalité, la confusion est moins une cause d'extinction de l'obligation qu'un obstacle à son exécution, obstacle qui durera autant que la réunion sur la même tête de la qualité de créancier et de celle de débiteur. La confusion ne met pas fin à l'obligation, elle la paralyse. Cette manière de voir, qui était déjà celle des jurisconsultes romains, explique les solutions suivantes :

1° Lorsqu'un héritier est le débiteur du défunt, il faut compter le montant de la créance éteinte par confusion dans l'actif de la succession, pour le calcul de la réserve et pour le paiement des droits de mutation. Par exemple, un père laisse trois enfants et 120.000 francs, dont une créance de 60.000 francs contre un de ses enfants. Ceux-ci acceptent purement et simplement la succession. Il s'opère une confusion en la personne du débiteur qui éteint la dette pour un tiers, soit jusqu'à concurrence de 20.000 francs. Si on considérait la créance comme éteinte dans cette mesure, l'actif de la succession ne comprendrait que 100.000 francs, et la quotité disponible serait de 25.000 francs seulement. De même, c'est sur 100.000 francs qu'il faudrait calculer le montant des droits de succession. Or, il n'est pas douteux qu'il faut compter la créance totale comme faisant partie de l'actif, lequel se trouve ainsi porté à 120.000 francs.

2° Cette conception de la confusion explique seule qu'on puisse avoir une *hypothèque sur sa propre chose*, ce qu'il est nécessaire d'admettre si l'on veut comprendre certains cas de subrogation (V. art. 1251, 2°). Nous avons vu que, si l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué paie le créancier inscrit en premier rang sur l'immeuble, il est subrogé dans ses droits *ipso jure*. Partant de ce principe que la confusion éteint la créance, ne va-t-il pas falloir dire que, la créance ainsi acquise se trouvant éteinte par confusion, l'effet de la subrogation se trouve anéanti dès qu'il s'est produit ? Non ; cette conséquence est évitée, si l'on se reporte à cette idée que la confusion est un simple obstacle à l'exécution de l'obligation. Dans notre hypothèse, la confusion produira ses effets en ce sens que l'acquéreur, devenu créancier hypothécaire sur son propre immeuble, ne pourra évidemment exercer de poursuites contre lui-même. Mais, qu'un autre créancier, de rang postérieur au sien, vienne à poursuivre l'expropriation, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, l'acquéreur exproprié pourra, au rang qu'il tient de la créance dans laquelle il a été subrogé, venir reprendre le montant du prix par lui versé. C'est qu'en effet, dans ce cas, il n'y a plus cette *impossibilité d'exécution* qui constitue à proprement parler la confusion.

SECTION V. — Remise de dette (art. 1282 à 1288)

Définition. Réglementation générale. — La remise de dette est l'*abandon gratuit* que le créancier fait de ses droits au débiteur. Si cet abandon n'était pas gratuit, il y aurait non pas remise de dette, mais, selon les cas, novation, ou *datio in solutum*. La remise de dette est donc, en principe, une libéralité, laquelle comme toute libéralité, peut se faire, soit

par acte à cause de mort, soit entre vifs. D'où il résulte diverses conséquences :

1° La *capacité* requise pour faire une remise de dette ou pour en bénéficier est celle qui est nécessaire pour faire ou recevoir une libéralité. La femme séparée de biens, le mineur émancipé, par exemple, ne pourraient pas valablement faire une remise de dette ; un médecin, débiteur du malade qu'il a soigné dans sa dernière maladie, ne pourrait pas bénéficier de la remise de dette qui lui serait accordée par son client ;

2° La remise de dette est soumise aux *règles de fond* des actes à titre gratuit, en ce qui concerne le rapport, la réduction, la révocation pour survenance d'enfants, l'obligation pour le donataire de fournir des aliments au donateur tombé dans le besoin.

En revanche, la remise de dette échappe aux *règles de forme* des donations. Certes, lorsqu'elle est effectuée par acte de dernière volonté, elle est soumise aux conditions de forme du testament, car le testament est le seul procédé par lequel une personne puisse donner effet à sa volonté pour le temps qui suivra son décès. Mais, faite entre vifs, la remise de dette est soustraite aux formes requises pour la validité des donations entre vifs (art. 931 et s.), notamment à l'emploi de la forme notariée. Cette solution consacrée expressément par les Codes les plus récents (art. 397, C. civ. allemand) est chez nous traditionnelle. Elle peut même être considérée comme implicitement consacrée par notre Code civil, puisque celui-ci admet, nous allons le voir, que la remise de dette peut être *tacite*, s'induire de certaines circonstances de fait (art. 1282 et 1283).

En revanche, s'il n'est pas nécessaire que la remise de dette revête une forme déterminée, il est indispensable qu'elle résulte du consentement *des deux parties*, créancier et débiteur. La remise de dette n'est pas un acte unilatéral. C'est sans doute pour l'exprimer que les articles 1285 et 1287 la qualifient de *décharge conventionnelle*. Le créancier ne peut donc l'imposer au débiteur. Il faut que celui-ci l'accepte. Vainement objectera-t-on que, d'après l'article 1236, le paiement pour autrui peut se faire sans l'assentiment du débiteur. Il serait facile de répondre que le paiement pour autrui n'entraîne pas les conséquences de la remise de dette ; par exemple, ne constituant pas une libéralité, il n'astreint pas le débiteur libéré à la reconnaissance envers le *solvens*, et à l'obligation de lui fournir des aliments en cas de besoin, sous peine de révocation.

A quel moment précis se produira la libération du débiteur en cas de remise de dette ? Au moment de l'offre du créancier, à celui de l'acceptation du débiteur, ou enfin au moment où l'acceptation est connue du créancier qui a offert la remise ? Nous croyons qu'il faut ici écarter l'application de l'article 932, aux termes duquel la donation ne produit d'effets qu'à partir du jour où l'acceptation du donataire est parvenue à la connaissance du donateur. En effet, nous verrons que la règle de l'article 932 constitue en réalité une des *règles de forme* des donations. Elle reste étrangère à notre matière, puisque la remise de dette est affranchie des conditions de forme des actes à titre gratuit. Ce sera donc au jour du *concursus voluntatum*, de

l'acceptation du débiteur, ne fût-elle point parvenue à la connaissance du créancier, que la libération se produira, si l'on suppose — chose rare évidemment — que les deux volontés ne se sont pas manifestées ensemble et dans le même acte.

Présomptions légales de libération résultant de la remise volontaire du titre faite par le créancier au débiteur. — Nous avons dit que la remise de dette peut être tacite et résulter de certains faits qui la font présumer. L'un de ces faits sera que le créancier rende volontairement au débiteur son titre de créance. Dans ce cas, il est présumé lui faire remise de la dette. C'est là une solution traditionnellement admise depuis les Romains (2 § 1, D. *De pactis*, II, 14), et qui s'explique fort simplement. Le geste du créancier qui remet entre les mains du débiteur l'arme qui, seule, lui permettrait de le contraindre à payer, ne peut s'expliquer que par sa volonté de renoncer à le poursuivre.

Le Code, altérant ici les solutions données jadis par Pothier, et qui semblent avoir été mal comprises lors des travaux préparatoires (Cf. Pothier, *Obligations*, n° 608, et Fenet, t. XIII, p. 31, 81 s., 199), fait une distinction, suivant que le titre remis au débiteur par le créancier est un titre sous seing privé, ou la grosse d'un titre authentique.

« La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération », dit l'article 1282.

« La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire », dit l'article 1283.

Ainsi, le Code tire une présomption légale de libération en faveur du débiteur du fait de la remise volontaire du titre constatant la créance. Mais la force probante de cette présomption varie. S'agit-il d'un *titre sous seing privé*, elle est *absolue* ; et le créancier ne peut pas faire la preuve contraire. En effet, du moment qu'il s'est dessaisi volontairement de son titre, c'est qu'il considérait la créance comme éteinte, puisqu'il a renoncé au *seul* moyen de preuve qu'il possédait. S'agit-il au contraire de la remise de la *grosse d'un acte authentique*, la présomption est moins forte ; le créancier peut prouver que son intention n'était pas de libérer le débiteur. C'est qu'en effet les actes authentiques ou notariés demeurent en original ou *minute* entre les mains du notaire, qui peut toujours en délivrer des expéditions. La remise de la *grosse* (ou première expédition revêtue de la formule exécutoire) n'a qu'un effet certain, c'est de priver le créancier de la faculté de saisir *de plano* les biens du débiteur, de l'astreindre, s'il veut recourir à cette exécution, à prendre jugement contre lui. On comprend que la loi n'y attache qu'une présomption *relative* de libération.

Quant à la remise d'une simple *expédition* de l'acte notarié, comme elle ne fait qu'astreindre le créancier, le cas échéant, à faire les frais d'une nouvelle expédition, aucune présomption de libération n'en résulte. Toutefois, il en est autrement lorsque cette remise est faite par le notaire à son client. Il a été jugé que, dans les rapports de notaire à client, la distinction

de la grosse et de la simple expédition est sans intérêt. La remise d'une simple expédition de l'acte reçu fait présumer l'extinction de la créance du notaire pour déboursés et honoraires (Civ., 23 juin 1903, D. P. 1904.1. 43. S, 1903.1.343 ; 7 janvier 1907, D. P. 1907.1.40, S. 1907.1.113, note de M. Lyon-Caen). Cette solution est très contestable. Elle est contraire au texte de l'article 1282, qui, à propos des actes notariés, ne parle que de la remise de la *grosse*. On a même soutenu que l'article 1283 et la présomption qu'il édicte ne devraient pas s'appliquer aux rapports de notaire à client. En effet, le titre notarié ne constate pas la dette du client *envers le notaire*, mais celle d'un tiers *envers le client*. Il n'y aurait donc de place, dans les cas envisagés par la Cour de Cassation, que pour une simple présomption *de fait :* pièces remises, frais payés.

Les articles 1282 et 1283 donnent lieu à deux questions délicates :

Première question. — Pour que la présomption s'applique, il faut qu'il y ait eu remise *volontaire* du titre. Il est certain que la possession du titre par le débiteur n'emporterait pas libération de celui-ci, s'il l'avait obtenue irrégulièrement, à la suite d'une perte ou d'un vol. Mais comment établir le caractère volontaire de la remise ? A qui incombera le fardeau de la preuve ? On décide en général que la possession du titre par le débiteur est présumée régulière et, par conséquent, *volontaire* de la part du créancier. En effet, la bonne foi du possesseur est toujours présumée. Comment exiger du débiteur qu'il produise un écrit établissant que le titre lui a été remis volontairement ? Si un écrit avait pu être échangé entre les parties, il aurait été aussi court pour elles de rédiger une quittance. Ainsi, une première présomption, celle de libération, repose sur une seconde présomption qui est celle de remise volontaire attachée au fait de la possession. Seulement, cette deuxième présomption, elle, est en tous cas relative. Le créancier sera toujours admis à établir par tous les moyens possibles que ce n'est point volontairement qu'il a abandonné son titre aux mains de son débiteur (Req., 17 novembre 1903, D. P. 1904.1.239, S. 1905. 1.133).

Deuxième question. — Ce qui résulte de la remise volontaire du titre, c'est une *présomption de libération*. Mais cette libération a pu provenir soit d'un paiement, soit d'une remise gratuite de dette. L'article 1283 le dit d'ailleurs en termes exprès. Dans quel cas considère-t-on qu'il y a eu paiement, dans quel cas qu'il y a eu remise de dette ? On répond quelquefois que, dans le doute, le paiement doit être présumé. S'il en est ainsi, les articles 1282 et 1283 ont été bien mal placés sous la rubrique : *De la remise de dette ;* ils auraient dû prendre place sous la rubrique : *Du paiement*. La solution proposée aurait de plus l'inconvénient de se mettre en contradiction avec le texte de l'article 1283, qui met sur le même pied la remise de dette ou le paiement. Nous croyons que c'est l'indication du débiteur qui déterminera, en principe, le sens à donner au geste du créancier (Arg. art. 1162). Le créancier ne pourra combattre son interprétation, si le titre possédé par le débiteur est un acte sous seing privé. Au contraire, il pourra la contester, si ce que le débiteur possède c'est la grosse d'un

titre authentique. Par exemple, il pourra, à l'encontre du débiteur prétendant que le titre lui a été remis à la suite d'un paiement, soutenir qu'il lui a fait une remise gratuite de sa dette ; et il y aurait pour lui un grand intérêt à faire cette démonstration, s'il était mineur au moment de la remise du titre, car alors la remise serait nulle comme émanant d'une personne incapable de faire une libéralité.

Remise de dette résultant d'un concordat. — A côté de la remise de dette *civile* et *individuelle* dont nous venons de parler, il y a lieu de signaler la remise de dette *commerciale* et *collective* qui, en cas de faillite, résulte du *concordat* (art. 507, C. comm.). On appelle ainsi la convention en vertu de laquelle le commerçant failli obtient de ses créanciers, moyennant versement d'un dividende, la remise du surplus de sa dette.

Voici les particularités qui différencient cette remise concordataire d'une véritable remise de dette.

1° Ce n'est pas un acte à *titre gratuit*, mais un acte *intéressé* de la part des créanciers. Ceux-ci en effet n'accordent pas le concordat au failli dans une pensée de bienveillance, mais afin d'éviter de faire une perte plus grande, par suite des frais et délais nécessités par la procédure de l'union, ou par suite de la dépréciation des biens qu'entraînerait leur liquidation immédiate en bloc. Dès lors le concordat n'établit pas entre créanciers et débiteur les rapports de donateur à donataire.

2° La remise concordataire n'est pas toujours un acte *volontaire* pour les créanciers. En effet, elle résulte du vote de la majorité des créanciers. Ceux qui appartiennent à la minorité se voient donc imposer un sacrifice auquel ils n'ont pas consenti.

3° Le concordat est un *moyen de liquidation* plutôt qu'un mode d'extinction de la dette. Ainsi, il laisse subsister une obligation naturelle à la charge du failli, dont la dette peut, par conséquent, faire l'objet d'un paiement valable. Bien plus, le failli devra payer la totalité de ses dettes pour obtenir sa réhabilitation commerciale.

SECTION VI. — Perte de la chose due ou impossibilité d'exécution (art. 1302, 1303).

L'obligation s'éteint lorsque le débiteur est empêché de l'exécuter par un événement indépendant de sa volonté et, par conséquent, sans qu'il y ait faute de sa part.

Par exemple, le débiteur doit livrer au créancier un objet déterminé, et cet objet vient à périr par cas fortuit. Ou bien encore, un acteur s'est engagé à jouer sur un théâtre, mais il tombe malade. Dans les deux cas, le débiteur est libéré. Le Code civil, dans les articles 1302 et 1303, ne prévoit qu'une hypothèse d'impossibilité d'exécution, sous le nom de *perte de la chose due*. L'article 1302 nous dit : « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation

est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur. » Mais il faut évidemment généraliser cette solution.

L'article 1303 ajoute que le débiteur ainsi libéré est tenu, « s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier ». Cette dernière disposition, copiée dans Pothier (*Obligations*, n° 670) se comprenait fort bien chez cet auteur, car, à l'époque où il écrivait, le débiteur du corps certain en restait propriétaire jusqu'à la tradition. Aujourd'hui, au contraire, nous l'avons vu (V. notre T. Ier, p. 935 et s.), le créancier d'un corps certain en devient presque toujours propriétaire dès le moment du contrat ; par conséquent, les actions en indemnité contre le tiers auteur de la perte naissent en sa personne, et non en celle du débiteur qui, dès lors, n'a pas en général besoin de les lui céder.

Par exception, la perte fortuite de l'objet dû ne libère pas le débiteur dans les cas suivants :

1° Lorsque le débiteur a pris à sa charge les cas fortuits (art. 1302, 2e al) ;

2° Lorsque le débiteur était en demeure de livrer l'objet au moment où il a péri par cas fortuit (art. 1302, al. 1er, *in fine*). Pourtant, même en ce cas, le débiteur serait libéré s'il pouvait prouver que la chose eût également péri chez le créancier au cas où elle eût été livrée (art. 1302, al. 3) ;

3° Enfin, celui qui a soustrait un objet *volé* ou *trouvé* est toujours obligé d'en rendre la valeur, même si cet objet vient à périr par cas fortuit (art. 1302, al. 4).

SECTION VII. — Prescription extinctive ou libératoire.

Définition. Généralités. — La prescription, abstraction faite de l'usucapion ou prescription acquisitive, dont nous avons traité dans notre tome Ier, est un mode d'*extinction des droits du patrimoine*, résultant du non-exercice de ces droits par leur titulaire pendant un certain laps de temps qui est, en principe, de 30 ans.

Droits et actions susceptibles de prescription. — Ce mode d'extinction s'applique, cela résulte de notre définition, à tous les droits du patrimoine, droits de créances, ou droits réels sur la chose d'autrui.

Un seul y échappe, nous l'avons vu, c'est le droit de propriété (Civ., 20 novembre 1906, *Gaz. Pal.*, 14 décembre 1906, V. t. Ier, p. 993 et s.). Et il faut entendre ici ce mot dans son sens le plus large. Par conséquent, les droits connus sous les noms de *droits de propriété littéraire* ou *artistique*, tant qu'ils durent, ne s'éteignent pas, eux non plus, par le non-usage. L'écrivain, l'artiste qui reste pendant 30 ans sans user du droit de reproduction de son œuvre, n'en est pas dépouillé.

Ce ne sont pas seulement les droits du patrimoine qui s'éteignent par le non-usage, ce sont aussi toutes les *actions réelles ou personnelles* attachées à ces droits, actions *confessoires* ou *négatoires* d'usufruit ou de servitude, actions *possessoires*, actions *personnelles*, actions *en nullité*, *en résolution*, *en révocation*, etc.

Seule, l'action en revendication échappe à la prescription extinctive comme

le droit de propriété lui-même. Par conséquent, le propriétaire d'un immeuble qui est resté plus de 30 ans sans exercer son droit, peut néanmoins encore intenter l'action en revendication contre celui qui, dans l'intervalle, s'est mis en possession du bien, tant que celui-ci ne l'a pas usucapé.

Il faut ajouter que, même parmi les actions de caractère patrimonial, il y en a quelques-unes qui paraissent, elles aussi, imprescriptibles. Ce sont *action en partage* d'une indivision, l'action en réclamation d'un droit de passage en cas d'*enclave*, l'action en acquisition de la *mitoyenneté* d'un mur de séparation. Ces actions peuvent être intentées tant que dure l'état de chose qui leur donne naissance, c'est-à-dire l'état d'indivision, d'enclave, l'existence du mur de séparation. Ces actions ne sont en effet que la mise en œuvre d'un attribut, d'un prolongement du droit de propriété, à l'efficacité duquel la prescription ne peut porter aucune atteinte.

Fondement rationnel de la prescription extinctive. — Il est analogue à celui de la prescription acquisitive. L'ordre public et la paix sociale sont intéressés à la consolidation des situations acquises. Lorsque le titulaire d'un droit est resté trop longtemps sans l'exercer, il y a lieu de présumer que son droit est éteint. La prescription qui intervient alors évitera des procès, dont la solution serait rendue très difficile par le fait même que le droit invoqué remonterait à une date très éloignée. Enfin, la prescription dispense les débiteurs qui se sont acquittés de leur obligation, du soin de conserver indéfiniment leurs quittances.

Ce sont là les raisons qui justifient la prescription en général. Mais, à propos des *prescriptions spéciales* (plus courtes que la prescription du Droit commun), nous rencontrerons des justifications particulières que nous aurons à indiquer le moment venu.

Origine historique de la prescription extinctive. — L'ancien Droit romain ne connaissait pas la prescription extinctive des obligations. Celles-ci, une fois nées, étaient perpétuelles, et ne s'éteignaient qu'autant qu'elles avaient été exécutées. C'est le préteur qui a, le premier, introduit l'idée de l'extinction par l'inertie prolongée du créancier. La plupart des actions prétoriennes devaient en effet être exercées dans le délai d'un an.

Bien plus tard, le Droit du Bas-Empire a institué la prescription de *trente ans* pour toutes les actions civiles ou prétoriennes perpétuelles (Théodose, 3, C., *de præscriptione*, VII, 39).

§ 1. — Durée de la prescription extinctive.

Le délai habituel de la prescription extinctive, comme de l'usucapion, est de *trente ans*. Etabli, comme nous l'avons dit, par Théodose II, il a toujours été conservé. Il forme encore le droit commun (art. 2262).

Le délai de 30 ans est aujourd'hui considéré par beaucoup d'auteurs comme trop long, et on a parfois réclamé son abaissement à 10 ou 20 ans. On invoque l'actuelle « mobilité des gens et des choses » qui rend for difficile, après de longues années, qu'un débiteur retrouve au besoin la preuve de sa libération et, à plus forte raison, celle de la libération des per-

sonnes auxquelles il a succédé. Mais la réforme n'a peut-être pas autant d'utilité qu'on l'a dit. Nous verrons que beaucoup de dettes, qui sont parmi les plus fréquentes, se prescrivent par un temps bien inférieur. Et la longueur du délai est plutôt heureuse pour une catégorie très pratique d'obligations, celles qui résultent d'un contrat de prêt accompagné de garanties hypothécaires. Là, il arrive fréquemment que le prêt dure longtemps après que le remboursement de la dette est devenu exigible, parce que le créancier trouve dans l'opération un placement qui lui convient. Si la prescription s'accomplissait au bout de 10 ou 20 ans, le prêteur serait obligé, avant l'expiration de ce délai, de réclamer de son débiteur un *titre nouvel*, comme cela a lieu en matière de rente (art. 2263. Civ.), afin d'interrompre la prescription. Ce serait une occasion de frais et parfois de surprises fâcheuses pour la bonne foi et la confiance des créanciers. Les seuls cas où la prescription de trente ans soit vraiment trop longue se rencontrent à propos des mandataires, dépositaires, administrateurs des biens d'autrui, qui sont obligés de conserver pendant très longtemps les pièces et documents établissant leur libération. Aussi conviendrait-il d'établir pour eux une prescription de dix ans analogue à celle qui libère le tuteur (art. 475).

Quoi qu'il en soit, la loi, par exception, établit un grand nombre de prescriptions plus courtes. On peut les classer en trois groupes :

1° La prescription de dix ans, qui atteint les *actions en nullité* des contrats (art. 1304), dont nous traiterons dans notre théorie spéciale des contrats ;

2° La prescription de cinq ans pour les *intérêts, loyers, et fermages,* etc. (art. 2277) ;

3° Les *petites prescriptions* fondées sur l'idée d'une présomption de libération.

Prescription de cinq ans des loyers, fermages, intérêts, arrérages, etc. (art. 2277). — Cette prescription a une grande importance pratique. Elle est d'application quotidienne. Art. 2277 : « Les arrérages de rentes perpétuelles et viagères ; ceux des pensions alimentaires ; les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux ; les intérêts des sommes prêtées, *et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts*, se prescrivent par cinq ans. »

L'origine de cette disposition remonte à une ordonnance de Louis XII, en date de 1510, qui contenait d'assez nombreuses dispositions sur la prescription, et dont l'article 71 décidait que les acheteurs de *rentes constituées* ne pourraient demander que les arrérages de cinq ans. Cette disposition avait été édictée « pour le soulagement des débi-rentiers », afin d'empêcher qu'ils ne fussent « mis à pauvreté et destruction pour les grands arrérages que les acheteurs laissent courir contre eux ». Les articles 142 et 150 de l'ordonnance de janvier 1629, inspirés par la même pensée, avaient appliqué la même règle aux loyers et fermages, ainsi qu'à la demande en justice des intérêts d'une somme principale. Mais plusieurs parlements, on le sait, refusèrent d'appliquer cette ordonnance connue sous le nom de Code Michaud. La réforme avorta donc.

Le motif qui a déterminé les rédacteurs du Code est toujours le même. C'est le désir de protéger le débiteur. Et en effet, si le créancier, surtout celui dont le droit est garanti par un privilège, comme le bailleur, ou par une hypothèque, cédait aux demandes de son débiteur et restait pendant de longues années sans réclamer les loyers ou les intérêts échus, ces annuités, qui normalement doivent se payer sur les revenus, se transformeraient en une dette de capital, laquelle, venant s'ajouter à la première, écraserait le débiteur et le conduirait à la ruine. Avec la courte prescription de l'article 2277, le créancier est mis dans l'obligation de ne pas laisser accumuler les intérêts.

L'article 2277 nous dit que la prescription qu'il édicte s'applique aux arrérages des rentes et pensions alimentaires, aux loyers des maisons et fermages des biens ruraux, aux intérêts des sommes prêtées, puis il ajoute : « *et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des intervalles périodiques plus courts* ».

Cette dernière formule comprend les intérêts de toute somme due, quelle que soit la cause de l'obligation, vente, soulte de partage ou d'échange, indemnité. Elle embrasse, quoiqu'on en ait douté à tort, aussi bien les intérêts moratoires légaux que les intérêts conventionnels. Elle comprend aussi les traitements des fonctionnaires, les appointements des commis et employés payables au mois, ou à des intervalles plus éloignés, abstraction faite des salaires des gens de service et gens de travail, objet de dispositions particulières (art. 2271, al. 3 et 2272, al. 4) que nous retrouverons plus loin, les primes d'assurances des contrats à primes fixes, etc...

En revanche, d'après la Jurisprudence, l'article 2277 ne s'applique qu'autant que la prestation périodique présente le caractère d'une créance, dont le montant est connu à l'avance, et dont l'échéance est fixée à un jour déterminé. Il ne s'applique pas aux prestations qui n'ont rien de fixe, ou dont le montant est variable. Ainsi, les redevances tréfoncières dues par la mine au propriétaire de la surface échappent à la prescription quinquennale, lorsqu'elles consistent, non dans une annuité fixe, mais dans une somme proportionnelle aux produits de l'exploitation de la mine (Req., 11 juin 1877, S. 78.1.20 ; Civ., 27 octobre 1885, D. P. 86.1.134. S. 87.1.252). De même, dans les assurances mutuelles, la cotisation due par chaque assuré est essentiellement variable, éventuelle et indéterminée, car elle dépend du nombre et de l'importance des propriétés assurées et du nombre et de l'étendue des sinistres éprouvés dans l'année ; elle ne présente donc pas le caractère *de fixité* et *de périodicité* exigée par la loi pour la prescription de cinq ans (Civ., 17 mars 1856, D. P. 56.1.99, S. 56.1,514. Cf. Civ., 8 mai 1895, D. P. 95.1.425, note de M. Planiol, S. 96.1.385).

Cette jurisprudence, si assise qu'elle soit, nous paraît contestable. Car la condition de la fixité n'est pas énoncée dans l'article 2277. De plus, elle n'est pas nécessaire pour que le danger prévu par le législateur, l'écrasement du débiteur sous le poids des prestations arriérées, se réalise. Enfin, elle est en opposition avec certains arrêts qui ont admis que les dividendes dus par une société commerciale à ses actionnaires, sont sou-

mis à la prescription de cinq ans (Douai, 4 janvier 1854, D. P. 54.2.136, S. 54.2.542).

Petites prescriptions fondées sur l'idée d'une présomption de libération [1]. — Le Code civil a établi de nombreuses *petites prescriptions* d'une durée de deux ans, un an, six mois. Elles sont fondées sur une considération différente de celle qui explique la prescription ordinaire. Ce qui a inspiré ici le législateur, c'est qu'il s'agit de dettes ordinairement *non constatées par un titre*, qui, en conséquence, sont acquittées dans un très bref délai, et pour lesquelles il arrive souvent qu'on n'exige pas une quittance. Il convient donc que la loi se mette, en ce qui les concerne, d'accord avec l'usage, et présume qu'au bout d'un temps assez court la dette a été payée. Une telle prescription libératoire défendra le débiteur contre la réclamation d'un créancier de mauvaise foi. En somme, les petites prescriptions reposent sur *une présomption de paiement*. Mais, par là même, elles présentent un caractère tout différent de celui de la prescription ordinaire et sont, en général, moins efficaces. En effet, il se peut que la présomption de paiement sur laquelle elles reposent soit contraire à la réalité ; c'est pourquoi on permet au créancier à qui on les oppose de déférer le serment au débiteur. Lorsque le créancier prend ce parti, si le débiteur refuse de jurer qu'il a acquitté sa dette, il avoue par là même l'existence de celle-ci, et ne mérite pas la protection de la loi ; la prescription ne s'appliquera donc plus. C'est ce que décide l'article 2275, aux termes duquel « ceux auxquels ces prescriptions seront opposées, peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. » Au contraire, la prescription ordinaire, reposant sur des considérations d'ordre public, protégerait le débiteur contre l'action du créancier, quand même il serait prouvé en fait qu'il n'a pas payé sa dette.

Ces prescriptions sont les suivantes :

1° *Prescription de six mois* (art. 2271). — Elle concerne :

A. — Les maîtres et instituteurs, pour les leçons qu'ils donnent au mois ;

B. — Les hôteliers et traiteurs, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent ;

C. — Les ouvriers et gens de travail pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires.

2° *Prescription d'un an* (art. 2272, al. 1 à 3). — Elle s'applique :

A. — Aux huissiers, pour le salaire des actes qu'ils signifient et des commissions qu'ils exécutent ;

B. — Aux maîtres de pension, pour le prix de pension de leurs élèves ;

C. — Aux artisans pour le prix de l'apprentissage des jeunes ouvriers ;

D. — Aux domestiques qui se louent à l'année, pour le paiement de leur salaire.

Pour les gens de service qui sont payés au mois, ce qui est aujourd'hui la règle pour tous les serviteurs autres que les domestiques agricoles, la prescription est de *six mois*.

1. V. Holleaux, *De l'évolution des règles propres aux courtes prescriptions sur la présomption du payement*, Thèse, Paris, 1927.

3° *Prescription de deux ans* (art. 2272, al. 6, et 2273). — Elle concerne :

A. — Les médecins, chirurgiens, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et pharmaciens, pour leurs visites, opérations et médicaments ;

B. — Les marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands.

Cette dernière disposition date de la loi du 26 février 1911. D'après le Code civil primitif, l'action des marchands pour les marchandises livrées aux particuliers non marchands, se prescrivait par un an. Ce délai a été allongé à la demande des commerçants. L'article 2274 décide, en effet, que la prescription a lieu « quoiqu'il y ait eu continuation de fournitures, livraisons, services et travaux ». Elle part donc du jour même de chaque livraison. Or, dans la pratique, et surtout en province, le commerçant fait crédit à ses clients, et ne réclame son paiement qu'à la fin de chaque année ; le client à son tour ne paye que quelques mois après la réception du relevé annuel, c'est-à-dire à un moment où une partie des fournitures serait déjà atteinte par la prescription. Avec le nouveau délai de deux ans, le danger est écarté, car le commerçant pourra, pendant l'année qui suit les fournitures, soit exiger son paiement, soit demander une reconnaissance de son compte au débiteur, reconnaissance qui empêchera la prescription de s'accomplir.

C. — Enfin, l'action des avoués pour le paiement de leurs frais et salaires se prescrit aussi par deux ans, à compter du jugement des procès, ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués.

Quand il s'agit d'affaires non terminées, les avoués ne peuvent former de demandes pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans (art. 2273 *in fine*).

Droit pour le créancier de déférer le serment au débiteur ou à ses ayants cause (art. 2275, Civ.). — Lorsque, à l'occasion de l'une des dettes précédentes, la prescription est opposée à la demande du créancier, celui-ci, nous l'avons vu, est autorisé à déférer le serment à son adversaire. Ce dernier se trouve alors placé dans l'alternative soit de prêter le serment, soit de perdre le bénéfice de la prescription.

Quant à l'objet du serment, la loi distingue suivant qu'il s'agit du débiteur ou de ses représentants. Le débiteur est obligé de jurer qu'il a payé sa dette. Au contraire, la veuve ou les héritiers du débiteur peuvent se contenter de prêter le *serment de crédibilité* (art. 2275, 2e al.), c'est-à-dire de jurer qu'ils ignorent l'existence de la dette.

Dans les deux cas, les défendeurs, s'ils refusent de prêter le serment à eux déféré, sont condamnés par le juge.

Il semblerait logique de décider que le créancier peut recourir, non seulement au serment, mais à tout autre mode de preuve, pour détruire la présomption de paiement sur laquelle repose la prescription. Mais la loi n'en décide pas ainsi. L'article 2275 est certainement un texte restrictif. Contre une présomption de la loi, qui « dénie l'action en justice », il n'y a en effet pas de preuve possible, si ce n'est celle que la loi elle-même autorise (art. 1352, 2e al.). Admettre tout autre preuve serait détruire l'utilité

de la prescription et permettre un litige que la loi veut arrêter. Aussi, décide-t-on que le créancier ne peut invoquer à l'appui de sa prétention des présomptions de fait, ni faire interroger le débiteur sur faits et articles, ni même demander simplement sa comparution devant les juges pour le déterminer à un aveu. Sans doute, un tel moyen pourrait être plus efficace que le serment, lorsque le créancier redoute la mauvaise foi du débiteur, mais il ne peut être employé. L'intention qui a inspiré l'article 2275 ressort très clairement de sa comparaison avec l'article 10 de l'ordonnance de 1673, qui autorisait le créancier non seulement à déférer le serment, mais à faire interroger le défendeur. Les rédacteurs du Code n'ont conservé que le premier terme et ont rejeté le second. Leur volonté de l'exclure est donc évidente (Civ., 27 juillet 1853, D. P. 53 1.253, S. 53.1.706).

Toutefois, si le créancier n'a pas le droit de provoquer l'aveu du débiteur, la situation est toute différente lorsque cet aveu de non-paiement est spontané et résulte soit d'une déclaration expresse, soit de la conduite du débiteur. Un tel aveu détruira l'effet de la présomption. On le rencontrera, par exemple, dans le cas où le débiteur a commencé par nier sa dette (Civ., 16 juillet 1906, D. P. 1906.1.366, S. 1906.1.400), ou bien, au contraire, lorsqu'il a d'abord offert de la payer, puis s'est ravisé et a invoqué la prescription (Req., 31 juillet 1899, D. P. 99.1.536, S. 99.1.521), ou bien enfin, lorsqu'il n'a allégué la prescription qu'après avoir invoqué d'abord la compensation (Civ., 31 octobre 1894, D. P. 94.1.536, S. 95.1.29). Dans tous ces cas, le juge devra considérer la survivance de la dette comme avouée, et condamner le défendeur au paiement.

Ces décisions se justifient aisément, elles n'ajoutent pas au texte de l'article 2275. Cet article en effet autorise le créancier à invoquer l'aveu du débiteur, par le fait même qu'il lui permet de déférer le serment, car, en déférant le serment, le créancier ne fait pas autre chose que d'escompter l'aveu du débiteur, en espérant qu'il aimera mieux reconnaître sa dette que se parjurer.

Ajoutons que ces courtes prescriptions cessent de s'appliquer et font place à la prescription de 30 ans, lorsque le débiteur a reconnu sa dette par écrit (art. 2274, al. 2). Nous reviendrons bientôt sur cette règle.

Autres courtes prescriptions. — Il y a, en dehors des articles 2271 à 2273, une autre prescription qui, elle aussi, est fondée sur une présomption de paiement. C'est la prescription de *cinq ans*, établie par l'article 189 du Code de commerce pour *toutes actions relatives aux lettres de change et aux billets à ordre* souscrits par des commerçants ou pour faits de commerce. Le porteur peut donc déférer le serment à celui qui lui oppose une telle prescription (Req., 30 juillet 1900, D. P. 1900.1.559, S. 1901.1.28)

De plus, il existe un certain nombre de petites prescriptions qui résultent de textes spéciaux.

Les unes sont de *dix ans* (action du mineur contre son ex-tuteur relativement aux faits de la tutelle (art. 475) ; action en responsabilité contre un architecte ou un entrepreneur (art. 1792, 2270) ; action civile en répa-

ration du dommage causé par un crime (art. 2 et 637, C. inst. crim.) ; action en réclamation des droits de succession, en cas de défaut de déclaration (art. 11, loi 18 mai 1850) ou d'omission de biens dans la déclaration (art. 4, loi 30 janvier 1907).

D'autres sont de *cinq ans* : (Art. 2276, 1er al.) : « Les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après le jugement des procès » ;

(Art. 886) : La garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage ;

(Art. 64, C. com.) : Toutes les actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société.

On rencontre encore des prescriptions de *trois ans* : (Art 2 et 638, C. inst. crim.) : Action civile née d'un délit ;

De *deux ans* : (Art. 1676, 1er al.) : Action en rescision pour lésion de vente d'immeubles ; (Art. 2276, 2e al.) : Les huissiers sont déchargés des pièces, après deux ans, depuis l'exécution de la commission, ou la signification des actes dont ils étaient chargés ;

D'*un an* : (Art. 2 et 638, C. inst. crim.) : Action civile en réparation du préjudice causé par une contravention de simple police ; (Art. 18, loi du 9 avril 1898) : Action en indemnité d'un accident du travail ;

De *trois mois* : Action civile en réparation du préjudice causé par les délits forestiers (art. 185, C. forest.) ; par les délits de chasse (loi du 3 mai 1844, art. 29) ; par les délits de pêche (loi du 15 avril 1829, art. 62, modifié par la loi du 18 novembre 1898) ; par les délits de presse, de diffamation ou d'injures (loi du 29 juillet 1881, art. 65) ;

D'*un mois* : Action civile en réparation de délits ruraux (loi du 28 septembre 1791, titre 1, sect. 7, art. 8).

Mais aucune de ces prescriptions spéciales, remarquons-le bien, n'est fondée sur une présomption de paiement ; elles reposent les unes et les autres sur des considérations particulières, qui font que le créancier ne peut pas écarter l'exception en déférant le serment à son adversaire.

Conventions qui modifient le délai légal de la prescription. — L'article 2220 porte : « On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription. » Cette prohibition est la conséquence du caractère d'ordre public de la prescription. « Si cette convention était valable, disait Bigot-Préameneu, la prescription ne serait plus, pour maintenir l'ordre public, qu'un moyen illusoire ; tous ceux au profit desquels seraient les engagements ne manqueraient pas d'exiger cette renonciation. » (Locré, t. 16, p. 559.)

On décide couramment que l'interdiction de l'article 2220, nous voulons dire par là celle d'une renonciation faite d'*avance* au moment du contrat, s'applique non seulement à la prescription ordinaire, mais aux petites prescriptions fondées sur une présomption de paiement (art. 2271 à 2273), car dans ces petites prescriptions, l'idée d'intérêt général n'est pas non plus absente ; elles ne découlent pas uniquement d'une présomption de paiement, mais encore de la préoccupation d'arrêter des procès.

Les mêmes considérations doivent faire décider qu'il n'est pas permis non plus aux parties d'*allonger* les délais de prescription établis par la loi. Cette seconde règle n'est pas expressément énoncée par la loi, mais elle est une conséquence nécessaire de l'article 2220. Car autrement, il serait aisé de tourner la prohibition légale, et de priver en fait le débiteur du bénéfice de la prescription en en exagérant la durée (V. cep. C. d'Etat, 3 janvier 1881, D. P. 82.3.119, S. 82.3.34).

Mais ici encore, il convient de remarquer que la prohibition légale ne s'applique qu'aux conventions faites *au moment du contrat*. Rien ne mettrait obstacle à ce que les parties convinssent de suspendre provisoirement le cours d'une prescription commencée, jusqu'à ce qu'un point intéressant l'existence même de la dette eût pu être examiné ; il n'y aurait là aucune violation de l'ordre public, et la convention des parties, inspirée par un juste souci des droits du créancier et de l'intérêt de la justice, devrait être respectée. C'est ainsi que la Cour de cassation belge a validé la convention par laquelle l'administration des Postes de son pays, arguée d'avoir payé un mandat-poste à un faussaire, avait obtenu du réclamant qu'il attendît, pour intenter son action, que l'enquête ouverte par le Parquet et par elle-même eût pris fin, et avait consenti, en retour, à une suspension de la prescription (Cass. Belgique, 4 oct. 1894, D. P. 96.2.169, S. 95.4.19. Comp. Toulouse, 18 mai 1868. D. P. 68.2.108, S. 71.2.156).

En revanche, si les délais de la prescription ne peuvent être allongés, les auteurs et la Jurisprudence sont unanimes à reconnaître qu'ils peuvent être *abrégés* par les parties. En effet, dit-on, des clauses de ce genre favorisent la libération du débiteur, et, par conséquent, elles n'ont rien de contraire à l'ordre public. En fait, elles ne se rencontrent que dans l'espèce de contrats auxquels on donne le nom de *contrats d'adhésion*, c'est-à-dire dans lesquels l'une des parties, en vertu de sa puissance économique, fait la loi à l'autre et lui impose des conditions que cette dernière ne peut discuter. C'est ainsi que les Compagnies d'assurances insèrent en général dans leurs polices une clause réduisant à un délai très bref le droit pour l'assuré de réclamer l'indemnité stipulée en cas de réalisation du risque (six mois ou un an dans l'assurance contre l'incendie, à compter du jour de l'incendie ou des dernières poursuites ; un an, quelquefois même trois mois, dans l'assurance sur la vie). De même, les Compagnies de transport stipulent fréquemment que la durée de la prescription légale établie par l'article 108 du Code de commerce sera diminuée à leur profit. La validité de ces clauses n'est pas mise en doute par la Jurisprudence. Il faut pourtant reconnaître qu'elles donnent lieu à de véritables abus et qu'il serait bon d'en réglementer l'emploi (Civ., 4 décembre 1895, D. P. 96.1.241, S. 96.1.113, note de M. Lyon-Caen).

§ 2. — Point de départ de la prescription.

La prescription libératoire commence à courir au profit du débiteur à compter du jour où le créancier a pu intenter sa demande, c'est-à-dire, en principe, à partir de celui de l'exigibilité de l'obligation. Tant que l'action

n'est pas ouverte, le droit du créancier ne peut pas se prescrire. De là découlent les propositions suivantes :

1° Les droits *éventuels*, c'est-à-dire les droits qui sont subordonnés à un événement possible ou probable, ne sont sujets à la prescription qu'au moment où l'éventualité en question s'est produite. Il en est ainsi pour le droit d'intenter l'action en réduction d'une donation. Cette action ne peut être exercée par les héritiers réservataires dépouillés qu'au jour du décès du *de cujus* ; et, dès lors, le droit de l'exercer ne se prescrit qu'à partir de ce moment. Le même point de départ s'applique à la prescription de l'action en rapport, c'est-à-dire de celle par laquelle les héritiers demandent à leur cohéritier, donataire de leur auteur commun, de remettre les biens donnés dans la succession de celui-ci. Et pareillement, l'action en responsabilité formée contre un notaire à raison de la nullité d'un contrat de mariage, se prescrit, non à dater du jour où l'acte a été passé, mais du jour où, à la suite du prononcé de cette nullité, est né un préjudice ouvrant au demandeur une action en dommages-intérêts (Civ., 21 octobre 1908, S. 1908.1.449).

2° Une obligation dont la formation est subordonnée à la réalisation d'une *condition* suspensive, ne peut pas se prescrire avant le jour de l'arrivée de l'événement (art. 2257, al. 1er). Par application de cette règle, l'article 2257, al. 2, ajoute que la prescription ne court point à l'égard de l'action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait eu lieu. C'est en effet le trouble ou l'éviction qui donne naissance à l'action en garantie dans la personne de l'acheteur.

3° Pour les créances *à terme*, la prescription ne court point jusqu'à ce que l'échéance soit arrivée (art. 2257, al. 3).

Il faut faire application de cette règle aux *intérêts* des créances. La prescription de cinq ans de l'article 2277 qui les concerne, commence à courir à partir du jour de l'échéance de chaque période d'intérêts.

Cependant, en ce qui concerne les *rentes*, il résulte de l'article 2263 que le point de départ de la prescription est, non pas la première échéance d'arrérages, mais la date même du titre constitutif. En effet, aux termes de de cet article, les vingt-huit ans après lesquels le crédit-rentier peut demander un titre nouvel, aux frais du débiteur, se comptent *à partir de la date du dernier titre*, ce qui démontre que les deux années suivantes achèvent le temps de la prescription (Civ., 5 août 1829, S. chr.). Il y a là une solution qui n'est nullement logique, car la rente consiste exclusivement dans le droit de demander des arrérages au débiteur ; elle n'a pas pour objet un capital. Donc l'action en réclamation des arrérages ne naît qu'au jour de la première échéance. C'est à partir de ce jour seulement que devrait courir la prescription.

Mais en dehors de cette exception formelle au principe, celui-ci doit être appliqué en toute hypothèse. Ainsi, pour les gages et salaires payables tous les quinze jours ou tous les mois, le point de départ de la prescription est le jour où le paiement périodique devait être effectué.

De même, pour les fournitures des marchands à leurs clients, lesquelles forment, ainsi que nous l'avons dit plus haut, autant de créances distinctes,

la prescription commence pour chacune d'elles au moment même où elle a été faite. Il n'en serait autrement que si le client avait l'habitude de payer à une échéance déterminée, par exemple, tous les mois ; en ce cas, ce serait de ce terme que daterait le début du délai de prescription.

C'est par la même raison que se justifie la règle à appliquer aux médecins, créanciers de leurs honoraires, pour les soins donnés aux malades. La prescription commence pour eux, non pas après chaque visite, mais à compter seulement du jour où le médecin a cessé de donner ses soins (V. Pothier, *Obligations*, n° 715, éd. Bugnet. t. II, p. 392,. En effet, il n'est pas d'usage que le médecin se fasse payer le prix de chaque visite ; il y aurait même pour lui une véritable impossibilité morale à le faire (Lyon, 15 novembre 1898, D. P. 99.2 371, S. 99.2.101).

3° Enfin, dans les obligations *de ne pas faire*, le droit d'action du créancier ne commence à se prescrire que le jour où le débiteur a commis un acte contraire à l'abstention qu'il a commise.

On peut résumer ces diverses règles dans une formule générale : *Actioni non natæ non præscribitur*. Pour qu'un droit se prescrive, il faut, non seulement qu'il soit né, mais qu'il puisse être exercé. En généralisant cette idée toute équitable et conforme au fondement rationel de la prescription, la Jurisprudence décide, de la manière la plus compréhensive, que toutes les fois où une partie a été *dans l'impossibilité* d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la force majeure, soit même de la convention, la prescription ne court point contre elle jusqu'au jour où cesse cette impossibilité (Civ., 28 juin 1870, D. P. 70.1.309, S. 71.1.137). *Contra non valentem agere non currit præscriptio* [1].

§ 3. — Suspension de la prescription.

Les causes de suspension sont les mêmes pour la prescription libératoire que pour l'usucapion. Nous n'avons donc qu'à renvoyer ici aux explications déjà données précédemment (V. notre tome 1er, p. 896).

Nous ne retiendrons que deux règles spéciales à la prescription libératoire.

1° *Cause de suspension propre à l'héritier bénéficiaire* (art. 2258, al. 1er). — La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession (on expliquera cette règle à propos du bénéfice d'inventaire).

2e Les *courtes prescriptions*, de cinq ans et au-dessous, ne sont pas suspendues par la minorité ou l'interdiction du créancier (art. 2278, C. civ.). C'est là une disposition traditionnelle (Pothier, *Obligations*, n° 717, éd. Bugnet, t. II, p. 384 ; *Constitution de rente*, n° 139, t. III, p. 489).

Il est assez singulier, à première vue, que la loi écarte la protection qu'elle accorde aux mineurs et aux interdits, dans le cas où elle semblerait le plus utile, c'est-à-dire dans ceux où la prescription s'accomplit par

1. L'ignorance de l'existence d'un droit n'en empêche cependant pas la prescription, parce qu'elle ne constitue pas une impossibilité d'agir analogue à la force majeure (Req. 11 juin 1918, S. 22.1.217).

le plus court délai. Quel est donc le motif qui l'a déterminée? Il varie suivant les prescriptions. Pour celles des articles 2271 et 2272, elles reposent, nous le savons, sur une présomption de paiement ; or, celle-ci est exacte, quelle que soit la qualité du créancier, qu'il soit majeur, ou mineur, ou interdit. Il serait donc illogique d'écarter l'effet de cette présomption sous le prétexte que le créancier est un incapable. Pour la prescription de cinq ans de l'article 2277, le fondement de l'institution, c'est l'intérêt du débiteur, le désir d'éviter le grossissement de la dette Ici encore, on se trouve en face de raisons qui commandent d'appliquer la prescription, quelle que soit la qualité du créancier[1].

§ 4. — Interruption de la prescription.

Les causes d'interruption de la prescription libératoire peuvent résulter soit d'un acte de poursuite du créancier, soit d'un acte de reconnaissance de la dette du débiteur.

1° *Acte de poursuite du créancier.* — Lorsque le créancier a un titre exécutoire, il interrompt la prescription soit en signifiant un *commandement*, soit en *saisissant* les biens du débiteur (art. 2244). Et, en effet, la saisie n'est pas toujours précédée d'un commandement ; il en est ainsi de la saisie-arrêt, de la saisie-foraine, de la saisie-gagerie, de la saisie-revendication. C'est donc, dans ces cas, la saisie elle-même qui interrompt la prescription. Pour les autres saisies, au contraire, le commandement qui les précède produit son effet interruptif, et la saisie vient postérieurement renouveler l'interruption.

L'effet interruptif de la saisie est du reste plus étendu que celui du commandement, car il se renouvelle à chaque acte de la procédure.

Lorsque le créancier n'a pas de *titre exécutoire*, il ne suffit pas d'une simple mise en demeure, telle que celle qui résulte d'une sommation, pour interrompre la prescription ; il faut que le créancier *assigne* le débiteur en justice (art. 2244, 2245 à 2247). Ici encore, nous n'avons qu'à renvoyer le lecteur à nos développements antérieurs relatifs à l'effet interruptif de la citation en justice (V. notre t. Ier, p. 894 s.).

2° La *reconnaissance de la dette* par le débiteur interrompt également la prescription (art. 2248, et cela sans distinguer, qu'il s'agisse d'une action née d'un délit ou d'un contrat, d'une prescription à délai légal, ou d'une prescription à délai abrégé par la convention. Cette reconnaissance, acte

1. Aux causes ordinaires de la suspension de la prescription, la guerre de 1914 en a ajouté une autre de grande importance pratique: En effet, le décret du 10 août 1914, a décidé (art 1er): « Sont suspendues pendant la durée de la mobilisation et jusqu'à la cessation des hostilités toutes prescriptions et péremptions en matière civile, commerciale et administrative... » L'article 2 ajoute que, pour l'exercice des droits atteints par la péremption ou la prescription suspendues, il est accordé, à partir du décret fixant la cessation des hostilités, un délai égal à celui qui restait à courir au premier jour de la mobilisation. Il n'est pas douteux, vu la généralité des expressions employées par la loi, que cette cause de suspension spéciale s'applique à toutes les prescriptions aux courtes prescriptions aussi bien qu'à l'ordinaire (V. sur la portée générale de la suspension, Civ. 4 avril 1916, et 27 juin 1916, D. P. 1916.1.273).

essentiellement unilatéral, peut être *expresse* ou *tacite*, résulter, par exemple, du paiement des intérêts de la dette (Nancy, 23 juillet 1895, D. P. 96.2.182). On peut se demander dès lors à quoi sert la disposition, déjà rencontrée plus haut, de l'article 2263, en vertu de laquelle le créancier d'une rente peut, au bout de vingt-huit ans, réclamer un titre nouvel au débi-rentier. Cette reconnaissance expresse de la dette n'est pas utile, semble-t-il, puisque chaque paiement d'arrérages suffit pour interrompre la prescription. A quoi il faut répondre que ces versements d'arrérages se constatent par des *quittances*, lesquelles sont aux mains, non du créancier, mais du débiteur, à la discrétion de qui le rentier serait laissé, si la loi ne lui avait pas fourni le moyen de se procurer un titre nouveau.

Quel va être l'effet de l'interruption de la prescription? On sait que la prescription interrompue recommence à courir. Est-ce la *même prescription*, ou une *prescription nouvelle* d'un caractère différent? La même évidemment, en principe. Ainsi, dans le cas où la prescription d'une dette d'intérêts aurait été interrompue par la reconnaissance qu'en aurait faite le débiteur, c'est la prescription quinquennale et non la prescription trentenaire qui recommencerait à courir à partir de l'acte interruptif (Rouen, 11 août 1890, D. P. 91.5.407, S. 91.2.50). Il n'en serait autrement que si l'interruption résultait d'un acte émanant de la volonté des deux parties, et ne constituait pas seulement une reconnaissance de la dette, mais encore, d'après l'intention des parties, la substitution d'une obligation nouvelle à l'ancienne, une *novation* en un mot. En ce cas, la dette nouvelle, ayant une autre cause que l'ancienne, ne serait pas de même nature et serait soumise à la prescription du droit commun (Trib. Dijon, 3 mars 1892, D. P. 93.2.535).

Effet de la reconnaissance de dette sur les petites prescriptions. — Une règle différente s'applique à l'effet de la reconnaissance de dette à l'égard des petites prescriptions des articles 2271, 2272 et 2273. Aux termes de l'article 2274, al. 2, ces prescriptions cessent de courir « lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation ou citation en justice non périmée. » Les reconnaissances de dettes prévues sous les expressions de *compte arrêté*, *cédule* ou *obligation* n'ont pas ici pour seul effet, d'après une opinion aujourd'hui consacrée en jurisprudence, d'interrompre la prescription en cours. Elles modifient la nature de celle qui va recommencer à courir. Ce sera désormais la prescription du droit commun, celle de trente ans. Par exemple, qu'un carnet de salaires, dont les mentions émanent du comptable du patron, contienne l'indication que les salaires dûs à l'ouvrier ne lui ont pas été réellement payés, l'action en recouvrement de ces salaires ne sera plus dorénavant soumise à la prescription de six mois établie par l'article 2271, mais à la prescription trentenaire (Civ., 16 juillet 1906, D. P. 1906.1.366, S. 1906 1.400 ; Trib. Belfort, 25 novembre 1909 sous Civ., 1er juin 1910, D. P. 1910.1.297, S. 1910.1 417). Cette règle toute spéciale tient au fondement des petites prescriptions. Nous avons vu qu'elles reposent sur une présomption de paiement. Du moment que cette présomp-

tion est détruite par l'aveu même du débiteur, on se trouve dorénavant en présence d'une dette impayée ordinaire, à laquelle c'est aussi la prescription ordinaire qu'il convient d'appliquer.

Toutefois, il faut se garder d'exagérer la portée de cette règle et deux observations sont ici nécessaires :

1° C'est seulement la reconnaissance de dette, et non pas tout acte interruptif, qui produira ce résultat de modifier le caractère de la prescription nouvelle. Une citation en justice, en effet, bien que le texte de l'article 2274 la rapproche des *cédules* ou *comptes arrêtés*, ne saurait avoir la même conséquence, car elle ne contient pas la preuve que la dette n'a pas été payée ; elle ne détruit pas la présomption sur laquelle reposent les petites prescriptions.

2° Même s'il y a eu interruption résultant d'une reconnaissance, il ne suffirait pas, pour que le caractère de la prescription fût modifié, d'une reconnaissance tacite. La Cour de cassation décide que, seule, une *reconnaissance par écrit, avec fixation du chiffre* de la dette, aurait cet effet (Civ., 7 mai 1906, D. P. 1908.1.65, S. 1906.1.513, note de M. Tissier). Elle va même aujourd'hui plus loin, et semble admettre — ce qui est peut-être excessif — qu'une reconnaissance de dette tacite, telle que celle qui résulte d'un paiement partiel, non seulement n'entraînerait pas la substitution, pour l'avenir, de la prescription trentenaire à la courte prescription, mais même n'interromprait pas cette dernière pour le surplus de la dette (Req., 22 février 1911, D. P. 1911.1.470, S. 1911.1.399).

§ 5. — Effets de la prescription. Renonciation à la prescription acquise.

Nous savons que la prescription acquisitive ou usucapion n'agit pas automatiquement. Il en est de même de la prescription libératoire. Il faut que le débiteur *manifeste sa volonté* de se prévaloir de la prescription accomplie à son profit. Voici les conséquences et observations qu'il y a lieu d'indiquer à ce sujet :

1° « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (art. 2223) ». C'est à la partie intéressée à le faire valoir dans ses conclusions.

Mais à quel moment doit-elle l'opposer ? « En tout état de cause », répond l'article 2224, même devant la cour d'appel (plus exactement, devant la juridiction d'appel), si la prescription n'a pas été invoquée en première instance. Il n'y a que devant la Cour de cassation que le moyen ne puisse pas être invoqué, par cette raison que l'on ne peut, en cassation, discuter le fond même du procès. Toutefois, si la Cour de cassation cassait la décision attaquée sur un autre moyen, on pourrait opposer la prescription, même pour la première fois, devant la juridiction de renvoi (Besançon, 26 décembre 1888, D. P. 89.2.227, S. 89.2.141).

2° L'application de la prescription résultant d'un acte de volonté du débiteur, il dépend de lui de *renoncer* à la prescription, une fois celle-ci

acquise. C'est ce que décide formellement l'article 2220, qui a soin d'opposer la renonciation faite d'avance à la renonciation intervenant après coup : (« on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription ; on peut renoncer à la prescription acquise »).

Cette renonciation (art. 2221) sera expresse ou tacite. Il y aura notamment renonciation tacite chaque fois qu'on pourra relever, de la part du débiteur, un fait supposant l'abandon du droit acquis. Ce sera, par exemple, le fait, une fois expirés les délais, d'avoir cependant versé un acompte sur la dette, ou sollicité un atermoiement. Ce pourra être aussi tout autre geste auquel les juges, usant de leur pouvoir d'appréciation souveraine, auront attaché la même signification (Req., 5 novembre 1907, D. P. 1908.1. 132). Une seule condition est requise chez celui qui renonce à la prescription acquise à son profit : la capacité d'*aliéner* (art. 2222). Cette capacité est exigée parce qu'une telle renonciation, bien que ne constituant pas, à la vérité, une aliénation (il n'en pourrait être ainsi que si la prescription s'opérait automatiquement), n'en est pas moins un acte aussi désavantageux qu'une aliénation.

3° La prescription, résultant d'un acte de volonté du débiteur, peut être opposée à son défaut, d'après le principe de l'article 1166, par ses créanciers. Le bénéfice de la prescription est en effet un élément du patrimoine et, comme tel, rentre dans le droit de gage général qui appartient aux créanciers (art. 2225 . Que si le débiteur a renoncé à la prescription, ses créanciers, peuvent, en vertu du principe général de l'article 1167, attaquer cette renonciation par l'action Paulienne, en démontrant qu'elle a été faite *en fraude de leurs droits*.

CHAPITRE III

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS[1]

La transmissibilité de l'obligation n'est pas une idée ancienne. — L'obligation, avons-nous vu, est un rapport entre deux personnes, s'analysant en un *pouvoir de commandement* conféré au créancier envers le débiteur, et qui lui permet d'assujettir celui-ci à une prestation avantageuse pour lui.

Il semble donc que, naturellement, et par définition, l'obligation ne soit pas susceptible de se transmettre d'une personne à une autre, soit activement, soit passivement. Cette idée d'intransmissibilité se présente d'autant mieux à l'esprit que l'obligation, à défaut d'exécution volontaire, se traduit par une contrainte s'exerçant *sur la personne* du débiteur. Cette contrainte a abouti pendant longtemps à des pénalités contre le débiteur récalcitrant ou insolvable, sa mise à mort, sa mutilation, sa réduction en esclavage ou à une condition voisine de l'esclavage. Les rapports d'obligation apparaissent donc comme formés essentiellement *intuitu personæ*. S'il importe au créancier d'avoir tel débiteur solvable et consciencieux, plutôt que tel autre, il n'est pas indifférent au débiteur d'avoir tel créancier, plus pitoyable, moins rigoureux, plutôt que tel autre.

Cependant, cette conception, qui est celle des sociétés primitives, devait faire place à la conception contraire : celle de la transmissibilité des obligations. La personnalité du débiteur et celle du créancier se sont de plus en plus éliminées du rapport de droit. L'obligation, soit au point de vue actif, soit au point de vue passif, n'a plus été considérée que par son résultat, c'est-à-dire comme un élément de l'actif ou du passif du patrimoine, comme une *valeur*, aussi rationnellement transmissible que les autres valeurs, que les droits réels et, notamment, que la propriété.

Toutefois l'évolution du Droit n'est pas encore terminée en cette matière. Si la transmission des *créances* est aujourd'hui organisée dans toutes les législations, celle des *dettes* ne peut s'opérer, au moins à titre particulier, que dans un très petit nombre d'entre elles.

Nous étudierons dans notre tome III la transmission des obligations au moment du décès. Nous ne nous occupons ici que de la transmission des obligations *entre vifs*.

Généralités sur la cession de créance. — La transmissibilité des obligations entre vifs, et par l'effet d'une cession, a été plus lente à se faire

1. Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, 1891.

admettre que leur transmissibilité à cause de mort et par l'effet d'une succession ou d'un testament, hypothèses où l'idée de la continuation de la personne du défunt par sa succession, puis, après l'adition d'hérédité, par ses héritiers a, de bonne heure, assuré la survie des créances et des dettes du défunt. De même, la transmissibilité des droits personnels est apparue plus tard que celle des droits réels, de la propriété notamment. Cela se comprend sans peine. Les droits personnels sont des droits temporaires, et destinés à s'éteindre par l'exécution de l'obligation. Dès lors, leur utilisation, en tant que valeurs patrimoniales, n'exige pas qu'on puisse les transmettre comme lorsqu'il s'agit de la propriété ou des autres droits réels, perpétuels de leur nature. Normalement, pour faire argent du droit de propriété, il faut l'aliéner ; pour faire argent d'une obligation, il faut la recouvrer, c'est-à-dire l'éteindre. D'où cette double conséquence : d'une part, la transmissibilité de la propriété apparaît de bonne heure dans l'histoire ; la transmissibilité des obligations n'apparaît que bien après. D'autre part, la théorie de l'*extinction* des obligations (par paiement ou par acte équivalent) présente autant d'importance que la théorie de l'extinction de la propriété et des droits réels en offre peu.

En particulier, la transmission de créance entre-vifs est une opération relativement *moderne*.

En Droit romain (Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 744 et suiv.), on ne connut longtemps d'autre mode de substitution d'un créancier à un autre que la *délégation novatoire*, procédé qui exigeait le *consentement du débiteur*. Plus tard, un autre expédient fut trouvé, permettant de réaliser une cession de créance. Ce fut la *procuratio in rem suam*, dans laquelle le créancier donnait mandat à un tiers (le cessionnaire) d'agir à sa place contre le débiteur, tout en dispensant le *procurator* de l'obligation de rendre compte. On remarquera que, dans ce procédé, l'intervention nécessaire du débiteur subsiste. En effet, le transfert de la créance ne se réalise que par la *litis contestatio* liée entre le *procurator* et le débiteur. Dans le Droit romain impérial, la *procuratio in rem suam* fut modifiée en ce sens que le transfert de la créance ne se réalisa plus par la *litis contestatio*, mais par une signification faite au débiteur, à partir de laquelle celui-ci n'eut plus le droit de se libérer valablement entre les mains du créancier. De plus, il fut admis que la simple convention de cession, laissant en principe la créance sur la tête du cédant, faisait passer l'*action utile* sur la tête du cessionnaire (Gordien, 3 C., *de nov.*, VIII, 41). On le voit, jusqu'au bout règne cette idée que la créance en elle-même ne peut se détacher du créancier ; *non possunt separari a domino*, disaient les glossateurs, *sicut nec anima a corpore*. C'est uniquement le bénéfice, l'émolument du droit qui passe au cessionnaire sous forme d'*action utile*.

Notre Droit moderne a fait disparaître ce dernier vestige des idées anciennes. Il admet la validité directe et immédiate de la *cession de créance* ou *transport-cession*, qu'on peut définir l'acte juridique par lequel un créancier transfère sa créance à un cessionnaire, de telle façon que celui-ci devient créancier en son lieu et place.

L'opération est traitée au Code civil au titre de la Vente. En effet, dans l'immense majorité des cas, le transport-cession s'effectue à prix d'argent ; il constitue bien alors une variété de vente. Mais le transport peut s'effectuer aussi à titre gratuit ; il constitue alors une variété de donation.

Dans tous les cas, le transport-cession met en rapport, à la différence d'une vente ou d'une donation ordinaire — et telle est la caractéristique essentielle de l'opération, — non pas deux personnes, mais *trois personnes* qui sont :

Le créancier aliénant son droit de créance, ou *cédant* ;

L'acquéreur devenant créancier à la place du précédent, ou *cessionnaire* ;

Le débiteur contre lequel existe le droit transporté, ou *cédé*.

§ 1. — Conditions de la cession de créance.

Conditions différentes entre les parties et à l'égard des tiers. — De ce qui précède résultent les conditions de la cession de créance, telles qu'elles sont fixées par les articles 1689 et 1690. « Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre » (art. 1689). — « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. — Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique » (art. 1690).

Ainsi, il y a lieu de distinguer entre les rapports des parties *entre elles*, et l'effet de la cession à l'égard des tiers.

1° *Entre les parties*, la notification ou acceptation n'est pas nécessaire pour la validité de la cession. Dès le moment de l'accord des deux volontés du cédant et du cessionnaire, l'opération est efficace ; le cédant doit être considéré comme dessaisi de sa créance. Dès lors, s'il recevait paiement du débiteur cédé, il devrait des dommages-intérêts au cessionnaire, à supposer que celui-ci ne fût pas à même de se faire payer par le cédé.

A première vue, cependant, il paraîtrait résulter du texte de l'article 1689 qu'en outre du consentement des parties, il faudrait, pour la validité de la cession *inter partes*, « la remise du titre », c'est-à-dire de l'instrument, de l'écrit constatant la créance. Mais une telle interprétation serait certainement erronée. Autre chose est le droit, autre chose le titre ou instrument. La remise du titre n'est, comme cela ressort d'ailleurs du texte même de l'article 1689, que *le moyen d'exécuter la cession*, comme la *délivrance* de la chose est l'exécution de l'obligation du vendeur résultant de la vente. Mais, de même que celle-ci est parfaite par le seul consentement, la cession de créance est parfaite et complète *uno consensu*. Une créance qui ne serait constituée par aucun écrit pourrait néanmoins être cédée ; dans ce cas l'article 1689 n'aurait évidemment aucune application.

2° Au contraire, *à l'égard des tiers*, c'est-à-dire de ceux qui n'ont pas été parties à la convention de cession, il faut une autre condition. La cession en effet ne leur est opposable que moyennant une certaine formalité, dont le

but essentiel est d'assurer la *publicité* de la cession. La formalité est l'une ou l'autre des deux suivantes :

A. — *La signification*, par un acte d'huissier, au débiteur cédé, de la cession intervenue. Cette signification sera faite indifféremment par les soins du cessionnaire ou par ceux du cédant. L'un et l'autre ont intérêt à l'effectuer, et par là, à consolider la cession intervenue ; le cessionnaire comme acquéreur, le cédant comme garant de la cession.

On peut se demander comment cette signification peut jouer le rôle d'une formalité de publicité, non seulement au regard du débiteur cédé, mais au regard même des *tiers*, étant donné qu'elle ne prévient directement de la cession que la personne du cédé. C'est que l'on suppose que le premier soin de celui qui traite avec un créancier d'une créance lui appartenant, par exemple, qui s'en rend acquéreur, doit être de s'informer de la réalité de celle-ci auprès du débiteur qu'on lui désigne comme obligé. La loi suppose qu'il sera informé, le cas échéant, par ce dernier s'il a déjà reçu signification d une cession de créance précédemment consentie par le créancier à une autre personne. (V. sur le rôle très différent de la signification dans l'ancien Droit, note de M. Wahl, S. 98 1.113).

B. — L'autre mode de publicité est *l'acceptation* de la cession faite par le débiteur, *dans un acte authentique.* Il nous vient, lui aussi, de la constitution de Gordien, en date de l'an 239 après J.-C., citée plus haut. Cette constitution, en effet, enlevait au déléguant la faculté de recevoir paiement des mains du débiteur, non seulement à partir de la dénonciation faite au délégué, mais à partir du moment où celui-ci serait réputé avoir accepté la délégation, parce qu'il aurait effectué un paiement partiel aux mains du délégataire.

Souvent, l'acceptation sera concomitante à la cession : ce sera le cas, si l'acte de cession rédigé en la forme authentique est signé par le débiteur. Mais elle pourra aussi être antérieure ou postérieure. Dans tous les cas, la loi exige un acte authentique, ce qui est peut-être exagéré, car ce que la loi a voulu, c'est la *certitude* de la date de l'acceptation, celle-ci marquant le moment précis où la transmission de la créance est réputée effectuée à l'égard des tiers ; une acceptation par acte sous seing privé eût donc dû suffire, pourvu qu'elle eût été enregistrée (art. 1328).

Ici encore, l'acceptation ne révèle que la connaissance personnelle qu'a eue le débiteur cédé de la cession. Mais *indirectement*, elle constitue une mesure de publicité générale, puisque, dès lors, le cédé sera à même de renseigner les tiers qui viendraient s'informer auprès de lui.

Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690. — L'article 1690 ne contient aucune formule restrictive analogue à celle que l'on trouve dans l article 3 de la loi du 23 mars 1855. Il en résulte que le défaut de publicité peut être invoqué d'abord par le débiteur cédé, et ensuite par les tiers qui

ont acquis un droit sur ladite créance, c'est-à-dire : les autres cessionnaires de la créance ; les créanciers à qui cette créance est remise en gage ; les créanciers chirographaires ayant pratiqué sur la créance cédée une saisie-arrêt ; le syndic de la faillite du débiteur.

1° *Le débiteur cédé.* — Jusqu'à la signification ou à l'acceptation, le débiteur cédé a le droit de considérer le cédant comme étant toujours son créancier. D'où les conséquences ci-après :

A. — Le cessionnaire de la créance armé d'un titre exécutoire ne pourra pas poursuivre l'exécution des biens du débiteur cédé, avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690. L'article 2214 qui énonce cette règle, ne parle que de l'expropriation des biens du débiteur ; mais la Jurisprudence étend cette solution à tous les actes d'exécution (Limoges, 20 avril 1887, D. P. 87.2.175, S. 88.2.156). Seuls les *actes conservatoires* sont permis au cessionnaire.

B. — Le *paiement* fait avant la formalité sera valable et opposable au cessionnaire (art. 1691), lequel n'aura alors d'autre recours que son action en garantie contre le cédant. Toutefois, on remarquera que l'article 1691 n'énonce expressément cette règle qu'en cas de *signification*. Il ne parle pas de l'*acceptation* du débiteur. Cela tient, d'après l'opinion générale, à ce que, si le débiteur cédé *accepte* la cession de la créance, il renonce par là à invoquer aucune cause d'extinction de l'obligation à l'encontre du cessionnaire. Donc, s'il avait payé déjà le cédant, il n'en serait pas moins tenu envers le cessionnaire.

C. — Le cédé peut opposer au cessionnaire la *compensation* résultant de ce qu'il serait devenu lui-même créancier du cédant avant la signification, fût-ce postérieurement à la cession de la créance existant contre lui. C'est ce que décide l'article 1295, al. 2. Mais l'al. 1er a soin d'opposer à ce cas celui où la cession de créance a été rendue efficace, non pas au moyen d'une signification, mais par une *acceptation* du débiteur. « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession..., ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. » Il y a là, comme nous l'avons déjà vu, une dérogation au principe que la compensation s'opère, chez nous, de plein droit. Et il convient d'ajouter que, d'après une opinion courante, cette renonciation au bénéfice d'une compensation cependant déjà acquise, résulterait même d'une acceptation de la cession effectuée simplement par un acte sous seing privé (Req., 6 février 1878, D. P. 78.1.275).

2° *Un autre cessionnaire.* — Supposons que le créancier cède successivement la même créance à deux cessionnaires différents. Lequel des deux sera préféré, c'est-à-dire en droit de réclamer le montant de la créance au cédé ? Non pas le cessionnaire premier en date, mais celui des deux qui aura, le premier, recouru à la signification, ou obtenu l'acceptation du débiteur dans un acte authentique.

3° *Un créancier gagiste.* — La même créance est, par le créancier, cédée à un cessionnaire et donnée en gage à un de ses propres créanciers. Nous verrons bientôt (art. 2075) que le nantissement des créances est sou-

mis, pour être opposable aux tiers, à la formalité d'une signification au débiteur cédé. Pour déterminer lequel devra être préféré, du cessionnaire ou du créancier gagiste, il faudra donc se reporter, non pas à la date respective de leurs titres, mais à celle de l'accomplissement par eux des formalités de publicité des articles 1690 et 2075. Sera préféré celui des deux qui les aura le premier effectuées.

4° *Un créancier chirographaire saisissant.* — Tant que l'une des formalités de l'article 1690 n'a pas été accomplie, les créanciers chirographaires peuvent considérer la créance comme faisant toujours partie du patrimoine de leur débiteur. Jusqu'à ce moment, ils seront donc en droit de pratiquer sur cette créance une saisie-arrêt valable (Req., 25 mars 1885, D. P. 85.1.405, S. 86.1.77 ; Req., 20 juin 1898, D. P. 99.1.241, S. 1900.1.73, note de M. Tissier).

Est-ce à dire que la signification de la cession intervenant après la saisie-arrêt soit sans efficacité aucune. sauf pour l'excédent de la créance saisie-arrêtée par rapport aux causes de la saisie-arrêt ?

Dans l'ancien Droit, étant donné le privilège du premier saisissant (Cout. de Paris, art. 178), le créancier saisissant ne pouvait évidemment souffrir de la signification tardive d'un transport-cession consenti à un tiers sur la créance saisie. Cette cession n'aurait eu d'effet que pour l'excédent de la créance saisie-arrêtée.

Il en sera à peu près de même, dans le Droit actuel, depuis la loi citée plus haut du 17 juillet 1907, (p. 88 et s.) si l'on suppose que, en conformité de cette loi, l'autorisation du juge des référés, ait permis au créancier saisi de toucher ce qui excède les causes de la saisie-arrêt. Sur le reste, le saisissant, on s'en souvient, est privilégié ; il est sûr d'être payé intégralement.

Mais il n'y a lieu à application de cette loi de 1907 que pour les créances *exigibles*. Or ce sont précisément les créances *non encore échues* qui font, en pratique, le plus souvent l'objet d'une cession de créance. Supposons une créance de 12.000 fr. Une saisie-arrêt a été pratiquée sur le débiteur par *Primus*, pour 6.000 francs. Puis *Secundus*, cessionnaire de la totalité de la créance, fait la signification de l'article 1690. N'aura-t-il droit qu'à 6.000 francs, la somme saisie-arrêtée par *Primus* devant revenir tout entière à celui-ci ?

On ne l'admet pas en général. On fait remarquer, en effet que si *Secundus* n'a pas de droit opposable à *Primus*, en tant que *cessionnaire*, il en possède un, en tant que *créancier saisissant*. Il est créancier du cédant, cela est incontestable, puisque la cession opère *inter partes* par le seul effet de la convention. Et, de plus, il est créancier saisissant, car on a toujours considéré que la signification d'une cession de créance, emportant défense au débiteur cédé de vider ses mains autrement qu'entre celles de cessionnaire, est l'*équivalent d'une saisie-arrêt*. Or, dans notre Droit, il n'y a plus de privilège pour le premier saisissant Celui-ci doit donc subir le concours d'un second saisissant, en l espèce du cessionnaire, auteur de la signification de l'ar-

ticle 1690. Dès lors, la somme de 12.000 devant répondre, au marc le franc, à 18.000 francs de saisies-arrêts, chacun des deux ayants droit obtiendra les deux tiers de son dû ; *Primus* aura 4.000 francs et *Secundus* 8.000 (Civ., 30 juillet 1895, D. P. 96.1.369, S. 97.1.29).

Le problème va devenir encore plus compliqué, si l'on suppose que, à la suite de la saisie-arrêt de *Primus* et de la signification de la cession à lui faite par *Secundus*, intervient une deuxième saisie-arrêt faite par *Tertius* (pour 6.000 fr., par exemple). Dans ce cas, les divers intéressés ne peuvent être placés sur un pied équivalent. *Secundus* et *Tertius* sont l'un et l'autre deux saissisants à l'égard de *Primus*. Mais, à l'encontre de *Secundus*, *Tertius* n'a aucun droit à faire valoir, puisque sa saisie-arrêt a frappé une créance qui n'était plus dans le patrimoine de son débiteur, la cession faite par ce dernier ayant été rendue publique avant que lui-même *Tertius* n'eût fait sa saisie-arrêt (V. note de M. Tissier, S. 99.1.401). Voici la solution qui nous paraît la meilleure : *Primus*, premier saisissant, devra recevoir la somme à laquelle lui donne droit le concours à établir entre les trois prétendant-droit, tous à considérer, en ce qui le concerne, comme saisissants. Dès lors, puisqu'il y a 24.000 francs de saisie-arrêts pour 12.000 francs à distribuer, il aura droit à moitié de sa production, soit à 3.000 francs. *Secundus*, cessionnaire, devra être traité comme s'il n'avait concouru qu'avec *Primus*, puisque, à son égard, la saisie-arrêt de *Tertius* est sans valeur. Concourant avec *Primus* seul, il eût eu droit, nous l'avons vu, aux deux tiers de sa créance, soit 8.000 francs. Il prélèvera ces 8.000 francs des 9.000 francs restant. Le reliquat de 1.000 francs sera attribué à *Tertius*, victime de la tardiveté de son opposition.

5° *Le syndic de la faillite du débiteur.* — Par l'effet du jugement déclaratif de faillite, il est devenu un tiers à l'égard du prétendu cessionnaire d'une créance appartenant au débiteur.

Transmissions de créances ou autres droits auxquels ne s'applique pas l'article 1690. — Bien que la rubrique qui précède les articles 1689 et suivants soit intitulée *Du transport des créances et autres droits incorporels*, les formalités de l'article 1690 ne s'appliquent pas aux transmissions de tous les droits autres que les droits réels.

1° La transmission d'une créance par *legs* n'est pas soumise à la formalité de l'article 1690. Le seul décès du testateur rend la transmission opposable aux tiers. Toutefois, le débiteur qui, dans l'ignorance du legs, aurait payé entre les mains de l'héritier apparent, « possesseur de la créance », ne serait pas obligé de payer une seconde fois au légataire (art. 1240). Celui-ci n'aurait que son recours contre l'héritier.

2° La transmission des créances comprises dans la cession d'une universalité juridique (droits successifs, cabinet d'affaire, fonds de commerce), n'est pas soumise à l'article 1690. En effet, la transmission porte sur l'universalité et non spécialement sur les créances y comprises (Civ., 6 juillet 1858, S. 59.1 247 ; Req. 16 avril 1898, D. P. 90.1.260 ; S. 91.1.106).

3° Les créances constatées par des *lettres de change* ou *des billets à ordre* se transfèrent, même à l'égard des tiers, par la voie de l'*endossement*. Et

il a été jugé que cette transmissibilité par endossement, résultant de la forme du titre, peut appartenir à des créances civiles aussi bien qu'à des créances commerciales, si on a inséré la clause à ordre dans le titre Civ. 8 mai 1878, D. P. 78.1 241, note de M. Beudant, S. 78.1.291 ; Req., 15 mars 1892, D. P. 93.1.309, S. 94.1.495 ; 18 janvier 1922, S. 22.1.222).

Il y a lieu de signaler ici qu'en vue d'éviter la perception des droits d'enregistrement qui ne s'appliquent pas aux transmissions par voie d'endos, le notariat a imaginé une pratique consistant à stipuler qu'une créance civile constatée par acte notarié se transmettra par voie d'endossement de la *grosse* ou première expédition. Cette stipulation et la transmission qui en résulte sont parfaitement valables. (Riom, 17 février 1911, D. P. 1913.2. 305, note de M. Feuilloley ; Civ. 10 juin 1918.)

4° Les créances se présentant sous la forme de *titres au porteur* se transmettent par la remise des titres de la main à la main (art. 35, C. com.).

5° Les rentes sur l'Etat, actions et obligations des sociétés de finance, de commerce ou d'industrie, quand elles sont constatées par des *titres nominatifs*, se transmettent par une déclaration de *transfert* sur le grand Livre de la Dette publique ou sur les registres de l'établissement débiteur. (V. Décr. 13 thermidor an XIII). Et il est à remarquer que le transfert sur les registres de la Dette publique produit un effet différent de celui des formalités de l'article 1690. En effet, il ne constitue pas une simple formalité de publicité, mais une sorte d'*investiture* du nouveau créancier, le mettant à l'abri de toute revendication (L. 24 août 1793, art. 6 ; Civ., 13 novembre 1867, D. P. 67.1.445, S. 67.1.422).

En revanche, les *parts d'intérêts* dans les sociétés en nom collectif ou en commandite nécessitent, pour que leur cession soit opposable aux tiers, une notification faite, dans les termes de l'article 1690, aux autres associés en nom collectif ou aux gérants de la société en commandite.

6° Les droits de propriété littéraire, artistique et industrielle échappent également pour leur transmission, aux formes de l'article 1690 (V. pour les *brevets d'invention*, art. 20, al. 3 de la loi du 5 juillet 1844).

7° Les cessions de loyers ou fermages non échus sont, on s'en souvient, soumises à un régime spécial par la loi du 23 mars 1855 (art. 2, 5°).

§ 2. — Effets de la cession de créance.

Effets généraux de la cession de créance. — La cession transmet au cessionnaire la créance telle quelle, c'est-à-dire :

1° *Pour son montant nominal.* Peu importe que le cessionnaire ait versé au cédant un prix inférieur à ce montant ; il aura droit de se faire payer le tout par le cédé. En quoi la cession de créance diffère de la *subrogation.*

2° *Avec les garanties et accessoires qui l'accompagnent.* C'est ce qu'exprime l'article 1692, aux termes duquel « la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance tels que caution, privilège et hypothèque ». De même, si la créance est exécutoire, la cessionnaire peut recourir *de plano* aux voies d'exécution, après toutefois l'accomplissement des formalités de l'article 1690 (art. 2214). En quoi la cession de créance diffère de la *novation* par changement de créancier.

3° *Sous réserve des exceptions* qui pouvaient être opposées à la créance lorsqu'elle appartenait au cédant. En effet, *nemo plus juris transfert quam ipse habet*. Ainsi, le cédé qui aurait pu opposer au cédant la nullité de son engagement tenant à ce que sa volonté aurait été surprise par dol ou par violence, pourra invoquer la même exception contre le cessionnaire (Req., 5 novembre 1889, D. P. 90.1.379, S. 91.1.407 ; Civ., 23 décembre 1902, D. P. 1904.1.280, S. 1907.1.443). Et, en cela, la cession de créance diffère de la *délégation*.

Effets de la cession en tant que donation ou vente. Garantie. — Les effets qui précèdent sont ceux de la cession de créance comme telle. Mais elle en produit d'autres, suivant que, faite à titre gratuit, elle constitue une donation, ou que, faite à prix d'argent, elle constitue une vente.

Nous n'avons rien à dire des effets de la cession de créance faite à titre de donation. Ce seront les effets ordinaires d'une donation. Mais la cession de créance à titre onéreux est soumise à des règles particulières, en ce qui concerne l'*obligation de garantie* du vendeur, c'est-à-dire du cédant.

1° *Garantie de droit commun.* — Le principe est formulé par l'article 1693. Le cédant, lorsque le contrat ne contient aucune clause formelle relative à la garantie, doit garantir au cessionnaire l'*existence de la créance*, *mais non la solvabilité* du débiteur cédé. Cela est conforme à l'intention probable des parties. Très fréquemment, celui qui cède une créance (ce qu'il fera généralement pour un prix inférieur à son montant nominal), le fait précisément pour éviter l'aléa du recouvrement ultérieur de sa créance. Le cessionnaire est payé du risque qu'il encourt par la prime qui résulte de l'écart entre le montant de la créance et le prix de la cession.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement de l'existence de la créance que répond le cédant, mais aussi de celle des accessoires, caution, privilège, hypothèque (Req., 19 mars 1894, D. P. 95.1.70, S. 98.1.318). Mais, de même qu'il n'est pas garant de la solvabilité du débiteur cédé, le cédant ne l'est point davantage de l'efficacité de ces garanties accessoires qu'il a cédées en même temps que le droit principal. Ainsi, il n'y aura pas lieu à recours contre lui de la part du cessionnaire, au cas d'insolvabilité de la caution qui garantissait la créance transportée (Agen, 28 janvier 1896, D. P. 97.2.449, S. 98.2.131).

On remarquera que, dans certaines opérations autres que la cession de créance, l'obligation de garantie du cédant est plus étendue, et embrasse la solvabilité du débiteur. Il en est ainsi en matière de *partage* (art. 886), à cause de ce principe que l'*égalité est l'âme des partages*. Le partage n'est pas, comme la cession de créance, un acte de spéculation dans lequel l'acquéreur se soumet à un risque pour acquérir une chance de profit.

Quant à l'effet du recours en garantie, ce sera, en cas d'inexistence de la créance cédée, soit qu'elle ait été éteinte précédemment, soit qu'elle n'ait jamais existé, d'astreindre le cédant, en conformité du Droit commun (art. 1630), à rembourser au cessionnaire le prix qu'il aurait versé, et à lui payer, en plus, des dommages-intérêts. Ces dommages comprendront no-

tamment le *lucrum cessans*, qui sera ici l'écart entre le prix de cession et le montant nominal de la créance.

Garantie résultant d'une clause expresse ou garantie de fait. — Il peut arriver que les parties insèrent dans leur contrat une clause visant expressément l'obligation de garantie soit pour la restreindre, soit pour l'élargir.

A. — *Clause restrictive.* — Le cédant, si le cessionnaire y consent, peut vendre la créance, *sans aucune garantie*. Cette opération aléatoire est valable, quoique la loi n'en parle pas (Req., 4 juillet 1905, D. P. 1910.1.222, S. 1910.1.539). Seulement (anal. art. 1628) le cédant restera toujours au moins garant de son fait personnel. Par exemple, il demeurera exposé au recours du cessionnaire, pour le cas où l'inexistence de la créance tiendrait à ce qu'il l'aurait lui-même éteinte (par remise de dette ou réception de paiement), ou cédée antérieurement à un tiers.

B. — *Clause extensive.* — Les articles 1694 et 1695 prévoient les clauses par lesquelles le cédant garantit formellement au cessionnaire, non seulement l'existence de la créance, mais la solvabilité du débiteur. La portée de cette clause est restreinte par la loi à deux points de vue.

a) Le cédant qui garantit la solvabilité, s'engage « jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance ». J'ai cédé pour 40.000 fr. une créance de 60.000 fr. avec garantie de solvabilité. Si le débiteur cédé est insolvable, je ne devrai rembourser au cessionnaire que 40.000 francs. et non 60.000 francs. La loi ne prévoit pas la clause contraire. Et nous croyons que ce silence, étant intentionnel, équivaut à la prohibition d'une stipulation qui astreindrait le garant de solvabilité au remboursement de la créance pour son montant nominal entier. Une telle stipulation apparaît en effet comme illicite en soi, à cause des facilités qu'elle offrirait pour tourner la prohibition du prêt usuraire.

b) « Lorsqu'il (le cédant) a promis la garantie de solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la *solvabilité actuelle*, et ne s'étend pas au temps à venir, *si le cédant ne l'a expressément stipulé* » (art. 1695). Ainsi, le garant de solvabilité ne répond que du présent, mais non de l'insolvabilité qui surviendrait ultérieurement. Cette seconde restriction repose uniquement sur une interprétation de l'intention probable du cédant. Aussi, la loi — et on remarquera le contraste avec la disposition précédente — autorise-t-elle la clause contraire, celle par laquelle le cédant garantirait à la fois la solvabilité actuelle et la solvabilité future. C'est ce qu'on appelle la clause de *fournir et faire valoir*. Elle fait du cédant la caution du cédé.

Dans l'hypothèse d'une clause de ce genre, le cessionnaire ne pourra, en principe, exercer son recours contre le cédant qu'après avoir *discuté* les biens du cédé, car alors seulement il y aura certitude de son insolvabilité. Mais il n'est pas douteux que le contrat pourrait l'autoriser à se retourner contre le cédant, après un simple commandement infructueux adressé au cédé, et même après simple refus de celui-ci de payer à l'échéance.

Appendice. De la cession de dettes[1].

L'idée d'une transmission de l'obligation envisagée, non plus par son côté actif, comme dans la cession de créance, mais par son côté passif, d'une *cession de dettes*, en un mot, a été longtemps ignorée. La personnalité du débiteur, sa solvabilité, paraissaient tellement essentielles qu'on ne concevait pas la possibilité de la substitution d'un débiteur à un autre dans un même rapport d'obligation. Cependant, ce qui est le plus important dans l'obligation, sauf pour certaines obligations de faire, c'est moins la personnalité de l'auteur de la prestation que le résultat de celle-ci ; peu importe dès lors par qui la prestation sera exécutée. D'autre part, il y a des hypothèses très pratiques dans lesquelles il serait très utile que le débiteur pût se substituer un nouvel obligé qui assumât vis-à-vis du créancier la charge de ses dettes, de telle façon que le premier débiteur fût entièrement libéré, et que le créancier eût une action directe contre le substitué. Ces hypothèses sont, notamment, celle d'une donation universelle ou à titre universel, d'une cession de fonds de commerce, enfin celle de la cession d'un immeuble hypothéqué. Dans les deux premiers cas, il s'agirait de la transmission d'un bloc de dettes, de tout un passif à la fois. Dans le dernier, il s'agirait de la cession, à titre particulier, de la dette dont l'hypothèque grevant l'immeuble est l'accessoire. Il est fort préjudiciable au débiteur de rester personnellement obligé, lorsqu'il a vendu l'immeuble qui répond de sa dette, et sur la garantie duquel l'obligation a été contractée. Ne vaudrait-il pas mieux que le tiers acquéreur assumât vis-à-vis du créancier — lequel, si l'hypothèque doit venir en rang utile, n y perdra rien — cette situation de caution personnelle de la dette de l'immeuble, qui est en définitive celle du débiteur, après qu'il a conféré au créancier une sûreté hypothécaire ?

Le Code civil allemand, dans les articles 414 à 419, a organisé cette cession passive sous le nom *de reprise de dette* (*Schuldübernahme*). La cession se fait par un acte passé entre le cedant de la dette et le cessionnaire. Cet acte, pour avoir efficacité à l'égard du créancier, est subordonné à l'adhésion de celui-ci. Cette adhésion peut être donnée d'avance, ou sur une notification adressée par le cédant ; elle produit un effet rétroactif qui remonte au jour du contrat. Spécialement, dans l'hypothèse d'une reprise de dette accompagnant une vente d'immeuble hypothéqué, le refus d'adhésion ne peut intervenir utilement que dans un délai déterminé ; la loi présumant la ratification du créancier, auquel la substitution d'un débiteur à un autre dans l'obligation personnelle sera le plus souvent indifférente.

Ce qu'il y a de caractéristique dans la reprise de dette du Droit allemand, c'est qu'elle ne change pas le rapport de droit transmis. C'est donc bien toujours la même dette qui subsiste. D'où cette double conséquence : d'une part, que le cessionnaire de dette doit pouvoir opposer au créan-

1. Gaudemet, *Essai sur le transport de dette à titre particulier*, thèse 1898 ; Saleilles, *De la cession de dettes*, Annales de Droit commercial, 1890.

cier les mêmes exceptions et défenses que le cédant, et, d'autre part, que les garanties qui entouraient la dette à l'encontre du cédant subsistent, en principe au moins, et sous certaines réserves qu'il serait trop long d'indiquer, à l'encontre du cessionnaire.

En Droit français, nous verrons, à propos des donations, que la transmission entre vifs à titre gratuit de tous les biens d'une personne n'emporte pas, de plein droit, transmission des dettes qui grèvent le donateur.

Pour ce qui est de la cession à titre particulier, *elle n'existe pas dans notre Droit*. On n'y rencontre rien d'analogue à la reprise de dette allemande. L'opération qui, chez nous, s'en rapprocherait le plus, serait l'*expromissio*, ou *novation par changement de débiteur*. Seulement, l'opération diffère considérablement d'une cession de dettes. Elle substitue bien un nouveau débiteur à l'ancien qui est libéré ; mais l'effet du contrat ne se produit qu'au moment où concourent les trois volontés de l'ancien débiteur, du nouveau et du créancier. Et surtout, ce n'est plus la même dette qui existe entre le créancier et le nouvel obligé ; c'est *une dette nouvelle*. Dès lors, le créancier a perdu les garanties de l'ancienne. Et, d'autre part, le nouveau débiteur ne peut pas lui opposer les exceptions et défenses qui appartenaient à l'ancien.

TITRE II

OBLIGATIONS COMPLEXES

La complexité des obligations peut résulter de différentes circonstances :

1° De l'existence d'une *modalité*, c'est-à-dire d'un *terme* ou d'une *condition* (nous n'avons en ce qui les concerne qu'à compléter les explications déjà fournies dans notre tome Ier (p. 83 et s.);

2° De la pluralité des *objets* ou des *sujets* de l'obligation.

CHAPITRE PREMIER

MODALITÉS

SECTION I. — Condition.

Notion générale de la condition. — Le Code donne au mot *condition* des acceptions différentes. Dans l'article 1108, il désigne par ce mot les éléments essentiels pour la formation d'une convention. Dans le titre des *donations entre-vifs et des testaments* (livre III, titre II), il l'emploie fréquemment comme synonyme de « *charges* » imposées par le donateur ou le testateur au gratifié (Ex. : art. 953, C. civ.). Mais la véritable signification du mot, au point de vue juridique. celle qui donne à ce terme un caractère vraiment technique, est la suivante : la condition consiste dans le fait de *subordonner la formation ou la disparition d'un rapport de droit à la réalisation d'un événement futur et incertain.* L'acte juridique conditionnel est donc un acte dont le sort est incertain, tant qu'on ignore si le fait dont dépend sa naissance ou sa résolution se produira ou ne se produira pas.

L'événement qui est l'objet de la condition doit, disons-nous, être *futur* et *incertain* (art. 1168). Il n'y a pas condition véritable, par conséquent :

1° S'il s'agit d'un fait déjà arrivé, à l'insu des parties. En pareil cas, l'incertitude ne se rencontre que dans l'esprit des parties, non dans la réalité ; car de deux choses l'une : ou l'événement s'est produit, et l'acte existe purement et simplement ; ou, au contraire, il ne s'est pas réalisé, et l'acte est à considérer comme non avenu.

L'article 1181 du Code civil dit, il est vrai, que l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement

futur et incertain, ou *d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties*. Mais le dernier alinéa ajoute : « Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée », ce qui prouve que la condition n'opère que subjectivement, dans l'esprit des auteurs de l'acte, et non objectivement. Le sort de l'acte est dès à présent certain ; il existe ou il est non avenu. L'incertitude qui caractérise l'acte conditionnel ne se rencontre pas ici. On ne se trouve pas en présence d'une véritable condition. Un exemple va nous montrer l'intérêt de la question. Je vous vends telle maison, si vous êtes élu député dans l'élection d'hier (dont nous ignorons le résultat). Supposons que la maison soit détruite avant que nous apprenions le résultat, et vous êtes élu. Puisqu'il y a eu vente pure et simple, le risque est pour vous, acheteur (art. 1138) ; vous devez le prix. Au contraire, s'il y avait eu vente conditionnelle, le risque eût été à ma charge, à moi, vendeur (débiteur de la maison) (art. 1182).

2° Il n'y a pas davantage condition, si l'événement qu'on a en vue est réellement futur, mais doit certainement se produire un jour ou l'autre. Ici encore, il n'y a pas d'incertitude sur le sort de l'acte. Exemple : je vous donnerai 1.000 francs si telle personne meurt. L'intention des parties n'a pu être que de retarder l'*exécution* de l'acte à l'époque ou l'événement se réalisera ; mais il est évident que cet acte produira un jour ses effets. Cette clause constitue un terme et non une condition.

Il y a des rapports de droit qui sont, *par leur nature même*, subordonnés à l'arrivée d'un fait déterminé, de telle sorte que, s'il ne se produit pas, le rapport de droit ne peut pas se former Ainsi, le legs n'est valable que si le légataire survit au testateur ; l'efficacité des dispositions insérées dans un contrat de mariage est de même subordonnée à la célébration du mariage (art. 1088). Il en résulte que, si je fais un legs ou une donation par contrat de mariage, sous la condition expresse que le légataire survive ou que le mariage soit célébré, l'acte n'est pas en réalité conditionnel, car la clause ajoutée ne constitue pas une modalité, puisqu'elle ne *modifie* pas les effets normaux de l'acte en question.

En revanche, il y a des rapports juridiques qui ne se prêtent en aucune façon à l'admission d'une condition. Il en est ainsi de ceux qui ont trait au Droit de la famille, spécialement à l'état des personnes. Les actes intervenant à propos de ces rapports (mariage, adoption, reconnaissance d'enfant naturel) ne peuvent être faits que purement et simplement.

§ 1. — Divisions des conditions.

Il y a plusieurs divisions des conditions.

Condition suspensive et condition résolutoire. — La déclaration de volonté conditionnelle peut d'abord avoir pour objet la *création* d'un rapport de droit. Exemples : je vous donnerai 10.000 francs si vous vous mariez ; j'assure mon immeuble et l'assureur s'engage à m'indemniser s'il est détruit par un incendie. On dit alors que la condition est *suspensive*, parce que

l'obligation ne naîtra que si l'événement se réalise ; jusque-là, cette obligation est en suspens.

La condition peut, en second lieu, avoir pour but *d'éteindre* un rapport de droit. Exemple : je vous donne 10.000 francs, mais la donation sera résolue si vous mourez avant moi. On appelle cette deuxième espèce de condition, condition *résolutoire*. Le rapport de droit se forme immédiatement ; il produit ses effets comme s'il était pur et simple, mais sa disparition est subordonnée à l'arrivée du fait prévu.

En analysant de près la condition résolutoire, on voit qu'elle n'est qu'une variété de la condition suspensive ; ce qu'elle suspend, ce n'est pas la naissance, mais la disparition du rapport de droit. L'acte sous condition résolutoire est un acte pur et simple résoluble sous condition ; *pura est obligatio sed resolvitur sub conditione.* Néanmoins, la distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire est utile, parce que ces deux modalités produisent des effets bien différents, puisque la première suspend la formation, la seconde l'extinction de l'acte. Mais il ne faut pas oublier que la condition étant en réalité unique, les mêmes principes doivent s'appliquer à chacune de ses formes.

Conditions potestatives, casuelles, mixtes. — L'événement prévu dans la déclaration de volonté conditionnelle peut être un événement dont la réalisation dépend *de la nature* ou d'*une volonté étrangère*, ou, au contraire, un acte qu'il est *au pouvoir du débiteur* d'accomplir. Les conditions seront dès lors : *potestatives*, *casuelles* ou *mixtes*.

« La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur » (art. 1169).

La condition *potestative* est celle qui est subordonnée à l'arrivée d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher (art. 1170).

La condition *mixte* dépend à la fois de la volonté de l'auteur de l'acte et de la volonté d'un tiers (art. 1171). Exemple : je vous donne ou lègue 1.000 fr. si vous épousez telle personne.

La condition potestative demande quelques explications. Il y a deux sortes de conditions potestatives : la condition *simplement potestative*, qui suppose de la part de l'intéressé, non seulement une manifestation de volonté, mais l'accomplissement d'un fait extérieur, par exemple : si vous vous mariez, si vous allez habiter Paris, si vous vendez votre maison ; la condition *purement potestative*, qui dépend uniquement, exclusivement de la volonté, et peut, par conséquent, se formuler ainsi : *si voluero*, si je le veux, si je le juge à propos.

La condition *simplement potestative de la part de celui qui s'oblige*, n'empêche pas la formation du rapport de droit. L'obligation du débiteur est valable, car, si elle dépend dans une certaine mesure d'un acte volontaire de sa part, elle est aussi subordonnée, en partie, à des contingences dont il n'est pas le maître. Par exemple je conviens avec vous que, si je me décide à aliéner ma maison, je vous l'offrirai, avant de la proposer à tout

autre. L'obligation dépend bien de ma volonté, mais, par suite de circonstances qui peuvent se produire, je serai peut-être obligé, ou tout au moins, j'aurai peut-être un intérêt décisif, un jour, à vendre ma maison.

On verra cependant, en traitant des actes à titre gratuit, que, par exception, la donation entre vifs ne peut pas être faite sous une condition même simplement potestative dépendant de la volonté du donateur. Ainsi, serait nulle la donation ainsi conçue : je vous donnerai mon cheval si je vais habiter Paris ; je vous donne ma maison, mais la donation sera révoquée si je me marie. Cette prohibition résulte d'une règle spéciale aux donations, la règle : *Donner et retenir ne vaut* (Art. 944).

La condition *purement potestative* c'est-à-dire qui dépend de la pure volonté du débiteur, détruit, dans tous les cas, l'efficacité du lien juridique. Il est évident, en effet, qu'une personne n'est pas sérieusement obligée lorsqu'elle dit : je vous vendrai ma maison, ou bien, je vous ferai une donation, si je le juge à propos. Aussi, l'article 1174 du Code civil décide-t-il que toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative (purement potestative) de la part de celui qui s'oblige. Deux observations sont ici nécessaires.

D'abord l'obligation est valable, si la condition purement potestative dépend, non pas de la volonté du débiteur, mais de celle du *créancier*. Exemple : je m'engage à vous prêter 10.000 francs le 1er janvier, si vous le voulez. Je vous loue ma maison et je vous promets de vous la vendre 20.000 francs à la fin du bail, si vous le désirez. Ici, en effet, le débiteur contracte une obligation ferme, à laquelle il ne peut pas se soustraire.

En second lieu, la condition, même purement potestative, de la part du débiteur, n'annule pas non plus la convention, lorsqu'elle est *résolutoire*. Dans ce cas, le contrat est pur et simple ; les obligations qu'il crée naissent immédiatement, mais chacune des parties se réserve le droit de le résoudre, quand elle le voudra. C'est ainsi que les donations entre époux sont révocables au gré du donateur (art. 1096). Cette distinction se comprend très bien. La faculté de résolution n'empêche pas le contrat de produire ses effets sur-le-champ.

Conditions positives ; conditions négatives. — La condition est *positive* ou affirmative, lorsque l effet de l'acte est subordonné à l'accomplissement de l'événement prévu. Exemple : je vous achète votre maison, si je me marie d'ici à un an. Elle est *négative*, quand, au contraire, l'acte ne doit produire son effet qu'autant que l'événement ne se réalisera pas. Exemple : je vous vends ma maison, si je ne me marie pas d'ici à un an.

Conditions impossibles, immorales ou illicites[1]. — Les conditions *impossibles*, *immorales* ou *illicites* devraient toujours avoir pour effet de rendre nul l'acte dans lequel elles sont insérées. En effet, celui qui soumet un acte juridique à l'arrivée d'une pareille condition, ne veut pas cet acte en

1. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs* ; Lepelletier, *Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*. Thèse Paris, 1889

réalité, puisque sa déclaration de volonté est par définition même impuissante à produire aucun effet. Cela est trop évident pour la condition impossible. Quant aux conditions illicites ou immorales, elles violent le principe écrit en tête du Code civil dans l'article 6, et nous savons que l'inobservation de cette règle est sanctionnée par la nullité absolue ; toute déclaration de volonté, qui est contraire à une loi d'ordre public ou aux bonnes mœurs, est nulle de plein droit.

Telle serait la solution à laquelle conduirait l'application pure et simple des principes. Mais il y a ici une ancienne distinction, dont l'origine remonte au Droit romain, et qui s'est maintenue dans notre législation. Si l'acte dans lequel la condition est insérée est à *titre onéreux*, il est tout entier considéré comme nul. « 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). Si, au contraire, c'est un acte à *titre gratuit*, donation ou testament, il reste valable, et la condition impossible, illicite ou immorale est réputée non écrite (art. 900).

Nous reviendrons sur cette distinction, dont la Jurisprudence a considérablement d'ailleurs atténué la portée, en traitant des actes à titre gratuit. Mais, dès maintenant, nous avons à résoudre ici diverses questions touchant cette catégorie de conditions.

Et tout d'abord, quelles sont les conditions qu'il faut regarder comme impossibles, illicites ou immorales ?

La condition *impossible* est celle qui suppose un événement qui ne peut pas se réaliser, soit parce qu'il est contraire aux lois de la nature, soit parce qu'il est en contradiction avec les principes du Droit. Dans le premier cas, il y a impossibilité matérielle ou physique : *Si cœlum digito tetigeris* ; si vous faites un triangle sans angles. De semblables conditions ne sont pas de nature à se présenter dans la pratique. Elles décéleraient presque toujours l'insanité d'esprit de l'auteur de l'acte et, dès lors, cet acte, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, serait frappé de nullité. La condition juridiquement impossible est celle qui tend à créer un rapport de droit que le jeu des principes généraux rend impossible. Exemple : Je vous donne un bien sous la condition qu'il sera perpétuellement inaliénable (V. un autre exemple sous Req., 8 janvier 1894, D. P. 94.1.128, S. 95.1.279).

La condition de ne pas faire une chose impossible n'est pas, bien entendu, une condition impossible (art. 1173). C'est une manifestation tout à fait superflue et insignifiante, qui ne produit aucun effet sur l'acte juridique. Exemple : je vous promets mille francs, si vous n'émancipez pas votre fils, qui a douze ans, c'est-à-dire un âge où l'émancipation n'est pas encore possible.

La condition *illicite*, au contraire de la condition impossible, a pour objet un acte susceptible d'être accompli, mais contraire à la loi ; par exemple, une donation est faite sous la condition que le donataire fondera une école tenue par une congrégation non autorisée, ou s'engagera à renoncer à une succession non encore ouverte. On remarquera que les conditions illicites sont nécessairement potestatives, parce qu'elles tendent

toujours à pousser une personne à accomplir un certain fait. Au contraire les conditions casuelles ne peuvent jamais être illicites, puisque l'arrivée ou la non-arrivée de l'événement qu'elles supposent ne dépend pas de la volonté des parties.

Quels sont donc les actes que la loi prohibe, et qui, à ce titre, constituent des conditions illicites? La réponse à cette question est difficile à donner; les espèces qui se présentent en pratique sont nombreuses et très diverses et il semble presque impossible de trouver une formule générale qui embrasse tous les cas. Nous ne pouvons donc ici qu'indiquer l'idée qui a inspiré le législateur, quand il a parlé de ces conditions.

Parmi les dispositions de la loi, il y en a auxquelles on ne peut pas déroger: ce sont les lois *impératives*, dont nous avons donné antérieurement la notion, (t. I^er^, p. 8 et s). Les articles 900 et 1172 du Code civil, quand ils parlent des conditions contraires aux lois ou prohibées par la loi, font évidemment allusion à ces lois placées au-dessus de la volonté des individus. Par conséquent, nous pouvons dire que toute condition qui a pour but de déterminer une personne à déroger a une loi d'ordre public, est illicite. Pourtant, cette formule est insuffisante, et il est nécessaire de la compléter par quelques explications. Tout d'abord, lorsque le fait énoncé par la condition consiste dans un acte prohibé par la loi, il est bien évident que la condition est illicite. Exemple : je vous promets mille francs, si vous commettez tel délit. Mais la condition peut être illicite même si l'acte visé n'est pas contraire à la loi. Il en est ainsi dans les exemples suivants : je vous fais une donation sous la condition que vous ne vous marierez pas, ou que vous embrasserez l'état ecclésiastique. Voilà des actes qui, considérés en eux-mêmes, n'offrent aucune violation d'un texte de loi, et cependant les conditions qu'ils renferment peuvent être illicites. Quelle en est donc la raison? C'est qu il y a des droits *essentiels*, nécessaires au libre développement de l'activité humaine qui doivent, à ce titre, rester intacts entre les mains de leur titulaire. Tels sont les droits politiques, les droits publics, qui garantissent les diverses manifestations de la liberté de l'homme, et certains droits privés, en particulier les droits de famille, le droit d'aliéner ses biens, etc. Il n'est pas admissible qu'un tiers, par une restriction insérée dans un acte, cherche à restreindre ou paralyser chez autrui le libre exercice de l'un de ces droits. Toute condition, qui a pour objet d'en limiter l'usage, est donc illicite, parce qu'elle équivaut à la négation de ces droits.

L'application de ce principe aux nombreuses espèces que présente la vie juridique offre souvent de grandes difficultés. Dans bien des cas, l'atteinte portée à l'exercice du droit n'est pas nettement caractérisée, et il y a lieu de se demander si la condition implique véritablement abdication d'un droit intangible de la part de celui à qui elle est imposée, ou si, au contraire, elle lui en laisse en réalité l'exercice normal et légitime. C'est au juge qu'il appartient de trancher cette question, en tenant compte des circonstances spéciales de chaque espèce, de la situation des parties, de leurs relations, de l'intention de l'auteur de l'acte. Nous trouverons des applications intéressantes de cette observation, en étudiant plus loin l'effet des

clauses qui interdisent au vendeur d'un fonds de commerce de continuer la même profession.

Quant aux conditions *immorales*, ce sont celles qui tendraient à pousser une personne à un acte contraire aux bonnes mœurs.

2. — Effets de la condition.

Quand est-elle accomplie ? — Pour le déterminer, il faut tenir compte, en première ligne, des intentions de l'auteur ou des auteurs de l'acte. C'est ce que nous dit l'article 1175. « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. » C'est ainsi que le point de savoir si la condition peut être accomplie par le débiteur seul ou, après lui, par ses héritiers, dépend de la nature du fait et de l'intention des parties contractantes.

Si un délai a été fixé pour l'accomplissement de la condition, elle n'est censée accomplie qu'autant qu'elle se réalise dans ce délai (art. 1176 et 1177). Quand il n'y a pas de délai fixé, elle produira son effet à quelque moment qu'elle se réalise, même si la personne en faveur de laquelle le droit conditionnel existait est décédé (art. 1179, *in fine*). En matière de *legs* il en sera autrement. Le legs conditionnel n'a de valeur que si la condition se réalise du vivant du légataire (art. 1040). Cette différence s'explique par cette considération que les legs inspirés par l'affection s'adressent à une personne déterminée, et non aux héritiers de cette personne.

Il arrive quelquefois que la condition non arrivée est réputée cependant accomplie : il en est ainsi, quand celui qui a intérêt à ce que la condition ne se réalise pas, en a empêché volontairement l'accomplissement (art. 1178).

Effets de la condition en suspens, arrivée, défaillie. — 1° Tant que la condition n'est pas réalisée, c'est-à-dire *pendente conditione*, une incertitude pèse sur le sort de l'acte qui en dépend.

Pour préciser et bien caractériser la situation, il convient de distinguer entre la condition suspensive et la condition résolutoire.

S'agit-il de la condition *résolutoire*, la situation est bien simple. Le rapport de droit naît immédiatement, il n'y a incertitude que sur le point de savoir s'il subsistera ou s'il sera résolu ; mais, en attendant, l'acte produit tous ses effets comme s'il était pur et simple. Exemple : je vous donne ma maison, mais la donation sera résolue si vous mourez avant moi. Vous devenez aussitôt propriétaire de la maison (art. 1183).

Au contraire, tant que la condition *suspensive* ne s'est pas réalisée, on ne sait si l'acte juridique produira l'effet voulu. Néanmoins, cet acte est formé ; le rapport de droit auquel il doit donner naissance est, dès à présent, ébauché. Il n'est pas vrai de dire, avec Pothier, qu'il y a seulement espérance de droit : *nondum debetur sed spes est debitum iri* (*Obligations*, n° 218). Celui qui a promis sous condition suspensive ne peut plus retirer la promesse qu'il a faite. Le droit conditionnel existe en germe. En conséquence, il est permis à celui au profit duquel il a été créé, de prendre toutes

les *mesures conservatoires* destinées à le sauvegarder. Créancier, il peut agir en vérification d'écriture de l'acte sous-seing privé qui constate son droit de créance, et faire immédiatement inscrire l'hypothèque qui le garantit. Propriétaire ou titulaire d'un droit réel, il est maître, dès à présent, d'opérer la transcription de son titre, d'interrompre une prescription acquisitive qui court à son détriment, et pourrait lui être opposée après l'accomplissement de la condition (art. 1180) Il est également permis d'aliéner son droit, et enfin, s'il meurt *pendente conditione*, le germe de droit, qui se trouve dans son patrimoine, ne s'éteint pas, mais passe à ses héritiers (art. 1179).

Mais il ne faut pas aller plus loin Le créancier ne peut faire aucun acte constituant, à proprement parler, *l'exercice* du droit. Il ne peut pas poursuivre son débiteur ; le propriétaire conditionnel ne peut pas user et jouir de la chose. Celui qui l'a aliénée sous condition suspensive en reste propriétaire, tant que la condition n'est pas accomplie.

2° Qu'advient-il de l'obligation *lorsque l'événement prévu ne se produit pas ?* Si la condition est suspensive l'obligation est considérée comme n'ayant jamais pris naissance. Si la condition est résolutoire, l'obligation continue à produire ses effets, lesquels deviennent alors définitifs.

3° Plaçons-nous enfin dans l'hypothèse où *l'événement se réalise*. Dans ce cas encore, l'incertitude prend fin. Mais ce qu'il y a d'essentiel à remarquer, c'est que la condition accomplie produit un *effet rétroactif* au jour duquel l'acte a été passé (art. 1179). Par conséquent, si la condition est suspensive, les effets de l'acte juridique remontent au moment où la déclaration de volonté a été manifestée ; si elle est résolutoire, le rapport de droit est effacé, et les choses sont remises au même état que s'il n'avait jamais existé (art. 1183).

Origine, sens et portée de la rétroactivité de la condition[1]. — La rétroactivité de la condition, ainsi proclamée par le Code civil, est évidemment une *fiction*, puisqu'elle fait remonter les effets de l'acte à une époque antérieure à l'arrivée du fait auquel son sort est lié. Il importe d'expliquer la raison d'être et de déterminer la portée de cette fiction, car les commentateurs du Code en ont souvent exagéré les effets, contrairement à la pensée même des rédacteurs.

Bien qu'on puisse trouver la trace de l'idée de rétroactivité dans quelques textes du Droit romain (V. not. Gaius, 11, § 1, D. *qui potiores*, XX, 4), il est certain que jamais les jurisconsultes romains n'ont attribué en principe à la condition un caractère rétroactif, et de nombreux textes contredisent cette conception (V. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 486).

Quant à nos anciens auteurs, ils se contentent de reproduire les textes du Digeste qui semblent faire allusion à la rétroactivité. Pothier déclare bien que l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement avait été contracté, mais il ne déduit de cette idée que les

1. Chausse, *De la rétroactivité dans les actes juridiques*, Revue critique, 1900.

deux conséquences suivantes. D'abord, « si le créancier meurt avant l'existence de cette condition, il sera censé avoir transmis à son héritier le droit de créance, parce que, au moyen de l'effet rétroactif de la condition, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat, et par conséquent, avoir été transmis à son héritier. » Et, en second lieu « si l'engagement conditionnel a été contracté par un acte qui donne hypothèque, l'hypothèque sera ainsi acquise du jour du contrat, quoique la condition n'ait existé que longtemps après » (Pothier, *Obligations*, nos 220-221, éd. Bugnet, t. II, p. 105).

On aperçoit aussitôt que ces deux solutions peuvent s'expliquer l'une et l'autre beaucoup plus simplement que par l'idée de rétroactivité. Si le droit du créancier mort *pendente conditione* passe à l'héritier, c'est que l'acte juridique a créé un lien de droit qui se transmet aux héritiers. D'autre part, rien n'empêche de constituer une hypothèque au profit d'une créance future, *a fortiori* au profit d'une créance conditionnelle.

Quoi qu'il en soit, les rédacteurs du Code civil ont emprunté la fiction de la rétroactivité à Pothier (il suffit de lire l'article 1179 pour s'en convaincre), sans lui donner plus d'importance, sans en faire un principe régissant *tous les effets* de la condition. Les Travaux préparatoires sont très brefs ; la règle y est simplement énoncée et justifiée en quelques mots (Locré, t. XII, p. 340). Du reste, l'article 1182 prouve que les rédacteurs du Code n'y ont pas attaché plus d'importance que leurs prédécesseurs, puisque, tranchant, dans ce texte, la grave question des risques de la chose aliénée sous condition suspensive, ils l'ont résolue, on s'en souvient, précisément dans un sens opposé à celui qui résulterait logiquement de la rétroactivité.

En résumé, la rétroactivité n'a jamais été admise par le législateur que comme un *procédé technique d'explication* de *certains effets* de l'acte conditionnel. Ces effets sont les suivants :

D'abord, la manifestation de volonté subordonnée à une condition suspensive produit, du jour même où elle intervient, un effet obligatoire ; elle lie les parties ; il ne dépend plus d'elles de se rétracter. Ainsi, lorsque deux personnes ont fait un contrat de vente subordonné à l'arrivée d'une condition, elles ne peuvent, ni l'une ni l'autre, sans un nouvel accord de volontés, reprendre leur parole, se délier, ni rien faire qui empêche le contrat de produire ses effets, le jour où l'événement se réalisera. Il en résulte que la partie qui s'est obligée ne doit pas empêcher l'accomplissement de la condition ; et, quand elle le fait, la loi répute alors la condition accomplie (art. 1178).

En second lieu — et c'est là un corollaire de l'idée précédente — si l'acte conditionnel a pour objet le transfert de la propriété d'un corps certain, le propriétaire intérimaire ne peut pas, en vendant l'immeuble à un tiers, en le grevant de droits réels, détruire le premier contrat. Le jour où la condition se produit, tous les droits réels consentis sur le bien par le propriétaire, *pendente conditione*, sont effacés (art. 1183).

A l'inverse, la plus-value que la chose acquiert postérieurement au contrat et avant l'arrivée de l'événement, profite à l'acquéreur.

Enfin, si l'acquéreur ou le créancier sous condition a disposé, *pendente conditione*, du droit en germe qui est né à son profit, si, par exemple, il a concédé une hypothèque sur l'immeuble, ces actes sont consolidés par l'arrivée de la condition (art. 2125).

Etant donné que les règles précédentes s'expliqueraient aisément par cette idée très simple que l'obligation existe déjà, d'une existence à la vérité encore incomplète et imparfaite, dès avant l'événement de la condition, le seul avantage de la fiction de la rétroactivité c'est de rendre ces effets plus frappants, plus saisissants. Encore est-il bon de remarquer qu'on pourrait aisément s'en passer, sans rien changer aux conséquences qu'on lui rattache. Rien n'est plus facile, par exemple, que de justifier l'évanouissement des droits réels consentis par l'aliénateur sous condition, avant la réalisation de la condition. C'est une conséquence de la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Celui qui a vendu son immeuble sous condition, n'a plus qu'un droit soumis à une cause d'extinction, qui est l'arrivée de l'événement. En aliénant ce droit périssable, en le démembrant, il ne le consolide pas. Le droit qu'il transmet aux tiers, reste toujours soumis à la même éventualité ; quand la condition vient à se réaliser, le droit qu'il a concédé au tiers s'éteint.

Faut-il étendre plus loin que nous ne l'avons fait les conséquences logiques de la règle de la rétroactivité ? Nous ne le pensons pas. A notre avis, c'est se méprendre que de la transformer en règle impérative dominant toute notre matière ; c'est méconnaître la véritable nature de la condition. A tout autre point de vue donc, il faut revenir à la réalité, et dire que l'acte produit ses effets au jour où l'événement se réalise. Et nous croyons que la loi est conforme à notre manière de voir.

Ainsi, si l'acte juridique est un contrat de vente et si, *pendente conditione*, l'objet vendu vient à périr par cas fortuit, entre les mains du vendeur, le contrat ne produit, nous l'avons vu, aucun effet au jour où la condition arrive. L'acheteur n'est pas obligé de payer au vendeur le prix convenu (art. 1182). De même, celui qui a aliéné une chose sous condition suspensive, en demeure propriétaire jusqu'au jour où l'événement se produit ; les *actes d'administration* par lui faits sont valables et opposables à l'acquéreur. Celui-ci doit notamment respecter les baux conclus par le vendeur (arg. art. 1673).

De son côté, le propriétaire sous condition résolutoire qui a perçu les fruits et les intérêts produits par la chose, n'est pas tenu de les restituer, au jour de l'arrivée de la condition arg. art. 856, 928, 958, 962, 1682 3e al ; V. Civ. 18 nov. 1924, D. H. 1926,67).

De même encore, le légataire sous condition suspensive n'a droit aux fruits qu'à dater du jour où, la condition étant réalisée, il demande la délivrance de l'objet légué (art. 1004, 1011. 1014, C. civ.).

Enfin, s'agissant d'un propriétaire sous condition résolutoire, dans l'espèce d'un acheteur à réméré qui, avant l'exercice de la faculté de réméré par son vendeur, aurait *purgé* les hypothèques grevant l'immeuble par lui acquis, la jurisprudence décide que l'exercice du réméré, c'est-à-dire

l'événement de la condition résolutoire, laisse subsister les effets de la purge, ce qui revient à écarter ici la conséquence logique de la rétroactivité (Req., 14 avril 1847, D. P. 47.1.217, S. 47.1.341. Cf. Note de M. Dalmbert, S. 1904.1.417).

Ajoutons que les contractants sont certainement libres de déroger à la règle de la rétroactivité et de stipuler que, nonobstant la condition, l'effet du contrat ne rétroagira pas (Req. 10 janvier 1925, S. 1925.1.62).

On le voit, nous restreignons autant que possible les conséquences de la fiction de la rétroactivité de la condition. Nous nous refusons à y voir un *principe général* dont il soit nécessaire, par l'effet d'un simple raisonnement déductif, et en dépit des inconvénients économiques incontestables qui en découlent, d'appliquer toutes les conséquences, même dans les cas où un texte de loi ne l'impose pas formellement.

C'est qu'en effet, il n'y a aucun motif de raison ou d'équité qui justifie une fiction ainsi généralisée. Vainement a-t-on prétendu que la rétroactivité de la condition résulterait de l'intention présumée des auteurs de l'obligation. Les contractants, dit-on, en subordonnant l'obligation à un événement futur et incertain, ont voulu, en cas de réalisation ultérieure de cet événement, se trouver placés dès maintenant dans la situation qu'ils auraient acceptée, si, dans la certitude de l'événement prévu, ils avaient fait un acte pur et simple. Mais il y a là, évidemment, une interprétation toute divinatoire. Si les parties ont l'intention qu'on leur prête, elles n'avaient qu'à s'exprimer en ce sens. Si elles ont gardé le silence, il est plus raisonnable de penser qu'en subordonnant l'obligation à un événement futur, elles ont entendu reculer sa naissance dans l'avenir. Cette interprétation s'impose d'autant plus qu'elle est plus favorable aux intérêts des tiers évidemment sacrifiés dans la thèse de la rétroactivité.

On remarquera que les plus récentes législations civiles ont rejeté la fiction de la rétroactivité (C. civ. allemand, art. 158; Code suisse des obligations, art. 151-154). Toutefois, le Code civil allemand (art. 159) permet aux parties d'attribuer un effet rétroactif à l'événement de la condition, mais en exprimant formellement leur volonté en ce sens. Et encore cette rétroactivité n'entraînera-t-elle d'effets que dans les rapports des parties, sans léser les intérêts des tiers (art. 159). Ajoutons que les droits conférés *pendente conditione* par un propriétaire conditionnel sont cependant anéantis pour l'avenir par l'événement de la condition (art. 161), ce qui prouve bien que, comme nous le disions plus haut, cette solution équitable, issue de la règle *nemo plus juris*, peut très bien se passer du fondement de la fiction de rétroactivité.

SECTION II. — TERME.

Définition du terme. Différence avec la condition. — Le terme (V. notre Tome I^er^, p. 83, s.) est la modalité en vertu de laquelle l'acte juridique ne recevra pas son exécution immédiatement, mais à un jour déter-

miné. Si cet acte juridique a donné naissance à une obligation, celle-ci ne sera donc exigible qu'au jour fixé (art. 1186). D'où l'expression proverbiale *Qui doit à terme ne doit rien*, expression faite pour égarer l'esprit, si on la prenait à la lettre, car l'article 1186 se hâte d'ajouter que, « ce qui a été payé d'avance ne peut être répété », montrant bien par là que la dette existait déjà. L'article 1185 nous avait déjà dit d'ailleurs que « le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement » (l'existence de l'engagement, lequel est donc d'ores et déjà acquis, certain), « dont il retarde seulement l'exécution ».

Dans les cas les plus fréquents, le terme est stipulé *dans l'intérêt du débiteur*. Alors, il dépend de lui d'y renoncer en payant d'avance, comme le prévoit l'article 1186. Il n'en serait pas de même dans le cas, prévu par l'article 1187, où le terme aurait été convenu dans l'intérêt du créancier. Alors, il ne dépendrait pas du débiteur de devancer le moment de sa libération. Cette interprétation de la modalité peut résulter, nous dit l'article 1187, soit des circonstances, soit de la stipulation. Ajoutons qu'elle peut résulter aussi de la *nature* même de l'obligation. Ainsi, dans le contrat de *dépôt*, le terme est présumé stipulé dans l'intérêt du *déposant*, c'est à-dire du créancier (V. art. 1944). Dès lors, c'est au déposant qu'il appartient, s'il le veut, de devancer le terme en demandant, plus tôt qu'il n'a été convenu, la restitution de la chose déposée.

Nous venons de voir quelle différence essentielle il y a entre le terme et la condition. Il en résulte que l'obligation à terme possède plus de vitalité que l'obligation conditionnelle. Elle tient plus de place dans le patrimoine que ce *germe* que constitue la créance simplement conditionnelle. D'où les contrastes suivants entre les conséquences pratiques du terme et celles de la condition :

1° Nous avons vu (art. 1182) que *le risque* de la chose due sous condition est pour le débiteur. Au contraire, le risque de la chose due à terme est pour le créancier. Celui-ci est devenu propriétaire de cette chose par le contrat. Ce que le terme suspend, c'est seulement la livraison matérielle de l'objet. Il y a donc lieu d'appliquer la règle de l'article 1138 : *Res perit domino*.

2° Ce qui a été payé avant terme *n'est pas sujet à répétition* (art. 1186, *in fine*). Au contraire, ce qui, étant dû sous condition, aurait été payé avant l'arrivée de la condition, pourrait être répété, pourvu que la répétition eût lieu, elle aussi, avant l'événement.

La formule finale de l'article 1186 donne lieu d'ailleurs à certaines difficultés. Très certainement applicable lorsque le débiteur a agi *sciemment* en devançant le terme, l'est-elle aussi lorsqu'il ressort des circonstances que le débiteur a payé avant terme *par erreur* ? Supposons un héritier qui acquitte un legs, dans l'ignorance d'un testament ultérieur qui rejette l'exigibilité du legs à dix ans plus tard. Le *solvens* pourra-t-il répéter le capital, ou du moins (dans une opinion plus modérée) demander à l'*accipiens* de lui faire raison de l'intérêt de ce capital d'ici au jour de l'échéance ? Il semble que la raison et l'équité dicteraient une réponse affirmative. En somme,

le débiteur a payé plus qu'il ne devait. Cependant, c'est l'opinion contraire qui s'enseigne en général. On fait remarquer, en effet, que l'article 1186 serait inutile, s'il visait le cas où le débiteur a payé sciemment, car la répétition de l'indû (et *a fortiori*, la répétition de ce qui a été payé trop tôt ou de l'*inter usurium*) n'est admise que dans le cas d'un paiement fait par erreur (V. art. 1376, 1377). Donc, celui qui a payé par erreur avant terme, n'a rien à réclamer. La tradition est en ce sens (Pothier, *Obligations*, n° 230).

Du moins, le *solvens* devra-t-il être considéré comme un *donateur* du créancier jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il a perdu ? Nous croyons que non. D'une part, l'intention libérale n'existe pas toujours chez lui. Le débiteur a pu préférer payer assitôt la somme qu'il devait, parce qu'il redoutait de la perdre par suite de mauvais placements dans l'intervalle. De plus, il ressort des termes mêmes de l'article 1186 que le règlement fait avant terme est un *paiement*. Ce n'est donc pas une donation.

Hypothèses de déchéance du terme. — Dans certaines hypothèses, le débiteur est déchu du bénéfice du terme ; il devra donc payer aussitôt, nonobstant la modalité dont son engagement était affecté. Plusieurs hypothèses doivent être ici envisagées.

Premier cas. — Faillite du débiteur. — Aux termes de l'article 1188, « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ». Il résulte de l'article 444 du Code de commerce que ce qui entraîne l'exigibilité immédiate des dettes du commerçant, ce n'est pas l'état même de faillite, c'est-à-dire la *cessation de ses paiements*, mais le prononcé du jugement qui déclare la faillite. A quoi il faut assimiler le jugement déclarant ouverte la *liquidation judiciaire* du commerçant (L. 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, art. 8, al. 1). La raison principale qui explique ce cas de déchéance du terme, c'est que la faillite emporte la liquidation collective du patrimoine du commerçant failli. L'exigibilité de toutes les créances est indispensable pour les facilités de cette liquidation.

Second cas. — Déconfiture du débiteur. — La loi n'a parlé que de la faillite. La déchéance du terme découle-t-elle aussi de la *déconfiture*, c'est-à-dire de l'état d'insolvabilité du non-commerçant ? Il y aurait de bonnes raisons d'en douter. D'abord, toutes les déchéances sont de droit étroit. De plus, la déconfiture n'entraîne pas de liquidation collective. Enfin, elle n'est pas déclarée par un jugement fixant le moment précis où elle se produit Cependant, la Jurisprudence décide que la déconfiture entraîne, comme la faillite, la déchéance du terme. La raison en est que, comme la faillite, la déconfiture fait disparaître l'état apparent de solvabilité, sur la foi duquel le créancier avait accordé le terme. Seulement, la déchéance, faute d'un jugement déclaratif de déconfiture, devra être demandée en justice. La déchéance du terme ne pourra remonter à un jour antérieur à celui de la demande (Civ., 30 mars 1892, D. P. 92.1.281, note de M. Planiol, S. 92.1.481, note de M. Labbé ; 6 février 1907, D. P. 1908.1.408, S. 1907.1.67).

Troisième cas. — Diminution des sûretés du créancier. — D'après l'article 1188, le débiteur encourt aussi la déchéance du terme, « lorsque par

son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Le créancier avait consenti au terme, en considération des sûretés qui lui permettaient de différer le paiement. Ces sûretés disparaissant, il est en droit de ne plus attendre l'échéance convenue. Mais il y a ici plusieurs distinctions à faire.

D abord, ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à la disparition des *sûretés spéciales* (gage, hypothèque, etc.) consenties au créancier par le débiteur. Il ne s'agit pas du droit de gage général, existant sur tout le patrimoine du débiteur au profit des créanciers ordinaires (art. 2092). Ceux-ci, en n'exigeant pas de sûretés spéciales, ont consenti à courir le risque de toutes les aliénations qu'il plairait à leur débiteur d'effectuer. Il n'y a que dans le cas d'aliénation frauduleuse qu'ils auraient le droit d'agir aussitôt, au moyen de l'*action Paulienne*. La déchéance du terme ne résulte que de la disparition du gage spécial qui aurait été consenti au créancier par le débiteur. Par exemple, le débiteur m'a donné hypothèque sur sa maison, sur sa terre ; il démolit sa maison, il coupe ses bois de futaie. Je peux le poursuivre sur-le-champ.

En second lieu, la déchéance du terme ne se produit qu'en cas de destruction de sûretés *volontaires*, c'est-à-dire résultant d'un contrat, ou d'une disposition de loi établissant cette sûreté par interprétation de la volonté présumée des parties (Aix, 29 novembre 1905, D. P. 1908.2.118). La diminution des sûretés purement légales, comme le sont en général les *privilèges*, n'entraînerait pas déchéance du terme, car, en commettant cette diminution, le débiteur n'a pas enfreint la loi expresse ou implicite du contrat.

Enfin, la loi nous parle de la diminution des sûretés survenue *par le fait du débiteur*. Elle laisse donc de côté la disparition résultant d'un cas fortuit. Exemple : le cheval que j'avais donné en gage vient à mourir ; les valeurs de bourse que j'avais données en gage subissent une forte baisse. Dans tous ces cas, le débiteur n'a pas violé la loi du contrat ; il n'y a pas lieu à application de l'article 1188. Seulement, d'autres textes établissent le droit de poursuite immédiate du créancier (V. art. 2020, 2131), avec toutefois cette différence que le débiteur pourrait arrêter les poursuites en offrant d'autres sûretés.

Quatrième cas. — Non réalisation des sûretés promises. — Au cas où le débiteur a diminué par son fait la sûreté du créancier, il faut assimiler celui où il a manqué à réaliser celle qu'il avait promise. Dans ce cas encore, et pour la même raison, il encourt la déchéance du terme (V. art. 1912-2°).

Différentes espèces de termes. — Il y a plusieurs classifications des termes :

1° *Terme suspensif et terme extinctif.* — La définition et les exemples que nous avons donnés du terme s'appliquent au *terme suspensif*, qui est le plus fréquent. Mais à côté du terme suspensif, il y a le terme *extinctif* ou *résolutoire*, qui éteint les effets de l'acte juridique au bout d'un cerfain temps. Exemples : je vous loue ma maison pour une période de dix années ; je vous prête une somme d'argent que vous me rendrez au bout de

cinq ans ; je lègue à Pierre l'usufruit de ma maison jusqu'à sa majorité.

Le terme extinctif est parfois assez difficile à distinguer d'une condition. Exemple, je donne ou lègue une rente viagère à M^lle^ X jusqu'au jour où elle se mariera. Il est important, dans l'exemple choisi, de déterminer la qualification de la modalité, car si c'est un terme extinctif, elle est licite. Si elle constitue en réalité la condition de ne pas se marier, elle pourra être considérée comme illicite et dès lors tomber sous le coup de l'art. 900, si les juges du fond estiment qu'elle a été dictée par des sentiments immoraux. (Req. 8 avril 1913, D. P. 1915.1.29).

2° *Terme certain, terme incertain.* — L'époque à laquelle est fixé le terme suspensif peut être, soit un jour déterminé du calendrier, par exemple, le premier janvier prochain, soit un événement qui doit arriver à une époque fixe : le jour de telle fête, de tel anniversaire. On dit alors que le terme est *certain*.

Le terme est *incertain*, quand il est attaché à un événement dont la réalisation, bien que certaine, se produira à un moment qu'on ne connaît pas encore. Exemple : je vous paierai telle somme à la mort de Paul. On voit que le terme incertain diffère de la condition. Dans la condition, il y a incertitude sur le point de savoir si l'événement arrivera et quand il arrivera ; dans le terme incertain, au contraire, l'incertitude ne porte que sur le point de savoir quand l'événement se produira.

En Droit romain, on admettait que, dans les dispositions de dernière volonté, le terme incertain devait être assimilé à la condition et produire le même effet. *Dies incertus in testamento conditionem facit* (75, D. *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1 ; 79, 1, D. *h. t.*, 12, 1, D. *De leg.*, 2°). Nous verrons, en traitant des donations, s'il faut encore admettre la même règle dans notre Droit moderne.

3° *Terme exprès, terme tacite.* — Le terme est *exprès*, lorsqu'il est formellement stipulé par les parties. Il est *tacite*, quand il résulte de la nature même du rapport juridique, par exemple, quand une personne s'engage l'hiver à effectuer des travaux qui ne peuvent se faire qu'en été.

4° *Terme de droit, terme de grâce.* — Le terme de *droit* est celui qui est établi soit par la convention des parties (terme conventionnel), soit par la loi (terme légal).

Le *terme de grâce* est un délai qui résulte de la bienveillance du tribunal. L'article 1244, al. 2, porte en effet que « les juges peuvent..., en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ». Ainsi, les juges peuvent accorder un ou plusieurs délais, permettre d'échelonner les paiements, pourvu qu'ils usent de cette faculté avec modération.

On trouve dans le Code plusieurs applications de ce pouvoir modérateur accordé aux magistrats dans une pensée manifeste d'humanité. Mais il s'en faut que le juge ait toujours cette faculté, et il convient à cet égard de distinguer plusieurs hypothèses.

A. — Il y a des cas où un texte formel interdit au juge d'accorder des délais de grâce. Il en est ainsi :

a) Lorsque la dette affecte la forme d'une *lettre de change* ou d'un *billet à ordre* (art. 135, 157, C. com.) ; car la ponctualité rigoureuse des échéances de ces titres est indispensable à leur fonctionnement comme monnaie commerciale.

b) Lorsqu'il y a un *jugement* rendu contre le débiteur (art. 122, C. proc. civ.) ; car alors un délai de grâce dérogerait au principe que le juge ne peut pas revenir sur sa décision, ou porter atteinte à l'effet d'une décision rendue par un autre juge.

c) Lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'*action en réméré* (art. 1661).

d) Lorsqu'il s'agit de l'échéance d'un prêt fait par la Société du *Crédit foncier* (D., 28 février 1852, art. 26).

B. — Il y a des cas où la faculté pour le juge d'accorder des délais de grâce est discutée.

a) On s'est demandé s'il ne faut pas étendre à toutes les dettes commerciales la disposition prohibitive du délai de grâce en cas de billet à ordre ou de lettre de change. Mais la pratique s'est fixée en sens contraire.

b) De même, on a prétendu qu'un délai de grâce ne pourrait pas être sollicité et obtenu par le débiteur, lorsque le créancier est muni d'un *titre exécutoire* (autre qu'un jugement). C'est l'opinion la plus bienveillante qui a cependant prévalu (Req., 8 novembre 1892, D. P. 93.1 33 . Et, en effet, l'article 1244 nous dit que les juges peuvent surseoir à l'exécution des *poursuites*. Or, le mot de *poursuites* s'applique, non pas seulement aux instances judiciaires, mais aux voies d'exécution, lesquelles supposent un créancier muni d'un titre exécutoire. De plus, l'article 2212 autorise la concession d'un délai de grâce dans un cas où le débiteur est engagé par un *bail authentique*, lequel est un titre exécutoire.

Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne son efficacité, le terme de grâce diffère du terme de droit aux deux points de vue suivants :

A' — Le terme de grâce, à la différence du terme de droit, ne met pas, nous l'avons vu, obstacle à la *compensation*.

B' — Il résulte de l'article 124 du Code de procédure que la *déchéance* du terme de grâce est encourue par le débiteur, non seulement dans les cas qui, aux termes de l'article 1188, entraînent déchéance du terme de droit, mais encore dans des hypothèses spéciales qui sont les suivantes :

a) Lorsque les biens du débiteur sont *saisis* à la requête d'autres créanciers ;

b) Lorsqu'il est en état de *contumace* ;

c) Lorsqu'il s'est constitué *prisonnier*.

Si ces hypothèses se produisaient avant que le délai de grâce fût sollicité, il va de soi qu'elles mettraient obstacle à son obtention. Il faut donc les

ajouter à la liste indiquée ci-dessus des cas où il est interdit au juge d'accorder des délais de grâce.

Ajoutons que les décrets moratoires successifs intervenus au cours de la guerre ont généralisé, notamment en matière de loyers, l'institution du délai de grâce. En dernier lieu, la loi du 9 mars 1918, instituant une juridiction spéciale, celle des Commissions arbitrales, pour statuer sur les contestations entre propriétaires et locataires, nées par suite de la guerre et relatives à l'exécution ou à la résiliation des baux à loyer, décide (art. 17) que « dans tous les cas, il pourra être accordé au locataire, suivant les circonstances, terme et délai pour se libérer, soit en totalité, soit par fractions ».

CHAPITRE II

PLURALITÉ D'OBJETS OU DE SUJETS

La complexité résultant de la pluralité des *objets* d'une obligation se rencontre dans les *obligations alternatives, conjonctives* ou *facultatives*, fort peu nombreuses en pratique et dont nous ne dirons que quelques mots et aussi, au moins dans certains cas, dans les obligations *indivisibles* qui donnent lieu à une théorie difficile. La complexité résultant de la pluralité des *sujets* est de même assez ardue. Elle donne lieu aux théories très importantes de l'*obligation conjointe* et de la *solidarité*. Il y a intérêt à rejeter l'étude *de l'indivisibilité* après celle de la *solidarité* dont on la distingue parfois assez malaisément.

SECTION I. — Pluralité d'objets.

Obligations conjonctives, alternatives, facultatives (art. 1189. 1196). — La pluralité des objets d'une obligation peut lui donner le caractère d'une obligation *conjonctive*, *alternative* ou *facultative*. Les textes afférents à ces variétés d'obligations ne sont que des applications du principe formulé dans l'article 1156, aux termes duquel on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Autrement dit, tous les contrats dans notre Droit, sont des contrats de bonne foi.

L'obligation *conjonctive* est celle qui astreint le débiteur à exécuter cumulativement plusieurs prestations, et qui n'est éteinte que par cette exécution Exemple : Je vous dois 1.000 francs *et* un cheval.

L'obligation *alternative* est celle qui astreint le débiteur à l'une seulement de deux ou de plusieurs prestations prévues, et qui s'éteint par l'exécution de l'une ou de l'autre. Je vous dois 1.000 francs *ou* un cheval.

L'obligation *facultative* est celle qui n'a qu'un objet unique, mais dont le débiteur peut se libérer en exécutant une autre prestation. Exemple : Je vous lègue telle maison, mais mon héritier pourra, s'il le préfère, se libérer en vous payant 20.000 francs.

Il n'y a rien de particulier à relever en ce qui concerne les obligations *conjonctives*.

En ce qui touche les obligations *alternatives*, les articles 1189 et suivants ne font qu'énoncer une règle d'évidence en disant art. 1191) que le débiteur ne peut se libérer en exécutant une partie d'une des prestations promises et une partie de l'autre. C'est l'application de ce principe que le débi

teur ne se libère qu'en payant exactement ce qu'il doit (art. 1243). Or il doit une des prestations promises. Il faut et il suffit qu'il exécute l'une ou l'autre, mais entièrement (art. 1189).

Le choix appartient au *débiteur* (art. 1190) ; application de cette règle générale que, dans le doute, l'interprétation d'un acte juridique doit se faire dans l'intérêt du débiteur (art. 1162). Cependant, une clause expresse pourrait attribuer l'option au *créancier*. (Req. 17 juillet 1929, Gaz. Pal. 1929.2.610).

Nous examinerons trois questions à propos des obligations alternatives.

1° *Première question. Des risques.* — Si les deux choses périssent par cas fortuit, avant la mise en demeure du débiteur ou, ce qui revient au même, si les deux prestations deviennent impossibles, le débiteur est entièrement libéré de son obligation, et le risque est supporté par le créancier (art. 1195). C'est l'application de l'article 1302.

Lorsque la perte fortuite n'atteint pas les deux choses, il faut distinguer selon que le choix appartient au débiteur ou au créancier, ainsi que l'indiquent les articles 1193, 1194, auxquels il suffit de renvoyer.

2° *Deuxième question. Obligation alternative de donner.* — Supposons que l'obligation alternative soit une obligation de donner l'un ou l'autre de deux corps certains : je vous lègue mon hôtel ou mon château. A quel moment se produira le transfert de la propriété ? En raison, ce devrait être seulement lorsque l'élection faite par le débiteur ou le créancier a opéré la *concentration* de l'obligation sur un des deux objets. Cependant, la Doctrine, en se fondant sur les termes absolus de l'article 1138, enseigne en général le contraire. Le transfert de propriété se produirait aussitôt, mais *sous condition*, de telle sorte qu'une fois l'option effectuée, le créancier serait considéré comme étant devenu propriétaire de la chose choisie, à dater du moment même de la naissance de l'obligation. D'où les deux conséquences suivantes :

A. — Si le débiteur tombe en faillite avant la livraison, le créancier ne subira pas le concours des créanciers, et viendra prélever la chose à titre de propriétaire.

B. — Si, à supposer l'option appartenant au créancier, le débiteur a vendu ou donné à un tiers la chose qu'il plaît au créancier de choisir, celui-ci aura le droit de la revendiquer contre le tiers détenteur, à moins naturellement que celui-ci ne puisse invoquer la règle : En fait de meubles possession vaut titre.

3° *Troisième question. Différences entre l'obligation alternative et l'obligation facultative.* — Il semble à première vue qu'elles se ressemblent beaucoup. En réalité, il y a entre elles cette différence que l'obligation alternative seule a *plusieurs objets*. Dans l'obligation facultative, il n'y a qu'un *objet unique ;* l'autre n'est pas dû ; il n'est, comme disaient les Romains, que *in facultate solutionis*. D'où les différences pratiques suivantes :

A. — Le créancier ne peut demander en justice que la chose due, non celle qui peut être facultativement fournie à sa place. C'est seulement à livrer cette chose que le juge peut condamner le débiteur. Et l'exécution

forcée ne peut, si elle est possible, procurer au créancier que cette même chose ou, si elle a péri, son équivalent en argent.

B. — Si l'unique objet dû vient à périr, le créancier n'a plus rien à réclamer. Le débiteur est libéré au cas de destruction fortuite. Il doit fournir l'équivalent en dommages-intérêts, au cas de perte survenue par sa faute, à moins qu'il ne préfère fournir l'objet de libération facultative.

C. — C'est la nature de l'unique objet dû qui détermine la nature mobilière ou immobilière de l'obligation. Au contraire, dans l'obligation alternative, à supposer que les deux objets ne soient pas de même nature, c'est l'option seule qui fixe le caractère de l'obligation.

Les questions que nous venons d'examiner brièvement n'offrent qu'un intérêt pratique assez restreint, comme en témoigne la pauvreté de la Jurisprudence qui les concerne. Tout au contraire, les obligations *plurales*, c'est-à-dire comportant plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, donnent lieu à une Jurisprudence des plus importantes, et constituent l'une des matières les plus profondément creusées par la Science depuis les Romains jusqu'à nos jours.

SECTION II. — Pluralité de sujets. Obligations conjointes.

Définition. Domaine de l'obligation plurale dite conjointe. — Il y a obligation *conjointe* quand une obligation comporte plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers, avec cette particularité que l'obligation se divise activement ou passivement entre les divers sujets du rapport de droit, de telle sorte que chaque créancier n'ait droit de réclamer que sa part de la créance, ou que chaque débiteur ne puisse être poursuivi que pour sa part de la dette.

Comme on l'a fait observer, il serait plus exact et plus expressif d'appeler cette obligation *disjointe* plutôt que *conjointe*.

La situation que nous venons de décrire constitue, dans notre législation, *le droit commun des obligations plurales*.

En fait, l'événement qui donne le plus souvent naissance à cette variété d'obligation plurale, est la *mort* soit du créancier, soit du débiteur, le défunt laissant plusieurs héritiers. La créance comme la dette *se divisent alors de plein droit* entre les héritiers du créancier ou entre ceux du débiteur (art. 1220).

En somme, à partir de la mort du créancier, il n'y a plus une seule créance, mais autant de créances distinctes qu'il y a d'héritiers. Si, par exemple, la créance est de 3.000 francs, et que le créancier laisse trois enfants héritiers pour égale part, chacun d'eux devient, à dater du décès et avant même le partage, créancier du débiteur jusqu'à concurrence de 1.000 francs. Chacune de ces créances est absolument indépendante des autres, et chaque créancier doit poursuivre le débiteur pour son propre compte.

De même, si le débiteur d'une dette de 3.000 francs meurt laissant trois enfants, la dette se divise de plein droit entre ces derniers, et chacun d'eux devient débiteur de 1.000 francs. La créance unique qui existait au profit du créancier, se trouve donc remplacée par trois créances de 1.000 francs

chacune et ces trois créances sont absolument indépendantes, à tel point que, si l'un des héritiers est insolvable, le créancier ne peut pas poursuivre contre les autres le paiement de ce qu'il n'a pu recouvrer contre le premier.

Cette solution caractéristique de notre Droit successoral est, on le comprend, très désavantageuse pour les créanciers héréditaires, puisque, en cas de pluralité d'héritiers, c'est à la charge des créanciers qu'est le risque de l'insolvabilité de chaque successeur. Il y a cependant à ce danger certains tempéraments. D'abord, nous verrons, en étudiant les *Successions*, que, tant que le partage des biens n'est pas fait, le créancier conserve le droit de poursuivre la masse indivise, et de la saisir jusqu'à concurrence du montant total de ce qui lui est dû. C'est là un moyen pour lui d'échapper à l'insolvabilité de l'un des héritiers. Il faut ajouter que le créancier qui a une hypothèque sur un immeuble peut se faire payer la totalité de sa créance en poursuivant pour le tout celui des héritiers que le partage a rendu attributaire de cet immeuble (art. 873).

On le voit, les créances dites *conjointes* et les dettes *conjointes* sont, en réalité, des créances et des dettes distinctes, séparées, ayant chacune leur vie propre, indépendante, mais qui *sont nées d'un seul et même fait juridique*.

Insistons un peu sur les conséquences de cette proposition.

1° Chaque créancier conjoint ne peut réclamer au débiteur que la part dont il est créancier. De même, en cas de dette conjointe, le créancier ne peut demander à chaque débiteur que le montant de sa part personnelle et non celle des autres.

2° La mise en demeure du débiteur par l'un des créanciers ne produit aucun effet au profit des autres. De même et réciproquement, le créancier qui a plusieurs débiteurs conjoints, doit mettre chacun d'eux en demeure de payer.

3° Enfin, il faut appliquer la même règle à l'interruption de la prescription. Celle-ci ne profite qu'au créancier qui l'a faite, et ne nuit qu'au débiteur qui en a été l'objet.

Nous avons jusqu'à présent supposé l'hypothèse la plus fréquente, celle d'obligations conjointes résultant de la pluralité des héritiers. Mais le principe s'applique, non seulement dans le cas de décès du débiteur ou du créancier unique, mais aussi dans les hypothèses où, *dès la naissance du droit*, il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. Si rien n'est stipulé de contraire par les parties, l'obligation plurale à sa naissance prend le caractère d'une obligation conjointe. Seulement, à raison des inconvénients pratiques d'une telle combinaison pour le créancier, il est très rare qu'en fait une obligation à plusieurs débiteurs prenne naissance avec ce caractère d'obligation conjointe. Lorsqu'un créancier a en face de lui plusieurs débiteurs, il exige presque toujours qu'ils s'engagent *solidairement*.

En revanche, on rencontre des *créances* mettant en jeu plusieurs co-stipulants et naissant divisées entre eux. Par exemple, plusieurs cohéritiers vendent ensemble un immeuble héréditaire ; chacun d'eux devient créancier d'une partie du prix.

De même, un des cohéritiers a, pendant l'indivision, recueilli seul les

fruits et intérêts produits par les choses indivises ; il devient débiteur de chacun des cohéritiers.

On remarquera d'autre part que la société civile paraît donner naissance à des obligations passivement conjointes. En effet, l'article 1862 décide que, dans ces sociétés, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, à la différence de ce qui se passe dans les sociétés commerciales. Mais, il ne faut pas oublier que, d'après la Jurisprudence, les sociétés civiles sont douées de la personnalité juridique. C'est donc seulement lorsque l'actif social ne suffit pas à les désintéresser que les créanciers peuvent, pour le surplus de leur créance, poursuivre chacun des associés sur ses biens personnels. Dans ce cas, leurs poursuites se divisent et ne peuvent s'exercer contre les associés que pour leur part virile conformément au principe de l'article 1220.

SECTION III. — Second cas de pluralité de sujets. Obligations solidaires.

La *solidarité* empêche la division des créances ou des dettes entre les divers sujets. Elle peut, en effet, s'appliquer soit aux créances, soit aux dettes. Il y a donc deux solidarités, la *solidarité active* et la *solidarité passive*.

§ 1. — Solidarité active.

Créanciers solidaires. — Comptes-joints. — On se trouve en présence de *créanciers solidaires*, lorsque l'obligation a été constituée de telle façon que chacun des créanciers fût créancier *pour la totalité* (*in solidum*), et pût réclamer au débiteur le paiement de *toute la dette*. Dans ce cas, il est d'ailleurs bien entendu que le débiteur est libéré quand il s'est acquitté entre les mains de l'un des créanciers (art. 1197).

On rencontre très rarement des créanciers solidaires, et en voici la raison : Lorsque plusieurs personnes contractent avec un même débiteur, elles n'ont aucun intérêt à stipuler pour chacune d'elles le droit d'exiger le paiement total de la créance. Il y aurait même souvent danger à le faire, car ce serait s'exposer à la mauvaise foi ou à l'insolvabilité de celui des costipulants qui, prenant l'avance sur les autres, aurait obtenu le paiement. Il est toujours temps pour les créanciers de donner à l'un d'entre eux mandat de recevoir l'intégralité de la créance, au moment de l'échéance, si le besoin s'en fait sentir.

On rencontre cependant quelques applications de la solidarité active. Il s'agit en général de co-contractants qui sont intervenus primitivement dans un contrat à titre de *débiteurs* solidaires, et que des faits postérieurs transforment en créanciers. Alors, ils restent solidaires dans cette nouvelle posture. Par exemple, deux personnes, un mari et une femme, ont fait solidairement une donation. Par la suite, elles en demandent la résolution pour inexécution des charges ou pour ingratitude ; chacun des donateurs, devenu créancier (ou demandeur) au point de vue de la demande en révo-

cation, aura le droit de demander, pour le tout la révocation de la donation (Trib. d'Yvetot, 29 juillet 1910, D. P. 1912.2.233, note de M. Planiol, S. 1911.2.257, note de M. Tissier). Il en serait de même si deux co-propriétaires, ayant vendu solidairement un bien indivis, demandaient la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix.

Une autre application de la solidarité active s'est rencontrée depuis quelques années dans la pratique des dépôts de titres ou d'argent faits dans les banques par deux personnes, par exemple deux époux. Fréquemment, ces déposants se sont fait ouvrir un *compte-joint*, c'est-à-dire qu'ils ont contracté comme *créanciers solidaires*, et cela afin d'éviter au survivant le paiement des droits de succession, trop souvent exagérés, en lui permettant de retirer en son seul nom, même après décès de son co-déposant la totalité des titres ou des sommes déposés[1]. Les lois de finances du 31 mars 1903, article 7 et du 30 décembre 1903, article 3, ont déjoué ce procédé d'*évasion fiscale*, au moins pour les comptes ouverts par des banques françaises, en décidant qu'au point de vue du fisc, ces comptes, bien que solidaires, seraient traités comme appartenant conjointement aux déposants, et comme dépendant de la succession de chacun d'eux pour une part virile.

Effets de la solidarité active. — Il suffit d'indiquer brièvement les effets de la solidarité active, institution d'importance en somme presque négligeable.

1° *Premier effet.* — Chaque créancier, nous l'avons vu, peut demander le paiement de toute la créance (art. 1197).

2° *Second effet.* — De même, si l'un des créanciers met le débiteur en demeure, ou interrompt la prescription libératoire, ces actes profitent à tous les autres (art. 1199).

Mais là s'arrêtent les pouvoirs des créanciers. L'un des créanciers ne pourrait pas disposer de la totalité de la créance, la céder à un tiers, en faire remise totale au débiteur sans l'assentiment de ses co-créanciers. Car la solidarité ne doit pas produire d'autres effets que ceux en vue desquels elle a été stipulée. Or elle est créée uniquement pour faciliter le recouvrement de la créance, en permettant à chaque créancier d'obtenir le paiement de l'intégralité.

Les articles 1198, al. 2, et 1365, al. 2, contiennent deux applications de cette idée. L'article 1198, al. 2, décide que, si l'un des créanciers fait remise de la dette au débiteur, cette remise ne libère le débiteur que *pour la part de ce créancier*.

L'article 1365, al. 2, déclare, d'autre part, que, si l'un des créanciers défère le serment au débiteur, le serment prêté par ce dernier ne le libère que pour la part de ce créancier.

3° *Troisième effet.* — Lorsque le débiteur a acquitté le montant de sa dette entre les mains de l'un des créanciers, il est libéré à l'égard de tous

1. Cons, R. Dupuichault, *La fraude successorale par le procédé du compte-joint.*

les autres. Et l'article 1198, al. 1er, ajoute qu' « il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux ».

4° *Quatrième effet.* — Il a trait aux rapports des créanciers entre eux. Quand l'un des créanciers a touché le montant de la créance, il doit en remettre une part à chacun de ses co-créanciers en proportion de leurs droits respectifs.

§ 2. — Solidarité passive.

La solidarité passive, c'est-à-dire celle qui permet à un créancier ayant plusieurs débiteurs d'une même dette de réclamer à chacun d'eux la totalité, *solidum*, est, à la différence de la solidarité active, une institution des plus pratiques et des plus vivantes. Bien que la situation des co-débiteurs solidaires soit *légalement* l'exception, *en fait* elle peut être considérée comme la règle, car, en dehors du cas d'une dette divisée par la mort du débiteur entre plusieurs co-héritiers, les co-débiteurs d'une même dette sont presque toujours des co-débiteurs solidaires.

C'est que la solidarité passive constitue une *garantie* au profit du créancier contre l'insolvabilité éventuelle de l'un des co-débiteurs. Aussi le créancier ne manque-t-il pas de la stipuler dans l'acte d'engagement : il la stipule, non seulement quand il contracte avec plusieurs co-débiteurs, par exemple, quand il prête une somme à plusieurs personnes, mais aussi quand, traitant avec une seule personne, il demande l'engagement d'un tiers comme caution. Le créancier exige toujours, en pareil cas, que la caution s'engage solidairement avec le débiteur principal. Cette habitude est tellement entrée dans les mœurs qu'en matière commerciale l'usage, comme nous le montrerons, sous entend la convention de solidarité.

Nous verrons d'autre part que les cas de *solidarité légale*, c'est-à-dire ceux dans lesquels le législateur établit d'office la solidarité entre co-débiteurs, sont fort nombreux.

Notions historiques. — L'institution de la solidarité nous vient du Droit romain, où la solidarité, telle que nous la concevons aujourd'hui, s'appelait *corréalité*. L'obligation corréale était un moyen pour les contractants de faire échec au principe de la division des dettes, soit au profit de plusieurs créanciers, soit à la charge de plusieurs débiteurs. La corréalité passive jouait certainement, comme aujourd'hui, un rôle bien plus important que la corréalité active. Ce sont les textes du Droit romain, relatifs aux débiteurs corréaux, textes discutés et fouillés par nos anciens auteurs, notamment par Dumoulin, parfois altérés et amendés par leurs interprétations, qui forment encore le fond de notre réglementation actuelle de la solidarité passive. Par Domat et surtout par Pothier, qui appelaient la corréalité *solidité*, et non pas solidarité, ces textes ont passé dans le Code civil (Domat, *Loix civiles*, liv. 3, tit. 3, éd. Remy, t. 2, p. 71 ; Pothier, *Obligations*, nos 258 et s., éd. Bugnet, t. 2, p. 120).

I. — Sources de la solidarité entre débiteurs.

« *La solidarité ne se présume point* », nous dit l'article 1202, al. 1er Elle est en effet une exception au droit commun qui réside, nous l'avons vu, dans le principe de la division de la dette entre les co-débiteurs.

La solidarité ne peut donc exister que si elle a été établie par la volonté des parties, ou par une disposition de la loi.

Il résulte de là qu'une décision judiciaire ne peut prononcer la solidarité entre plusieurs co-débiteurs qu'à la condition de constater le fait qui a créé cette solidarité. Sinon, elle viole l'article 1202 et doit être cassée par la Cour de cassation (Civ., 1er décembre 1908, D. P. 1909.1.420, S. 1909.1.191; 31 mars 1909, D. P. 1910.1.19).

Première source : La volonté des parties. — Il y aura solidarité résultant de la volonté des parties soit dans un contrat, soit dans un testament, si, par exemple, le défunt a décidé qu'un legs serait dû solidairement par chacun de ses héritiers. En tout cas, l'article 1202, 1er al., nous dit « que la solidarité doit être expressément stipulée », ce qui signifie non pas que les parties doivent insérer dans l'acte une clause expresse de solidarité, mais que leur volonté doit être clairement manifestée. Le juge peut donc déduire cette volonté de toutes les circonstances qui sont de nature à en fournir la preuve, pourvu qu'il se conforme aux règles édictées en matière de preuve par les articles 1341 et suivants.

Nous rappelons qu'en matière commerciale, nonobstant le principe de l'article 1202 et d'après un très ancien usage, la solidarité *se présume* entre les co-débiteurs, de telle sorte que, si on veut l exclure, il faut une convention expresse (Req. 20 octobre 1920, D. P. 20.1.161, note P. M., S. 22.1.201, note de M. Hamel; 13 janvier 1926, D. H. 1926,67; Civ. 17 juillet 1929, D. H. 1929,556).

Seconde source : La loi. — Les cas dans lesquels la loi établit *de plano* la solidarité entre co-débiteurs peuvent se ramener à trois idées :

1° Tantôt, c'est par *interprétation de la volonté des parties* que la loi crée entre elles le lien de la solidarité. Il en est ainsi dans les cas suivants :

A. — (Art. 1887). Si plusieurs ont conjointement *emprunté* la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.

B. — (Art. 2002). Lorsqu'un *mandataire* a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. C'est par application de cette règle que les parties diverses, ayant figuré dans un acte notarié, sont solidairement tenues envers le notaire rédacteur de ses frais et honoraires (Civ., 30 janvier 1889, D. P. 89.1.400, S. 89.1.433 ; Civ., 23 octobre 1889, D. P. 90.1.390, S. 89.1.472).

C. — Les *associés* en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (art. 22, C. com.).

D. — Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une *lettre de change*,

sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (art. 140, C. com). La même règle s'applique aux divers souscripteurs d'un billet à ordre (art. 187, C. com.).

E. — (Art. 1419, C. civ.) Lorsque des *époux* sont mariés sous le régime de *communauté*, et que la femme contracte *avec l'autorisation du mari*, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme. La Jurisprudence en conclut que les deux époux se trouvent solidairement obligés (Civ., 16 juillet 1902, D. P. 1903.1.401, note de M. Capitant, S. 1905.1.22).

2° Tantôt, la loi établit la solidarité entre les débiteurs, parce qu'elle veut donner une *garantie à un créancier* particulièrement intéressant.

C'est en vertu de cette idée que l'article 32, 2e al. de la loi du 22 frimaire an VII déclare les *cohéritiers* solidaires du paiement des *droits de mutation par décès* dus à l'Etat.

De même, les articles 395 et 396 du Code civil décident que, lorsque la mère, tutrice de ses enfants mineurs, se remarie, ou, plus généralement, que lorsque la femme tutrice se marie ou se remarie, elle doit, avant le mariage, convoquer le conseil de famille qui décide si la tutelle doit lui être conservée. En cas de décision affirmative, le conseil donne nécessairement à la tutrice son mari pour co-tuteur et celui-ci deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage[1].

3° Tantôt la loi impose la solidarité aux débiteurs comme *sanction* d'une faute qu'ils ont commise en commun, et parce que, de cette *faute commune*, il est juste que chacun doive réparation totale au créancier. Nombreuses sont les applications de cette troisième idée soit dans les textes positifs, soit dans la Jurisprudence.

A. — (Art. 1442, 2e al. C. civ.) Si l'*époux survivant*, tuteur des enfants mineurs, ne fait pas *inventaire de la communauté*, il est tenu solidairement avec le subrogé-tuteur de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs.

B. — (Art. 1033, C. civ.) Les *exécuteurs testamentaires* sont solidairement responsables de leur gestion commune.

C. — (Art. 1792). L'*architecte* et l'*entrepreneur* sont solidairement responsables pendant dix ans, lorsque l'édifice a été construit à prix fait, et qu'il vient à périr en tout ou en partie par le vice de la construction ou par le vice du sol.

D. — (Art. 55, C. pén.) Tous les individus *condamnés pour un même crime ou un même délit*[2] sont tenus solidairement des *amendes*, des *restitutions*, *des dommages-intérêts* et des *frais*. On voit que la loi se montre ici fort sévère, puisqu'elle établit la solidarité, non seulement pour les dommages-intérêts, restitutions et frais, mais encore pour les amendes qui sont une peine. Elle fait donc exception au principe de la *personnalité des peines*, et cela dans

1. La loi du 20 mars 1917 a, par erreur, supprimé le mot « solidairement » dans l'article 395, 2e al.

2. La Jurisprudence étend cette règle aux contraventions, sauf pour ce qui concerne les amendes (Cass. crim., 23 novembre 1906, S. 1907.1.479).

l'intérêt du Trésor. Cette rigueur a été souvent critiquée, et on a demandé la suppression de la solidarité en matière d'amende, dans tous les cas où celle-ci ne présente pas le caractère d'une réparation civile[1].

E. — Enfin, une jurisprudence fort ancienne, puisqu'elle a sa base dans le Droit romain et dans la pratique de notre ancien Droit (Pothier, *Oblig.*, n° 268), décide que les personnes qui ont causé par leur *faute commune* un dommage à autrui, sont solidairement responsables à l'égard de la victime de la *réparation de ce préjudice*. Il y a là un exemple important du maintien dans notre Droit actuel d'une règle coutumière, car cette jurisprudence ne repose sur aucun texte positif. Aussi, les auteurs lui objectent-ils qu'elle viole l'article 1202 du Code civil, en vertu duquel la solidarité ne se présume pas. Mais les arrêts écartent l'objection par cette affirmation que la règle de l'article 1202 n'est applicable qu'aux conventions.

Du reste, la jurisprudence a varié en ce qui concerne la base juridique à donner à cette solidarité.

Quelques arrêts ont invoqué un argument d'analogie tiré de l'article 55 du Code pénal, précité (Req., 15 janvier 1878, D. P. 78.1.152, S. 78.1.293). Mais, actuellement, les tribunaux font plus volontiers appel à une idée toute différente : l'impossibilité de déterminer en fait la part de responsabilité qui incombe à chacun des auteurs d'un même délit civil (Civ., 11 juillet 1892, 2 arrêts D. P. 94.1.513 et 561, S. 92.1.505 et 508 ; Req., 26 novembre 1907, D. P. 1908.1.139, S. 1908.1.183 ; 11 juin 1909, S. 1912.1.13). Ou bien, encore, ils mettent en avant la notion d'indivisibilité de la faute, qui n'est en somme qu'une variante de la précédente (Civ., 15 juillet 1895, D. P. 96.1.31, S. 95.1.349 ; 11 janvier 1905, D. P. 1906.1.57, S. 1905.1.72).

Il résulte de cette dernière explication que la solidarité ne doit pas être prononcée, quand il est possible en fait de diviser et de proportionner la responsabilité entre chacun des auteurs d'un délit civil (V. Civ., 15 juillet 1895 précité, sol. impl.). Dès lors, il y aurait une importante différence entre la solidarité qui unit les co-délinquants civils et celle de l'article 55 du Code pénal, car cette dernière existe dans tous les cas où il y a délit punissable commis par plusieurs personnes sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que la part de chacun des coupables dans la réalisation du fait dommageable peut ou non être individualisée.

Il est intéressant de constater qu'en cette matière, la plupart des Codes étrangers appliquent la solidarité à la réparation des délits et quasi-délits civils commis par plusieurs personnes. L'article 830 du Code civil allemand décide que « lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage par un fait illicite réalisé en commun, chacune d'elles est responsable du dommage. Il en est de même, si l'on ne peut découvrir lequel de plusieurs intéressés a causé le dommage par sa faute ». L'article 840 complète le précédent en ces

1. La loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne décide (art. 55) qu'en cas de location d'un aéronef, le propriétaire et l'exploitant sont solidairement responsables envers les tiers des dommages causés. Toutefois, si la location a été inscrite au registre d'immatriculation, le propriétaire n'est responsable que si le tiers établit une faute de sa part.

termes : « Lorsque plusieurs personnes sont, à raison du dommage résultant d'un acte illicite, responsables les unes à côté des autres, elles sont tenues comme débiteurs solidaires. »

De même, l'article 50, 1er al., du Code suisse des Obligations dit : « Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice. » Enfin, l'article 1156 du Code civil italien porte que, « si le délit ou le quasi-délit est imputable à plusieurs personnes, elles sont tenues solidairement de réparer le dommage causé. »

II. — Effets de la solidarité dans les rapports des co-débiteurs solidaires avec le créancier.

D'après une distinction doctrinale qui domine toute la matière, il y a lieu de distinguer dans la solidarité deux catégories d'effets : les effets *principaux* et les effets *secondaires*.

Effets principaux. Leur justification. Unité d'objet de l'obligation ; pluralité de liens. — Une analyse traditionnelle de l'obligation solidaire, qui nous vient du Droit romain, dégage de la façon suivante le mécanisme de l'opération, dans les rapports du créancier et des co-débiteurs.

L'obligation solidaire, nous dit-on, a un seul et même objet ; *eadem res, eadem pecunia,* disaient les textes romains. Par exemple, les vendeurs solidaires d'un immeuble doivent tous livrer à l'acheteur l'immeuble vendu ; ils doivent tous aussi lui en garantir la libre et paisible possession. Les co-emprunteurs d'une somme d'argent doivent tous pareillement restituer la somme qui leur a été prêtée.

D'autre part, cette obligation à objet unique pèse sur plusieurs co-débiteurs, et chacun est obligé envers le créancier. Il y a donc autant de *liens obligatoires* (ayant tous un même et unique objet) qu'il y a de débiteurs.

C'est de ces deux notions, unité d'objet, pluralité de liens, que nous allons reprendre l'une après l'autre, que découlent tous les *effets essentiels* de la solidarité passive.

1° Première notion : Les co-débiteurs solidaires doivent tous un seul et même objet. — Voici les conséquences de cette première notion.

A. — Le créancier peut réclamer la totalité de la chose due *à l'un quelconque des co-débiteurs.* C'est ce qu'on appelle le *droit d'élection* du créancier. Il peut poursuivre celui qu'il lui plaît de choisir (art. 1203), et à qui il impose ainsi le risque de l'insolvabilité de ses co-débiteurs, risque appelé quelquefois le *péril de l'avance*, sans que le débiteur élu soit admis à opposer au créancier le bénéfice de division Le co-débiteur poursuivi n'a qu'un droit : opposer l'exception dilatoire de garantie, c'est-à-dire demander un délai pour appeler en cause ses co-débiteurs (art. 175. C. proc. civ. et art. 1225, C. civ. par analogie).

B. — Quand l'un des codébiteurs a acquitté le montant de la dette, *celle-*

ci s'éteint par l'effet de ce paiement, et les liens obligatoires qui unissaient le créancier aux autres co-débiteurs, disparaissent en même temps.

C. — Le débiteur poursuivi par le créancier peut lui opposer toutes les exceptions qui résultent de la *nature de l'obligation* (art. 1208, C. civ.), c'est-à-dire qui proviennent d'un vice inhérent à l'obligation elle-même ; par exemple, la nullité résultant, soit du caractère illicite de l'obligation, soit du défaut de cause, soit de l'absence de solennité s'il s'agit d'un contrat assujetti à des solennités, soit d'une erreur commise ou d'un dol subi à la fois par tous les co-débiteurs, lorsqu'ils se sont engagés en commun.

Il peut également invoquer les causes d'extinction qui auraient atteint la *totalité de la dette*, comme le paiement, la prescription, la perte fortuite de la chose, l'arrivée d'une condition résolutoire, la remise de la totalité de la dette (art. 1284, 1285).

2° Deuxième notion : Chaque co-débiteur est tenu par un lien obligatoire distinct de celui des autres. — Voici les conséquences de cette idée de *pluralité de liens*.

A. — Les poursuites faites *contre l'un* des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles *contre les autres*, pour recouvrer la dette ou la fraction de la dette qu'il n'aurait pu se faire payer par le premier poursuivi (art. 1204). Différence essentielle avec le Droit romain classique, d'après lequel, lorsque la *litis contestatio* avait été nouée entre le créancier et un des débiteurs corréaux, les autres se trouvaient libérés envers le créancier.

B. — L'obligation de l'un des co-débiteurs peut présenter des *particularités* qui n'existent pas en celles des autres. En voici des exemples divers :

a) L'un des co-débiteurs s'est engagé sous condition, l'autre purement et simplement.

b) Le consentement de l'un des débiteurs a été donné sous l'empire de l'erreur, du dol, de la violence ; ou bien l'un d'entre eux était un incapable qui a contracté sans avoir été régulièrement habilité. Quand il en est ainsi, le co-débiteur, dont l'engagement a été vicié par un vice de la volonté ou fourni en état d'incapacité, peut seul invoquer, s'il est élu par les poursuites du créancier, les exceptions qui lui sont personnelles : les autres ne sauraient s'en prévaloir (art. 1208).

c) Un seul des codébiteurs solidaires d'une dette à terme a encouru la déchéance du terme. Cette déchéance n'atteint pas les autres co-débiteurs (Amiens, 19 novembre 1921, Gaz. Pal., 25 février 1922).

C. — L'obligation de l'un des co-débiteurs peut *s'éteindre*, alors que les autres *restent tenus*. Par exemple, le créancier fait remise de *sa part* dans la dette à l'un des co-débiteurs ; ou bien l'un des co débiteurs devient à son tour créancier du créancier, de telle sorte qu'il y a compensation. La remise ou la compensation ne peuvent être opposées que par celui des débiteurs solidaires au profit duquel s'est produite cette cause personnelle d'extinction. Les autres co-débiteurs, s'ils étaient poursuivis, ne pourraient s'en prévaloir (art. 1294, al. 3).

Cependant, si les autres co-débiteurs ne peuvent invoquer une de ces causes d'extinction toutes personnelles à l'un d'entre eux, ne peuvent-ils

pas au moins l'opposer au créancier *jusqu'à concurrence de la part du co-débiteur libéré*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la somme qui devra être, en dernier lieu, supportée par ce dernier, lorsque les co-obligés feront entre eux la répartition ultérieure et définitive du résultat de l'opération commune ? Cela dépend des cas. Cette opposabilité partielle existe lorsque le créancier a fait *remise de sa part* dans la dette à l'un des co-débiteurs, ou lorsque, devenant héritier de l'un d'eux, sa créance s'éteint dans cette mesure par voie de *confusion* (art 1209 et 1381, 3e al.). Elle n'existe pas, au contraire, au cas de *compensation* ou de *concordat*.

a) *Compensation*. — Il faut supposer que *Primus*, créancier de *Secundus* et *Tertius* pour 2.000 francs, empruntés solidairement, devient débiteur de *Secundus* pour une somme égale. S'il poursuit *Secundus*, et que celui-ci invoque l'effet de la compensation, la créance est définitivement éteinte et les deux débiteurs se trouvent libérés. Mais, si *Primus* réclame son paiement à *Tertius*, ce dernier ne peut pas se prévaloir de la compensation même pour la part de *Secundus*, c'est-à-dire même pour 1.000 fr. (art. 1294. 3e al.). Cette solution se comprend aisément car la créance de *Secundus* contre *Primus* ne regarde pas *Tertius* et ne peut être invoquée par lui.

b) *Concordat*. — Lorsque le créancier a consenti la remise concordataire d'une partie de la dette au co-débiteur failli, il conserve son action pour le tout contre les co-obligés du failli. Il est assez difficile d'expliquer cette solution, car le concordat n'est autre chose qu'une remise partielle de dette, laquelle nous l'avons vu peut être invoquée par les co-débiteurs. Elle est cependant indiscutable (V. Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, nos 2102 à 2106, 5e éd., p. 1075).

Effets du décès de l'un des co-débiteurs solidaires sur l'obligation. — C'est au même principe de la pluralité des liens que l'on peut rattacher les solutions consacrées par notre Droit dans l'hypothèse du décès de l'un des co-débiteurs solidaires. Supposons que le défunt ait laissé plusieurs héritiers. Son obligation se divise entre ceux-ci, et chaque cohéritier n'est plus tenu que pour sa part et portion. De quoi ? De toute la dette. Par exemple, il y avait trois débiteurs solidaires d'une dette de 6.000 francs. L'un deux meurt, laissant deux héritiers ; chacun pourra être poursuivi par le créancier pour moitié de la dette totale, soit pour 3.000 francs. Ainsi, la solidarité de la dette initiale se concilie avec la division du lien obligatoire, spécial au défunt, produite par le décès de celui-ci. La solidarité n'existe donc avec la plénitude de ses effets au profit du créancier qu'à l'encontre des co-débiteurs primitifs, et non à l'encontre de leurs héritiers.

Cette limitation traditionnelle au premier degré des effets de la solidarité est certainement contraire à l'intention des parties et au résultat qu'elles se proposent en créant la solidarité. C'est pourquoi, dans la pratique, les contractants ne manquent pas de l'écarter, et le créancier stipule toujours, à cet effet, que les co-débiteurs seront tenus *solidairement* et *indivisiblement*. En ajoutant ainsi l'indivisibilité à la solidarité, on empêche l'application en cas de décès d'un co-débiteur du principe de la division de la dette.

Effets secondaires de la solidarité. — L'analyse que l'on vient de four-

nir, unité d'objet, pluralité de liens, suffit, on le voit, à expliquer très bien les *effets principaux* de la solidarité.

Mais, à côté de ceux-là, la loi en consacre d'autres, dénommés en général *effets secondaires*, indiqués par les articles 1205, 1206, 1207, textes empruntés à la tradition de notre ancien Droit, qui viennent renforcer la garantie du créancier et font échec, dans son intérêt, à la notion de pluralité de liens.

1° *Premier effet secondaire.* — La *mise en demeure* de l'un des co-débiteurs produit ses conséquences à l'encontre des autres (art. 1205 et 1207). Il suffit donc au créancier d'adresser une sommation à l'un des co-débiteurs pour que l'effet soit produit au regard de tous. Cette règle très ancienne a l'avantage d'éviter des frais qui viendraient augmenter le poids de la dette. Deux conséquences en résultent :

A. — Les *intérêts moratoires* courent au profit du créancier contre tous les co-débiteurs, à partir du jour où il a fait sommation à l'un deux (art. 1207).

B. — Si la dette solidaire a pour objet un *corps certain*, cet objet est *aux risques des co-débiteurs* à dater de la sommation adressée à l'un d'eux. Si donc l'objet vient à périr par cas fortuit avant la tradition, les co-débiteurs sont tous solidairement obligés d'en payer la valeur (art. 1205).

Mais ici, l'article 1205 fait une distinction peu logique et difficile à expliquer entre le co-débiteur personnellement mis en demeure et les autres. Ceux-ci ne sont tenus que jusqu'à concurrence du *prix de la chose* ; le débiteur qui a été mis en demeure peut en outre être condamné à des *dommages-intérêts*.

L'article 1205 applique la même solution dans le cas où, avant toute mise en demeure, le corps certain, objet de la dette, a péri *par la faute de l'un des co-débiteurs*.

Cette différence entre la situation des co-débiteurs respectifs n'a pas de raison d'être. Les droits du créancier devraient être les mêmes à l'égard de tous les co débiteurs. Les rédacteurs du Code ont trouvé la solution dans Pothier (*Obligations*, n° 273) et l'ont reproduite. Elle avait été imaginée par Dumoulin pour fournir une conciliation, aujourd'hui reconnue inexacte, (V. Girard, *op. cit.* 6e éd., p. 756) entre deux textes du Digeste en apparence contradictoires. L'un de ces textes (18 D., *De duobus reis*, XLV, 2) porte « *Alterius factum alteri nocet* ». L'autre (32, § 4, D. *de usuris*, XXII, 1) dit « *Alterius mora alteri non nocet* ». Dumoulin avait soutenu, en se référant à l'idée d'un mandat mutuel entre co-débiteurs solidaires que ceux-ci se représentent les uns les autres *ad conservandam*, mais non *ad augendam obligationem*. Donc, disait-il, la perte par cas fortuit, survenue après la demeure, ne libère pas les autres co-débiteurs de l'obligation de payer le *prix de la chose* et, à cet égard, il est exact de dire : *Alterius factum alteri nocet* ; le fait du co-débiteur nuit aux autres, en tant qu'il a *conservé, perpétué* l'obligation. Mais, inversement, les *dommages-intérêts supplémentaires*, qui *augmenteraient* l'obligation, ne peuvent être imputés qu'au débiteur *in mora* ou en faute : *Alterius mora alteri non nocet.* Pure construction divinatoire à laquelle cependant le Code civil a donné force de loi.

Si encore il avait été logique avec lui-même ! Mais nous avons vu que, se séparant d'ailleurs en cela de Pothier, il décide (art. 1207) qne, dans le cas

où la dette a pour objet une somme d'argent, la mise en demeure de l'un des co-débiteurs solidaires fait courir les intérêts moratoires au détriment de tous. Et cependant, ce sont bien là des dommages-intérêts qui, manifestement, *augmentent* l'obligation.

2° *Deuxième effet secondaire.* — Les poursuites dirigées contre l'un des co-débiteurs solidaires *interrompent la prescription* à l'égard de tous (art. 1206).

Ce second effet a, comme le premier, l'avantage de dispenser le créancier de faire des actes interruptifs à l'encontre de chacun des co-débiteurs, et évite ainsi des frais qui retomberaient à leur charge.

L'article 2249 du Code civil répète cette règle et en fait application à la *reconnaissance de dette* émanée de l'un des co-débiteurs. Au contraire, ajoute-t-il, l'interpellation faite à *l'un des héritiers d'un débiteur solidaire* ou la reconnaissance de cet héritier n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers ; solution qui se comprend aisément, puisque les cohéritiers du co-débiteur ne sont pas, nous l'avons vu, tenus solidairement à l'égard du créancier.

Explication des effets secondaires de la solidarité. Idée de la représentation mutuelle des co-débiteurs[1]. — Les dispositions des articles 1205 à 1207, si elles ne concordent pas avec la notion de pluralité de liens, sont cependant bien faciles à justifier, quand on considère le but même de la solidarité passive. Elles renforcent la garantie que la dette solidaire procure au créancier, et en même temps, elles entraînent une diminution de frais qui profite en dernière analyse aux co-débiteurs solidaires.

Mais cette justification, fondée sur des considérations pratiques, n'a pas paru suffisante aux jurisconsultes. Ils ont donc complété l'analyse traditionnelle de la solidarité en introduisant, à côté des deux idées sus-énoncées (unité d'objets, pluralité de liens), la notion de *représentation mutuelle des co-débiteurs*. Les débiteurs solidaires, ont-ils dit, reprenant une idée déjà énoncée par quelques-uns de nos anciens auteurs (Voir Renusson, *Traité de la subrogation*, ch. 7, n^os^ 27, 29 et 31), sont censés s'être donné mandat réciproque de se représenter dans leurs rapports avec le créancier. Cette explication paraît, après tout, assez plausible. Elle cadre bien avec le caractère spécifique de la dette solidaire, dette unique pesant sur plusieurs personnes. Elle est même tout à fait conforme à la volonté des parties dans le cas où les co-débiteurs se sont obligés volontairement ; elle se comprend également à la rigueur pour certaines hypothèses de solidarité légale, celles où il y a eu intervention de la volonté des parties à l'origine de leur obligation ; car on peut dire alors que la loi établit entre elles la présomption d'une volonté de se donner un pouvoir mutuel de représentation.

Mais, quand on serre l'idée de près, on ne tarde pas à s'apercevoir qu'elle est inconsistante. Il ne suffit pas, en effet, de dire que les co-débiteurs se représentent mutuellement ; il faut encore préciser quelle est l étendue de ce pouvoir de représentation ; et cette précision a donné lieu entre les au-

1. Pilon, thèse Caen, 1898, Oudinot, thèse Paris 1909 ; Duchon, thèse Paris, 1907.

teurs à des discussions insolubles. La formule le plus généralement admise, et empruntée, nous l'avons déjà signalé, à Dumoulin, consiste à dire que les co-débiteurs se représentent pour tous les actes qui ont pour objet soit d'éteindre, soit de conserver la dette, mais non pour ceux qui tendraient à l'aggraver, *ad conservandam vel perpetuendam obligationem, non ad augendam.* C'est en somme cette distinction arbitraire et imprécise qui paraît prévaloir encore en Jurisprudence (V. Civ., 16 décembre 1891, D.P.92.1.177., note de M. Cohendy, S. 93.1.81, note de M. Tissier).

Conséquences de l'idée de représentation mutuelle. Extension jurisprudentielle des effets de la solidarité. – Les tribunaux ne se sont pas contentés de donner à la théorie de la représentation mutuelle des débiteurs solidaires un acquiescement de principe. Ils en ont déduit les conséquences avec logique. Et ils ont ainsi ajouté de *nouveaux effets* à ceux que nous venons d'indiquer, effets qui ne reposent sur aucun texte et qui se produisent dans le domaine des *actes judiciaires*.

Le principal de ces effets consiste en ce que l'on écarte, en ce qui concerne la solidarité, le principe de la *relativité du jugement*. Après de longues hésitations, la Jurisprudence a admis en effet que le jugement rendu à la requête du créancier *contre l'un des débiteurs* est opposable à tous les autres, bien qu'ils n'aient pas été mis en cause dans l'instance. Et inversement, le jugement qui débouterait le créancier de ses poursuites contre un des débiteurs pourrait être invoqué par tous les autres. Pas d'autre fondement à cette jurisprudence que cette idée, toute doctrinale, de la représentation mutuelle des co-débiteurs. « Chacun des co-débiteurs solidaires, dit la Cour de cassation, doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses co-obligés » (Civ., 1er décembre 1885, D.P. 86.1.251, S. 86.1.55 ; 25 mars 1902, D.P.1905.1.325, S. 1903.1.484 ; 6 janvier 1919, *Gaz. Trib.* 6 juillet 1919).

A cette solution la Jurisprudence apporte cependant des tempéraments d'équité. Le créancier qui aurait obtenu jugement contre l'un des co-débiteurs solidaires, ne saurait s'en prévaloir contre les autres dans les trois cas suivants :

1° Si ceux-ci peuvent démontrer qu'il y a eu collusion entre le débiteur poursuivi et le créancier ;

2° Si un autre co-débiteur bénéficie de quelque exception à lui personnelle qu'il puisse opposer au créancier (art. 1208) ;

3° Si le débiteur poursuivi a négligé d'opposer au créancier une exception commune, par exemple la prescription, qui lui aurait permis de repousser sa demande. Les autres co-débiteurs ne peuvent en effet être privés, par la négligence du premier, d'un moyen de défense qui existait au profit de tous (Req., 25 novembre 1903, S. 1906.1.345).

Faut-il aller plus loin et appliquer encore l'idée de représentation à une hypothèse plus fréquente, celle où le créancier a poursuivi à la fois *tous ses co-débiteurs* ? Il s'agit alors de savoir si la *signification* du jugement faite à un seul des débiteurs produit effet à l'égard des autres, et si notamment elle

fait courir à l'égard de tous les délais d'appel ou d'opposition. Il s'agit également de savoir si l'*opposition* ou l'*appel* formé en temps utile par l'un des co-débiteurs, relève les autres de la déchéance qu'ils ont encourue en laissant passer les délais légaux. Ces questions se sont posées souvent devant les tribunaux. L'accord est loin d'être fait entre eux. La Chambre civile de la Cour de cassation considère que le mandat, que les co-débiteurs solidaires sont présumés s'être donné pour se représenter mutuellement en justice dans un intérêt commun, cesse lorsque le créancier les a tous poursuivis en même temps. Chacun des co-débiteurs ayant été mis individuellement en demeure de se défendre, doit donc user par lui-même des voies de recours ouvertes par la loi, ou se joindre au recours exercé par son co-débiteur en temps utile. De même, d'autre part le créancier débouté de sa demande doit faire appel contre chacun des co-débiteurs. En conséquence :

1° Si l'un des co-débiteurs condamnés n'a exercé aucun recours contre le jugement, il ne peut pas se prévaloir des décisions plus favorables qui interviendraient ultérieurement entre ses co-obligés et le créancier. En d'autres termes, le jugement de condamnation peut acquérir contre l'un des co-débiteurs l'autorité de la chose jugée, alors qu'en même temps il viendrait à être infirmé au profit d'un co-débiteur plus diligent (Civ., 27 novembre 1893, D. P. 94.1.378, S. 94.1.233, note de M Tissier ; 1er mai 1901, D. P. 1901.1.443, S. 1902.1.433, note de M. Lacoste. En sens contraire : Req., 10 novembre 1890, D. P. 92.1.8, S 91.1.241).

2° Le créancier qui a interjeté appel en temps utile contre quelques uns de ses débiteurs n'est pas relevé de la déchéance encourue à l'égard des autres pour appel tardif (Civ., 16 décembre 1891, précité).

3° L'exécution d'un jugement rendu contre les co-débiteurs par défaut faute de comparaître, exécution à partir de laquelle l'opposition du défendeur n'est plus possible (art. 158, C. proc. civ.), n'empêche pas l'opposition de ceux des obligés solidaires qui n'ont pas été l'objet de cet acte d'exécution, ou auxquels la signification de l'acte d'exécution accompli n'a pas été faite (Civ., 12 juillet 1899, D. P. 1905.1.166, S. 1900.1.185). [1]

La solidarité produit-elle toujours les mêmes effets ? — La question de savoir si la solidarité produit toujours les mêmes effets, ou si, au contraire, il ne faudrait pas distinguer la solidarité proprement dite, ou *parfaite*, et l'*obligation in solidum* ou *solidarité imparfaite*, a été passionnément discutée par les auteurs : et quelques-uns d'entre eux admettent encore cette distinction. Son intérêt consisterait en ce que, dans l'obligation *in solidum*, chacun des co-débiteurs serait bien obligé au tout, mais les

1. Par un frappant contraste, tandis que notre Droit, partant d'une conception tout arbitraire en somme, et sans autre motif que la rigueur de la logique renforce jusqu'à l'exagération les effets de la solidarité, le Code civil allemand, au contraire, les a réduits au minimum. Ainsi, d'après son article 425, la mise en demeure et l'interruption de la prescription dirigées contre un des co-débiteurs solidaires ne modifient pas la situation des autres Il en est de même des conséquences de la faute commise par l'un d'eux.

Le Code suisse des Obligations ne tranche aucune de ces questions Il se contente de décider dans son article 145 que, sauf stipulation contraire, l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres.

effets secondaires de la solidarité, ceux énoncés dans les articles 1205 à 1207 du Code civil et ceux admis par la Jurisprudence, et qu'on explique les uns et les autres par l'idée de représentation, ne se rencontreraient pas.

Il y aurait simple obligation *in solidum* dans les hypothèses où plusieurs personnes se trouvent solidairement engagées, sans qu'on puisse établir raisonnablement entre elles la présomption de mandat tacite. Tel serait notamment le cas pour les co-auteurs d'un crime ou d'un délit (art. 55, C. pén.), et pour ceux qui, par leur faute, ont causé un dommage à autrui, surtout si l'on ne peut relever entre eux un concert frauduleux.

Cette distinction a cherché une base dans certains textes du Droit romain. Néanmoins, elle est tombée en discrédit, et n'est plus guère soutenue aujourd'hui. Il n'y a, en effet, aucun article de nos lois qui y fasse allusion, et qui permette d'affirmer que les rédacteurs de nos Codes aient voulu établir des différences entre les co-débiteurs solidaires, suivant la cause de leur dette.

Quelques décisions, à la vérité, ont fait accueil à la distinction (V. Paris, 11 novembre 1910, D. P. 1911.2.169), mais la grande majorité des arrêts la repousse complètement (Paris, 28 mai 1900, D. P. 1902.2.453; Req., 17 mars 1902, D. P. 1902.1.541). Il convenait toutefois de signaler la tentative doctrinale qui lui a donné naissance. Elle constitue à nos yeux un effort de réaction contre les conséquences exagérées attribuées à la solidarité tant par la Jurisprudence que par le Code lui même.

Remise de la solidarité. — Il y a lieu de compléter les notions relatives aux effets de la solidarité en indiquant les conséquences de la renonciation à cette modalité consentie par le créancier *à l'un des débiteurs*, renonciation qui peut être expresse ou tacite (Lire sur cette dernière hypothèse les articles 1211 et 1212). Le principe est alors que le bénéficiaire de cette remise ne peut plus être poursuivi que *pour sa part* et que les autres débiteurs restent tenus solidairement, mais sans que leur charge puisse être directement ou indirectement augmentée par l'effet de la remise consentie à leur co-débiteur. D'où les conséquences suivantes :

1° Art. 1210 : Le créancier qui a consenti à la division de la dette à l'égard de l'un des co-débiteurs conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

2° Art. 1215 : Si l'un des débiteurs demeurés solidaires devient insolvable la perte à subir se répartit contributoirement sur les autres, y compris le débiteur déchargé de la solidarité.

III. — Répartition de la dette solidaire entre les co-débiteurs.

Quand l'un des co-débiteurs a payé la dette, il reste à en répartir la charge entre tous, les co-débiteurs solidaires (art. 1213) n'étant tenus pour le tout qu'envers le créancier et n'étant obligés les uns envers les autres que chacun pour sa part. Cette répartition se fera soit par parts égales, soit d'après les indications de la convention, soit d'après celles du jugement qui prononce la condamnation solidaire, soit enfin d'après l'intérêt que chacun avait dans l'affaire.

Exceptionnellement, il peut arriver qu'il n'y ait pas de répartition à faire. C'est ce qui se produit lorsqu'un seul des codébiteur était intéressé à l'affaire, et que les autres ne se sont engagés qu'à titre de *cautions solidaires*. L'article 1216 prévoit cette hypothèse. On en trouve une application dans l'article 1431.

Le recours du co-débiteur contre les co-obligés, lorsqu'il existe, est assuré par deux actions : 1° L'action de *mandat* ou de *gestion d'affaires*, car le co-débiteur en payant le créancier, a agi suivant les situations, soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires de ses co-débiteurs. La caractéristique de cette voie de recours, c'est que la créance du co-débiteur qui a fait l'avance de la dette totale, porte intérêts contre ses co-débiteurs du jour où il a fait le paiement (art. 2001).

2° Le co-débiteur *solvens*, « ayant payé une dette dont il était tenu avec d'autres », est *subrogé de plein droit dans les droits du créancier* (art. 1251-3°). Celui des co-débiteurs qui a supporté le « péril de l'avance », peut donc exercer son recours contre ses co-débiteurs au moyen de l'action qui appartenait au créancier commun, avec tous ses avantages, notamment avec les privilèges et hypothèques dont elle était munie.

Toutefois, il importe de ne pas se méprendre sur la portée de cette *subrogation*. On pourrait croire que, subrogé dans les droits du créancier, le débiteur *solvens* pourrait bénéficier de la *solidarité* pour l'exercice de son recours, et, dès lors, réclamer la totalité de ce qui ne doit pas lui incomber de la dette à l'un quelconque de ses co-obligés, quitte pour celui-ci à se retourner à son tour contre un troisième, et ainsi de suite. Mais le Code, pour éviter un *circuit d'actions*, générateur de procès et de frais, écarte formellement cette solution ; le recours du débiteur *solvens* contre ses co-débiteurs *se divise* de plein droit entre eux (art. 1214, al. 1). Et il en est ainsi même si la créance primitive était garantie par une hypothèque. Le co-débiteur, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne peut être poursuivi que pour sa part contributoire et définitive dans la dette commune.

La loi, après avoir formulé le principe, lui apporte aussitôt, il est vrai, ce tempérament d'équité que, si l'un des co-obligés est *insolvable*, la perte qui en résulte pour les autres, se divise entre eux en proportion de la part que chacun d'eux doit supporter dans la dette (art. 1214, 2e al.).

SECTION IV. — Indivisibilité

Définition. Généralités. — L'obligation indivisible est celle qui ne peut être exécutée qu'en entier. La matière de l'indivisibilité passe pour être très ardue. Dumoulin en avait fait l'objet d'un traité qu'il avait intitulé : *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, et pour diriger le lecteur à travers ce labyrinthe, il avait imaginé dix *clefs* et trois *fils*. « Il n'y a pas, écrivait-il dans l'océan du Droit, de mer plus agitée, plus profonde, plus périlleuse. » Pothier a résumé son traité en quelques pages, et c'est à Pothier que le Code a emprunté les règles qu'il énonce dans les articles 1217 à 1225, textes dont quelques-uns manquent de clarté et d'utilité pratique. A

leur tour, les commentateurs du Code n'ont pas su se dégager, en cette matière, des obscurités que les classifications de nos anciens auteurs y avaient apportées.

Il faut laisser de côté toute cette vaine scolastique et s'en tenir aux notions simples, à celles qui ont quelque intérêt pratique. La matière se dégage alors de toutes les obscurités qui s'y étaient accumulées.

Et d'abord, quel intérêt y a-t-il à savoir si une obligation est ou n'est pas indivisible ?

Quand il n'y a qu'un créancier et qu'un débiteur, la question n'offre pas d'intérêt, car l'obligation doit toujours être exécutée comme si elle était indivisible (art. 1220). Le créancier réclame au débiteur la totalité de ce qui lui est dû, et ce dernier ne peut pas le forcer à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible (art. 1244, 1er al.).

C'est lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, et, en particulier, au cas où soit le créancier, soit le débiteur vient à mourir en laissant plusieurs héritiers, qu'il importe beaucoup de savoir si l'obligation est ou n'est pas indivisible. En effet, si elle est divisible, elle se partage de plein droit en autant de créances qu'il y a de créanciers, en autant de dettes qu'il y a de débiteurs. Si, au contraire, elle est indivisible, chaque créancier est créancier pour le tout, chaque débiteur est tenu de toute la dette ; mais il est bien entendu qu'un seul paiement éteint l'obligation. L'indivisibilité, c'est là notre première constatation, produit donc une situation qui ressemble beaucoup à la solidarité. Elle lui est cependant supérieure comme garantie pour le créancier, en ce que celui-ci échappe au péril de la division entre les cohéritiers de l'un de ses débiteurs. C'est pour cela que, dans les obligations plurales où le créancier entend acquérir le maximum de sécurité, il a soin de stipuler que ses co-débiteurs s'engagent *solidairement* et *indivisiblement*. Est-il besoin de faire remarquer l'incorrection d'une autre formule très usuelle, très souvent employée dans les actes, et en vertu de laquelle les deux débiteurs déclarent s'obliger envers le créancier *conjointement et solidairement ?* Cette phrase est absurde puisque, on l'a vu plus haut, le mot *conjointement* signifie au juste *non solidairement.*

Quand une obligation est-elle indivisible ? — L'indivisibilité peut résulter soit de la nature de l'objet de l'obligation, soit de la volonté des parties.

1° *Indivisibilité résultant de la nature de l'objet.* — On ne trouve presque pas d'exemple d'indivisibilité dans les obligations de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ou un droit réel ; car un droit de ce genre est toujours susceptible de division, même quand il porte sur un objet qui, matériellement, ne peut pas être divisé. Supposons, par exemple, la vente d'une maison, d'un cheval indivis entre plusieurs personnes. La vente engendre l'obligation pour chaque co-propriétaire de transférer à l'acheteur le droit indivis qu'il a dans l'objet, sa moitié, son quart. L'obligation de donner est donc parfaitement divisible. Voilà pourquoi l'article 1217 a soin de déclarer que l'obligation est indivisible, quand elle a pour objet une

chose qui n'est pas susceptible de division *soit matérielle, soit intellectuelle.*

Par exception cependant, il y a deux catégories de droits réels qui sont indivisibles, les servitudes et les hypothèques. Nous nous sommes déjà expliqué sur l'indivisibilité des servitudes prédiales (V. notre tome Ier, p. 836). Et nous traiterons de l'indivisibilité des hypothèques en étudiant ce droit réel accessoire.

Si, dans les obligations de donner, il ne peut y avoir en principe d'indivisibilité, dans les obligations *de faire ou de ne pas faire*, les cas d'indivisibilité sont au contraire assez fréquents.

Indivisible est, par exemple, l obligation des vendeurs *de livrer* à l'acheteur l'objet vendu, quand il s'agit d'un objet non susceptible de division matérielle. Supposons que la chose vendue par deux vendeurs soit un cheval. Il est clair que la livraison ne peut se faire par parties. L'acheteur peut donc s'adresser à un quelconque des vendeurs et lui demander la livraison de l'objet (art. 1221, 2°). Telle est encore l'obligation de garantie due par les vendeurs à l'acheteur, en vertu de l'article 1625 du Code civil, en tant du moins que cette obligation impose aux vendeurs de défendre l'acheteur contre tout trouble apporté à sa paisible possession. ou contre une éviction totale ou partielle de la chose vendue. Cette obligation est indivisible. Il en résulte que l'acheteur troublé dans sa possession par un tiers peut demander à un quelconque de ses garants de le défendre contre cette action. Il en résulte aussi que, si l'un des héritiers du vendeur se prétend propriétaire, *jure proprio*, de la chose vendue par son auteur, l'acheteur peut écarter sa demande en lui opposant l'exception de garantie (Req., 8 novembre 1893, D. P. 94.1.417, S. 94.1.401).

Citons encore l'obligation du bailleur de faire jouir le preneur de la chose louée (Req., 15 décembre 1880, D. P. 81.1.37, S. 81.1.170).

Enfin, les obligations de ne pas faire sont, elles, presque toujours indivisibles, car tout acte contraire à l'abstention promise emporte violation de cette obligation. Supposons, par exemple, que plusieurs associés aient vendu un fonds de commerce, et se soient engagés à ne pas ouvrir un fonds du même genre dans la même ville. Cette obligation grève d'une façon indivisible chacun des vendeurs (Cf. Civ., 1er mars 1911, *Gaz. Pal.*, 29 mars 1911).

2° *Indivisibilité résultant de la volonté des parties.* — Ce genre d'indivisibilité est bien plus fréquent que le précédent. La manifestation de la volonté des parties peut être expresse ou résulter des circonstances de fait.

La manifestation expresse se rencontre souvent. Nous avons vu plus haut pourquoi. L'indivisibilité apparaît ici comme un moyen de renforcer la garantie du créancier.

En dehors de cet emploi de la clause formelle d'indivisibilité, on la retrouve dans d'autres hypothèses. Ainsi, le débiteur peut, au moment où il s'engage, prévoir le cas où il viendrait à mourir avant d'avoir acquitté sa dette, et charger un de ses héritiers de l'exécuter pour le tout. L'article 1221-4° vise ce cas. Une telle clause ne constitue pas un pacte sur succession future, pourvu que le débiteur ne modifie pas la part contributoire que chacun de ses héritiers devra supporter dans la dette.

Sans qu'il y ait manifestation formelle de volonté de la part des parties, l'indivisibilité peut résulter des circonstances mêmes qui ont entouré la naissance de l'engagement. L'article 1218 fait allusion à cette hypothèse lorsqu'il dit : « L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. » Et l'article 1221-5° ne fait que reproduire la même idée. Comme exemple de cette indivisibilité contractuelle non expressément stipulée, mais résultant des circonstances, c'est-à-dire de l'intention présumée des parties, nous citerons le cas où un individu achète un terrain en vue d'y construire un immeuble (casino, théâtre, usine) d'une dimension déterminée. Supposons que les vendeurs soient plusieurs. Leur obligation, bien que le contrat soit resté muet sur ce point, ne se divisera pas entre eux. Il est trop évident en effet que l'acheteur a besoin de *tout le terrain* pour élever sa construction, et qu'il n'aurait que faire de portions de ce terrain (V. d'autres exemples sous Req., 12 janvier 1904, D. P. 1906.1.38, S. 1909.1. 142 ; 15 novembre 1911, D. P. 1913.1.167). A l'inverse, un cas d'indivisibilité *active* se rencontre en matière de droits d'auteur. S'il y a plusieurs collaborateurs d'une œuvre d'art, la période de 50 ans après le décès de l'auteur à la fin de laquelle s'éteint le droit d'auteur ne commence à courir qu'au décès du dernier collaborateur (V. Paris 9 décembre 1905, aff. Boïeldieu, D. P. 1911.2.361, note de M. Claro ; Trib. Commerce Seine 8 août 1912, aff. Donizetti, *le Droit*, 13 octobre 1912).

Effets de l'indivisibilité (art. 1222-1225). — Les effets de l'indivisibilité ressemblent beaucoup à ceux de la solidarité. Il y a, dans un cas comme dans l'autre, une obligation unique et plusieurs créanciers ou plusieurs co-débiteurs.

1° *Supposons d'abord qu'il existe plusieurs créanciers.* — A. — Chacun d'eux peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible (art. 1224).

B. — Tout acte d'un créancier qui interrompt la prescription contre le débiteur profite aux autres créanciers.

C. — On admet également que l'existence d'une cause de suspension de la prescription existant dans la personne de l'un des créanciers, par exemple, la minorité de l'un d'eux, arrête la prescription au profit des autres. Les articles 709 et 710 font application de ces deux règles à la matière des servitudes, et leurs dispositions ne peuvent s'expliquer que par l'indivisibilité de la servitude.

D. — En revanche, l'un des créanciers ne peut pas disposer de la créance au détriment de ses co-créanciers. Ainsi, il ne peut faire seul la remise de la totalité de la dette. Il ne peut non plus recevoir seul le prix au lieu de la chose (art. 1224, 2e al.). Si donc, contrairement à la loi, il accomplit un de ces actes, les autres créanciers conservent le droit de réclamer au débiteur l'exécution de la totalité de l'obligation, sauf à lui tenir compte de la portion du co héritier qui a fait la remise ou a reçu le prix.

2° *Il y a plusieurs débiteurs.* — A. — Chaque débiteur est tenu de l'obli-

gation pour le total (art. 1222). Donc le créancier peut poursuivre un quelconque des débiteurs et lui demander d'exécuter toute l'obligation.

Le co-débiteur poursuivi ne peut, pas plus que le co-débiteur solidaire. opposer le bénéfice de division. Comme ce dernier, il n'a que le droit de demander un dé ai pour mettre en cause ses co-débiteurs (art. 1225, C. civ., art. 175, C. Pr civ.).

B. — Au cas de mort du débiteur d'une obligation indivisible, chacun de ses héritiers reste tenu pour la totalité (art. 1223, C. civ.).

Il y a là une différence essentielle, nous ne saurions trop le souligner. avec la solidarité. Nous savons, en effet, qu'au contraire la dette se divise entre les co-héritiers du co-débiteur solidaire.

C. — L'interruption de la prescription contre l'un des co-débiteurs interrompt la prescription à l'égard des autres (art. 2249, 2e al.).

Il est assez difficile d'expliquer juridiquement cet effet, car on ne peut pas ici faire appel, comme en matière de solidarité, à l'idée de représentation entre les co-débiteurs indivisibles. Mais la règle n'en est pas moins fort utile. Elle dispense le créancier de faire des frais qui viendraient augmenter la charge de la dette.

D. — Les auteurs refusent d'appliquer en notre matière certains des autres effets secondaires de la solidarité, et déclarent que la mise en demeure de l'un des co-débiteurs ne produit aucun effet à l'égard des autres. Cette solution est illogique, car il n'y a pas de raison de distinguer entre la demeure et l'interruption de la prescription.

E. — Au contraire, l'appel formé régulièrement par un des co-débiteurs, en cas de condamnation indivisible profite aux autres et les relève de la déchéance qu'ils ont encourue, soit en ne faisant pas appel en temps utile, soit en acquiesçant au jugement.

Cette solution, tout à fait en contradiction avec la précédente, solution qui n'est pas écrite dans la loi, est cependant consacrée par de très nombreux arrêts (Civ., 2 janvier 1894 et 4 février 1895, D. P. 94.1.120 et 95.1.359, S. 95.1.399 et 401, note de M. Tissier ; 18 juin 1895. D.P. 95.1.471, S. 99.1.493 ; Req., 15 avril 1902, D. P. 1903.1.38, S. 1902.1.316). Pour la justifier, la Jurisprudence invoque ce motif qu' « à raison de l'identité de la cause et de l'indivisibilité de l'objet, il n'est pas possible de différencier la situation des divers intéressés, de telle sorte que le droit de tous étant le même. tous profitent de ce qui est jugé sur l'appel de l'un deux » (Civ., 14 novembre 1892, D. P. 93.1.357, S. 93.1.85). « En ce qui concerne les co-débiteurs, dit encore la Cour de cassation, le litige n'est susceptible que d'une seule et même solution » (Civ., 30 décembre 1908, D. P. 1913.1.89, S. 1910.1.81, note de M. Tissier).

Ainsi, l'indivisibilité met, comme la solidarité, et sans qu'on puisse cependant invoquer les mêmes arguments, obstacle à l'application du principe de la relativité de la chose jugée.

APPENDICE

DES PREUVES[1]

Définition. Généralités. Classification des preuves. — *Prouver*, c'est faire reconnaître en justice la vérité d'une allégation par laquelle on affirme un fait d'où découlent des conséquences *juridiques*. Les *preuves*, ce sont les éléments de conviction que les parties sont autorisées à soumettre à la justice.

Nous n'avons pas à revenir sur les raisons qui ont déterminé le législateur à faire entrer l'étude des Preuves dans le Code civil, alors que sa place serait en bonne méthode dans le Code de procédure (V. nos notions sommaires sur la preuve dans notre tome Ier, p. 91 et s.).

Nous avons pareillement exposé déjà le principe général qui domine toute la matière, et qui, formulé dans l'article 1315, consiste à déterminer à qui incombe *la charge de la preuve*. Ce principe tient dans une double ormule : *Onus probandi incumbit actori*, et *Reus in excipiendo fit actor*. On sait ce que ces adages signifient.

Quiconque allègue un fait ou un acte de nature à entraîner des conséquences juridiques contraires à l'état normal des choses, ou à une situation de fait ou de droit déjà acquise, doit administrer la preuve de ce fait ou de cet acte. L'adversaire n'a rien à prouver ; il n'a qu'à attendre qu'on prouve contre lui. Ainsi, une personne se prétend créancière d'une autre. Il y a là l'allégation d'un fait contraire à l'état normal des choses, qui est l'indépendance respective des individus les uns à l'égard des autres. Le prétendu créancier devra donc prouver le fait (délit, par exemple), ou l'acte juridique (contrat, par exemple) d'où, selon lui, découle sa créance (*Actori incumbit probatio*).

Une fois ce fait ou cet acte prouvé, une situation nouvelle est acquise. Si le défendeur allègue un acte juridique ayant mis fin aux conséquences de cette situation en éteignant la créance (un paiement, par exemple), ou un fait juridique ayant eu le même résultat (la prescription, par exemple), ce sera à lui à faire la preuve de ce fait ou de cet acte (*Reus in excipiendo fit actor*).

On a quelquefois prétendu qu'il fallait, quant à l'application de ces principes, faire une distinction entre la preuve des *faits positifs* et celle des *faits négatifs*. Celle-ci ne pourrait jamais être imposée, parce qu'elle serait impossible par nature. Une telle distinction est inadmissible. La loi exige elle-même párfois la preuve d'un fait négatif. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1377, celui qui exerce l'action en répétition de l'indû doit établir qu'il n'était pas débiteur. D'ailleurs, il est facile de comprendre que la prétendue preuve d'un fait négatif se réduit presque toujours à la preuve d'un

1. Bonnier, *Traité des preuves en matière civile et commerciale*, 5e éd., revue par M. Larnaude, 1888 ; Aubry, Rau et Bartin, 5e éd., t. 12.

fait positif contraire. Ainsi, pour prouver qu'elle ne s'est pas trouvée en tel endroit à un jour déterminé, une personne n'aura qu'à établir qu'à ce jour elle était dans un autre endroit, ou encore qu'on a constaté quelles personnes se sont trouvées au lieu désigné le jour dit, et que cette liste de personnes présentes ne la comprenait pas.

Il y a plusieurs systèmes de preuves et plusieurs sortes de preuves.

1° *Différents systèmes de preuves.* — Le système dit de la *preuve morale* est celui qui consiste à permettre de prouver par tous les moyens possibles, pourvu qu'on entraîne la conviction du juge. Ce système qui a peut-être été général à l'origine des sociétés humaines, ne fonctionne plus aujourd'hui chez nous qu'en matière criminelle, où encore il comporte beaucoup de tempéraments.

Le système de la *preuve légale* consiste au contraire à déterminer *a priori* les éléments de conviction que les plaideurs sont admis à soumettre aux juges. C'est celui qui prévaut encore aujourd'hui chez la plupart des nations civilisées.

Il peut d'ailleurs présenter certaines variétés.

Il se peut que le législateur ne se contente pas de déterminer les modes de preuve admissibles, mais fixe à l'avance le degré précis d'autorité qui doit être attribué à chacune d'elles ; qu'il décide par exemple que la production d'un seul témoin n'aura pas de valeur (*Testis unus, testis nullus*), mais que le juge devra tenir un fait pour prouvé, lorsqu'il est affirmé par deux témoins ou davantage. Cette conception a l'inconvénient de réduire l'office du juge à une fonction mécanique et automatique.

Notre législation suit, en matière civile, la seule dont nous nous occuperons, un système transactionnel. Il y a certaines preuves qui, une fois fournies, doivent nécessairement entraîner la conviction du juge, tant qu'elles n'ont pas été détruites par la production d'une preuve contraire déclarée admissible par la loi. Il en est ainsi des *preuves préconstituées*, c'est-à-dire établies à l'avance par les parties en prévision de l'éventualité d'une contestation, l'*écrit* pour les actes juridiques d'un intérêt supérieur à 150 francs, les *marques de mitoyenneté*, les *tailles*, etc..., les *actes de l'état civil ;* il en est ainsi également des *présomptions légales* dites absolues, du *serment décisoire*, de l'*aveu*. Pour d'autres preuves, au contraire, *témoignages*, *présomptions*, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation. Lorsque la preuve par témoins est admissible, par exemple, ils pourront attacher créance à un seul témoignage ou, inversement, refuser de se déclarer convaincus par les témoignages fournis, si nombreux qu'ils soient.

En tous cas, trois principes dominent ici l'office du juge.

A. — Les juges doivent toujours *motiver* leurs jugements. L'absence de motifs est une cause de cassation de leurs décisions (Loi 20 avril 1810, art. 7, 2e al.), du moins dès qu'elles présentent un caractère contentieux.

B. — Les juges ne peuvent se décider que sur les preuves qui ont été administrées par les parties dans la cause qui leur est soumise. Dès lors, ils ne motiveraient pas suffisamment leur jugement en le fondant sur les renseignements qu'ils auraient recueillis personnellement en dehors de la

procédure de l'affaire (Civ., 23 juin 1904, D. P. 1905.1.525, S. 1905.1.238; Req., 13 décembre 1911, D. P. 1912.1. 158, S. 1912. 1.148), non plus qu'en se fondant sur les éléments de preuve réunis dans une instance différente (Req., 28 juillet 1896, D. P. 97.1.148, *sol. impl.*).

C. — Les moyens de preuve allégués par une partie doivent toujours être connus de l'adversaire, de manière qu'il soit à même de les discuter et d'y contredire (Civ., 12 novembre 1907, D. P. 1908.1.96, S. 1908.1.78; Req., 9 janvier 1911, D. P. 1911.1.392, S. 1911.1.256).

2° *Preuves diverses.* — Les modes de preuve admis suivant les cas en matière civile sont (art. 1316) : A. La *preuve littérale* ; B. La *preuve testimoniale* ; C. Les *présomptions* ; D. L'*aveu* ; E. Le *serment.*

A cette liste doivent s'ajouter certains modes de preuves visés par le Code de procédure civile et dont nous ne traiterons pas ici : la *descente sur lieux*, l'*expertise*, l'*interrogatoire sur faits et articles.*

De plus, le Code civil, dans des cas particuliers et exceptionnels, attache une force probante à certains autres éléments de conviction. Nous les signalons ici, au nombre de deux, pour ne plus y revenir.

A'. — Parfois (V. art. 1415, 1442, 1499, 1504), la loi autorise l'emploi de la preuve par *commune renommée.* On appelle ainsi une variété de la preuve testimoniale, différant de celle-ci en ce que les dépositions des témoins entendus à l'enquête ne portent pas sur des faits dont ils aient une connaissance personnelle, mais sur l'existence de simples ouï-dire parvenus à leurs oreilles. Généralement, l'admissibilité de cette preuve constitue une *sanction* contre des administrateurs de la fortune d'autrui, qui ont eu le tort de ne pas ménager aux reprises de leur mandant les moyens de preuve, tels qu'un inventaire, que la loi leur ordonnait de constituer.

B' — Enfin, l'application de certaines dispositions légales (V. art. 70, 2e al., 71, 72, 155, 1er al., 444, 1°, 503), est parfois subordonnée à la *notoriété*, élément de démonstration très analogue à celui qui résulte de la commune renommée, mais dont la loi ne détermine pas d'une manière précise le mode d'administration.

SECTION Ire. — De la preuve littérale

La *preuve littérale*, peut toujours être produite en justice. On appelle ainsi celle qui résulte des *écrits* dressés en vue de servir de preuve. On appelle ces écrits *actes* ou *titres.*

On se rappelle que, parfois, ces mots ont une autre signification et ne désignent pas, comme ici, l'instrument probatoire, mais le *negotium*, ou le fait juridique qui a donné naissance à une situation déterminée. C'est ainsi qu'on dira que le *titre* de tel propriétaire actuel est la vente qui l'a rendu acheteur, ou la prescription qui lui a fait acquérir la chose par la possession prolongée. Quelquefois encore, l'expression de *titre* s'applique plus spécialement aux faits générateurs d'un droit, par opposition aux *quittances* qui en constatent l'extinction. C'est ainsi qu'on dira en cas de faillite que les créanciers sont appelés à faire valoir leurs titres.

§ 1. — Première classification des écrits. Actes écrits signés et non signés.

Une première division des preuves littérales oppose les *écrits signés* et les *écrits non signés*. Les écrits signés se subdivisent eux-mémes en *actes authentiques* et *actes sous-seing privé*.

Ecrits non signés. — Les écrits non signés, auxquels foi est attachée dans certains cas, mais toujours sous réserve de la preuve contraire, sont :

1° *Les livres des commerçants.* — La loi donne force probante à certains d'entre eux, à savoir les livres *obligatoires*, c'est-à-dire ceux dont le Code de commerce (art. 8 et 9) impose la tenue aux négociants : ce sont le *livre-journal*, le *copie des lettres* et le livre d'*inventaires*. Cette force probante tient aux formalités exigées par la loi pour éviter les intercalations, par exemple, à cette règle que les feuillets de ces livres doivent étre cotés et paraphés par le Président du tribunal de commerce, et surtout aux pénalités sévères qui punissent la fausseté de leurs énonciations (art. 147 C. pén.).

Pour déterminer la foi due aux énonciations des livres de commerce, il y a lieu de distinguer :

A. — Les livres des commerçants régulièremeut tenus font foi *dans les rapports des commerçants entre eux* (art. 12 et 13, C. Com. ; Civ., 20 février 1905, D. P. 1905.1.304, S. 1905.1.316), et pourvu qu'il s'agisse de faits de commerce.

B. — Dans les *rapports entre commerçants et non commerçants*, les livres de commerce font foi *contre les commerçants*. Mais ils ne font pas foi *contre les non commerçants* (art. 1329, 1330). Toutefois, cette double règle comporte divers tempéraments.

a) Si les livres des commerçants ne font pas, en principe, foi contre leurs clients non commerçants, le juge peut néanmoins y puiser un certain commencement de preuve, qui l'autorise à déférer d'office le serment dit *supplétoire* à l'une ou à l'autre des parties. Mais cette délation du serment, toujours facultative pour le juge, ne peut avoir lieu que dans les cas où il s'agit de *fournitures* faites par le commerçant (Arg. art. 1329) ; elle ne serait pas possible si l'obligation alléguée avait une autre cause, par exemple, un prêt d'argent que le négociant prétendrait avoir fait au non commerçant (Civ., 10 mai 1892, D. P. 93.1.486, S. 92.1.577 ; Req., 30 déc. 1907, D. P. 1908.1.148).

b) En revanche, si les livres des commerçants font foi à leur encontre, « celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention » (art. 1330). Il y a là une règle d'équité que la loi a empruntée à la théorie de l'aveu. Toutefois, cette indivisibilité ne s'applique qu'aux livres *régulièrement tenus*. En cas d'irrégularité, les juges seraient en droit de se fonder sur celles des énonciations des livres qui prouvent contre le marchand, sans s'arrêter aux énonciations qui lui seraient favorables (Req., 7 novembre 1860, D. P. 61.1.195, S. 61.1.708).

2° *Les registres et papiers domestiques* possèdent une force probante dé-

terminée par la loi dans certaines hypothèses particulières que nous avons déjà rencontrées, en matière d'état civil, et, plus généralement, d'état des personnes (V. art. 46, 324).

En dehors de ces cas spéciaux, la loi, en général, leur attache une force probante moindre qu'aux livres de commerce, par cette double raison que, d'une part, étant purement facultatifs, ils ne sont assujettis à aucune formalité, et que, d'autre part, leur altération ne donne lieu à aucune sanction pénale. En conséquence (art. 1331) :

A. — Ils ne font jamais foi *au profit* de ceux qui les ont tenus. Tout au plus, la Jurisprudence admet-elle qu'ils peuvent être produits par leurs auteurs *à titre d'appoint*, c'est-à-dire pour compléter ou préciser une démonstration résultant déjà d'autres documents (Req., 18 juillet 1904, D. P. 1904.1.551. S. 1904.1.512). Ainsi, le juge ne peut s'appuyer sur leurs énonciations pour déférer le serment supplétoire.

B. — *Contre* ceux qui les ont écrits, les registres et papiers domestiques ne font preuve que dans deux hypothèses :

a) « Dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu », et encore à condition que l'énonciation soit écrite de la main de celui à qui les registres appartiennent ou de son représentant.

b) « Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut d'un titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation. »

Reste à savoir — et la question se pose aussi pour les livres des commerçants — *comment*, en fait, cet effet probatoire pourra jouer à l'encontre de celui qui possède le livre ou le registre, car apparemment, il ne s'en dessaisira pas à plaisir pour permettre à son adversaire de faire preuve contre lui.

En matière de livres de commerce, la réponse à la question est bien simple : il appartient au juge et il lui arrive fréquemment d'*ordonner* la production des livres, soit sur la demande de l'adversaire, soit même d'office (art. 14, 15, C. com.). Mais cette faculté n'existe pas pour les livres domestiques. Toutefois, il y a une hypothèse où, par exception, il en sera autrement; c'est lorsque le registre est la propriété commune des deux plaideurs, ce qui pourra arriver, par exemple, au cas où le livre aurait été tenu, non par l'un d'eux, mais par leur commun auteur.

3° *Les écritures mises par le créancier sur un titre.* — La loi attache aussi une certaine foi à l'écriture mise par la main du créancier, quoique non datée ni signée, au dos du titre, lorsque cette écriture tend à établir la libération du débiteur (art. 1332). En cela, elle tient compte des habitudes pratiques d'après lesquelles, surtout lorsque le débiteur verse un simple acompte, les parties, plutôt que de refaire un titre nouveau, se contentent de mentionner le versement en marge, sur le dos, ou à la suite du titre. Pour préciser la force probante d'une telle écriture, il y a lieu de distinguer.

A. — S'il s'agit d'une écriture mise *sur le titre même* de la créance, la foi qui lui est attachée est subordonnée à cette double condition, d'abord que l'écriture soit de la main du créancier lui-même ou de son représentant, ensuite que le titre soit toujours resté en la possession du créancier. C'est

en effet à ces deux conditions seulement qu'il n'y a pas lieu de redouter une surprise ou une fausse mention émanant du débiteur (art. 1332, al. 1).

B. — S'il s'agit d'une écriture mise sur une quittance (partielle) ou sur le double du titre, en un mot, d'un écrit relatif à la créance, de nature à se trouver entre les mains du débiteur, la foi due à la mention libératoire écrite de la main du créancier est subordonnée à ce fait, que le double ou la quittance en question soit toujours resté entre les mains *du débiteur* ou de son représentant (art. 1332, al. 2). En effet, il n'y a aucune vraisemblance que le débiteur se dessaisisse jamais d'un papier de ce genre, étant donné qu'avec l'écriture qui s'y est ajoutée il fait foi de sa libération.

4° *Les tailles* (art. 1333). — On appelle ainsi une variété d'écrit rudimentaire employé dans certaines localités pour constater les fournitures journalières faites par un marchand à un consommateur, particulièrement les fournitures de boulangerie. L'écriture consiste dans une encoche faite, au couteau, pour chaque fourniture, dans deux morceaux de bois rapprochés, dont l'un, *la taille*, est gardé par le fournisseur, et l'autre, l'*échantillon*, est conservé par le client. La valeur probante de la taille résulte évidemment de sa corrélation parfaite avec l'échantillon. Dès lors, si l'échantillon et la taille portaient un nombre différent d'encoches, la preuve ne serait faite que jusqu'à concurrence du nombre le plus faible. En revanche, si le client manquait à produire l'échantillon, sans faire la preuve qu'il a été perdu ou n'a jamais existé, la taille détenue par le fournisseur devrait faire foi (Juge paix Persac, 22 mars 1887. S. 87.2.173).

§ 2. — Seconde division des écrits. Actes authentiques et actes sous-seing privé.

Définition. — L'*acte authentique* est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter, tant à propos de l'acte en question que dans le lieu où l'acte est rédigé, et avec les formalités requises (art. 1317). Les officiers publics ayant ce droit sont d'abord les *notaires*, officiers chargés, d'une façon générale, de rédiger les actes auxquels les parties veulent ou doivent conférer le caractère de l'authenticité, et d'en assurer la conservation en en gardant par devers eux les originaux. Mais, à côté des notaires, il y a des officiers publics qui, à propos de tels ou tels actes, ont qualité pour dresser un écrit authentique. Tels sont les *officiers de l'état civil*, les *greffiers*, les *huissiers*, les *consuls*, etc.

L'acte *sous-seing privé* est celui qui a été rédigé par des particuliers, soit par l'une des parties elles-mêmes, soit par un mandataire, tel qu'un agent d'affaires. Cet acte, comme son nom l'indique, tire toute sa valeur de la signature des parties intéressées dont il est revêtu.

En principe, les opérations juridiques peuvent, indifféremment et selon le gré des parties, donner lieu à la rédaction d'un acte authentique ou à celle d'un acte sous-seing privé. Cependant, certains actes doivent être nécessairement reçus ou dressés par le ministère d'un notaire. Tels sont les donations (art. 931), les contrats de mariage (art. 1394), les constitutions d'hy-

pothèques (art. 2127). (V. d'autres exemples dans les art. 73, 2e al., 154, 932, 1076, 1250, 2°, 1444, 1451 2e al., C. civ., 943, C. Proc., 20, 2e al. L. 5 juillet 1844, L. 23 mars 1855, art. 9).

En dehors de la différence qui a trait aux personnes qui les rédigent et les signent, les actes authentiques et les actes sous-seing privé diffèrent encore entre eux aux points de vue :

I. — Des formalités de leur rédaction.
II. — De leur force exécutoire.
III. — De la foi due à leur écriture.
IV. — De la foi due aux énonciations qu'ils contiennent.
V. — De la foi due à leur date.
VI. — De la valeur de leurs copies.
VII. — De la conséquence de leur perte.

I. — Différence relative aux formalités de rédaction. Formes des actes notariés[1].

Il y a entre les actes authentiques et les actes sous-seing privé cette différence que les premiers seuls sont soumis, dans leur rédaction, à certaines formalités.

Les actes sous-seing privé, sauf deux exceptions que nous relaterons plus loin, ne sont subordonnés à aucune formalité de rédaction, sauf le *testament olographe* qui doit être entièrement écrit, daté et signé par le testateur. Ils peuvent être indifféremment écrits dans n'importe quelle langue, par une partie quelconque ou un tiers, à la main ou à la machine à écrire ; ils peuvent même être établis sur des formules imprimées d'avance. Il suffit qu'ils portent la signature de la partie ou des parties. Même, l'emploi ou l'apposition d'un *timbre*, formalité à laquelle la loi du 13 brumaire an VII, dans un pur intérêt fiscal, assujettit « tous les papiers à employer pour les actes et écritures soit publics, soit privés », n'est pas une condition de validité de l'écrit privé en tant qu'instrument probatoire. La seule sanction du défaut de timbre est une amende, ou, pour certains actes (quittances et

1. Les attributions des notaires, leurs obligations, leur responsabilité font l'objet d'un ensemble de règles assez importantes et assez touffues pour constituer une branche spéciale du Droit, la *Science notariale*. Nombreux sont les ouvrages, répertoires, formulaires et périodiques spéciaux auxquels cette science a donné lieu. Nous nous contenterons de citer : Amiaud, *Recherches bibliographiques sur le notariat français* (1881) ; Lansel et Didio, *Encyclopédie du notariat* (1879-1893, 22 vol.) ; Clerc, Dalloz et Vergé, *Formulaire général du notariat* (1896-1899) ; Amiaud, *Traité formulaire général du notarial* (1894-1895) ; Defrénois, *Traité pratique et formulaire général du notarial* (1896) ; Maguet, *Traite et formulaire à l'usage des aspirants au notariat* (1925) ; Delacourtie et Robert, *Traité pratique de la discipline des notaires* (1892) ; Bauby, *Traite théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires*. Pour les périodiques, V. notre Tome Ier, p. 34, note 1.

Le notariat français constitue un des rouages les plus utiles de notre organisation judiciaire et de notre vie économique. Il est devenu banal de dire que ce corps traverse actuellement une *crise*. Si crise il y a, elle ne tient pas en tout cas à une désaffection de la clientèle, car le nombre des affaires pour lesquelles il est fait appel au ministère des notaires se maintient sensiblement le même. De 1906 à 1910, le nombre moyen des actes reçus par les 8331 notaires de France a été de 2.651.334, soit 318 actes par notaire et 66 par mille habitants. La moyenne avait été de 312 par notaire pour la période 1901-1905, et de 328 pour celle de 1896-1900.

lettres missives), la nécessité d'un timbre extraordinaire ou d'un visa pour timbre en cas de production en justice.

Les actes authentiques, au contraire, sont soumis à des formes de rédaction destinées à augmenter les garanties de régularité et de véracité qu'ils présentent. Nous avons déjà étudié celles de certains d'entre eux, comme les notifications, qui ont remplacé les actes respectueux (art. 151), et les actes de l'état civil (Tome Ier, p. 133 et 386). On ne s'occupera ici que des formes des *actes notariés* ordinaires.

Le caractère formaliste des actes notariés ressort de l'article 1317 qui, définissant l'acte authentique, nous dit, notamment, que c'est un acte reçu *avec les solennités requises*. De plus, il résulte de plusieurs dispositions et notamment de l'article 68 de la loi organique du notariat, en date du 25 ventôse an XI, que la contravention aux règles de forme édictées pour leur rédaction entraîne leur nullité.

Ces formes se réfèrent à trois séries de règles qui ont trait :

1° A la compétence du notaire ;

2° A sa capacité ;

3° Aux solennités instrumentaires.

1° *Compétence du notaire.* — Cette compétence est d'abord *territoriale*. D'après le texte fondamental en la matière, à savoir l'article 5 de la loi du 25 ventôse an XI, la circonscription des notaires est le ressort de la juridiction près de laquelle ils siègent, si bien que leur compétence est plus ou moins étendue suivant qu'ils siègent au chef-lieu d'une Cour d'appel, d'un tribunal, ou dans une autre commune. L'article 5 précité a d'ailleurs reçu des modifications de détail importantes dans deux lois ultérieures, celle du 12 août 1902, art. 1er, et celle du 29 mars 1907, art. 1 et 2, auxquelles nous nous contentons de renvoyer le lecteur.

A côté de sa compétence *territoriale*, le notaire doit posséder une *compétence personnelle*, c'est-à-dire qu'il faut que l'acte à rédiger rentre dans ceux que la loi lui donne mission de recevoir. La loi, d'une façon générale, confère aux notaires le monopole de recevoir les *actes et conventions qui intéressent les particuliers*. Par exception cependant, ces actes peuvent, dans certaines hypothèses, être constatés d'une manière authentique par d'autres officiers publics, par un greffier dressant procès-verbal d'un aveu fait en justice, ou par un juge dressant un procès-verbal de conciliation.

2° *Capacité du notaire.* — Un notaire, quoique compétent, peut être incapable, soit parce qu'il a été *suspendu*, *destitué* ou *remplacé* (art. 52 et 68, L. 25 ventôse an XI), soit parce que l'acte *l'intéresse personnellement*, ou intéresse un de ses parents ou alliés à un degré prohibé par la loi (art. 8, 10, 68, L. 25 ventôse an XI).

3° *Solennités instrumentaires principales.* — Elles sont de diverses sortes.

A. — L'acte doit être *rédigé en français* (Ordonnance de Villers Cotterets, art. 3 ; L. 2 thermidor an II, art. 1er). Cependant l'inobservation de cette règle ne paraît pas entraîner la nullité.

B. — L'acte est soumis aux formalités du timbre et de l'enregistrement (art. 20, L. 22 frimaire an VII).

C. — Il doit être rédigé en un seul contexte, sans blanc ni interligne. Les renvois et apostilles, surcharges, interlignes, additions et ratures font l'objet dans la loi du 25 ventôse an XI de dispositions minutieuses (art. 13, 15, 16). Mais la sanction de ces diverses prescriptions n'est jamais la nullité de l'acte tout entier.

D. — L'acte doit être signé des parties après qu'il leur en a été donné lecture, où porter la mention que les parties ont déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer (art. 13 et 14, L. 25 ventôse an XI).

E. — Enfin, l'acte notarié doit porter la signature du notaire ou des notaires. Cette dernière formalité mérite de nous retenir spécialement.

D'après la loi du 25 ventôse an XI (art. 9), tout acte notarié devait être reçu par *deux notaires* ou par *un notaire et deux témoins*. Cependant, dans la première moitié du XIX^e^ siècle et en vertu d'habitudes qui paraissent remonter très loin, cette formalité était rarement observée en fait. Il arrivait le plus souvent qu'un seul notaire recevait et signait l'acte au moment de sa passation. Le notaire en second intervenait et apposait sa signature après coup. Cette pratique, évidemment contraire au texte de la loi, était tellement générale que la Jurisprudence hésita longtemps avant de la condamner. Cependant, en 1839, 1840 et 1841, trois arrêts de la Cour de cassation prononcèrent la nullité d'actes notariés dressés dans ces conditions. L'inquiétude jetée dans la pratique par ces arrêts détermina le législateur à intervenir. La loi du 21 juin 1843, que nous avons précédemment citée comme type d'une loi prétendûment interprétative, et rétroactive en réalité (t. I^er^, p. 57), décida que les actes notariés antérieurs, dressés sans l'intervention simultanée du notaire en second ou des témoins, ne pouvaient être annulés de ce chef. Pour l'avenir, elle fit une distinction. La présence simultanée du notaire et des témoins ou des deux notaires ne fut plus exigée que pour certains actes notariés présentant une gravité particulière, à savoir : les donations entre vifs ordinaires, les donations entre époux, les acceptations de donation, les révocations de donations et de testaments, les reconnaissances d'enfants naturels et les procurations ou autorisations données pour passer ces divers actes.

Depuis, la loi du 12 août 1902, tout en confirmant en partie les dispositions de celle de 1843, a fait disparaître la formalité vraiment inutile de l'intervention après coup du notaire en second ou des témoins instrumentaires, pour les actes que la loi de 1843 avait dispensés de leur intervention simultanée. Néanmoins, cette sorte de comédie formaliste subsiste pour les actes que les parties ou l'une d'elles ont déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer.

Effet des actes nuls comme authentiques. — En dehors des formalités les moins importantes, dites *réglementaires*, et dont la sanction est simplement une pénalité contre le notaire qui les a omises, nous avons vu que l'irrégularité d'un acte notarié entraîne en principe sa nullité. Mais cette nullité emporte-t-elle celle de l'opération juridique que cet acte constatait ? Il y a lieu de distinguer.

Cette opération est-elle de celles pour lesquelles la loi exige un acte no-

tarié comme condition de validité, par exemple une constitution d'hypothèque, une donation, un contrat de mariage, etc . . la nullité de l'instrument réagit sur le fond du droit. L'acte juridique est nul d'une nullité absolue.

S'agit-il, au contraire, d'une opération qui pouvait être indifféremment constatée par un acte authentique ou par un écrit sous-seing privé (vente, louage, prêt, etc...), l'acte lui-même n'est pas atteint par la nullité de l'instrument probatoire destiné à le constater. Ce dernier pourra même ne pas être destitué de toute efficacité comme mode de preuve. En effet, aux termes de l'article 1318, « l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de formes, *vaut comme écriture privée*, s'il a été signé des parties ».

Toutefois cette règle comporte diverses restrictions :

1° Si l'acte n'avait pas même été revêtu de la signature du notaire, ayant été, par exemple, reçu par un simple clerc, sans que le notaire l'eût signé, il ne vaudrait pas même comme acte sous-seing privé (Civ., 10 décembre 1884, D. P. 85.1.166, *sol. impl.*).

2° L'acte notarié nul parce qu'il intéresse personnellement le notaire, ne vaudrait pas à son égard même comme acte sous-seing privé (Req., 8 juillet 1896, D. P. 96.1.584, S. 97.1.23).

3° La loi exige, pour que l'acte nul en tant qu'authentique soit invocable à titre d'écrit privé, qu'il soit revêtu de la signature de *toutes les parties*. Par conséquent, si le contrat met en cause plusieurs débiteurs solidaires, et si l'acte authentique nul ne contient que la signature de quelques-uns d'entre eux, il ne pourra être invoqué comme écriture privée à l'encontre d'aucun débiteur, fût-il signataire, ni à l'encontre du créancier.

Actes sous-seing privé soumis à des formes déterminées. Actes relatant des conventions synallagmatiques ou des obligations unilatérales de sommes d'argent. — Par exception, deux catégories d'actes sous-seing privé sont soumises à des formalités de rédaction déterminées. Ce sont : 1° les actes relatant des conventions synallagmatiques, 2° ceux qui contiennent une obligation unilatérale ayant pour objet une somme d'argent.

1° *Actes relatant des conventions synallagmatiques.* — Aux termes de l'article 1325, « les actes sous-seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits ».

Cette formalité dite *des doubles*, et qui remonte à la pratique de l'ancien Droit, se justifie par une préoccupation d'équité. La loi a voulu assurer à chaque contractant une situation égale à celle de l'autre, en lui permettant d'exiger les prestations auxquelles il a droit, sans avoir besoin d'emprunter l'écrit qui pourrait se trouver, s'il était unique, aux mains de son adversaire, lequel le tiendrait ainsi à sa discrétion.

Quant à la mention du nombre des originaux sur chaque exemplaire,

elle est nécessaire parce qu'autrement il dépendrait de chaque contractant, quand bien même la formalité requise aurait été régulièrement accomplie, de rendre inopérante la preuve de son adversaire, en détruisant ou en dissimulant l'original resté entre ses mains.

La sanction du défaut d'accomplissement de l'une ou l'autre des deux formalités prescrites par la loi n'est pas, comme dans l'ancien Droit, la nullité de la convention elle-même, mais seulement celle de l'instrument probatoire dressé par les parties, nullité invocable d'ailleurs uniquement par les parties et non par les tiers (Civ., 22 octobre 1900, D. P. 1901.1.69, S. 1902.1.129, note de M. Wahl). La convention synallagmatique pourra être prouvée par tout autre moyen, si l'on se trouve dans un des cas où la preuve littérale peut être suppléée (Grenoble, 13 novembre 1900, D. P. 1903.2.141). Et même, l'acte nul en tant qu'acte sous-seing privé, parce qu'il n'aurait pas été rédigé en double, ou ne porterait pas la mention du nombre des originaux, pourrait servir de *commencement de preuve par écrit* rendant admissible la preuve testimoniale (Paris, 3 décembre 1892, D. P. 93.2.71, S. 93.2.71).

La portée de l'article 1325 est, de plus, limitée par les règles ci-dessous :

A. — La formalité du double n'est requise que lorsqu'il s'agit d'un contrat donnant naissance, au moment même où il est passé, à des obligations pour chacun des contractants. En effet, c'est seulement dans cette hypothèse que s'appliquent les raisons qui justifient la règle de l'article 1325 (Civ., 8 mars 1887, D. P. 87.1.264, S. 90.1.257, note de M. Lyon-Caen). Dès lors, ne tombent pas sous le coup de la loi les actes constatant, non des conventions synallagmatiques *parfaites* comme la vente, le louage, la société, la transaction, mais des contrats synallagmatiques *imparfaits*, c'est-à-dire ne donnant actuellement lieu qu'à une obligation et, éventuellement, à une contre-obligation, comme le mandat, le dépôt, le nantissement. Même, l'acte constatant une convention synallagmatique parfaite est dispensé de la formalité du double, si l'une des obligations nées du contrat est exécutée déjà au moment de la rédaction de l'écrit, par exemple, s'il s'agit d'une vente dont le prix a été payé immédiatement en totalité. L'une des parties en effet, en l'espèce le vendeur, n'ayant plus aucun droit à faire valoir, est sans intérêt à avoir un original en sa possession (Req., 14 mars 1906, D. P. 1907.1.255, S. 1906.1.317).

B. — La nullité de l'acte, pour défaut d'observation de la formalité du double ou de la mention prescrite par l'article 1325, ne peut, aux termes de cet article même (al. 4), « être opposée par celui qui a exécuté de sa part la convention portée à l'acte ». En effet, cette exécution constitue une reconnaissance de l'exactitude des énonciations de l'acte présenté par l'adversaire, et il en est ainsi quand bien même il ne s'agirait que d'une exécution partielle (Req., 5 août 1908, D. P. 1909.1.47, S. 1908.1.312).

C. — La nullité de l'acte sous-seing privé est également couverte par le dépôt qui serait fait de l'original unique chez un notaire, ou même chez un tiers choisi d'un commun accord par les parties signataires. En effet, ce dépositaire commun devant conserver l'acte et le produire, en cas de besoin,

à la requête de l'une quelconque des parties, aucune d'elles ne se trouve à la discrétion de l'autre.

D. — L'acte nul comme authentique, mais valant comme écriture privée aux termes de l'article 1318, n'est pas soumis aux formalités de l'article 1325 (Req., 24 avril 1901, D. P. 1901.1. 444, S. 1904.1. 229).

E. — Enfin, la règle de l'article 1325 ne s'applique pas à la preuve des actes commerciaux, uniquement régie par l'article 109 du Code de commerce.

2° *Actes constatant des promesses unilatérales de sommes d'argent ou de choses appréciables en argent*[1]. — D'après l'article 1326, al. 1er, « le billet ou la promesse sous-seing privé par lequel une partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou, du moins, il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ». A quoi l'article 1327 ajoute : « Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur. »

Cette formalité, dite du *bon et approuvé*, a pour but d'éviter l'*abus des blancs-seings*. L'effet de son inaccomplissement n'est, pas plus que lorsqu'il s'agissait de la formalité du double, la nullité de l'obligation, mais la nullité de la preuve ; l'obligation subsistant et continuant à produire effet si elle est avouée ou démontrée par un autre moyen. Le billet non régulier peut également servir de commencement de preuve par écrit (Req , 20 octobre 1896, D P. 96.1 528, S. 97.1.8 ; Douai, 27 janvier 1903, D. P. 1903.2. 234, S 1904.2. 125).

Quelle est au juste la portée de la prescription légale ? Elle s'applique aux obligations ayant pour objet de l'argent ou des choses ayant un cours qui les rende facilement négociables, tant d hectolitres de blé, tant d'actions au porteur de telle société, etc., mais aux seules obligations unilatérales. Elle ne s'étend pas aux *quittances* qui sont le contraire d'une « promesse » (Req., 4 août 1896, D. P. 96.1.456, S. 1900.1.219). S'applique t-elle aux promesses d'argent ou de choses appréciables encore *indéterminées* dans leur *quantum* ? Rien ne permet de répondre négativement. Le souscripteur d'une telle obligation devra donc au moins exprimer, en apposant le bon et approuvé, qu'il se rend compte de l'étendue éventuelle de son obligation (V. cep Douai, 27 janvier 1903 précité).

Comme pour la formalité du double il faut dire que l'irrégularité de l'écrit se couvre par l'exécution volontaire de l'obligation, et que la règle ne s'applique pas aux écrits authentiques dégénérés en écrits privés dans les termes de l'article 1318.

L'article 1326, al. 2, apporte de plus certaines exceptions à l'application de la règle contenue dans l'alinéa 1er. Il écarte cette règle « dans le cas où l'acte émane de *marchands*, *artisans*, *laboureurs*, *vignerons*, *gens de journée et*

1. Pierre Binet, *Rev. Trim.* 1918, p. 41 et s.

de service ». Cette exception tient à la *personne* du souscripteur. Ainsi, elle s'applique aux billets souscrits par des marchands, même lorsqu'ils ont trait à des dettes non commerciales. Et, inversement, elle ne s'applique pas aux actes souscrits par des non commerçants pour des dettes commerciales. Le motif de l'exemption est en effet, pour les commerçants, leur expérience présumable des affaires qui les met à l'abri d'une imprudence. Pour les autres personnes énumérées par le texte, et qui auraient, au contraire, plus besoin que tous autres de la protection légale, on envisageait en 1804 qu'elles devaient rarement savoir écrire de manière à satisfaire aux prescriptions de la loi. Il en résulte que le mot de *laboureurs* doit s'entendre seulement de ceux qui travaillent la terre de leurs propres mains. L'exemption de l'article 1326, al. 2, ne s'étend pas à tous les *cultivateurs*, si par là on entend les propriétaires faisant valoir, mais sans travailler eux-mêmes manuellement. Il convient d'ailleurs, en pareille matière, d'avoir égard à la condition, aux habitudes des personnes, toutes considérations dont le tribunal fera une appréciation souveraine (Req., 13 janvier 1904, D. P. 1904.1.367, S. 1904.1.398).

II. — Différence relative à la force exécutoire.

On appelle *force exécutoire* d'un titre la faculté appartenant à celui qui le possède de recourir *de plano* à l'exécution forcée, notamment aux saisies du patrimoine du débiteur, s'il y a obligation comportant ce mode d'exécution. Cette faculté résulte de l'apposition sur le titre de la *formule exécutoire*, c'est-à-dire d'un ordre donné, au nom du peuple français, par le Président de la République aux agents de la force publique, en particulier aux huissiers, de procéder, s'ils en sont requis, à cette exécution (D. 2 septembre 1871).

La formule exécutoire manque évidemment dans les actes sous-seings privé, puisque, par définition, ceux-ci émanent de simples particuliers. Le créancier, porteur d'un acte sous-seing privé, ne pourra donc recourir à l'exécution des biens du débiteur qu'en *prenant un jugement*.

Au contraire, les notaires ont le droit d'apposer aux actes qu'ils dressent pour relater des obligations la formule exécutoire (art. 1319, al. 2 ; art. 545, C. proc.). Le créancier muni d'un acte notarié peut donc *de plano* procéder, faute de paiement ponctuel, à la saisie des biens du débiteur. Dans l'ancien Droit, le privilège des actes notariés était plus considérable encore. Ils conféraient en effet aux créanciers une *hypothèque générale* sur tous les immeubles du débiteur. Le Code civil a supprimé cette conséquence qui n'existe plus qu'au profit des jugements (art. 2123).

Qu'arrive-t-il lorsque l'acte notarié est le résultat d'un faux ? Evidemment, sa force exécutoire ne survit pas à la décision judiciaire qui aura reconnu l'existence du faux. Mais ne convient-il pas au moins de la suspendre immédiatement, dès que l'instance qui peut aboutir à ce résultat est commencée ? A cette question répond l'article 1319, al. 2. L'ancien Droit, par crainte des plaintes téméraires du débiteur désireux de gagner du temps, n'admettait pas qu'une instance en faux pût avoir jamais un effet suspensif de la force exécutoire. Aujourd'hui, l'article 1319 fait une dis-

tinction. En cas de plainte en faux principal, c'est-à-dire de poursuite devant la juridiction répressive, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue de plein droit par la mise en accusation. En effet, il y a, dès ce moment, vu le point avancé où est parvenue l'instruction, vu l'examen du magistrat instructeur et de la Chambre des mises en accusation, un préjugé très sérieux contre l'acte. Au contraire, en cas d'inscription de faux faite incidemment, c'est-à-dire de procès civil ouvert sur l'initiative du prétendu débiteur, la suspension sera facultative pour le tribunal qui ne la prononcera à titre provisoire que « suivant les circonstances ».

III. — Différence quant à la foi due à l'écriture.

La première question qui se pose quant à la *force probante* d'un acte produit en justice, est celle de la *sincérité de son écriture*. L'acte, ou tout au moins la signature, émane-t-il de celui-là même de qui on prétend qu'il émane ; de l'officier public, s'il s'agit d'un acte authentique, de la partie contre qui on l'invoque comme étant signé d'elle, s'il s'agit d'un acte sous-seing privé ?

Il y a, à cet égard, une différence considérable entre l'acte authentique et l'acte sous-seing privé. Cette différence remonte à l'Ordonnance civile de 1667 (titre XII) complétée par un Edit de décembre 1684 et par l'Ordonnance de 1737 sur *le faux*.

S'agit-il d'un acte authentique (art. 1319, al. 1er), il *fait foi par lui-même jusqu'à inscription de faux*. Cela signifie qu'il est présumé authentique par cela seul qu'il se présente avec les apparences extérieures de la régularité. En effet, la notoriété de la signature de l'officier public, sa légalisation, exigée par la loi quand l'acte est produit hors de la circonscription notariale (L. 25 ventôse an XI, art. 28, L. 2 mai 1861), l'aspect extérieur et si caractéristique de l'acte dressé par un officier public, notamment par un notaire, la gravité des peines qui frapperaient le faux, tout concourt à faire penser que l'acte émane bien de son signataire apparent. Donc, celui qui présente un acte authentique à l'appui de sa prétention a, jusqu'à nouvel ordre, administré sa preuve. Ce serait à celui qui alléguerait que l'acte est faux en totalité ou en partie, à faire la preuve de ce faux, mais à charge de s'engager dans la procédure spéciale du *faux incident civil* (V. C. proc., art. 214 et s.).

A l'acte sous-seing privé, au contraire, ne s'attache pas la même présomption de régularité. Cet acte puisant toute sa force de la signature du particulier à qui il est opposé par un autre particulier, il n'y a aucune raison pour préférer l'affirmation de celui qui entend s'en prévaloir, à l'affirmation de celui qui en conteste la sincérité. La partie à qui on oppose l'acte sous-seing privé peut donc le repousser, sans avoir besoin de s'inscrire en faux. Il suffit qu'elle *désavoue*, c'est-à-dire dénie son écriture, si l'acte a l'apparence d'avoir été signé par elle, ou qu'elle se contente de *méconnaître l'écriture*, si on lui oppose un acte soi-disant signé par un de ses auteurs c'est-à-dire de déclarer qu'elle ne connaît point l'écriture ou la

signature de ce signataire prétendu) (art. 1323). Lorsque cette dénégation ou méconnaissance s'est produite, le demandeur, s'il entend continuer à se prévaloir de l'écrit produit par lui, doit en établir l'exactitude par une instance en justice (art. 1324). Les juges statueront *de plano*, s'ils estiment posséder dès à présent les éléments de conviction nécessaires pour se prononcer sur la sincérité ou la non-sincérité de l'écriture alléguée (Civ., 4 août 1884, D. P. 85.1.209, S. 85.1.477). Dans le cas contraire, ils recourront à la procédure dite de *reconnaissance ou de vérification d'écritures* (C. proc., art. 193 et suiv.). Ce n'est qu'à la suite de cette procédure, et si l'écrit sous seing-privé a été reconnu exact, qu'il pourra faire preuve, ayant, dès lors, nous dit l'article 1322, « la même foi que l'acte authentique ».

Ainsi, quant à la simple *possibilité* d'invoquer en justice l'écrit allégué, la charge de la preuve n'incombe pas à la même personne. S'agit-il d'un acte authentique, c'est celui à qui on l'oppose, c'est-à-dire en général le défendeur au procès, qui doit faire la preuve de la fausseté de l'acte par la voie périlleuse de l'inscription de faux. S'agit-il d'un acte sous seing-privé, c'est celui qui l'invoque, en général le demandeur au procès, qui doit, si son adversaire ne s'incline pas dès l'abord en reconnaissant la signature invoquée, faire preuve de la sincérité de ladite signature.

On devra se garder ici d'une confusion que la simple lecture des textes pourrait faire naître. Qu'il s'agisse de l'acte authentique ou de l'acte sous seing-privé reconnu ou vérifié et, dès lors, équivalent à l'acte authentique, les articles 1319 et 1322 portent « qu'ils font foi entre les contractants et leurs héritiers ou ayants cause ». Il y a ici une confusion évidente entre les effets de l'instrument probatoire et ceux de la convention qu'il relate. L'écrit fait foi non seulement entre les parties, mais *erga omnes*. Mais ce dont il fait foi, c'est de l'existence d'une *convention* qui, elle, n'a d'effet qu'à l'égard des parties et n'est point opposable aux tiers, étant pour eux *res inter alios acta* (art. 1165).

IV. — Différence quant à la foi due au contenu de l'acte.

Ce n'est pas tout que la *sincérité matérielle* de l'écrit. Il peut y avoir contestation sur la vérité des faits qu'il relate, sur son *contenu* en un mot. A cet égard encore, il y a entre les actes authentiques et les actes sous-seing privé une différence essentielle.

L'acte sous-seing privé ne fait foi de son contenu que *jusqu'à preuve contraire*. En d'autres termes, on peut toujours contester l'exactitude des faits qu'il relate, pourvu qu'on se croie en mesure de faire une contre-démonstration.

Au contraire, l'acte authentique fait foi de son contenu *jusqu'à inscription de faux*. Mais il y a lieu de reproduire ici une distinction que nous avons déjà présentée à propos des actes de l'état civil.

Ce qui est établi jusqu'à inscription de faux, c'est seulement la sincérité des déclarations et énonciations provenant de l'officier public lui-même, à propos de faits qu'il a pu et dû vérifier *ex propriis sensibus*.

Au contraire, les énonciations qu'il ne fait que relater, mais qui émanen des parties elles-mémes, où celles qu'il fait lui-même, alors que la loi ne lui donnait pas mission de les émettre, ne font foi que jusqu'à preuve du contraire, car elles ne sont couvertes que par l'affirmation et la signature des parties (Req., 10 janvier 1900, D. P. 1901.1.347, S. 1904.1.270 ; Req., 21 février 1912, D. P. 1912.1.195, S. 1913.1.215).

Par exemple, voici un acte de vente d'un immeuble dressé par un notaire. Cet acte porte que tel jour ont comparu un tel et un tel, — que le vendeur était sain d'esprit — que la vente a été faite d'un immeuble — d'une contenance de tant d'hectares suivant déclaration du vendeur, — que le prix a été payé immédiatement en espèces dont quittance.

Si les héritiers du vendeur prétendent qu'il n'y a pas eu en réalité d'acte passé tel jour devant le notaire signataire, ou que le prix n'a pas été versé devant lui, ils devront s'inscrire en faux. En effet, ce sont là des faits que l'officier public avait mission de constater et qu'il a constatés *ex propriis sensibus*, en les relatant avec les garanties de véracité qui s'attachent à son caractère.

Mais supposons que les héritiers veuillent prouver que l'immeuble avait en réalité une contenance supérieure ; il n'y aura pas besoin d'inscription de faux, car ce n'est là qu'une déclaration émanant non du notaire, mais des parties.

Il en sera de même si les héritiers soutiennent que l'acte qualifié vente était en réalité une donation et que, à cet effet le prix versé n'a pas été réellement fourni par l'acheteur, mais lui avait été remis, avant qu'il n'entrât chez le notaire, par le soi-disant vendeur. En effet, il s'agit là d'un fait qui s'est passé hors de la présence du notaire (Req., 21 février 1912, D. P. 1912.1.195, S. 1913.1.215 ; Req., 9 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914 1.231).

Même règle si les héritiers prétendent que le vendeur, leur auteur, était sous l'empire d'un accès de folie. Ici le notaire a bien déclaré qu'il était sain d'esprit, mais il s'agit d'une appréciation qu'il n'avait pas mission ou compétence de faire, qui ne rentrait pas dans ses attributions. Aucune force probante ne lui est donc attachée.

Mentions diverses des actes écrits. — Il résulte d'une disposition commune aux actes authentiques et aux actes sous-seing privé, celle de l'article 1320, que la même force probante n'est pas attachée à toutes les mentions de ces actes.

On appelle *mentions dispositives* celles qui ont trait à l'objet même de l'opération juridique relatée par écrit. Il est clair que l'attention des parties s'est arrêtée sur ces mentions. Elles seront donc investies de toute la force probante attachée à l'acte écrit.

On appelle *mentions énonciatives* celles qui, au contraire, ont trait à des faits autres que l'objet même de l'opération juridique. A leur égard, l'article 1320 fait une distinction. Si les simples énonciations ont avec l'objet de l'opération un *rapport direct*, elles auront la même autorité que les mentions dispositives. Au contraire, si elles n'ont pas avec la disposition

un rapport direct, « elles ne peuvent servir que d'un commencement de preuve par écrit ». La loi présume alors que l'attention des parties a pu ne pas se fixer avec force sur ces mentions.

Quand une mention énonciative a-t-elle, quand n'a-t-elle pas avec la disposition un rapport direct ? Cela dépend évidemment des circonstances, et les juges l'apprécieront souverainement.

Voici, par exemple, à la suite d'une convention de prêt, un acte par lequel, au terme convenu, le créancier consent au débiteur un renouvellement, c'est-à-dire une prorogation d'échéance. L'acte ajoute cette déclaration des parties que, jusqu'au terme, les intérêts stipulés avaient été régulièrement payés par l'emprunteur. Il y a là une mention énonciative à *rapport direct* avec la disposition. L'attention du créancier n'a pas pu ne pas s'y fixer.

Supposons, au contraire, que dans une quittance, le créancier reconnaisse avoir été payé « par mains et deniers du débiteur ». C'est là une énonciation qui n'a avec l'objet de la quittance, qui est de constater la libération du débiteur, qu'un rapport indirect, car le créancier occupé seulement de recevoir son paiement n'avait aucun intérêt à la repousser. Si donc un débat s'ouvrait entre le débiteur et un tiers qui prétendrait avoir en réalité fourni les fonds du paiement, l'énonciation de la quittance ne pourrait faire foi. Opposée à un tiers, elle ne pourrait même, en l'espèce, servir de commencement de preuve par écrit, puisqu'elle n'émane en réalité que de la volonté unilatérale de celui qui voudrait s'en prévaloir

V. — Différence relative à la foi due à la date des actes.

Les actes authentiques font foi de leur date, comme de toutes les mentions émanant de l'officier public *ex propriis sensibus*, jusqu'à inscription de faux. Et cette autorité leur appartient aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties contractantes.

Les actes sous-seing privé reconnus ou vérifiés font foi de leur date comme de leur contenu, c'est-à-dire jusqu'à preuve du contraire. Ainsi, le signataire, qui prétendrait contester la date de son engagement telle qu'elle ressort de l'écrit signé par lui, devra fournir la preuve de la simulation de date qu'il invoque. Il ne pourra le faire par témoins et présomptions que s'il produit un commencement de preuve par écrit (art. 1341, 1er al. et 1347). Toutefois, si la simulation a présenté, de la part de son contractant, un caractère frauduleux, ayant eu pour but, par exemple, d'éluder l'incapacité d'un mineur qui se serait irrégulièrement obligé, la preuve pourra se faire par tous les moyens possibles, en vertu de cette règle (art. 1348-1°) que la preuve des délits peut toujours s'administrer librement (Grenoble, 6 mai 1902, D. P. 1903.2.335).

Tel est le principe. Mais, en ce qui concerne les actes sous-seing privé, il y a une distinction à faire. Comme il y a lieu de redouter une *antidate*, résultant d'une connivence des deux signataires de l'écrit privé, en vue de frauder les *tiers*, l'acte ne fait pas foi de sa date *à leur égard* ; il faut,

pour qu'il leur soit opposable, que son antériorité résulte de l'*acquisition d'une date certaine*. Cette acquisition ne peut résulter que d'un des faits déterminés par la loi dans l'article 1328, de l'enregistrement en particulier, faits dont le caractère commun est qu'ils ne peuvent être simulés par les auteurs de l'écrit privé.

Règle de l'article 1328. Date certaine des écrits privés envers les tiers. — A propos de la règle de l'article 1328, nous examinerons successivement trois questions :

1° Que faut-il entendre par *tiers?*

2° Comment un écrit privé acquiert-il date certaine ?

3° Quelles exceptions comporte la règle de l'article 1328 ?

1° *Première question : Que faut-il entendre par tiers aux termes de l'article 1328 ?* — On sait qu'il s'agit là — vu le défaut de précision technique de notre terminologie juridique — d'une expression dont le sens varie *secundum subjectam materiam*.

Evidemment, le mot *tiers* n'a pas dans l'article 1328 la même signification que dans l'article 1165 (les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers), où il désigne les personnes qui n'ont pas de rapport juridique avec les contractants relativement à l'objet du contrat (*penitus extranei*). Comme l'opération juridique relatée par l'écrit privé n'est aucunement opposable à ces personnes, étant *res inter alios acta*, il serait tout à fait superflu de dire que l'écrit constatant l'opération ne fait pas foi de sa date à leur encontre.

Notre expression n'a pas non plus le même sens que dans l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 où elle désigne uniquement (V. notre t. Ier, p. 961 et s.) les ayants cause à titre particulier de l'aliénateur ayant acquis sur l'immeuble un droit assujetti à publicité.

Les tiers de l'article 1328, ce sont les personnes n'ayant pas figuré dans l'acte et *ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relaté par l'écrit privé, si l'antériorité de cet acte était établie.* Ce sont donc, en somme, *certains ayants cause à titre particulier des contractants*. Supposons, par exemple, que *Primus* ait successivement, sans en faire livraison à aucun, vendu une même chose mobilière à deux acquéreurs, le second acquéreur est un *tiers* par rapport à l'écrit constatant la vente faite par *Primus* au premier acquéreur. Cet acte de vente ne lui sera opposable que s'il a acquis date certaine antérieurement à sa propre acquisition. De même, le locataire d'un immeuble ne pourra opposer son droit à l'acquéreur que si son bail a acquis date certaine antérieurement à l'acte de vente (art. 1743).

Au contraire, à l'égard des ayants cause *à titre universel* des contractants, l'acte sous-seing privé fait foi de sa date comme à l'égard des contractants eux-mêmes jusqu'à démonstration de la fausseté de celle ci, car ils sont tenus de toutes les obligations de leur auteur, à quelque époque qu'elles aient été contractées.

Il en est de même pour ce qui concerne les *créanciers chirographaires* des contractants. L'acte leur est opposable, émanât-il même d'un débiteur

tombé depuis en faillite, sans avoir besoin d'avoir acquis date certaine. Il en serait cependant autrement dans les cas suivants :

A. — Si le créancier chirographaire agissait par l'*action Paulienne* pour faire révoquer l'acte en question. Dans ce cas, en effet, il ne saurait dépendre des adversaires du demandeur de paralyser l'action de celui-ci au moyen d'une antidate.

B. — Si le créancier chirographaire contestait la date de l'acte qui lui est opposé, afin d'écarter un *droit de préférence* ou l'*équivalent d'un droit de préférence* qui résulterait de cet acte au profit d'un autre créancier et à son encontre, à supposer l'antériorité établie. Ce serait le cas, par exemple, pour des créanciers du mari qui seraient menacés d'être primés par la femme alléguant une obligation qu'elle aurait souscrite dans l'intérêt du mari. Afin d'écarter le recours de la femme, recours muni d'une hypothèque légale, les créanciers du mari pourraient invoquer le défaut de date certaine de la prétendue obligation de la femme, génératrice de son recours à l'encontre du mari.

De même, un fermier ou locataire pourrait invoquer le défaut de date certaine d'un bail soi-disant antérieur passé avec un autre preneur.

C. — Inversement, les créanciers chirographaires sont des tiers aux termes de l'article 1328, lorsqu'il s'agit de repousser l'effet d'un acte prétendu antérieur, acte qui préjudicierait soit à un droit de préférence leur appartenant, soit à une saisie qu'ils auraient effectuée (V. cep. en ce qui touche la saisie-arrêt, Civ., 29 octobre 1890, D. P. 91.1.475, S. 91.1.305).

2° *Deuxième question : Comment un acte sous-seing privé acquiert-il date certaine à l'égard des tiers ?* — Par trois moyens, nous dit l'article 1328.

A. — D'abord, et c'est le procédé le plus usuel, par l'*enregistrement* et à dater du jour de l'enregistrement. Nous n'avons pas à nous étendre ici sur l'institution surtout fiscale de l'Enregistrement, organisée par la loi du 22 frimaire an VII. La formalité de l'enregistrement, qui remonte aux errements fiscaux de l'ancien régime (Edit de juin 1581 et de mars 1673), consiste à mentionner *sur des registres publics la substance* des actes juridiques qui y sont assujettis. Une mention corrélative à celle du registre est apposée sur l'écrit confié à l'administration, puis restitué aux parties. C'est la date de cette mention qui constitue la date certaine de l'acte à l'égard des tiers.

B. — La mort de celui ou de l'un de ceux qui ont souscrit un acte lui confère aussi date certaine.

C. — Enfin, le même effet se produit à dater « du jour où la substance de l'acte sous seing privé est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire ».

Cette énumération est certainement limitative. Aucun autre événement, si probant qu'il paraisse, ne pourrait conférer date certaine à un écrit privé, pas même l'apposition du timbre de la poste, pas même l'amputation des bras du signataire !

3° *Troisième question : Exception à la règle de l'article* 1328. — Le champ d'application de l'article 1328 reçoit les limitations suivantes :

A. — Il y a des opérations juridiques très nombreuses dont la date est établie par des modes spéciaux dérogeant à la règle du Droit commun. Il en est ainsi des transmissions de propriété et de droits réels et généralement des actes soumis à la *transcription* par la loi de 1855, des transmissions de *meubles corporels* suivies de tradition (art. 1141 et 2279), des *cessions de créance* soumises aux formalités de l'article 1690, des cessions de *brevets d'invention*, des aliénations de *navires*, etc...

B. — En vertu d'une tradition constante, les *quittances* ne sont pas soumises à l'article 1328. Elles sont donc opposables aux tiers sans avoir besoin d'avoir acquis date certaine.

C. — Enfin, en se fondant sur ce que l'article 109 du Code de commerce relatif aux preuves commerciales ne reproduit pas la disposition de l'article 1328, une Jurisprudence aujourd'hui constante admet que cette règle n'est pas applicable en matière commerciale. S'il y a contestation de la date d'un écrit privé, il appartient aux juges de statuer d'après les circonstances de la cause (Bordeaux, 9 mars 1896, D. P. 99.2.65, note de M. Valéry, S. 99.2.273, note de M. Wahl ; Req., 9 janvier 1906, D. P. 1906.1.77, S. 1906. 1.262).

VI. — Différence relative à la valeur des copies.

La copie est la transcription littérale d'un acte fait d'après l'original. En principe, c'est l'original seul de l'acte qui fait preuve. Les copies ne font foi que de ce qui est contenu dans l'original, et la représentation du titre original peut toujours être demandée (art. 1334). Cette règle s'applique aussi bien aux actes authentiques qu'aux actes sous-seing privé ; elle ne comporte qu'une seule exception relative aux actes de l'état civil (art. 45).

Cependant par exception, *lorsque le titre original n'existe plus*, les copies peuvent acquérir force probante.

S'agit-il d'un acte sous-seing privé, la copie n'a jamais aucune force probante. Cela se comprend sans peine. Toute la valeur d'un écrit résulte de la signature des parties. Or, la copie ne contient pas cette signature. Autrement, ce ne serait pas une copie, mais un second original.

S'agit-il, au contraire, d'un acte authentique, et plus spécialement d'un acte notarié, il y a lieu de faire les distinctions ci-après.

Parmi les actes notariés, les uns, et ce sont la plupart, doivent être rédigés *en minute*, c'est-à-dire que l'original (ou minute) est conservé dans l'étude du notaire rédacteur qui ne doit jamais s'en dessaisir, sauf en des cas exceptionnels, et est responsable de sa conservation. Certains actes seulement, qui, par leur nature, doivent être utilisés immédiatement, comme les procurations, les actes de notoriété, les quittances de loyers, les certificats de vie peuvent être rédigés *en brevet,* c'est-à-dire que l'original en est remis aux parties (L. du 25 ventôse an XI, art. 20).

La question de la valeur des copies ne se pose donc pas pour les actes rédigés en brevet. Que si elle se posait, elle devrait être résolue comme pour les actes sous-seing privé.

Au contraire, les actes rédigés en minute sont destinés à n'être produits

que par leurs copies. Ces copies ou expéditions sont de deux sortes, la première expédition ou *grosse* et les *simples expéditions*.

La première expédition qu'on appelle *grosse*, à cause de la dimension des caractères, est la seule à laquelle soit attachée la formule exécutoire. Lorsque l'original n'existe plus, la grosse fait la même foi que l'original (art. 1335-1°). Et il y a lieu d'assimiler aux grosses, à ce point de vue de la force probante, d'abord les copies tirées ultérieurement, mais *par l'autorité d'un magistrat* en présence des parties ou elles dûment appelées, et, en second lieu, les copies tirées *en présence des parties* et de leur *consentement réciproque*.

En dehors de ces deux derniers cas, les simples expéditions peuvent faire foi quand le titre original n'existe plus, mais seulement si elles ont été tirées par le notaire qui a reçu l'acte ou en est dépositaire, et si elles sont *anciennes*, c'est-à-dire datent de plus de trente ans. Faute de l'une de ces deux conditions, elles ne valent que comme commencement de preuve par écrit (art. 1335-2° et 3°).

Quant aux *copies de copies*, elles ne peuvent servir que de simples renseignements (art. 1335-4°).

VII. — Différence quant aux conséquences de la perte du titre.

L'acte sous-seing privé est susceptible de se perdre. L'acte authentique, au contraire (et c'est peut-être là sa plus grande supériorité) ne peut disparaître, au moins dans les périodes normales, puisque la minute en subsiste toujours chez l'officier public qui l'a dressé. Ce qui peut se perdre, c'est uniquement les expéditions ou copies de l'acte ; c'est, en particulier, et s'agissant d'un acte notarié, la *grosse* ou première expédition revêtue de la formule exécutoire. La perte a suivant les cas des conséquences différentes.

Est-ce l'acte sous-seing privé qui a été égaré, la situation est réglée par l'article 1348-4°. Le créancier pourra recourir à la preuve par témoins ou aux présomptions, lesquelles porteront sur deux faits, d'abord celui de la perte du titre écrit, et, ensuite, celui de l'existence de l'obligation prétendue.

En cas de perte de la grosse d'un acte notarié, le Code de procédure civile (art. 844) permet simplement au créancier de demander au président du tribunal de première instance d'ordonner qu'il lui soit délivré une seconde grosse.

§ 3. — Troisième division des preuves littérales. Actes primordiaux. Actes récognitifs et confirmatifs.

Les actes *primordiaux* sont ceux qui sont dressés au moment même de la naissance de l'obligation (ou de la transmission du droit réel) pour la constater.

Les actes *récognitifs* et les actes *confirmatifs* ont ceci de commun qu'ils sont dressés postérieurement.

Les actes *confirmatifs* sont ceux qui ont pour but de constater la confirmation d'un acte annulable.

L'acte *récognitif* (art. 1337) est dressé, soit pour remplacer le titre primordial qui aurait été perdu, soit pour interrompre la prescription au moyen de la reconnaissance du droit du créancier ou du propriétaire.

Peut-il avoir force probante ? Il y a lieu de distinguer.

Si l'acte primordial est détruit et si l'acte récognitif en relate spécialement la teneur, il dispense de la représentation du titre primordial ; il fait donc preuve comme celui-ci.

Si l'acte primordial est perdu et si l'acte récognitif n'en relate pas la teneur, il n'a que deux effets : d'abord il interrompt la prescription, ensuite il sert de commencement de preuve par écrit permettant de démontrer par témoins, si cela est possible, l'obligation ou le droit réel. Exceptionnellement cependant, l'acte récognitif pourrait tenir lieu du titre primordial. Ce serait au cas où il y en aurait deux ou plusieurs conformes, dont l'un de trente ans de date, et soutenus, les uns et les autres, de la possession (art. 1337, 3e al.).

Si l'acte primordial n'a pas été perdu, l'acte récognitif ne produit que l'effet interruptif de prescription. En effet, c'est dans le titre primordial, dont la représentation peut toujours être exigée, que l'on devra chercher l'étendue exacte de l'obligation. Ce que le titre récognitif contiendrait de différent ou *de plus* que le titre primordial n'aurait aucun effet.

Il en serait autrement, s'il résultait des circonstances qu'en dressant l'acte soi-disant récognitif, les parties ont entendu, en réalité, faire une novation, substituer une obligation nouvelle à l'ancienne. Il en serait ainsi le plus souvent si le *titre nouvel* contenait *moins* que le titre primordial. Il y aurait lieu de présumer alors que le créancier a entendu faire remise partielle de l'obligation au débiteur.

Règles relatives aux écrits confirmatifs, et plus généralement à la confirmation des actes annulables. — Les articles 1338 et suivants nous indiquent les règles applicables aux écrits ayant pour but de confirmer les actes annulables, et, à ce propos, débordant la matière des *preuves*, ils nous fournissent une théorie générale de la *confirmation*. On doit entendre par là la renonciation à l'action en nullité émanant de celui qui aurait le droit de s'en prévaloir (V. art. 1338 *in fine*). Il résulte deux conséquences de cette définition.

1° D'abord, il ne faut pas, comme cependant la loi le fait parfois elle-même (V. art. 1311 et 1338), confondre la *confirmation* et la *ratification*. La ratification, c'est l'acte par lequel une personne approuve les actes qui ont été faits pour son compte par un *negotiorum gestor*. C'est tout autre chose que la confirmation.

2° De plus, la confirmation étant la renonciation à la nullité, ne peut intervenir que lorsque la disposition de l'action en nullité appartient exclusivement à une ou à plusieurs personnes déterminées ; en d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'actes nuls d'une nullité *relative* (pour incapacité, vice de la volonté, lésion). Lorsqu'un acte est nul d'une nullité absolue, comme, par exemple, une donation qui n'aurait pas été faite devant notaire, on ne peut

le confirmer. Il faut, si on veut le rendre efficace, refaire l'acte en entier (art. 1339)[1]. Or il y a entre les deux procédés, confirmation, réfection totale, les différences suivantes :

A. — La confirmation résulte d'une manifestation de volonté unilatérale. La réfection de l'acte nul d'une nullité absolue est un nouveau contrat qui exige, dès lors, l'intervention simultanée des parties du premier contrat. Ainsi, dans une donation nulle refaite à nouveau, il faudra l'acceptation du donataire (art. 1339).

B. — La confirmation produit un effet *rétroactif*, elle agit *ex tunc*. En effet l'acte seulement annulable n'est que soumis à une éventualité d'annulation ; il produit provisoirement des effets juridiques dès le moment de sa formation ; la confirmation de cet acte, en faisant disparaître cette éventualité, donne au provisoire un caractère définitif. Au contraire, la réfection de l'acte ne produit ses effets que *ex nunc*, au jour où elle intervient. Dès lors, et, par exemple, s'il s'agit d'une donation, c'est au jour du nouveau contrat qu'il faut se placer pour apprécier le montant de la quotité disponible.

C. — S'il s'agit d'une opération juridique assujettie à des conditions de publicité, comme une constitution d'hypothèque ou une aliénation d'immeuble, à supposer que le contrat primitif ait été rendu public, sa confirmation n'entraînera pas la nécessité d'une nouvelle inscription ou transcription. La réfection, au contraire, nécessiterait une nouvelle publicité, la première n'ayant porté que sur un acte inexistant.

Formes et conditions de la confirmation. — 1° *Conditions de fond.* — La confirmation d'un acte juridique annulable ou rescindable nécessite une première condition essentielle, c'est que le vice dont l'acte était atteint ait pris fin au moment où intervient l'acte confirmatif. En effet, s'il en était autrement, cette confirmation présenterait la même imperfection que l'acte qu'il s'agit de consolider. Nous avons déjà vu une application de cette idée sous l'article 1311, d'après lequel le mineur doit être devenu majeur pour pouvoir confirmer efficacement l'acte qu'il aurait fait en état de minorité. De même, l'article 1115 nous dit que la confirmation d'un acte nul pour cause de violence ne peut se produire que quand la violence aura cessé. Une solution identique doit être admise pour tous les cas de vices du consentement ou d'incapacité.

Cependant, si la cause de nullité est la lésion, faudra-t-il que la lésion ait cessé pour que la personne lésée puisse renoncer valablement à son action en rescision, ou, tout au moins, faudra-t-il que la lésion ait été réduite au taux jusqu'à concurrence duquel la loi ne la prend pas en considération ? Il y a là une question très délicate qui se rattache au point de savoir quel est le fondement de l'action en rescision dans les hypothèses exceptionnelles où la loi l'accorde à la partie lésée. Nous verrons bientôt que ce fondement est que la lésion laisse supposer, chez la partie lésée, une

1. Pourtant l'article 1340 décide que les héritiers du donateur peuvent, après décès de celui-ci, confirmer la donation nulle pour vice de forme. Voir ci-dessus, p. 68. note 1, l'explication de cette dérogation.

contrainte morale qui l'aurait fait consentir, sans que sa liberté restât entière, à une opération exagérément désavantageuse pour ses intérêts. Il suffira donc que le bénéficiaire de l'action en rescision soit « affranchi des circonstances sous l'empire desquelles il avait contracté », pour pouvoir renoncer virtuellement à son action et, par conséquent, confirmer l'acte en question.

Une seconde condition de la validité de la confirmation, c'est que son auteur ait agi en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant une connaissance précise du vice qu'il s'agissait de réparer, et avec la volonté de le réparer. C'est ce que la Jurisprudence à maintes fois décidé à propos d'un mode de confirmation qui est l'exécution volontaire et partielle de l'acte annulable ; mais il n'est pas douteux que cette idée doit s'appliquer de quelque manière que l'intéressé s'y soit pris pour opérer la confirmation (Req., 21 février 1899, D. P. 99.1.512).

Des actes équivoques, c'est-à-dire qui pourraient s'expliquer autrement que par cette double condition, se sauraient avoir un effet confirmatif. Par exemple, si le débiteur d'une obligation annulable s'était acquitté en partie ou avait demandé un délai de paiement, mais pour éviter des poursuites qui le menaçaient, il n'en résulterait pas nécessairement qu'il eût entendu confirmer son obligation (Req., 7 février 1899, D. P. 99.1.278. S. 99.1.224 ; Besançon, 6 février 1901, D. P. 1902.2.119 ; V. d'autres applications sous Riom, 5 décembre 1883, D. P. 85.2.84 et Req , 7 janvier 1885, D. P. 85.1 252).

2° *Conditions de forme* — Il y a deux sortes de confirmation : la confirmation *expresse* et la *confirmation tacite.*

A. — La *confirmation expresse* est celle qui résulte d'une volonté manifestée en termes exprimant formellement l'intention de confirmer. Si un écrit est dressé pour relater cette confirmation, l'article 1338, al. 1er, nous dit que cette preuve littérale « n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de l'obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ». Il convient de ne pas se méprendre sur la portée de cette disposition. Elle n'a trait qu'à la *preuve* de l'acte confirmatif, à l'*écrit* dressé pour le constater. Faute d'être rédigé dans les conditions de précision explicite indiquées par la loi, l'écrit ne pourra pas servir de preuve. Mais la confirmation ne sera pas atteinte, à supposer qu'elle soit bien intervenue. Celui qui entendrait s'en prévaloir le pourrait, s'il parvenait à démontrer la manifestation de volonté de l'autre partie, soit par l'aveu, soit par le serment, soit au moyen de témoignages corroborés par un commencement de preuve par écrit.

B. — *Confirmation tacite.* — « A défaut d'acte de confirmation », nous dit l'article 1338, « il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ». Ici encore, il ne faut pas exagérer la portée de la loi. L'indication qu'elle nous donne *n'est pas limitative.* L'exécution volontaire soit totale, soit partielle de la part du débiteur n'est que l'un des cas où l'on peut induire de son attitude la volonté de confirmer l'acte annulable. Par exemple, le fait de disposer, en connaissance de cause, de la chose acquise en vertu d'un contrat

dont on pourrait demander la nullité, emporte, de la part du disposant qui se met ainsi dans l'impossibilité de rétablir le *statu quo ante*, l'intention de confirmer le contrat. C'est ce que nous dit l'article 892 à propos d'un partage annulable (V. d'autres exemples de confirmation tacite autrement que par exécution volontaire sous Req., 2 janvier 1901, D. P. 1903.1.573, S. 1903.1.47 ; Req., 13 janvier 1902, D. P.1903.1.224).

Effets de la confirmation. — Nous avons dit que la confirmation d'un acte annulable entraîne un effet *rétroactif*. L'acte confirmé est considéré comme ayant été valable *ab initio*. Cependant, cette rétroactivité, ceci résulte des derniers mots de l'article 1338, ne peut pas préjudicier aux droits *des tiers*. Comment devons-nous comprendre cette expression de *tiers* ? Cette question a été très débattue. Il faut, croyons-nous, entendre par tiers, aux termes de l'article 1338, *celui qui, ayant traité avec l'auteur de l'acte annulable qui pouvait demander la nullité, aurait, par cette opération, acquis un droit à se prévaloir de cette nullité*. Ainsi, supposons qu'un mineur hypothèque un immeuble. Postérieurement à cette hypothèque, il vend cet immeuble, ce qui suppose chez lui l'intention de se prévaloir de la nullité de l'hypothèque. Puis, devenu majeur, il lui plaît de confirmer l'hypothèque qu'il avait faite en état de minorité. Cette confirmation ne pourra pas être opposée aux droits de l'acheteur qui, à moins de manifestation de volonté contraire, a acquis le droit de se prévaloir de la nullité de l'hypothèque.

Inversement, supposons qu'un mineur achète un immeuble. Postérieurement, le vendeur, ne tenant pas compte de l'acte annulable qu'il a passé, hypothèque cet immeuble. Si le mineur devenu majeur confirme l'achat qu'il a fait, cette confirmation anéantit le droit du créancier hypothécaire. En effet celui-ci ayant traité avec le contractant auquel n'appartenait pas la disposition de l'action en nullité, n'a acquis aucun droit à se prévaloir de cette nullité. Bien qu'étranger à la confirmation, il n'est pas un *tiers* aux termes de l'article 1338.

SECTION II. — De la preuve testimoniale[1].

Historique. Généralités. — On appelle *preuve testimoniale* celle qui résulte des dépositions de témoins relatant devant la justice les faits auxquels ils ont assisté.

Ce mode de preuve, d'application constante en matière pénale, a été longtemps vu avec faveur dans le domaine du Droit civil. « Témoins passent lettre » était un adage de la très ancienne France. Et, en effet, les inconvénients de la preuve testimoniale ne commencèrent à s'y manifester qu'au jour assez tardif où la possibilité pour les parties de s'engager *solo consensu* eut pénétré dans le Droit. Comment, à partir de ce

[1] Cons H. Capitant, *Rapport sur la réforme des articles 1341 à 1348*, Bulletin de la Société d'études législatives, 1917-18.

moment, surtout lorsqu'il s'agissait de personnes peu habituées aux affaires, pouvait-on déterminer exactement s'il y avait eu contrat ou simples pourparlers, et quel était le montant précis de l'engagement souscrit par le débiteur? Il fallait se fier à des témoins. Mais les témoins étaient suspects de subornation, et leur mémoire est faillible. Comme, d'autre part, les progrès de l'instruction rendaient aisé aux parties de se ménager une preuve écrite, et que la nécessité d'un écrit, si on la proclamait, devait avoir pour résultat d'empêcher de nombreux procès, l'ordonnance de Moulins de 1566 vint décider (art 54) : 1° qu'il devait être passé acte de toutes choses excédant la somme de 100 livres ; 2° que, même pour une somme inférieure, on ne pouvait être admis à rien prouver par témoins contre les écrits.

Ces dispositions, dans l'Ordonnance civile de Louis XIV d'avril 1667 (tit. XX, art.) sont encore, au chiffre près, consacrées par notre Code civil dont l'article 1341 est ainsi conçu : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs[1]. »

La loi du 2 avril 1928, tenant compte de la dépréciation du franc, a remplacé le chiffre de 150 fr. par celui de 500 francs.

Il résulte de l'article 1341 que la preuve testimoniale n'est admise dans notre Droit qu'à *titre exceptionnel*.

On sait d'autre part que cette preuve diffère de la preuve littérale, en ce que la loi n'en détermine pas d'avance la force probante. Tandis que la preuve littérale *fait foi*, c'est-à-dire, une fois administrée, doit entraîner la conviction du juge, tantôt jusqu'à preuve contraire, tantôt jusqu'à inscription de faux, le juge a toujours le droit de rejeter une allégation des parties, même confirmée par témoins, si ces témoignages ne l'ont pas convaincu. Ce faisant, il émet une appréciation souveraine qui ne peut donner place au contrôle de la Cour de cassation.

Enfin, dans les cas où la preuve testimoniale est déclarée admissible par la loi, les juges doivent, pour qu'elle puisse être administrée, rendre un jugement dit *interlocutoire* ordonnant l'ouverture d'une *enquête*, c'est-à dire d'une procédure spéciale consacrée à l'audition des témoins et minutieuse-

1. La prohibition de la preuve par témoins pourrait être aujourd'hui levée sans danger, de l'avis, du moins, de certains jurisconsultes (V. Thaller, *Faillites en droit comparé*, 1887, t. I, n° 37, p. 160). Du moment, disent-ils, que ce mode de preuve est autorisé en matière commerciale, il n'y a pas de raison de l'exclure entre non commerçants. L'obligation de l'écriture est une gêne, une cause de retard qui peut nuire aux parties. Dans bien des cas, les convenances s'opposent à ce qu'il soit rédigé un écrit. Ces motifs ont déterminé les rédacteurs du Code civil portugais de 1867 (art. 2506 à 2508), de Code civil espagnol de 1889 (art. 1244 et 1248) et le Droit procédural allemand et suisse, à admettre sans limitation la preuve par témoins. (Voir, en sens contraire, l'article précité de M. Capitant).

ment réglée par le Code de procédure (art. 252 à 294). Et il leur est toujours loisible de repousser la demande d'enquête, s'ils estiment que le procès offre déjà des éléments de conviction suffisants pour fixer leur opinion sur les faits en litige (Req., 14 décembre 1903, D. P. 1904.1.173, S. 1905.1.279).

Reprenons maintenant chacune des deux règles édictées par l'article 1341.

Première règle : Interdiction de la preuve testimoniale au-dessus de cinq cents francs (loi du 2 avril 1928). — La loi enjoint aux parties de se ménager une preuve écrite, dès qu'il s'agit d'une opération juridique de quelque importance. Les mots « même pour dépôts volontaires » s'expliquent par ce fait que, dans l'ancien Droit, la Jurisprudence hésitait à appliquer la règle de l'article 54 de l'Ordonnance de Moulins à la preuve d'un dépôt, en raison du caractère gratuit et amical du service rendu par le dépositaire et, dès lors, de l'espèce d'impossibilité morale qu'il pouvait y avoir, estimait-on, pour le déposant, à réclamer un reçu écrit de son dépôt. Aujourd'hui la loi ne fait plus de telles distinctions.

Deux questions doivent être élucidées à propos de cette première règle : 1° Que faut-il entendre par ces mots « *toutes choses* excédant la somme ou valeur de cinq cents francs » ?

Ce qui doit être relaté par écrit, ce ne sont pas seulement les conventions, mais tous les *actes juridiques*, c'est-à-dire tous les actes qui donnent naissance à une obligation, ou qui entraînent une transmission de droits réels, comme aussi tous ceux qui emportent l'extinction ou la mutation de ces mêmes droits. Par opposition aux actes juridiques, les *faits matériels* ou simples faits qui peuvent être, il est vrai, l'occasion ou la condition d'un droit, ne tombent pas sous le coup de l'article 1341. Citons, par exemple, l'état d'ivresse ou de démence dans lequel on prétendrait que s'était trouvé un contractant, la mauvaise foi d'un possesseur, les griefs servant de base à une demande en divorce ou en séparation de corps, la réalité d'un accident donnant lieu à une poursuite en indemnité, l'identité entre un enfant agissant en réclamation d'état (d'enfant légitime) et celui dont la naissance aurait été mentionnée dans un acte de l'état civil, etc... Tous ces faits peuvent se prouver par témoins — ce qui est l'application d'une règle générale que nous allons bientôt voir formulée, à savoir que la nécessité d'un écrit doit être écartée lorsqu'il s'agit d'établir un fait qui, par sa nature même, ne prêtait point, lorsqu'il s'est passé, à la rédaction d'un écrit.

D'ailleurs, quand il s'agit d'un *acte juridique*, la nécessité d'une preuve par écrit pour le démontrer s'applique tout aussi bien aux procès devant la juridiction répressive qu'aux procès civils. C'est ainsi qu'une poursuite pour *abus de confiance* requérant la preuve d'un *acte juridique*, mandat ou dépôt, nécessite la production d'un écrit établissant cet acte.

2° Comment s'évalue l'importance du litige ?

Rien de plus facile s'il s'agit de prouver l'existence d'une obligation de somme d'argent. Le seul point qui peut être délicat est de savoir à quel moment il convient de se placer pour apprécier la somme due. Ici, il semble

qu'il faut se placer d'abord au moment précis où la demande est formée devant la justice. En effet, l'article 1342 porte que la règle « s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent une somme de cinq cents francs ». Donc, une obligation qui, ayant été d'abord inférieure, s'est élevée ensuite à plus de 500 francs, ne peut être prouvée que par écrit. Mais inversement, si la valeur de l'obligation a commencé par être supérieure à 500 francs, peu importe qu'elle ait ensuite diminué avant la demande en justice. « La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme moindre de 500 francs », nous dit en effet l'article 1344, « ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit. » Ainsi la somme en litige ne doit, à *aucun moment* entre la naissance de l'obligation et le dépôt de l'assignation, avoir été supérieure à 500 francs. Si elle dépassait ce chiffre au début, eût-elle diminué depuis, le créancier est en faute de ne s'être pas à l'origine muni d'une preuve écrite. Et si, inférieure au début, elle a depuis excédé 500 francs, le créancier eût dû, alors, demander au débiteur de faire dresser un acte écrit.

Tout à fait conforme à cette manière de voir est l'article 1345 aux termes duquel, « si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes... et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 500 francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps. si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes ».

Que si l objet de la contestation n'est pas une somme d'argent, mais une chose appréciable, il appartient au demandeur de l'évaluer. Mais il sera lié par l'évaluation qu'il aura donnée à l'objet demandé dans ses conclusions primitives. En effet, l'article 1343 nous dit que « celui qui a formé une demande excédant 500 francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive ». Autrement, en effet, il serait trop facile, lorsque l'on verrait sa demande se heurter à des difficultés de preuve trop grandes, de se procurer le secours de témoins complaisants au moins jusqu'à concurrence de 500 francs.

Enfin, si l'objet du litige est une prestation indéterminée en valeur, la preuve par écrit est toujours requise.

Notons encore l'article 1346 aux termes duquel « toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues ». Ce texte, emprunté, comme les articles précédents, à l'ordonnance de 1667, a pour but d'empêcher qu'on ne tourne la prohibition de l'article 1341 en morcelant une demande supérieure à 500 fr. en demandes fractionnées, non plus simultanées (ce qui est le cas visé par l'acticle 1345), mais successives.

Deuxième règle : Interdiction de prouver par témoins contre et

outre le contenu de l'écrit. — Lorsqu'un écrit est dressé, fût-ce à propos d'une opération ne dépassant pas la valeur de 500 francs, la preuve contraire au contenu de cet écrit, à supposer qu'elle soit admissible, ne peut pas se faire par témoins. C'est qu'en effet, lorsque les parties ont pris la précaution de rédiger un écrit, on présume qu'elles n'y ont rien constaté d'erroné ni rien omis. C'est pourquoi on ne peut rien prouver par témoins *contre* le contenu de l'acte, c'est-à-dire de contraire aux énonciations dispositives de cet acte, ni *outre* ce contenu, c'est-à-dire rien qui aurait été soi-disant omis. Par exemple, un donataire ne serait pas admis à prouver par témoins que, dans l'acte dressé pour constater la libéralité qui lui a été faite, on a omis de mentionner la clause par laquelle le donateur aurait déclaré lui donner « par préciput et hors part ».

Toutefois, cette seconde règle ne doit pas être exagérée. Elle ne s'applique, vu les raisons qui la justifient, que lorsqu'il s'agit de faits de nature à avoir pu et dû être mentionnés dans l'écrit. D'où deux conséquences :

A. — S'il s'agit de prouver une fraude, une simulation dolosive commise lors de l'acte, la preuve par témoins sera toujours admissible (Req., 2 mars 1904, D. P. 1904.1.615, S. 1904.1.260 ; Req., 17 juillet 1906, D. P. 1907.1. 247, S. 1908.1.167 ; V. Civ., 2 juillet 1895, D. P. 96.1.375, S. 99.1.468).

B. — S'il s'agit de démontrer un fait postérieur à l'acte et de nature à en modifier la portée, fait extinctif de l'obligation, révocation du contrat primitif, novation de l'obligation primitive, etc., il semble bien que ce fait ne tombe pas sous le coup de la deuxième règle de l'article 1341 (Bordeaux, 21 juillet 1899, D. P. 1900.2.436).

La disposition de l'article 1341 est-elle d'ordre public ? — L'intérêt de cette question est triple :

1° On peut se demander d'abord si l'inadmissibilité de la preuve testimoniale est un moyen de nature à être suppléé par le juge, ou soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, ou si, au contraire, pour l'invoquer, il est indispensable que la partie intéressée ait déposé des conclusions formelles en ce sens devant le tribunal chargé de statuer sur le fond ?

2° La partie intéressée à soulever le moyen tiré de la violation de l'article 1341 peut-elle y renoncer ? Par exemple, si, dans une affaire d'un intérêt supérieur à 500 francs, l'une des parties a demandé à prouver par témoins une modification apportée aux stipulations d'un acte écrit, l'adversaire qui a assisté à l'enquête ne perdra-t-il pas ainsi le droit d'en combattre ensuite les conclusions en se fondant sur l'article 1341 ?

3° Enfin les parties pourraient-elles, en contractant, insérer une clause écartant, le cas échéant, l'application de l'article 1341, c'est-à-dire rendant, en cas de contestation, l'emploi de la preuve testimoniale admissible même au-dessus de 500 francs ?

La Jurisprudence ne paraît avoir répondu qu'aux deux premiers de ces problèmes. Elle considère que la prohibition de la preuve testimoniale est une règle protectrice des simples intérêts privés, et que, dès lors, les parties qui ne soulèvent pas le moyen du défaut de preuve littérale devant

les juges du fond, ont valablement renoncé à s'en prévaloir. Vainement invoqueraient-elles ensuite ce moyen à l'appui d'un pourvoi en cassation ; il ne serait plus recevable (Civ., 8 juin 1896, D. P. 97.1.464, S. 97.1.178 ; Req., 10 mai 1905, D P. 1905.1.428). De même, le juge ne pourrait le suppléer (Req , 1er août 1906, D. P. 1909.1.398). Il nous semble que ces solutions devraient logiquement entraîner la validité de la clause rendant admissible la preuve testimoniale en une matière dépassant 500 francs.

La Doctrine se prononce cependant en majorité en sens contraire et enseigne en général que la règle de l'article 1341, vu les motifs sur lesquels elle se fonde (éviter les subornations de témoins ainsi que la multiplicité des procès), *intéresse l'ordre public*. Et la jurisprudence belge adopte le même point de vue (Trib. Arlon, 18 mars 1908, S. 1908.4.32).

Exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale. — Ce qui précède peut être considéré comme une première restriction jurisprudentielle au principe de l'inadmissibilité de la preuve testimoniale.

La loi en indique trois autres. Notons aussitôt que, dans les hypothèses où la loi autorise l'administration de la preuve testimoniale, l'article 1353 permet de recourir aux *simples présomptions*, c'est-à-dire aux indices et inductions « abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats », si bien que les cas ci-après d'admissibilité de la preuve testimoniale sont en réalité soumis au régime de la *preuve libre*.

1° L'article 1341, al. 2, indique lui-même que les deux règles qu'il édicte reçoivent exception en *matière commerciale*, et l'article 109 du Code de commerce, rédigé à la demande des Chambres de commerce, confirme l'exception. Les raisons qui justifient cette dérogation aux principes sont, indépendamment de la tradition (V. Ordonn. de 1667, tit. XX, art. 2), au nombre de deux. D'abord, les commerçants doivent s'efforcer de passer le plus grand nombre possible d'opérations dans le temps le plus restreint, la multiplicité des affaires amenant seule de grands profits. Les allures lentes ne leur sont donc pas permises. De plus, les actes civils ont souvent des effets à longue portée, tandis qu'en matière commerciale les conventions reçoivent ordinairement une exécution quasi-immédiate ; ce qui ne laisse pas aux souvenirs des témoins, en cas de contestation, le temps de s'obscurcir. Notons d'ailleurs que, pour certaines opérations commerciales à longue échéance ou de grosse importance (contrat de société, art. 39, 41, C. Com., vente de navire, charte-partie, prêt à la grosse, art. 195, 273, 331, C. Com., assurance, art. 332, C. Com.), le Code de commerce exige la rédaction d'un écrit.

Ajoutons que, du reste, la preuve testimoniale n'a jamais été *un droit* pour les plaideurs devant les juges consulaires. Elle peut seulement être admise par les juges en égard aux circonstances. Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui touche son admission ou son rejet. (art. 109, dern. al. C. Com.).

2° La seconde exception à la règle, toute traditionnelle elle aussi (art. 3,

t. XX, ord. de 1667), est consacrée par l'article 1347 ; c'est le cas où il existe un *commencement de preuve par écrit*. On appelle ainsi, dit la loi, « *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.* » Il suffit d'un écrit quelconque, *émanant de l'adversaire*. Peu importe, quoique semble dire le texte, que ce soit un *acte*. Ainsi, une simple lettre missive contenant une allusion à l'opération à démontrer, rentre dans la définition de l'article 1347. Peu importe aussi que cet écrit soit signé. Ainsi, un simple projet d'acte sous seing privé peut être considéré comme commencement de preuve par écrit (Req., 4 juin 1896, D. P. 96.1.456, S. 1900. 1.164). Naturellement, la question de savoir si l'écrit produit en justice rend vraisemblable le fait allégué est l'objet d'une appréciation souveraine de la part des juges du fond.

Ajoutons que la définition de l'article 1347, « acte émané » de l'adversaire, est si compréhensive qu'elle embrasse même certains actes qui n'ont pas été écrits par l'adversaire. Ainsi, nous l'avons déjà vu, une copie de titre authentique datant de moins de trente ans (art. 1335, 2°, 3° al.), certaines transcriptions de titres (art. 1336) peuvent être considérées comme un commencement de preuve par écrit. Il en est de même d'un procès-verbal relatant des déclarations du débiteur prétendu, ne fût-il pas signé de lui, pourvu qu'il soit dressé par un officier public ayant qualité pour recevoir ces déclarations, comme un procès-verbal de conciliation ou un interrogatoire de prévenu dressé par le juge d'instruction ou à l'audience (Crim., 8 décembre 1893. D. P. 97.1.266), comme le procès-verbal relatant des déclarations faites lors d'une comparution personnelle des parties à l'audience (Req. 24 juin 1878, S. 80.1.205), enfin comme le procès-verbal d'un *interrogatoire sur faits et articles* (art. 324 et suiv., C. proc. civ.). Ce dernier procédé surtout, dont la Jurisprudence fait un emploi libéral, permet pratiquement. dans un très grand nombre de cas, d'échapper à la prohibition de la preuve testimoniale (*Adde*, Req. 2 décembre 1919, *Gaz. Pal.* 23 janvier 1920)

3° Enfin il n'y a pas lieu à la prohibition de la preuve par témoins lorsqu'il *n'a pas été possible* au créancier de se procurer une preuve par écrit. L'article 1348 qui énonce cette troisième exception, en indique quatre applications :

A. — La première application a trait « aux obligations qui naissent des *quasi-contrats* et des *délits ou quasi délits*. » Le texte est conçu en termes trop généraux. L'admissibilité de la preuve testimoniale ne se rencontre en réalité que lorsqu'il s'agit, à propos d'obligations quasi-contractuelles ou délictuelles, de démontrer un fait pour lequel il n'eût pas été possible de se ménager d'avance une preuve écrite. Mais, en dehors de ces cas, le droit commun reprend son empire. Précisons la distinction par des exemples.

a) *Les quasi-contrats* dont s'occupe le Code civil sont au nombre de deux : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû. Or, en matière de gestion d'affaires, le géré qui aurait à réclamer quelque chose au gérant bénéficiera de la disposition de l'article 1348 ; car, par définition même, n'ayant

pas été en rapport avec le gérant, il n'a pu se prémunir d'une preuve écrite contre lui. Au contraire, le gérant qui réclamera au géré le remboursement de ses dépenses, devra, au-dessus de 500 francs, apporter un écrit car rien ne l'a empêché de retirer un reçu de ses débours. De méme, celui qui prétend réclamer la restitution du paiement indú qu'il aurait fait, pourra bien prouver par témoins et par présomptions qu'il ne devait rien ; mais, pour démontrer le fait du versement qu'il aurait effectué, il faudra qu'il produise un écrit s'il s'agit d'une somme supérieure à 500 francs.

b) Si, en principe, les créanciers en vertu d'un *délit* ou d'un *quasi-délit* sont dispensés de la preuve écrite, il en est autrement lorsque le délit allégué présuppose l'existence d'un fait juridique, d'un contrat par exemple. Ainsi, celui qui allègue le préjudice résultant d'un abus de confiance, devra démontrer au moyen d'un écrit le fait du mandat ou du dépôt dont il invoque la violation. Le demandeur sera, en revanche, dispensé de la preuve écrite pour démontrer un dol ou une fraude étrangers à l'acte méme d'exécution du contrat, comme la dissimulation d'une partie du prix d'une vente effectuée en exécution d'un mandat de vendre (Civ., 6 août 1889, D. P. 90.1.183, S. 91.1.518).

B. — La seconde application prévue par l'article 1348 concerne les « *dépôts nécessaires* faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. »

C. — La troisième a trait « aux obligations contractées en cas *d'accidents imprévus*, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. »

Ces deux dernières séries de cas se confondent. La rapidité des circonstances qui donnent naissance à l'obligation, explique la règle établie pour le cas de ces accidents imprévus que sont un incendie. une ruine, un naufrage. Quant à l'exception relative aux *dépôts d'hôtellerie*, elle s'explique par les habitudes de la profession qui sont de ne pas délivrer de reçus aux voyageurs.

D. — Enfin, l'article 1348 énonce le cas où le créancier a *perdu*, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, le titre qui lui servait de preuve littérale. Il faudra alors, comme nous l'avons vu plus haut (p. 217). qu'il établisse un double fait par témoins ou présomptions : d'abord, la perte ou la destruction dont il prétend avoir souffert, et, ensuite, le fait juridique que relatait le titre perdu.

La Jurisprudence a beaucoup élargi le champ d'application de l'exception à la règle de l'article 1341 indiquée par l'article 1348 en se fondant sur la formule générale contenue dans le premier alinéa. Voici l'énumération de diverses hypothèses où, en sus de celles qui sont prévues par le texte, elle admet que le créancier est dispensé de se conformer à l'article 1341 parce qu'il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve écrite de son droit.

A' — Lorsqu'à propos d'une demande d'exécution d'un contrat, le débiteur allègue que son consentement a été surpris par suite d'une erreur, d'une violence ou d'un dol, il peut faire la preuve de ces faits par tous les moyens.

B'. — A l'impossibilité matérielle de se procurer une preuve écrite, donnant lieu à l'application de l'article 1348, il faut assimiler les cas d'*impossibilité morale* dont la Jurisprudence fait d'assez fréquentes applications. Ainsi, les médecins peuvent établir par tous les moyens de preuve le bien fondé de leurs réclamations d'honoraires parce qu'un usage, fondé sur la nécessité et l'intérêt des malades en même temps que sur le respect et la dignité du médecin, s'oppose à ce qu'ils exigent de leurs clients l'engagement écrit de les payer. (Req., 27 mars 1907, D. P. 1909.1.188, S. 1907.1.209). De même, il y a impossibilité morale d'exiger un écrit pour le spectateur qui, en entrant dans un théâtre, confie son manteau à l'ouvreuse (Paris, 23 avril 1902. D. P. 1903.2.323, S. 1904.2.261, Req., 1er mai 1911, D, P. 1913.1.448). Enfin, le maître ne peut pas réclamer une quittance des gages qu'il a payés à son serviteur.

C'. — Lorsqu'un contrat est susceptible de causer un préjudice à une personne qui n'y a pas été partie, celle-ci a le droit de faire la preuve par tous moyens des clauses contenues dans ce contrat, ou de la simulation qu'il recouvre. En effet, elle n'a pas pu s'en procurer une preuve écrite, puisqu'elle n'y a pas été partie (Civ., 15 juillet 1909, D. P. 1910.1.466).

D'. — En dernier lieu, la prohibition de la preuve par témoins ne s'applique pas toutes les fois que l'un des contractants soutient que l'écrit signé par lui cache une fraude à la loi, soit qu'il déguise un contrat illicite, par exemple une donation faite à un incapable, soit qu'il ait une cause illicite, par exemple, parce qu'il vise l'acquisition d'une maison de tolérance ou le maintien de relations irrégulières entre le signataire de l'écrit et le créancier (Civ., 21 mars 1898, D. P. 1913.1.403, S. 98 1.513 ; Req., 2 mars 1904, D. P. 1904.1.615, S. 1904.1.260). Cette dernière exception trouve une justification particulière dans le dernier alinéa de l'article 1353 qui autorise la preuve par de simples présomptions et, par conséquent, la preuve par témoins, dans les cas où l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol.

SECTION III. — DES PRÉSOMPTIONS.

§ 1. — Théorie générale des présomptions.

Définition. — « Les présomptions, dit l'article 1349, sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. » On peut se demander dès lors quelle différence il y a entre une présomption et une preuve proprement dite. Tirer une conséquence d'un fait connu à un fait inconnu, en d'autres termes, recourir au procédé logique de l'induction, c'est ce que l'on fait quand on emploie une preuve, aussi bien que lorsqu'on recourt à une présomption. Et la conséquence ainsi tirée peut être aussi contraire à la réalité, lorsqu'il s'agit d'une preuve que lorsqu'il s'agit d'une présomption. En cas de preuve littérale, par exemple, l'écriture ne fût-elle pas contestée, il y a un fait certain connu, c'est que le défendeur a écrit un billet reconnaissant qu'il a reçu 1.000 francs à titre de prêt. On en tire cette conséquence (fait inconnu) que le défendeur a, en effet, emprunté

1.000 francs. Mais il se peut que la conséquence soit inexacte, par exemple, si le porteur du billet a commis un abus de blanc-seing, ou si l'écrit a été rédigé avant le versement des derniers, lequel n'a pas été effectué. Donc il n'y a pas, entre la présomption et la preuve proprement dite, d'autre différence spécifique que la suivante : c'est que, dans la présomption, le fait connu sur lequel on se fonde n'avait pas eu pour objet, comme s'il s'agissait d'une preuve, d'établir le fait inconnu. Il en résulte que l'induction que l'analyse découvre au fond d'une preuve est moins conjecturale, plus sûre que celle qui fait la base d'une présomption.

Il ressort de l'article 1349 qu'il y a deux catégories de présomptions : celles du magistrat, qu'on appelle aussi *présomptions de l'homme* ou présomptions *simples*, et celles de la loi ou présomptions *légales*.

I. — Présomptions simples.

Les présomptions simples sont les inductions que le juge fonde sur des indices quelconques qui lui sont signalés par les conclusions des parties. La loi (art. 1353) ne pouvait évidemment les énumérer. Elle se contente de dire qu'elles « sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat », qui ne doit les admettre que si elles sont « graves, précises et concordantes ». Simple recommandation plutôt que restriction. Ainsi, il n'est pas douteux qu'une seule présomption pourrait suffire à motiver une décision. En revanche, l'article 1353 contient cette restriction précise que les présomptions sont admissibles « dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales ». En effet, si, dans un cas où la preuve testimoniale est écartée comme dangereuse, l'emploi des présomptions étaitadmis, on pourrait redouter la subornation de témoins complaisants, qui viendraient indiquer des faits pouvant servir d'indices et qui seraient inexacts. C'est sur l'existence de cette seule condition d'admissibilité des présomptions simples que s'exerce le contrôle de la Cour de cassation.

L'article 1353 ajoute qu'il est fait exception pourle cas de dol ou de fraude. Cette réserve paraît tout d'abord inutile puisque l'on sait déjà que la preuve d'un dol ou d'une fraude (d'un délit par conséquent) peut toujours se faire par témoins ; il va de soi, dès lors, qu'elle peut aussi résulter de simples présomptions. Mais, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, la Jurisprudence conclut de ce texte que les présomptions peuvent être invoquées toutes les fois qu'il s'agit de prouver une fraude à la loi.

II. — Présomptions légales.

Ce sont celles qui sont attachées par un texte de loi spécial (formel) à certains actes ou à certains faits (art. 1350). Elles ont cet effet de dispenser de toute preuve celui qui est en situation de s'en prévaloir, c'est-à-dire qui peut prouver l'existence du fait ou de l'acte d'où la loi tire la présomption. Exemple : l'enfant qui peut prouver qu'il a été conçu pendant le mariage

d'une femme mariée, n'a pas besoin de démontrer qu'il a pour père le mari. (art. 312). On le voit, les présomptions légales diffèrent des présomptions simples à deux points de vue essentiels.

D'une part, à la différence des présomptions simples, dont le nombre est illimité, sans autre mesure que celle des inductions concevables par l'esprit humain, les présomptions légales doivent résulter d'une *loi spéciale*. Leur nombre est donc limité. On ne peut les étendre par voie d'analogie, et les textes qui les établissent sont des dispositions *strictissimæ interpretationis*.

D'autre part, l'effet probatoire des présomptions légales n'est pas, comme celui des présomptions simples, abandonné aux lumières des magistrats. Elles *font foi*. La loi détermine donc leur degré d'efficacité probatoire devant tous magistrats.

Avant de préciser ce degré de force probante, indiquons quelles sont les présomptions légales. Elles sont en grand nombre, éparpillées dans le Code civil et dans d'autres textes. On peut les répartir en deux groupes.

Les unes reposent sur une observation plus ou moins exacte des faits sociaux ; en d'autres termes, le législateur les a établies en concluant de ce qui se passe généralement à ce qui a dû se passer dans chaque cas particulier à résoudre. Telle est, par exemple, la présomption en vertu de laquelle la remise volontaire du titre au débiteur fait décider qu'il a dû se libérer envers le créancier (art. 1282, 1283).

Les autres se fondent sur des considérations d'ordre public ; en d'autres termes, la loi les a établies pour empêcher la violation d'une loi impérative ou prohibitive. Telle est, par exemple, la présomption de l'article 911, 2e alinéa, décidant que la libéralité faite aux père et mère, aux enfants et descendants ou à l'époux d'une personne incapable de recevoir une libéralité du disposant est réputée faite, par personne interposée, à cet incapable lui-même.

L'article 1350 nous donne une autre classification tout énumérative des présomptions légales.

1° La première catégorie est celle des présomptions sur le fondement desquelles la loi déclare nuls certains actes « d'après leur seule qualité ». Telles sont les présomptions d'interposition de personne en matière de donation, (art. 911, 1099) celle qui permet d'annuler comme frauduleux certains actes accomplis par un commerçant au moment de sa faillite, (art. 446 C. Com.) celle qui fait annuler les actes passés entre certaines personnes, comme réputés accomplis sous une influence illicite, tels que la vente entre époux (art. 1595), la vente entre mineur et tuteur, le pacte entre l'ex-tuteur et l'ex-mineur avant l'apurement du compte de tutelle (art. 450, 3e al., 472). Telles sont encore les présomptions d'incapacité complète et permanente pesant sur l'aliéné interdit (art. 502), etc...

2° Il y a encore présomption légale dans certains cas où « la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ». Cette catégorie embrasse les présomptions que l'analyse juridique peut relever au fond de l'institution de la prescription, soit acquisitive, soit libératoire, celle d'après laquelle les constructions ou plantations faites

sur un terrain sont réputées l'avoir été avec les deniers du propriétaire, la présomption de libération résultant de la remise du titre ou de la grosse, les présomptions de mitoyenneté, etc... (V. art. 553, 653, 1282, 1283, 1402, 1908, etc.).

3° Vient ensuite la présomption de vérité d'où résulte « l'autorité que la loi attribue à la chose jugée ».

4° Enfin, l'article 1350 cite « la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment ». Il y a là une évidente confusion. L'aveu et le serment sont des modes de preuve distincts et non le résultat d une présomption.

Cette énumération est loin d'être complète, car il y a de nombreuses présomptions oubliées par l'article 1350. Telles sont la présomption de paternité légitime, celles qui déterminent en cas de décès simultané de plusieurs *commorientes* lequel doit être réputé décédé le premier (art. 720 à 722), celle d'après laquelle un possesseur doit être toujours présumé de bonne foi et présumé posséder pour lui (art. 2230, 2268), etc.

Présomptions relatives et présomptions absolues. — Si on les examine au point de vue de leur degré de force probante, les présomptions légales sont de deux sortes :

1° Les unes, dites présomptions *relatives* ou *juris tantum*, ne font foi que jusqu'à preuve du contraire ;

2° Les autres, dites présomptions *absolues* ou *juris et de jure*, n'admettent pas la démonstration du contraire. « Nulle preuve n'est admise » contre ces sortes de présomptions, dit la loi (art. 1352, al. 2).

Quelles sont donc les présomptions auxquelles la loi attache ce degré supérieur d'efficacité? Rationnellement, et en se référant à la classification que nous avons tirée de leur fondement respectif, les présomptions devront être absolues, soit lorsque l'expérience ou la raison démontre que les faits d'observation sur lesquels on les fonde fournissent, non une simple probabilité, mais une quasi-certitude, soit lorsque leur fondement est une raison d'ordre public. Telle sera, par exemple et au premier rang, la présomption de vérité attachée à la chose jugée.

Mais comment apercevoir dans quels cas ces caractères se rencontrent dans une présomption ? Le Code s est contenté de nous fournir une énumération purement empirique. Sont absolues, dit l'article 1352, al. 2, les présomptions sur le fondement desquelles la loi « annule certains actes ou dénie l'action en justice ».

Annule certains actes. Exemple : présomption d'interposition de personnes en matière de donations (art. 911), présomption de fraude dans les contrats entre tuteur et mineur, ex-tuteur ou ex-mineur, présomption de fraude en cas de faillite, en cas de ventes conclues avec un *potentior* (art. 1597), etc...

Ou dénie l'action en justice. Exemples : présomption d'autorité de la chose jugée (art. 1351), présomption de libération résultant de la prescription ou de la remise volontaire du titre, etc...

Le critérium tout empirique adopté par la loi souffre d'ailleurs d'impor-

tantes exceptions, et, dans nombre de cas, des présomptions qui, d'après ce critérium, devraient être considérées comme absolues, souffriront la preuve contraire. En effet, l'article 1352, après avoir déterminé l'effet des présomptions absolues, se termine par ces mots : « à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires ». D'où deux séries d'hypothèses exceptionnelles.

A. — Dans certaines présomptions qui devraient être absolues *prima facie*, la loi réserve la preuve contraire par une disposition formelle (V. notamment art. 1283, loi du 1er juillet 1901 sur les associations, art. 17).

B. — D'une façon générale, celui à qui on oppose une présomption même absolue peut toujours la combattre en déférant le *serment* à son adversaire, ou en tentant d'en obtenir un *aveu* dans un interrogatoire sur faits et articles qu'il demande au juge d'ordonner. Il y a à cette exception deux raisons. D'abord, quelque vraisemblables que soient les inductions sur lesquelles reposent les présomptions *juris et de jure*, on peut considérer qu'elles n'atteignent pas le degré d'évidence ou de quasi-évidence qui découle de l'aveu ou du serment. De plus, l'établissement des présomptions légales a surtout pour utilité d'empêcher des contestations et, par là, d'épargner le temps et l'argent des justiciables. Or, ce double avantage se rencontre dans la procédure simple et peu coûteuse de l'aveu et du serment.

Toutefois, parmi les présomptions absolues, il y a lieu de distinguer. Les seules contre lesquelles il soit permis de déférer le serment à l'adversaire qui les invoque, sont celles qui ne reposent que sur des considérations de logique et de vraisemblance, et ne mettent en jeu que des intérêts privés ; comme, par exemple, la présomption de paiement des intérêts (art. 1908) résultant du fait que la quittance du capital a été donnée sans réserve (Civ., 13 janvier 1875. D. P. 75.1.117, S. 75.1.244). Au contraire, les présomptions absolues qui sont fondées sur des considérations d'ordre public ne sauraient être infirmées, fût-ce par l'aveu ou le serment. Il en est ainsi, notamment, de la présomption d'autorité de la chose jugée et de la présomption de libération découlant de la prescription libératoire. En ce qui concerne cette dernière, la loi (art. 2275) consacre, il est vrai, une solution contraire relativement aux courtes prescriptions ; mais c'est là une exception qui confirme la règle relative à la prescription en général.

§ 2. — Etude spéciale de la présomption d'autorité de la chose jugée [1].

L'expression de *chose jugée* désigne ce qui est décidé par une sentence judiciaire. L'*autorité* qui s'attache à la chose jugée, c'est l'impossibilité où l'on est de remettre en question le point sur lequel il a été statué. On explique en général ce résultat par une présomption de vérité attachée à la décision des juges. *Res judicata pro veritate habetur*. En réalité, le fonde-

1. Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2e éd., 1904.

ment de l'autorité de la chose jugée est surtout cette considération essentielle d'ordre public que les litiges ne doivent pas s'éterniser. Certes, les appréciations des magistrats sont sujettes à erreur ; mais, comme il y aurait autant de chances d'erreur dans un nouveau jugement, il vaut mieux que, lorsque le premier a été rendu avec toutes les garanties requises de régularité, il clôture définitivement les contestations. Au surplus, à permettre de revenir plusieurs fois devant les juges sur une même affaire, on s'exposerait au ridicule ou au scandale d'une *contrariété de jugements*, ce qui serait grandement dommageable au bon ordre et au bon sens.

Ces considérations diverses semblent bien imprimer à l'autorité de la chose jugée, que consacre dans notre Code l'article 1351, le caractère d'une *règle d'ordre public*. Et de fait, la Jurisprudence lui reconnaît ce caractère, lorsqu'elle décide que la présomption de vérité attachée aux décisions judiciaires n'est pas infirmée même par l'aveu contraire ou par le serment. Pourtant, illogiques en cela, nos tribunaux, à un autre point de vue, dénient à la règle de l'article 1351 ce caractère d'ordre public. Ils décident, en effet, que l'exception qui en découle contre toute nouvelle demande formée sur une affaire déjà jugée, a besoin d'être formellement opposée par la partie intéressée, car celle-ci peut y renoncer expressément ou implicitement. Cette exception peut être invoquée il est vrai, en tout état de cause ; mais elle ne saurait être opposée pour la première fois devant la Cour de cassation, ni soulevée d'office par le juge (Req., 11 décembre 1895, D. P. 96.1.468, S. 97.1.227).

I. — Conditions de la règle.

A quelles décisions appartient l'autorité de la chose jugée. — « L'autorité de la chose jugée, dit l'article 1351, n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement ». Pour préciser davantage, nous dirons que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux décisions *contentieuses*, *définitives*, et seulement à leur *dispositif*.

1° Il faut qu'il s'agisse d'une décision *contentieuse*, c'est-à-dire statuant véritablement sur un litige. Nous refuserons donc le caractère de chose jugée aux jugements présentant le caractère d'actes de *juridiction gracieuse*, ces jugements n'ayant que la forme extérieure d'une décision judiciaire et ne constituant en réalité qu'une *formalité* nécessaire à la régularité d'un acte juridique (Civ., 24 décembre 1901, D. P. 1902.1.361, S. 1902.1.353).

Reste à préciser ce qu'il faut entendre au juste par acte de *juridiction gracieuse*. Un grand nombre de jugements rentrent *certainement* dans cette catégorie : (jugements autorisant la femme à contracter à défaut d'autorisation du mari, portant autorisation d'aliéner ou d'hypothéquer un immeuble dotal, homologuant un acte d'adoption, etc. (V. Civ., 20 juillet 1887, D. P. 88.1.171, S. 88.1 67). Mais il y en a un certain nombre dont le caractère contentieux ou gracieux dépend des circonstances. Par exemple, un jugement d'*homologation de partage* est, en général, un acte de juridiction gracieuse. Il en sera cependant autrement si le tribunal a eu, à l'occasion du partage poursuivi devant lui, à statuer sur des contestations ouvertes ou latentes des copar-

tageants, par exemple, à déterminer les bases sur lesquelles il devait être procédé aux opérations du partage, ou la qualité en laquelle chaque partie pouvait y procéder (Dijon, 18 décembre 1893, D. P. 94.2.389 ; Orléans, 30 avril 1897 sous Cass. D. P. 1902.1.121). De même, un jugement en rectification d'un acte de l'état civil sera un jugement véritable jouissant de l'autorité de la chose jugée, si le tribunal a statué par voie ordinaire et après contestation. Ce sera, au contraire, un simple acte de juridiction gracieuse, si le tribunal a statué par voie de requête et sans nulle opposition, même du ministère public ; rien ne s'opposera dès lors à ce que cette rectification soit elle-même, plus tard, l'objet d'une nouvelle rectification (Civ., 25 octobre 1905, D. P. 1906.1.337, note de M. Planiol, S. 1909.1.27).

De même enfin, un jugement d'*expédient*, c'est-à-dire intervenu uniquement pour consacrer une convention entre parties, nous paraît un acte de juridiction gracieuse. Il n'en serait autrement que si le juge avait fondé sa disposition sur des motifs de fait et de droit non visés par les parties et constituant dès lors l'expression de sa pensée personnelle (V. cep. Paris, 24 novembre 1902, D. P. 1903.2.86).

2° Il faut qu'il s'agisse d'une décision *définitive*. Donc l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas, en principe, aux décisions *avant dire droit*, jugements *préparatoires*, *provisoires* ou *interlocutoires* (Req., 30 mars 1904, D. P. 1905.1.363 ; Civ., 25 novembre 1907, D. P. 1909.1.57, S. 1908.1.269). De là la maxime que l'*interlocutoire* ne lie pas le *juge*. Toutefois, il en serait autrement, et une décision interlocutoire acquerrait l'autorité de la chose jugée si, comme il arrive souvent, elle avait tranché définitivement une question de droit ou de fait expressément débattue entre les parties (Civ., 28 décembre 1909, D. P. 1911.1.316).

Du moment que la décision est définitive, la présomption de vérité de l'article 1351 s'y attache toujours. Peu importe, dès lors, qu'il s'agisse d'un jugement proprement dit ou d'une sentence arbitrale. Peu importe que la décision soit ou non susceptible d'une voie de recours ordinaire (appel, opposition), ou extraordinaire (pourvoi en cassation, requête civile). Tant que la décision n'a pas été attaquée, elle possède l'autorité de la chose jugée. Il faut, pour qu'elle la perde, qu'elle soit infirmée par une juridiction compétente, ou, tout au moins, frappée d'un recours produisant par lui-même un effet suspensif. D'où il résulte que le pourvoi en cassation ne détruit pas l'autorité de la chose jugée ; il faut, pour que cet effet se produise, que la Cour suprême ait accueilli le pourvoi et mis à néant la décision attaquée (Civ., 7 juillet 1890, D. P. 90.1.301, S. 91.1.25).

3° Enfin, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux *motifs* des jugements, mais seulement à leur *dispositif*, dont il faut même exclure ce qui n'y serait indiqué qu'en termes énonciatifs (Civ., 2 avril 1895, D. P. 95.1.312, S. 99.1.307). Il est vrai, d'une part, que la disposition simplement *implicite*, pourvu qu'elle soit certaine, possède cette autorité à l'égal d'une disposition expresse (Civ., 12 juin 1907, S. 1907.1 397 ; Req., 28 avril 1909, D. P. 1909.1.528, S. 1910.1.135). Et, d'autre part, il a été jugé à maintes reprises que l'on peut faire état des motifs pour *préciser* et *com-*

pléter le sens du dispositif, par exemple, pour faire ressortir une décision implicite qui ne découlerait pas de la simple lecture du dispositif (Civ., 29 avril 1907, D. P. 1909.1.499 ; Req., 14 novembre 1911, D. P. 1912.1.119, S. 1912 1.167 ; Paris, 27 mars 1900, sous Req., 28 juillet 1902, D. P. 1904.1.177).

A quelles demandes s'oppose l'exception de chose jugée ? — Lorsqu'une décision judiciaire possède l'autorité de l'article 1351, il en résulte qu'aucune demande nouvelle relative à la même chose ne peut être intentée sans risquer de se voir repousser par l'*exception de chose jugée*.

Pour que le défendeur puisse invoquer l'exception de chose jugée contre une demande nouvelle, trois conditions sont requises aux termes de l'article 1351. « Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. » En un mot, il faut qu'il y ait, entre la demande actuelle et le procès précédent : 1° identité d'*objet* ; 2° identité de *cause* ; 3° identité de *personnes* et de *qualités*.

1° Identité d'objet. — Il y a identité d'objet lorsque la chose demandée est la même dans les deux procès (Paul, 12, D. *de excep. rei. jud.*, XLIV, 2), « *idem corpus* ». Mais cela ne signifie pas qu'il y ait toujours identité d'objet si la même chose matérielle est en jeu. Il n'y a lieu à exception de chose jugée que si l'on réclame *le même droit* sur la chose. Ainsi, après qu'on a échoué dans une instance en revendication d'un immeuble, rien ne s'oppose à ce que l'on prétende avoir sur cet immeuble un droit d'usufruit ou de servitude (Civ., 27 janvier 1892, S. 93.1.17, note de M. Wahl ; Req., 3 mai 1898, S. 99.1.97, note de M. Wahl ; Civ., 10 février 1908. D. P. 1908. 1 228, S. 1910.1.309). De même, les jugements rendus au *possessoire* n'ont pas l'autorité de la chose jugée relativement à une demande *pétitoire*.

Il n'y a pas lieu non plus à exception de chose jugée par cela seul que la nouvelle demande *présente à résoudre la même question* de droit et de fait que la précédente. Ainsi, le jugement qui a statué sur des droits d'enregistrement afférents à une période déterminée, ne s'oppose pas à ce qu'un autre jugement statue différemment en ce qui concerne des droits courus postérieurement à cette période (Civ., 10 juillet 1901, D. P. 1901.1.550, S. 1902.1.363). Il suffit, pour que la nouvelle demande soit soustraite à l'exception, qu'elle ait conclu à la perception d'autres droits que la première. Il pourra y avoir contradiction intime et logique, mais non *contrariété* entre les deux décisions, à supposer qu'elles statuent en sens inverse.

Les *accessoires* ou *une partie de la chose* qui a fait l'objet de la première demande sont réputés avoir été compris dans celle-ci ; et celui qui a succombé dans la demande portant sur la chose tout entière, ne peut plus être admis à en réclamer ensuite une partie ou un accessoire, par exemple, les intérêts d'une somme réclamée d'abord en capital. En revanche, celui qui aurait triomphé dans la demande de la chose principale pourrait réclamer ensuite l'accessoire, par exemple les *intérêts moratoires*, s'il avait

omis de le faire la première fois (Req., 10 janvier 1910, D. P. 1911.1.370, S. 1912.1.158 ; Req., 12 mai 1909, D. P. 1911.1.209).

Inversement, le rejet d'une demande d'intérêts ne mettrait pas obstacle à ce que le même demandeur réclamât ensuite le capital, pourvu, toutefois que le rejet de la demande d'intérêts n'ait pas été motivé par cette raison que la créance n'existait pas. Quant au succès d'une demande d'intérêts, comme il ne s'explique que par l'existence de la créance principale, il met obstacle à ce que le débiteur puisse discuter l'existence de cette créance si le créancier la réclame ensuite en capital.

2° Identité de cause. — La *cause* d'une demande, aux termes de l'article 1351, c'est le *fait juridique* qui constitue le fondement direct et immédiat du droit que l'on prétend invoquer. On peut valablement, par une demande en justice, tendre au même résultat qu'on n'avait pu atteindre dans une précédente instance, si l'on invoque, à l'appui de sa prétention, non pas un nouveau *moyen*, c'est-à-dire un nouvel argument (cela ne suffirait pas !), mais un fait juridique différent. Par exemple, après avoir poursuivi vainement la nullité d'un testament pour vice de forme, l'héritier peut demander cette même nullité en se fondant sur l'insanité d'esprit du testateur au moment de sa rédaction (Cf. Req., 20 octobre 1885, D. P. 86.1.253, S. 89.1.23 ; Req., 29 octobre 1900, D. P. 1901.1.217).

De même, l'assuré qui aurait été condamné au paiement de sa cotisation au profit de la compagnie d'assurance, pourrait, pour éviter le paiement, soutenir dans une instance postérieure que sa police avait été résiliée par l'envoi d'une lettre recommandée, pourvu naturellement que cette question de résiliation n'eût pas été expressément ou implicitement jugée par la première décision (Civ., 1er février 1909, D. P. 1909.1.248, S. 1911.1.467).

La Doctrine, reproduisant ici de vieilles distinctions des commentateurs du Digeste entre la *causa remota* et la *causa proxima* (14, 2, D. *de except. rei jud.*, XLIV, 2 ; 159, D. *de reg. juris.*, L. 17), décide en général qu'il n'y a lieu de s'occuper que de la cause *directe* et *immédiate* de l'action, et non de la cause *secondaire* ou *médiate*. Et voici les deux applications, à notre avis bien contestables, qu'elle fait de cette distinction.

A. — En matière de *demande en nullité d'un acte pour vice du consentement*, ou *vice de forme*, elle décide qu'une demande en nullité, fondée d'abord sur la violence et repoussée, ne pourrait être renouvelée en invoquant le dol ou l'erreur, et vice-versa. Même solution pour une demande en nullité fondée sur un *vice de forme* déterminé et qu'on voudrait reprendre en invoquant, la seconde fois, un autre vice de même nature. La cause *immédiate* de la demande en effet, c'est, dit-on, le défaut de consentement ou l'absence des formes prescrites. La prévision de tel ou tel vice de la volonté ou de tel ou tel vice de forme n'est qu'une cause médiate et secondaire (V. Req., 6 avril 1909, D. P. 1911.1.105, note de M. Guénée. Cf. note de M. Cézar-Bru, D. P. 1905.1.417).

B. — En matière d'*action réelle*, il n'y aurait pareillement qu'à s'attacher au droit réel réclamé en justice. Peu importerait le *titre* invoqué. Du mo-

ment que le droit par lui réclamé, par exemple, la propriété d'une chose, aurait été refusé au demandeur, c'est en vain qu'il prétendrait renouveler sa revendication en invoquant, cette fois, un titre différent, que, par exemple, après avoir soutenu qu'il était propriétaire d'une chose à raison d'un achat, il reviendrait à la charge et revendiquerait la même chose en invoquant, cette fois, une donation qui l'en aurait rendu maître. Il serait repoussé par l'exception de chose jugée. Celui qui revendique une chose en justice est présumé avoir déduit en justice *tous les titres d'acquisition possibles* ; ceux-ci ne sont que des *causæ remotæ* (Civ., 7 mai 1861, D. P. 61.1.273).

Nous croyons qu'une telle doctrine confond le droit, objet de la prétention déduite en justice, et cette prétention elle-même, avec la cause de ce droit ou de cette prétention. La Jurisprudence, qui commet parfois aussi cette confusion, sait, au contraire, l'éviter dans d'autres hypothèses. C'est ainsi que la nullité d'un partage, vainement demandée pour cause de lésion, a pu être obtenue ensuite pour inégalité des lots, sans que le demandeur se soit vu opposer la seconde fois l'exception de chose jugée (Req., 29 octobre 1900, D. P. 1901.1.217). Il y a d'ailleurs un procédé bien simple à la disposition du plaideur qui entendrait échapper à l'exception. Ce serait de restreindre sa demande à un titre particulier d'acquisition, à un vice de volonté ou de forme déterminé, en se réservant formellement, dans ses conclusions, la faculté de se prévaloir ultérieurement d'autres titres ou d'autres vices.

3° **Identité de personnes.** — Nous avons dit dans notre tome Ier (p. 96), que l'autorité de la chose jugée est seulement *relative*. Si les parties en présence dans deux procès ne sont pas les mêmes, y eût-il identité d'objet et de cause, la deuxième demande ne pourra être repoussée par l'exception de chose jugée. *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.* Seulement, on doit considérer comme ayant été parties dans une instance, non seulement les parties qui y ont figuré en personne comme demanderesses ou défenderesses, ou y ont été vainement appelées, mais encore celles qui y ont été *représentées*.

Dans quel cas peut-on donc dire qu'on a été *représenté* dans un procès que l'on n'a pas soutenu soi-même ?

Sont représentés : A. — Ceux qui ont donné mandat de plaider en leur nom ; B. — Les ayants cause des parties.

A. — *Les mandants.* — Le jugement rendu à l'égard d'un mandataire, soit conventionnel, soit légal, a effet à l'égard du mandant. Ainsi, le jugement rendu à l'égard d'un tuteur plaidant au nom du pupille est opposable à celui-ci, et mettrait obstacle à ce que, devenu majeur, il pût renouveler le même procès. De même, le jugement intervenu dans une instance soutenue par les administrateurs d'une société anonyme possède l'autorité de la chose jugée à l'encontre de tous les actionnaires (Civ., 18 juin 1902, avec concl. de M. le Proc. gén. Baudouin, et note de M. Lacour, D. P. 1902.1.385). C'est également en se fondant, on l'a vu, sur l'idée d'un prétendu mandat réciproque que la Jurisprudence donne force de chose jugée aux juge-

ments rendus à l'égard d'un débiteur solidaire en ce qui concerne les autres débiteurs.

Remarquons qu'il n'y a pas identité de personnes lorsque la même personne plaide dans deux instances successives, mais *avec des qualités différentes*. C'est ainsi qu'un père qui aurait échoué dans une instance en revendication soutenue par lui *ès qualité*, c'est-à-dire exclusivement au nom de ses enfants mineurs et comme leur administrateur légal, pourrait reprendre cette revendication en prétendant, la seconde fois, être lui-même le propriétaire (Cf. Civ., 17 mars 1890, D. P. 91.1.316; Req., 6 avril 1909, D. P. 1911.1.105, note de M. Guénée).

B. — *Les ayants cause des parties.* — Il y a lieu de distinguer entre les ayants cause universels ou à titre universel d'une part, les ayants cause à titre particulier d'autre part, et enfin les créanciers.

a. — Les ayants cause *universels ou à titre universel* d'un plaideur sont considérés comme représentés par lui. Le jugement rendu contre ou pour leur auteur leur nuit ou leur profite. Cette solution ne présente pas de difficultés, lorsqu'il s'agit des *héritiers* ou des légataires universels ou à à titre universel assimilés à des héritiers.

b. — S'agit-il des ayants cause à titre particulier — acheteur, légataire, donataire — le jugement rendu à l'égard de leur auteur, et en ce qui concerne la chose à eux transmise, a effet à leur encontre ou à leur profit, selon que ce jugement a été prononcé avant ou après l'acquisition de leur droit. Prononcé avant, il leur est opposable ; intervenu après, il ne peut leur être opposé. Naturellement, à l'inverse, le jugement rendu à l'égard d'un ayant cause à titre particulier ne serait pas opposable à l'auteur de celui-ci (Civ., 16 avril 1889, D. P. 90.1.276).

c. — En ce qui concerne enfin les créanciers, il y a lieu de faire une sous-distinction.

α. — Les créanciers *chirographaires* sont représentés par leur débiteur. Cependant il en est autrement dans deux cas.

D'abord, quand ils invoquent l'*action Paulienne*, précisément pour faire tomber en ce qui les concerne par la voie de la tierce-opposition un jugement rendu à l'égard de leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 474 et suiv., C. proc. civ.)

En second lieu, quand ils plaident non contre leur débiteur, mais contre des co-créanciers sur une question d'attribution de tel ou tel élément du patrimoine, leur gage commun. Ainsi, les jugements qui prononcent sur un droit de préférence entre créanciers, bien qu'ayant mis en cause le débiteur, ne sont pas opposables aux créanciers qui n'y ont pas été parties ou appelés.

β. — Quant aux créanciers *hypothécaires*, la plupart des auteurs les assimilent à des ayants cause à titre particulier, et enseignent que, dès lors, à partir du moment où ils ont acquis leur hypothèque et l'ont publiée par l'inscription, les jugements obtenus à l'égard de leur débiteur relativement à l'immeuble ne leur sont pas opposables. Mais la Cour de cassation se prononce en sens contraire. Elle décide que les jugements rendus contre le

débiteur et à propos de l'immeuble hypothéqué, même postérieurement à la constitution de l'hypothèque, sont opposables au créancier hypothécaire. En effet, le débiteur doit être réputé n'avoir concédé d'hypothèque que dans la mesure où son droit existe et sera jugé exister sur l'immeuble (Civ., 25 octobre 1893, D. P. 94.1.34, S. 94 1.228).

II — Autorité au civil de la chose jugée au criminel[1].

Jusqu'à présent, nous ne nous sommes occupés que de l'autorité de la chose jugée au civil. Mais il y a lieu de se demander si les décisions d'une juridiction répressive, comme un tribunal correctionnel ou une cour d'assises, ne peuvent pas avoir au civil l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire s'il est possible de se fonder sur une telle décision pour opposer l'exception *rei judicatæ* à une demande formée devant une juridiction civile.

A premiere vue, l'affirmative ne paraît pas douteuse. Les décisions des juges qui statuent au criminel paraissent tout aussi respectables, tout aussi vraisemblablement justes et exactes que les décisions des juges statuant au civil. Elles semblent donc devoir être investies de l'autorité de la chose jugée. Naturellement, il n'en sera ainsi que s'il s'agit, comme en matière civile d'une décision définitive, d'un jugement véritable mettant réellement fin à la poursuite engagée devant le juge répressif. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle jugé avec raison que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux décisions des juridictions de simple instruction, par exemple, à une ordonnance de non-lieu. En effet, une telle décision ne statue pas définitivement sur le fait qui en est l'objet, et elle est susceptible d'être mise à néant, s'il survient des charges nouvelles Civ , 26 juillet 1904, D. P. 1904.1.472 ; Req., 25 mars 1902, S. 1903.1.5, note de M. Lyon-Caen).

Cependant, l'autorité au civil de la chose jugée au criminel a été contestée dans son principe, et elle donne lieu à des distinctions dans lesquelles il est indispensable d'entrer.

Et, tout d'abord, il faut distinguer suivant que la juridiction répressive a statué sur l'*action civile*, ou seulement sur l'*action publique*.

Le juge répressif a-t-il statué sur l'action civile, il n'est pas douteux que l'autorité de la chose jugée s'attache à sa décision. Par exemple, une personne, victime d'un accident, s'est portée partie civile aux poursuites intentées devant le tribunal correctionnel contre l'auteur de cet accident pour blessures par imprudence ; le tribunal correctionnel a rejeté la demande de dommages-intérêts. Il est certain que le plaideur débouté ne pourrait réintroduire une nouvelle demande d'indemnité devant un tribunal civil (Cf. Crim., 23 mai 1903, S. 1906.1.527).

Au contraire, la décision de la juridiction répressive n'a-t-elle statué que

1. Beudant, *Influence du criminel sur le civil*, Rev. crit. 1864 ; Audinet, *De l'autorité au civil de la chose jugée au criminel*, thèse 1883 ; Griolet, *De l'autorité de la chose jugée.* 1868, et note, D. P. 69.1.169 ; Planiol, note, D. P. 1907.1.201 ; Perreau, note, S. 1908.1.57; Pierre Hébraud, thèse, Toulouse, 1929.

sur l'action publique, il a paru à beaucoup d'excellents esprits que cette décision ne saurait mettre obstacle à ce que le même fait pût être déduit à nouveau devant une juridiction civile. Par exemple, un individu acquitté pour un crime ou un délit prétendu pourrait toujours être, nonobstant, poursuivi en dommages-intérêts devant le tribunal civil. En effet, a-t-on dit, ce n'est pas le même objet qui est demandé devant les deux juridictions. En matière répressive, c'était l'application d'une peine qui était réclamée ; en matière civile, c'est la réparation d'un préjudice. Et ce ne sont pas les mêmes parties qui sont en cause. Devant la juridiction répressive, c'était le ministère public qui poursuivait l'inculpé ; devant la juridiction civile, c'est la victime du préjudice par lui causé injustement.

Cette opinion, consacrée par le Droit civil suisse, a été longtemps condamnée par notre jurisprudence, malgré la supériorité qu'elle présente au point de vue de l'équité, surtout depuis deux arrêts de la Chambre Civile des 18 décembre 1912 et 12 juin 1914 (D. P. 1915.1.17) conçus en termes aussi absolus que possible. Pour employer la formule d'un arrêt, « il n'est jamais permis au juge civil de méconnaître ce qui a été certainement et nécessairement décidé par le juge criminel » (v. Civ., 30 novembre 1898 (deux arrêts). D. P. 99.1.74, note de M. Sarrut ; 18 mars 1913, D. P. 1915.1.55 ; Civ. 15 janvier 1929, D. H. 1929.1.16 ; 30 décembre 1929, Gaz. Pal. 9-10 février 1930).

On remarquera que ce n'est pas seulement, comme on l'a parfois avancé à tort, en tant qu'ils affirment ou nient *un fait déterminé* que les jugements criminels s'imposent aux juges civils. *Toutes leurs appréciations* ont la même autorité. Ainsi, les *qualifications légales* qui résultent de leurs jugements ne peuvent pas être contredites au civil. Par exemple, celui au préjudice duquel un objet mobilier a été soustrait par un fait qualifié d'abus de confiance par la juridiction correctionnelle, ne peut soutenir au civil que le fait présentait le caractère d'un vol, à l'effet de pouvoir exercer l'action en revendication permise par l'article 2279 à la victime d'un vol et interdite à la victime d'un abus de confiance (Req., 23 décembre 1863, D. P. 65.1.80, S. 65.1.187).

Toutefois, il y aurait exception, nous l'avons vu, pour les appréciations qui concerneraient *l'état* d'une personne, en tant que cet état serait une circonstance constitutive d'un délit. Ainsi, l'appréciation d'un jury sur la qualité de fils d'un individu poursuivi pour parricide ne pourrait être invoquée au civil dans une contestation relative à la filiation de cet individu (V. notre t. 1er, p. 323 s.). Cette particularité tient à la règle spéciale de l'article 327 du Code civil.

En second lieu, il n'y a pas obstacle à l'introduction d'une demande de dommages-intérêts, lorsque la cause de l'acquittement vient de ce que l'inculpé, étant mineur, avait agi sans discernement. Cet acquittement ne s'oppose pas à ce qu'il soit actionné en dommages-intérêts devant le juge civil, s'il appert qu'il avait une connaissance suffisante de ses actes pour encourir la responsabilité de l'article 1382 (Besançon, 17 décembre 1902, D. P. 1903.2.406).

Pareillement, l'exception de chose jugée ne pourra être opposée à la demande civile lorsque le fait allégué n'est pas inconciliable avec celui dont le jugement d'acquittement contenait la négation. Ainsi, à la suite d'un accident de tramway le mécanicien, poursuivi devant le Tribunal correctionnel pour avoir négligé de faire usage de sa trompe d'avertissement, a été relaxé de ce fait ; cet acquittement ne mettra pas obstacle à ce que la victime de l'accident poursuive ultérieurement la compagnie en dommages-intérêts, si elle invoque, devant le juge civil, *une autre faute* du préposé de la compagnie, par exemple, un excès de vitesse (Civ., 6 mai 1901, D. P. 1905.1.475. S 1902.1.72).

Enfin, et ceci a grande importance depuis que la jurisprudence applique l'article 1384, 1er alinéa, aux accidents par des automobiles, (*infra* p. 402 et suiv.) l'acquittement de l'auteur de l'accident ne fait pas obstacle à ce que la victime invoque contre l'auteur de l'accident l'article 1384, 1er alinéa, aux termes duquel on est responsable du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde En effet, pour renverser cette présomption, il ne suffit pas au gardien de la chose qui a causé le dommage de prouver qu'il n'a pas commis de faute ; il doit prouver que l'accident est dû à un cas fortuit ou de force majeure ou à la faute de la victime.

SECTION IV. — De l'aveu.

Notion de l'aveu. — L'*aveu* ou *confession* consiste, de la part de celui contre lequel on allègue un fait, à reconnaître l'exactitude de ce fait. De toutes les preuves, c'est celle qui paraît à première vue la plus convaincante, *probatio probantissima*. Il semble qu'elle supprime toute difficulté, toute hésitation. Cependant, si péremptoire qu'il soit, l'aveu n'est en somme qu'une *preuve* ; il peut être contraire à la réalité des faits. La pratique offre des exemples d'aveux faux suscités par des préoccupations diverses, par la plaisanterie, par le désir d'égarer la justice. On comprend donc que la loi n'attache pas toujours une force probante absolue à l'aveu. En matière pénale, elle laisse toute liberté d'appréciation au juge. Et en matière civile, la même force probante, nous le verrons, n'est pas attachée à toutes les variétés d'aveux. D'un autre côté, l'aveu est parfois employé comme un procédé de simulation, pour donner naissance à un droit qu'on ne pourrait créer directement. A cet égard, l'aveu est moins une confession qu'une manifestation de volonté. Ce qui se traduit même dans le langage courant. Dans *avouer* il y a *vouer*, c'est-à-dire *promettre*. Et de fait, avouer que l'on doit alors qu'on ne doit pas, cela n'équivaut il pas à s'obliger ? D'où les règles suivantes qui ne se concevraient pas, si l'aveu n'était jamais qu'une reconnaissance de la vérité.

1° Il y a des matières où la loi *prohibe* l'aveu, c'est-à-dire lui dénie toute force probante. Il en est ainsi dans toutes celles où l'aveu emporterait la renonciation à un droit auquel il n'est pas permis de renoncer, ou dont on ne peut disposer. Nous en avons vu un exemple en cas de procès en divorce ou en séparation de corps (t. I^er^, p. 224). De même, l'aveu du mari ne fait pas preuve en cas de procès en séparation de biens (art. 870, C. proc. civ.).

2° Une *certaine capacité* est nécessaire pour qu'un aveu soit valable. Quelle capacité ? Celle de disposer de l'objet de la contestation. Ainsi, l'aveu fait par un mineur ou un interdit n'a pas force probante. Celui du tuteur du mineur ou de l'interdit n'en a que s'il a trait à un droit dont les pouvoirs de gestion de ce tuteur lui permettent de disposer.

De même, l'aveu d'un mandataire ne lie le mandant que si celui-ci a donné à son représentant un « pouvoir spécial » (art. 1356, al. 1). Toutefois, exception est faite pour les avoués et huissiers, officiers chargés d'instrumenter en justice pour leurs clients. Le mandat de ces officiers est réputé contenir le pouvoir de faire des aveux au nom de leur client, sauf pour celui-ci la faculté d'exercer contre eux l'*action en désaveu* (art. 352 et s., C. proc. civ.). Et même, l'avoué qui, présent à l'audience, laisserait passer sans protestation un aveu émanant de l'avocat, lequel, ne représentant pas le client, n'a certainement pas pouvoir d'avouer pour lui, s'approprierait cet aveu et lui donnerait force probante (Req., 28 mai 1894, D. P. 94.1.533, S. 96.1.277 ; 17 décembre 1902, D. P. 1903.1.157, S. 1904.1.341).

3° Les tribunaux, méconnaissant le caractère unilatéral qui logiquement devrait être celui de l'aveu, admettent volontiers qu'il n'est irrévocable

qu'autant qu'il a été *accepté*, c'est-à-dire que l'adversaire en a pris acte (Aix, 28 novembre 1888, S. 89.1.145). Ils se fondent sur ce que l'aveu est en somme une renonciation à un droit prétendu, comme le *désistement*, lequel n'a d'effet qu'autant qu'il a été accepté (art. 403, C. proc. civ.).

4° Enfin, l'aveu, comme tout acte juridique, n'a qu'un effet *relatif*. Emis dans un procès, il ne saurait être invoqué dans une autre instance, même entre les mêmes parties (Req., 25 janvier 1893, D. P. 93.1.82, S. 93.1.244 ; Civ., 16 mai 1905, D. P. 1908.1.92).

L'aveu est de deux sortes *judiciaire* ou *extrajudiciaire*.

I. — Aveu extrajudiciaire.

L'aveu extrajudiciaire est celui qui a été fait hors la présence du juge ou, ce qui revient au même, qui a été fait en justice, mais dans une autre instance. Il peut être *verbal* ou *écrit*.

L'aveu extrajudiciaire *verbal*, le seul dont le Code s'occupe, ne peut être allégué, nous dit l'article 1355, « que toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale serait admissible ». En effet, la constatation de cet aveu exige des témoignages. Quelle est au juste la force probante d'un tel aveu, une fois constaté ? La loi ne le dit pas. D'où il suit qu'il n'a pas une force probante déterminée et qu'il est soumis à l'appréciation du juge. L'aveu verbal extra-judiciaire peut en effet être le résultat d'un jeu ou celui d'une erreur.

L'aveu extrajudiciaire *écrit*, dont la loi ne parle pas, aura la même force que tout écrit, c'est-à-dire qu'il pourra toujours être produit, et qu'il constituera, selon les cas, et à condition de remplir les conditions requises par la loi pour chacune de ces catégories, tantôt une preuve littérale authentique, tantôt un écrit sous seing privé, tantôt un commencement de preuve par écrit.

II. — Aveu judiciaire.

L'aveu judiciaire est « la déclaration que fait *en justice* la partie ou son fondé de pouvoir spécial » (art. 1356, 1er al.). *En justice*, c'est-à-dire devant le juge, soit dans des conclusions écrites, soit verbalement, à l'audience ou dans un interrogatoire sur faits et articles. Cet aveu, dit l'article 1356, 2e al. « fait *pleine foi* contre celui qui l'a fait ». Dès lors, le juge doit s'incliner, quelle que soit son intime conviction, et tenir pour exacts les faits avoués. Cette différence avec l'aveu extrajudiciaire tient à ce que les conditions dans lesquelles la partie a avoué, ne permettent pas ici de croire qu'elle n'a pas mesuré la gravité de sa déclaration. Toutefois, cette efficacité de l'aveu souffre deux restrictions.

1° *Première restriction* : *Indivisibilité de l'aveu*. « L'aveu, dit l'article 1356, alinéa 3, ne peut être *divisé* contre celui qui l'a fait. » Il faut le prendre tel qu'il se présente, et sans qu'il soit permis à la partie qui l'a obtenu d'en retrancher quoi que ce soit. Cette indivisibilité suppose qu'on se trouve en présence soit d'un aveu *qualifié*, soit d'un aveu *complexe*.

A. — On appelle aveu *qualifié*, l'aveu qui, tout en reconnaissant un

fait, lui donne une couleur ou y relève une circonstance qui en altèrent les effets juridiques. Par exemple, j'avoue que vous m'avez prêté 10 000 francs, mais sans intérêts. J'avoue que vous m'avez remis des valeurs au porteur, mais à titre de don manuel et non à titre de dépôt ou de nantissement. L'effet de l'indivisibilité de l'aveu, c'est que vous ne pourrez conserver de mon aveu la partie seulement qui vous sert, en tirer la seule preuve de la remise de 10.000 francs ou des titres au porteur, en déniant et en me mettant en demeure de prouver les circonstances dont j'ai coloré mon aveu, la gratuité du prêt, ou votre intention libérale à mon égard quand vous m'avez remis les titres.

B. — On appelle aveu *complexe* celui qui, en même temps que le fait principal, avance un *fait distinct*, mais qui se rattache au fait principal. Par exemple, j'avoue que j'ai reçu 10.000 francs, mais j'ajoute que je les ai remboursés. L'aveu complexe est-il, lui aussi, indivisible ? On répond traditionnellement par la distinction suivante.

Il y a indivisibilité lorsque le fait distinct du fait principal est *connexe* à celui-ci. Et il en est ainsi lorsque le second fait ne peut pas avoir eu lieu, si on ne suppose pas l'existence du premier. Exemple : j'avoue que je suis votre débiteur pour 10.000 francs, mais j'ajoute que j'ai payé ; vous ne pourrez tenir pour certaine l'existence de l'obligation et dénier le fait du paiement. La tradition de notre ancien Droit et les Travaux préparatoires sont en ce sens (Pothier, *Obligations*, nos 832 et 833 ; Fenet t. XIII, p. 405). Et l'article 1924, au titre du Dépôt, d'après lequel le dépositaire qui avoue l'existence du dépôt doit être cru, s'il affirme l'avoir restitué, n'est qu'une application de la règle (Civ., 21 octobre 1890. D. P. 91.1.174 ; 24 avril 1907, S. 1907.1.436, D. P. 1907.1.293 ; 15 janvier 1929, Gaz. Pal. 1929.1.506).

Au contraire, si le second fait *n'est pas connexe* au premier, c'est-à-dire que si, tout en en restreignant ou en en paralysant les effets, il peut avoir eu lieu sans que le premier se soit produit, il n'y a pas d'invisibilité.

Par exemple, le défendeur avoue qu'il n'a payé qu'une partie du prix comptant, mais ajoute qu'il a versé le solde postérieurement (Req. 28 janvier 1925, D. H. 1925, 140. v. un autre exemple sous Req., 14 novembre 1899, D. P. 1900.1.149, S. 1900 1.455).

Il convient d'ajouter que la règle de l'indivisibilité de l'aveu comporte plusieurs tempéraments qui en restreignent la portée.

A'. — Le principe de l'indivisibilité est écarté, lorsque l'inexactitude partielle de l'aveu complexe résulte d'ores et déjà aux yeux des juges des contradictions des diverses déclarations de son auteur, ou d'invraisemblances assimilables à une véritable impossibilité (Req., 3 novembre 1903, D. P. 1904.1.111, S. 1904.1.76 ; Grenoble, 12 juin 1901, D. P. 1903.2.259 ; Req., 9 mars 1910, D. P. 1910.1.248, S. 1910. 1.496).

B'. — Le principe ne met pas d'obstacle non plus à ce que le bénéficiaire

de l'aveu puisse rejeter le fait même connexe ou la qualification proposée par l'auteur de l'aveu, s'il ne se contente pas de dénier ce second fait ou cette qualification, mais en *prouve* l'inexactitude par les moyens de preuve correspondant à la nature du fait allégué. Supposons, par exemple, que le demandeur possède un commencement de preuve par écrit tendant à faire croire qu'il n'a pas été payé ; le défendeur qui aurait avoué la dette ne saurait opposer une fin de non-recevoir à une demande d'enquête sur le fait du paiement ou du non-paiement, sous le prétexte qu'en avouant la dette il aurait déclaré l'avoir payée, et que son aveu serait indivisible (Civ., 10 décembre 1901, D. P. 1902.1.407, S. 1902.1.404).

C'. — Enfin, l'indivisibilité de l'aveu judiciaire ne met pas obstacle à ce que des conventions établies par un aveu soient interprétées par les juges d'une manière différente de l'interprétation que leur donne l'auteur de l'aveu (Req., 29 février 1904, D. P. 1904.1.263, S. 1907.1.389 ; Req., 17 mai 1909, D. P. 1909.1.376, S. 1909.1.488).

2° *Seconde restriction : Rétractation possible de l'aveu en certains cas.* — L'aveu judiciaire, irrévocable en principe du moment qu'il a été accepté, peut cependant être *rétracté pour cause d'erreur. Qui errat non fatetur* (art. 1356, al. 4).

La loi ajoute que la seule erreur justifiant une rétractation de l'aveu est l'*erreur de fait*. L'aveu « ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ». Cette distinction très raisonnable était déjà admise par les Romains (2 D. *de confessis*, XLII, 2). Par exemple, venant d'hériter de mon père, j'ai avoué l'existence d'une dette qu'il avait contractée. Plus tard, je découvre dans ses papiers une quittance constatant que sa dette était éteinte. Je pourrai revenir sur mon premier aveu pour le qualifier, pourvu du moins que ma rétractation intervienne avant que le demandeur n'ait obtenu contre moi une décision passée en force de chose jugée. Si j'avais laissé se produire ce résultat, il ne me resterait que la ressource très aléatoire d'attaquer la décision par la voie de la requête civile, si je pouvais prouver que le créancier a retenu ou dissimulé à mon attention la preuve décisive qui m'aurait dicté une attitude différente.

Pour ce qui est de l'*erreur de droit*, on conçoit qu'elle n'autorise aucune rétractation. Ainsi, l'héritier ne saurait rétracter l'aveu qu'il a fait d'une dette de la succession, en alléguant ce prétexte qu'il ignorait que sa qualité d'héritier l'engageât à payer intégralement la dette de son auteur. Nul n'est censé ignorer la loi.

SECTION V. — Du serment[1].

Définition. Diverses sortes de serment. — *Le serment est l'affirmation ou la promesse solennelle faite en prenant Dieu à témoin.* Ce caractère religieux du serment, qu'il soit explicite ou implicite, est indélébile. On aura beau effacer le nom de Dieu et toute formule confessionnelle des termes

1. Voir H. Capitant, *Le serment judiciaire*, Bulletin de la Société d'études législatives 1920, p. 206.

employés pour le prêter, l'emploi du serment n'en impliquera pas moins toujours l'adhésion à une doctrine métaphysique. C'est ce caractère qui, seul, peut expliquer les effets particuliers que la loi attribue au serment, effets tout différents de ceux d'une promesse ou d'une affirmation ordinaire.

Ajoutons que le *faux serment* n'est pas seulement une faute morale. A la différence du simple mensonge, c'est un délit réprimé par le Code pénal (art. 366).

De notre définition même il résulte qu'il y a deux sortes de serments.

Le serment *promissoire* d'abord, engageant la volonté future de celui qui le prête. C'est le serment des jurés, des experts, des témoins, des magistrats, avocats, fonctionnaires ; c'est aussi celui que la loi permet parfois de demander à l'usufruitier sous le nom de *caution juratoire* (art. 603). Nous ne nous en occuperons pas ici.

Le serment *affirmatif* ou *probatoire*, au contraire, constitue un mode de preuve spécial, en ce sens qu'il permet d'attribuer une valeur exceptionnelle à l'affirmation qu'il garantit. On en trouve dans notre loi des applications diverses. Ainsi, l'article 943, 8° du Code de procédure civile enjoint à propos des successions, de faire prêter serment aux personnes présentes au domicile avant l'inventaire, pour qu'elles affirment n'avoir rien détourné ni avoir eu connaissance d'aucun détournement. Mais, laissant de côté toute hypothèse spéciale, nous nous occuperons du *serment judiciaire*, c'est-à-dire de celui qui peut être employé d'une façon générale devant n'importe quelle juridiction civile, comme un moyen de preuve dans les contestations.

Ce serment judiciaire est de trois sortes : 1° Serment décisoire ; 2° Serment supplétoire ; 3° Serment *in litem ou en plaids* (art. 1357).

I. — Serment décisoire. Son caractère. Son mécanisme.

Le serment *décisoire* est ainsi nommé parce qu'il *décide* de la contestation. C'est, dit la loi, « celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ». Voici comment il fonctionne. Un des plaideurs offre de renoncer à sa prétention, si l'autre partie affirme sous serment le fait sur lequel elle fonde sa prétention contraire. Cette offre porte le nom de *délation* de serment. Celui à qui le serment a été déféré ainsi peut jurer. Ce faisant, il assure le succès de sa prétention. L'autre qui lui a déféré le serment, le croyant sans doute incapable de se parjurer, n'aura qu'à s'incliner. Mais le premier, s'il le préfère, peut s'abstenir et, à son tour, *référer* le serment à celui qui le lui a déféré. C'est une offre de s'en remettre lui-même au serment de l'adversaire. Si ce dernier prête le serment à lui référé, ses conclusions doivent lui être adjugées ; s'il refuse de jurer, il succombe. Son attitude est en effet un *aveu tacite*. Là s'arrête la navette. Le serment ne peut pas être référé une troisième fois par l'auteur de la première délation (art. 1361).

Ainsi, celui qui défère le serment remet la décision du point litigieux à la conscience de son adversaire, mais il le contraint soit à jurer, soit à lui référer le serment. En outre, la délation de serment produit ce second effet caractéristique qu'elle enlève au juge son pouvoir de décision, et le trans-

forme en simple spectateur de la solennité qui va s'accomplir. Le juge ne pourra plus statuer selon sa conviction ; il sera obligé de donner gain de cause à celui qui a prêté le serment, quand même il serait convaincu que ce serment est un parjure, ou de condamner celui qui refuse de le prêter, même s'il est convaincu qu'en ce faisant, ce dernier a cédé à un scrupule respectable de conscience.

Le serment, étant une affirmation, ne peut naturellement être déféré (et référé) que sur un fait et non sur une question de droit; car il n'appartient pas aux parties de dire le droit: c'est la fonction du juge. La loi ajoute même qu' « il ne peut être déféré que sur un fait *personnel* à la partie à laquelle on le défère » (art. 1359), et, ce qui est un corollaire de la règle précédente, qu'il ne peut être référé que si le fait est personnel aussi à celui à qui on le réfère (art. 1362). Exemple de fait personnel : Jurez-vous que vous m'avez prêté les 1.000 francs que vous me réclamez ? A quoi le demandeur pourra se contenter de répliquer : jurez vous-même que vous ne me les avez pas empruntés. Il y a, dans les deux hypothèses, un fait que l'auteur du serment doit connaître de science certaine et directe comme lui étant personnellement arrivé, sur lequel, par conséquent, il peut prêter le *serment de connaissance*, le seul auquel, en principe, il y ait lieu d'ajouter foi.

Dans un cas exceptionnel cependant, la loi permet la délation du *serment de crédibilité*. C'est dans le cas où il y a lieu à l'application d'une des courtes prescriptions, lesquelles, on s'en souvient, reposent sur une présomption de paiement pouvant être infirmée par le moyen du serment. L'article 2275 du Code civil et l'article 189 du Code de commerce permettent de déférer le serment de connaissance à ceux qui opposent ces prescriptions « sur la question de savoir si la chose a été réellement payée ». Puis il ajoute : « Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. » Le serment dont il est question dans cet alinéa est un simple serment de *crédibilité*. La valeur que la loi lui attribue tient, d'une part, à ce que les personnes visées par le texte sont à même d'avoir eu connaissance des papiers et des affaires du défunt, et, d'autre part, à ce qu'il n'y a pas d'autre moyen possible pour le créancier de se procurer une arme contre la prescription qui lui est opposée.

Fondement des effets attribués au serment. Rapprochement avec la transaction. — D'après l'opinion traditionnelle, du reste fort contestable, l'effet attaché au serment ou au refus de serment s'explique par l'interprétation de la volonté des parties en présence. La délation du serment est une offre de renoncer à sa prétention, et d'acquiescer à celle de l'adversaire, s'il consent à fortifier son affirmation par un serment, offre à laquelle se joint implicitement celle de jurer soi-même, si l'adversaire réfère le serment. Celui qui s'assure le succès en jurant, recueille le bénéfice de la convention acceptée par l'auteur de la délation ou de la relation de serment. Celui qui perd son procès, parce que l'adversaire a juré ou parce que lui-

même s'est abstenu de prêter serment sur la relation à lui proposée, ne fait que subir la loi qu'il avait par avance acceptée.

Par là, dit-on, la délation ou relation de serment présente de l'analogie avec la *transaction*. Si elle en diffère, surtout en ce qu'elle n'implique pas comme elle de concessions réciproques, elle s'en rapproche en ce que son efficacité repose aussi sur une manifestation de volonté de la part des deux parties litigantes. C'est, comme la transaction, un *procédé conventionnel de terminaison d'un procès*. D'où les conséquences suivantes :

1° Pour avoir le droit de déférer ou de référer le serment comme pour avoir celui de le prêter, il faut avoir la capacité et les pouvoirs nécessaires pour faire une *transaction valable*. Ainsi, un mandataire, en matière de serment, *fut-ce même un avoué*, a besoin d'un pouvoir spécial (Toulouse, 25 mai 1885, S. 89.2.41, note de M. Labbé). Le serment ne peut être déféré à des incapables ou référé par eux qu'autant qu'ils sont régulièrement assistés (Civ., 30 novembre 1909, D. P. 1911.1.33, S. 1911.1.262).

2° C'est à tort que l'article 1358 porte : « Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » La vérité, c'est que le serment décisoire ne peut intervenir que dans les matières où une transaction serait possible. Il ne pourra point, par exemple, être déféré en matière de divorce, de séparation de corps ou de biens, en matière d'état des personnes, ou à l'encontre d'une règle d'ordre public (Req., 23 novembre 1885, D. P. 86.1.55, S. 86.1.179).

3° La délation ou relation de serment peut être rétractée tant que l'adversaire n'a pas déclaré qu'il est prêt à faire ce serment (art. 1364).

4° Lorsque le serment décisoire a été prêté, « l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». La contestation est terminée. Aucune voie de recours n'est ouverte, pas plus que contre une transaction. C'est vainement que la fausseté de ce serment serait reconnue. Le procès n'en resterait pas moins gagné pour le parjure ; celui-ci eût-il encouru les peines correctionnelles comminées contre le faux serment. Dans ces poursuites, la partie lésée ne pourrait même pas intervenir pour se porter partie civile et réclamer, sous forme de dommages-intérêts, la réparation du préjudice par elle encouru par suite de la perte de son procès (Trib. Rethel, 25 janvier 1905, D. P. 1905.2.309, note de M. Planiol). Et ces solutions sont parfaitement logiques. L'effet du serment repose sur l'acte de volonté des parties qui ont accepté de s'y soumettre. La partie perdante ne peut s'en prendre qu'à elle-même de l'imprudence qu'elle a commise en s'en remettant au serment d'un individu capable de parjure. C'est comme si elle avait signé une mauvaise transaction.

5° Les tribunaux ne peuvent, sans commettre un excès de pouvoir, modifier la formule du serment décisoire, telle qu'elle a été dictée par la volonté des parties. C'est à celles-ci qu'il appartient exclusivement de déterminer les points litigieux sur lesquels il leur plaît de s'en remettre au serment. Tout au plus, les juges pourraient-ils apporter à la formule du serment des changements sans importance destinés à en éclairer le sens, à en

écarter des termes ambigus ou captieux (Chambéry, 3 février 1902, D. P. 1906.2.177, note de M. Cézar-Bru ; Cf. note de M. Claro, D. P. 1905.2.66).

6° La délation de serment peut, comme une transaction, intervenir en tout état de *cause*, qu'il n'y ait aucune preuve ou aucun commencement de preuve, ou bien qu'il y en ait déjà (art. 1360).

Cependant, la Jurisprudence admet, contrairement à la Doctrine, que les juges pourraient se refuser à permettre la délation du serment, s'il leur apparaissait qu'ils possèdent déjà les éléments de conviction suffisants pour leur permettre de trancher la contestation. ou, ce qui revient au même, s'ils jugeaient que les faits à l'occasion desquels la délation est offerte ne sont ni pertinents, ni suffisamment vraisemblables (Req., 3 janvier 1905, D. P. 1905.1.75, S. 1905.1.72 ; 18 octobre 1909, D. P. 1910.1.207, S. 1910.1.212).

La Jurisprudence accorde ainsi aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation, et les autorise à refuser la délation du serment, toutes les fois qu'elle ne leur paraît pas justifiée. Elle fonde ce pouvoir sur les termes de l'article 1358 : « Ce serment décisoire peut être déféré... ». Mais les auteurs objectent avec raison que le mot « peut » employé par la loi vise non pas le juge, mais le plaideur lui-même seul maître du point de savoir s'il doit ou non déférer le serment à son adversaire.

7° Enfin, l'effet d'un serment prêté, comme celui d'une transaction, est rigoureusement *relatif* aux parties litigantes et à leurs héritiers ou ayants cause (art. 1365, al. 1er). Que s'il y a plusieurs co-débiteurs ou co-créanciers solidaires, ou un débiteur principal et une caution, le point de savoir si le serment déféré par l'un ou à l'un d'eux profite ou nuit aux autres, se règle exactement comme s'il s'agissait d'une *remise de dette* (autre et dernière ressemblance avec l'effet d'une transaction qui est une remise mutuelle). C'est ce qui résulte des alinéas 2 à 6 de l'article 1365. Toutefois, cet article s'écarte de la logique en décidant (al. 5) que le serment prêté par la caution profite au débiteur principal. Il en serait autrement de la remise de dette accordée à la caution (art. 1287, al. 2). Et il n'y avait aucune bonne raison, étant donné la manière dont le Code civil conçoit la délation de serment, pour adopter ici une solution différente.[1]

II. — Serment supplétoire.

Le serment supplétoire est celui que le juge peut déférer *d'office*, quand, n'étant point convaincu par les preuves produites devant lui, il veut en

1. Il est curieux de constater que la doctrine de l'analogie entre le serment et la transaction a son point de départ dans une erreur d'interprétation d'un texte du Digeste (2. D. *de jurejurando*, XII, 2). *Jusjurandum speciem transactionis continet majoremque auctoritatem habet quam res judicata.* Il a été démontré que ce fragment ne s'applique pas au serment judiciaire qui, avant Justinien, ne pouvait être déféré que dans certaines actions, mais uniquement au serment extrajudiciaire. Il est évident d'ailleurs que le serment décisoire diffère de la transaction par ce point essentiel que le fait de le prêter ou de le refuser n'est pas libre pour celui auquel on le défère ou on le réfère. Rationnellement, ce n'est pas une transaction, c'est, comme le dit le Code civil, un mode de preuve.

corroborer les conclusions ou en compenser l'insuffisance (art. 1366). Le serment supplétoire sera déféré à celle des parties en laquelle le juge aura le plus de confiance. L'article 1367 ajoute que deux conditions sont nécessaires pour que le serment supplétoire puisse être déféré par le juge. Il faut, d'une part, que la demande ne soit pas pleinement justifiée, et d'autre part, qu'elle ne soit pas complètement dénuée de preuve.

Il résulte de là qu'à la différence du serment décisoire (art. 1360), le serment supplétoire ne peut être proposé en l'absence de toutes preuves. S'agit-il d'un fait susceptible d'être démontré par témoins, le juge a toute liberté pour proposer le serment supplétoire, sous la seule condition qu'il y ait dès à présent certains éléments de conviction résultant de témoignages d'ores et déjà fournis, ou de présomptions simples, si faibles soient-elles. Au contraire, là où la preuve littérale est nécessaire, le juge ne peut recourir au serment supplétoire, en l'absence d'écrit, que s'il y a un commencement de preuve par écrit (Req., 29 février 1904, D. P. 1904.1.248, S. 1905.1.912; Civ. 23 juillet 1924, *Gaz. Pal.* 1925.2.551).

L'autorité du serment supplétoire est loin d'égaler celle du serment décisoire. En effet, ce dernier tire sa force de la convention des parties qui *fait loi* (art. 1134). Le serment supplétoire, lui, n'est qu'une mesure d'instruction ordonnée par le juge pour s'éclairer. D'où les différences suivantes :

1° Le serment déféré par le juge à une partie ne peut être par elle référé à l'autre (art. 1368).

2° Le serment supplétoire peut être déféré même sur un fait non personnel à la partie appelée à jurer (Req., 14 février 1898, D. P. 98.1.112, S. 1902.1.12).

3° Le serment supplétoire ou le refus de le prêter ne lie pas le juge. Celui-ci conserve toute faculté d'appréciation. Ainsi, il pourra donner gain de cause à la partie qui a refusé de jurer, ou condamner celle qui a juré, si son serment ne le convainc pas. De même, la partie à qui ferait tort le serment supplétoire prêté par l'adversaire, serait en droit d'en démontrer la fausseté.

III. — Serment « in litem ».

Le serment *in litem* ou *en plaids* (art. 1369) est à beaucoup d'égards une variété du serment supplétoire ; c'est aussi un moyen d'instruction facultatif pour le juge, auquel celui-ci accorde telle valeur que de raison. Mais il diffère du serment supplétoire aux points de vue suivants :

1° Le serment supplétoire suppose que la demande n'est pas entièrement prouvée. Au contraire, pour qu'il y ait lieu au serment *in litem*, il faut que le juge soit déjà *fixé sur le fond du procès*. La chose demandée est due ; le juge en est déjà certain, mais il reste à en fixer *la valeur exacte*. Par exemple, une malle a été perdue par une compagnie de chemins de fer. Il s'agit de savoir quelle est au juste la valeur des objets que contenait cette malle. C'est sur ce point spécial et unique que le juge pourra déférer le serment *in litem* au voyageur.

2° A la différence du serment supplétoire qui peut être déféré par le juge à n'importe lequel des plaideurs, le serment *in litem* ne peut l'être qu'au demandeur.

La loi, tenant compte de ce fait que l'on est en général trop enclin à s'exagérer la valeur de ce qui vous appartient, n'attache qu'une confiance médiocre au serment *in litem*. D'une part, elle décide que le juge ne pourra recourir à ce procédé d'information que « lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement » la valeur des objets dus. Et elle ajoute même que le juge doit « déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. »

LIVRE II

LES SOURCES DES OBLIGATIONS

TITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE

INTRODUCTION

Classification du Code civil. Sa critique. Critique particulière de la notion de quasi-contrat. — Les *sources* des obligations, ce sont les *faits juridiques* qui leur donnent naissance.

Le Code civil les classe en deux catégories dans les titres 3 et 4 de son livre III.

1° En premier lieu, les *contrats*, c'est-à-dire les actes juridiques consistant en un accord de volontés (Titre III) ;

2° En second lieu, les *faits autres que les contrats* (Titre IV). « Certains engagements, dit l'article 1370, se forment sans qu'il intervienne aucune convention. »

Cette seconde catégorie comprend d'après le Code civil (art. 1370) :

A. — *La loi.* Il y a, en effet, des obligations qui ont leur origine immédiate dans une disposition de la loi, en ce sens qu'elles sont directement créées par elle. L'article 1370 cite les obligations que la loi établit entre *propriétaires voisins* (art. 651 et s.) et celles « des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée », par exemple, l'obligation du père, auquel la loi impose tantôt l'administration légale des biens, tantôt la tutelle de ses enfants mineurs. Citons encore, comme naissant de la loi, l'obligation alimentaire entre proches parents (art. 205 et 206), la responsabilité des accidents du travail mise à la charge des chefs d'entreprise par la loi du 9 avril 1898, etc.

B. — Le *délit* et le *quasi-délit* dont nous reparlerons plus loin ;

C. — Le *quasi-contrat*[1].

Il n'y a pas de notion plus indécise que cette dernière. Les jurisconsultes

1. Henry Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, thèse Bordeaux, 1912 ; Planiol, *Classification des sources des obligations ; classification synthétique des contrats*, Revue critique de législ. 1904 ; Demogue, *Classification des sources des obligations*, dans *Scritti in onore di Chironi*.

se la transmettent depuis le Droit romain, sans être arrivés à se mettre d'accord sur son contenu.

Les Institutes de Justinien signalent (livre III, titre 27), comme naissant *quasi ex contractu*, certaines obligations : celles qui résultent de la *gestion d'affaires*, de la *tutelle*, de l'*indivision*, du *paiement de l'indû*, et, enfin, l'obligation pour l'héritier de *payer les legs*.

Le Code civil, à son tour, nous dit dans l'article 1370, 4e al., qui ouvre et commande le titre des *engagements qui se forment sans convention* : « Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. »

Puis, dans le chapitre premier, consacré, d'après sa rubrique, aux *quasi-contrats*, l'article 1371 les définit ainsi : « les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

D'après cette définition, on pourrait croire tout d'abord que la classe des quasi-contrats comprend tous les actes unilatéraux faits avec l'intention de créer des obligations. Mais le contenu du chapitre ne correspond pas à cette attente, car on n'y trouve plus, en fait de quasi-contrat, que deux opérations: la *gestion d'affaire*, et le *paiement de l'indû*. La première de ces opérations correspond bien à la notion énoncée, car le gérant d'affaire agit avec l'intention de faire naître des rapports d'obligation, d'abord entre les tiers avec qui il traite et le maître pour lequel il agit, et ensuite entre lui-même et le maître.

Mais une telle volonté ne se rencontre pas dans la seconde opération, à savoir le *paiement de l'indû*. L'article 1376, il est vrai, nous dit que celui qui, par erreur ou sciemment, reçoit ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. C'est la conception traditionnelle de nos anciens auteurs. Pothier appelle *promutuum*, par comparaison avec le *mutuum* ou prêt de consommation, le quasi-contrat par lequel celui qui reçoit une certaine somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles, qui lui a été payée par erreur, contracte envers le *solvens* l'obligation de lui en rendre autant (*Du contrat de prêt de consomption*, 3e partie, n° 132). Mais il n'est pas besoin de réfléchir longtemps pour comprendre combien il serait contraire à la réalité de voir ici le résultat d'un acte volontaire. Il est bien évident que celui qui reçoit, *par erreur*, l'indû, n'a pas, à ce moment, la volonté de le restituer ; et cette volonté n'existe pas davantage au cas où l'*accipiens* est de mauvaise foi, sinon il n'accepterait pas le paiement que lui fait le *solvens*. L'obligation de l'*accipiens* ne saurait donc être rattachée à sa volonté. Elle ne peut avoir qu'une source : la loi, qui donne au *solvens* une action en répétition, parce que l'équité exige que l'*accipiens* ne s'enrichisse pas à ses dépens.

On s'explique qu'en présence des textes du Code civil les auteurs modernes ne soient pas mieux arrivés que les anciens à préciser la notion de quasi-contrat. Les uns l'élargissent considérablement, et y font rentrer tous les actes volontaires unilatéraux et *licites* (ceci par opposition aux *délits*) susceptibles d'engendrer des obligations. D'autres, au con-

traire, prétendent qu'il faut s'en tenir aux deux cas énoncés dans le Code civil, et qu'il n'y a pas d'autres quasi-contrats que ceux qu'il énumère.

En réalité, la notion de quasi-contrat, envisagée comme constituant une source spécifique d'obligations, est née d'une confusion des interprètes. Les Romains ayant remarqué qu'il y avait des cas où l'équité et l'utilité commandaient de faire naître des obligations de faits ne constituant ni contrat ni délits (V. l'énumération de ces cas dans Gaius 5, D. *de oblig. et act.*, XLIV, 7), y avaient ajouté cette observation que les actions nées de ces obligations ressemblaient parfois à celles qui prennent naissance d'un contrat. Ainsi, les actions nées d'une gestion d'affaire ressemblaient à celles d'un mandat, l'action née du paiement de l'indû ressemblait à celle du *mutuum*.

Mais, dans notre Droit actuel, cette notion d'actions quasi-contractuelles n'a plus aucun intérêt, aucune utilité. Et on a déformé l'idée ancienne qui se référait à l'effet des obligations, en en faisant le principe d'une classification des *sources* des obligations. Comme, d'autre part, il s'agit là d'une conception purement théorique, n'emportant aucune conséquence pratique, il nous est bien permis de dire qu'il convient de l'abandonner.

C'est d'ailleurs ce qu'ont fait les Codes récents. On ne retrouve plus la catégorie des quasi-contrats ni dans le Code civil allemand, ni dans le Code civil suisse. Le livre II du Code civil allemand, consacré au Droit des Obligations, ne contient aucun article énumérant leurs sources ; il laisse aux jurisconsultes le soin de les établir suivant leurs préférences. Il étudie successivement les obligations nées des contrats, puis l'enrichissement sans cause, enfin les actes illicites. Le titre premier du Code suisse des Obligations, intitulé « De la formation des obligations », suit une méthode analogue. Lui non plus ne tente pas de classer les sources des obligations. Il étudie simplement dans trois chapitres : 1° les obligations résultant d'un contrat ; 2° les obligations résultant d'actes illicites ; 3° les obligations résultant de l'enrichissement illégitime.

Essai d'une classification rationnelle. — Ne nous considérant pas comme liés par la classification du Code civil, voici comment l'observation nous suggère de classer les sources diverses d'obligations.

En dehors des *contrats*, source la plus usuelle et de beaucoup la plus importante, nous remarquerons d'abord que la *volonté unilatérale* fait parfois naître des obligations. Il en est ainsi notamment dans le cas de *gestion d'affaire*, de *dispositions testamentaires*, dans celui d'*acceptation d'une succession ou d'un legs*, dans les *offres* faites par l'acquéreur d'un immeuble aux *créanciers hypothécaires* (art. 2184, C. civ.).

Par ailleurs, toutes les obligations qui ne découlent pas soit d'un accord de volonté, soit d'une manifestation unilatérale de volonté, ont leur source dans *la loi*.

Pourtant, nous nous plierons à l'usage qui est de distinguer parmi les obligations légales celles qui naissent directement de la loi et celles qui naissent à l'occasion des *délits* et *quasi-délits*. Ces mots, on le sait, dé-

signent les *actes illicites*, commis par une personne, soit sciemment, avec l'intention de nuire (délits), soit sans intention méchante (quasi-délits), lorsqu'ils causent un dommage à une autre personne (V. art. 1382, 1383). Ici, comme en matière d'obligations *contractuelles*, ou nées de la volonté unilatérale, l'obligation a bien encore pour origine un acte de l'individu ; mais cet acte diffère *des actes juridiques proprement dits*, en ce sens qu'il n'a pas été accompli en vue de produire un effet de droit. L'obligation a donc sa source, non pas dans la volonté de l'agent du délit de réparer le préjudice, mais dans la loi elle-même.

En résumé nous classerons les sources des obligations en quatre groupes:

1° Les contrats ;

2° Les déclarations unilatérales de volonté ;

3° Les délits et quasi-délits ;

4° La loi.

De ces quatre sources, nous étudierons dans ce Livre la première et la troisième.

Les deux autres ne demandent pas d'explications spéciales. Voici pourquoi :

Les *manifestations unilatérales* de volonté susceptibles d'engendrer des obligations sont peu nombreuses. Elles sont soumises, d'autre part, *mutatis mutandis*, aux règles générales qui gouvernent les contrats.

Quant aux *obligations légales*, elles sont fort diverses. Les règles auxquelles elles obéissent sont ordinairement déterminées par la loi elle-même à propos de chaque cas particulier. Il n'y a donc pas à dégager de notions générales s'appliquant à toutes les obligations légales, comme nous en trouvons pour les contrats et les délits.

Cependant, après les contrats et les délits, nous étudierons dans ce Titre deux de ces obligations légales qui, au fond, reposent, comme nous le verrons, sur le même principe, à savoir, le *paiement de l'indû* et *l'enrichissement sans cause aux dépens d'autrui*.

PREMIÈRE PARTIE

LES CONTRATS[1]

GÉNÉRALITÉS

Définition. — Le *contrat* ou *convention* est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques.

En contractant, les parties peuvent avoir pour but, soit de *créer* un rapport de droit : créer ou transférer un droit réel ou donner naissance à des obligations ; soit de *modifier* un rapport préexistant ; soit enfin de l'*éteindre*.

L'article 1101 semble distinguer le *contrat* de la *convention*, faire de celle-ci le genre et de celui-là l'espèce. On réserve parfois en effet le nom de *contrat* aux conventions qui ont pour objet de *faire naître* ou de *transmettre* un droit, droit de créance ou droit réel. « L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle contrat », dit Pothier (*Obligations*, n° 3, éd. Bugnet, t. II, p. 4). Les conventions ne constituant pas des contrats, seraient donc les accords de volontés destinés à *modifier* ou *éteindre* des droits, comme la novation ou le paiement. Mais cette distinction entre les contrats et les conventions n'a qu'un intérêt de terminologie ; les mêmes règles générales s'appliquent aux unes et aux autres. Et même, à plusieurs reprises, le Code emploie indifféremment l'une ou l'autre expression.

Principe de la pleine liberté contractuelle. Ses lacunes. — Le trait caractéristique de la convention, prise au sens large, c'est qu'elle est, disons-nous, un *accord de volontés*. Cet accord détermine librement, sans aucune réserve, les effets juridiques du rapport de droit établi par les parties. Celles-ci sont donc souveraines maîtresses ; elles organisent comme elles le veulent, comme elles le jugent bon, les droits et les obligations qu'elles créent entre elles. Nous sommes ici dans un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse. C'est elle qui *dit le droit* (art. 1134, 1er al.). Le législateur ne limite cette liberté que dans les cas où des raisons supérieures tirées soit de la nécessité de protéger les incapables, soit de l'intérêt général et de l'ordre public, le déterminent à édicter des règles impératives que les parties ne peuvent pas écarter.

Cependant, il importe de ne pas exagérer la portée du principe. Et ici deux observations sont indispensables :

1° D'abord, la liberté contractuelle est pratiquement souvent plus appa-

1. V. René Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. 1er p. 65 et s. et t. 2.

rente que réelle. Dans la plupart des contrats, les parties se contentent de prévoir l'effet essentiel de leur accord de volontés. Elles laissent dans l'ombre tous les effets accessoires, toutes les conséquences secondaires qui peuvent postérieurement résulter de l'acte conclu par elles. C'est là, nous l'avons vu, le domaine des *règles supplétives* édictées par le législateur, règles qui, d'ailleurs, étant le résultat de l'expérience des siècles, se trouvent le plus souvent tellement bien adaptées à la plupart des situations contractuelles pour lesquelles elles sont faites, que les parties ne font que les reproduire, lorsqu'elles prévoient elles-mêmes et précisent tous les effets de leur convention.

2° En second lieu, par son essence même, le contrat suppose des volontés indépendantes et égales, débattant, discutant librement les conditions de leur accord. Or une telle situation se trouve rarement réalisée dans la pratique. Même dans les contrats qui interviennent entre deux parties seulement, il y en a presque toujours une qui se trouve dans une condition économique plus forte que celle de l'autre, et qui *fait la loi du contrat.* Ainsi, en général au moins, dans le prêt c'est le prêteur, dans la vente c'est l'acheteur.

Cette inégalité économique entre les deux parties est quelquefois telle que l'indépendance de l'une se trouve en fait presque entièrement paralysée. Il en est ainsi dans le *contrat de travail* pour l'ouvrier qui s'embauche chez un patron, dans le *contrat d'assurances* pour l'assuré auquel la Compagnie impose les conditions générales imprimées sur la police d'assurances, pour le particulier qui traite avec une société exploitant un service public de *transport*, de *fourniture* d'*eau*, d'*éclairage*, etc.

La même situation se retrouve dans les rapports des sociétés et des associations avec leurs adhérents. Les statuts forment le pacte qui règle les rapports des associés ou des sociétaires avec l'être moral. Quiconque adhère à ce groupement est obligé d'en accepter les conditions.

On désigne aujourd'hui les contrats du genre de ceux que nous venons d'indiquer sous le nom de *contrats d'adhésion*, pour bien marquer le rôle effacé qu'y joue la volonté du plus faible des contractants[1]. Bien souvent, on a contesté à ces actes le caractère contractuel, lequel, dit-on, ne saurait exister là où il n'y a pas independance respective des contractants et possibilité pour chacun d'eux de discuter les termes du rapport juridique projeté. En fait une telle observation est peut-être fondée. En droit, elle est inexacte. Et c'est avec raison que les jurisconsultes persistent à voir dans les contrats d'adhésion de véritables contrats. Celui qui adhère aux conditions qui lui sont proposées est, en somme, libre de ne pas les accepter ; il pourrait les rejeter en bloc, et, par conséquent, lorsqu'il les accepte, il donne bien son consentement. Ce serait se jeter dans des difficultés inextricables que de refuser à de telles opérations le caractère contractuel. En somme, l'objectif des écrivains dont nous repoussons ici la doctrine serait

1. Saleilles. *De la déclaration de volonté*, art 133, n° 89 : Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques*, p. 152 à 210, thèse Paris, 1905 ; Dollat *Les contrats d'adhésion* thèse, Paris, 1905 ; Demogue, *Traité des obligations*, t. 2, p. 307 et s.

de soustraire les effets des contrats d'adhésion à la volonté de celui qui serait réputé faire la loi du contrat, pour confier aux juges le soin de les déterminer *ex æquo et bono*. Or, nous pensons qu'un pouvoir aussi arbitraire confié aux magistrats serait bien plus redoutable encore pour les parties. C'est bien plutôt à la loi qu'incombe le soin de réglementer les contrats d'adhésion ; elle doit le faire d'une façon plus sévère que pour les autres contrats, afin d'empêcher que la partie la plus forte n'impose à l'autre des conditions léonines. Usant ici de son pouvoir d'édicter des règles impératives, le législateur doit prohiber l'emploi des clauses qu'il juge dangereuses et, inversement, prescrire certaines dispositions auxquelles il sera interdit de déroger. En un mot, il interviendra pour rétablir l'équilibre, mais *par voie générale* et au moyen d'une limitation de la liberté des parties. D'un autre côté, les abus de sa puissance économique auxquels pourrait se laisser aller tel contractant, seront souvent prévenus ou réprimés par le groupement des personnes intéressées et par l'intervention de ce groupement qui, faisant de la force avec un faisceau de faiblesses, traitera au nom de ses adhérents[1].

Quel est le domaine du contrat ? — Le contrat domine en maître dans le *Droit du patrimoine*. On peut dire qu'il en forme la trame, car l'immense majorité des *rapports pécuniaires* qui naissent entre individus a son origine dans des conventions.

Ce n'est pas d'ailleurs seulement dans le Droit du patrimoine, c'est aussi *dans le Droit de famille* que le contrat joue un rôle important. Le mariage, source des rapports de famille, est un contrat; l'adoption est un autre contrat. *Mais le contrat du Droit de famille ne ressemble en rien à celui du Droit patrimonial, au moins quant à ses effets*. Car, dans ce contrat, ce ne sont plus les parties qui règlent les conséquences juridiques de l'acte, c'est la loi et la loi toute seule. *Aucun des effets du mariage, aucun des effets de l'adoption n'est laissé au libre choix des contractants*. C'est pourquoi le terme de contrat a souvent paru convenir mal à des accords de volonté, tels que ceux d'où résultent le mariage et l'adoption ; et des auteurs éminents ont enseigné, avec exagération, croyons-nous, qu'il n'y a de vrai contrat que dans le Droit du patrimoine.

Même dans cette dernière sphère, d'ailleurs, il faut faire une distinction.

Dans le *Droit des biens,* la liberté est beaucoup plus limitée que dans le domaine des *droits de créance*. Les parties en effet ne peuvent pas modifier à leur gré l'organisation de la propriété foncière, ni créer des droits réels autres que ceux qu'autorise la loi. Le cadre où se meut leur volonté est ici beaucoup plus étroit.

Enfin, il y a des cas où la notion de contrat s'altère singulièrement.

1. Il y a lieu de signaler ici l'importante loi du 25 mars 1919 sur les *conventions collectives du travail*, contrats relatifs aux conditions du travail, intervenant « entre d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employés et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel ou même un seul employeur. »

Lorsqu'il s'agit de collectivités qui, comme les sociétés par actions, les associations, groupent ensemble un grand nombre d'individus, on comprend que l'accord unanime des volontés pour les actes importants concernant la vie du groupement soit chose impossible à obtenir. Il est donc nécessaire de faire échec à la règle et d'imposer à la minorité l'obligation de suivre l'avis de la majorité. C'est celle-ci, telle qu'elle est fixée par les statuts ou par la loi, qui décidera des mesures à prendre, tant que durera le pacte social.

Encore, dans de telles hypothèses, peut-on expliquer le résultat commandé par les nécessites économiques. en recourant à l'idée de personnalité morale et en faisant remonter à cette personne distincte des adhérents et associés les actes accomplis par la société ou l'association. Mais il y a d'autres cas dans lesquels, un certain nombre de personnes se trouvant avoir des intérêts communs sans constituer ni société ni association, la majorité d'entre elles peut obliger les autres à accepter la formation d'un contrat auquel ces dernières ne veulent pas consentir. Il en est ainsi dans les deux situations que voici :

1° En cas de *faillite* ou de *liquidation judiciaire* d'un commerçant (art 507, C. comm. ; art. 15-1° loi du 4 mars 1889), la majorité, représentant la moitié plus un des créanciers et les deux tiers de la totalité des créances vérifiées ou admises par provision, peut consentir un *concordat* entraînant pour tous les créanciers du failli l'abandon d'une quote-part de leurs créances. Ce concordat est d'ailleurs et c'est là la garantie de la minorité subordonné à l'homologation du tribunal.

2° Quand, dans une région déterminée, des travaux d'utilité commune pour la défense ou l'amélioration de la propriété foncière sont nécessaires, la majorité des propriétaires peut contraindre les autres à accepter la constitution entre tous les intéressés d'une *association syndicale* (Voir loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, art. 12 complété par la loi du 22 décembre 1888 et loi du 27 novembre 1918 destinée à faciliter le remembrement de la propriété foncière ; loi du 15 décembre 1888 relative à la création de syndicats autorisés pour la défense des vignes contre le phylloxéra).

Dans ces dernières hypothèses, l'idée contractuelle se trouve singulièrement altérée, et le nom de contrat ne convient guère à des opérations de ce genre. Spécialement, les associations syndicales de propriétaires apparaissent plutôt comme des *établissements publics*, dépositaires d'une partie de la souveraineté, des institutions de Droit public en un mot, plutôt que comme le résultat de contrats de Droit privé.

CHAPITRE PREMIER

CLASSIFICATIONS DIVERSES DES CONTRATS (art. 1101 à 1106).

Les trois classifications des contrats qu'il y a lieu de relever sont les suivantes :

1° Contrats à titre gratuit (ou libéralités entre vifs), contrats désintéressés, contrats à titre onéreux ;

2° Contrats synallagmatiques, contrats unilatéraux ;

3° Contrats consensuels, réels, solennels.

I. — Première classification. Contrats à titre gratuit, contrats désintéressés, contrats à titre onéreux.

Les *contrats à titre gratuit* (ou libéralités entre vifs) sont des accords de volonté par lesquels une partie, inspirée par une pensée de bienfaisance envers l'autre contractant, diminue son patrimoine pour enrichir celui-ci. Il y a deux variétés de contrats à titre gratuit, la *donation entre vifs* et l'*institution contractuelle*, qui diffère de la donation en ce que son effet translatif ne se produit au profit de l'institué qu'au moment de la mort de l'instituant.

Cette première variété de contrats, surtout en raison des dangers qu'elle présente pour l'intérêt des familles, est soumise à une réglementation spéciale édictée dans le titre du Code civil (art. 893 et s.), consacré aux donations et testaments. Nous l'étudions dans notre troisième volume.

Les *contrats désintéressés* sont ceux dans lesquels un des contractants, mû par le désir de rendre service à l'autre, ne s'appauvrit pas à son profit, mais ne reçoit rien en échange de la prestation qu'il fournit ou s'engage à fournir. Tels sont le *commodat* ou prêt à usage (art. 1875 et s.), le *prêt d'argent sans intérêts* (art. 1892 et s.), le *dépôt* (art. 1915, 1917), le *cautionnement non rémunéré* (art. 2011 et s.).

Les *contrats à titre onéreux*, les plus usuels de tous par cette raison que la grande majorité des actes juridiques de l'homme lui sont inspirés par son intérêt, sont ceux dans lesquels chacun des contractants poursuit un avantage personnel, contre-partie de celui qu'il procure à l'autre. Tels sont la *vente*, le *louage*, la *société*, le *contrat de travail*, le *contrat d'assurance*, etc.

On fera aussitôt deux observations.

D'abord, certaines variétés de contrats appartiennent tantôt à la catégorie de contrats désintéressés, tantôt à celle des contrats à titre onéreux. Par exemple, le prêt d'argent est un contrat désintéressé lorsqu'il est conclu sans intérêts, à titre onéreux dans le cas contraire.

En second lieu, la définition que nous donne le Code du contrat à titre onéreux est défectueuse. C'est, nous dit l'article 1106. « celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ». Or, nous verrons que cette définition convient exclusivement à un genre de contrats à titre onéreux qui est celui des contrats *synallagmatiques*. Elle ne s'adapte pas aux contrats à titre onéreux dits *unilatéraux* comme le prêt à intérêt.

Quel intérêt pratique y a-t-il à la distinction entre les contrats désintéressés et les contrats à titre onéreux ?

Les contrats désintéressés sont soumis en principe aux mêmes règles que les contrats à titre onéreux, et les particularités que l'on peut relever entre eux et ces derniers se réduisent à fort peu de choses :

1° Nous avons vu que, dans la doctrine traditionnelle, les fautes du débiteur sont appréciées d'une façon moins sévère chez celui qui rend un service gratuit que chez le débiteur ordinaire (V. art. 1882, 1927, 1992, 2e al.).

2° Les contrats désintéressés sont toujours faits *intuitu personæ*. Celui qui veut rendre service est déterminé par la considération de la personne. Si donc il y a eu *erreur sur la personne*, il peut demander la nullité du contrat. Mais nous verrons qu'il y a beaucoup de contrats à titre onéreux dans lesquels l'*intuitus personæ* joue aussi un rôle décisif, et où, dès lors, l'erreur sur la personne est aussi une cause de nullité.

II. — Seconde classification : Contrats synallagmatiques, Contrats unilatéraux.

C'est la distinction pratiquement la plus importante.

Les *contrats synallagmatiques* (expression renfermant une tautologie, car *synallagma* veut dire *contrat*) sont ceux qui font naître des obligations à la charge des *deux parties* (art. 1102). Tels sont la vente, l'échange, le louage, la société, les contrats de travail, d'assurance.

Le *contrat unilatéral*, au contraire, n'engendre d'obligation que pour l'une des parties contractantes (art. 1103). Tels sont le commodat, le prêt d'argent, qu'il soit pur et simple ou à intérêts, le dépôt et le mandat, le cautionnement, ces trois derniers à condition qu'ils soient non rémunérés.

L'intérêt de cette classification est très grand. En voici les principales conséquences :

1° Dans les contrats synallagmatiques, les obligations réciproques des parties se servent matuellement *de cause*, c'est-à-dire de support juridique. Il en résulte notamment que, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre n'est plus obligée d'exécuter la sienne propre (exception *non adimpleti contractus*), et que, de plus, elle peut demander la résolution du contrat (art. 1184).

2° La *question des risques* ne se pose que dans les contrats synallagmatiques. En effet, quand, après la conclusion du contrat, il y a perte du corps certain qui devait être livré, ou impossibilité fortuite d'exécution de l'une des obligations, il faut se demander laquelle des deux parties contractantes

va supporter la perte, c'est-à-dire si l'autre obligation va ou non survivre à l'extinction de la première.

Au contraire, dans un contrat unilatéral comme, par exemple, le commodat, le dépôt, la même question ne peut se poser. La perte est, sans difficulté, pour l'unique créancier, pour le commodant ou le déposant.

3° Nous rappelons que les contrats *synallagmatiques* et certains contrats *unilatéraux*, ceux qui engendrent une obligation de somme d'argent, sont quant à leur démonstration, au cas d'emploi d'un *écrit sous seing privé*, respectivement soumis à des règles particulières (art. 1325, 1326).

Contrats synallagmatiques imparfaits. — Certains contrats unilatéraux, le commodat, le dépôt, le gage, le mandat, peuvent, après coup, faire naître une obligation à la charge du créancier, c'est-à-dire du commopant, du déposant, du constituant, du mandant. Cela arrive, par exemple, quand le commodataire, le dépositaire, le gagiste, le mandataire ont fait des dépenses personnelles, les premiers pour conserver l'objet, le mandataire pour remplir sa mission.

Pour ce motif, on désigne quelquefois ces contrats sous le nom de *contrats synallagmatiques imparfaits*. Cette expression ne doit par jeter le doute sur leur véritable nature. Ce sont des *contrats unilatéraux*. L'obligation du créancier est la conséquence non pas du contrat lui-même, mais d'un fait postérieur qui aurait pu ne pas se produire.

III. — Troisième classification : Contrats consensuels, réels, solennels.

A la différence des deux précédentes, cette classification est fondée, non pas sur une différence dans la nature des contrats, mais sur la différence des conditions nécessaires à leur formation.

Les contrats *consensuels* n'exigent l'emploi d'aucune forme. Le seul échange des consentements, le seul accord des volontés, manifestées d'une façon quelconque, suffit pour créer le contrat. Les contrats *solennels* sont au contraire soumis à la forme notariée. Ils doivent être rédigés par un notaire.

Il n'y a que six contrats solennels dans le Droit du patrimoine, le seul dont nous nous occupions ici. Ce sont : la *donation entre vifs* (article 931), le *contrat de mariage* (art. 1394, 1er al.), le *contrat d'hypothèque* (art. 2127), le *paiement avec subrogation conventionnelle* consentie par le débiteur (art. 1250, 2e al.), *la subrogation dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme mariée* (art. 9, loi du 23 mars 1855), le contrat *d'apprentissage* (L. 20 mars 1928).

Quant aux contrats *réels*, ce sont, eux aussi, des contrats consensuels, car ils ne sont soumis à aucune formalité. Si on les classe à part, c'est que par leur nature ils ne peuvent exister qu'autant qu'il y a eu *remise d'une chose* par l'une des parties à l'autre. Ils sont au nombre de quatre : le *commodat* ou prêt à usage, le *prêt de consommation* ou *mutuum*, le *dépôt*, le *gage*. Les

obligations de l'emprunteur, du dépositaire, du gagiste ne peuvent prendre naissance qu'autant qu'ils ont reçu l'objet prêté, mis en gage, déposé. Ceci est une règle imposée par la force des choses, par la nature économique de ces opérations. Sans doute, la promesse de prêt, l'ouverture de crédit notamment, la promesse de constituer un gage, de recevoir un objet en dépôt, sont des contrats unilatéraux valables, mais ces promesses sont distinctes du prêt, du gage, du dépôt. Ce sont, par rapport à ceux-ci, des *avant-contrats* qui obligent le promettant à exécuter sa promesse, et seront remplacés au moment de l'exécution, par un prêt, une constitution de gage, un dépôt. C'est à dater de ce moment que l'emprunteur, le gagiste, le dépositaire seront obligés de veiller sur la chose et de la restituer au temps prescrit.

Caractère consensuel des législations modernes. Comment elles se sont dégagées du formalisme primitif. — La règle que le simple accord des volontés suffit à lier les parties est un des traits essentiels des législations modernes. Dans nos sociétés actuelles où les échanges de services sont si fréquents, le formalisme serait une gêne intolérable. Il est facile de comprendre, par exemple, que l'on ne pourrait pas imposer aux particuliers qui contractent ensemble, l'obligation générale de recourir au ministère d'un notaire. Les frais et les lenteurs de cette intervention arrêteraient beaucoup trop de transactions. En matière commerciale, dans les magasins, les bourses, les marchés, on ne peut même pas songer à imposer aux contractants l'obligation de rédiger un acte écrit.

Et pourtant, ce principe qui nous semble si naturel ne remonte pas très haut.

Droit romain. — Les Romains ont vécu longtemps sous l'empire de la règle contraire. L'accord de deux volontés ne pouvait alors produire d'effet juridique qu'autant qu'il était revêtu d'une forme solennelle, coulé dans un moule destiné à lui donner la force obligatoire. La stipulation, avec son interrogation et sa réponse, brèves, précises, conçues en termes consacrés, était le mode habituel qui permettait de transformer en contrat un accord de volontés, quel qu'en fût l'objet, pourvu qu'il fût licite.

Ce régime avait des *avantages*. Il supprimait toute contestation sur le moment de la formation du contrat, sur son contenu ; il en facilitait la preuve. Mais il emportait aussi des *inconvénients* : l'obligation des parties d'être en presence l'une de l'autre, le défaut de souplesse de la forme solennelle, la brutalité du procédé qui peut se retourner soit contre le créancier, car il n'a droit qu'à ce qu'il a expressément stipulé, soit contre le débiteur, car, une fois engagé par sa réponse, il n'en peut plus contester la validité, ni retarder l'exécution de son obligation. Ces inconvénients n'étaient sans doute guère sensibles « à l'époque où, chaque chef de famille suffisant normalement aux besoins de sa maison, les contrats étaient des actes rares, auxquels on avait le temps de se préparer à loisir » (Girard, *op. cit.*, 6e édit., p. 443). Mais ils sont devenus plus graves, plus gênants le

jour où la vie sociale a augmenté d'intensité, où les transactions ont été plus fréquentes, et surtout où les relations commerciales de ville à ville, de pays à pays ont pris plus d'importance.

Il fallut alors, et c'est ce qui se produisit dans les derniers siècles de la République et sous l'Empire, atténuer les rigueurs des formes et de l'interprétation des contrats, et surtout reconnaître un caractère obligatoire au simple échange des consentements. On n'y arriva pas d'emblée avec les contrats *réels*, car ici la remise de la chose est un fait matériel, extérieur, qui peut se comparer à une solennité ; mais le progrès nécessaire s'accomplit pour la *vente*, le *louage*, le *mandat* et la *société*, qui sont des contrats de tous les jours, trop fréquents par conséquent pour supporter la contrainte et la gêne d'une formule solennelle.

Puis l'exception au principe s'élargit encore par la sanction accordée à certains pactes, soit par le préteur, soit par le Droit civil impérial ; et enfin par l'admission des *contrats innommés*, lesquels se concluaient sans forme mais ne devenaient obligatoires que par l'exécution de l'une des parties.

Toutefois, le régime du contrat consensuel fut toujours exceptionnel. La règle *Ex nudo pacto actio non nascitur*, resta toujours dominante ; et, pour toutes les conventions qui ne rentraient pas dans un des groupes précédents, il fallut toujours recourir à la stipulation. Il est vrai qu'au Bas-Empire, on admit que, quand un écrit était dressé pour constater le contrat, ce qui était très habituel, il suffisait de déclarer dans cet acte que la stipulation avait eu lieu pour que celle-ci fut réputée accomplie. La stipulation tendit ainsi à céder la place à l'écrit qui devint, non seulement un moyen de preuve, mais l'élément formel du contrat.

Ancien Droit français[1]. — La première partie de notre Moyen-Age français a été imprégnée d'un formalisme implanté par les lois barbares et très différent par conséquent de celui du Droit romain. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail des institutions et des pratiques dans lesquelles on en peut relever la longue influence. Qu'il nous suffise de dire que la décadence de ce formalisme ne commence qu'au XIII[e] siècle, sous la pression du Droit romain renaissant et du Droit canonique, par l'effet aussi des besoins économiques qui, grandissant en importance et en complexité, exigeaient plus de liberté dans la conclusion des contrats.

Cette transformation se manifeste alors de deux manières, d'abord, par la simplification des *formalités* concomitantes à la formation des contrats, et, en second lieu, par le rôle attribué au *serment* dans la vie juridique.

Les *formalités* ou solennités qui demeurent alors à peu près seules en usage sont les arrhes et la paumée.

La remise des *arrhes* qui, à l'époque du Droit franc, avait joué un tout autre rôle, marque, dans la vente, le louage et quelques contrats similaires, le moment où les parties sont définitivement liées l'une envers l'autre.

1. V. Esmein, *Les contrats dans le très ancien Droit* ; Brissaud, *Manuel d'histoire du Droit privé*, 1908, p 420 et s. ; Yver, *Les contrats dans le très ancien Droit normand*, thèse, Caen 1926.

La *paumée* consiste à se frapper dans la main. Cet usage, qui subsiste encore de nos jours à la campagne, surtout dans les foires, dérive de rites plus anciens. Mettre sa main dans la main d'un autre signifiait autrefois se placer dans la dépendance de celui-ci. L'hommage se faisait de cette façon. En employant ce geste, le débiteur se plaçait sous la dépendance du créancier, il se donnait en gage.

Quant au *serment*, institué par le Droit canonique, il constituait un engagement envers Dieu avec obligation accessoire envers le créancier. On pouvait en réclamer l'exécution devant les cours d'Eglise. C'était comme la *stipulatio* romaine, un contrat unilatéral et formel, valable sans cause, pouvant s'adapter à toute espèce d'objets, créer une obligation nouvelle, ou confirmer une obligation préexistante. L'engagement pris sous serment était imprescriptible. Il ne pouvait être attaqué que pour cause *de dol*. Il était définitif, même s'il était pris en violation des règles du Droit civil ou du Droit canonique. Seulement, l'engagement ne liait que celui qui jurait, il ne passait pas à ses héritiers. Très répandu, l'usage du serment servit à faire entrer dans les mœurs le respect de la parole donnée et à ruiner certaines prohibitions légales devenues sans objet.

D'autre part, les canonistes contribuèrent à faire reconnaître le caractère obligatoire des simples pactes, même non accompagnés de serment, car ils proclamèrent que celui qui ne tient pas sa promesse, se rend coupable d'un mensonge et, par conséquent, d'un péché.

On franchissait ainsi le pas auquel s'étaient arrêtés les Romains, et on arrivait tout droit à reconnaître aux *pacta nuda* une valeur obligatoire. Dès lors, on devait tout naturellement abandonner l'emploi des formes antérieures, denier à Dieu, paumée, écrit même, pour s'en tenir à la parole donnée.

Cependant, ce n'est qu'au XVII^e^ siècle que le principe moderne est pleinement accepté. Dès le XIII^e^ siècle, il est vrai, nous trouvons chez Beaumanoir des formules qui paraissent en être la reconnaissance : « Convenances vainquent loi. Toutes convenances sont à tenir », mais ces formules n'ont pas la portée pratique qu'on pourrait tout d'abord leur attribuer. C'est très postérieurement que le principe moderne s'instaura enfin, et que Loysel put écrire dans ses *Institutes coutumières*, datant de 1607 (liv. III, tit. I, max. 2) : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain. »

Renaissance indirecte du formalisme dans la législation sur les preuves. — Le formalisme correspond à un besoin social si eternel qu'il ne devait pas tarder à reparaître avec la législation nouvelle sur la preuve dont nous avons déjà indiqué les origines au XVI^e^ siècle et que l'on peut considérer comme ayant limité considérablement la portée de l'idée nouvelle : *Solus consensus obligat.*

Sans doute, au point de vue théorique, il y a une différence essentielle entre la *forme* et la *preuve*. La *forme* est un élément constitutif de la con-

vention, en l'absence de laquelle celle-ci ne naît pas à la vie juridique. La *preuve*, au contraire, n'a rien à voir avec la formation du lien juridique. Mais en pratique cette différence disparaît presque totalement. La preuve prend une importance presque égale à la forme. Car l'absence de l'une comme de l'autre conduit au même résultat, bien que par des raisons différentes, résultat qui est de priver le lien juridique de toute efficacité. L'absence de forme produit cet effet, parce qu'elle prive le contrat d'un de ses éléments essentiels ; le défaut de preuve, parce qu'il ne permet pas au créancier d'établir l'existence de la convention et, par conséquent, de son droit. Dès lors, une législation qui, comme la nôtre, ordonne de passer acte de toutes conventions excédant la somme ou valeur de 500 francs, apparaît comme dégagée du formalisme beaucoup plus en apparence qu'en réalité.

IV. — Quatrième division : Contrats commutatifs, Contrats aléatoires.

L'article 1104 nous indique une dernière distinction entre les contrats : celle des *contrats commutatifs* et des *contrats aléatoires*.

C'est là, en réalité, une subdivision des contrats à titre onéreux.

Le contrat commutatif, dont l'article 1104 donne une définition inexacte, car elle pourrait convenir à tout contrat synallagmatique, est celui dans lequel les parties connaissent dès à présent l'étendue des prestations dues par elles. Le contrat aléatoire aux termes de la définition de l'article 1964 (différente de celle de l'article 1104, 2e al.), est celui dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, *soit pour toutes les parties*, *soit pour l'une d'elles*, dépendent d'un événement incertain. Le pari est le type du contrat aléatoire ; on en trouve d'autres exemples dans l'aliénation d'un immeuble ou d'un capital à charge d'une rente viagère, et dans les assurances (V. art. 1964).

Les auteurs ont coutume de dire que, dans un contrat de ce genre, le caractère aléatoire existe nécessairement pour les deux parties, et ils critiquent l'article 1964 du Code civil, parce qu'il suppose que le caractère aléatoire peut exister pour un seulement des contractants. Cette critique est fondée, mais en partie seulement.

Sans doute, lorsque le contrat est conclu *entre deux particuliers*, les chances de gain ou de perte sont nécessairement réciproques. Il y a toujours un des contractants qui gagnera, l'autre qui perdra et il est juste de dire, avec l'article 1104, al. 2, qu'il y a chance de perte ou de gain *pour chacune des parties*. Il en est ainsi, par exemple, dans le pari, dans l'aliénation à charge de rente viagère consentie à un particulier. Mais il n'en est plus de même dans un contrat d'assurances passé entre une compagnie faisant ce genre de commerce et un *particulier*. La compagnie se contente de grouper les assurés, d'organiser entre eux une mutualité et, avec les primes par eux versées, de payer les indemnités à ceux qui sont atteints par le sinistre. Elle ne court donc aucun risque sauf le risque, tout à fait théorique, de la destruction d'une quantité d'immeubles supérieure à la

moyenne des destructions annuelles révélée par les barêmes. En réalité, dans l'assurance, il n'y a d'aléa que pour l'assuré, lequel paie une prime annuelle pour se proléger contre un risque qui, peut-être, ne se réalisera pas.

Il en est de même dans l'organisation du *pari mutuel* que nous voyons fonctionner à l'occasion des courses de chevaux. L'Etat se contente de réunir les paris faits par les joueurs et de répartir les sommes entre les gagnants, après prélèvement ; il n'y a pas d'aléa pour lui.

Dans ces divers cas, il est vrai de dire avec l'article 1964 que, parmi les divers contrats aléatoires, on en rencontre qui le sont à l'égard seulement *de l'une des parties*. Mais on remarquera que cette situation résulte non du caractère juridique du contrat envisagé individuellement, mais d'une pure circonstance de fait, à savoir le groupement d'un grand nombre d'opérations qui sont effectuées par l'un des contractants, alors que l'autre, celui qui court au risque, n'en a effectué qu'une seule.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DES CONTRATS

L'article 1108 en indique quatre et confond, dans son énumération, les conditions d'*existence* et de *formation* du contrat et ses conditions de ***validité***. La Doctrine moderne a introduit ici une distinction rationnelle entre les unes et les autres.

Les conditions nécessaires à la *formation* d'un contrat, celles dont l'absence entraîne sa nullité absolue, sont au nombre de trois :

Le *consentement* des parties ;

L'*objet* du contrat ;

Sa *cause*.

En outre, *pour que le contrat soit valable*, il faut, d'une part, que les parties soient *capables* de le conclure et, d'autre part, que leur volonté n'ait pas été *viciée* par l'erreur, le dol ou la violence, et même dans certains cas, par la lésion. Faute de l'une ou l'autre de ces deux conditions, le contrat est *annulable*.

Nous ne reviendrons pas sur la condition de *capacité* dont nous avons traité dans notre tome 1^er^, dans la partie consacrée aux incapables. Et nous rattacherons l'étude des vices de la volonté à celle du consentement, étant entendu d'ailleurs que l'*absence de consentement* entraîne l'inexistence ou nullité absolue du contrat, tandis que les *vices de la volonté* n'ont pour sanction qu'une nullité relative.

SECTION I. — Le consentement.

§ 1. — Consentement ou accord des volontés.

On peut avoir du *consentement* deux conceptions différentes.

La première, la conception doctrinale classique, définit le consentement le *concursus voluntatum*, l'accord des deux volontés. C'est cet accord qui en effet constitue le contrat et donne naissance à l'obligation (contrat unilatéral), ou aux obligations (contrat synallagmatique).

Les rédacteurs du Code paraissent s'être placés à un point de vue un peu différent et peut-être plus pratique. L'article 1108 nous dit en effet que la formation du contrat requiert « le consentement de la *partie qui s'oblige* », expression évidemment inexacte, si l'on se réfère à la conception précédente qui exige l'intervention, non seulement de la volonté du débiteur, mais de celle des deux contractants. Les rédacteurs du Code ont donné

sans doute au mot de consentement son acception populaire ; ils y ont vu l'*adhésion à une proposition*. Et, dès lors, la phrase si souvent critiquée de l'article 1108 devient exacte. Des deux contractants, c'est le créancier qui dicte ordinairement la loi du contrat en en indiquant les conditions. Le débiteur ne fait qu'accepter ces conditions ; c'est donc lui qui *consent*.

Hypothèse d'une adhésion non simultanée des parties. Explication de l'effet obligatoire des simples pollicitations. — La discussion et la conclusion d'un contrat peuvent se faire en un seul trait de temps, ce qui est le cas ordinaire pour les contrats conclus entre présents, auxquels il faut assimiler les contrats conclus par téléphone. Ces actes peuvent, au contraire, se trouver séparés par un certain délai. C'est bien souvent ainsi que les choses se passent. L'une des parties a fait une *offre* ou *pollicitation*, et c'est postérieurement que l'autre manifeste son intention d'*accepter* la proposition.

La première question à examiner ici est de savoir quel est l'effet de cette offre ?

Avant de discuter, disons tout d'abord qu'il ne faut pas confondre l'*offre simple* non encore acceptée avec la *promesse acceptée*. Par exemple, je vous loue ma maison pour trois ans et je vous promets de vous la vendre à la fin du bail, pour un prix dès à présent fixé, si vous voulez l'acheter alors. Vous acceptez cette promesse. Nous ne sommes pas ici en présence d'une *pollicitation simple*, mais d'un accord de volontés, d'un *véritable contrat* qui s'appelle *la promesse de vente*. Aussi, n'y a-t-il aucun doute que je sois dès à présent obligé, et qu'à la fin du bail, vous puissiez, si vous le désirez, exiger l'exécution de mon obligation, c'est-à-dire la réalisation de la vente.

Tout autre est la situation de celui qui a fait une offre simple, tant qu'elle n'est pas acceptée par l'autre partie. Et le point que nous avons à examiner est de savoir si le pollicitant se trouve dès lors obligé.

L'opinion anciennement admise dans notre Droit est que la pollicitation simple ne produit aucune obligation proprement dite : « Celui qui l'a faite, dit Pothier (*Obligations*, n° 4, éd. Bugnet, t. II, p. 5), peut s'en dédire, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite : car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée. Or, de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pas pour l'acquérir, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse. »

Il résulte de là que l'offrant peut toujours retirer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée.

Il en résulte aussi que l'offre tombe par la mort de celui qui l'a faite, ou par la survenance de son incapacité avant l'acceptation (V. Req., 21 avril 1891, D. P. 92.1.181, S. 95.1.398). L'article 932 contient, semble-t-il, une application de cette dernière conséquence. Il nous dit en effet que

la donation entre vifs n'engage le donateur que du jour où elle a été acceptée, et il ajoute que l'acceptation doit être faite *du vivant du donateur*.

Cependant il n'y a pas besoin de longues réflexions pour qu'on aperçoive tous les inconvénients auxquels cette doctrine donne lieu dans les rapports juridiques. Comment la concilier notamment avec la pratique courante dans les affaires qui consiste, en faisant une offre, à fixer au destinataire un *certain délai d'option ?* N'est-il pas évident que l'auteur de l'offre ne peut être considéré comme libre de la rétracter avant l'expiration des délais par lui fixés ?

Plusieurs systèmes ont donc été proposés pour tempérer la doctrine classique.

Le premier de ces systèmes enseigne qu'en retirant son offre, comme on persiste à dire qu'il en a le droit tant qu'il n'y a pas eu accord des volontés, le pollicitant peut encourir une certaine responsabilité, mais de nature *délictuelle*. Son correspondant pourrait lui réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice qu'il a subi en comptant sur l'offre qui lui était adressée et en prenant ses dispositions en conséquence. Nous croyons un tel système insoutenable. D'abord, il résout la question par la question. Il s'agit de savoir si, oui ou non, le pollicitant avait le droit de rétracter son offre avant l'expiration du délai. Si oui, il n'a pu encourir de responsabilité délictuelle en usant de son droit dans des conditions normales. Et puis, que comprendront les dommages-intérêts ? Le *lucrum cessans*, c'est-à-dire tout le bénéfice qu'eût procuré au créancier la conclusion du contrat? Autant dire alors que l'offre n'a pu être valablement retirée et que le contrat s'est formé entre les parties.

Un autre système, celui de l'*avant-contrat*, fait un pas de plus ; il voit dans la pollicitation simple le fondement d'une obligation *de nature contractuelle* à la charge du pollicitant. Dans l'offre faite avec délai d'option, il y a, dit-on, en réalité, deux offres, l'offre de contrat qui attend, pour se transformer en contrat, l'adhésion du correspondant, et l'offre de s'engager à *maintenir la pollicitation* pendant le délai indiqué. Or, cette offre secondaire est de nature telle qu'elle est *réputée acceptée* par le destinataire *dès qu'elle est parvenue* à sa connaissance. *En effet elle est tout à son avantage.* Donc, dès ce moment, un avant-contrat s'est formé entre les parties, en vertu duquel le pollicitant s'est engagé à ne pas rétracter son offre avant l'expiration du délai d'option. Que, par la suite, et dans la limite de ce délai, le destinataire accepte, le contrat sera formé et le créancier pourra en poursuivre directement l'exécution.

Ajoutons qu'on peut même étendre le raisonnement aux pollicitations faites sans indication d'un délai d'option. On dira qu'elles contiennent toujours un délai implicite, à savoir le temps moralement nécessaire pour que le destinataire puisse examiner la proposition et faire connaître sa réponse (Req., 28 février 1870, D. P. 71.1.61, S. 70.1.296. Cf. Bordeaux, 29 janvier 1892, D. P. 92.2.390).

Nous croyons qu'il faut encore aller plus loin et admettre que l'auteur de l'offre, tout en ayant, bien entendu, le droit de la retirer, sauf pourtant

pendant le délai d'option accordé à l'autre partie, doit être considéré, du moment où il n'use pas de cette faculté de rétractation, comme ayant été lié dès que s'est manifestée *sa volonté unilatérale de s'obliger*, et, par conséquent, *avant même que le destinataire de l'offre en ait eu connaissance.* Nous avons vu que la déclaration de volonté unilatérale doit être rangée au nombre des sources possibles d'obligations. Et en effet il n'y a aucune impossibilité logique à admettre qu'une personne soit engagée du moment qu'elle en a manifesté clairement l'intention, avant méme que celui qui doit bénéficier de son obligation ait accepté l'offre, ou méme en ait eu connaissance. Les exemples ne manquent pas de personnes qui deviennent créancières sans le savoir, *etiam ignorantes.* C'est le cas notamment pour celui dont les affaires ont été gérées à son insu, et aussi, nous le verrons, pour le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, pour celui qui a subi un préjudice sans s'en douter et qui, dès ce moment, est devenu créancier de la réparation de ce préjudice en vertu des articles 1382 et 1383, et enfin pour l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui, voulant le purger, offre aux créanciers hypothécaires de leur en payer le prix (V. encore art. 555 566, etc.). De même, supposons une *offre de récompense* adressée par voie d'affiche ou de presse, par exemple, à quiconque retrouverait un bijou perdu. Supposons qu'un individu retrouve et restitue le bijou sans avoir eu connaissance des offres du propriétaire. Ne faut-il pas admettre qu'il a droit à la récompense promise? C'est ce que décide formellement le Code civil allemand (art. 145). Mais c'est ce que notre doctrine classique, même avec le correctif du système de l'avant-contrat, ne permettrait pas de justifier.

Voici dès lors à quelles propositions nous croyons devoir nous arrêter.

1° Du moment que le pollicitant n'a pas rétracté son offre, il doit être considéré comme lié dès le moment de son émission. L'une des conséquences de cette proposition, c'est que le décès du pollicitant n'entraîne pas la caducité de l'offre ; elle continue à lier ses héritiers. La jurisprudence du Conseil d'Etat est en ce sens, car elle admet que les offres de concours volontaire faites à l'Administration par des particuliers pour obtenir l'exécution d'un travail public, subsistent même après le décès de l'offrant (Cons. d'Etat, 3 août 1900, D. P. 1901.3.643, S. 1903.3.13). Il est vrai qu'une solution contraire semble, nous l'avons vu plus haut, résulter de l'art. 932. Mais il n'y a pas là une objection péremptoire. En réalité, les règles relatives à l'acceptation des donations entre vifs ont un *caractère spécial* ; elles se lient, comme les *conditions de forme*, à l'ensemble des exigences légales particulièrement rigoureuses établies en pareille matière pour la protection des familles et des donateurs contre l'abus des donations.

2° L'offre oblige le pollicitant. A quoi? Non pas à l'objet même du contrat proposé ; mais *à contracter plus tard.* C'est là ce qu'il faut retenir du système de l'avant-contrat. Si donc l'adhésion du destinataire intervient ensuite, les obligations du contrat ne prennent naissance qu'à ce moment. En conséquence, si le pollicitant devient incapable dan l'intervalle, par exemple,

tombe en faillite, le contrat ne pourra se former. Et cette solution est pratiquement la meilleure. Elle met obstacle en effet à la formation d'un nouvel engagement qui serait une gêne pour la liquidation du passif de la personne frappée d'incapacité.

3° L'offre ne peut être rétractée avant l'expiration du délai exprès ou implicite d'option offert au destinataire. Mais, après ce délai, la rétractation peut avoir lieu tant que l'offre n'a pas été acceptée. En cas de délai exprès, on doit même admettre que la simple expiration de ce délai sans acceptation entraîne la caducité de l'offre.

A quel moment se forme le contrat conclu par correspondance[1] ? — Quand un contrat est conclu par correspondance, ou plus généralement, avec un trait de temps, une seconde question se pose : c'est de savoir *quel est le moment précis où il se forme*. Est-ce le moment où la partie qui a reçu l'offre émet son acceptation, ou est-ce seulement celui où l'avis d'acceptation est parvenu à la connaissance du pollicitant ?

L'intérêt de la question est considérable. Si le contrat se forme à l'instant même de l'acceptation, à partir de ce moment le pollicitant ne peut plus se dédire ; si, au contraire, le pollicitant n'est définitivement lié qu'à dater de la réception de la lettre d'acceptation, il peut retirer son offre jusqu'à ce moment précis, eût-elle été acceptée. Il peut, par exemple, par télégraphe, prévenir utilement l'autre partie qu'il reprend sa proposition.

D'autre part, il y a grand intérêt à connaître le lieu de formation du contrat, parce que l'article 420 du Code de procédure civile permet d'assigner le défendeur devant le tribunal *du lieu où la promesse a été faite*. Ajoutons que, quand le contrat est passé par deux personnes habitant des Etats différents, c'est la loi du lieu de la passation qui régit les conditions d'existence et de validité de leur convention, ainsi que ses effets.

Enfin, la question de savoir à qui incombent les *risques* de la chose, en cas de contrat portant translation de propriété, celle de savoir quels sont les effets de l'incapacité du pollicitant survenue entre l'émission de l'acceptation et sa réception par le pollicitant, dépendent aussi du parti que l'on adoptera.

La question a été très vivement discutée. L'accord ne s'est pas encore fait. Les deux systèmes ont leurs partisans dans la Doctrine et dans la Jurisprudence.

D'après le système que nous croyons le plus exact (système de l'*émission*), le contrat se forme dès que l'acceptant a émis son acceptation. C'est cette acceptation qui noue le lien d'obligation. Du moment que les deux volontés se rencontrent, qu'elles coexistent, le contrat est conclu. Le fait que cette acceptation est portée à la connaissance du pollicitant n'ajoute rien aux conséquences juridiques de cette acceptation. On peut invoquer en ce sens l'article 1985, alinéa 2, aux termes duquel l'acceptation de l'offre de mandat

1. Valéry, *Contrats par correspondance* (1895) ; Girault, *Des contrats par correspondance* (1890) : Cohen, *Des contrats par correspondance en droit français, anglais et anglo-américains*, thèse, Paris, 1922.

peut être tacite et résulter notamment de l'exécution du mandat par le mandataire. Le texte n'ajoute pas cette condition que le mandant doive avoir eu connaissance de l'exécution.

Le système contraire (celui de la *réception*) se fonde surtout sur l'article 932 précité, aux termes duquel la donation n'a d'effet *à l'égard du donateur* qu'autant que l'acceptation du donataire, si elle n'est pas intervenue dans le même acte, lui aura été notifiée. Mais, comme nous l'avons déjà dit, ce texte, se référant à un ordre de contrats aussi spéciaux que les donations, ne peut être considéré comme l'expression du Droit commun. Et même, à le prendre à la lettre, il ne subordonne à la réception de l'acceptation que les effets de l'acte *à l'encontre du donateur*. Celui-ci pourra donc se dédire jusqu'à la notification. Mais l'article 932 n'empêche pas de considérer la donation comme accomplie dès le moment de l'acceptation, *à tous autres égards*. Ainsi, à supposer que le donataire vînt à mourir dans l'intervalle compris entre l'acceptation et la notification, il nous semble qu'il y aurait pour lui droit acquis et qu'il transmettrait son droit à ses héritiers.

La Jurisprudence hésite entre les deux systèmes ; (dans le sens du système de l'*émission*, Douai, 15 mars 1886, D. P. 88.2.37 ; Bordeaux, 29 janvier 1892, D. P. 92.2.390 ; Chambéry, 10 novembre 1925, Gaz. Pal. 1926.1.252 ; Besançon, 26 octobre 1929, Gaz. Pal. 1929.2.920 ; dans le sens du système de la *réception*, Orléans, 26 juin 1885, D. P. 86.2.135, S. 86.2.30 ; Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93.2.324 ; Toulouse, 13 juin 1901, D. P. 1902.2.16 S. 1902.2.74 ; Nîmes, 4 mars 1908, D. P. 1908.2.248, S. 1910.2.106).

Comment se fait la manifestation de volonté dans le contrat ? Manifestation directe et indirecte. — On distingue en général la manifestation *expresse* et la manifestation *tacite*. Mais il nous paraît préférable de distinguer la *manifestation directe* et la manifestation *indirecte de volonté*.

La *manifestation directe* est celle qui est faite en vue de la conclusion même du contrat. Le déclarant dit ce qu'il veut dire, soit oralement, soit non oralement.

Nous citerons, comme exemples de déclarations directes non orales, le fait d'envoyer des marchandises commandées, le fait pour un hôtelier de retenir les chambres qui lui ont été demandées, le geste de celui qui dans une vente aux enchères fait signe de la tête au crieur pour montrer qu'il augmente son enchère ; de même enfin, l'acte du donateur qui donne de la main à la main.

Les *déclarations ou manifestations indirectes* sont celles qui résultent d'actes poursuivant un but différent, mais laissant apercevoir d'une façon non douteuse la volonté de l'individu. Il en est ainsi de l'acceptation tacite de la succession, résultant de la vente par l'héritier des biens héréditaires. De même, la remise volontaire du titre faite par le créancier au débiteur sans réception des deniers vaut donation indirecte. De même encore, le locataire qui, à la fin du bail, reste dans les lieux loués, est considéré comme manifestant (indirectement) sa volonté de relouer ; c'est le cas dit de la *tacite reconduction* (art. 1759).

Le silence peut-il valoir acquiescement[1] ? — Le *silence* semble bien être le contraire de la manifestation même indirecte de volonté, avec laquelle on le confond souvent. Celui qui garde le silence ne fait aucune manifestation extérieure. Son attitude toute abstensive peut-elle cependant être parfois interprétée comme l'équivalent d'une manifestation de volonté ? C'est là une question qui a été approfondie par les auteurs, surtout en Allemagne et en Italie, et qui offre un réel intérêt pratique.

Tout d'abord, on peut relever certaines dispositions positives et formelles de notre Droit assimilant le silence à un acquiescement. Le cas le plus caractéristique, c'est celui de la *tacite reconduction* vue *du côté du bailleur.* Dans cette hypothèse, remarquons-le, on rencontre côte à côte, à la fois une *manifestation indirecte de volonté* et le *simple silence.* Il y a *manifestation indirecte* de volonté de la part du preneur, qui continue sa jouissance après l'expiration du bail ; et il y a *silence* de la part du bailleur qui le laisse en possession des lieux loués. Ce silence du bailleur vaut acquiescement ; il emporte formation d'un nouveau contrat, aux mêmes conditions que l'ancien.

Sans examiner ici la question controversée de savoir si la règle de la tacite reconduction peut s'appliquer à d'autres contrats qu'à celui du louage d'immeubles, notamment au contrat de travail et au contrat d'assurance (V. note de M. Demogue, S. 1911.2.129), nous relèverons dans les textes positifs un autre cas certain d'acquiescement par le silence. C'est celui du mari laissant sa femme exercer le commerce ou toute autre profession sans protester. Ce silence équivaut à autorisation (Ar. 4, C. com.) (2).

Si, après la loi, nous interrogeons la Jurisprudence, nous apercevrons deux sortes de cas où nos tribunaux admettent que le silence conservé après une offre vaut acquiescement.

1° Il en est ainsi quand il s'agit des relations de personnes antérieurement en *rapports d'affaires.* Que, par exemple, un restaurateur de province écrive à un marchand de comestibles de Paris, son fournisseur habituel, qu'il compte sur lui pour lui procurer telle ou telle denrée à l'occasion des fêtes de Noël, l'absence de réponse à cette lettre vaut acceptation de la commande (Montpellier, 3 juillet 1885, S. 86.2.56 ; Trib. com. Nantes, 19 mai 1906, D. P. 1908.2.313). « En matière de commerce, dit l'une des décisions précitées, *l'absence de réponse à une lettre écrite* à l'occasion de relations d'affaires entamées doit être réputée valoir comme consentement. »

De même, nous estimons qu'en matière de mandat ou de commission, le mandataire ou le commissionnaire, qui a coutume de faire des opérations pour le compte du commettant, est réputé avoir accepté, s'il omet de répondre négativement à une lettre donnant un mandat ou une commission (V. en ce sens, art. 323, C. com. allemand ; art. 663, C. civil allemand ; art. 395, C. suisse des Obligations).

1. Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, thèse Dijon, 1912.

2. La loi relative aux conventions collectives de travail du 27 mars 1919 fournit d'autres exemples importants d'adhésion résultant du silence (V. notamment art. 31 K, alinéa 2, C. du trav., livre I).

2° La Jurisprudence admet pareillement qu'il y a adhésion résultant du silence, lorsqu'il s'agit de *clauses insérées dans une facture*. Voici l'hypothèse à envisager. Après conclusion définitive du contrat et livraison des marchandises, le commerçant expéditeur joint à l'envoi une facture contenant une stipulation non indiquée au moment de la formation du contrat : par exemple, « payable au domicile du vendeur », ou encore, une clause limitant à un certain nombre de jours le droit pour l'acheteur d'exercer des réclamations, ou enfin cette clause que le prix est payable par traite à la fin du mois. Le destinataire qui ne proteste pas accepte ces conditions. Telle est du moins la solution généralement admise. On la fonde surtout sur l'article 109 du Code de Commerce décidant que les achats et ventes se constatent par une *facture acceptée*. L'usage d'accepter réellement la facture est tombé en désuétude, mais on admet que cette acceptation résulte du silence du destinataire (Req., 26 décembre 1898, D. P. 99.1.319, S. 1901.1.326 ; Req., 27 janvier 1909, D. P. 1909.1.173, S. 1909.1.136). Cette jurisprudence, on le remarquera, n'est d'ailleurs pas sans danger. La clause « payable au domicile du vendeur » est particulièrement défavorable à l'acheteur, car elle emporte une dérogation au droit commun en donnant compétence au tribunal du domicile du vendeur (art. 420, C. proc. civ.), tandis que, de droit commun le paiement étant quérable, le tribunal compétent serait celui de l'acheteur.

En dehors de ces hypothèses spéciales, nous devons conclure que le silence ne peut pas obliger. Il ne peut pas être considéré comme une manifestation de volonté. Il ne saurait être ici question d'invoquer l'adage : *Qui ne dit mot consent* ; ni de généraliser la formule du Digeste : *qui tacet consentire videtur*. Un arrêt de la Cour de cassation (Civ., 25 mai 1870, D. P. 70.1.257, S. 70.1.341) a posé le principe d'une façon très ferme. On ne saurait, porte cet arrêt, considérer comme ayant souscrit à une émission d'actions le tiers qui s'est borné à laisser sans réponse une lettre d'un banquier, l'informant qu'il l'a porté sur la liste des souscripteurs de ces actions et débité du montant du premier versement à effectuer.

Depuis, la Jurisprudence s'est prononcée dans le même sens à propos de l'abonnement à un journal envoyé avec prière de le refuser au cas où on ne voudrait pas accepter ou renouveler l'abonnement, ou, encore, à propos de l'envoi d'échantillons ou de diplômes, accompagnés d'une lettre informant les destinataires que, sauf réexpédition dans tel ou tel délai, ils seraient considérés comme acheteurs (V. Toulouse, 11 juin 1881, D. P. 82.2.206, S. 83.2.8 ; Douai, 10 mars 1874, D. P. 74.2.153, S. 76.2.150).

En résumé, on voit que, en dehors des deux hypothèses (tacite reconduction et autorisation maritale en certains cas), où la loi prononce formellement l'assimilation, le silence ne peut être considéré comme emportant manifestation de volonté, sauf dans les cas où l'individu se trouve placé dans une situation telle que l'autre partie doit *nécessairement* interpréter son silence comme un engagement. Cette situation ne se rencontre que dans les cas où les parties étaient *en relations d'affaires*, ou *déjà liées par un contrat antérieur* qu'il s'agit de continuer.

§ 2. — Théorie des vices de la volonté.

Les faits qui peuvent vicier la volonté et constituent, dès lors, un obstacle à la validité, parfois même à la formation du contrat, sont: l'*erreur*, le *dol*, et la *violence*. Par exception, la *lésion* peut quelquefois produire le même effet.

Nous nous occuperons successivement : I. De l'erreur ; II. Du dol et de la violence, qu'il importe de rapprocher pour la clarté de notre exposition ; III. De la lésion.

I. — De l'erreur [1].

Notion générale. — L'erreur est une représentation fausse ou inexacte de la réalité. Elle consiste, disait Doneau, à croire vrai ce qui est faux ou faux ce qui est vrai.

On distigue deux espèces d'erreurs : l'*erreur de droit* et l'*erreur de fait*.

L'erreur de droit tombe sur une règle de droit, l'erreur de fait tombe sur des faits matériels.

Voici un exemple d'erreur de droit : Paul, mineur de seize ans, est mort après avoir fait un testament ; je suis son héritier et j'exécute les legs contenus dans son testament, ignorant qu'un mineur de seize ans ne peut pas tester (V. un autre exemple, Civ., 12 mars 1845, D. P. 45.1.202, S. 45.1.524).

Supposons, au contraire, que j'ai exécuté les legs contenus dans un testament de Paul m'instituant son héritier, dans l'ignorance d'un testament postérieur qui révoquait les legs en question, voilà un exemple d'erreur de fait.

L'erreur de *droit*, comme l'erreur de *fait*, vicie le consentement de celui qui la commet. Il n'y a donc pas lieu d'établir de différence entre leurs effets. Celui qui s'est trompé mérite dans les deux cas la protection de la loi. Il doit en être ainsi tout au moins lorsque l'erreur est telle qu'elle vicie gravement le consentement, lorsque, en d'autres termes, c'est l'erreur commise qui a déterminé le contractant à s'obliger. Mais l'application de cette règle si simple dans sa formule est fort difficile. Elle a exercé de tout temps la sagacité des jurisconsultes.

Droit romain. — Dans le vieux Droit romain, la formule du contrat seule importait. Une fois qu'elle était prononcée, le contractant ne pouvait pas invoquer une erreur qu'il aurait commise, même si cette erreur avait été provoquée par le dol de l'autre partie.

Mais, contre cette conception juridique primitive et désuète, une nouvelle théorie se dressa dès la fin de la République, qui invoquait le *respect de la volonté du contractant*. Celui qui est dans l'erreur, dit-on désormais plus équitablement, ne veut pas contracter : *Non videntur qui errant consentire*

1. V. Savigny *Traité de Droit romain*, trad. Guénoux, t. III, § 235 et s., p. 267. Appendice p. 327. ; Celice, thèse, Paris, 1922.

(116, § 2, D. *de reg. juris*, L, 17) ; *Errantis nulla voluntas* (20 D. *de aqua pluv.*, XXXIX, 3).

Toutefois, le Droit romain ne se dégagea jamais entièrement de sa conception première, et, sans se livrer jamais à la recherche psychologique de la volonté des contractants, il s'en tint toujours plus ou moins à la manifestation extérieure de leur volonté. Aussi n'est-il pas arrivé à des résultats bien satisfaisants en équité. Les cas d'erreur reconnus par lui se ramènent à des cas de déclarations ambiguës ou irréalisables. Il y avait, en effet, pour les Romains, trois cas d'erreur exclusive du consentement : l'erreur 1° *in negotio*, 2° *in persona*, 3° *in corpore*.

1° L'*error in negotio*, possible seulement dans les contrats non formels, est celle qui se produit quand l'une des parties a cru faire tel contrat, par exemple une vente, et l'autre partie un autre contrat, par exemple une location (5 C. *plus val. quod agitur*, IV, 22).

2° L'*error in persona* qui, remarquons-le, est *toujours*, pour les Romains, une cause de nullité, consiste à avoir contracté avec une personne en croyant traiter avec une autre.

3° Enfin, l'*error in corpore*, c'est-à-dire celle qui porte sur la chose, objet du contrat, se produit par exemple, si je crois acheter le fonds Sempronien et si vous croyez me vendre le fonds Cornélien (9 pr. D. *de contrah. empt.*, XVIII, 1). Rentre dans l'erreur *in corpore*, l'erreur *sur la substance* ou composition matérielle de la chose (exemple : j'ai cru en or un objet qui était en cuivre), mais seulement s'il s'agit d'un contrat de bonne foi (10 D. *de contrah. empt.*, XVIII, 1).

Ajoutons qu'en Droit romain l'erreur empêche la formation du contrat ; elle le frappe toujours d'une *nullité absolue*.

Ainsi, d'une part, les Romains, moins fins analystes ici qu'ils ne le sont à l'ordinaire, ont restreint à l'excès la protection due à l'erreur ; et, d'autre part, ils n'ont pas su en graduer les effets suivant sa gravité.

L'ancien Droit français. — Nos anciens auteurs ont suivi les règles du Droit romain (Pothier, *Obligation*, n^os^ 17 et s., éd. Bugnet, t. II, p. 13 ; *Proc. civ.*, n^os^ 737 et s., éd. Bugnet, t. X, p. 352). Mais ils ont modifié et perfectionné les solutions données par ses juriconsultes sur les points suivants :

1° *Erreur sur la substance.* — Pour Pothier, il y a erreur de ce genre, lorsqu'elle tombe sur la *qualité* que *les contractants ont eue principalement en vue* et qui fait la substance de la chose. On voit dans cette formule une nouvelle idée apparaître, plus souple, moins simpliste que celle des Romains pour qui la substance de la chose, c'est la *matière* qui en forme la composition.

2° *Erreur sur la personne du co-contractant.* — Ici encore, nous trouvons chez Pothier une distinction nouvelle et tout à fait heureuse : « Toutes les fois, nous dit-il, que la considération de la personne avec qui je veux contracter entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement et rend par conséquent la convention nulle. Au contraire, lorsque la considération de la personne avec

qui je croyais contracter n'est entrée pour rien dans le contrat, et que j'aurais également voulu faire ce contrat avec quelque personne que ce fût, comme avec celui avec qui j'ai cru contracter, le contrat est valable. »

Ajoutons que Pothier introduit un autre cas d'erreur (*Proc. civ.*, n° 737) : c'est l'erreur sur *la cause*. Par exemple, dit-il, « si un héritier passe un acte par lequel il s'oblige de payer une rente viagère à une personne à qui elle avait été léguée par le testament du défunt, dans l'ignorance où il est que ce testament a été révoqué, l'erreur dans laquelle il était sera un moyen suffisant pour obtenir des lettres de rescision, afin de se faire restituer contre cet engagement, lorsqu'il aura appris la révocation du testament. »

3° *Résultat juridique de l'erreur.* — Même progrès en ce qui concerne les effets de l'erreur. Pour nos anciens auteurs, l'erreur emporte, selon les cas, soit la nullité *absolue*, soit la nullité *relative* du contrat (Pothier, *Proc. civ.*, n° 737, éd. Bugnet, t. X, p. 353). « Il faut distinguer, dit Pothier, plusieurs espèces d'erreur. Il y a d'abord celle qui porte sur la *chose même* qui fait l'objet de la convention : *elle détruit entièrement le consentement*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, en ce cas, d'avoir recours aux lettres de rescision. Il en est de même de *l'erreur qui concerne la personne*, comme si je donne à Pierre, croyant donner à Jacques ; il n'y a aucun consentement, aucune convention, aucune donation. Au contraire, *l'erreur sur la qualité des choses*, l'erreur sur la substance, est une cause de restitution, c'est un moyen de rescision contre l'acquisition que j'en ai faite ».

Le Code civil. — L'article 1110, visiblement imprégné du souvenir de Pothier, ne parle que de deux espèces d'erreurs : l'erreur sur la *substance* et l'erreur sur la *personne*, lorsque la considération de la personne a été la cause principale de la convention.

L'article 1117 ajoute que la convention contractée par erreur n'est point nulle de plein droit, mais donne seulement lieu à une action en nullité. En d'autres termes, les deux espèces d'erreur indiquées par l'article 1110 sont des causes d'annulabilité du contrat. La nullité ne peut être invoquée que par celui qui a commis l'erreur.

On voit que, en ce qui concerne l'*erreur sur la personne*, les rédacteurs du Code se sont séparés de Pothier. De plus, leurs dispositions sont manifestement insuffisantes. Il a fallu que la Doctrine moderne en comblât les lacunes.

Théorie doctrinale moderne des effets de l'erreur. — L'erreur produit des effets différents selon les cas. Tantôt, elle est destructive du consentement, parce qu'elle résulte d'une méprise des parties sur ce qu'elles veulent respectivement et donne par conséquent lieu à une nullité absolue ; tantôt, elle est une cause de simple annulabilité (nullité relative) ; tantôt enfin, elle n'est pas prise en considération.

1° Erreur destructive du consentement. — On la rencontre dans des hypothèses, pratiquement très rares, qui sont au nombre de trois :

A. — L'erreur a porté sur la nature de la convention. C'est l'*error in ne-*

golio romaine. Exemple : un contractant a traité avec une compagnie d'assurances mutuelles, alors qu'il croyait traiter avec une compagnie d'assurances à primes fixes (Req., 6 mai 1878, D. P. 80.1.12, S. 80.1.125 ; Req., 18 décembre 1912, *Gaz. Pal.*, 1er mars 1913).

B. — L'erreur a porté sur l'identité de la chose qui fait l'objet du contrat. C'est l'*error in corpore*, plus théorique que pratique.

C. — L'erreur a porté sur la *cause* du contrat. On en rencontrera des exemples surtout en matière de paiement. C'est ainsi que le paiement pourra être annulé, dans le cas où un donneur d'ordre aurait payé le commissionnaire sans savoir que celui-ci avait fait contre lui la *contrepartie*, c'est-à-dire s'était rendu lui-même acquéreur des choses qu'il était chargé de vendre, ce qui le dispensait de lui payer une commission (Req., 28 octobre 1903, D. P. 1904.1.88, S. 1904.1.436 ; Civ., 28 mars 1904, D. P. 1905.1.65, note de M. Léon Lacour, S. 1904.1.456).

2° Erreur-cause d'annulabilité. — On la rencontre dans les deux cas suivants : l'erreur sur la personne, l'erreur sur la substance de la chose.

A. — *Erreur sur la personne.* — Elle n'est une cause de nullité, dit l'article 1110, al. 2, que *quand la considération de la personne a été la cause principale de la convention.*

C'est le juge qui décide d'après la nature de la convention, les circonstances particulières de la cause et l'intention des parties, si cette condition est ou non réalisée, s'il y a en un mot *intuitus personæ*. Dans les *contrats à titre gratuit*, il y aura toujours *intuitus personæ*. Mais il en sera de même dans nombre de contrats à titre onéreux, tantôt des deux côtés, par exemple, dans la société, tantôt du côté de l'un des contractants, par exemple, dans le contrat de travail passé avec tel ingénieur, tel employé, ou encore, dans le contrat d'entreprise conclu avec tel architecte, tel peintre, tel statuaire, tel médecin, etc.

Bien entendu, pour que l'erreur sur la personne soit une cause de nullité, il n'est pas indispensable qu'elle porte sur la personne physique ; il suffit qu'il y ait erreur sur *une qualité* de la personne que l'on avait principalement en vue et qui a été le motif déterminant de la convention. Ainsi, l'erreur sur la profession du locataire ou de l'assuré sur la vie peut faire annuler le bail ou l'assurance.

B. — *Erreur sur la substance.* — « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention, nous dit l'article 1110, 1er al., que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. » Que faut-il entendre par *substance* ? Nous touchons ici au point le plus délicat de la Doctrine moderne ; aucune expression n'étant peut-être susceptible de plus d'acceptions diverses[1].

Dans le système le plus strict, on s'attache à la notion *objective* de substance. La substance serait soit, comme chez les Romains, la matière de

1. Fubini, *Contribution à l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance*, Rev. trim. de Droit civil, 1902.

l'objet (j'ai acheté des flambeaux de bronze argenté que je croyais en argent), soit, ce qui est déjà moins étroit, l'ensemble des qualités ou propriétés dont la réunion détermine la *nature spécifique* de l'objet et le distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce. Cette opinion offre l'avantage d'un critérium objectif, mais elle est trop étroite. Une erreur sur une *qualité* de la chose, si importante qu'elle soit au point de vue de la valeur de cette chose, par exemple l'erreur sur l'*ancienneté* d'un bibelot, sur l'*origine* d'une œuvre d'art, notamment sur la personnalité de l'artiste qui l'a peinte ou sculptée, ne suffirait pas pour faire annuler le contrat ! Pourtant, il faut ajouter que les auteurs qui défendent cette opinion, MM. Aubry et Rau notamment, y apportent uu tempérament important. D'après eux, si les parties ont traité *en vue d'une qualité déterminée* énoncée dans le contrat ou sur la facture, cette qualité devient une condition de la convention, et son absence entraîne résolution du contrat.

Nous croyons cependant ce système inadmissible. Il remonte très en deçà de Pothier qui considérait comme pouvant être *substantielle* une qualité quelconque de la chose. Il a le grand tort de prétendre éliminer toute appréciation de la volonté des contractants, comme si cela était possible en une matière où c'est cette volonté, avec ses variétés et ses nuances, qui confère à chaque opération sa physionomie propre. Enfin, il n'a même pas l'avantage de fournir un critérium certain, car il est bien difficile de déterminer *a priori* ce qui donne à chaque objet son caractère spécifique, et d'éliminer par conséquent l'appréciation du juge, ce qui devrait être cependant le résultat d'un système objectif.

Nous croyons donc, négligeant les opinions intermédiaires, devoir nous rallier au système *subjectif*, d'après lequel il faut se livrer dans chaque espèce à la recherche de l'*intention des parties*. La substance de la chose, ce ne sera donc pas un ensemble d'éléments stables, toujours les mêmes, quels que soient les contractants. Ce seront, au contraire, des éléments variables avec chaque individu. Ce sera la qualité que le contractant ou les contractants avaient principalement en vue, celle qui les a *déterminés* à contracter, celle en un mot dont on peut dire : « Si l'intéressé avait connu son erreur, il n'eût certainement pas fait le contrat. »

C'est bien en ce sens que paraît s'être fixée la Jurisprudence. Ainsi, elle annule l'achat d'un objet d'art, lorsque cet objet d'art est de fabrication récente et que l'acheteur n'y attachait de prix qu'à raison de son antiquité présumée (Paris, 1er décembre 1877, S. 77.2.325 ; Civ. 25 juillet 1900, S. 1902.1.317 ; Trib. Seine, 14 mars 1914, *Gaz. Trib* , 1914, 2e sem. 2.40). Elle annule de même la vente d'un terrain destiné à la construction d'une école, s'il est ensuite reconnu que ce terrain, présenté comme suffisant par le vendeur, n'a pas la contenance exigée par l'administration pour autoriser l'ouverture de l'école (Orléans, 18 janvier 1895, D. P. 95.2.417) ; la vente de titres de bourse sortis à un tirage antérieur, et, dès lors, remboursables au pair, alors que l'acheteur a voulu acquérir des titres négociables, productifs d'intérêt, de valeur variable suivant le cours de la Bourse (Paris, 19 juillet 1890, D. P. 92.2.257, S. 91.2 81) ; la vente d'un tableau donné

comme étant de tel maître (Corot) alors que l'expertise démontre qu'il a été seulement retouché par lui (Rouen, 15 juillet 1911, D. P. 1912.2.367, S. 1912.2 252) ; la vente d'un lot de perles offertes et facturées comme perles fines, dans lequel avaient été mélangées des perles de culture (Req. 5 novembre 1929, D. H. 1929, 539).

Le vice du consentement ne résulte-t-il que d'une erreur commune ? — Exigera t-on que l'erreur commise l'ait été par les deux parties? Ou suffit-il d'une erreur *unilatérale*, pour qu'il y ait nullité du contrat ?

Il est évidemment plus rationnel d'admettre qu'il suffit d'une erreur commise par l'une des parties. Du moment, en effet, que l'un des contractants a traité en vue d'une qualité déterminante qui n'existe pas, son consentement est vicié, même si l'autre partie a ignoré l'erreur commise, même si elle a été de bonne foi. Et on peut trouver des décisions qui consacrent ce système. C'est ainsi qu'un arrêt a annulé une vente conclue par un mandataire, par suite d'une erreur de transmission télégraphique, à un prix inférieur à celui qu'avait fixé le mandant (Amiens, 11 mai 1854, D. P. 59.2.147, S. 55.2.186,. Pourtant cette solution qui est la plus logique, donne lieu aux deux observations suivantes :

A. — Elle est peut-être moins équitable en réalité qu'elle ne le paraît au premier abord. Un individu, découvrant chez un possesseur qu'il présume mal informé de la valeur de son mobilier, un tableau qu'il croit l'œuvre d'un maître, ou un meuble qu'il croit ancien, l'achète à un prix minime, spéculant ainsi sur l'ignorance supposée du vendeur. Puis il découvre que le tableau est d'un peintre inconnu ou que le meuble est moderne. N'est-il pas injuste qu'il puisse faire annuler la vente, à supposer — chose d'ailleurs bien souvent impossible — qu'il soit à même de démontrer son erreur ?

Aussi ne faut-il pas s'étonner si, dans la plupart des décisions judiciaires portant annulation d'un contrat pour cause d'erreur, on relève cette circonstance que l'erreur a été commise par les deux parties, qu'il y a eu promesse expresse ou implicite de la qualité envisagée comme substantielle par le contractant dans l'erreur — ou, tout au moins — que la qualité recherchée par lui ne peut, étant données les circonstances, avoir été ignorée par l'autre (V. Paris, 1er décembre 1873, S. 77.2.325 ; Agen, 30 avril 1884 sous Cass., D. P. 87.1.105, S. 87.1.153 ; Trib. Seine, 5 janvier 1911, *Gaz. Trib.* 26 février 1911).

B. — Si l'on admet qu'une erreur unilatérale peut être invoquée par son auteur contre le contractant de bonne foi, celui-ci, obligé de subir la nullité du contrat, aura certainement le droit de réclamer à l'autre des dommages-intérêts, à raison du préjudice qu'il lui aura causé par son imprudence et sa légèreté. Ces dommages-intérêts seront égaux à l'intérêt que le contractant de bonne foi aurait eu à ne pas traiter ; ils comprendront, par exemple, le bénéfice qu'un vendeur aura perdu en manquant de conclure la vente avec un autre amateur.

3° Cas où l'erreur n'est pas prise en considération. — Il y a plusieurs cas de ce genre :

A. — Erreur sur une qualité *non substantielle*, c'est-à-dire qui n'a pas été le motif déterminant du contrat. Vous avez acheté un meuble que vous croyiez ancien et signé d'un ébéniste célèbre. Son authenticité est établie. Qu'importe que ce meuble soit en bois de merisier au lieu d'être en bois de noyer, comme vous l'aviez cru ? De même, la Jurisprudence se refuse à annuler la négociation d'actions non libérées du quart à l'insu de l'acquéreur ; leur libération ne serait pas une qualité substantielle (Lyon, 23 janvier 1884, S. 84.2.49, note de M. Lyon-Caen ; Civ., 9 novembre 1892, D. P. 93.1.73, S. 93.1.361, 2 arrêts). Nous trouvons cette seconde solution bien radicale, et il peut y avoir telle hypothèse où le versement du premier quart aura été une considération essentielle pour l'acquéreur.

B. — L'erreur sur les *motifs* du contrat n'est pas davantage une cause de nullité. Cette erreur est en effet *antérieure* au contrat, elle porte sur des éléments de décision essentiellement subjectifs, variables avec les individus et le plus souvent inconnus de l'autre partie. Voici un exemple très intéressant : Un individu dote une jeune fille sur le point de se marier, parce qu'il croit qu'il vient d'hériter d'une somme considérable. Mais il découvre ensuite un testament qui l'a déshérité à son insu. La constitution de dot n'en sera pas moins valable (D. J. G., *Obligations*, 115 ; V. aussi Civ., 26 mai 1891, D. P. 91.1.352, S. 91.1.248). La règle cependant souffre deux exceptions :

a) Si le motif a été *énoncé* dans le contrat comme une *condition* du consentement donné, le contrat sera nul en cas d'erreur. On pourra dire alors qu'il y a eu erreur sur la substance. Ici, la volonté des parties a transformé une qualité accidentelle en qualité substantielle.

b) En matière de *donation* ou de *legs*, une tradition constante admet que l'erreur sur le motif emporte la nullité de la disposition, s'il est établi que le disposant en a fait la condition de sa disposition (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 82, éd. Bugnet, t. VIII, p. 229 ; Furgole, *Des testaments*, ch. V, sect. IV, n^os^ 2 et s., 21 et s.).

C. — L'erreur sur la *solvabilité* du contractant n'est pas non plus une cause de nullité (Civ., 5 août 1874, D. P. 75.1.105, S. 74.1.437).

D. — Il en est de même de l'erreur sur la *valeur* de la chose. Elle constitue une *lésion* et ne peut être une cause de rescision qu'au profit d'un mineur ou dans certains cas exceptionnels.

On relèvera cependant qu'en matière de vente de fonds de commerce, certains arrêts se sont fondés sur une erreur commise par l'acheteur quant à la valeur du fonds, alors que cependant il n'y avait pas eu dol du vendeur, pour prononcer non la nullité, mais la *réduction* du prix (Paris, 9 novembre 1899, D. P. 1900.2.210, S. 1900.2.296 ; Civ., 15 février 1898, D. P. 98.1.192, S. 98.1.445). Ces décisions nous paraissent peut-être équitables, mais manifestement contraires à la loi. On n'aurait pu les justifier qu'en disant que la valeur du fonds de commerce avait été une qualité substantielle pour l'acheteur. Mais alors, la sanction de l'erreur eût dû être, non une diminution du prix, mais la nullité de la vente.

II. — Dol et violence

Le second et le troisième vices du consentement sont le dol et la violence. Il est nécessaire de les étudier simultanément.

Définition du dol. Ses éléments caractéristiques. — On appelle dol, dit Pothier, « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper autrui » : *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendumve alterum adhibitam* (Labeo, 1 § 2, D. *de dolo malo*, IV, 3).

Domat donne également du dol une définition qui mérite d'être rapportée : « On appelle dol, dit-il, toute surprise, fraude, finesse, feintise et toute autre mauvaise voie pour tromper quelqu'un » (*Loix civiles*, liv. I. tit. 18, sect. 3).

Le dol s'étend, on le voit, depuis les simples affirmations mensongères jusqu'aux machinations frauduleuses consistant dans l'emploi de faux témoins on de fausses pièces, employées pour faire naître l'erreur dans l'esprit d'une personne et la déterminer à contracter.

Ainsi, il ne faudrait pas croire que le simple fait de mentir soit insuffisant pour constituer un dol. Tout dépend des circonstances, tout dépend aussi de la nature du mensonge et surtout des habitudes de la vie courante et normale.

Sans doute, il y a bien des cas dans lesquels l'allégation mensongère n'est pas à elle seule *équivalente au dol*. Il en est ainsi notamment des exagérations du vendeur qui vante sa marchandise, si, comme disait Domat, « ce ne sont que des finesses dont l'acheteur puisse se défendre et dont la vente ne dépende pas ». Et, en effet, le commerce ne va pas sans un certain art de tromperie qui n'est qu'une habileté permise, *dolus bonus*, disaient les Romains, art que les tribunaux se montrent enclins à largement excuser (V. Riom, 12 mai 1884, S. 85.2.13). De même, les promesses fallacieuses, si elles ont été faites sans manœuvre caractérisée, ne constituent pas le dol. Il en est ainsi principalement lorsque ces promesses résultent d'affiches ou de prospectus financiers qui, disent certains arrêts, n'ont jamais été considérés comme l'expression exacte de la vérité V. Amiens. 14 février 1876 sous Cass., S., 77.1.49 ; Paris. 20 janvier 1861, sous Cass.. D. P. 62 1.429, S. 62.1 429, S. 62.1.849). Enfin, nous savons que le simple fait par un incapable de se présenter comme capable à celui avec qui il contracte, ne l'empêche pas de se prévaloir de son incapacité (art. 1307).

Mais il y a d'autres cas où l'*affirmation mensongère* est à elle seule constitutive du dol. Ainsi, il est bien évident que le fait par un vendeur d'affirmer catégoriquement l'existence d'une qualité déterminée sur laquelle l'acheteur appelle son attention, est une manœuvre frauduleuse. De même, la simple *réticence* peut, dans certains cas, constituer un dol. Il en est ainsi en matière d'*assurance*, où, d'après l'article 348 du Code de commerce,

toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance (V. encore Civ., 17 février 1874, D. P. 74.1.193, S. 74.1.248; Douai, 16 mai 1914, *Rec. Douai* 1914, 214).

On peut se demander si le dol est un vice distinct de l'erreur. Le dol, en effet, a pour but de tromper le contractant, de lui faire croire une chose qui n'existe pas, ou de lui cacher un fait. Donc, il engendre l'erreur chez celui qui en est victime. Aussi, dit-on souvent que, dans le cas de dol, le consentement est nul, parce que le contractant l'a émis sous l'empire d'une erreur. Cette analyse ne nous paraît pas exacte. C'est bien le *dol* qui enlève au contractant la faculté d'apprécier sainement les choses, de se rendre un compte exact des conditions du contrat. Le dol prive le contractant de sa liberté, tout comme la violence. Il vicie le consentement. Il ne fait pas qu'engendrer une erreur, il en accentue les effets. En prononçant la nullité du contrat que le dol a fait conclure, la loi veut punir le contractant qui, pour déterminer l'autre à contracter, se livre à des actes répréhensibles.

C'est pourquoi l'erreur provoquée par le dol est de plus grande conséquence que l'erreur simple; elle est *toujours* une cause de nullité, du moment qu'elle a déterminé la partie trompée à contracter. Ainsi, l'*erreur sur les motifs* ou sur la *solvabilité*, ou sur la *valeur de la chose*, *annule le contrat*, quand elle est le résultat des manœuvres frauduleuses de l'autre partie.

Définition de la violence. Conditions exigées pour qu'elle vicie le consentement. — La violence est la contrainte physique ou morale exercée sur un individu pour le déterminer à conclure un acte. Elle est une cause de nullité, parce que la crainte que fait naître la violence vicie la volonté du contractant. Il faut pour cela deux conditions :

1° La violence doit être « de nature à faire impression sur une personne raisonnable » (art. 1112-1113).

Le Droit romain se montrait ici plus sévère : il exigeait que la violence fût capable d'émouvoir l'homme le plus courageux, *constantissimum virum* (6, D. *quod metus causa*, IV, 2). L'article 1112, al. 2, vient encore atténuer la règle qu'il édicte en ajoutant qu' « on a égard en cette matière à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Vainement l'auteur de la violence alléguerait-il que le mode de contrainte employé par lui (par exemple, la menace de jeter un sort sur les bestiaux ou d'envoûter les enfants du contractant) n'était pas de nature à faire impression sur une personne raisonnable. La nullité n'en devra pas moins être prononcée si ces menaces ridicules ont été adressées à une personne de condition et d'intelligence très inférieures. Inversement, une contrainte de nature à faire impression sur une personne raisonnable ordinaire suffirait à annuler le contrat, même si l'auteur de cette contrainte prétendait démontrer qu'il a eu affaire à un homme d'une intelligence et d'une énergie tellement exceptionnelles que ses manœuvres devaient le laisser indifférent.

2° Il faut que la violence soit *injuste* ou *illicite*. C'est pourquoi l'article 1114 nous dit que « la seule crainte révérentielle envers le père, la mère

ou autre ascendant sans qu'il y ait eu violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat ».

Cette seconde condition donne lieu à divers problèmes intéressants.

Un créancier menace son débiteur de le saisir s'il ne veut pas lui donner une garantie. Un patron menace son employé de le faire arrêter si celui-ci se refuse à signer une reconnaissance de dette, en réparation de détournements qu'il avoue avoir commis. Dans ces deux cas, il ne pourra pas en principe y avoir demande en nullité, car la saisie ou la plainte redoutées par le débiteur ne sont que les conséquences normales et légitimes du droit qu'il avait donné contre lui à son créancier. Toutefois, ici encore, il faut tenir compte des circonstances ; et l'engagement pourrait être annulé pour cause de violence si les menaces avaient été employées afin d'arracher à la personne un engagement *excessif* et dépassant la réparation due au créancier. (Civ , 9 avril 1913, D. P. 1917 1.103).

De même, supposons qu'un individu se fasse promettre une somme excessive pour venir au secours d'un autre qui se trouve en grand péril Par exemple, un bateau se trouvant en perdition, le capitaine d'un autre bateau se fait promettre une somme énorme pour porter secours au premier. Il y a là une odieuse contrainte exercée contre le débiteur. Ne peut-on pas dire cependant que son auteur n'a exercé aucune violence, puisque ce dont il a menacé son contractant, c'était de ne pas remplir auprès de lui un office auquel il n'était pas obligé ?

Les Romains admettaient que l'on n'était pas restituable contre la promesse d'une somme même exagérée qu'on aurait promise pour obtenir secours d'une autre personne contre l'ennemi ou contre des brigands ; le chiffre de la récompense ne pouvait être contesté, à raison de l'importance du service rendu (*Sent.* de Paul, liv. V, tit. 11 § 6 ; 9, § 1, D. *quod metus*, IV, 2). Mais le Droit moderne se montre moins respectueux d'un engagement conclu dans de telles conditions. Déjà Pothier (*Obligations*, n° 24) décidait que, s'il y avait excès, la somme promise pouvait être réduite. La Cour de cassation a admis la même solution en matière de sauvetage maritime (Req., 27 avril 1887, D. P. 88.1.263, S. 87.1.372). Et sa jurisprudence a été conservée et étendue par la loi du 29 avril 1916 (art. 7), aux termes de laquelle toute convention d'assistance ou de sauvetage, passée au moment et sous l'influence du danger, peut, à la requête de l'une des parties, être modifiée ou annulée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas en proportion équitable avec le service rendu.

Distinction entre le dol principal et le dol incident. — Cette distinction traditionnelle est l'œuvre de nos anciens auteurs qui ont cru en trouver la trace dans les textes du Digeste. Voici en quoi elle consiste.

Du moment que le dol est considéré comme un vice de la volonté, il ne doit être une cause de nullité qu'autant qu'il a exercé une influence déci-

sive sur la déclaration de volonté du contractant, c'est-à-dire qu'il a été *déterminant*. Si, au contraire, il n'a pas eu cet effet, la manifestation de volonté n'est pas viciée, et le contrat ne peut être annulé. On appelle *dol principal* le dol déterminant, et *dol incident* le dol non déterminant. L'article 1116 adopte bien en effet la distinction, car il nous dit que le dol est une cause de nullité « lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles *qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Donc, le seul dol qui soit une cause de nullité, c'est celui qui a déterminé à contracter, *dolus dans causam contractui*, c'est-à-dire le dol principal. Il n'y a pas cause de nullité, si le dol a eu seulement pour effet de modifier les conditions normales du contrat. Un dol de ce genre ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts, comme constituant un *délit civil*, au profit du contractant qui en a subi les effets.

Si spécieuse qu'elle soit en logique pure, cette distinction, qu'on a vainement essayé de retrouver dans certains textes du Digeste, est factice et n'a pas peu contribué à obscurcir le sujet. En effet, le dol est toujours employé pour peser sur la volonté du contractant, et cela, qu'il ait pour but de le pousser à faire un contrat, ou qu'il tende à lui faire agréer des conditions autres que celles qu'il aurait acceptées s'il n'avait pas été trompé. Par conséquent, dans les deux cas, la vraie réparation doit consister à permettre à la partie lésée de demander la nullité. Et c'est vraiment convier le juge à une œuvre presque impossible que de lui imposer de rechercher si les conditions sur lesquelles a porté le dol ont été ou non considérées comme déterminantes par la victime.

Malgré ces objections, la Jurisprudence est bien obligée de tenir compte de la distinction formelle établie par l'article 1116 du Code civil ; elle écarte donc la nullité, lorsque le dol n'a pas été la *cause déterminante* de la volonté (Req., 14 juillet 1862, D. P. 62.1.429, S. 62.1.849 ; Rennes, 7 juin 1878, D. P. 79.2.125, S. 79.2.241).

De qui doivent émaner le dol et la violence pour constituer un vice du consentement ? — Une autre distinction, celle-ci remontant authentiquement à la doctrine romaine, doit être établie suivant la personne de qui émane la violence ou le dol.

S'agit-il du vice de *violence*, celui qui en a été la victime peut l'invoquer pour demander la nullité du contrat, alors même que les menaces auxquelles il a cédé émanent d'un tiers autre que le co-contractant et que ce dernier n'en a pas été complice (9, § 1, D. *quod metus*, IV, 2).

Il n'en est pas de même en matière de dol. Lorsque les manœuvres dolosives émanent d'un tiers, elles sont sans influence sur le contrat (4, § 33, D. *de dolo malo*, XLIV, 4).

Cette distinction est consacrée de nos jours par l'article 1116 qui nous dit que le dol est une cause de nullité lorsqu'il résulte des manœuvres pratiquées *par l'une des parties* ». Dès lors, si le dol émane d'un *tiers*, il n'est pas une cause de nullité ; sa sanction réside uniquement dans le droit qui appartient à la partie lésée de réclamer au coupable des dommages-intérêts

Logiquement, cette distinction est, elle aussi, difficilement explicable. Il paraîtrait préférable que le dol, comme la violence, emportât annulation du contrat, même quand il émane d'un tiers autre que le contractant. En effet, le dol, comme la violence, altère le consentement de la victime et lui enlève par conséquent toute valeur, quel que soit l'auteur des manœuvres employées.

On peut cependant justifier la distinction traditionnelle par des considérations pratiques. Quand le dol est l'œuvre d'un tiers et non du co contractant, la victime n'a rien à reprocher à ce dernier, lequel est innocent de toute faute et ne doit pas subir, par l'annulation du contrat, les conséquences des actes dolosifs dont un autre s'est rendu coupable. Mais ne faudrait-il pas en dire autant pour le cas où il s'agit de violence et où les menaces sont l'œuvre d'un étranger ? On répond qu'il est plus difficile de se défendre contre la violence que contre le dol ; celui contre qui on emploie des manœuvres frauduleuses peut y échapper s'il est prudent, avisé, perspicace ; quand, au contraire, on est l'objet de menaces, on est trop souvent obligé de s'incliner. Mais une telle argumentation est vraiment bien faible. Il est, le plus souvent, dans notre état de civilisation, plus facile de résister à la violence ouverte que de se défendre contre une erreur causée par des manœuvres insidieuses. La seule solution équitable et rationnelle consisterait à protéger l'individu trompé comme l'individu violenté dans tous les cas, et, par conséquent, à lui permettre toujours de demander la nullité du contrat.

Quoi qu'il en soit, la Jurisprudence a fait une application intéressante de la distinction traditionnelle en matière de sociétés par actions. Elle a décidé qu'un souscripteur d'actions, poursuivi par le syndic d'une société en déconfiture qui lui réclame le versement total du solde de ses actions, ne peut pas se prévaloir contre la masse du dol pratiqué par le gérant pour le déterminer à souscrire les actions. En effet, les actionnaires sont directement obligés envers les créanciers. Ceux-ci sont des tiers à l'égard du gérant de la société (Req., 10 février 1868, D. P. 68.1.379, S. 68 1.149 ; Paris, 26 avril et 9 mai 1877, D. P. 78.2.81, S. 80.2.331). De même, si l'actionnaire prétend que la cession qui l'a rendu propriétaire était entachée de dol, il n'a aucun recours contre la société, car ce dol n'est pas imputable à celle-ci (Dijon, 10 avril 1867, S. 68.2.342).

Tempéraments à la règle. — La règle d'après laquelle le dol commis par un tiers est sans influence sur le contrat comporte d'ailleurs plusieurs tempéraments et exceptions.

1° D'abord, et par le simple jeu des principes généraux, il en est autrement s'il apparaît que le dol a déterminé dans l'esprit de la victime une erreur destructive de sa volonté ou la viciant assez profondément pour rendre l'acte annulable. Alors, le contrat pourra être attaqué, non à raison du dol commis par le tiers, mais à raison de l'erreur qu'il a entraînée.

2° *Les donations entre vifs* sont annulables pour dol même si les manœuvres dolosives émanent d'un tiers autre que le donataire. C est une so-

lution traditionnelle (Furgole, *Traité des testaments*, ch. V, sect. 3, n° 27). On l'explique en disant que la donation doit procéder uniquement de l'esprit de bienfaisance et d'affection ; elle perd donc sa raison d'être du moment que la volonté du donateur a été égarée par des manœuvres frauduleuses. En outre, le donataire n'est pas aussi digne d'intérêt qu'un contractant ordinaire ; *certat de lucro captando* (Req., 27 juin 1887, *Motifs*, D. P. 88.1.304, S. 87.1.419).

3° La règle ne s'applique pas non plus aux *actes unilatéraux* (reconnaissance d'enfant naturel, acceptation de succession, testament, etc.) (V. art. 783). Ainsi, on pourra poursuivre l'annulation d'un legs pour manœuvres dolosives pratiquées par un tiers autre que le légataire (Req., 2 janvier 1878, D. P. 78.1.136, S. 78.1.103).

III. — De la lésion[1].

Définition. Caractère exceptionnel de la rescision pour cause de lésion. — On entend par lésion le préjudice qu'une personne peut éprouver quand elle accomplit un acte juridique.

Ce préjudice, dont on ne peut évidemment concevoir l'existence s'il s'agit d'acte à titre gratuit, peut se produire dans les contrats à titre onéreux synallagmatiques et dans certains actes unilatéraux comme l'acceptation ou la répudiation d'une succession, d'un legs universel ou à titre universel.

Que la constatation de ce préjudice puisse conduire à annuler l'opération qui l'a causé, cela ne résulte pas de ce que la loi exige objectivement, pour la validité des opérations juridiques, un certain équilibre entre le sacrifice consenti par l'auteur de l'acte et le bénéfice qu'il en retire, mais de ce que la lésion suppose que la personne lésée s'est trompée sur la véritable valeur de la prestation, ou a contracté sous l'empire d'un pressant besoin d'argent qui lui a fait accepter des conditions très désavantageuses. La lésion est donc moins un vice spécial de la volonté que l'indice, la révélation d'un des vices que nous connaissons déjà, l'erreur ou la contrainte.

Que la lésion ainsi comprise doive être une cause de nullité des actes juridiques, c'est ce qui n'a d'ailleurs jamais été admis sans réserve par aucune législation, et cela pour plusieurs raisons, dont la principale est la difficulté qu'il y aurait à apprécier la valeur de telle ou telle prestation, étant donné le caractère fatalement subjectif et variable de cette valeur suivant les individus et les circonstances.

Cependant, le Droit romain avait établi une action fondée sur la lésion dans deux cas exceptionnels. D'abord, il admit la *restitutio in integrum* en faveur *des mineurs de vingt-cinq ans* qui avaient subi une lésion. Et, en second lieu, une constitution attribuée par le Code à Dioclétien, mais datant vraisemblablement de Justinien (2 et 8, C. *de rescind. vend.*, IV, 44), permit au vendeur d'attaquer la *vente* pour cause de lésion.

Nos anciens auteurs accueillirent ces exceptions et même les élargirent à certains égards. En ce qui concerne la vente, ils exigèrent une lésion *énor-*

1. V. Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1924.

mis, c'est-à-dire dépassant la moitié, et restreignirent au vendeur d'immeubles le bénéfice de l'action en rescision. Mais, d'autre part, ils montrèrent une certaine tendance à étendre le champ d'application de la rescision, et à l'admettre en cas de lésion énorme dans tous les contrats commutatifs (Pothier. *Obligations*, n° 33).

Le Droit intermédiaire abolit, au contraire, l'action en rescision pour lésion dans la vente immobilière. Bien plus, la loi du 14 fructidor an III déclara suspendue provisoirement toute instance en cours tendant à ce but. C'est qu'en effet, le nombre des actions en rescision s'était étrangement multiplié par suite de la baisse effroyable des assignats. Dans certains départements, il avait plus que décuplé. Les auteurs de ventes récentes d'immeubles, sous l'impulsion d'agents d'affaires véreux, mettaient tout en œuvre pour reprendre leurs anciennes possessions dont la valeur au moins nominale avait extraordinairement grandi, le numéraire faisant défaut, et les assignats ayant subi une énorme dépréciation (V. encore lois 19 floréal an VI et 2 prairial an VII).

Le Code civil, rompant en principe avec la tradition de l'ancien Droit, décide que la lésion n'emporte pas nullité des contrats. C'est aux contractants à se défendre eux-mêmes et à connaître la valeur des prestations qu'ils promettent et de celles qui leur sont promises.

Cependant, le principe comporte certaines exceptions. « La lésion, porte l'article 1118, ne vicie les conventions que *dans certains contrats* et *à l'égard de certaines personnes*. » Les mots « à l'égard de certaines personnes » visent la rescision pour lésion organisée par l'article 1305 en faveur des mineurs (V. tome 1er, p. 559 et s.). Les mots « dans certains contrats » se réfèrent aux trois hypothèses exceptionnelles où la lésion — pourvu qu'elle atteigne un chiffre élevé — permet à un majeur d'obtenir la rescision de son engagement. Ces hypothèses sont les suivantes :

1° Le Code admet la rescision pour lésion *de plus de sept douzièmes* au profit du *vendeur d'immeubles* (art. 1674). Nous reviendrons plus loin sur cette variété de rescision en traitant de la *Vente* ;

2° Il l'admet aussi en cas de lésion *de plus du quart* en matière de *partage* (art. 887 et s.). Cette exception que l'on fonde à tort sur une constitution de sens fort équivoque de Dioclétien (3 C. *Commun. utriusque jud.*, III, 38) et qui remonte en réalité à nos anciens auteurs (Dumoulin, *De usur.* Quest. 14, n° 182 ; Pothier, *Obligations,* n° 35), se justifie sans peine par cette idée que l'*égalité est l'âme des partages* ;

3° Enfin, l'article 783 établit aussi une variété de rescision pour cause de lésion, en permettant à l'héritier de faire annuler l'acceptation qu'il a faite d'une succession, s'il vient à découvrir postérieurement un testament contenant des legs qui absorbent ou diminuent de plus de moitié la succession par lui acceptée.

Nous traiterons de ces deux derniers cas de rescision dans notre troisième volume.

Insuffisance des mesures prises contre la lésion. — En dehors

des cas indiqués, la lésion quel qu'en soit le chiffre, ne permet jamais au contractant de demander la rescision du contrat qu'il a conclu. Le Code civil notamment le déclare expressément, en ce qui concerne l'*échange* (art. 1706) et la *transaction* (art. 2052, al. 2).

Et la Cour de cassation a, dans plusieurs arrêts, affirmé cette règle que la lésion, quelle qu'en soit l'importance, n'est pas une cause d'annulation (V. Civ., 20 décembre 1852 D. P. 53.1.95 ; 12 décembre 1853, D. P. 54.1.20, S. 54.1.333 ; Civ., 20 nov. 1906, D. P. 1907.1.80, S. 1908.1.29, cassant des décisions de conseils de prud'hommes qui avaient prononcé la rescision de contrats de travail conclus moyennant un salaire insuffisant).

Cette règle est présentement jugée trop sévère par de nombreux écrivains. Sous prétexte de respecter la liberté des contrats, disent-ils, le législateur laisse à la merci d'acheteurs sans scrupules les gens dans le besoin, obligés de vendre à tout prix des objets mobiliers pour se procurer des ressources.

L'expérience prouve d'autre part que les ouvriers et les paysans sont très fréquemment les victimes d'aigrefins ou d'escrocs qui profitent de leur inexpérience pour leur vendre des marchandises ou des obligations à lots à des prix qui dépassent de beaucoup la valeur réelle des choses vendues. L'exploitation du besoin ou de l'inexpérience des pauvres gens est un fait malheureusement trop fréquent, et c'est un acte qui mérite d'être réprimé au même titre que l'usure proprement dite, car ce n'en est qu'une des formes. Aussi, une réaction contre les solutions exagérément individualistes du Code commence-t-elle à se dessiner. Nous verrons qu'une loi du 8 juillet 1907 est intervenue pour défendre les agriculteurs contre les marchands d'engrais. Nous aurons également l'occasion, à propos de la vente, de parler de la loi du 12 mars 1900 qui a pour but de réprimer les abus commis en matière de vente à crédit de valeurs de Bourse, et de celle du 14 décembre 1926 qui a interdit la vente des valeurs à lots s'effectuant par paiements fractionnés comme donnant lieu à de véritables escroqueries au détriment des acheteurs.

Mais ce sont là des mesures insuffisantes. Une sanction plus générale contre la lésion a été réclamée, particulièrement dans la matière du contrat de travail, où les ouvriers, et spécialement les travailleurs à domicile, ont besoin d'être protégés. Bien des jurisconsultes souhaiteraient de voir introduire dans notre législation un texte analogue à l'article 21 du Code suisse des Obligations de 1912, lequel est ainsi conçu : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat. »

Le Code civil allemand, lui aussi, contient un texte répondant au même but, mais fondé sur une autre idée, celle de l'atteinte aux bonnes mœurs ; c'est l'article 138, ainsi conçu : « Un acte juridique qui porte atteinte aux

bonnes mœurs est nul. — Est nul un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation ou promesse on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient dans une disproportion choquante par rapport à la prestation ».

SECTION II. — OBJET DU CONTRAT.

Que faut-il entendre par l'objet du contrat ? — Aux termes de l'article 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 ». Dans cette définition, il y a une certaine confusion. A proprement parler, un contrat n'a pas d'objet. Le contrat est en effet un acte juridique qui a pour effet de créer des obligations soit à la charge des deux parties. soit à la charge de l'une d'elles. *Ce sont ces obligations qui ont un objet*, lequel peut consister soit dans une chose matérielle, soit dans un fait, soit dans une abstention. C'est donc par ellipse que l'on parle de *l'objet du contrat*. Ceci dit, il saute aux yeux que dans les contrats synallagmatiques. il y a autant d'objets que d'obligations ; dans les contrats unilatéraux, au contraire, il n'y a qu'un objet. En somme, l'objet du contrat c'est la prestation ou les prestations imposées par ce contrat.

Libre détermination de l'objet. — Une prestation quelconque peut être visée dans le contrat. Nous sommes en effet ici dans une matière gouvernée par la volonté libre des parties. Celles-ci peuvent conclure toutes sortes de contrats, pourvu que ces contrats ne violent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs. Sous cette seule réserve, la liberté des contractants est entière.

Ainsi, les contrats peuvent avoir pour objet non seulement les choses *présentes*, mais les choses *futures* (art. 1130, C. civ.). En fait, les contrats sur choses futures sont très fréquents. Les ventes commerciales, par exemple, sont très fréquemment des ventes de marchandises que le vendeur s'engage à fabriquer.

L'expression de *choses futures* doit d'ailleurs être prise dans un sens très compréhensif embrassant non seulement les objets matériels, mais les droits à venir. La règle de l'article 1130 signifie donc qu'un contrat peut avoir pour objet un droit non encore né, conditionnel, ou simplement éventuel. Par exemple, un entrepreneur peut céder à l'avance le prix de travaux dont il compte devenir adjudicataire ; un auteur vendre à un éditeur un ouvrage qu'il se propose d'écrire. De même, un co-propriétaire d'un immeuble peut transmettre à autrui la part qui lui reviendra dans le prix de licitation, avant même la mise aux enchères (Civ., 26 mai 1886, D. P. 86.1.281, S. 86.1.256). De même encore, on peut valablement constituer une hypothèque pour garantir une créance non encore née, notamment pour garantir une ouverture de crédit.

Règles théoriques concernant l'objet des obligations. — Clause de porte-fort. — Traditionnellement on enseigne que, pour qu'une chose ou une prestation puisse être l'objet d'un contrat, quatre conditions sont requises. Il faut :

1° Que les parties aient intérêt à la prestation promise ;

2° Que la chose promise soit déterminée ou déterminable (art. 1129) ;

3° Que la prestation soit possible ;

4° Qu'elle soit personnelle au promettant.

Pratiquement ces règles n'ont qu'une importance tout à fait secondaire et n'expriment en général que des vérités d'évidence. Il suffit de les reprendre successivement pour le démontrer :

1° Les auteurs disent ordinairement que l'objet du contrat doit présenter un *intérêt pécuniaire* pour le créancier. Un simple *intérêt moral* ne suffirait donc pas pour faire naître un engagement valable.

Mais la pratique n'admet pas cette prétendue distinction, qu'ignorent complètement les droits étrangers, et qu'aucun texte positif ne consacre en somme dans notre Code. Aucune décision de jurisprudence ne l'a jamais appliquée ; et cela se comprend aisément. Quel que soit l'intérêt qui détermine une personne à contracter, la volonté des parties doit être respectée du moment qu'elle ne viole ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs.

2° Il faut, dit le Code (art. 1129), que la chose soit *déterminée* ou *déterminable*. Simple truisme en vérité. Il est bien évident que les contractants doivent indiquer quelles sont les choses qui font l'objet de leur contrat, et, s'il s'agit de choses de genre, en indiquer la quantité, soit expressément, soit tacitement. Jamais deux personnes sensées ne feront un contrat sans que l'objet en soit déterminé ou déterminable. Aussi, ne trouvons-nous ici encore aucune décision de jurisprudence.

3° Il faut que la chose soit *possible*. *Impossibilium nulla est obligatio*. Cela va encore de soi. On peut concevoir cependant quelques applications de cette condition dans le cas où, au jour où les parties ont contracté, la chose qu'elles avaient en vue se trouvait, à leur insu, être devenue impossible. Par exemple, supposons qu'au lendemain de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée, qui a supprimé le remplacement militaire, deux personnes eussent fait un contrat de remplacement, ignorant la promulgation de la loi ; ce contrat aurait été nul faute d'objet possible.

La règle ne vise d'ailleurs que l'impossibilité *originaire* qui empêche le contrat de se former. Si l'impossibilité survient une fois le contrat noué, celui-ci n'est pas nul ; mais il y a ou il n'y a pas, selon la cause de l'impossibilité, libération du débiteur.

4° Il faut enfin que le fait promis par le promettant lui soit *personnel*. L'article 1119 exprime cette condition en nous disant : « On ne peut s'engager que pour soi-même. » *Nemo alienum factum promittere potest*. Mais, ici encore, pratiquement, jamais on ne rencontre de contrat tombant sous le coup de la règle. Il arrive souvent qu'une personne promette le fait d'autrui. Seulement lorsqu'il en est ainsi, il y a toujours contrat valable, car le promettant s'engage lui-même par cela seul qu'il promet le fait d'autrui. Ce

qu'il promet en effet, c'est de *faire en sorte* que le tiers par lui visé accomplisse la prestation promise, ou simplement s'oblige à l'accomplir. Dans le second cas, il y a contrat de *porte-fort,* et le porte-fort est libéré quand le tiers s'est engagé. Dans le premier cas, à la convention de porte-fort s'ajoute un cautionnement, et le porte-fort-caution est libéré quand le tiers a accompli la prestation visée. Dans les deux cas, le promettant s'oblige personnellement. C'est ce que constate l'article 1120 qui se hâte d'ajouter : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. » Cette seconde proposition détruit la première ; elle lui enlève tout effet, car toutes les fois qu'une personne « promet le fait d'autrui », on devra présumer que, dans la pensée des parties, il y a convention de porte-fort. La règle énoncée par l'article 1119 prend donc la physionomie d'une règle morte ; c'est une survivance historique qui n'a plus aucun intérêt.

Choses qui ne peuvent être l'objet d'une obligation contractuelle. — La seule règle vivante et pratique en la matière, la seule restriction intéressante apportée ici à la liberté des parties consiste en ce que l'objet du contrat ne doit être ni contraire aux bonnes mœurs, ni contraire à l'ordre public.

Il est impossible d'indiquer les très nombreuses applications que la Jurisprudence a faites de cette règle. Nous nous contenterons de signaler les deux principales ; ce sont les suivantes :

1° Le contrat ne peut pas avoir pour objet une chose hors du commerce ;

2° Il ne peut pas avoir pour objet une succession non ouverte.

Choses hors du commerce. — La règle est formulée par l'article 1128. Elle a de nombreuses applications. Ainsi, les contrats ne peuvent avoir pour objet les choses non susceptibles d'appropriation privée, comme celles du domaine public.

Il y aussi des choses que le législateur soustrait aux libres conventions des parties pour des raisons d'ordre public ou d'intérêt général.

Tels sont :

1° L'*état* et la *capacité* des personnes. Nous savons déjà que les particuliers ne peuvent pas, par leurs conventions, modifier les règles légales constitutives de l'état et de la capacité.

2° La *liberté* de l'individu sous ses différentes formes : liberté de travailler, liberté de faire le commerce, etc. Est interdit tout contrat qui porterait gravement atteinte à cette liberté. Ainsi, l'article 1780, alinéa 1er, proclame qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée.

3° Les *fonctions publiques.* Celui qui en est investi ne peut donc pas en disposer. Cependant, nous savons que les offices ministériels représentent pour leur titulaire une véritable valeur patrimoniale, puisqu'il jouit du droit de présenter un successeur à l'agrément du gouvernement, et peut stipuler du cessionnaire un prix de cession.

4° Enfin, la loi apporte des restrictions à la circulation de certaines choses pour des raisons diverses. C'est ainsi que les biens dotaux sous le régime dotal sont inaliénables. De même la mise en vente des substances vénéneuses est réglementée ; la vente des animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladie contagieuse est prohibée, etc.

Successions non encore ouvertes[1] **.** — Aux termes de l'article 1130, alinéa 2, 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 ». C'est la fameuse prohibition des *pactes sur successions futures*. On la rencontre dans d'autres textes encore, notamment dans l'article 1600, et dans l'article 1389, d'après lequel les futurs époux ne peuvent, dans leur contrat de mariage, faire aucune convention où 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. »

Ces textes sont fort larges : ils interdisent tous les contrats, quels qu'ils soient, relatifs à une succession future. Mais ces contrats peuvent se ranger en deux groupes, qu'il importe de bien distinguer, car ils sont inspirés par des motifs absolument différents.

1° *Pactes ayant pour objet la succession d'autrui.* Un héritier présomptif dispose de ses droits éventuels dans la succession d'un de ses parents encore vivant, et cela dans un contrat passé soit avec un étranger, soit avec ses futurs cohéritiers. Par exemple, il vend ses droits héréditaires à un tiers, ou à l'un de ses cohéritiers. Ou encore, les héritiers présomptifs d'une personne encore vivante font entre eux un pacte par lequel ils conviennent de tenir pour nul le testament éventuel de celle-ci, et de partager sa succession conformément à la loi.

2° *Pactes sur sa propre succession.* En second lieu, on peut supposer qu'une personne veuille disposer de son vivant de sa propre succession par voie de convention. Par exemple, elle institue un héritier par contrat. Ou encore, elle fait une donation à un de ses enfants et exige que, comme contrepartie, il renonce à l'avance à sa succession. Ou bien enfin, deux personnes s'instituent réciproquement héritières par une même convention.

La loi interdit indifféremment ces deux sortes de pactes, mais pour des raisons aussi différentes que les mobiles qui déterminent les contractants dans l'un et l'autre cas.

Les pactes sur la succession *d'autrui* sont défendus parce que, au point de vue économique, ils n'offrent que des inconvénients. Ils émanent, presque toujours d'un héritier présomptif qui, pressé par le besoin d'argent, cède ses droits éventuels à un usurier pour un prix bien inférieur à leur valeur. En outre, de telles opérations choquent des sentiments respectables ; il y a quelque chose d'immoral à voir un individu spéculer sur la mort de l'un de ses parents.

1. **Nast**, *Étude sur la prohibition des pactes sur successions futures*, thèse Paris, 1905, Capitant, notes, D. P. 1923.2.1, 1929.2.105.

Les conventions par lesquelles une personne règle à l'avance *sa propre succession* peuvent, au contraire, fort bien se défendre. Elles présentent une incontestable utilité ; elles ont été fort employées dans notre ancien Droit. La principale d'entre elles, l'*institution contractuelle d'héritier*, est même encore permise, soit par contrat de mariage et au profit des futurs époux ou de leurs enfants à naître (art. 1082), soit entre époux (art. 947). Pourquoi donc notre loi prohibe-t-elle cependant en principe ces conventions? C'est parce que, à tort ou à raison, elle veut que l'individu reste libre jusqu'à sa mort de régler le sort de son patrimoine. Elle décide en conséquence que ce règlement ne doit être fait que sous forme de testament, acte unilatéral et essentiellement révocable.

Nous étudierons la prohibition des conventions passées par un *de cujus sur sa propre succession* dans notre troisième volume, en traitant de l'institution contractuelle, et nous nous contenterons ici d'étudier la prohibition des *pactes ayant pour objet la succession d'autrui.*

Historique. — La prohibition remonte au Droit romain. Une constitution de Justinien (30 C. *de pactis*, II, 3), reproduisant et généralisant d'autres dispositions analogues antérieures (1 D. *hered. vel act. vend.*, XVIII, 4), condamne d'une façon générale les pactes ayant pour objet les droits que les intéressés peuvent avoir dans la succession d'une personne encore vivante. Ces pactes, dit Justinien, sont contraires aux bonnes mœurs et, de plus, dangereux, parce qu'on y spécule sur la mort d'autrui. Toutefois, la même constitution apporte une limitation importante à la règle qu'elle établit, en décidant que les conventions de ce genre cessent d'être nulles, lorsque le *de cujus* les a approuvées lui-même.

La prohibition passa dans notre ancien Droit ; la majorité de nos auteurs y apportait d'ailleurs le même tempérament que Justinien. Il y avait cependant à ce sujet des divergences, et l'on citait un arrêt du Parlement de Paris de 1530 qui avait annulé la vente d'une succession future, bien qu'elle eût été faite avec l'approbation du *de cujus* (Pothier, *Obligations*, n° 132 ; *Vente*, n^os^ 525 à 528 ; Lebrun, *Successions*, L. II, ch. 2, sect. 1, n° 39 ; Louet ; *Arrêts notables*, Lettre H, n° 6).

Règle du Code civil, ses conséquences. — Les rédacteurs du Code civil se sont prononcés dans le sens le plus rigoureux ; ils ont écarté la distinction faite par Justinien, et ont interdit les stipulations ayant pour objet la succession d'une personne vivante, même quand cette dernière interviendrait pour les autoriser (art. 1130, 2^e^ al. et 1600).

On ne voit pas tout d'abord quelle est la raison qui les a déterminés à se montrer si sévères, car le consentement du *de cujus* fait disparaître le *votum mortis* ; il enlève à l'acte ce qu'il a de choquant. La seule raison donnée en 1804 (devant le Tribunat) fut qu'il importait de faire cesser la diversité de jurisprudence qui existait entre les tribunaux, dont quelques-uns admettaient la distinction romaine, tandis que les autres la repoussaient (Fenet, t. XIII, p. 146 ; Locré, t. XII, p. 249, n° 7). A cette première raison un peu faible, on peut en ajouter une seconde plus décisive. C'est que des pactes de ce genre, dans quelques conditions qu'ils soient conclus, n'ont

aucune utilité économique pour l'héritier qui dispose de ses droits en faveur d'un tiers, héritier présomptif comme lui ou étranger. Une telle cession est le plus souvent désavantageuse. La présence du *de cujus* ne constitue pas une garantie suffisante pour le disposant. En effet, cette présence ne se comprend et ne se rencontre en pratique que dans le cas où l'acte se passe entre cohéritiers ; or, il se peut que le *de cujus* veuille favoriser un de ses héritiers présomptifs au détriment de l'autre, ce que la loi voit d'un mauvais œil. Au surplus, quel sera le rôle du *de cujus* intervenant ? Ou bien, il se contentera de donner son assentiment, sans rien promettre, sans engager en quoi que ce soit son droit de disposition, et cet assentiment alors n'aura guère d'utilité. Ou bien, dès à présent, il confirmera en ce qui le concerne les conséquences à attendre de l'acte conclu, et s'engagera par là même à le respecter ; mais dans ce cas, il sera vraiment partie à l'opération, laquelle deviendra dès lors une institution contractuelle d'héritier.

Quoi qu'il en soit, voici les conséquences qui découlent de la prohibition consacrée par le Code civil :

1° Il est interdit à l'héritier présomptif de vendre à un tiers ses droits éventuels (art. 1600).

2° L'héritier ne peut pas non plus renoncer d'avance à ses droits éventuels, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, au profit d'un ou de tous ses cohéritiers (art. 791, 1130).

3° Est nulle la convention par laquelle les héritiers présomptifs d'une personne s'engageraient à considérer comme inexistant tout testament de cette personne qui avantagerait l'un d'eux (Req., 13 mai 1884, D. P. 84.1. 468, S. 84.1.336).

En revanche, il ne serait pas interdit à une personne contractant un engagement de stipuler qu'elle paierait sa dette lors de l'ouverture d'une succession à laquelle elle a des droits éventuels. Cette clause constitue, non pas un pacte sur succession future, mais simplement la fixation de la date d'exigibilité de la créance (Req., 15 février 1897, D. P. 97.1.582, S. 98.1.86).

Exception à la prohibition. Hypothèque des biens à venir. — Le Code a apporté à la prohibition une exception qui paraît tout d'abord illogique. Voici en quoi elle consiste. Supposons qu'un héritier, pressé par des besoins d'argent, veuille s'en procurer en hypothéquant à l'avance les biens immobiliers qu'il espère hériter plus tard. Une telle opération constitue évidemment un moyen de disposer de ses droits héréditaires. Aussi est-elle interdite par l'article 2129, al. 2. Mais l'article 2130 revient aussitôt sur la prohibition en autorisant le débiteur à hypothéquer les biens qu'il acquerra dans l'avenir, *lorsque ses immeubles présents et libres sont insuffisants* pour la sûreté du créancier. Il y a, on l'a souvent fait observer, une véritable contradiction entre les deux textes, et la disposition du second anéantit l'interdiction prononcée par le premier.

Fort heureusement, la condition exigée par l'article 2130 pour la validité de cette hypothèque sur biens héréditaires à venir en restreint utilement l'emploi, et en diminue le danger. L'hypothèque n'est en effet permise qu'au débiteur qui possède déjà des immeubles, lesquels sont insuffisants pour

garantir l'obligation qu'il veut contracter. L'interdiction reprend donc vigueur, quand il s'agit d'un héritier présomptif qui n'est propriétaire actuel d'aucun bien immobilier (Civ., 30 janvier 1872, D. P. 74.1.99, S. 73.1.404 ; 11 mars 1895, D. P. 95.1.305, S. 96.1 433, sol. impl.).

Lors du projet de réforme hypothécaire de 1840, on a discuté la question de savoir s'il fallait maintenir l'article 2130. La majorité des cours d'appel s'est prononcée pour l'affirmative, parce que, ont-elles dit, la faculté qu'il organise rend des services au débiteur dans l'embarras.

La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1858 (art. 78) et le Code civil italien (art. 1977) en ont jugé autrement, et tous deux ont prohibé sans restriction l'hypothèque des biens à venir, estimant que l'exception apportée au principe par notre Code offrait un aliment à la prodigalité et favorisait l'usure. Il est juste de reconnaître que rien dans la pratique française ne paraît, quant à présent, justifier cette appréciation.

SECTION III. — De la cause[1].

Définition de la cause. — La *cause* se rencontre dans toute obligation ayant sa source dans la volonté de l'individu, qu'elle soit contractuelle, ou qu'elle résulte d'une disposition testamentaire. En effet, toutes les fois qu'une personne s'oblige, elle le fait *en vue d'un but immédiat*, direct, qui la détermine à faire naître l'obligation ; c'est ce but que l'on appelle la *cause*. Et, d'après une doctrine remontant aux jurisconsultes romains, pour qu'un contrat soit valable, il faut que les obligations qu'il engendre aient une cause, et que cette cause ne soit ni illicite, ni immorale. Cet élément de validité du contrat est exigé en termes formels par l'article 1108, et appliqué par les articles 1131 et 1133 ainsi conçus :

Art. 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

Art. 1133 : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Il n'est pas de notion sur laquelle on ait plus longuement discuté. La plupart des auteurs s'accordent même aujourd'hui à dire que l'idée de cause est une conception artificielle, scolastique, qui ne constitue pas à proprement parler un élément distinct du consentement ou de l'objet, et dont il serait préférable de débarrasser la science.

Nous croyons que cette critique est mal fondée, et qu'une analyse approfondie du mécanisme du contrat montre bien l'utilité de la notion de cause.

Du reste, la Jurisprudence, à la différence de la Doctrine, fait constamment appel à cette notion, et nombreuses sont les décisions qui annulent des conventions pour cause illicite ou immorale Nous verrons même que les tribunaux ont élargi considérablement le sens de l'expression, et qu'ils confondent souvent deux notions que les auteurs distinguent avec soin, la *cause* et le *motif*.

Cette distinction a été empruntée par les interprètes du Code à nos anciens auteurs. Elle avait été précisée par Domat (*Loix civiles*, liv. II,

1. Henri Capitant, *de la Cause des obligations*, Paris, 1923.

titre I, sect. I, n° 5, éd. Remy, t. I, p, 122) et reprise par Pothier *Obligations*, n° 42 et 43, éd. Bugnet, t. II, p, 24). Voici en quoi elle consiste.

La *cause*, avons-nous dit, est le but que veut atteindre le contractant en s'obligeant. Elle est, qu'on le remarque bien, l'élément principal de la manifestation de volonté. En effet, si le contractant consent à s'obliger, c'est pour arriver à tel ou tel but, qui varie suivant la nature du contrat qu'il passe. L'obligation qu'il contracte est le moyen, la cause est la fin visée. La cause sert de support à l'obligation ; si elle fait défaut ou si elle vient ensuite à disparaître, l'obligation ne se forme pas ou elle s'éteint, car il ne peut pas y avoir d'obligation sans cause. Ajoutons que la cause est, en principe, ainsi que nous allons le voir, toujours la même dans un contrat déterminé.

Le *motif* au contraire (*causa remota*), c'est le mobile *personnel à chaque individu*, variable avec chaque contractant, qui a inspiré au débiteur le désir de s'obliger. Ainsi, tandis que la cause est indépendante de la personnalité du contractant, qu'elle est déterminée par la nature du contrat, et non par des considérations subjectives, le motif est la raison psychologique, essentiellement personnelle à chaque contractant, variable à l'infini, qui pousse un individu à contracter. Pour bien comprendre cette différence, il est nécessaire de faire l'application de la définition de la cause aux diverses catégories de conventions, en distinguant entre *les conventions intéressées* et les libéralités.

1° Cause des conventions à titre onéreux.

A. *Contrats synallagmatiques.* — Prenons pour type des contrats synallagmatiques la vente, le plus usuel de tous. Dans la vente, le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose, parce qu'il veut recevoir le prix que doit lui payer l'acheteur, et l'acheteur s'oblige de son côté à payer le prix, parce qu'il veut devenir propriétaire de la chose et l'avoir à sa disposition. L'obligation du vendeur a donc pour cause le paiement du prix, c'est-à-dire, non pas, comme on l'a souvent enseigné, l'obligation de l'acheteur, mais *l'exécution de l'obligation de l'acheteur*, et réciproquement, l'obligation de l'acheteur a pour cause la transmission de la chose vendue, c'est-à-dire *l'exécution de l'obligation du vendeur.*

Au contraire, le motif qui détermine une personne à vendre, une autre à acheter, est variable avec chaque contractant. Tel vendeur aura vendu, parce qu'il voulait se procurer de l'argent pour le placer en valeurs mobilières ; tel autre, parce qu'il avait besoin de payer une dette criarde ; un troisième pour dissiper le prix de la vente en distractions ou en spéculations, etc...

A première vue, cette analyse paraît n'avoir aucune utilité. La cause ainsi comprise semble se confondre avec l'objet ; n'appelle-t-on pas cause de l'obligation du vendeur la considération de l'objet de celle de l'acheteur et réciproquement ? L'idée de cause serait donc superflue et n'ajouterait aucun élément nouveau au contrat. La cause ne serait que l'objet de chaque obligation envisagé sous un jour spécial.

Et c'est bien ce que prétendent les auteurs anti-causalistes. D'après eux, du moment que, dans un contrat synallagmatique, chaque obligation a un

objet et que cet objet est licite, le contrat est parfait, sans qu'il soit nécessaire d'y introduire la notion compliquée de la cause.

Au premier abord, ce raisonnement semble irréfutable. Pourtant, quand on va au fond des choses, on s'aperçoit qu'il est superficiel. Dans les contrats synallagmatiques, la notion de cause est en réalité utile, parce qu'elle établit cette vérité élémentaire, que les obligations réciproques des contractants sont dans une étroite interdépendance, en ce sens que *si l'une de ces obligations est inexécutée, pour quelque raison que ce soit, l'autre n'a plus de base*, et ne doit pas subsister. Et par là s'expliquent trois traits caractéristiques des contrats synallagmatiques, dont il est difficile de rendre bien compte, sans la notion de cause :

a) Dans ces contrats, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre peut refuser d'exécuter la sienne, et opposer l'exception *non adimpleti contractus*.

b) Dans ces mêmes contrats, lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre peut demander la résolution du contrat (art. 1184, C. civ.).

c) Enfin, si un événement de force majeure empêche l'une des parties d'exécuter son obligation, l'autre se trouve également dispensée d'exécuter la sienne.

Au surplus, pour se convaincre de l'utilité de la notion de cause dans les contrats synallagmatiques, il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence, et de lire quelques-unes des très nombreuses décisions qui annulent les conventions comme ayant une cause illicite. En voici quelques cas empruntés aux derniers arrêts :

Est nulle, comme ayant une cause illicite, l'obligation de payer une somme à un individu, sous la condition que ce dernier s'abstiendra de soumissionner à une adjudication (Paris, 12 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912.2.33).

Il en est de même de la convention par laquelle une société industrielle s'engage à verser des sommes d'argent qui sont destinées à être remises à titre de commission à des fonctionnaires d'un gouvernement étranger, pour les déterminer à favoriser ladite société dans ses tractations commerciales (Req., 15 mars 1911, D. P. 1911.1.382, S. 1911.1.447).

Est aussi nul, comme ayant une cause illicite, l'engagement pris par une personne qui sollicite une concession de tramways, de payer à titre de courtage une somme d'argent à un tiers, pour rémunérer celui-ci de démarches qui n'avaient d'autre but que d'assurer au postulant « les bonnes grâces de l'administration » (Civ., 3 avril 1912, S. 1912.1.382. V. aussi Req., 5 février 1902, D. P. 1902.1.158, S. 1902.1.389, Civ., 22 janvier 1913, D. P. 1913.1.120).

Le dernier exemple nous sera fourni par les contrats de courtage matrimonial. L'obligation par laquelle une personne s'engage à payer à une autre une somme d'argent à titre de commission pour la négociation d'un projet de mariage, est nulle comme ayant une cause illicite (Paris, 27 octobre 1892, D. P. 93.2.271, S. 93.2.24 ; Besançon, 6 mars 1895, D. P. 95.2.223, S. 95.2.196 ; Toulouse, 5 novembre 1900 sous Cass., D. P. 1904.1.420, S, 1905.1.281).

Dans tous ces cas, le caractère illicite de l'objet d'une des obligations, c'est-à-dire de la prestation promise par un des contractants à l'autre, entraîne la nullité du contrat tout entier. Celle des prestations qui est licite en soi ne recevra donc pas d'exécution.

B. *Contrats unilatéraux.* — Dans un contrat unilatéral, la cause qui détermine le débiteur à s'obliger, varie suivant chaque espèce de contrat.

Dans le *prêt d'argent*, l'emprunteur s'oblige à restituer les deniers parce qu'il les reçoit du prêteur. La cause de son obligation est la réception des fonds prêtés. Ce qu'il veut, c'est recevoir les deniers, et c'est pour cela qu'il s'engage à les rendre aux conditions stipulées au contrat. De même, dans le nantissement, le créancier gagiste s'oblige à rendre l'objet, parce qu'il le reçoit. Plus généralement, dans tout contrat réel, la cause c'est la *remise effective* de la *res*. Il en résulte que l'emprunteur, eût-il signé un acte d'engagement, ne sera pas obligé valablement si les deniers de l'emprunt ne lui ont pas été comptés.

Que si nous abandonnons les contrats réels et abordons les autres contrats unilatéraux, l'utilité de l'idée de cause va nous apparaître plus clairement encore. Prenons comme exemples le *paiement* et la *promesse de payer*. Dans ces contrats, la cause est le *fait juridique antérieur* qui détermine le débiteur à payer ou à s'obliger. Le paiement a pour cause l'existence d'une dette antérieure, civile ou naturelle, que le *solvens* se propose d'éteindre. Si donc cette dette n'existe pas ou si elle est annulée, le paiement a été fait sans cause ; le *solvens* peut en démander la répétition.

Quant à la promesse de payer une somme d'argent, sa cause peut être, soit une obligation préexistante entre les parties, soit l'intention du promettant de faire une libéralité. Et si toute cause fait défaut, elle est nulle. Par exemple, déférant à une recommandation verbale que mon père m'a faite avant sa mort, je m'engage à payer à une personne qu'il voulait gratifier une somme de 1.000 francs. La cause de mon obligation réside ici dans mon désir d'exécuter l'obligation naturelle qui pèse sur moi. Mais je découvre ensuite un testament, fait quelque temps après sa recommandation verbale, dans lequel mon père lègue à cette personne un objet déterminé de même valeur. L'obligation contractée par moi n'a plus de cause, et j'ai le droit de la faire annuler.

La matière des *effets de compiaisance* offre une autre application de notre règle. Ce qui caractérise ces sortes d'effets, c'est l'absence de toute opération commerciale servant de base à leur émission. Par exemple, un commerçant pressé d'argent tire une lettre de change sur un compère, avec lequel il n'est pas en relation d'affaires, et celui-ci s'engage à l'accepter parce que le tireur lui enverra l'argent nécessaire au paiement, le jour de l'échéance. En attendant, le tireur escompte l'effet de complaisance à un banquier, ce qui lui procure l'argent dont il a un besoin immédiat. Les deux compères veulent ainsi tromper les tiers, en les faisant croire à l'existence d'une opération commerciale ayant rendu le tireur créancier du tiré. En réalité, l'engagement du tiré qui accepte la lettre de change est sans cause (Paris, 16 novembre 1888, D. P. 89.2.253, S. 91.2.89, note de M. Mey-

nial ; Lyon, 30 mars 1897, D P. 97.2.305, note de M. Thaller, S. 1900.1.153, note de M. Wahl ; Req., 17 novembre 1909 et 21 mars 1910, D. P. 1912.1.281, S. 1913, 1.297, note de M. Naquet ; 10 mars 1915, S. 16.1.5, note de M. Lyon-Caen ; Perroud, *Les effets de complaisance*, *Ann. de Droit comm* 1905).

Toutefois, il faut remarquer ici que le souscripteur ne peut pas opposer la nullité au tiers porteur de bonne foi, car, en matière d'effets de commerce, les exceptions que le signataire peut faire valoir contre son créancier ne sont pas opposables aux tiers.

Des cas où le motif est pris en considération dans les contrats à titre onéreux. — On a pu le constater, la distinction traditionnelle entre la cause et le motif conserve toute sa force, lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux. Nous restons fidèles jusqu'ici aux conceptions des auteurs *causalistes*. Le caractère licite de la cause doit à notre avis être considéré par les tribunaux comme un élément essentiel du contrat. Mais ils n'ont pas à s'attacher au motif, variable et subjectif, qui a pu habiter le cerveau du contractant. L'obligation du vendeur est valable du moment qu'elle doit aboutir à lui faire payer un prix (cause). Peu importe qu'il veuille faire de ce prix à toucher tel ou tel emploi plus ou moins licite ou moral (motif).

Pourtant, dès maintenant nous allons trouver dans la Jurisprudence une certaine tendance à renverser cette distinction, et à confondre la cause et le motif, en faisant de celui-ci un elément essentiel du contrat.

Il en sera ainsi en effet lorsque le motif qui a, en fait, déterminé une partie *est connu de l'autre partie*. On peut dire qu'alors la réalisation du désir ressenti par ce contractant a été *voulue*, *promise* dans le contrat. Elle en est devenue un élément constitutif. Et alors, de deux choses l'une :

Ou bien, le motif, ainsi expressément ou implicitement envisagé par l'accord des contractants, est *moral et licite*. Par exemple, j'achète un terrain en spécifiant que je veux y construire un édifice exigeant un certain minimum de superficie. Ou encore, j'achète des marchandises pour les vendre dans une foire qui doit avoir lieu à un jour donné. Si le terrain n'a pas la contenance voulue, si les marchandises ne sont pas livrées à temps, le juge aura bien évidemment à tenir compte du motif qui m'avait engagé à acheter, si j'attaque le contrat devant lui. Nous croyons qu'ici l'acheteur devra demander, non la nullité pour absence de cause, mais la résolution pour inexécution de la promesse souscrite envers lui ; on lui avait promis, non pas un terrain, non pas des marchandises telles quelles, mais un terrain apte à la construction de l'édifice projeté, des marchandises à livrer en temps utile. L'obligation du vendeur n'a pas été remplie ; il y a lieu à application de l'article 1184.

Ou bien, au contraire, le motif connu des deux parties est *immoral ou illicite*. Alors, le contrat ne pourra pas être exécuté. Et c'est ici que nous rencontrons de nombreux arrêts très souvent critiqués par la Doctrine, qui prononcent la nullité en se rattachant à l'idée de *cause* illicite, parce que la fin immorale poursuivie se trouve étroitement liée au but juridique lui-même.

Par exemple, un locataire loue une maison ou un appartement avec la clause expresse que le bail est passé pour y installer des salles de jeux de hasard (Pau, 28 juin 1906 (motifs) D. P. 1910.55) ; ou bien un individu donne à bail un immeuble, dans lequel il exploite une maison de tolé-

rance, à un tiers qui doit y continuer la même exploitation. Le contrat sera annulé pour cause illicite (Alger, 9 mai 1894, D. P. 95.2.21, S. 94.2.302).

De même, un individu emprunte d'un autre une somme d'argent, et les deux parties sont d'accord sur la destination de cet emprunt qui doit servir à l'acquisition d'une maison de tolérance. Ce contrat de prêt est encore nul comme ayant une cause illicite (Req., 1er avril 1895, D. P. 95.1.263, S. 96.1.289, note de M. Appert).

Pareillement, l'action en remboursement est refusée à celui qui a prêté à un joueur, au cours d'une partie de jeu, des fonds destinés à continuer la partie (Req., 4 juillet 1892, D. P. 92.1.500, S. 92.1.513).

Et aux mêmes scrupules se rattachent les décisions qui refusent l'action en justice aux créanciers qui ont fait des fournitures ou passé un contrat de domesticité avec le tenancier d'une maison de tolérance en vue de l'exploitation de cet établissement. Que de pareils créanciers se fassent payer au comptant ; l'accès du prétoire leur est interdit, leur créance repose sur une cause illicite (Req., 11 nov. 1890, D. P. 91.1.484, S. 91.1.319).

2° De la cause dans les libéralités, donations entre vifs et legs. — Ici pour déterminer quelle est la cause, il convient de distinguer suivant que le disposant se propose uniquement de gratifier le donataire ou légataire, ou qu'il veut, au moyen de la libéralité, atteindre un but distinct et déterminé.

A. — Dans le premier cas, le but poursuivi par le donateur est tout simplement d'enrichir gratuitement, c'est-à-dire sans rien recevoir en échange, le donataire. La cause de son obligation est donc *l'animus donandi*. Comme le dit Pothier, (*Traité des obligations*, n° 42) « le désir de gratifier tient lieu de cause. »

Les anticausalistes ont prétendu que cette explication n'était qu'une tautologie, car elle revient à dire que le donateur donne pour donner. Mais il suffit, pour détruire cette objection, d'observer qu'il y a dans la manifestation de volonté du donateur, comme dans toute obligation, deux facteurs, l'un qui est le fait de s'obliger et l'autre qui est le but poursuivi. Or il est bien évident que le donateur s'oblige dans l'intention d'enrichir le donataire. Ainsi que le dit M. Bartin, (*Théorie des conditions impossibles*, p. 362) « je m'oblige à vous payer cent, voilà le consentement ; j'entends ne recevoir de vous aucune prestation correspondante, voilà la cause. »

L'*animus donandi* se distingue aisément du motif qui, lui, peut varier avec les individus et peut être suivant les cas l'amitié, l'amour, la reconnaissance, la charité, etc. Ici, comme dans tous les autres engagements, le motif est extérieur à la manifestation de volonté, il reste dans le for intérieur du donateur, et il n'y a pas en principe à s'en préoccuper. Quel qu'il soit, faux ou vrai, licite ou illicite, il n'influe pas sur la validité de la libéralité.

B. — Mais *l'animus donandi* n'est pas toujours la cause véritable de la libéralité. Il se peut en effet que le donateur poursuive un autre but qui est pour lui le but principal. Il en est ainsi dans les cas suivants :

a) *Fondation.* — Le disposant adresse une libéralité à une personne mo-

rale ou à un particulier avec charge d'affecter les biens à une œuvre déterminée. On peut dire que, dans la plupart des cas de ce genre, le fondateur se propose non pas tant d'enrichir la personne gratifiée que de créer la fondation charitable, littéraire, scientifique, artistique, morale, qu'il a en vue. *L'animus donandi* n'est pour lui qu'un moyen pour atteindre le but visé. La cause de son obligation, c'est donc la création de l'œuvre à laquelle les fonds doivent être affectés, et ici comme toujours cette cause est bien distincte des motifs d'ordre divers qui ont déterminé le fondateur.

Nous verrons, dans le tome III, que la Jurisprudence a fait application de cette notion de la cause impulsive et déterminante des libéralités avec charge pour éluder les termes trop absolus de l'article 900 du Code civil.

b) *Constitution de dot.* — Celui qui constitue une dot au profit d'un futur époux se propose avant tout de faciliter le mariage en procurant des ressources aux conjoints. L'intention libérale est donc ici conditionnée par le mariage, de telle sorte que l'on peut dire que la cause de la constitution de dot est le mariage, et que si le mariage n'a pas lieu, l'engagement du constituant devient sans cause.

c) *Donations mutuelles.* — Dans ces donations, chaque disposant a en vue la libéralité qui lui est adressée par l'autre. La cause de son obligation est la donation qu'il reçoit en retour. Il s'agit alors d'un véritable contrat synallagmatique.

C. — Il y a enfin des cas dans lesquels la jurisprudence recherche quel est le but effectif visé par le donateur et annule la donation lorsque ce but est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes :

a) *Dons entre concubins.* — Le Code civil n'a pas maintenu l'incapacité réciproque de donner et de recevoir qui, dans notre ancien Droit, frappait les concubins. Dès lors, la donation faite à une concubine ne sera pas toujours inefficace (Req., 2 juillet 1866, S. 66.1.356, D. P. 66.1.377) ; elle sera valable, par exemple, quand le donateur aura été déterminé par l'esprit d'affection ou le désir d'assurer l'avenir de sa compagne, et de réparer le préjudice qu'il lui aurait causé en la séduisant.

Mais si, au contraire, le donateur a voulu, par la donation, décider une personne à devenir sa maîtresse, ou à continuer les relations qui existaient entre eux, l'acte sera nul ; le but cherché est en effet immoral ; donc la cause est illicite (Req., 2 février 1853, D. P. 53.1.57, S. 53. 1.428 ; Civ., 21 mars 1898, S. 98.513 ; D. P. 1903.1.403 ; Dijon, 22 mars 1900, D. P. 1901.2.45).

b) *Libéralités à des enfants adultérins ou incestueux.* — Ces libéralités seront également nulles pour cause illicite, parce qu'elles ont pour but de tourner la prohibition établie par la loi de donner à des enfants de ce genre autre chose que les sommes strictement nécessaires à leurs *aliments* (art. 762 et 908). Toutefois, une difficulté d'application résulte ici de cette double règle que, d'une part, la filiation incestueuse et adultérine ne peut pas être établie en justice, et, d'autre part, que l'action en recherche de la paternité ou de la maternité ne peut pas être intentée *contre l'enfant*. C'est

pourquoi la Jurisprudence restreint la solution qu'elle consacre, à savoir la nullité de la donation, aux hypothèses où il y a preuve *intrinsèque*, c'est-à-dire où la considération du lien de filiation résulte de la teneur même de l'acte de donation, par exemple, d'une phrase dans laquelle le donateur exprime qu'il fait la donation à raison de la parenté qui l'attache au donataire (Req., 6 décembre 1876, D. P. 77.1.492, S. 77.1.67 ; Req., 29 juin 1887, S. 87.1.358 ; Limoges, 27 février 1900, D. P. 1902.2.281, S. 1903.2.273. En sens contraire, Trib. civ., Seine, 27 avril 1918, *Gaz. Trib.*, 23-24 octobre 1918).

c) *Libéralité tendant à assurer l'efficacité d'une séparation amiable.* — C'est en vertu de la même idée qu'une donation entre époux doit être déclarée nulle comme reposant sur une cause illicite, lorsqu'il résulte des documents du procès et des circonstances extrinsèques de la cause que cette donation a été faite en vue d'assurer, pendant la vie des époux et après le décès du prémourant, l'exécution d'une convention de séparation amiable de corps et de biens, et de faire ainsi fraude à la loi à laquelle cette convention est incontestablement contraire (Civ., 2 janvier 1907, D. P. 1907.1.137, note de M. Ambroise Colin, S. 1911.1.585, note de M. Wahl).

De l'obligation dont la cause n'est pas indiquée. Le principe. — L'article 1132 du Code civil déclare que *la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.* Que signifie ce texte ? Le sens qui se présente naturellement à l'esprit, c'est que, si une personne se reconnaît par acte écrit débitrice d'une autre, sans énoncer la cause de cette obligation, sans dire quel est l'acte juridique qui a donné naissance à son obligation, cet engagement est valable. Par exemple, une personne signe un écrit ainsi libellé : « Je paierai à X... la somme de 1.000 francs au 1er mai prochain » ; ou bien : « Je reconnais devoir à X... la somme de 1.000 francs, que je lui paierai au 1er mai prochain » ; cet engagement est valable, bien qu'il ne mentionne pas l'acte juridique, vente, prêt, transaction, libéralité, reconnaissance d'une obligation naturelle, délit ou quasi-délit, etc., qui a pu lui donner naissance.

Constatons tout d'abord que des écrits ainsi rédigés sont peu employés, car, pratiquement, il est d'usage d'indiquer dans l'acte écrit constatant l'existence de la dette, la cause qui l'a engendré (1).

Dans les hypothèses exceptionnelles où sont dressés des écrits muets sur la cause de l'obligation, il est vraisemblable que le créancier a voulu éviter toute contestation ultérieure sur l'existence ou la légitimité de l'opération qui a donné naissance à la dette. Et, en fait, l'examen des espèces de jurisprudence prouve que l'emploi du billet non causé est dangereux pour le débiteur inexpérimenté, placé en face d'un créancier habile ou retors. Ce sera fréquemment un usurier qui, pour éviter toute contestation ultérieure, aura obligé l'emprunteur à lui signer une promesse non causée ; même

1. En matière d'effets de commerce. lettres de change, billets à ordre, la mention de la cause était exigée par les art. 110 et 188 C. com., mais la loi du 8 février 1922 a supprimé cette mention que rien ne justifiait.

il n'est pas téméraire d'avancer que ce genre d'engagement cache le plus souvent un acte illicite ou équivoque (V. Civ.. 29 août 1831, S. 31.1.410 ; D. J. G., *Obligations*, 519 4° ; Req., 9 février 1864, D. P. 64.1.211, S. 64.1.107).

Ces constatations étaient nécessaires pour faire comprendre les controverses qu'a soulevées de nos jours l'interprétation de l'article 1132. En réalité, ce texte est le produit de toute une tradition historique.

Des promesses non causées en Droit romain et dans l'ancien Droit. — Dans le Droit romain, on rencontre, à un moment donné, des solutions radicalement différentes, suivant que le titre du créancier d'une somme d'argent résulte d'un contrat réel, de l'emploi d'une *stipulation* ou autre contrat formel, ou enfin d'un titre écrit.

Au cas de *mutuum*, le lien obligatoire ne se formait qu'autant que la numération de l'argent avait eu lieu, et, par conséquent, c'était au prêteur qu'incombait la charge de la preuve du versement des deniers.

Y avait-il eu stipulation, c'était la prononciation des paroles solennelles, *spondes ne? spondeo*, qui faisait à elle seule naître l'obligation, et le débiteur était tenu alors même que le prêt, en vue duquel il s'était engagé, ne lui aurait pas été effectivement fait, alors même, par exemple, qu'il n'aurait pas profité de l'ouverture de crédit que le créancier lui avait consentie. Toutefois, en pareille circonstance, le débiteur avait deux procédés de défense à sa disposition. D'une part, le préteur lui accordait une exception de dol contre la demande de remboursement du créancier qui n'aurait pas versé les fonds (2 § 3, D. *de doli mali*, XLIV, 4). Et, en second lieu, le Droit civil lui permettait de prendre les devants et d'intenter une action personnelle, une *condictio*, pour obtenir sa libération. Mais, naturellement, c'était au débiteur exerçant la *condictio*, ou opposant l'exception de dol, qu'il incombait de faire la preuve que son engagement avait été pris sans cause (9 § 1, D. *de condict. causa data*, XII, 4).

Même solution au cas d'existence d'un *titre écrit*, procédé de preuve usité à l'époque impériale. Ces titres faisaient preuve contre le débiteur, et si celui-ci soutenait qu'en réalité le prêt n'avait pas eu lieu, c'était à lui d'établir l'exactitude de ce moyen de défense.

Cette différence entre les diverses hypothèses que nous avons distinguées parut bientôt illogique, et des constitutions, rendues au temps d'Antonin Caracalla, édictèrent une règle uniformément favorable au débiteur. Elles rejetèrent la preuve sur le créancier, en décidant que le débiteur qui contesterait l'existence du prêt, n'aurait qu'à opposer à la demande du créancier l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, laquelle avait pour effet d'obliger le créancier à prouver la remise des deniers.

C'était là désormais se montrer bien dur pour le créancier, et au Bas Empire, au temps de Justinien, on introduisit une distinction assez logique. On décida que, lorsque le billet souscrit par le débiteur reconnaissait expressément la réception des deniers, le créancier n'avait aucune preuve à faire. Mais il en était autrement quand le débiteur, dans le billet par lui souscrit, avait simplement déclaré qu'il était débiteur sans indiquer la cause

de son obligation. Alors, c'était au créancier à prouver la réalité du versement.

Si nous arrivons à l'ancien Droit français, nous assistons à un retour aux conceptions primitives du Droit romain. En effet, bien que contestée, la validité des écrits ne contenant pas mention de la cause de l'obligation avait été généralement admise. Bien plus, on avait abandonné la distinction faite au Bas Empire, et on admettait que le débiteur qui avait signé un engagement écrit de ce genre, était bien et dûment engagé, à moins qu'il ne fît la preuve contraire (Nouveau Denizart, V° *Billets*, § 1 ; Merlin, *Questions de Droit*, V° *Cause des obligations*).

De l'effet probatoire du billet non causé dans le Droit actuel. — Les explications qui précèdent nous permettent de bien saisir le sens des controverses auxquelles a donné lieu l'article 1132. Ce texte nous dit que la convention constatée par un écrit dans lequel la cause n'est pas exprimée, est valable ; mais, en somme, il ne nous dit pas si l'écrit ainsi rédigé dispense le créancier de prouver son droit.

La question a donc été vivement discutée. Une première opinion a soutenu que c'était au prétendu créancier à démontrer que l'obligation ainsi constatée repose sur une cause réelle et licite, qu'il y a eu, par exemple, prêt d'argent et versement de numéraire. Et, à première vue, ce système semble conforme aux principes. En effet, celui qui se prétend créancier doit établir l'existence de son droit, et, par conséquent, faire la preuve de l'acte juridique qui lui a donné naissance. Or, du moment que cette preuve ne résulte pas de l'acte écrit opposé au débiteur, le prétendu créancier est tenu de l'administrer. Au surplus, ajoutent les partisans de ce système, le créancier pourra faire cette preuve par témoins ou à l'aide de simples présomptions, car le billet qu'il produit peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit.

Une seconde opinion a proposé d'introduire une distinction, qui tempérerait la rigueur de la solution ci-dessus proposée entre la *promesse* et *la reconnaissance de dette*. Si le débiteur a dit : *je reconnais devoir*, il a avoué par là l'existence d'une cause, bien qu'il ne l'ait pas énoncée, et, dès lors, le créancier serait dispensé d'en administrer la preuve. Mais, si le billet porte simplement les mots : *je promets de payer*, la force de cette déclaration est, dit-on, moins probante, car elle ne laisse même pas soupçonner la réalité de la cause, et, dès lors, ce serait au créancier de la prouver !

Ce n'est ni l'une ni l'autre de ces interprétations qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence. L'opinion la plus généralement admise aujourd'hui décide que l'article 1132 dispense le créancier de la preuve, et impose au débiteur, alléguant que sa prétendue dette n'a aucun fondement, l'obligation d'établir la véracité de sa prétention (V. Req., 28 octobre 1885, D. P. 86.1.69, S. 86.1.200 ; Civ., 25 février 1896, D. P. 96.1.199, S. 96.1.280 ; Bourges, 19 novembre 1900, S. 1901.2.39 ; en sens contraire, Bordeaux, 23 février 1896, D. P. 97.2.316). Il faut bien reconnaître que cette solu-

tion, admise déjà par nos anciens auteurs, est la seule qui soit conforme au bon sens et à l'expérience pratique. On ne voit pas bien quelle serait l'utilité d'un écrit non causé, s'il ne devait rien prouver, ou constituait seulement un commencement de preuve par écrit. L'expérience démontre d'autre part que le créancier qui se fait souscrire un billet de ce genre, a précisément pour but d'éviter toute contestation sur la source de la dette ; c'est donc qu'il entend se dispenser d'avoir à fournir une preuve, ce à quoi consent le débiteur. La loi vient d'ailleurs dans une certaine mesure au secours de ce dernier, puisqu'elle lui permet de faire la preuve de l'inanité de son obligation.

CHAPITRE III

EFFETS GÉNÉRAUX DES CONTRATS

Les contrats ont force de loi *entre les parties*. Ils n'ont pas d'effet *à l'égard des tiers* (art. 1134, 1165). Telle est la double formule que nous avons à développer.

SECTION I. — Effets des contrats entre les parties.

Que les contrats font loi entre les parties. Pouvoir d'interprétation du juge. — « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134, al. 1). Cette formule vigoureuse exprime très exactement la force du lien obligatoire créé par le contrat, et voici les deux conséquences du principe ainsi posé.

1° Du moment qu'un contrat ne contient rien de contraire aux lois, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, *les parties* sont obligées de le respecter, de l'observer, comme elles sont obligées d'observer la loi. L'accord qui s'est formé entre elles les lie comme la loi lie les individus. Si donc l'une des parties contrevient à ses clauses, l'autre peut s'adresser aux tribunaux et leur demander, soit l'exécution forcée de la convention, soit des dommages-intérêts. Deux corollaires importants sont rattachés par l'article 1134, al. 2 et 3, à cette première conséquence :

A. — Les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des contractants (*distractus*), ou pour les causes que la loi autorise. Ainsi, la volonté d'une des parties ne pourrait résoudre ou résilier le contrat. Il n'en serait autrement que si cette faculté de résiliation unilatérale résultait d'une clause formelle du contrat (exemple : vente avec faculté de rachat (art. 1659), ou d'une clause implicite qu'on peut induire de la nature même du contrat (exemples : louage d'immeubles sans fixation de durée, ce qui entraîne pour chaque partie la faculté de donner congé à l'autre à son gré en observant les délais fixés par l'usage des lieux (art. 1736) ; contrat de travail sans détermination de durée (art. 1780, al. 2).

B. — « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi. » Les parties doivent, dans l'exécution de la convention, se comporter honnêtement, loyalement. Et l'article 1135 complète la formule de l'article 1134 en disant que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l obligation d'après sa nature. Par exemple, un commerçant qui a vendu son fonds de

commerce doit, quand bien même le contrat ne contiendrait aucune stipulation formelle en ce sens, s'abstenir des actes de concurrence qui pourraient diminuer la valeur de ce fonds.

2° D'autre part, le respect de cette loi créée par la volonté des intéressés s'impose *aux juges* chargés de l'interpréter. Ces derniers ne peuvent pas plus modifier les termes de la convention, ni en changer les éléments, qu'ils ne pourraient modifier le texte de la loi dont ils ont mission d'assurer l'exécution.

De là résultent trois conséquences fort importantes :

A. — Lorsqu'une loi nouvelle, rendue depuis la conclusion du contrat, modifie une disposition juridique que les parties ont adoptée comme règle de leur rapport contractuel, le juge ne doit pas appliquer la loi nouvelle au contrat antérieurement conclu, car, en ce faisant, il modifierait les termes de l'accord conclu par les intéressés. Par exemple, si un prêt à intérêts a été conclu au taux légal, et si une loi nouvelle élève ou abaisse ce taux, les intérêts dus par l'emprunteur continueront à être calculés d'après la loi en vigueur au moment du contrat. C'est là une règle que nous avons d'ailleurs rencontrée déjà en étudiant, sous l'article 2, le principe de *non-rétroactivité des lois* (V. tome I, p. 47 et s.).

B. — Le juge chargé d'*interpréter* les termes d'une convention doit s'inspirer avant tout de la volonté des parties pour en déterminer le sens exact. Partant de ce principe, les acticles 1156 à 1164, auxquels il suffit de renvoyer le lecteur, édictent plusieurs règles qui doivent servir de *fils conducteurs* pour le juge, lorsqu'il remplit cette mission.

Si l'on soutient que le juge a mal interprété la volonté des contractants, peut-on déférer le jugement portant cette interprétation à la Cour de cassation ?

La question est assez délicate. Elle revient à se demander si l'interprétation des clauses du contrat, la recherche de la volonté des parties est une question de fait ou de droit.

On a pu soutenir, et on a soutenu au début du siècle dernier, que c'est une question de droit, parce que la convention est *la loi* des parties, et qu'interpréter la convention, c'est interpréter la loi. La Cour de cassation avait commencé par adopter cette solution (D. J. G., V° *Cassation*, 1567 et s.).

Mais la Cour suprême a promptement changé d'opinion, et un arrêt solennel du 2 février 1808 (S. chr.) vint décider que l'interprétation des clauses d'un contrat est une pure question de fait.

Depuis cette époque, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais varié, et il en résulte que les juges du fond ont seuls mission d'interpréter les clauses litigieuses et de dire quel est leur sens. D'une part, en effet, pour faire cette interprétation, il faut nécessairement connaître tous les faits de l'espèce, rechercher non seulement dans les termes mêmes de l'acte, mais dans les circonstances qui l'ont accompagné, quelle a été la volonté des parties ; si bien que l'interprétation de l'acte se rattache trop étroitement à l'appréciation des faits pour en pouvoir être détachée. Et, d'autre part, la fonction supérieure de la Cour de cassation qui est d'assu-

rer l'unité de jurisprudence, lui donne qualité pour interpréter les *lois générales*, mais non cette *loi spéciale* à deux parties qui résulte d'une convention, et pour l'interprétation de laquelle il n'y a évidemment pas à redouter les divergences de jurisprudence (Req., 22 novembre 1865, D. P. 66.1.108, S. 66.1.23; 23 février 1885, D. P. 85.1.284, S. 86 1.414; 3 mars 1880, S. 81.1.123; 21 juin 1880, D. P. 81.1.108, S. 81.1.297; 19 décembre 1923, D. P. 1925.1.9).

Toutefois, le droit de contrôle de la Cour de cassation pourrait s'exercer, si, une fois les termes de la convention précisés par les parties, les juges avaient fait une fausse application de la loi, par exemple, si, ayant déclaré qu'il y a un contrat de vente, ils avaient négligé d'appliquer les règles de la vente.

De plus, pour user de leur pouvoir d'interprétation, il faut que les juges aient quelque chose à interpréter. Dès lors, si les clauses de la convention sont claires, précises, dépourvues d'ambiguïté, les juges doivent les respecter; et s'ils en méconnaissent ou en dénaturent les termes, cette méconnaissance ou dénaturation donne ouverture à cassation (Civ., 15 avril 1872, D. P. 72.1.176, S. 72.1.232; Req., 21 juillet 1903, S. 1904.1.71; Civ., 6 mars 1911, S. 1914.1.154).

C. — Lorsque le juge est placé en face des termes d'une convention, il ne peut pas en modifier les éléments, sous prétexte que les conditions imposées à l'une des parties seraient contraires à l'équité, draconiennes, léonines. Il n'a pas le droit d'atténuer la rigueur des obligations imposées aux parties.

Tous les jours les tribunaux font application de cette troïsième conséquence de l'article 1134. Ainsi, lorsqu'un *règlement d'atelier* rédigé par un chef d'entreprise prononce des amendes contre les fautes commises par un ouvrier, les tribunaux ne peuvent pas abaisser le chiffre de ces amendes, quand même ils le trouveraient excessif. Maintes fois, la Cour de cassation a affirmé cette solution et cassé des décisions de prud'hommes réduisant des amendes par eux jugées trop élevées.

De même, dans le contrat *d'assurance*, la Jurisprudence a été obligée de reconnaître la force obligatoire des clauses parfois draconiennes, par exemple des clauses de déchéance, que les polices d'assurances imposent aux assurés (V. autre application, Civ., 19 mars 1913 (D. P. 1916.1.238, S. 1913.1.183). Nous verrons plus loin qu'on trouve cependant dans la Jurisprudence une exception très intéressante à cette règle fondamentale, en ce qui concerne la rémunération stipulée par un *agent d'affaires* ou, plus généralement, par un *mandataire salarié*.

SECTION II. — EFFETS DES CONTRATS A L'ÉGARD DES AYANTS CAUSE DES PARTIES.

Pour déterminer dans quelle mesure un contrat passé par une personne lie ses ayants cause, il importe d'étudier la question en ce qui concerne :

1° Les successeurs à titre universel: héritiers, légataires universels ou à titre universel, institués contractuels;

2° Les créanciers chirographaires ;
3° Les ayants cause à titre particulier.

1° Successeurs à titre universel. — Les successeurs à titre universel succèdent aux droits et aux obligations du défunt. En conséquence, les contrats passés par celui-ci continuent à produire leurs effets en leurs personnes, comme ils les produisaient envers le défunt. En d'autres termes la mort du contractant ne modifie pas les effets juridiques du contrat. L'article 1122 exprime cette règle en ces termes : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers », formule incomplète, car elle ne vise que les effets actifs du contrat, c'est-à-dire les *droits* qu'il fait naître. Or, il est bien évident qu'il faut en dire autant des obligations auxquelles il donne naissance. Il faudrait remplacer ici le mot *stipulé* par le mot *contracté*.

Cependant, la règle de l'article 1122 subit deux exceptions, énoncées dans son texte même, et qui résultent, soit de la nature du contrat, soit de la volonté des contractants.

Première exception résultant de la nature du contrat. — Les contrats qui sont faits *intuitu personæ*, c'est-à-dire en considération des qualités mêmes du contractant, de ses aptitudes, de ses connaissances, n'étendent pas leurs effets aux héritiers de celui-ci. Ils prennent fin avec la vie du contractant.

Tantôt, l'*intuitus personæ* se rencontre chez tous les contractants. Par exemple, la *société* de personnes suppose que les associés se sont choisis, qu'ils ont une confiance mutuelle en eux, en un mot, qu'il y a entre eux ce que les Romains appelaient l'*affectus fraternitatis*. Il en est de même du *mandat* (art. 2003). Dès lors, la société, le mandat prennent fin par la mort d'un associé quelconque, par celle du mandant ou du mandataire.

Tantôt, au contraire, l'*intuitus personæ* ne se rencontre que chez l'un des contractants. Ainsi, le *contrat de travail* a un caractère personnel en ce qui concerne l'ouvrier ou l'employé, mais non le chef d'entreprise. De même, le *contrat d'entreprise*, par lequel je charge un peintre de faire une œuvre d'art, un architecte de me construire une maison, lie mes héritiers, mais non ceux du peintre ou de l'architecte.

Seconde exception tenant à la volonté des contractants. — Il dépend des parties de décider que le contrat ne liera pas les héritiers soit de l'une et de l'autre, soit de l'une d'entre elles. Par exemple. en prenant à bail un appartement, je puis stipuler que le contrat sera résilié si je viens à mourir.

Les auteurs ont beaucoup discuté la question de savoir si un contractant pourrait faire naître les effets du contrat, non pas en sa personne, mais directement en la personne de ses héritiers, et les rendre ainsi créanciers ou débiteurs, sans le devenir lui-même.

En réalité cette question ne présente guère d'intérêt pratique qu'à propos des *stipulations pour autrui*, en particulier des assurances sur la vie contractées au profit des héritiers de l'assuré. Nous l'examinerons plus loin.

Indiquons seulement qu'en cas de *pluralité* d'héritiers, la question se complique par l'intervention d'un autre principe : à savoir l'interdiction des pactes sur succession future. Il résulte ici de ce principe qu'un contractant

n'aurait pas le droit, dans un contrat passé avec un tiers, de reculer à sa mort les effets de ce contrat, s'il en résultait une disposition relative à la dévolution de ses biens actuels entre ses héritiers ; il ne pourrait pas dire, par exemple, que le prix d'un immeuble par lui vendu devrait être payé à un seul de ses héritiers, ou que le prix de l'immeuble par lui acheté serait acquitté par un seul. Sans doute, une personne a bien le droit, pourvu qu'elle ne porte pas atteinte à la réserve de ses héritiers réservataires, de disposer de ses biens comme elle l'entend, et de manière à avantager tel héritier au détriment d'un autre ; mais elle ne peut le faire que par voie de donation entre vifs ou dans son testament.

2° **Créanciers**. — Les créanciers chirographaires ayant un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, droit sujet à toutes les fluctuations qui peuvent se produire dans la composition de ce dernier, il en résulte que tout contrat qui en modifie la constitution augmente ou diminue leur gage.

En conséquence, tous les contrats conclus par une personne produisent leurs effets à l'égard de ses créanciers chirographaires. C'est ce que signifient deux expressions, qui seraient d'ailleurs absolument inexactes si on les prenait à la lettre, et si on voulait en tirer d'autres conséquences que celle que nous venons d'indiquer : l'une, que les créanciers sont au nombre des *ayants cause à titre universel* du débiteur ; l'autre, que le débiteur, lorsqu'il agit, *représente ses créanciers chirographaires*.

Cependant cette règle comporte d'importantes exceptions :

A. — *Action Paulienne*. — Nous savons que les créanciers chirographaires peuvent faire tomber, en ce qui les concerne, les effets d'un acte que leur débiteur aurait accompli *en fraude de leurs droits* (art. 1167).

B. — *Saisie immobilière*. — Lorsque les créanciers ont saisi les immeubles du débiteur et qu'il y a eu transcription du procès-verbal de saisie, le débiteur ne peut plus ni toucher les fruits et revenus de l'immeuble, ni aliéner le bien lui-même. En ce qui concerne ces actes, il ne représente donc plus ses créanciers (art. 685, 686, C. proc. civ.).

C. — *Faillite*. — De même, au cas de mise en faillite d'un commerçant, les actes du failli ne sont plus opposables à ses créanciers.

D. — Enfin, nous verrons, en traitant des *contre-lettres*, que les créanciers même chirographaires ne peuvent se voir opposer un *acte secret* que leur débiteur aurait caché sous un acte ostensible et *simulé*.

3° **Ayants cause à titre particulier**. — Ce sont ceux qui acquièrent d'une autre personne un droit déterminé, droit réel ou droit de créance, soit par acte entre vifs, vente, cession, donation, etc., soit par legs.

L'ayant cause à titre particulier succède à son auteur en ce qui concerne le droit transmis ; en d'autres termes, ce droit reste soumis à toutes les modalités dont il était grevé au moment où il a été aliéné. C'est l'appli-

1. V. Lepargneur, *De l'effet à l'égard des ayants cause à titre particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis*, Rev. trim. de droit civil, 1924, p. 481.

cation de la règle que nous avons déjà précédemment expliquée : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

Par conséquent, l'ayant cause à titre particulier est lié par les contrats passés par l'auteur de son acquisition, *antérieurement* à celle-ci, contrats qui ont imprimé au droit son état actuel, au jour de sa transmission. Cette règle reçoit de nombreuses applications

Premier exemple. — Le droit de l'*ayant cause* à titre particulier reste soumis aux causes de révocation, de résolution, d'annulation, ou aux modalités provenant des actes antérieurs de l'*auteur*.

Ainsi, le contrat de mariage d'époux mariés sous le régime dotal stipule fréquemment que les biens dotaux de la femme seront aliénables, mais à condition qu'il soit fait remploi du prix. Dans ce cas, si un tiers se rend acquéreur d'un immeuble dotal de la femme, il est lié par la condition de remploi insérée au contrat de mariage, et ne devient propriétaire que s'il veille à l'exécution de cette condition.

Second exemple. — Le cessionnaire d'une créance profite, nous l'avons vu, des garanties accessoires dont elle est accompagnée

Troisième exemple. — L'acquéreur d un immeuble a droit aux servitudes constituées au profit de cet immeuble, de même qu'il supporte les charges dont il est grevé.

Quatrième exemple. — En cas de cession d'un fonds de commerce, l'obligation de garantie dont est tenu le cédant et qui lui impose de s'abstenir de tout acte ultérieur de concurrence pouvant déprécier le fonds vendu, le lie non seulement à l'égard du cessionnaire mais à l'égard des acquéreurs postérieurs (Req., 18 mai 1868, D. P. 69.1.366, S. 68.1.246 ; Lyon, 6 avril 1892, S. 93.2.219, Rouen 28 nov. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.309).

La règle dont nous venons de faire application, vise tous les contrats qui touchent à la *constitution* même du droit transmis. Mais faut-il encore l'appliquer quand il s'agit de contrats qui, sans intéresser la constitution même du droit, sont *motivés* par l'existence de ce droit dans le patrimoine du contractant, et n'ont d'intérêt pour lui qu'autant qu'il en a la jouissance ? Par le fait de la transmission du droit en question, l'acquéreur va-t-il se trouver substitué à l'aliénateur en ce qui concerne la continuation de ces contrats ?

Voici deux hypothèses qui éclaireront cette question et nous en fourniront la solution.

A. — Le contrat d'assurance contre l'incendie conclu entre le propriétaire d'un immeuble et une Compagnie d'assurances continue-t-il de plein droit, et en l'absence de toute clause spéciale, entre l'acquéreur de l'immeuble et la Compagnie ? Plus généralement l'acquéreur d'une usine, d'un fonds de commerce est-il lié par les contrats passés par le cédant, notamment soit avec ses fournisseurs, soit avec ses employés ?

Il faut sans hésiter répondre négativement. Quand bien même il s'agirait de contrats dans lesquels l'*intuitus personæ* n'interviendrait à aucun degré, l'acquéreur ne peut pas être engagé sans sa volonté par des actes qu'il n'a pas conclus lui-même. De même, il n'est pas substitué *ipso jure* aux droits

nés en la personne du disposant. Les contrats du précédent propriétaire, bien que passés *à l'occasion* du droit cédé, ont un caractère personnel. Ils ne lient pas l'ayant cause à titre particulier. Ils sont pour lui *res inter alios acta* (Req., 16 juillet 1889, D. P. 90.1.440, S. 92.1.119).

Telle est la solution de principe, mais il convient d'y apporter diverses exceptions. La plus intéressante concerne le contrat de location d'un immeuble postérieurement aliéné. L'acquéreur est-il substitué aux obligations du bailleur, ou peut-il rompre le bail ? Nous verrons que cette grave question, résolue de façon différente suivant les époques, l'a été par le Code civil (art. 1743) dans le sens le plus favorable à la stabilité des droits du locataire. En effet, le nouvel acquéreur ne peut pas l'expulser, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail.

B. — Une Compagnie minière, propriétaire de la surface des terrains qui recouvrent son exploitation, les vend, en stipulant qu'elle ne sera pas responsable des dommages pouvant résulter de l'évidement du sous-sol. On trouve des arrêts décidant que cette clause est opposable aux sous-acquéreurs de l'acheteur qui l'a acceptée ; solution très contestable, car elle assimile une stipulation toute personnelle de non garantie à une charge ou servitude réelle, qui, on le remarquera, serait opposable aux tiers indépendamment de toute transcription (Dijon, 30 décembre 1896, D. P. 98.2.100 ; Civ., 12 décembre 1899, D. P. 1900.1.361, S. 1901.1.497 note de M. Tissier, P. F. 1900.1.241 note de M. Gény).

Théorie des contre-lettres[1]. — A l'étude des effets des contrats quant aux ayants cause des contractants se rattache la théorie des *contre-lettres*, malencontreusement placée, dans le Code, au chapitre de *la Preuve*.

Qu'est-ce d'abord qu'une *contre-lettre* ? Au sens de l'article 1321 (car sous les articles 1396 et 1397 on rencontrera le mot de contre-lettre employé avec une signification différente et d'ailleurs peu exacte), la contre-lettre est un acte écrit, destiné à rester secret, qui modifie ou supprime les effets apparents d'une convention conclue entre deux personnes. Par exemple, vous me vendez un immeuble 100.000 francs. Mais, pour éviter le paiement de la totalité des droits de mutation, l'acte de vente passé devant notaire porte un prix de 80.000 francs ; une contre-lettre passée en secret entre nous constate que le prix véritable est de 100.000 francs. Ou, inversement, vous me louez un appartement 5.000 francs. Mais, comme vous êtes sur le point de vendre votre maison et que vous désirez en majorer la valeur aux yeux de l'acquéreur, vous me demandez de signer un bail portant un loyer de 8.000 francs ; aussitôt après nous échangons des contre-lettres d'où il appert que le loyer véritable n'est que de 5.000 francs. De même encore, un débiteur, voulant soustraire un bien à la saisie de ses créanciers, le vend à un tiers, mais une contre-lettre constate que cette vente est fictive, et que l'acheteur possède pour le compte du prétendu vendeur. Dans tous ces cas, il y a une

1. Bartin, *Des contre-lettres*, thèse Paris, 1885 ; Fourcade, *De la simulation*, thèse Paris, 1887 ; P. Glasson, *De la simulation*, thèse Paris 1897.

situation apparente, simulée, résultant d'un acte ostensible, d'une *lettre*, et une situation réelle, véritable, constatée par une *contre-lettre*, destinée à rester cachée et connue seulement des deux contractants.

Quel va être l'effet de la contre-lettre ?

On pourrait tout d'abord, s'attachant au soupçon de fraude qui plane toujours plus ou moins sur le procédé de la contre-lettre, la déclarer nulle et inopérante à tous égards. C'est ce que décidait l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'Enregistrement, aux termes duquel toute contre-lettre ayant pour objet l'augmentation d'un prix de vente contenu dans un acte public ou privé enregistré, était déclarée nulle et de nul effet. Plus tard, cette sanction sévère a été considérée comme abrogée par l'article 1321 du Code civil, aux termes duquel la contre-lettre a effet « entre les parties ». Et en effet, la fraude aux droits du Trésor doit, en bonne raison, être réprimée, non par la nullité de la convention, mais par des pénalités contre les fraudeurs. Mais la sanction d'antan a été rétablie, au moins partiellement, par la loi budgétaire du 27 février 1912, dont les articles 6 et 7, inspirés des mêmes préoccupations fiscales que l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII, édictent la nullité des conventions ayant pour objet de dissimuler partie du prix réel des *cessions d'offices ministériels*, des *transmissions immobilières*, des *cessions de fonds de commerce ou de clientèle*, ou encore de la soulte d'un *échange* ou d'un *partage*.

En dehors de ces hypothèses spéciales, les contre-lettres ne sont pas nulles. L'article 1321 porte qu' « elles ne peuvent avoir leur effet qu'*entre les parties contractantes* ; elles n'ont point d'effet *contre les tiers* ».

A — *Elles ont effet entre les parties contractantes.* — Cette solution se comprend sans peine. Les parties peuvent se lier comme elles veulent. Ce qu'on peut faire ouvertement, on peut le faire secrètement ; et par *parties contractantes*, il faut certainement entendre les héritiers et autres successeurs continuant en tout ou *pro parte* la personne d'un contractant défunt. La contre-lettre signée par leur auteur les liera incontestablement (Civ., 18 mai 1897, D. P. 97.1.505. note de M. de Loynes, S 98.1.225, note de M. Tissier).

Nous avons dit qu'on peut faire par contre lettre ce qu'on peut faire ouvertement. En effet, il importe de réserver l'hypothèse où la contre-lettre dissimulerait une convention illicite. S'il en était ainsi, elle n'aurait aucune valeur, même entre les parties contractantes. C'est par application de cette idée que la Jurisprudence, consacrée aujourd'hui par l'article 6 de la loi précitée du 27 février 1912, déclare nulles et de nul effet les contre-lettres en matière de cession d'office ministériel. Ces actes interviennent le plus souvent en vue de majorer le prix porté dans l'acte apparent de cession. La contre-lettre est illicite, parce qu'elle a pour but de faire échapper les conditions du contrat véritable au contrôle de l'autorité, contrôle auquel est assujettie toute cession d'office ministériel. Il importe en effet que la Chancellerie veille à ce que le prix des offices ministériels ne soit pas exagéré. Autrement, il y aurait lieu de craindre que le cessionnaire ne fût porté à récupérer sur la clientèle, au moyen d'agissements plus ou moins répré-

hensibles la somme excessive qu'il aura été contraint de verser. L'article 7 de la même loi, en vue de mettre un terme aux fraudes dirigées contre le fisc, a également déclaré nulle toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle.

B. — En revanche, les contre-lettres, nous dit l'article 1321, *n'ont point d'effet contre les tiers*. En quoi y a-t-il là quelque chose de nouveau et de spécial? N'est-ce pas la règle pour tous les contrats cachés ou non, qu'ils n'ont pas d'effet à l'encontre des tiers? (art. 1165, V. la page suivante). Il s'en faut cependant de beaucoup que l'article 1321 ne soit qu'un doublet de l'adage: *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*. La vérité, c'est que les tiers visés par l'article 1321 ne sont pas les mêmes que les tiers de l'article 1165. Ces derniers ce sont les *penitus extranei*, ceux qui n'ont point participé au contrat ni par eux-mêmes, ni par un représentant. Il va de soi qu'ils peuvent repousser les effets des actes passés par d'autres personnes. Les tiers que vise l'article 1321, ce sont au contraire *certains ayants cause* des auteurs de la contre-lettre. Lesquels? Non pas, nous l'avons vu, les héritiers et successeurs à titre universel, lesquels doivent subir l'effet de tous les actes accomplis par leurs auteurs; mais ce sont les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre particulier *auxquels le contrat eût été opposable, s'il n'avait pas affecté la forme d'une contre-lettre*. Et voici deux applications de la règle.

a) Les créanciers chirographaires seront en droit de tenir pour non avenue la contre-lettre qui aboutirait à la diminution du patrimoine de leur débiteur, tel que l'acte ostensible passé par celui-ci en avait déterminé la consistance (Civ., 8 mars 1893, D. P. 93.1.243, S. 93.1.193; Req., 15 juillet 1896, S. 1900 1.483).

b) Pareillement, l'acheteur d'un immeuble (ayant cause à titre particulier) auquel nous l'avons vu, un bail passé antérieurement à la vente par son vendeur est opposable, peut repousser la contre-lettre, réduisant par exemple à 5.000 francs le montant du loyer annuel porté à l'acte ostensible pour 8.000 francs. Il est en droit de demander 8.000 francs au locataire, sauf pour celui-ci à réclamer la différence au précédent propriétaire avec qui il avait traité.

On le voit, les *ayants cause des contractants deviennent des tiers* à l'encontre des contrats de nature à leur préjudicier, lorsque ces contrats revêtent la forme de contre-lettres. C'est comme si la loi appliquait ici d'office, en vertu d'une *présomption de fraude*, la sanction de l'action Paulienne.

On aura remarqué que, d'après les termes mêmes de l'article 1321, c'est seulement *contre* les tiers que les contre-lettres sont privées de leurs effets. Le texte ne dit pas que les tiers (au sens spécial du mot admis en cette matière) ne puissent *bénéficier* de la contre-lettre. Et, en effet, ils restent ayants cause du contractant, en tant que la convention secrète leur est profitable. Ainsi, en cas de majoration du prix de vente, les créanciers chirographaires du vendeur pourront, comme leur débiteur, invoquer la contre-lettre pour exiger un supplément de prix. De même, les créanciers, munis d'une hypothèque légale portant sur tous les immeubles de leur

débiteur, atteindront au moyen de cette hypothèque tous les immeubles dont leur débiteur est propriétaire apparent, quand bien même il résulterait d'une contre-lettre qu'il ne les aurait, en réalité, acquis qu'en qualité de prête-nom d'une tierce personne. Il en sera ainsi, du moins, si les tiers sont de bonne foi ; car leur prétention devrait être repoussée, s'il était établi qu'en fait ils ont eu connaissance de la simulation au moment de la naissance de leur droit (Limoges, 14 octobre 1910, D. P. 1911 .2.393, note de M. Magnol).

SECTION III. — Effets des contrats a l'égard des tiers.

Stipulations pour autrui[1].

Principe de la relativité des contrats ; exceptions qu'il comporte. — Les « conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » ; elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers.

Cette règle, écrite dans l'article 1165, n'est que la reproduction du vieux brocard que nous avons déjà souvent cité : *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest.* Les auteurs la considèrent, à la suite de Pothier (*Obligations*, n° 87, édit. Bugnet, t. II, p. 46), comme une vérité d'évidence. Mais cette évidence est toute apparente, et dès qu'on essaie de préciser la portée de la règle, on se heurte à des difficultés.

La première tient à l'imprécision du mot « tiers ». Nos explications précédentes, relativement aux effets des contrats à l'égard des ayants cause des contractants, prouvent clairement qu'il ne faut pas donner à cette expression un sens général, et y comprendre tous ceux qui ne sont pas les contractants eux-mêmes, ou les personnes représentées par eux. Nous avons vu, en effet, que les contrats obligent non seulement ceux qui les font, mais, sous les distinctions que nous avons indiquées, tous leurs ayants cause. Par conséquent, la règle édictée par l'article 1165 n'est vraie que pour ceux qui sont complètement *étrangers aux contractants* et qu'on appelle souvent les *penitus extranei*.

Ainsi restreinte aux *penitus extranei*, la règle de l'article 1165 paraît incontestable et d'une portée absolue. Par exemple, il est bien évident que les contrats passés par le possesseur d'un immeuble ne sont pas opposables au véritable propriétaire. De même, la transaction intervenue au sujet d'un droit litigieux entre une personne et l'un des héritiers de son adversaire ne produit aucun effet à l'égard des autres héritiers.

Et pourtant, ici encore, la règle va subir un certain nombre d'exceptions que la sécurité des relations juridiques ou les nécessités pratiques ont imposées :

1° La première, la plus importante, concerne les actes de l'*héritier apparent*. Nous avons déjà vu que les actes passés, même les aliénations con-

1. Lambert, *Stipulation pour autrui*, thèse Paris, 1893 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 560 et s. ; Balleydier et Capitant, *l'Assurance sur la vie au profit des tiers et la Jurisprudence*, Livre du centenaire du Code civil, t. 1er, p. 515.

senties par l'héritier apparent, sont opposables au véritable héritier (V. tome Ier, p. 973)

2° La seconde exception est écrite dans l'article 1240, aux termes duquel le paiement fait de bonne foi à celui *qui est en possession de la créance*, c'est-à-dire au créancier apparent, est valable à l'encontre du véritable créancier.

Ces deux dérogations au principe s'expliquent par le même raisonnement. L'héritier et le créancier véritables sont en faute d'avoir laissé s'établir une situation qui serait préjudiciable aux tiers, si les actes passés avec celui qui est en possession de l'héritage ou de la créance pouvaient être annulés. Ils subissent la peine de leur négligence en perdant la faculté d'attaquer les actes en question.

3° Nous avons dit ci-dessus qu'à partir de la déclaration de faillite, le failli cesse de pouvoir accomplir aucun acte relatif à ses biens. Les créanciers deviennent désormais des tiers par rapport au failli. Néanmoins, lorsque la majorité des créanciers décide de remettre le débiteur à la tête de ses affaires, sous la promesse faite par lui de rembourser à certaines échéances tout ou partie des créances, cette décision appelée *concordat*, lie la minorité qui cependant n'a pas consenti à ce traité. Cette solution, consacrée, par un texte positif, l'article 507 du Code de commerce, s'explique par cette idée que la masse des créanciers du failli forme une sorte de corporation, un être collectif distinct des créanciers envisagés individuellement.

4° On se souvient aussi que celui qui revendique un immeuble peut prouver son droit en opposant à son adversaire des actes d'aliénation auxquels celui-ci n'a pas été partie, et que ce dernier ne peut combattre cette preuve que par la production de titres contraires (Voir tome Ier, p. 1009 et s.). Nous avons expliqué cette solution par l'application des règles établies par le Code civil en matière de preuves et de présomptions.

5° Le principe de la relativité des contrats souffre encore une exception en ce qui concerne les *actes d'administration* faits par un possesseur de biens appartenant à autrui. Ainsi, les baux conclus par l'usufruitier dans les limites indiquées par l'article 595 sont opposables au propriétaire. De même, le vendeur qui exerce l'action en réméré et redevient propriétaire de l'immeuble, comme s'il ne l'avait jamais aliéné, est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur (art. 1673)[1]

6° Signalons deux actes qui engendrent un droit de créance au profit de personnes qui non seulement n'y ont pas été parties, mais n'étaient même pas nées au moment où l'acte est passé. C'est d'abord l'*institution contractuelle* faite dans un contrat de mariage au profit de l'un des futurs époux. Cette institution crée un droit à la succession du disposant, non

1. On peut rattacher à cette solution la règle consacrée par l'article 11 du Décret du 7 décembre 1918 relatif à l'application de la loi du 2 juillet 1918 sur le reboisement et la conservation des forêts privées. Ce décret décide que l'administration forestière peut s'engager par contrat à la conservation et à la régie des forêts privées. Et l'article 11 ajoute que les obligations qui résultent du contrat passé avec l'administration forestière suivent les bois *en quelques mains qu'ils passent*.

seulement au profit du donataire, mais aussi des enfants à naître du mariage (art. 1082, al. 2). C'est ensuite la *substitution fidéicommissaire* permise par les articles 1048 et 1049. Elle fait naître un droit au profit des enfants nés ou à naître du donataire ou légataire grevé de la substitution.

Stipulations pour autrui. — Une dernière dérogation au principe de l'article 1165, c'est qu'un contrat conclu par deux personnes peut contenir une *stipulation au profit d'un tiers* qui n'y a pas été partie (art. 1121). C'est la seule exception qui soit visée *in fine* dans le texte de l'article 1165. C'est aussi la seule dont nous allons traiter ici.

Dans cette étude de la stipulation pour autrui, nous envisagerons successivement les points suivants : 1° Le principe même de la règle d'où il résulte que la stipulation pour autrui primitivement prohibée est désormais licite et valable ; 2° Les effets de cette stipulation ; 3° Le cas spécial où elle est faite au profit de personnes futures ou même indéterminées.

§ 1. — La liberté des stipulations pour autrui.

Définition. — Il y a stipulation pour autrui lorsque, dans un contrat, l'un des contractants stipule de l'autre que ce dernier donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers étranger au contrat et *qui n'y est pas représenté.*

La première observation qu'il y a lieu de faire aussitôt, est qu'il ne faut pas confondre la *stipulation pour autrui* et le *mandat.* Celui qui agit au nom d'autrui comme mandataire est un *représentant* ; et les effets du contrat se produisent directement sur la tête du représenté, comme si ce dernier avait été partie au contrat : ils restent étrangers à la personne du représentant, car ce n'est pas lui qui contracte. Dans la stipulation pour autrui, au contraire, le stipulant contracte *en son nom*, mais l'effet de son contrat se produit au bénéfice d'autrui.

Ce genre d'opération juridique est resté longtemps sans importante application pratique. Aussi les civilistes ne lui consacraient-ils que de brèves explications. Mais le développement de l'assurance sur la vie en a mis au jour une utilisation nouvelle, de plus en plus fréquente. Voici, en effet, comment se fait, dans la plupart des cas, cette sorte de contrat. L'assuré stipule de la Compagnie, moyennant le paiement d'une *prime* annuelle, le versement d'un *capital* ou *indemnité* qui sera payé, soit à lui-même, s'il vit encore au bout d'un terme convenu, ordinairement vingt ou trente ans suivant l'âge actuel de l'assuré, soit, s'il vient à mourir auparavant, *à un tiers bénéficiaire* désigné dans la police, par exemple, sa femme ou ses enfants.

Nous signalerons encore d'autres applications de la stipulation pour autrui, mais l'assurance sur la vie en est à coup sûr la principale ; c'est l'importance toujours grandissante de ce contrat qui explique celle qu'a prise, dans la Doctrine moderne, la théorie de la stipulation pour autrui.

Notions historiques. Droit romain. — Les jurisconsultes romains décidaient qu'il n'était pas possible de stipuler pour autrui : *Alteri stipulari*

nemo potest (19 Inst., *De inutil. stipul.*, III, 19). C'était la conséquence logique de la conception primitive très étroite que les Romains se faisaient du rapport contractuel. Cette conception, à l'origine, excluait même l'idée de la représentation. Pour les Romains primitifs, une action ne peut pas naître au profit d'une personne qui n'a pas figuré au contrat, ou qui n'a pas intérêt à son exécution. L'engagement que l'un des contractants prend au profit d'un tiers est donc nécessairement inefficace. Il ne peut pas engendrer un droit en faveur de ce tiers, puisque celui-ci n'est pas partie à l'acte ; il n'en peut pas engendrer non plus pour le stipulant, car ce dernier n'a aucun intérêt à ce qu'une prestation soit faite à autrui.

Cette règle rigoureusement logique était cependant fort gênante. Elle empêchait des opérations juridiques, qui, à un certain degré de civilisation, deviennent parfois nécessaires. Ainsi, il n'était pas permis à un vendeur de convenir que le prix serait payé à un tiers, son créancier ou son ami, qu'il aurait voulu désintéresser ou gratifier ; il n'était pas possible à un donateur d'imposer au donataire une charge au profit d'une tierce personne. Aussi, à une époque plus avancée du Droit romain, ne manqua-t-on pas d'apporter à la prohibition primitive les tempéraments nécessaires.

On se préoccupa tout d'abord de créer une action au profit du stipulant pour autrui, action qui lui permît de contraindre le promettant à l'exécution de son engagement envers le tiers bénéficiaire du contrat. Le procédé employé à cet effet consista d'abord dans l'emploi de la *stipulatio pœnæ*. Le promettant s'engageait à payer au stipulant une certaine somme (*pœna*), si, à l'échéance convenue, il n'accomplissait pas la prestation visée au profit du bénéficiaire.

A l'époque classique, il n'est même plus nécessaire d'employer ce détour. On admet que, sans *stipulatio pœnæ*, le stipulant peut réclamer des dommages-intérêts à l'autre partie, toutes les fois qu'il a intérêt à l'exécution de la promesse faite au profit du tiers. Or, celui qui stipule pour un tiers est toujours guidé par un intérêt personnel (Girard, 6e édition, p. 461).

Même ainsi généralisée, la création d'une action au profit du stipulant demeurait insuffisante, car le tiers bénéficiaire, lui, n'acquérait encore aucune action, aucun droit propre, lui permettant de réclamer au promettant l'exécution de l'engagement ; et il fallait lui en donner une.

De très bonne heure, la pratique avait cherché à tourner la difficulté, et avait trouvé dans l'emploi même de la stipulation un moyen de réaliser indirectement ce qu'on ne pouvait faire directement. A cet effet, le stipulant stipulait pour lui-même, mais il adjoignait à son nom celui du tiers : *Spondesne mihi aut Titio?* Le tiers se trouvait ainsi *adjectus solutionis gratia*, c'est-à-dire autorisé, non pas à poursuivre le débiteur mais à recevoir de lui le paiement.

Au Bas Empire enfin, on arriva à accorder au tiers une action contre le débiteur, dans les cas les plus intéressants, d'abord dans l'hypothèse d'une *donation sub modo*, c'est-à-dire avec charge stipulée au profit d'un tiers bénéficiaire (3 C., *de don. quæ sub modo*, VIII, 55) ; puis, sous Justinien,

on appliqua la même solution aux hypothèses de *constitution de dot*, de *dépôt*, de *commodat* accompagnées d'une clause prescrivant de restituer à un tiers les biens donnés, déposés ou prêtés.

Grâce à ces tempéraments et à ces exceptions, la rigueur de la règle originaire se trouvait donc très sensiblement atténuée et parfois même effacée.

L'ancien Droit français. — Nos anciens jurisconsultes, tout en maintenant la prohibition romaine, et en répétant avec les textes romains qu'on ne peut pas stipuler pour autrui, ont continué l'œuvre de leurs prédécesseurs. Ils se sont ingéniés eux aussi à écarter les entraves que la vieille règle pouvait apporter aux besoins de la vie juridique.

Pothier (*Obligations*, n° 54, éd. Bugnet, t. II, p. 32), particulièrement intéressant en cette matière, commence par justifier l'adage : *Alteri stipulari nemo potest.* « Une telle stipulation, dit-il, ne peut vous obliger ni envers le tiers, car les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ni envers moi, car ce que j'ai stipulé de vous pour ce tiers, étant quelque chose à quoi je n'ai aucun intérêt qui puisse être appréciable à prix d'argent, il ne peut résulter aucuns dommages et intérêts envers moi du manquement de votre promesse ; vous y pouvez donc manquer impunément. » Cependant, les tempéraments que Pothier apporte aussitôt à la règle, sont en somme plus larges encore qu'au Bas Empire. Il n'excepte pas seulement de la prohibition, comme les derniers textes du Droit romain, les cas de donation avec charge, de dépôt, de commodat, ou de constitution de dot; il décide encore (*loc. cit.*, n° 71) que, « si je vous *vends* un héritage pour le prix en être payé à un tiers, il y a stipulation pour moi-même, et le tiers est censé tenir de moi le pouvoir de recevoir le prix. Il résulte de là que cette stipulation fait naître à son profit une action contre l'acquéreur ».

En somme, aux yeux de Pothier, la stipulation pour autrui est valable et efficace, d'une part, dans tous les cas très usuels où elle est *adjointe à l'aliénation d'une chose* ; et, d'autre part, dans tous ceux où le stipulant a *un intérêt personnel* et appréciable en argent à l'accomplissement de la prestation. A la vérité, dans ce second cas, il n'y a pas d'action au profit du tiers, mais le stipulant peut contraindre le débiteur à l'exécution de son obligation.

Les solutions du Code civil. — Si l'on s'attache à la lettre des solutions formulées dans les articles 1119 et 1121, on constate que les rédacteurs du Code civil ont voulu reproduire les dispositions de Pothier.

Fidèles à la tradition et respectueux des textes du Droit romain, ils commencent par consacrer l'antique prohibition des stipulations pour autrui dans l'article 1119 : « On ne peut, en général, stipuler que pour soi-même. »

Puis dans l'article 1121, ils indiquent les exceptions à la règle, en disant qu' « on peut... stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre ».

Ainsi, d'après l'article 1121, la stipulation est valable dans deux cas :

1° Lorsque telle est la condition d'une *donation que l'on fait à un autre* : c'est l'hypothèse classique de la donation *sub modo* ;

2° Lorsque telle est la condition d'une *stipulation que l'on fait pour soi même* : c'est l'hypothèse de la stipulation pour autrui proprement dite.

Les auteurs interprètent ordinairement cette deuxième formule d'une façon étroite, et la limitent au cas où le stipulant a stipulé en même temps pour lui et pour autrui : par exemple, le vendeur stipule que l'acheteur lui paiera partie du prix et partie à un tiers, ou encore qu'il paiera la totalité du prix à un de ses créanciers, à lui vendeur, qu'il entend ainsi désintéresser. Il est clair que, dans les deux hypothèses, le vendeur stipule *pour lui*, soit en partie, soit en totalité.

Mais une telle interprétation n'est pas admissible ; elle conduirait à restreindre plus étroitement que ne le faisaient nos anciens auteurs, les applications permises de la stipulation pour autrui. La preuve qu'elle est loin de s'imposer ne résulte-t-elle pas d'ailleurs de l'article 1973, aux termes duquel « la rente viagère peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une tierce personne » ? L'expression de *stipulation pour soi-même*, employée par l'article 1121, peut donc être entendue comme synonyme de *contrat intéressant le stipulant*. Et, dès lors, la stipulation faite au bénéfice d'autrui est valable et obligatoire toutes les fois que le contrat *présente un intérêt pour le stipulant*. Tel est le sens large, le seul pratique, le seul acceptable que la Jurisprudence attache à la deuxième des solutions consacrées par l'article 1121.

Dès lors, il est facile de comprendre que toutes les stipulations pour autrui susceptibles de se rencontrer dans la pratique vont se trouver validées en bloc par le texte même de l'article 1121. D'une part, en effet, à moins de supposer l'insanité d'esprit d'un contractant, on ne peut pas supposer qu'il sollicite l'engagement de l'autre contractant, sans y être poussé par un intérêt, ne fût-ce que l'intérêt d'affection qui a pu le déterminer à gratifier le bénéficiaire par lui désigné. Si une personne, par exemple, promet une somme d'argent à une congrégation, à l'effet de constituer une dot moniale à une congréganiste, pourquoi la loi refuserait-elle de donner satisfaction à la pensée de bienveillance qui a inspiré le stipulant, en refusant de considérer la stipulation comme valable ? (V. Req., 22 avril 1909, S. 1909.1.349, consacrant la validité). Et d'autre part, quand bien même on se refuserait à tenir compte d'un autre intérêt que d'un intérêt pécuniaire, personnel au stipulant, on peut considérer que la présence de cet intérêt dans toute stipulation pour autrui résulte de la dernière phrase de l'article 1121. En effet, ce texte, après avoir indiqué les cas où la stipulation pour autrui est valable, ajoute : « Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Donc, tant que le bénéficiaire n'a pas fait cette déclaration, le stipulant peut révoquer la stipulation. Pourquoi ? ***Pour*** *s'en appliquer le bénéfice*. Et c'est, notamment, une faculté consacrée par toutes les polices des assurances sur la vie contractées au profit d'un tiers. Cette faculté suffirait au besoin pour constituer l'*intérêt personnel*

au stipulant, dont l'article 1121 fait une condition suffisante de la validité des stipulations pour autrui.

Ces opérations, dont l'article 1119 continue cependant à proclamer en principe l'inefficacité, sont donc en réalité toujours valables. L'exception consacrée par l'article 1121 s'est trouvée si large, grâce à l'heureuse interprétation de la Jurisprudence, qu'elle a fini par embrasser toutes les hypothèses, et par se transformer en règle. Et il serait, croyons-nous, impossible de trouver dans les recueils judiciaires la trace d'une seule décision qui ait jamais annulé une stipulation pour autrui comme faite en violation des articles 1119 et 1121 du Code civil. Le prétendu principe écrit dans l'article 1119 n'est donc plus vrai. C'est un texte desséché, dont la vie s'est retirée depuis longtemps. Pour mettre le Code en accord avec le Droit vivant, il faudrait d'abord effacer l'article 1121 devenu inutile, et, de plus, refaire l'article 1119, et y écrire purement et simplement une règle contraire à celle qu'il énonce actuellement et qui serait ainsi conçue : « Il est permis d'insérer dans un contrat une stipulation pour autrui ».

Applications pratiques de la stipulation pour autrui. — Nous avons dit que la principale application de la stipulation pour autrui était l'assurance sur la vie faite par l'assuré au profit d'un tiers, notamment, de sa femme ou de ses enfants. Ici, l'assuré est évidemment inspiré en première ligne par l'affection, par son désir de s'acquitter d'un devoir moral, en garantissant des ressources aux siens après sa mort. Mais il y a bien d'autres applications de la stipulation pour autrui.

On en rencontre en premier lieu de nombreuses dans la matière des assurances.

Nous citerons tout d'abord l'assurance *pour le compte de qui il appartiendra*. C'est l'assurance contre l'incendie ou tout autre sinistre d'une chose destinée à changer de mains. L'assuré stipule que l'indemnité sera, en cas de sinistre, payée soit à un tiers désigné dans le contrat, soit tout simplement *à la personne intéressée*, par exemple à celle qui sera, à ce moment, propriétaire des marchandises assurées. Cette assurance crée donc un lien de droit, non seulement entre les parties dénommées au contrat, mais entre l'assureur et tous les propriétaires présents ou futurs de la chose (Civ., 5 mars 1888, D. P. 88.1.365, S. 88.1.313).

Dans l'*assurance-incendie*, il arrive parfois que le propriétaire d'un immeuble loué à un tiers fait insérer dans la police une clause par laquelle la compagnie renonce en cas d'incendie à tout recours contre le locataire fondé sur l'article 1733. Cette clause constitue une stipulation au profit du locataire (Req., 26 octobre 1903, S. 1905.1.327).

De même, il est dit ordinairement dans les polices incendie que l'assurance continuera au profit de l'acquéreur de l'immeuble, à condition que celui-ci fasse une déclaration dans le mois qui suivra l'acquisition. Il y a dans cette clause une stipulation au profit de l'acquéreur (Req., 4 nov. 1907, D. P. 1908.1.287, S. 1908.1.337, note de M. Hémard).

Enfin, avant la loi du 9 avril 1898, les chefs d'entreprise assuraient assez

souvent leurs ouvriers *contre les accidents du travail*. Le patron contractait en pareil cas, deux assurances : l'une, dite *assurance de responsabilité*, en vue de garantir sa responsabilité personnelle au cas où l'accident lui serait imputable à faute ; l'autre, dite *assurance collective*, par laquelle il stipulait le paiement d'une indemnité au profit des ouvriers qui seraient victimes d'accidents, abstraction faite de la cause du sinistre. Cette seconde assurance constituait-elle une stipulation pour autrui ? Nous le croyons. Cependant la Jurisprudence n'a jamais pu se fixer sur ce point (V. les divers arrêts rapportés au Dalloz, *Table décennale*, 1887-1897, V° *Assurances terrestres*, n^os^ 584 à 597 et Sirey, *Table*, 1890-1900, V° *Assurances terrestres* n^os^ 193 et s. V. en dernier lieu Dijon, 18 novembre 1912, *Gaz. Pal.*, 13-14 avril 1913).

En dehors de la matière de l'assurance, on trouve encore nombre d'autres applications de la stipulation pour autrui.

Il y en a une dans le cas d'un industriel qui cède son établissement et envers qui le cessionnaire s'engage à conserver tout le personnel (Req., 11 juillet 1904, D. P. 1906.1.289, S. 1909.1.563).

De même, dans le contrat passé entre l'expéditeur de marchandises et le voiturier, l'expéditeur stipule pour le destinataire en même temps que pour lui (Civ., 31 janvier 1894, D. P. 94.1.244, S. 94.1.246).

Citons encore les clauses insérées par l'Administration dans les *cahiers des charges des marchés de travaux publics ou de fournitures*, clauses fixant les conditions de travail que l'adjudicataire devra accorder aux ouvriers qu'il embauchera. Ces derniers peuvent, au cas où l'adjudicataire leur imposerait des conditions inférieures à celles qui sont indiquées, demander à l'Administration de les indemniser au moyen de retenues opérées sur les sommes dues à l'entrepreneur et sur son cautionnement (Civ., 23 décembre 1908, D. P. 1909.1.88 ; Civ., 3 mars 1909, S, 1911.1.369, note de M. Demogue). Dans les mêmes marchés, il y aura aussi une stipulation pour autrui contenue dans la clause usuelle déclarant qu'au cas où l'adjudicataire rétrocéderait à des sous-traitants une partie des travaux, il serait responsable personnellement envers les ouvriers et fournisseurs de ces derniers (Req., 13 mars 1889, S. 89.1.263 et 16 mars 1898, D. P. 98.1.311, S. 1902. 1.350).

Certains écrivains ont enfin voulu voir des stipulations pour autrui dans le *contrat collectif*, et dans la *fondation* faite, par exemple, en vue de soigner les malades, de secourir les pauvres, de couronner des lauréats, etc., mais une telle analyse ne nous paraît pas exacte ; nous nous en expliquerons à propos de la fondation.

Comparaison entre la stipulation pour autrui et la délégation. — Les deux opérations présentent des analogies incontestables. Le délégué accepte de s'obliger envers le délégataire sur la demande du déléguant, de même que le débiteur de la stipulation pour autrui s'engage envers le stipulant à accomplir une prestation déterminée au profit du tiers bénéficiaire. Certains auteurs ont même prétendu que le développement de la

stipulation pour autrui devait enlever à l'institution de la délégation toute utilité pratique. En fait, il est vrai que la plupart des résultats visés par la délégation peuvent être obtenus au moyen d'une stipulation pour autrui. Cependant il subsiste entre les deux opérations des différences qui ne sont pas négligeables.

La stipulation pour autrui constitue un *acte unique* ; la délégation au contraire est, en somme, le composé de *deux actes* qui, en fait, se confondent souvent, mais qui peuvent ne pas se confondre : l'ordre donné au délégué par le déléguant, l'engagement du délégué envers le délégataire. D'où les conséquences suivantes :

1° Le moment où naîtra la créance du bénéficiaire de l'opération peut n'être pas le même. Le bénéficiaire de la stipulation pour autrui, nous le verrons, devient créancier dès le moment de la stipulation. Il se peut, au contraire, que le délégataire ne devienne créancier que postérieurement à la délégation, le jour où il acceptera l'engagement du délégué envers lui.

2° Le promettant qui s'est engagé dans une stipulation pour autrui, peut opposer au bénéficiaire de son engagement les exceptions et défenses qui résultent de son contrat avec le stipulant ; au contraire, le délégué qui, acceptant la délégation, s'est engagé envers le délégataire, ne peut opposer à celui-ci les moyens de défense qu'il pouvait avoir à l'encontre du déléguant.

§ 2. — Effets de la stipulation pour autrui. Droits et actions que fait naître la stipulation.

Les effets que produit la stipulation pour autrui se résument en deux propositions :

1° Le tiers bénéficiaire acquiert, par le seul fait de la stipulation à laquelle cependant il n'a pris aucune part, un droit de créance contre le promettant. Ce droit lui appartient en propre ; il naît en sa personne et non en celle du stipulant. Il est entré dans son patrimoine sous cette simple réserve qu'il *acceptera* la stipulation faite à son profit.

2° Tant que le tiers bénéficiaire n'a pas accepté, le stipulant peut *révoquer* la disposition faite à son profit, et en transporter le bénéfice soit sur sa propre tête, soit sur celle d'une autre personne.

1° Première proposition. Droit acquis directement par le tiers bénéficiaire. — Le tiers bénéficiaire acquiert, par le fait seul de la promesse faite au stipulant, un droit de créance contre le promettant. C'est un point qui n'est plus mis en doute, ni par la Doctrine, ni par la Jurisprudence. Maintes fois, la Cour de cassation a eu l'occasion de le décider au sujet de l'assurance sur la vie en faveur d'un *tiers*.

Plus généralement, c'est même cette *création*, immédiate et directe, d'un droit propre au profit du bénéficiaire qui caractérise la stipulation pour autrui, et qui sert de critérium pour la différencier d'opérations analogues, telles que la délégation, avec lesquelles il est parfois difficile de ne pas la confondre (Req., 20 décembre 1898, D. P. 99.1.320, S. 1901.1.

270; Civ., 16 janvier 1888, D. P. 88.1.77, S. 88.1.121 ; 6 février 1888, 8 février 1888, 22 février 1888, 27 mars 1888, D. P. 88.1.193, S. 88.1.121, note de M. Crépon ; 7 août 1888, D. P. 89.1.118, S. 89.1.97, note de M. Labbé).

Bien entendu, il dépendrait des contractants de retarder le moment où le droit prendra naissance, et c'est ce qui se produit notamment dans l'assurance-incendie pour le compte de qui il appartiendra. Mais, en matière d'assurance sur la vie, il n'y a pas de raison de reculer cette date, au moins lorsque le tiers bénéficiaire est dès à présent vivant ; aussi les polices ne le font-elles jamais.

On peut s'étonner de voir le droit prendre naissance, avant que le tiers bénéficiaire ait manifesté son intention d'accepter le bénéfice de la stipulation. Mais, à la réflexion, cette conception juridique est conforme aux faits. Cette acceptation du tiers bénéficiaire, à laquelle l'article 1121 *in fine* fait une allusion formelle, ne fait que confirmer le droit de créance déjà existant à son profit ; ce n'est pas elle qui crée ce droit. Sa portée est de rendre désormais impossible l'exercice du pouvoir de révocation du stipulant. Et qu'on ne s'étonne pas de voir une personne devenir créancière sans manifestation de volonté de sa part, *etiam ignorans, invitus*. On peut comparer cette situation à celle de l'héritier qui acquiert la succession au jour même du décès, à son insu le plus souvent, et qui ne fait ensuite que confirmer ce droit par son acceptation.

Il reste, et ce point a donné lieu à une controverse doctrinale classique, à expliquer juridiquement le mécanisme de l'opération qui aboutit à un tel résultat. Nous examinerons à cet égard les trois systèmes principaux.

A. — *Système de l'offre.* — Le premier de ces systèmes est la *théorie de l'offre*. Il analyse l'opération de la manière suivante.

Le promettant s'engage *envers le stipulant*. Celui-ci *offre* au tiers bénéficiaire de lui céder la créance née à son profit. Si ce dernier accepte l'offre, il se forme un *second contrat* qui transporte le droit de créance sur la tête du cessionnaire.

Cette explication très simple a séduit pendant longtemps les auteurs. Elle a même été adoptée par les premiers arrêts qui ont eu à déterminer les effets de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers (V. encore Besançon, 11 novembre 1898, D. P. 99.2.81, S. 1902.2.41, note de M. Wahl. Cf. la note de M. Labbé, S. 77.1.393). Mais elle est aujourd'hui abandonnée. Elle est en effet inexacte, et elle conduit à des conséquences manifestement contraires à la volonté des contractants.

Ainsi, il en résulterait tout d'abord que le droit de créance du tiers contre le promettant ne prendrait naissance qu'au moment où il accepterait l'offre du stipulant. Si donc le stipulant venait à mourir avant l'acceptation, celle-ci ne serait plus possible, car, d'après la doctrine classique, l'offre disparaît avec son auteur. Or, une telle solution est inadmissible ; elle dénierait tout effet à l'assurance sur la vie, le tiers désigné comme bénéficiaire de ce contrat n'étant ordinairement appelé à accepter le bénéfice de l'assurance qu'après la mort de l'assuré.

Ce n'est pas tout. Si le droit de créance repose sur la tête du stipulant

jusqu'au jour de l'acceptation par le tiers, s'il fait partie jusque-là de son patrimoine, ses créanciers peuvent le saisir pour se payer de leurs créances. Si donc le stipulant meurt insolvable, ses créanciers se partageront le capital stipulé, au détriment du tiers bénéficiaire. Second résultat non moins contraire à la volonté de l'assuré, car celui-ci veut évidemment que le capital créé par l'assurance serve, non pas à payer ses créanciers, mais à procurer des ressources aux bénéficiaires par lui désignés.

B. — *Second système : Théorie de la gestion d'affaires.* — Une seconde explication plus plausible a été proposée, celle de la *gestion d'affaires.*

Elle se rencontre déjà, indiquée en quelques mots, dans Pothier ; mais ce sont surtout des écrivains modernes qui l'ont préconisée (V. notes de M. Labbé, S. 77.1.393, S. 88.2.49). Le stipulant, dit-on, fait par sa stipulation une gestion d'affaires *au profit du tiers bénéficiaire.* L'acceptation de celui-ci constitue une *ratification*, qui transforme l'opération en mandat : *Ratihabitio mandato æquiparatur.* Par conséquent, le tiers bénéficiaire est censé avoir contracté lui-même avec le débiteur, ce qui explique que son droit soit réputé prendre naissance au jour de la stipulation

On ne saurait trouver une explication plus classique. Mais ici encore, il suffit de l'analyser d'un peu près, pour voir combien elle est artificielle, et quelle antinomie irréductible il y a entre les solutions qui s'imposent en matière de stipulation pour autrui et les principes de la gestion d'affaires. D'abord, un gérant d'affaires ne peut pas révoquer les actes qu'il entreprend pour le compte d'autrui Tout au contraire, il doit mener à bien l'opération qu'il a commencée (art. 1372, C. civ.). Or, nous savons que le stipulant a le droit de révoquer l'attribution première qu'il a faite, de s'appliquer le bénéfice de l'opération, ou de la transporter à un autre. De plus, le gérant d'affaires a droit au remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites dans l'intérêt du maître (art. 1375 *in fine*). Or, il n'a jamais été dans l'intention du stipulant, de l'assuré notamment, de se faire rembourser par le bénéficiaire les sommes, les primes, s'il s'agit d'assurance, qu'il a versées au débiteur pour constituer le capital de l'indemnité.

C. — *Troisième système : Théorie du droit direct.* — A une troisième théorie qui tend à prévaloir aujourd'hui dans la Doctrine, on a plusieurs fois reproché de *décrire* l'opération au lieu de l'*expliquer.* Cette théorie consiste à dire, de la manière la plus simple, que le droit de créance naît directement, au moment même où le promettant s'oblige et *par le seul fait de cette promesse.* Il nous semble qu'il y a là plus qu'une constatation et que, pour avoir une explication du phénomène, il suffit d'ajouter que le droit du tiers bénéficiaire à l'encontre du promettant *n'a pas un caractère contractuel.* C'est pour avoir cherché une base à cette promesse dans le domaine des obligations contractuelles que les systèmes anciens ont erré. La vérité, c'est que l'obligation du promettant résulte de sa volonté de s'obliger envers le bénéficiaire ; car, nous l'avons déjà dit, *la volonté unilatérale du débiteur peut être, aussi bien que les contrats, une source d'obligations.* L article 1121 nous en fournit un exemple de plus.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que cet engagement du promettant prend naissance *dans le contrat intervenu entre lui et le stipulant*, et que c'est ce contrat qui en détermine la nature et la validité. C'est pourquoi la volonté du stipulant exerce une influence sur le droit du tiers ; c'est pourquoi le stipulant peut, postérieurement, par sa seule volonté, révoquer le droit, s'en attribuer le bénéfice, ou le transporter à un autre. C'est pourquoi aussi le promettant peut opposer à la poursuite du tiers bénéficiaire tous les moyens de défense résultant du contrat, par exemple, les causes de nullité de ce contrat, le défaut d'exécution de l'engagement pris par le stipulant à son égard, notamment, dans l'assurance sur la vie, le non-paiement des primes.

En résumé, la stipulation pour autrui est *un contrat entre le stipulant et le promettant, dans lequel le stipulant impose au promettant de s'engager à une prestation envers un tiers bénéficiaire.* Cette manière de voir est toute conforme au texte du Code civil, puisque l'article 1165 a pris soin de nous dire que « les conventions ne profitent aux tiers *que dans le cas prévu par l'article 1121* ». C'est donc que, dans le cas de la stipulation pour autrui, *une convention peut profiter à un tiers,* faire naître un droit au profit d'un tiers. Cela est exceptionnel, mais nullement irrationnel. Le principe du pouvoir créateur de la libre volonté, chaque fois qu'elle poursuit un résultat licite, suffit à justifier la possibilité d'une telle solution.

Règles relatives à l'acceptation du tiers bénéficiaire. — Il résulte de ce qui précède que l'acceptation du bénéfice de la stipulation pour autrui ne joue pas le rôle d'un fait générateur du droit du bénéficiaire (théorie de l'offre), ni d'un fait confirmatif de l'initiative du stipulant (théorie de la gestion d'affaires). C'est la *consolidation* de la stipulation, en ce sens qu'à partir de cette acceptation, le stipulant perd le droit, qui lui appartenait auparavant, de *révoquer* l'attribution qu'il avait faite du bénéfice de la stipulation. C'est donc un acte à physionomie propre.

Il ne faut pas le confondre d'abord avec l'acceptation des donations entre vifs dont parle l'article 932. C'est sans doute pour éviter cette confusion que l'article 1121 a eu soin de ne pas employer le mot d'acceptation, et s'est servi d'une formule très large d'où il résulte que le tiers bénéficiaire n'a qu'à *déclarer vouloir profiter* de la stipulation. Donc, tandis que l'acceptation de l'article 932 doit se faire devant notaire, celle de l'article 1121 n'est soumise à aucune condition de forme. Elle peut intervenir, soit aussitôt, soit plus tard, avant ou après le décès du stipulant (pratiquement en matière d'assurance sur la vie, elle intervient après le décès de l'assuré). De même, l'acceptation du bénéficiaire, s'il ne l'a pas fournie lui-même, peut émaner valablement de ses héritiers.

Il ne faut pas confondre non plus le refus d'acceptation du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui proprement dite (première hypothèse visée par l'article 1121), avec le refus du bénéficiaire d'une donation *sud modo* (deuxième hypothèse du même texte). En cas de refus du bénéficiaire de la stipulation, ce refus profite au stipulant ; c'est lui ou son héritier qui devra

recueillir la prestation dont le bénéficiaire par lui désigné ne veut pas. Au contraire, le refus du destinataire d'une charge imposée à un donataire profite au donataire et non pas au donateur.

2° Deuxième proposition : Faculté de révocation du stipulant. — Tant que le tiers n'a pas accepté, le stipulant peut révoquer la disposition et s'en appliquer le bénéfice, ou le transporter à une autre personne. L'article 1121 lui réserve expressément le droit de révocation.

Ce droit a été définitivement consacré par le Code civil. Auparavant, il n'était pas admis sans conteste. Nos anciens auteurs en discutaient l'existence, et Pothier (*Obligations*, n° 73) se prononçait dans le sens de l'irrévocabilité. C'est qu'il considérait la stipulation pour autrui au point de vue des rapports *du stipulant et du tiers bénéficiaire*, et qu'elle lui apparaissait dès lors, étant en fait inspirée le plus souvent par une pensée de bienveillance envers le tiers gratifié, comme assimilable à une donation. La règle *donner et retenir ne vaut* lui semblait donc devoir exclure la révocabilité. Mais les rédacteurs du Code se sont affranchis de cette conception. En fait, il est plus raisonnable, plus conforme à l'intention probable des contractants, de présumer que le stipulant, consentant un sacrifice qui doit tourner au profit d'un tiers, s'est réservé la faculté d'ordonner une autre attribution, si les circonstances actuelles viennent à se modifier. D'ailleurs, si on considère la stipulation pour autrui dans les rapports du stipulant et du tiers, c'est-à-dire comme une donation, ne peut-on pas dire que la donation n'est parfaite qu'à partir de l'*acceptation du donataire* ? Jusque-là, le donateur peut révoquer son offre de libéralité. Or, nous avons vu que la faculté de révocation du stipulant disparaît précisément dès que le tiers attributaire a manifesté son intention de bénéficier de la stipulation.

Le droit de révocation appartient au stipulant et non au promettant. Pourtant, il pourrait fort bien être stipulé dans le contrat que la révocation ne serait possible que du consentement des deux contractants. Cela ne se rencontre jamais en matière d'assurance sur la vie. Mais on en trouve quelques exemples en d'autres matières (V. Grenoble, 6 avril 1881, D. P. 82.2.9, S. 82.2.13).

Le droit de révocation est un droit *tout personnel* ; il ne pourrait pas être exercé par les *créanciers* du stipulant. Le stipulant doit être seul juge de la question de savoir s'il convient de modifier sa première manifestation de volonté (Paris, 10 mars 1896, D. P. 96.2.465, S. 98.2.245).

On ne comprendrait pas non plus, semble-t-il, que le droit de révocation pût être exercé par les *héritiers* du stipulant. Du moment que celui-ci est mort sans avoir révoqué l'attribution faite au profit du tiers, il a manifesté son intention définitive de laisser à celui-ci le bénéfice de la stipulation. Il ne faut pas oublier que la stipulation pour autrui est presque toujours faite pour assurer le sort du tiers, qu'elle est déterminée par un intérêt d'affection qui peut ne pas se rencontrer chez les héritiers. Ces derniers seraient trop souvent tentés de révoquer la stipulation pour en profiter personnellement. Cependant, deux arrêts de la Cour de cassation (Req., 22 juin 1859, D. P.

59.1.385, S. 61.1.151 ; Req., 27 février 1884, D. P. 84.1.389, S. 86.1.422) ont déclaré dans leurs motifs que le droit de révocation passait aux héritiers du stipulant.

Si maintenant nous nous attachons à déterminer les *effets* de la révocation, nous dirons que, lorsqu'elle se produit, le droit du tiers bénéficiaire désigné en premier est effacé et transporté soit sur la tête du stipulant, soit sur celle d'un nouveau bénéficiaire. Ce dernier doit être considéré comme ayant acquis *dès le début* un droit personnel et direct contre le promettant, comme s'il avait été désigné dans le contrat (Civ., 16 janvier 1888 précité). Cette solution, la seule qui soit conforme aux intentions des contractants, trouve son application la plus ordinaire dans la matière des assurances sur la vie. Par exemple, si un homme marié a contracté une assurance sur la vie au profit de sa femme, et s'il divorce ou si sa femme meurt avant lui, ou bien encore, si, étant pressé par un créancier, il n'a pas d'autre moyen d'éviter la déconfiture que de transporter à ce créancier le bénéfice de l'assurance, la révocation et la nouvelle désignation s'opéreront par un acte modificatif de la police primitive appelé *avenant*, lequel, d'après la Jurisprudence, s'incorpore au contrat primitif et remonte dans ses effets à la date même de celui-ci.

Rapports juridiques créés par la stipulation entre les divers intéressés. — Quels sont, en définitive, les rapports juridiques que la stipulation pour autrui établit entre les trois intéressés ?

Entre le promettant et le stipulant. — Le promettant et le stipulant sont liés par un contrat qui peut varier suivant les cas. Ce peut être une donation, une vente, une assurance sur la vie, etc. Nous n'avons pas à étudier ici les effets de ce contrat, mais simplement ceux de la stipulation pour autrui qui l'accompagne ; et spécialement, demandons-nous quels sont les droits du stipulant, au cas où le promettant n'exécute pas la prestation qu'il s'est engagé à accomplir au profit du tiers.

Il n'est pas douteux tout d'abord que le stipulant ou ses héritiers peuvent *demander la résolution* du contrat, puisque la stipulation pour autrui est un des éléments de ce contrat. Cette résolution sera fondée, suivant la nature du contrat, soit sur l'article 1184, si c'est un contrat à titre onéreux, soit sur l'article 953, si c'est une donation.

Mais est-ce là le seul moyen mis à la disposition du stipulant ? Ne peut-il pas, s'il le préfère, *exiger l'exécution* de la stipulation ?

Nombre d'auteurs répondent négativement à cette question. Le stipulant, disent-ils, n'a pas stipulé pour lui ; donc il n'est pas créancier de la promesse. Du moins, il n'aurait d'action que s'il avait un intérêt personnel à l'exécution de la promesse, par exemple, s'il était lui-même tenu envers le tiers bénéficiaire, et si la stipulation avait eu pour but d'éteindre son obligation personnelle. Mais, en raisonnant ainsi, on oublie que le promettant s'est engagé envers le stipulant à exécuter sa promesse au profit du tiers. Ou la règle de l'article 1134 doit rester lettre morte, ou celui envers qui cet engagement a été pris, doit avoir le doit de contraindre l'obligé

à s'exécuter. Il est tout à fait inexact d'invoquer ici l'adage « Pas d'intérêt pas d'action ». En réalité, le stipulant a toujours intérêt à l'exécution de la stipulation, intérêt d'argent ou d'affection. On ne fait jamais d'acte juridique sans raison, sans intérêt.

Entre le tiers bénéficiaire et le promettant. — Nous savons que le tiers bénéficiaire acquiert un droit direct de créance contre le promettant. Par conséquent, il peut, comme le stipulant, le poursuivre pour obtenir l'exécution de l'engagement. En revanche, il n'a pas, au cas d'inexécution, l'action en résolution du contrat conclu entre le promettant et le stipulant, puisqu'il n'a pas été partie à ce contrat. Peut-il invoquer contre le promettant les garanties de la créance exigées par le stipulant ? Nous signalons cette question encore douteuse en Jurisprudence mais d'un intérêt pratique important, notamment en cas de vente à charge de rente viagère à fournir à autrui (V. note S. 83.1.409).

Entre le tiers bénéficiaire et le stipulant. — La stipulation pour autrui peut être inspirée suivant les cas, soit par le désir d'éteindre une obligation existant à la charge du stipulant envers le tiers bénéficiaire, soit, ce qui est plus fréquent, par l'intention de procurer un enrichissement au tiers bénéficiaire. Dans le premier cas, l'exécution de la stipulation pour autrui fera disparaître l'obligation dont le stipulant était tenu envers le tiers. Dans le second, la stipulation pour autrui engendre entre le tiers et le stipulant un rapport de donataire à donateur ; elle constitue une *donation*. Toutefois cette donation offre ceci de particulier qu'elle n'a pas besoin d'être faite dans la forme authentique. Elle se rattache à la catégorie des *donations indirectes*, lesquelles échappent aux règles de forme établies pour la validité des donations (Bordeaux, 1er avril 1897, D. P. 98.2.169, S. 1900.2.241).

Mais quel est au juste le montant de cette donation ? Il faut ici se garder d'une confusion qui consisterait à dire que le tiers est donataire du montant de sa créance contre le promettant. Ce serait une méprise ; la somme payée par le promettant, en effet, sort de son patrimoine, non de celui du stipulant. La stipulation pour autrui *fait naître*, ne l'oublions pas, un droit de créance direct du tiers bénéficiaire à l'encontre du promettant, droit qui n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant. Ce n'est donc pas cette créance qui représente la donation faite par ce dernier. Cette donation ne peut comprendre que les sommes qui ont été effectivement payées par lui au promettant pour obtenir que celui-ci s'oblige. C'est *la prestation faite par le stipulant au promettant* qui fixe le montant de la libéralité du stipulant envers le tiers bénéficiaire.

On comprend sans peine que cette distinction a le plus grand intérêt, quand il s'agit de l'assurance sur la vie conclue pour gratifier un tiers. Le montant de la donation est alors représenté, non par le capital versé par l'assureur au tiers bénéficiaire, mais par les primes payées par l'assuré à l'assureur. Le bénéficiaire est donataire des primes et non du capital. C'est un point sur lequel nous reviendrons en étudiant l'assurance sur la vie.

§ 3. — De la stipulation pour autrui faite au profit de personnes futures ou indéterminées.

Peut-on stipuler au profit de *personnes indéterminées* ou de *personnes futures*? C'est une question qui s'est présentée bien des fois devant les tribunaux à l'occasion de l'assurance sur la vie.

1° Stipulation au profit de personnes indéterminées. — Il y a un premier cas dans lequel la réponse ne peut faire doute ; c'est lorsque la détermination des bénéficiaires dépend d'un choix qui doit être fait par le promettant lui-même. Nous faisons allusion notamment au cas de donation avec charge de distribuer un secours *aux pauvres*. Il est bien évident que cette donation ne donne pas naissance à un droit. A qui appartiendrait ce droit? Faute de détermination du tiers bénéficiaire par un procédé indépendant de la volonté du débiteur, il n'y a pas ici stipulation pour autrui efficace.

Il en serait autrement cependant si la charge était établie au profit des *pauvres de la commune*. Les pauvres de la commune ont un représentant légal qui est le *bureau de bienfaisance*. Il n'y a donc plus ici d'indétermination ; le bureau de bienfaisance devient créancier de la stipulation (V. art. 910).

Il n'y a pas non plus indétermination lorsque les bénéficiaires de l'assurance, ou, plus généralement, de la stipulation, doivent se trouver un jour déterminés par la *suite des événements*. Il en est ainsi dans l'assurance *pour le compte de qui il appartiendra*. Cette assurance oblige l'assureur, non seulement envers le propriétaire présent, mais envers les propriétaires futurs de la chose assurée (Civ., 5 mars 1888, D. P. 88.1.365, S. 88.1.313).

Même solution dans l'assurance sur la vie, lorsque l'assuré contracte *au profit de ses héritiers*. Pourtant, quelques décisions donnent ici une solution contraire, et déclarent que les héritiers, étant des personnes indéterminées jusqu'au décès de l'assuré, ne peuvent pas acquérir un droit propre et personnel au capital assuré. Donc, ce capital tomberait dans la succession de l'assuré, et c'est dans cette succession que les héritiers le recueilleraient. Cette différence semble d'abord n'avoir pas grand intérêt, mais en réalité elle est très importante. Supposons que l'assuré soit mort insolvable. Le capital versé par l'assureur, s'il doit être considéré comme tombant dans la succession du stipulant, devient le gage de ses créanciers, tandis que ceux-ci ne pourraient pas le saisir, s'il appartenait en propre aux héritiers (Besançon, 14 mars 1883, D. P. 83.2.129, S. 86.2.17 ; Civ., 15 décembre 1873, D. P. 74.1.113, S. 74.1.199 ; Req., 15 juillet 1875, D. P. 76.1.235, S. 77.1.26). Or ce résultat est inadmissible ; il est contraire aux intentions certaines des contractants. Aussi repoussons-nous une telle jurisprudence. Il suffit, pour qu'une obligation puisse prendre naissance, qu'il y ait, dans l'acte juridique qui l'a créée, les éléments d'une détermination ultérieure du créancier indépendante de la volonté du débiteur. Or

c'est le cas dans la présente hypothèse. Dès lors, rien n'empêche que les héritiers, tels qu'ils seront déterminés par le décès du stipulant, acquièrent un droit de créance à l'encontre de l'assureur, droit de créance qui naît au jour où l'assureur a contracté avec l'assuré, et qui se fixe sur la tête des héritiers au moment du décès de ce dernier.

Il convient du reste de remarquer que les arrêts précités remontent à une époque où la doctrine de la Cour de cassation sur les effets de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers n'était pas encore bien établie. Si la Cour suprême était aujourd'hui de nouveau saisie de la question, tout porte à croire qu'elle ne la trancherait plus de la même façon.

2° **Stipulation au profit de personnes futures.** — A en croire la Jurisprudence, la validité de la stipulation au profit de personnes non encore nées se heurterait à un texte formel, l'article 906, d'après lequel, pour être capable de recevoir par donation entre vifs, il faut être *né* ou, au moins, *conçu* au moment de la donation. De nombreuses décisions ont fait application de cet article à l'assurance sur la vie faite par un père de famille *au profit de ses enfants nés et à naître*. Elles ont déclaré qu'une telle stipulation était sans valeur, tous les donataires n'étant pas encore conçus ; à quoi quelques tribunaux ont ajouté cette considération que les enfants à naître sont des *personnes incertaines* (Civ., 7 février 1877, D. P. 77.1.337, S. 77.1.393, Req., 27 janvier 1879, D. P. 79.1.230, S. 79.1.218 ; Civ., 7 mars 1893, D. P. 94.1.77, S. 94.1.161 ; Rennes, 5 décembre 1899, D. P. 1903.2.377 ; note de M. Dupuich, S. 1902.1.165).

Il n'est pas besoin de faire ressortir combien cette jurisprudence est regrettable, car elle met obstacle à la réalisation de la volonté prévoyante du père de famille. Or elle repose à notre avis sur des arguments très faibles. Les personnes désignées comme bénéficiaires de l'assurance ne sont pas du tout incertaines, puisqu'il y a dans le contrat les éléments de leur détermination. Et, quant à la règle qu'un donataire doit être au moins *conçu* au moment de la donation, elle ne vise que le cas de donation proprement dite, c'est-à-dire le cas du contrat conclu directement entre le donateur et le donataire. Elle se comprend alors fort bien, car, pour que le contrat se forme, il faut qu'il y ait concours des deux volontés. Au contraire, cette règle n'a plus de raison d'être dans la stipulation pour autrui. Ici le contrat se conclut entre le stipulant et le promettant ; le fait que le tiers bénéficiaire n'est pas encore né n'empêche nullement la naissance de l'obligation contractée par le promettant.

On trouve du reste la preuve de l'exactitude de cette distinction dans le Code civil lui-même. D'après l'article 1082, la constitution de dot faite au profit de l'un des futurs époux, par contrat de mariage, est réputée faite non seulement au futur époux, mais *aux enfants à naître* du mariage. Et, de même, en cas de substitution permise, (art. 1048, 1049), les père et mère qui font une donation à leur enfant, le frère qui fait une donation à son frère, peuvent imposer au donataire la charge de conserver les biens donnés et de les rendre *aux enfants nés ou à naître de celui-ci*. Ces

textes prouvent bien que la règle édictée par l'article 906 ne s'applique pas au cas où un tiers se trouve gratifié dans un contrat conclu entre deux personnes. Rien ne s'oppose alors en effet à la validité de l'opération. La jurisprudence que nous critiquons, jurisprudence qui méconnaît les besoins de la pratique et de l'équité non moins que notre tradition historique, car l'ancien Droit admettait parfaitement la validité de la stipulation au profit de personnes non encore conçues, n'a pas même le mérite d'être conséquente. En effet, en matière de donations avec charges, lesquelles renferment une stipulation pour autrui *lato sensu*, elle a fini par reconnaître la validité de la donation adressée à une personne morale, ou à un particulier, à la charge d'instituer ou de faire vivre un établissement non investi de la personnalité juridique ou même non encore existant (Req., 8 avril 1874, D. P. 76.1.225, S. 74.1.258). Or un établissement non encore doté de la personnalité juridique, à plus forte raison un établissement non encore créé, n'existe pas plus, aux yeux du Droit, que l'enfant non encore conçu de l'article 906.

CHAPITRE IV

EFFETS SPÉCIAUX PRODUITS PAR LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

Les contrats synallagmatiques, c'est-à-dire les contrats qui engendrent des obligations à la charge de chacune des parties contractantes (vente, louage, société, assurances, etc.), sont les plus fréquents, les plus usuels. Ils produisent des effets spéciaux qui s'expliquent par le lien reliant les unes aux autres ces obligations réciproques. Nous avons dit que, dans ces contrats, chaque partie s'engage en vue d'obtenir l'exécution de l'engagement de l'autre partie. Cette interdépendance des deux obligations entraîne trois règles fort importantes que nous avons déjà signalées et qui sont les suivantes :

1° Les obligations réciproques doivent s'exécuter simultanément. En conséquence chacun des contractants a le droit d'opposer une exception aux poursuites de l'autre, lorsque son adversaire, en refusant l'exécution de son engagement, n'exécute pas sa propre obligation. C'est l'*exceptio non adimpleti contractus*.

2° Quand un des contractants est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation par un événement indépendant de sa volonté, l'autre contractant se trouve, par là même, libéré de son obligation. L'étude des effets de l'impossibilité d'exécution sur les obligations réciproques des parties donne lieu à la *théorie de risques*.

3° Quand l'une des deux parties n'exécute pas son obligation, l'autre contractant a le droit de demander en justice la *résolution* ou la *résiliation* du contrat.

Il nous reste à étudier le fonctionnement des trois règles ou théories ci-dessus.

§ 1. — Exécution simultanée des obligations réciproques des contractants. Exception *non adimpleti contractus* (1).

Les parties qui concluent ensemble un contrat synallagmatique peuvent régler l'ordre dans lequel elles devront exécuter leurs prestations réciproques. Ainsi, il arrive très souvent dans la vente que le vendeur consent à livrer la chose au jour même du contrat, et accorde à l'acheteur un ou

1. René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*. Thèse, Paris, 1914 ; H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd. p. 259 à 284.

plusieurs termes pour le paiement du prix. De même, dans le louage d'immeubles, le bailleur remet immédiatement au preneur la jouissance des lieux loués, et les parties fixent les dates périodiques auxquelles le preneur devra payer son loyer.

Mais, si les contractants n'ont pas déterminé l'ordre d'exécution de leurs obligations, cette exécution doit être réciproque et simultanée. Cette simultanéité est, en effet, conforme à la nature même du contrat synallagmatique. Chaque contractant ne consentant à s'obliger que pour obtenir la prestation sur laquelle il compte, verrait son attente trompée, s'il était obligé de livrer ce qu'il a promis sans recevoir en même temps ce qui lui a été promis en échange. « L'engagement de l'un étant le fondement de celui de l'autre, disait fort justement Domat, créateur véritable de notre théorie moderne de la *cause*, le premier effet de la convention est que chacun des contractants peut obliger l'autre à exécuter son engagement en exécutant le sien de sa part. » (*Loix civiles*, livre I, t. I, sect. 3, n° 2). Et Pothier s'exprime en termes analogues, (*Vente*, n° 324). « Dans les contrats synallagmatiques, dit-il, chacun est présumé ne vouloir accomplir son engagement qu'autant que l'autre partie accomplit en même temps le sien. » Ainsi, dans une vente, si le vendeur n'a pas concédé un terme pour le paiement du prix à l'acheteur, ce dernier est tenu de verser le prix au moment où le vendeur lui fera livraison de la chose vendue. Et, si l'acheteur prétendait exiger du vendeur la livraison de la chose, sans offrir de lui verser en même temps le prix, le vendeur pourrait opposer à sa demande l'exception *non adimpleti contractus*. Que si l'acheteur persistait dans son refus, le juge le débouterait de sa demande.

Cette expression d'exception *non adimpleti contractus* ne se trouve pas dans les textes du Droit romain ; elle a été créée par les postglossateurs qui, s'aidant, à la vérité, des règles énoncées dans le Digeste, en ont construit la théorie. Ils l'appelaient exception *non adimpleti contractus* lorsqu'elle était opposée à un créancier n'ayant encore rien exécuté de son obligation, *non rite adimpleti contractus* lorsqu'elle était opposée à un créancier qui n'avait encore exécuté qu'une partie de son obligation. Nulle part, non plus on ne trouve dans notre Code civil, à la différence du Code civil allemand (art. 320) d'article consacrant cette règle générale que, dans un contrat synallagmatique, un des contractants ne pourra poursuivre l'exécution de la prestation qui lui a été promise si, de son côté, il n'offre pas, en même temps, de payer ce qu'il doit. Mais, si la règle n'est pas énoncée au Code, on trouve cependant plusieurs textes qui en font application au contrat de vente. Ce sont d'abord les articles 1612 et 1651 relatifs au paiement du prix, qui nous disent, l'un (art. 1651), que, s'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance ; et l'autre (art. 1612), que le vendeur peut refuser la délivrance de la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix et si un délai ne lui a pas été accordé pour le paiement. A quoi l'article 1613 ajoute que, même lorqu'un terme a été concédé pour le paiement, le vendeur peut encore refuser la délivrance si, depuis la vente, l'acheteur

est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix. Enfin, l'article 1653 autorise l'acheteur troublé ou menacé d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit en revendication, à suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble.

Les solutions qui précèdent s'expliquent incontestablement par cette idée que le contractant qui court le risque de ne pas obtenir la prestation sur laquelle il compte, ne peut pas être contraint d'accomplir la sienne. Cependant ce n'est pas ainsi que notre Doctrine traditionnelle les a jusqu'à présent, interprétées. Cela tient à ce que, pendant de longs siècles, les jurisconsultes français ont perdu de vue le principe sanctionné par l'exception *non adimpleti contractus*. Ils se sont contentés de dire (et la Jurisprudence leur a fait écho), que les articles 1612, 1613 et 1653 consacrent des applications du *droit de rétention*. Mais, comme nous le verrons ultérieurement en étudiant le *droit de rétention* dans notre livre III, toute la série des cas où les tribunaux accordent au débiteur le droit de retenir la chose qu'il est obligé de livrer, lorsqu'il est actionné en délivrance, ne sont en somme que des applications de l'exception *non adimpleti contractus* dont il importait, on le voit, de mettre en lumière le caractère général et l'origine rationnelle.

§ 2. Théorie des risques dans les contrats synallagmatiques.

Nous avons indiqué le principe qui donne lieu à cette théorie. C'est le suivant. Quand l'un des contractants est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation par un événement indépendant de sa volonté, l'autre contractant se trouve par là même libéré de sa propre obligation.

Mais cette règle si simple, conséquence logique de l'interdépendance des obligations réciproques nées des contrats synallagmatiques, subit, dans notre Droit français, une grave dérogation pour le cas où le contrat a pour objet le *transfert de la propriété d'un corps certain*.

Nous commencerons par expliquer cette dérogation, qui limite singulièrement le domaine de la règle sus-énoncée. Nous indiquerons ensuite les cas où la règle de principe retrouve son application.

Enfin, nous aurons à rechercher quelle est la solution qui doit être admise au cas spécial où il s'agit d'une obligation *conditionnelle* de transférer la propriété.

1° Du risque de la chose dans les contrats synallagmatiques ayant pour objet le transfert de la propriété d'un corps certain[1].

Statuant sur cette variété de contrats dont le plus usuel, le plus typique

1. Labbé, *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due : Un mot sur la question des risques*, Nouv. Rev. Histor. 1883 p 377 · Percerou, *Des effets de la faillite sur les contrats synallagmatiques antérieurs*. Ann. de droit commercial, 1898, p. 273, 390 ; H. Capitant, *De la cause des obligations* 3e éd. p. 287 à 320.

est la vente, l'article 1138 nous dit que le contrat, en même temps qu'il transfère la propriété de la chose au *créancier* (au créancier du transfert, c'est-à-dire à l'acheteur) *met la chose à ses risques*. Cela signifie que la perte fortuite de la chose, si elle libère le débiteur (le débiteur de l'obligation de donner, de transférer la propriété, c'est-à-dire le vendeur) conformément à la règle de l'article 1302, *ne met cependant pas obstacle à l'exigibilité de l'obligation de l'acheteur*. Celui-ci continuera donc à devoir le prix de la chose qu'il ne peut plus recevoir puisqu'elle a péri, et dont le vendeur ne lui doit pas l'équivalent sous forme de dommages-intérêts, puisque, par hypothèse, il n'était ni en faute ni en demeure.

Cette solution qui, dès l'abord, semble peu équitable, et qui, en tous cas, déroge au principe rationnel de l'interdépendance des engagements synallagmatiques, est la reproduction et la généralisation de celle que les Romains appliquaient à la vente, et qu'ils ont peut-être ensuite étendue à l'échange. Chez le Romains (Inst. Just. 3 *de contr. vend.* III, 23), elle s'expliquait, a-t-on dit, par le principe conservé du Droit ancien de l'*indépendance respective des deux obligations* nées de la vente, opération double effectuée par deux stipulations, actes distincts (d'où double dénomination, *emptio-venditio*), au point que l'extinction de l'obligation née de l'un n'atteignait pas l'efficacité de l'autre (V. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 556 et s. ; voir une autre explication dans Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 461). Mais, aujourd'hui, notre conception de la vente, et plus généralement du contrat synallagmatique s'est modifiée. Comme on l'a vu, nous considérons que chacune des deux obligations y est la *cause de l'autre*. Comment expliquer, alors, que la règle romaine ait cependant subsisté, malgré son injustice et les critiques qu'elle suscitait de la part de nos anciens auteurs (V. Pothier, *Contrat de vente,* n° 307, éd. Bugnet, t. III, p. 123), et qu'elle soit même étendue à toutes les obligations de donner un corps certain, par exemple à celle qui résulte d'une donation avec charges.

Cela tient, a-t-on dit parfois, à un motif d'équité déjà allégué par les Romains. Le créancier, l'acheteur, une fois la vente conclue, aura le bénéfice des plus-values qui surviendraient dans la chose vendue, en attendant la livraison. Que la chose augmente de valeur, il n'en paiera pas un plus fort prix. Dès lors, il est juste que, à l'inverse, il supporte le risque de diminution de valeur, et même celui de la destruction totale. Mais il est trop facile de répondre que l'espoir d'une plus value ne balance pas le risque de perte totale, ni même celui de perte partielle,

D'autres interprètes, dont nous sommes, rattachent donc plutôt la solution de notre loi au principe nouveau du transfert de la propriété par le seul effet du contrat. C'est, disent-ils et disaient déjà les rédacteurs du Code dans les Travaux préparatoires (V. les déclarations de Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, Fenet, t. XIII, p. 230), parce que le créancier, l'acheteur, est devenu propriétaire dès le moment du contrat, que la perte de la chose avant sa livraison retombe sur lui. *Res perit domino*. Puisque l'acheteur était déjà propriétaire au moment de la perte, on ne peut

pas même dire que le débiteur (le vendeur) n'ait pas exécuté son obligation. Dès lors, il est rationnel que l'acheteur remplisse la sienne en payant le prix. La place donnée, par le Code, dans l'article 1138, à la règle que la chose est mise aux risques du créancier par le seul effet du contrat, milite évidemment en faveur de cette explication, qui n'a d'ailleurs qu'une valeur technique, et laisse subsister le reproche d'iniquité qu'on peut parfois adresser à la loi.

Il y a intérêt à choisir entre les deux explications proposées, dans le cas suivant :

Supposons une de ces hypothèses exceptionnelles où le transfert de propriété est différé jusqu'au moment de la tradition. Par exemple, les parties ont formellement convenu que l'acheteur ne deviendrait propriétaire qu'à ce moment. La chose vendue périt par cas fortuit avant la livraison. Si l'on adopte, comme on doit le faire, croyons-nous, le système qui explique la solution de l'article 1138 par la règle *Res perit domino*, il faudra en écarter ici l'application. L'acheteur, déçu par la perte de la chose, n'aura pas à payer le prix. Au contraire, si l'on adoptait l'autre explication, celle de la balance entre la chance de plus-value et le risque de perte, celui-ci devrait encore être mis à la charge de l'acheteur.

Nous voyons une application de notre solution dans la disposition de l'article 100 du Code de commerce, aux termes duquel la marchandise expédiée voyage « aux risques et périls de celui auquel elle appartient ». Si donc il s'agit de marchandises qui ne deviennent propriété du destinataire que par la réception — ce qui est le cas dans diverses hypothèses très pratiques, notamment lorsqu'il y a eu vente de produits à fabriquer — les risques du voyage resteront à la charge du vendeur : la règle de l'article 1138 ne s'appliquera donc pas.

De même, en cas de vente de choses déterminées seulement *in genere*, les risques seront pour le vendeur jusqu'à leur individualisation. Et la même solution doit être admise quand il s'agit de marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure, tant qu'il n'y a pas eu compte, pesage ou mensuration (art. 1585, C. civ.).

Tout le monde est, du reste, d'accord pour reconnaître que la règle qui met les risques à la charge de l'acheteur n'est pas d'ordre public, et pourrait être renversée par la volonté contraire des parties. L'article 100 du Code de commerce nous en fournit la preuve. La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur, nous dit ce texte, voyage, *s'il n'y a convention contraire*, aux risques et périls de celui à qui elle appartient.

2° Caractère exceptionnel de la règle de l'article 1138. Solution du Droit commun. — Les explications qui précèdent indiquent de quelle manière nous tranchons une question souvent posée, celle de savoir si la solution de l'article 1138 doit se restreindre aux contrats contenant une obligation de donner, ou si elle doit être généralisée et s'étendre à tous les autres contrats synallagmatiques, au louage, par exemple ? La

généralisation du texte est évidemment inadmissible. Et en effet, le motif sur lequel nous avons fait reposer la solution qu'il donne (*res perit domino*), interdit de l'appliquer aux contrats qui n'entraînent pas un transfert de propriété.

Ce motif spécial disparaissant, il reste, dans les contrats synallagmatiques ordinaires, que chacune des deux obligations est *la cause* de l'autre. L'une s'éteignant faute d'exécution possible, l'autre doit disparaître aussi *faute de cause*. D'ailleurs, le Code contient plusieurs applications de cette règle. L'article 1722 dispose que, si la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit pendant la durée du bail, celui-ci est résilié de plein droit ; ainsi, le bailleur est bien libéré de son obligation de faire jouir le locataire de la chose, mais ce dernier est pareillement libéré de son obligation de payer les loyers. De même, l'article 1790 porte, en cas de louage de travail contracté par un ouvrier travaillant à façon, que, si la chose périt par cas fortuit avant la réception, l'ouvrier n'a pas de salaire à réclamer. Dès lors, la disposition de l'article 1138 peut être considérée comme une exception, propre aux seuls contrats entraînant transfert de propriété ou de droits réels. *La règle en matière de contrat synallagmatique est que le risque est à la charge du débiteur*, ce qui signifie que l'extinction d'une obligation survenue par l'impossibilité fortuite de son exécution, entraîne extinction de l'autre engagement. On dit que le risque incombe au débiteur, parce que c'est lui, en définitive, qui aura à pâtir du cas fortuit. Il est vrai qu'il est libéré de la prestation à laquelle il s'était engagé, mais il ne pourra pas exiger la prestation qu'il avait stipulée à son profit et qui, probablement, était utile et importante à ses yeux.

La solution de principe que nous avons donnée à la question des risques est si bien la seule qui soit conforme à l'équité et à la nature même des contrats synallagmatiques, qu'elle a toujours été admise — abstraction faite naturellement de l'hypothèse d'une vente et de celle d'un échange, tant par le Droit romain que par nos anciens auteurs (V. 50, D. *de act. empti et vend.*, XIX, 1 ; 30 § 1 et 25, § 6. *loc. cond.*, XIX, 2 ; Pothier, *Louage*, n° 309, éd. Bugnet, t. IV, p. 110).

La jurisprudence de nos tribunaux l'a pareillement consacrée (Civ., 14 avril 1891, D. P. 91.1.329, S. 94 1.391 ; Req., 3 mai 1892, D. P. 93.1.501). Elle a eu notamment à en faire de fréquentes applications, au cours de ces dernières années, à la suite de la dissolution des congrégations. Nombre de religieuses ont réclamé aux liquidateurs la restitution de leur dot moniale, en invoquant ce fait que l'exécution de l'obligation de les faire profiter des avantages de la vie commune contractée envers elles par la congrégation dissoute, avait été rendue impossible du fait de la dissolution. Ce raisonnement, qui a eu gain de cause devant les tribunaux, était en réalité tiré de la théorie des risques que nous venons d'exposer (V. Civ., 13 mars 1907 et 4 juin 1907 (2 arrêts), D. P. 1907.1.281, note de M. Planiol et D. P. 1908.1.191, S. 1907.1.321, note de M. Chavegrin).

Plusieurs arrêts ont, à la vérité, motivé un peu différemment leur décision. Ils ont présenté l'exemption d'exécuter son obligation, accordée au

débiteur-créancier qui ne peut obtenir l'exécution de sa créance, comme une application de l'article 1184 qui, nous allons le voir, organise dans ce cas, au profit du créancier frustré, l'*action en résolution*. L'intérêt de cette autre interprétation c'est que, la résolution d'un contrat ne pouvant résulter que d'une décision judiciaire, le créancier, pour se dispenser d'exécuter sa propre obligation, serait contraint de s'adresser à la justice ; il ne serait pas libéré de plein droit ; il y aurait toujours place pour une appréciation des magistrats. Nous croyons cette manière de voir inexacte, au moins en partie. Nous sommes ici en dehors du domaine de l'action en résolution, car nous verrons que l'article 1184 a trait seulement à l'hypothèse où l'inexécution de la dette résulte du fait du débiteur, et non pas, comme dans les cas auxquels nous nous restreignons actuellement, à celle où elle est la conséquence d'un cas fortuit.

Pour ce qui est de la question de l'intervention nécessaire du juge, elle nous paraît résolue par le Droit positif, d'une manière différente, selon qu'il y a destruction totale ou seulement destruction partielle. Et rien de plus rationnel que la distinction faite ici par l'article 1722, relatif, il est vrai, à la matière du louage, mais que, selon nous, il convient de généraliser. Cet article nous dit qu'en cas de *destruction totale* de la chose louée, le bail est résilié de *plein droit* ; donc pas d'intervention du juge. Et en effet sur quoi pourrait porter cette appréciation ? Mais l'article ajoute : « si la chose louée n'est détruite *qu'en partie*, le preneur peut, suivant les circonstances, *demander* ou une diminution du prix, ou la résiliation même du contrat. » Donc, en cas de destruction partielle, une action en justice est nécessaire. Le tribunal aura à apprécier quelle est l'étendue du sinistre, et s'il prive à ce point l'autre partie du bénéfice du contrat qu'elle puisse se dispenser de payer sa propre dette. C'est dans cette mesure seulement qu'il convient d'approuver les errements de la Jurisprudence (V. note de M. Planiol D. P. 91.1.329 ; Cf. Civ., 26 décembre 1900, D. P. 1901.1.218, S. 1904.1.409 ; Req., 26 juillet 1909, D. P. 1911.1.55, S. 1910.1.71 ; Civ. 5 mai 1920, S. 1921.1.298).

Ajoutons que la discussion offre beaucoup moins d'intérêt qu'il ne semble à première vue. D'abord, au cas de résistance de son adversaire, la partie qui invoque l'extinction du contrat, même en cas de destruction totale, est bien obligée de s'adresser à la justice ; mais, d'autre part, il y a là une simple formalité ; car le tribunal ne manquera jamais de prononcer la résolution, s'il y a impossibilité complète pour le demandeur d'obtenir aucune prestation même partielle de son co-contractant.

3° La question des risques en cas d'obligation de donner conditionnelle. — La règle générale que nous avons dégagée ne réduit pas seulement au rang d'exception l'article 1138 ; elle va même déborder sur le domaine spécial de cette exception. Et, en effet, la solution de l'article 1138 est écartée même des obligations de donner un corps certain, lorsqu'elles sont *conditionnelles*. C'est ce qui résulte de l'article 1182, alinéas 1 et 2. Ce texte suppose une obligation de donner (disons une vente) contractée sous

une *condition suspensive* ; la chose vient à périr avant que la condition soit réalisée, puis la condition se réalise. Le risque, dit l'article 1182, est alors à la charge du *débiteur*, du vendeur ; l'acheteur n'aura pas à payer le prix. Cette solution est, on le remarquera, en contradiction avec le principe que la condition produit un effet rétroactif. Car, logiquement, la condition s'étant réalisée, l'acheteur devrait être considéré comme ayant été propriétaire de la chose vendue dès le moment de la vente, et il devrait, dès lors, subir l'effet de la maxime : *Res perit domino*. C'est l'équité qui a fait écarter ici la rétroactivité de la condition, laquelle, on le verra bientôt, n'est d'ailleurs qu'une simple fiction.

Ajoutons que cette solution équitable s'applique en cas de perte partielle comme en cas de perte totale. En effet, aux termes de l'article 1182, al. 3, dans le cas de détérioration (ou de perte partielle) fortuite, l'acheteur a l'option, ou d'exiger la chose telle quelle, ou de faire résoudre le contrat. Il ne manquera pas de prendre ce second parti, rejetant le risque sur le vendeur, si la destruction partielle est de quelque importance.

Que faut-il décider au cas d'une obligation de donner (d'une vente, *sous condition résolutoire*? La chose vendue sous condition résolutoire périt fortuitement chez l'acheteur, puis la condition se réalise. L'application du principe de la rétroactivité de la condition paraît ici devoir mettre les risques à la charge du débiteur (du vendeur) qui, dès lors, bien que frustré de la faculté de reprendre la chose, devrait néanmoins restituer le prix. Voici comment on raisonnerait. Par l'effet de la condition résolutoire accomplie, dirait-on, le vendeur est réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire. Or, *res perit domino*.

Cependant, c'est l'opinion contraire qui prévaut ; elle met le risque à la charge du créancier (de l'acheteur), ce qui signifie qu'il est frustré du droit de réclamer la restitution de son prix. En effet, la condition résolutoire n'est qu'une application *renversée* de la condition suspensive. *Obligatio pura est, sed sub conditione resolvitur*. Dans une vente sous condition résolutoire, il y a en réalité une vente pure et simple, mais dont la résolution est subordonnée à une condition suspensive. Dès lors, une fois la condition réalisée, le vendeur est créancier de la restitution, l'acheteur débiteur. Par conséquent, aucun texte ne statuant spécialement sur notre question, il n'y a qu'à appliquer l'article 1182. Les risques doivent être à la charge du débiteur, c'est-à-dire, ici, de l'acheteur.

La Jurisprudence française ne contient aucune décision relative à ce problème très délicat. On ne peut citer, en cette matière, qu'un arrêt de la Haute Cour des Pays-Bas (19 décembre 1879, D. P. 80.2.90, S. 81.4.23). Cet arrêt décide, contrairement à notre opinion, et par une application rigoureuse du principe de la rétroactivité des conditions, qu'en cas de détérioration fortuite de la chose vendue sous condition résolutoire, le vendeur, la condition venant à s'accomplir, est obligé de reprendre cet objet dans l'état où il se trouve et de restituer le prix.

§ 3. — Résolution et résiliation du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties de son obligation[1].

Le principe. Son fondement en droit et en équité — Dans le paragraphe précédent, nous avons supposé qu'une obligation était restée sans exécution par suite d'une impossibilité résultant d'un cas fortuit. Supposons maintenant que l'inexécution tienne à la faute du débiteur. Lorsqu'il en est ainsi, au moins si l'obligation résulte d'un contrat synallagmatique, la loi, avons-nous dit, permet au créancier de demander en justice la résolution du contrat, ce qui aura pour conséquence de l'exonérer de sa propre obligation, si l'on suppose qu'il ne l'a pas encore exécutée, et de lui faire restituer ce qu'il a fourni déjà, si l'on suppose qu'il a exécuté la prestation qui lui incombait. L'action qui appartient au créancier à cette fin et que consacre l'article 1184, est l'*action en résolution*.

Nous n'avons plus besoin d'insister sur le fondement rationnel de cette action. La résolution du contrat, au cas d'inexécution de la part d'un des contractants, s'explique par les mêmes considérations que l'extinction découlant du cas fortuit. Elle est la conséquence logique du lien qui, dans les contrats synallagmatiques, unit l'une à l'autre les obligations des deux contractants. Elle est aussi le complément nécessaire de la protection que mérite le contractant. La résolution est souvent un remède plus simple, plus efficace que l'action en exécution dirigée contre l'autre partie. Comme l'a très bien dit la Cour de cassation, « la résolution prononcée par l'article 1184 est la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens d'un contrat, dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent » (Civ., 29 novembre 1865, D. P. 66.1.27, S. 66.1.21).

Seulement, les termes dans lesquels l'article 1184 institue l'action en résolution, sont assez énigmatiques pour nécessiter des explications et une étude des origines de cette action, seul moyen de posséder la clé du texte qui la règle, et du régime qui lui a été donné par la loi. Voici en effet comment s'exprime l'article 1184. « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue* dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. — Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. — La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

On le voit, le Code présente la résolution du contrat pour cause d'inexécution de la part du débiteur comme le résultat *d'une condition résolutoire tacite ou sous-entendue*, alors que c'est en réalité le résultat d'une

1. Picard et Prudhomme, *De la résolution judiciaire pour inexécution*, Rev. trim. de Droit civil, 1912 ; Nechitch *L'action en résolution dans les contrats*, thèse Paris, 1909 ; René Cassin, thèse précitée, H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd., p. 321 à 358.

décision judiciaire, ainsi que le constate d'ailleurs la seconde partie de l'article 1184, laquelle se trouve ainsi en contradiction avec la première. Pour comprendre notre disposition, il faut remonter au Droit romain.

Origine historique et portée de la règle de l'article 1184. Caractère judiciaire de la résolution actuelle. — A Rome, l'idée de la résolution légale du contrat pour cause d'inexécution n'existe pas. Si l'une des parties ne remplit pas son obligation, l'autre n'a en principe qu'une ressource, c'est de l'y contraindre par toutes les voies de droit. D'où, en cas de contrat synallagmatique, un risque pour celui qui exécute le premier. Seulement, cette règle comporte divers tempéraments :

1° En cas de vente au comptant, la propriété de l'objet vendu n'étant transférée à l'acheteur que lors du paiement du prix, le vendeur qui aurait livré l'objet peut le revendiquer, s'il n'est pas payé. Il n'y a donc de risque pour lui que s'il a accordé un terme à l'acheteur, c'est-à-dire *en cas de vente à crédit.*

2° Lorsqu'il y a contrat synallagmatique et, par conséquent, deux obligations réciproques, et que le contrat est muet sur la question de savoir qui doit payer le premier, le contractant poursuivi en exécution du contrat peut opposer l'*exception de dol* à son adversaire, tant que celui-ci ne s'exécute pas de son côté, car il y a dol à réclamer ce qui vous est dû, sans être prêt à payer soi-même.

3° Dans le contrat innommé *Do ut des* ou *Do ut facias*, si la partie qui a reçu n'exécute pas, de son côté, la prestation qui lui incombe, le créancier peut exercer contre elle l'action personnelle en restitution dite *condictio causa data causa non secuta.*

4° Enfin, dans les autres contrats, la vente à crédit notamment, les parties prirent l'habitude d'introduire une clause de condition résolutoire, dite *lex commissoria*, en vertu de laquelle le contrat et le transfert de propriété qui l'aurait suivi, seraient résolus de plein droit faute de paiement du prix à l'échéance. Cette condition se produisant, le vendeur redevenu propriétaire pouvait donc revendiquer la chose, et pouvait même, la condition réfléchissant contre les tiers, la reprendre à l'encontre d'un tiers acquéreur. Au contraire, le créancier en vertu d'un contrat innommé, agissant par la *condictio*, n'avait, au moins à l'époque classique, qu'une action personnelle contre l'acheteur, ce qui permettait à celui-ci de rendre illusoire, au moyen d'une aliénation rapide, le recours de son co-contractant.

Pendant tout l'ancien Droit, deux de ces solutions sont demeurées en vigueur, et ont passé dans notre Droit.

1° La première, et nous n'y reviendrons pas, est celle qui a trait à l'exception *non adimpleti contractus.*

2° La *lex commissoria* était dans notre ancien Droit d'un usage tellement constant qu'on avait fini par la *sous-entendre* en cas de vente, puis dans tous les contrats synallagmatiques (Pothier, *Vente*, n° 476 ; *Obligations*, n° 672). Et c'est pourquoi le Code civil a conservé l'ancienne façon de s'exprimer, qui présente toujours la résolution du contrat comme l'effet

d'une condition résolutoire conventionnelle. Il n'en est rien cependant. Et la caractéristique essentielle du Code, c'est d'avoir exigé ici une *intervention de la justice* pour prononcer la résolution. Cette intervention est nécessaire pour les deux raisons ci-dessous.

D'abord, si la résolution du contrat se produisait *automatiquement*, comme par l'effet d'une condition, dans le cas où l'une des parties se serait mise hors d'état d'exécuter son obligation, le lien contractuel deviendrait illusoire. Il dépendrait de chaque partie de le briser en se refusant à exécuter son obligation. Il est donc nécessaire que le créancier possède un droit d'*option*. S'il le veut, il doit pouvoir poursuivre l'exécution forcée et directe de l'obligation. C'est seulement s'il le préfère qu'il doit être mis à même de se dégager du contrat et de poursuivre la restitution de ce qu'il a fourni, quand il a, pour sa part, accompli la prestation à laquelle il était tenu de son côté.

Cependant, on remarquera que, pour accorder au créancier le droit d'option qui doit lui appartenir, il n'était pas nécessaire d'exiger une sentence judiciaire. Il aurait suffi de subordonner la résolution du contrat à une simple *déclaration de volonté* de la part du créancier frustré. C'est ce que fait le Code civil allemand (art. 326). La considération qui explique le mieux le système français de la résolution judiciaire, est donc plutôt la suivante :

Une résolution, non plus même automatique, mais subordonnée à la seule option du créancier, aurait cet inconvénient d'enlever trop vite à un débiteur, peut-être de bonne foi, le bénéfice du contrat. En exigeant une sentence judiciaire, notre article 1184 a pu conférer au juge la faculté d'accorder au débiteur, s'il l'en juge digne, un certain temps pour s'exécuter, *un délai*, dit l'article 1184 *in fine*, expression d'où l'on doit tirer cette conséquence que ce délai ne pourrait être renouvelé plusieurs fois et que, faute d'exécution au terme fixé, le juge devrait, cette fois, prononcer *de plano* la résolution (Cf. art. 1655).

Bien plus, le juge pourrait refuser la résolution purement et simplement et se contenter d'allouer des dommages-intérêts au créancier lésé, s'il s'agissait d'une *inexécution partielle* de si faible gravité qu'elle laissât au créancier le bénéfice essentiel du contrat. Cette solution était certaine dans l'ancien Droit (Pothier, *Vente*, n° 475). Et, si le Code civil ne l'a pas reproduite sous l'article 1184, de nombreux articles en font ailleurs l'application (V. art. 1636, en matière de vente, 1722 et 1729 en matière de louage). La Jurisprudence en a maintes fois consacré la survivance, soit qu'elle eût à statuer sur des cas d'inexécution partielle du contrat, soit — ce qui revient au même — qu'il s'agit de la violation d'une *clause accessoire* du contrat (Paris, 21 avril 1896, D. P. 97.2.177, S. 97.2.9 ; Req., 5 décembre 1906, D. P. 1907 1.249, S. 1908.1.193, note de M, Wahl ; 26 juillet 1909, D. P. 1911.1.55, S. 1910.1.71 ; Civ. 5 mai 1920, précité).

Du reste, le système de notre Droit moderne se ressent, à un point de vue très-important, de son origine historique.

Logiquement, la résolution, vu son caractère de *sanction judiciaire*, devrait restreindre ses effets aux rapports des contractants entre eux. Elle ne devrait pas réfléchir contre les tiers, notamment contre les tiers acqué-

reurs entre les mains desquels, en cas de contrat translatif, l'acquéreur aurait rétrocédé la chose encore impayée. Or, c'est la solution contraire qui a toujours été admise sans discussion, par ce motif, emprunté à la Jurisprudence et dont l'énoncé seul est significatif, que « la condition résolutoire tacite produit les mêmes effets que la condition résolutoire expresse » (Req., 5 décembre 1881, D. P. 82.1 360, S. 82.1.110). Il en résulte que les tiers, qui ont cependant sur la chose des droits légitimement acquis, sont exposés à se trouver lésés par un événement qu'ils ne pouvaient prévoir, car aucune mesure de publicité ne leur permettait d'en connaître l'éventualité[1].

Tout au plus enseigne-t-on en général qu'il y aurait cette différence, plus théorique que pratique, entre les effets de la résolution judiciaire et ceux de la résolution conventionnelle, que celle-ci opère de plein droit et, dès lors, anéantit automatiquement les droit des tiers, en même temps que ceux du débiteur dont ils les tiennent. La résolution judiciaire de l'article 1184 ne fonctionnerait pas de même ; tant qu'elle n'aurait pas été prononcée par la justice, les tiers ne pourraient être inquiétés. Ce n'est qu'*après avoir fait prononcer la résolution contre son ayant cause*, que l'aliénateur primitif pourrait agir en revendication de sa chose à l'encontre du tiers possesseur.

Conditions d'exercice de l'action en résolution. — A certains égards, la résolution du contrat constitue une variété d'exécution *par équivalent*. Le créancier qui n'obtient pas ce à quoi il a droit, reçoit une autre satisfaction, qui est l'exonération de sa propre dette. A ce point de vue, il apparaît même comme privilégié, puisque son action en résolution soustrait son obligation envers son débiteur-créancier à la mainmise des autres créanciers de celui-ci, et les prive, notamment, de la faculté de former une saisie-arrêt sur cet élément du patrimoine de leur débiteur. En cela, l'effet de l'action en résolution de l'article 1184 est comparable à celui de la compensation.

Voici les conséquences qui se rattachent à cette idée que la résolution du contrat est, en somme, pour le créancier, une sorte de satisfaction par équivalent :

1° Pour qu'il y ait lieu à action en résolution, on devrait exiger — la logique l'impose et l'article 325 du Code civil allemand le dit en termes formels — que l'inexécution soit due à la *faute* du débiteur. Mais nous avons vu qu'ici la jurisprudence française s'écarte de notre manière de voir, puisqu'elle étend le domaine de l'article 1184 à l'hypothèse d'une inexécution même totale tenant à un cas fortuit ou de force majeure.

2° Pour qu'il y ait lieu à action résolutoire, il faut qu'il soit *certain*

1. L'article 7 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription a paré à ce danger en ce qui concerne l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, en décidant que cette action ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.

que le débiteur n'exécutera pas son obligation. Dès lors, le débiteur attaqué par cette action, tant qu'il n'aura pas subi une condamnation, fera des offres satisfactoires en offrant d'exécuter son obligation. De plus, enseigne en général la Doctrine, pour que le créancier puisse conclure à la résolution du contrat, il faut qu'il ait au préalable *mis le débiteur en demeure*. Et, en effet, l'article 1146 subordonne à cette condition la demande en dommages-intérêts. Nous croyons cependant cette nécessité d'une mise en demeure fort contestable, étant donné que l'assignation doit suffire à constater la violation du contrat, si le débiteur ne s'exécute pas sur le champ (V. en ce sens Civ., 28 mars 1904, D P. 1904.1.315, S. 1908.1.221 ; Req. 10 mai 1922, D. P. 23.1.22. Cf. notes de M. Planiol, D. P 92.1.257 et 98.1.289).

3° Enfin la résolution du contrat peut ne pas suffire à indemniser le demandeur du préjudice par lui souffert du fait de son inexécution. Dans ce cas, il n'est pas douteux que le juge peut lui accorder des dommages-intérêts complémentaires.

Hypothèse d'une clause du contrat prononçant éventuellement la résolution. — Il arrive que les parties prévoient expressément, dans un contrat synallagmatique, l'hypothèse où l'une d'elles n'exécuterait pas son obligation, et décident que, dans ce cas, la résolution aura lieu *de plein droit*. C'est une clause qui se rencontre souvent, surtout dans les contrats où l'une des parties fait la loi à l'autre. C'est le cas dans les contrats d'assurances, où les polices stipulent en général que le contrat sera résilié de plein droit si l'assuré manque, fût-ce une seule fois, de payer son annuité. La Jurisprudence n'a jamais contesté la validité d'une telle clause, en dépit des abus incontestables auxquels elle peut donner lieu. Mais quelle en est au juste la portée ?

Il semblerait à première vue que cette clause a transformé la situation, et placé les parties sur le terrain de la condition résolutoire. D'où les conséquences logiques suivantes :

1° Il n'y aurait point, en cas d'inexécution, besoin d'une intervention judiciaire. La résolution se produirait de plein droit. Le créancier n'aurait pas d'option ; il ne pourrait poursuivre l'exécution du contrat, car la condition, une fois accomplie, chacune des deux parties aurait le même droit à invoquer la résolution.

2° Le juge ne devrait point posséder de pouvoir d'appréciation, soit pour accorder un délai au débiteur, soit pour refuser la résolution et attribuer une autre satisfaction au créancier. Dès lors, la résolution serait encourue aussi bien en cas d'inexécution partielle qu'en cas d'inexécution totale.

3° Si le débiteur a rétrocédé à un tiers la chose acquise par lui et impayée, à supposer qu'il s'agisse de la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, le vendeur pourrait agir immédiatement pour reprendre sa chose à l'encontre de ce tiers.

Cependant, toutes ces conséquences ne doivent pas être admises. Et, en effet, l'insertion de la clause en question dans le contrat a pour but évident d'améliorer la situation du créancier ; elle ne doit pas se retourner contre

lui. Dès lors, nous admettrons bien la deuxième et la troisième des propositions ci-dessus (Alger, 7 novembre 1892, D. P. 93.2.294) ; mais la première doit être repoussée. L'option du créancier doit subsister. Donc, la résolution ne se produira que si le créancier a manifesté sa volonté de s'en prévaloir, ce qu'il fera au moyen d'une sommation. Nous trouvons une application de cette idée dans l'article 1656, aux termes duquel, « s'il a été stipulé, lors de la vente d'immeubles, que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai. » En somme, l'insertion de la clause de résolution a pour effet d'écarter le système de la résolution prononcée en justice, pour lui substituer le système allemand de la résolution par déclaration de volonté.

Bien entendu, si les parties avaient entendu écarter même la nécessité de la sommation, leur volonté ferait loi. Mais encore faudrait-il qu'elle fût bien certaine. Or on ne peut guère la supposer, car, nous l'avons vu, une telle clause mettrait en réalité chacun des contractants à la merci de l'autre, et équivaudrait à leur accorder à l'un et à l'autre un *jus pœnitendi*.

Champ d'application de l'action en résolution. — Il reste à savoir à quels contrats s'applique l'article 1184. Le texte ne vise que les *contrats synallagmatiques*, et son origine historique semble bien en effet limiter son application aux contrats dans lesquels il y a obligation réciproque à la charge des deux parties. Aussi, la plupart des auteurs décident-ils qu'il ne faut pas l'étendre aux contrats unilatéraux, c'est-à-dire n'entraînant d'obligation qu'à la charge d'une personne.

Nous croyons, quant à nous, que le principe d'équité évident qui justifie l'article 1184, commande d'en étendre la disposition aux contrats unilatéraux, en ce sens que le créancier d'un contrat de ce genre, lorsqu'il n'aura pas été payé, aura le droit de réclamer la restitution de la prestation qu'il avait faite lui-même au débiteur, à l'occasion ou en vue de ce contrat.

Il y a, du reste, plusieurs textes du Code civil qui, à propos de contrats unilatéraux, appliquent le principe de l'action en résolution fondée sur le défaut d'exécution de la part du débiteur.

A. — L'article 1912, relatif à la *rente perpétuelle*, décide que le débiteur d'une rente perpétuelle peut être contraint au rachat, c'est-à-dire au remboursement du capital constitutif de cette rente, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans, ou s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat. Or, le contrat de prêt moyennant une rente perpétuelle est un contrat unilatéral qui n'oblige que l'emprunteur.

B. — Aux termes de l'article 2082, 1^er^ alinéa, lorsque le créancier abuse de la chose donnée en gage, le débiteur peut en réclamer la restitution avant d'avoir payé sa dette. Or la constitution de gage est aussi une opération unilatérale.

Peut-on, comme nous le croyons, généraliser ces solutions ? La Jurisprudence paraît indécise et on y peut relever des décisions contradictoires (V. Montpellier, 2 juin 1888, D. P. 89.2.188 ; Agen, 12 février 1906, P. F. 1907.2.212 ; Paris, 29 juin 1893, D. P. 94.2.437).

En revanche, il y a des contrats synallagmatiques qui, par exception, échappent à la règle de l'article 1184. Ce sont :

A'. — *La cession d'office ministériel.* — Le défaut de paiement du prix ne permet pas au cédant de demander la résolution du contrat. En effet, le cédant ne fait que *présenter* le cessionnaire à la nomination du Gouvernement. Une fois que le cessionnaire est nommé, il est définitivement investi de sa charge. Le cédant ne peut plus reprendre une fonction publique qui lui a été enlevée.

B'. — *Le partage.* — Le copartageant ou le colicitant n'a pas d'action en résolution du partage ou de l'adjudication prononcée au profit d'un de ses cohéritiers, pour défaut de paiement de la soulte ou du prix de licitation. La raison de cette règle, c'est que l'intérêt du cohéritier, privé de sa part du prix, doit céder devant l'intérêt général que mettrait en péril la résolution du partage, à cause de la grande perturbation qu'elle jetterait dans les droits acquis à des tiers du chef des copartageants (Civ., 14 mai 1833, D., *Jur. gén.*, v° *Succession*, n° 2095, S. 33.1.381).

C'. — La *constitution de rente viagère* moyennant l'aliénation d'un capital ou d'un immeuble. — L'article 1978 décide en effet que le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné. Il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur. Cette exception tient au caractère *aléatoire* du contrat de constitution de rente viagère.

Ajoutons que, lorsque la résolution s'applique aux contrats *successifs* tels que le louage, elle prend un nom spécial, celui de *résiliation*, et présente ce caractère spécifique qu'à la différence de la résolution ordinaire, *elle ne produit pas d'effet rétroactif*. Par exemple, en cas de résiliation d'un bail, les rapports juridiques du bailleur et du locataire ou fermier cessent dans l'avenir mais subsistent dans le passé. Il n'y aura dorénavant plus de prestation, mais il n'y a rien à restituer de part ni d'autre[1].

1. On remarquera que le mot de *résiliation*, que nous prenons ici dans son sens technique de *résolution judiciaire d'un contrat synallagmatique à prestations répétées ou contrat successif*, est souvent employé dans la pratique pour désigner toute autre chose, à savoir l'acte de volonté unilatéral par lequel une des parties met fin au contrat, à supposer qu'il s'agisse d'une convention où, contrairement à la règle de l'article 1134, 2e al. le *mutûus dissensus* n'est pas nécessaire pour produire ce résultat, par exemple, le mandat (art. 2003) la société à durée illimitée (art. 1865, 1869), le marché à prix fait (art. 1794), le louage de choses ou de services à durée indéterminée (art. 1736 et 1780).

CHAPITRE V

ANNULATION DES CONTRATS ET PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ

Causes de nullité des contrats. — Nous avons étudié dans notre tome 1er (p. 75 et s.) les deux sortes de nullités qui peuvent entacher un acte juridique.

Un contrat peut être atteint de nullité absolue, lorsqu'il manque de l'un des éléments essentiels à sa formation (consentement, objet, cause), lorsqu'il est solennel et que les solennités requises pour la conclusion n'ont pas été observées, ou enfin lorsqu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Il peut être aussi atteint de nullité relative, autrement dit annulable. Les principales causes qui emportent cette annulabilité sont: 1° L'incapacité de l'un des contractants ; 2° Les vices du consentement : erreur, dol, violence, et, dans certains cas, lésion.

L'annulabilité a pour but de protéger celui des contractants qui est incapable ou dont le consentement a été vicié, en lui permettant de faire prononcer par la justice l'annulation du contrat.

De la résultent entre les deux sortes de nullités des différences essentielles que nous avons déja signalées :

1° Quand un contrat est entaché de nullité absolue, tous les intéressés peuvent se prévaloir de cette nullité ; c'est-à-dire, d'abord les deux contractants, et aussi tous ceux qui ont intérêt à faire constater la nullité de l'acte, ce qui comprend tous les ayants cause des contractants.

Au contraire, seul le contractant incapable ou victime d'une erreur, d'un dol, d'un acte de violence, ou (dans les cas où celle-ci est prise en considération) d'une lésion, peut faire annuler le contrat qu'il a passé. L'autre personne qui a contracté avec lui ne jouit pas du même droit.

2° Le contractant qui peut faire annuler le contrat a aussi le pouvoir de le confirmer, c'est-à-dire de le valider, en renonçant à en demander l'annulation, soit expressément dans un acte rédigé à cet effet (art. 1338), soit tacitement, en exécutant le contrat. Mais, pour que cette renonciation produise son effet confirmatif, il faut que l'incapacité ait pris fin, ou que le contractant ait découvert l'erreur, le dol dont il a été victime, ou enfin que la violence exercée sur sa volonté ait cessé.

Au contraire, il n'est pas possible de confirmer un contrat entaché d'une nullité absolue. C'est par exception que l'article 1340 C. Civ. permet aux hé-

ritiers ou ayants cause du donateur de confirmer, après le décès de celui-ci, une donation nulle pour vice de forme.

3° Enfin, le contractant auquel la loi donne le droit de faire annuler le contrat, doit en demander l'annulation au tribunal, et il doit agir avant que son action ne soit éteinte par la prescription. L'action en annulation, en effet, comme toutes les actions, se prescrit au bout d'un certain temps. Ce temps est ordinairement de trente ans (art. 2262). Cependant, lorsqu'il s'agit d'un contrat, le code civil a raccourci sensiblement le délai de la prescription et l'a fixé à dix ans (art. 1304).

Au contraire, quand un contrat est entaché d'une nullité absolue, ceux qui ont intérêt à invoquer cette nullité, n'ont pas, théoriquement au moins, besoin de s'adresser à la justice pour la faire prononcer ; ils peuvent s'en prévaloir de plein droit : sauf, bien entendu, l'obligation d'aller devant les tribunaux si l'autre partie conteste l'existence de la nullité. Et, d'autre part, la nullité d'un contrat peut toujours être invoquée par ceux qui y ont intérêt, quand même il se serait écoulé plus de trente ans depuis sa conclusion, car il n'y a pas ici d'action proprement dite susceptible de s'éteindre par la prescription.

Ces notions essentielles étant simplement rappelées, il nous reste à étudier les règles spéciales qui régissent la prescription de dix ans applicable à l'action en annulation d'un contrat.

Nous examinerons successivement les trois questions suivantes :

I. Domaine, origine historique, fondement et caractère de la prescription décennale de l'article 1304 ;

II. Point de départ du délai de cette prescription spéciale ;

III. Effets de l'expiration du délai.

I. — Domaine, origine, fondement et caractère de la prescription de l'article 1304[1].

1° Origine historique de la règle. — L'article 1304 ne parle que des actions en *nullité* ou en *rescision*. Quel est le sens de ces expressions ? Pourquoi leur dualité ? C'est l'histoire seule qui permet d'en rendre compte, en même temps qu'elle explique la dérogation au Droit commun établie à propos de ces actions.

Dans l'ancien Droit français, on distinguait, parmi les actions permettant d'attaquer un contrat, deux catégories différentes : les actions en *nullité* et les actions en *rescision*. Les actions en nullité étaient celles qui résultaient d'un texte (ordonnance ou coutume) officiellement promulgué. Les actions en rescision n'étaient pas autre chose que les actions en nullité qui reposaient soit sur la Jurisprudence et sur la tradition, soit sur le Droit romain applicable en tant que source doctrinale, *non ratione imperii sed rationis imperio*. Les actions en nullité pouvaient être invoquées directement et *de plano* devant le tribunal. Les cas de rescision, au contraire, ne pouvaient être sou-

1. V. Bertauld, *Des conditions auxquelles la prescription de l'article* 1304 *est soumise*, Rev. prat. de Droit français, t. III, 1857.

levés que moyennant l'obtention de *lettres de rescision*, délivrées par la Chancellerie royale. Cette solution était conforme au Droit public de l'ancien Régime, qui remettait le pouvoir législatif aux seules mains du Roi. Les lettres de rescision étaient comme une loi spéciale et de faveur écrite pour un cas particulier, un peu comme la *restitutio in integrum* romaine prononcée par le préteur *cognita causa* et en vertu de son pouvoir édictorial. Quant au laps de temps nécessaire pour l'annulation de l'obligation, il différait suivant les hypothèses. Les actions en nullité, comme toutes les autres actions, ne se prescrivaient que par trente ans. Les lettres de rescision, au contraire, ne pouvaient être sollicitées que dans les dix années qui suivaient le contrat (Argou, *Institution au Droit français*, t. II, p. 478 et s.). Cette abréviation du délai traditionnel s'explique à merveille. Celui qui invoquait la rescision se fondait sur une *faveur* du Roi. Et il était naturel que ce dernier limitât à un court délai la période pendant laquelle cette faveur pouvait être obtenue. Au contraire, celui qui invoquait la nullité exerçait un *droit*, qui ne pouvait se trouver paralysé qu'après l'expiration du délai de droit commun.

La Révolution ayant supprimé les chancelleries royales établies auprès des parlements, en même temps que les parlements eux-mêmes (Loi 7-11 septembre 1790, art. 20 et 21), la distinction des actions en nullité et en rescision disparut. Les deux catégories se fondirent. Et on appliqua aux unes et aux autres le délai le plus court, celui de dix ans. En effet, il y a intérêt à ce que le sort d'un acte menacé de nullité soit fixé assez tôt, afin qu'on ne prolonge pas trop longtemps l'incertitude qui résulte de l'éventualité d'une annulation.

Aujourd'hui, les mots de nullité et de rescision sont donc synonymes. Tout au plus emploie-t-on parfois, de préférence, l'expression de rescision pour l'annulation résultant de la *lésion*, dans les cas exceptionnels où celle-ci peut entraîner l'invalidité d'un acte juridique.

2° **A quelles actions s'applique la prescription décennale ?** — La disposition de l'article 1304 est une disposition de droit étroit, puisqu'elle établit une exception au droit commun. Elle doit donc être interprétée restrictivement. D'où les conséquences suivantes qui vont singulièrement restreindre le domaine de notre prescription.

A. — L'article 1304 nous parle de l'action en nullité ou en rescision. Par conséquent il ne s'applique pas à nombre d'actions par lesquelles on s'attaque à un acte juridique, mais sans en demander la nullité. Rentrent dans cette dernière définition et ne peuvent dès lors se prescrire que par trente ans :

a) L'action en *résolution*, fondée soit sur l'arrivée d'une condition résolutoire prévue dans le contrat, soit sur l'article 1184 ; exception faite pour certaines actions en résolution, comme l'action en réméré (art. 1660), dont la loi, pour des raisons particulières, a fixé l'extinction à un délai plus court ;

b) L'action en *révocation* d'une donation ou d'un testament pour ingratitude, survenance d'enfant, inexécution des conditions, etc. (art. 953 et s. ;

c) L'*action Paulienne* qui ne tend pas à la nullité de l'acte, mais seulement, à le rendre inopposable au créancier fraudé ;

d) La demande en *résiliation* pour perte partielle de la chose due, ou impossibilité partielle d'exécution de l'obligation (art. 1722) ;

e) L'action en *déclaration de simulation* ;

f) L'action en répétition de l'indû.

B. — L'article 1304 nous parle de l'action en nullité d'une *convention*. Dès lors il n'y a pas lieu de l'appliquer aux actes unilatéraux, tels qu'une renonciation, une décharge, un testament (Paris, 2 février 1880 sous Cass., D. P. 83.1.61, S. 83.1.301).

Cette règle est nouvelle, car dans l'ancien Droit on ne distinguait pas entre les contrats et les autres actes juridiques. Et il n'y a pas de bonnes raisons à donner de la restriction introduite par le texte de l'article 1304. Cette restriction conduit parfois à des résultats singuliers. Ainsi, le partage d'ascendant pouvant se faire soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, la prescription contre l'action en nullité d'un tel partage ne sera pas toujours la même. Elle s'accomplira par dix ans, s'il s'agit d'un partage d'ascendant effectué par acte entre vifs, et par trente ans, s'il s'agit d'un partage effectué par acte de dernière volonté (Req., 22 janvier 1872, D.P 72.1.321, S.72.1.424)!

C. — De même, à raison de la place qu'il occupe dans le Code, au milieu des dispositions consacrées au Droit du Patrimoine, il est certain que l'article 1304 ne s'applique pas à l'action en nullité dirigée contre des actes non patrimoniaux, comme le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, etc... Une telle action, lorsqu'elle n'est pas, comme l'action en nullité de mariage dans la plupart de ses applications, prescriptible par un délai plus court et spécial, ne se prescrit que par trente ans.

D. — Par exception, on verra que, en cas de *vente d'immeuble*, l'action en nullité ou rescision pour cause de lésion de plus de sept douzièmes n'est recevable que pendant deux années à compter du jour de la vente (art. 1676, 1er al.).

3° **Fondement de la prescription décennale** — En vertu d'une conception traditionnelle, on dit communément que la prescription décennale de l'article 1304 a pour fondement une *présomption de confirmation*, résultant de l'attitude d'inertie conservée par le bénéficiaire de l'action en nullité pendant dix années. La loi présumerait que le contractant qui, ayant le droit de faire annuler le contrat qu'il a conclu, reste dix ans sans intenter l'action, y a renoncé. Cette explication trouve dans le Code un double point d'appui. D'abord, l'article 1115 déclare qu'un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit *tacitement*, en *laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi*. D'autre part, quand la nullité a pour cause un vice du consentement ou l'incapacité du contractant, le délai ne commence à courir dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé, dans le cas de dol ou d'erreur, du jour où ils ont été découverts, et, pour le cas d'incapacité, du jour où elle a pris fin. Or, c'est

seulement à partir de ces divers moments, que naît le droit de confirmer le contrat. Aussi cette explication est-elle admise par la presque unanimité de la Doctrine et par la Jurisprudence (Civ. 8 avril 1891, D. P. 91.1.454, S. 91.1.149)[1].

Quoi qu'il en soit, il résulte, du fondement attribué à la règle de l'article 1304, qu'il faut exclure de son domaine une nouvelle catégorie d'actions en nullité, à savoir celles qui ne sont pas susceptibles de se couvrir par une confirmation ultérieure, en d'autres termes, les *nullités absolues*. Ainsi, un acte nul faute d'un objet licite, comme un pacte sur succession future ou un pacte usuraire, ou faute d'observation des conditions de forme exigées *quoad substantiam*, comme une donation non passée devant un notaire, peuvent être attaqués, non pendant dix ans seulement, mais pendant trente ans (Lyon, 8 février 1867, D. P. 67.2.154, S. 67.2.143). Toutefois, cette solution est repoussée franchement par la juriprudence belge (C. Cass. Belgique, 12 juillet 1855, *Pasicrisie belge*, 1855.1.336 ; Gand, 14 mai 1872, *ibid.*, 1873.2.38). Et même la jurisprudence française ne paraît pas l'adopter entièrement. Ainsi, il a été jugé plusieurs fois que la nullité d'un contrat notarié affecté d'un *vice de forme*, par exemple, l'omission sur la minute de la signature de l'une des parties ou de celle de témoins instrumentaires, nullité absolue cependant, se prescrit par dix ans et non par trente (Req., 5 mai 1862, D. P. 62.1.341, S. 62.1.562; Civ., 2 août 1898, D. P. 98.1.553, note de M. Glasson, S. 99.1.176).

Ajoutons que beaucoup de ceux qui excluent de la sphère d'application de l'article 1304 l'action en nullité pour vice de forme, font exception pour l'action dirigée contre une donation, lorsqu'elle appartient aux *héritiers* du donateur. Quand il en est ainsi, cette action, d'après eux, se prescrirait par dix ans. Cela tient à ce que, d'après l'article 1340, les héritiers du donateur ont le pouvoir de *ratifier* la donation informe, sans avoir besoin de la recommencer dans la forme légale, comme y serait astreint le donateur lui-même, s'il voulait lui donner effet (Req., 27 novembre 1865, D. P. 66.1.217. S. 66.1.104). Cette faculté de *confirmation* suffirait à rendre applicable la prescription spéciale de l'article 1304.

4° Caractère de la prescription décennale. — On s'est quelquefois demandé si le laps de temps visé par l'article 1304 était un délai de *prescription*, ou un *délai préfix*. L'intérêt de la question est de savoir s'il y a lieu d'appliquer à ce délai les règles ordinaires de *suspension* (art. 2251 et s.), lesquelles n'ont trait qu'aux prescriptions proprement dites. La loi ne statue que pour une action en rescision spéciale, à savoir celle du vendeur pour lésion de plus de sept douzièmes. L'article 1676, al. 2, porte que la prescription de deux ans établie pour cette action court contre la femme mariée,

1. Elle a cependant été [illegible] par quelques auteurs qui soutiennent qu'elle cadre mal avec les règles du Code, [illegible]tendent que la prescription décennale, est comme toute prescription, fondée sur [illegible]ns l'intérêt général : (Voir notamment Japiot, ***Des nullités en matière d'actes*** [illegible]*es*, Paris, 1909, p. 814 et s., 831 et s). Au fond, la question n'a pas grand intére[illegible]re les [illegible]on est d'accord sur les effets que produit la prescription de dix ans.

les absents, les interdits, les mineurs : c'est donc un délai préfix. Faut-il tirer de ce texte un argument *a pari* ou un argument *a contrario* ? Un argument *a contrario* croyons-nous. La disposition de l'article 1676 s'explique par la répugnance que le législateur a eue à admettre, en matière de vente, l'action en rescision pour lésion. Cette répugnance, dont la brièveté du délai qu'il a imparti à l'action est le meilleur témoignage, l'a entraîné à écarter ici l'effet des causes ordinaires de suspension. Mais il n'en va pas de même pour les autres cas d'action en nullité. Et, dès lors, on peut en conclure, avec la tradition même de nos anciens auteurs, que la prescription décennale de l'article 1304 est bien une prescription soumise par conséquent aux mêmes causes de suspension que les autres. La Jurisprudence est en ce sens (Req., 18 novembre 1884, D. P. 85.1.101, S. 85.1.68).

II. — Point de départ du délai.

La prescription décennale commence à courir du jour où l'action en nullité ou en rescision a pu être intentée. C'est, en effet, à partir de ce moment que le silence prolongé du bénéficiaire de l'action implique son intention de renoncer à s'en prévaloir.

En général et en principe, c'est donc le jour même où l'acte a été passé qui est le point de départ de la prescription de l'article 1304. Cependant (art. 1304, al. 2), il y a exception dans un très grand nombre de cas :

1° L'action en nullité d'un acte annulable pour *vice du consentement* ne commence à courir « dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ».

2° L'action en nullité résultant d'une *incapacité* ne commence que du jour où cette incapacité a pris fin, car c'est seulement à partir de ce moment que l'incapable a pu agir. La loi fait de ce principe plusieurs applications formelles.

A. — La prescription court contre l'action en nullité des « actes passés par les *femmes mariées* non autorisées, du jour de la dissolution du mariage ». Auparavant, en effet, la femme pourrait bien agir en nullité ; mais il lui faudrait pour cela solliciter le concours de son mari, lui révéler par conséquent sa désobéissance, éventualité qui est considérée comme créant pour elle, une véritable impossibilité morale d'agir (art. 1304, al. 2, *in fine*). Plusieurs difficultés se sont élevées ici.

a) On se souvient qu'un acte passé par une femme non autorisée peut être attaqué, non seulement par elle, mais par le mari. Pour celui-ci, il semble que le point de départ de la prescription de son action devrait être le moment de la conclusion de l'acte non autorisé par lui, ou, tout au plus, le moment où il aurait eu connaissance de cet acte. En effet, rien ne l'empêche d'agir dès ce moment (En ce sens, Bordeaux, 30 avril 1872, D. P. 73.2 32, S. 72.2.151). Cependant, l'opinion contraire est généralement soutenue en Doctrine. On remarque que l'article 1304 ne fait aucune distinction entre l'action de la femme et celle du mari. Et cela, dit-on, est intentionnel, le législateur ayant voulu éviter les discussions forcément

très difficultueuses sur le point de savoir si le mari a eu ou non connaissance de l'acte passé par la femme et à quel moment. Dès lors, le point de départ de son action, comme de celle de sa femme, serait le même, à savoir la dissolution du mariage survenu par la mort d'un époux, ou par la transcription d'un jugement de divorce ;

b) En cas de séparation de corps, la femme recouvre le plein exercice de sa capacité civile (art. 311). Elle peut donc, à partir de ce moment, attaquer l'acte qu'elle a passé sans autorisation. Cependant, la loi ayant gardé le silence sur ce cas, on décide ordinairement que l'action en nullité ne se prescrit pas encore. Il faudra attendre, pour que la prescription commence, le jour de la dissolution du mariage.

B. — Pour les *aliénés interdits*, le délai commence à courir (art. 1304, al. 3) « du jour où l'interdiction est levée », soit par un jugement de mainlevée, soit par la mort de l'aliéné.

C. — Pour les aliénés non interdits, mais *internés* dans un établissement, le point de départ de la prescription est, non pas le jour de leur sortie de l'établissement, mais le moment où l'aliéné a connu l'acte invoqué contre lui et dont il a à demander l'annulation. On le remarquera, cette solution, établie par une loi spéciale (loi du 30 juin 1838, art. 39), est préférable à celle que le Code civil consacre au cas des aliénés interdits et ayant obtenu mainlevée de leur interdiction. En effet, bien qu'ayant recouvré la raison, ces derniers peuvent ne pas avoir conservé la mémoire des actes qu'ils auraient passés durant leur interdiction ; il est donc contraire à l'équité de faire courir la prescription contre leur action en nullité, avant que la passation de cet acte ne leur ait été révélée.

D. — Pour les *mineurs*, la prescription commence à courir « du jour de la majorité » (art. 1304, al. 3, *in fine*).

E. — Pour les prodigues ou les faibles d'esprit *pourvus d'un conseil judiciaire*, on admet, bien que la loi reste muette sur leur cas, que l'action en nullité des actes qu'ils auraient indûment passés sans l'assistance de leur conseil, ne commence à se prescrire qu'à dater de la cessation de leur incapacité (Civ., 8 avril 1891, D. P. 91.1.454, S. 91.1.149). En effet, s'ils sont, dès avant cette date, aptes à agir en nullité de leur engagement, ils ne seraient pas capables de ratifier l'acte annulable ; ils ne peuvent donc le confirmer indirectement, en laissant écouler le temps de la prescription.

F. — La loi ne dit rien en ce qui concerne les aliénés *non interdits ni internés*. La logique et l'équité commandent de ne faire courir la prescription des actes qu'ils auraient passés qu'à dater de leur guérison ou de leur mort. Cependant, la Jurisprudence a plusieurs fois décidé que son point de départ serait le jour de la conclusion de l'acte (Bruxelles, 18 novembre 1867, *Pas. belge*, 1868.2.208 ; Bordeaux, 22 avril 1896, D. P. 96.2.455, S. 96.2.232). Cette jurisprudence est d'autant plus inexplicable que, nous venons de le voir, le silence de l'acticle 1304 sur le cas des prodigues n'a pas empêché les tribunaux de fixer le point de départ de la prescription de l'action en nullité au jour de la cessation de leur incapacité.

La différence qui existe entre les divers points de départ de la prescrip-

tion décennale de l'article 1304 et celui de la prescription trentenaire, lequel est toujours l'accomplissement même de l'acte générateur du droit ou de l'action, a donné naissance à une question classique, celle de la *combinaison des deux prescriptions*. Supposons que la découverte d'un dol subi par un contractant ait lieu vingt-cinq ans seulement après la conclusion du contrat. L'application de l'article 1304 conduira à décider que l'action en nullité pourra être exercée jusqu'à l'expiration de la trente-cinquième année après le contrat en question. Or, on a soutenu, en se fondant sur l'esprit de la loi qui a voulu, dans l'article 1304, réduire un délai généralement trop long, que la prescription trentenaire s'appliquerait ici. La prescription de droit commun ne serait donc écartée par celle de l'article 1304 que lorsque celle-ci conduirait à une consolidation plus prompte de l'acte annulable. La Jurisprudence s'est prononcée en ce sens, il y a un demi-siècle (Paris, 22 juillet 1853, D. P. 55.2.155, S. 54.2.49). Mais, aujourd'hui, la Doctrine est plutôt contraire. Du moment qu'on se trouve dans le domaine spécial de l'article 1304, la prescription trentenaire de droit commun doit être entièrement écartée. D'ailleurs, la combinaison proposée conduirait à ce résultat peu équitable que, dans certains cas, l action en nullité se trouverait éteinte *sans jamais avoir pu être exercée*. Il suffirait de supposer, en reprenant l'hypothèse ci-dessus, que la découverte du dol eût eu lieu plus de trente ans après la conclusion du contrat !

III. — Effets de l'expiration du délai de la prescription.

L'effet de la prescription, c'est de soustraire désormais l'acte à l'éventualité d'une action en nullité.

Mais cela signifie-t-il que la nullité ne puisse plus désormais être invoquée *par voie d'exception* ? Supposons un contrat dans lequel le débiteur ne s'est engagé que par l'effet de manœuvres frauduleuses. Le droit que le créancier tient de ce contrat ne s'éteint qu'au bout de trente ans. Si ce dernier attend, pour réclamer l'exécution de l'obligation, que dix années se soient écoulées à partir de la découverte du dol, le débiteur sera-t-il privé du droit d'opposer à ses poursuites la nullité résultant du vice dont sa volonté a été infectée, lorsqu'il s'est engagé ?

La Doctrine répond en général que, la règle de l'article 1304 reposant sur une présomption de ratification, l'acte, au bout de dix ans, doit être inattaquable aussi bien par voie d'exception que par voie d'action. Certes, les Romains professaient ici une maxime contraire « *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* » (5 § 6, D., *de doli mali et met. except.*, XLIV,4). Mais cette solution s'expliquait chez eux par le fait que l'action de dol ne pouvait s'exercer qu'*après l'exécution de l'engagement vicié*, et pour réclamer la restitution de la chose livrée au créancier en vertu de cet engagement. Cette raison n'existe plus aujourd'hui. Rien n'empêche le débiteur, sans attendre que l'exécution soit réclamée de lui, de prendre les devants et de faire mettre à néant le contrat auquel il a été frauduleusement déterminé.

La Jurisprudence, au contraire, admet la survivance de la règle romaine (Lyon, 17 juillet 1857, D. P. 57.2.219 ; Toulouse, 9 juillet 1859, D. P. 59, 2.201 ; Req., 21 juin 1880, D. P. 81.1.108, S. 81.1.297, Agen ; 7 juillet 1886 S. 86.2.189). Donc, malgré l'expiration du délai de dix ans, la nullité pourra être invoquée par voie d'exception contre le titre dont le créancier poursuivrait pour la première fois l'exécution. Cette solution est plus conforme à la *lettre* de la loi ; car l'article 1304 ne soumet à la prescription que l'*action en nullité*. Elle est aussi plus équitable ; car il y a bien des hypothèses où le silence du débiteur n'implique aucunement, de sa part, sa volonté de renoncer à la nullité de l'acte. Il en est ainsi, par exemple, lorsque, le contractant étant mort, c'est son héritier, peut-être ignorant de l'acte passé par le *de cujus,* qui est devenu débiteur, ou encore lorsque le contractant était un fou, interdit ou non interdit, qui est revenu à la raison, mais sans se souvenir de l'acte qu'il avait consenti durant son incapacité. Va-t-on lui enlever tout moyen de défense contre un créancier qui aurait eu soin, avant de réclamer son dû, de laisser écouler les dix années de la prescription décennale ?

DEUXIÈME PARTIE

SOURCES D'OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES

CHAPITRE PREMIER

DÉLITS ET QUASI-DÉLITS[1]

Signification des mots délits et responsabilité délictuelle. — La responsabilité *délictuelle* se rencontre lorsqu'une personne cause, soit par elle-même, soit par quelqu'un dont elle répond, soit par le fait d'une chose lui appartenant, un dommage à une autre personne, envers laquelle elle n'est liée par aucun rapport d'obligation préexistant. Par exemple, un automobiliste imprudent écrase un passant dans la rue ; un chasseur maladroit blesse un individu ; le gibier qu'un propriétaire élève sur ses terres cause des dégâts aux récoltes des propriétaires environnants, un mur s'écroule et endommage le fonds contigu ; un incendie éclate dans une maison et se communique à l'immeuble voisin ; une personne porte atteinte à la réputation d'un tiers par des écrits ou des propos diffamatoires ; un fiancé rompt sans motif légitime une promesse de mariage ; un individu emploie des manœuvres répréhensibles pour arriver à séduire une jeune fille ; un commerçant commet des actes de concurrence déloyale envers un autre commerçant, etc. Dans ces différents cas où un préjudice est causé à autrui, l'auteur du dommage est tenu de le réparer, généralement en versant à la victime de ses agissements une indemnité pécuniaire. Si on dit qu'il y a *responsabilité délictuelle*, c'est que le fait dommageable à autrui est désigné par les mots de *délit* ou de *quasi-délit*.

Le principe de cette responsabilité se trouve écrit dans l'article 1382, le plus connu, le plus important peut-être, à coup sûr le plus souvent invoqué de tous ceux du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui *par la faute duquel* il est arrivé à le réparer.

1. Ihering, *De la faute en droit privé*, traduction Meulenaere, Paris, 1888 ; Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, 2 vol., 6e édit., 1911 ; Planiol *Etudes sur la responsabilité civile*, Revue critique de législation, 1905, 1906, 1909 ; Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Thèse, Aix, 1901 ; R. Beudant et Capitant, *Esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Annales de l'Université de Grenoble, t. 18 ; Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet du Code civil allemand*, 3e édit., 1913, p. 354 à 449 ; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III à V ; Lalou, *La responsabilité civile, principes élémentaires et applications pratiques*, Paris, 1928 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd., 1927 ; Bettremieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile*, thèse, Lille, 1921 ; Legal, *De la négligence et de l'imprudence*, thèse, Paris, 1922 ; Meigné, *Responsabilité et contrat*, thèse, Lille, 1924 ; Marco Cohin, *L'abstention fautive*, thèse, Paris, 1929 ; Pour la jurisprudence, v. Gardenat et Salmon-Ricci, *De la responsabilité civile*, Paris, 1928.

On fixera aussitôt son attention sur le mot de *faute* contenu dans cet article. L'homme n'est tenu de réparer le dommage qu'il cause à autrui que si son acte, générateur du dommage, constitue une *faute*. Nous aurons à préciser plus loin le sens de cette expression si importante, qui forme chez nous le pivot de la responsabilité non contractuelle.

L'article 1383 nous donne du reste une première indication sur la portée de cette expression : « Chacun est responsable, nous dit-il, du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa négligence ou par son imprudence. »

Ainsi, la faute peut consister, non seulement en un fait actif (*culpa in committendo*), mais en une simple *abstention* (*culpa in omittendo*). Par exemple, le propriétaire qui néglige de clore par une barrière un passage dangereux, un terrain sur lequel il place des pièges, celui qui laisse tomber sa maison en ruine, commettent une faute d'omission dont ils devront réparer les conséquences dommageables pour les tiers.

Différence entre les délits et les quasi-délits. — Ces expressions figurent dans la rubrique d'un chapitre du Code civil (Ch. 2, tit. IV, liv III) et dans divers articles (1310, 1370). Mais nulle part on n'en trouve une définition.

Cette lacune tient sans doute à ce que les rédacteurs du Code se sont référés aux définitions très nettes que donnait Pothier, et n'ont pas jugé utile de les reproduire. « On appelle *délit*, dit Pothier (*Obligations*, n° 116), le fait par lequel une personne, *par dol ou malignité*, cause du dommage ou quelque tort à une autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, *sans malignité* mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre. »

Ainsi, la différence qu'il y a entre le délit et le quasi-délit est purement psychologique. Le *délit* suppose chez son auteur un dol, c'est-à-dire une intention méchante, l'*animus nocendi*. Dans le quasi délit, au contraire, cette intention est absente ; il y a négligence ou imprudence non intentionnelle. Cette distinction, aujourd'hui constante, en doctrine au moins, bien plus qu'en jurisprudence (V. cep. Req., 28 juin 1899, D. P. 1900.1.458, S. 1900.1.135), est d'ailleurs une création de notre ancien droit, car si nous avons emprunté le terme d'obligation quasi-délictuelle (*quasi ex delicto*) aux textes du Droit romain (Gaius 5, D. *De oblig. et act.*, XLV, 7 ; Instit. 2, *De oblig.*. III, 13), le mot avait chez les Romains un sens très difficile à déterminer, mais en tout cas différent de celui d'aujourd'hui.

Quant aux intérêts pratiques de la distinction, ils sont extrêmement minces, car, dans les deux cas, qu'il y ait eu faute intentionnelle ou non intentionnelle, le Code civil oblige pareillement l'auteur du fait dommageable à en fournir la réparation complète. On peut donc employer et nous emploierons dorénavant le seul mot de *délit* de la manière la plus compréhensive, et pour désigner tout préjudice causé fautivement à autrui.

Cependant, on peut relever entre le délit e le quasi-délit les différences de réglementation suivantes :

1° En matière d'accidents du travail, la loi du 9 avril 1898 établit des différences assez importantes entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle, soit du patron, soit de l'ouvrier. D'une part, lorsque l'ouvrier a *intentionnellement* provoqué l'accident qui l'a frappé, aucune indemnité ne peut lui être attribuée (art. 20, al. 1er). D'autre part, lorsqu'il prouve que l'accident est dû à une *faute inexusable* et *a fortiori* à une *faute intentionnelle* du patron, l'indemnité peut être majorée (art. 20, 3e al.).

2° Il y a cet intérêt à distinguer la faute non intentionnelle de la faute intentionnelle ou dol, qu'une personne peut contracter une assurance contre la responsabilité de ses fautes *non intentionnelles*, mais qu'on ne peut s'assurer contre les conséquences pécuniaires de son dol.

Distinction du délit civil et du délit pénal[1]. — Le *délit civil* doit être distingué avec soin du *délit pénal*.

Les mots *délit civil* comprennent *toute faute quelconque de l'homme causant un dommage à autrui*.

En matière pénale, le mot *délit*, pris dans son sens large, comme synonyme d'*infraction*, sert à désigner tous les actes de l'homme *réprimés*, c'est-à-dire punis d'une peine par les lois pénales.

Et voici les différences pratiques essentielles qu'il importe de relever entre ces deux catégories :

1° La sanction du délit civil et du délit pénal n'est pas la même. Le Droit pénal vise à *punir* le coupable, il frappe le délinquant d'une peine. Le Droit civil, lui, ne tend qu'à assurer la *réparation du préjudice* causé. Le délit civil que la Cour de Cassation qualifie, en général, de *quasi-délit* n'entraîne donc qu'une *condamnation pécuniaire*, des dommages-intérêts à la charge de son auteur. Il s'agit de rejeter sur le patrimoine de l'auteur du fait délictuel la perte causée au patrimoine de la victime de ce fait.

2° La catégorie des délits civils est bien plus compréhensive que celle des délits pénaux. En effet, un acte ne constitue une infraction qu'à la condition d'être prévu et puni par la loi pénale. *Nulla pœna sine lege.* Au contraire, tout fait *quelconque* de l'homme qui cause préjudice à autrui est un délit civil, et emporte droit pour la victime à une réparation pécuniaire.

3° Inversement, les infractions pénales ne sont pas toujours des délits civils. Parmi les actes punis par le droit criminel, il y en a, en effet, qui ne causent aucun préjudice à autrui. Ce seront, par exemple, la mendicité, les contraventions de simple police, le délit de chasse, la tentative d'assassinat ayant manqué son effet, etc. L'intérêt social exige que ces faits soient réprimés par une pénalité ; mais aucun intérêt individuel froissé ne peut en faire la base d'une demande de réparation civile.

Cependant, et nonobstant la différence fondamentale des deux notions, quand un délit civil *est en même temps délit pénal*, l'action en dommages-intérêts qui appartient à la victime, subit, dans une large mesure, l'influence des règles du droit criminel, et cela aux points de vue suivants :

1° D'après les règles du Droit civil, l'action en dommages-intérêts se

1. Laborde-Lacoste, *La responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile*, thèse Bordeaux, 1915.

prescrit par trente ans (art. 2262). Mais quand l'acte dommageable constitue en même temps une infraction, l'*action civile* en réparation se prescrit par le même laps de temps que l'*action publique* tendant à faire prononcer la peine, c'est-à-dire par dix ans, s'il s'agit d'un crime, par trois ans, s'il s'agit d'un délit, par un an, s'il s'agit d'une contravention de simple police (art. 637 et s., C. inst. crim.). Cet abrègement du délai de prescription de l'action civile porte incontestablement atteinte au droit de la victime. Ce sont des raisons d'ordre public qui l'expliquent. D'une part, il serait démoralisant qu'un tribunal civil pût déclarer un individu responsable en vertu d'une infraction que la loi pénale serait impuissante à frapper. « On ne peut obtenir la réparation de l'accusé, dit un ancien criminaliste, Muyart de Vouglans (*Institutes au droit criminel*), sans le convaincre de son crime ; on ne peut le condamner sans se mettre dans la nécessité de le punir ». D'autre part, la loi a voulu faire de la partie lésée un auxiliaire actif du ministère public, en l'astreignant, si elle veut obtenir réparation, à intenter son action avant que l'action publique soit prescrite. Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation tempère cette règle en décidant qu'elle s'applique uniquement au cas où l'action civile naît *exclusivement* et *directement* de l'acte délictueux. La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil reprend son empire toutes les fois que l'action en réparation des dommages a son principe dans un contrat antérieur au fait délictueux ou dans une disposition de droit civil (Civ. 23 décembre 1897, D. P. 1901.1.109 ; 20 avril 1915, D. P. 1916.1.204).

2° L'action en dommages-intérêts engendrée par une infraction peut être portée soit devant la juridiction civile, soit devant le tribunal répressif, tandis que l'action consécutive à un délit simplement civil est évidemment de la compétence exclusive de la juridiction civile.

3° Le *criminel tient le civil en état*. Cela veut dire que, si l'action en dommages intérêts est portée devant le tribunal civil, au moment où le tribunal répressif est saisi de l'action publique, le premier doit surseoir à statuer jusqu'à la décision des juges criminels (art. 3, C. instr. crim).

4° Lorsque le fait motivant la condamnation à des dommages-intérêts est une infraction reconnue par la juridiction criminelle, le créancier peut user contre le débiteur de la contrainte par corps, pour l'obliger à acquitter le montant de la condamnation (art. 5, loi du 22 juillet 1867).

5° Enfin nous avons vu que la chose jugée au criminel peut mettre obstacle à ce qu'une demande soit formée au civil, afin d'obtenir réparation du préjudice causé par une infraction.

Résultat de l'action en responsabilité. Réparation du délit. — Nous avons dit qu'en général la réparation due à raison d'un délit consiste dans des dommages-intérêts, c'est-à-dire dans l'attribution d'une somme d'argent à la victime, somme égale au préjudice encouru par elle et calculée suivant les règles édictées par le Code pour les dommages-intérêts contractuels. Mais cette règle n'a rien d'absolu. Et s'il y a, malgré les circonstances de la cause, quelque procédé préférable pour assurer la réparation adéquate du préjudice, le juge devra l'ordonner. C'est ainsi qu'il pourra condamner l'auteur du délit à verser à la victime non une somme déterm-

née, mais une rente viagère (Cons. d'Etat, 3 mai 1895, D. P. 96.3.59, S. 97.3.85) ; il pourra aussi, en cas de dommage causé par un voisin, ordonner la destruction des ouvrages et constructions incommodes ou nuisibles. La réparation peut encore consister dans la publicité donnée au jugement de condamnation ; c'est le mode de réparation ordinaire pour les injures et la diffamation Paris, 7 mai 1890, D. P. 91.2.33, S. 90 2.171).

Ajoutons que des textes spéciaux visent certaines fautes ne constituant pas des délits pénaux, mais des délits civils, et prononcent des sanctions particulières constituant des *peines civiles*. Ainsi, le recel d'effets dépendant d'une succession entraîne la privation du droit d'y renoncer et celle de prendre part au partage des objets divertis ou recélés (art. 792, 801, C. civ.). Les actes frauduleux commis par un débiteur au détriment de ses créanciers sont passibles de l'annulation Paulienne (art. 1167).

SECTION I. — Historique de l'idée de responsabilité délictuelle.

Les peines privées dans les législations primitives. Droit romain. — La distinction moderne entre *la peine*, destinée à punir le coupable, et l'*indemnité*, destinée à réparer le préjudice causé à la victime, en d'autres termes la distinction entre l'*action publique* et l'*action civile* est d'origine relativement récente. Dans les sociétés primitives, la seule sanction de l'acte fautif est une pénalité. On a pu dire qu'en cette matière l'humanité avait passé par quatre phases successives : la phase de la vengeance privée, celle des compositions volontaires, celle des compositions légales et celle de la répression par l'Etat (V. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 401 et s.).

La première phase se caractérise par cette idée que la victime a le droit de se venger, en causant au coupable un tort analogue à celui qu'elle a subi. C'est le geste instinctif, celui de l'enfant qui frappe l'objet qui l'a blessé. Cette réaction toute spontanée aboutit à la loi du talion.

Dans la deuxième phase, l'idée de vengeance commence à s'atténuer. Au lieu de frapper le coupable dans son corps, la victime lui demande une indemnité en argent. C'est la phase des compositions volontaires variables avec les personnes et les circonstances, compositions « pratiquées longtemps chez les Germains, mentionnées aussi dans les monuments du vieux Droit romain ». Avec le développement de la notion d'Etat, de société organisée, on entre dans une troisième phase dans laquelle apparaît le premier germe du Droit pénal moderne. C'est désormais le pouvoir public qui assume la charge du bon ordre, et, pour en assurer le respect, c'est lui qui fixe le montant de la composition pécuniaire que le coupable devra payer à la victime, ou au groupe familial dont elle fait partie. « La loi des XII tables nous fait voir la transition en train de s'opérer pour le vol et l'injure » (Girard. *op. et loc. cit.*), et les lois barbares nous montrent l'épanouissement de ce système dans l'institution du *Wehrgeld*.

Enfin, dans la dernière phase, le rôle de l'Etat s'affirme de plus en plus. L'idée de peine privée disparaît pour faire place à celle de peine publique. C'est l'Etat seul qui *punit* les délits, quand ils portent atteinte à sa tranquillité et à sa bonne administration. La victime du délit n'a qu'un droit, outre celui de dénoncer l'infraction dont elle a souffert : demander la réparation pécuniaire du préjudice qui lui a été causé ; mais cette réparation est

indépendante de la peine corporelle ou pécuniaire qui frappera le coupabe.

Le Droit romain ancien a correspondu à un stade intermédiaire entre la troisième et la quatrième de ces phases. Les délits s'y divisaient en *délits publics*, actes illicites considérés comme lésant l'intérêt général, punis par l'autorité publique de peines corporelles ou pécuniaires qui, en principe ne profitaient pas aux victimes, et les *délits privés*, lesquels donnaient exclusivement naissance à une peine privée, à savoir une amende au profit de la victime, amende que celle-ci obtenait en s'adressant aux tribunaux. Le caractère pénal de cette sanction s'affirme par un grand nombre de traits. Ainsi, l'amende est due sans qu'il y ait à s'inquiéter de savoir si le fait dont elle constitue la punition a ou non causé un préjudice ; au cas où il y a préjudice, la peine n'est pas calculée sur le montant de celui-ci, etc.

A une période plus moderne du Droit romain, la conception primitive s'est modifiée, l'idée de réparation s'est, dans une certaine mesure, alliée à celle de la peine. En d'autres termes, la distinction moderne entre la répression et l'indemnisation est apparue, mais sans prendre jamais la précision qu'elle devait acquérir plus tard. En effet Gaius (*Comment.*, IV, 6 à 9) et Justinien (16-19, Instit., *de actionibus*, IV, 6) divisent les actions de la façon suivante :

1° Les *actions réipersécutoires*, ou actions nées des contrats, par lesquelles le demandeur réclame la chose due ou son équivalent ;

2° Les actions *purement pénales*, qui ont exclusivement pour but la punition du coupable et non la réparation du dommage par lui causé. Telle était l'*actio furti*. Ce qui ne veut pas dire que la victime ne pût, en outre d'une peine, obtenir la restitution des objets volés, mais elle était armée à cet effet d'un autre moyen, la *condictio furtiva*, laquelle était réipersécutoire.

3° Les actions *mixtes*, qui étaient à la fois pénales et réipersécutoires, c'est-à-dire poursuivaient une condamnation ayant à la fois le caractère d'une amende et celui d'une indemnité. A cette catégorie appartenaient l'*actio legis Aquiliæ* et l'*actio doli*.

A un autre point de vue encore, le Droit romain différait profondément du Droit moderne. On y trouve nombre de délits privés donnant lieu à une action spéciale au profit de la victime, mais nulle part une *diposition générale* et comminée contre toute faute *quelconque* préjudiciable à autrui. Certes, on rencontre bien, à un moment donné, un texte de portée assez étendue, surtout si l'on se place après les extensions que la pratique et la Jurisprudence lui ont apportées au cours des temps. Ce texte est la loi *Aquilia*, loi instituant une action à la fois pénale et réipersécutoire, par laquelle on a fini par atteindre à peu près tous les dommages consistant en la détérioration d'un objet du patrimoine. Mais, en somme, le Droit romain ne s'est jamais élevé à la conception d'une disposition générale correspondant à notre article 1382.

L'ancien Droit français. Formation de l'idée moderne. — Ce sont nos anciens auteurs qui ont donné à la notion de responsabilité délictuelle

son extension logique, et sont arrivés au principe général écrit dans notre Droit actuel. Dès l'époque de Loysel et même auparavant, l'idée de peine privée semble abolie. Nous lisons en effet dans les *Institutes coutumières* ce passage significatif (n° 832) : « Messire Pierre de Fontaines écrit que les actions pénales n'ont point de lieu, et qu'on fait rendre les choses sans plus, avec l'amende au seigneur. Qui est ce qu'on dit : A tout méfait n'échet qu'amende. » Par là, le jurisconsulte veut exprimer que le particulier, victime d'un délit, ne peut pas intenter l'action pénale, mais seulement réclamer ce qui lui a été enlevé.

Au XVII^e^ siècle, en tous cas, le caractère de *généralité* de la règle de la réparation civile est consacrée. « Toutes les pertes et tous les dommages, dit Domat (*Loix civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4), qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être. doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. » C'est déjà, avec une formule plus discursive, la disposition même de nos articles 1382 et 1383.

Idées directrices du Code civil. L'idée de faute. Théorie classique. — Le trait du Code civil en cette matière, sur lequel il importe surtout d'insister, sauf à en préciser mieux plus tard le caractère et la portée, c'est que la responsabilité délictuelle a pour base fondamentale la notion de *faute*, c'est-à-dire d'acte *coupable, illicite*. D'où la double conséquence suivante :

1° Quiconque se plaint d'avoir été lésé par le fait d'autrui doit nécessairement prouver, pour avoir droit à réparation, que ce fait a constitué une faute de la part de son auteur.

2° L'auteur du fait dommageable doit échapper à la responsabilité de ce préjudice, s'il démontre que ce dommage ne lui est pas imputable à faute. Et il en est ainsi dans les divers cas ci-après :

A. — Lorsque l'auteur du fait préjudiciable a usé *d'un droit* en accomplissant le fait en question.

B. — Lorsque la véritable cause du fait préjudiciable est un *cas fortuit* ou de *force majeure*.

C. — Lorsque la cause du préjudice se trouve dans le *fait de la victime* elle-même. Que si le fait est dû à la fois à la faute de l'agent et à celle de la victime, il y a *faute commune*. La responsabilité de l'agent subsiste, mais *limitée*, *réduite* dans la mesure où le fait est imputable à la victime elle-même.

La double règle ci-dessus souffre cependant des exceptions remarquables quand il s'agit d'un dommage qui a été occasionné, non par la faute personnelle d'un individu, mais par le fait de *personnes qui sont sous sa garde*, ou qu'il emploie comme *domestiques, ouvriers, employés, préposés*, ou bien encore par le fait soit d'*animaux* dont il est propriétaire, soit des choses matérielles, *bâtiments*, arbres, appareils industriels, etc., qui lui appartiennent.

Logiquement, pour établir la responsabilité du gardien, du commettant ou du propriétaire, il faudrait démontrer qu'il a commis une faute personnelle. Mais une telle preuve serait fort difficile à fournir, et il serait trop rigoureux d'imposer à la victime l'obligation de l'administrer. Cette exigence aboutirait dans bien des cas à la priver de toute réparation. C'est pourquoi les rédacteurs du Code ont établi dans ces divers cas des *présomptions de faute* qui la dispensent de la preuve.

La faute présumée aura consisté, soit dans un défaut de surveillance ou d'entretien (*culpa in vigilando*), soit dans le choix défectueux du préposé auquel on a confié l'exécution du travail (*culpa in eligendo*). Cette présomption est d'ailleurs plus ou moins rigoureuse. Ordinairement, il est permis à l'intéressé de la faire tomber en prouvant que le préjudice provient d'une autre cause. Parfois, au contraire, le Code enlève au responsable la faculté de faire la preuve contraire, et donne ainsi à la présomption une force irréfragable. Cet emploi de la présomption de faute est un procédé très ingénieux pour élargir le fondement de la responsabilité, et remédier à ce qu'a de trop étroit la condition de faute à démontrer qui lui sert de base.

Théorie nouvelle. Système de la responsabilité objective[1]. — Depuis l'apparition du Code civil et dans les dernières années du XIX^e^ siècle, il s'est produit un courant d'idées nouvelles tendant à modifier, à élargir les notions fondamentales de la responsabilité. Un système tout différent de celui des rédacteurs du Code a été proposé, système qui se caractérise par une expression assez inexacte peut-être, mais offrant l'avantage d'une consonnance philosophique. C'est le système de la responsabilité *objective*.

Son fondement consiste, en somme, à éliminer des conditions de la responsabilité celle qui en est actuellement la plus essentielle, à savoir l'*imputabilité du fait dommageable à une faute* de son auteur. Dans le système de la responsabilité objective, un individu serait *toujours* responsable des suites préjudiciables pour autrui des actes qu'il accomplit. La seule chose qu'aurait à démontrer la victime du fait d'autrui pour obtenir réparation, ce serait le préjudice encouru et le lien de cause à effet entre ce préjudice et le fait en question. Ainsi chacun devrait supporter le *risque* de ses actes, fautifs ou non. La notion du *risque* serait appelée à remplacer celle de la *faute* comme source d'obligation.

Si on l'envisage en lui-même, le système en question s'appuie tout d'abord sur des observations d'une incontestable exactitude historique. Le principe de la responsabilité fondée sur une faute, nous dit-on, nous vient du Droit romain. Il a constitué naguère une conquête de la conscience juridique, un progrès marqué sur les conceptions antiques du pur droit de vengeance. L'homme des législations primitives ne s'inquiète pas de la culpabilité de celui qui le blesse. Son instinct réagit aveuglément contre toute atteinte à sa personne ou à ses biens. Il frappe qui le frappe, fût-ce un enfant, un fou, un animal, un objet matériel. De là l'origine vraisemblable des actions noxales qui, d'après Ihering, auraient tendu primitivement, d'une manière principale et non pas, comme plus tard, d'une façon subsidiaire, à l'aban-

1. Geny, *Risque et responsabilité*, Rev. trim. Droit civil, 1902; Bettremieux, thèse Lille, 1921; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles.*

don de l'auteur du dommage, esclave, animal ou objet matériel, entre les mains de la victime, afin de lui permettre d'exercer son droit de vengeance privée. De là aussi ce trait du Droit romain très ancien que la bonne ou la mauvaise foi du coupable d'un acte comportant une peine est indifférente. Ainsi, par l'action *furti oblati*, l'auteur même inconscient d'une soustraction aux dépens d'autrui est puni de la peine du triple.

A une époque moins lointaine, le progrès du Droit a consisté à s'attacher à ce qu'on appelle la *causalité interne* du fait dommageable. La notion de faute s'est développée et précisée. Rien de mieux dans une législation où, comme en Droit romain, fût-ce lors de son développement ultime, il y a confusion entre l'idée de peine et celle de réparation. L'auteur d'un *délit privé*, étant donné qu'il encourt une peine, ne peut être frappé que s'il est *coupable*, donc s'il a commis une faute C'est cette idée qui s'est perpétuée dans les législations modernes.

Mais, fait-on observer, ces législations procèdent aujourd'hui d'un point de vue diamétralement opposé. La séparation du Droit civil et du Droit pénal est aujourd'hui à jamais consommée. L'idée de peine privée a disparu. La personne elle-même, on peut le dire, tend de plus en plus à s'éliminer du Droit privé économique, lequel apparaît comme réglant des rapports, non de personne à personne, mais de patrimoine à patrimoine. Seule, la survivance des anciennes dénominations romaines, délit, quasi-délit, attesterait la survie des conceptions antiques, si, en réalité, ces expressions ne recouvraient aujourd'hui des catégories toutes différentes de celles d'autrefois. Actuellement, la question qui se pose en notre matière est la suivante. Lorsqu'un fait se produit, entraînant une déperdition de valeur économique, qui doit subir la perte résultant de ce sinistre ? Le patrimoine de la victime, ou le patrimoine de l'auteur du fait ? A cette question la réponse ne saurait être douteuse. C'est le patrimoine de l'agent du préjudice qui doit supporter la perte encourue. En effet, des deux personnes en présence, il en est une dont il ne dépendait pas d'empêcher le dommage, c'est la victime L'autre, l'agent du dommage, pouvait toujours l'empêcher, ne fût-ce qu'en n'agissant pas. De ces deux personnes, il en est une, la victime, qui ne devait tirer aucun bénéfice de l'entreprise effectuée, de l'activité déployée. L'autre, l'agent du dommage, devait, au contraire, retirer le profit ou l'agrément de cette entreprise ou de cette activité. Il est donc équitable que, même exempt de toute faute, ce soit ce dernier qui subisse, sous forme de réparation pécuniaire, le dommage résultant de son fait. En d'autres termes, quiconque agit doit subir les risques de son acte. La notion de faute, succédané de celle de pénalité, doit disparaître du Droit privé. Et ainsi se vérifie la phrase profonde d'Ihering : « L'histoire de l'idée de faute se résume en une abolition constante. »

Ce système, considérable par le nombre et l'autorité des écrivains qui l'ont préconisé, est évidemment contraire aux conceptions qui ont inspiré les rédacteurs du Code. Mais il a déjà exercé une influence marquée sur la législation, sur l'interprétation doctrinale des textes du Code civil, et sur la Jurisprudence.

1° En *législation*, c'est l'idée d'une responsabilité objective fondée sur le risque de l'entreprise qui a inspiré la grande loi sur la réparation des *accidents du travail* du 9 avril 1898. Le développement prodigieux de la *grande industrie*, l'invasion du *machinisme*, phénomènes économiques qui ont marqué le XIX^e^ siècle, avaient en effet depuis longtemps, mis en lumière l'insuffisance des bases traditionnelles de la responsabilité, même élargies par l'emploi des présomptions de faute. Quand un ouvrier était victime d'un accident du travail, il ne pouvait obtenir réparation qu'à la condition de prouver que l'accident était la conséquence d'une faute commise par le patron, ou par les préposés de celui-ci. Il en résultait que, par suite de la difficulté de la preuve, de la fréquence des cas fortuits, et encore de l'accoutumance de l'ouvrier qui l'entraîne à des imprudences inévitables, l'ouvrier frappé ne touchait dans la plupart des cas aucune indemnité. Cette situation était trop contraire à l'équité pour pouvoir subsister longtemps. Dans tous les pays d'Europe on a senti la nécessité d'une règle différente. Un peu partout, des lois nouvelles, et, chez nous, la loi du 9 avril 1898, ont introduit un principe nouveau, et décidé que le chef d'entreprise est responsable, dans une mesure que nous déterminerons plus loin, de tous les accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail, sans qu'il y ait à en rechercher la cause. L'idée de la responsabilité se trouve donc désormais, en cas d'accident et dans les rapports du patron et du salarié, détachée de l'idée de faute ; il ne s'agit plus de responsabilité *délictuelle*, mais d'une responsabilité *légale*, fondée sur cette conception que le *risque* de l'entreprise doit être mis à la charge de celui qui en perçoit les principaux bénéfices, ou plutôt à la charge de l'entreprise elle-même, dans les frais généraux de laquelle il doit désormais entrer.

2° En *doctrine*, on s'est efforcé d'introduire le système de la responsabilité objective dans l'interprétation des *dispositions du Code civil* elles-mêmes. On a tenté de démontrer que son adoption ne serait pas à la rigueur incompatible avec les textes, en tant surtout que ces textes font déjà une certaine place à l'idée de responsabilité légale, indépendamment d'une faute démontrée.

C'est en ce qui concerne les dispositions établissant des *présomptions de faute*, dans les hypothèses de responsabilité du *fait d'autrui* ou du *fait des choses* (art. 1384, 1385, 1386) que les arguments invoqués ont été les plus spécieux. Toute présomption légale aboutit en effet dans un grand nombre de cas à des solutions *réelles* contraires à l'hypothèse *fictive* visée par le législateur. Dire que le patron d'un préposé, le père d'un enfant, le maître d'un animal, le propriétaire d'un bâtiment sont responsables des actes dommageables causés par ce préposé, cet enfant, cet animal, ce bâtiment, parce qu'on *présume* qu'ils ont commis une faute *in vigilando* ou *in eligendo* qui a été la cause véritable du préjudice, cela ne revient-il point pratiquement à dire que le patron, le père, le maître, le propriétaire seront responsables sans qu'ils aient besoin pour cela d'être en faute ?

En dehors même de ces hypothèses spéciales, et en s'attaquant au principe fondamental lui-même de l'article 1382, on a fait remarquer que, si l'on

s'attache à la construction grammaticale de ce texte, ce qui, en cas de délit, cause l'obligation de réparer le préjudice, c'est le « *fait* de l'homme », le simple fait, « *tout fait quelconque* ». Le mot de *faute* n'apparaît qu'incidemment dans le texte, lorsqu'il s'agit de déterminer, non la *source* de l'obligation, mais l'imputation de l'indemnité. Au surplus, l'article 1382, tel qu'il a été rédigé par le législateur de 1804, avec sa formule si compréhensive, aurait visé à couper court aux discussions infinies qui mettaient aux prises les écrivains de notre ancien Droit sur le point de savoir quels sont les faits de l'homme dont il peut ou ne peut pas être dû réparation. Le mot « tout fait *quelconque* », si péremptoire, serait, à cet égard, significatif. En somme, étant donné surtout que l'interprète est lié uniquement par la lettre de la loi positive, il y aurait parfaitement moyen, même en l'état actuel de nos textes généraux, de faire sortir de l'article 1382 un système de responsabilité objective.

Est-ce à dire que l'auteur d'un fait dommageable, contre lequel il ne serait pas nécessaire de faire la preuve de la faute, n'aurait aucun moyen d'échapper à une condamnation ? Les partisans du système de la responsabilité objective ne consentent pas en général à l'exonérer dans l'hypothèse du *cas fortuit*. Mais la *force majeure* est considérée par eux comme devant faire disparaître sa responsabilité. Par exemple, une compagnie qui emploie des locomotives ne peut empêcher qu'elles projettent des étincelles à distance, étincelles qui peuvent incendier des récoltes. La Compagnie n'est pas en faute, car l'on ne saurait soutenir qu'il y a faute à se servir d'une locomotive. Les incendies qui se produiront, seront donc le résultat d'un cas fortuit. Néanmoins, il faudra que la Compagnie subisse les conséquences d'un fait inhérent à son exploitation ; elle doit répondre du risque causé par le matériel qu'elle emploie. Au contraire, supposons qu'un cyclone renverse l'échafaudage dressé par un entrepreneur ; celui-ci ne répondra pas des dommages causés ; ils ne proviennent pas de son *fait* ; il y a ici force majeure ; la responsabilité objective disparaîtra.

Le système de la responsabilité objective, tel qu'on vient de l'exposer, est certainement contraire aux intentions des rédacteurs du Code. Mais, ce qui, à nos yeux, est plus décisif encore, ce qui nous détermine à le repousser, c'est qu'il est inconciliable avec le *texte* même de certaines de ses dispositions et avec la législation postérieure. Enfin, poussé à l'extrême, il contredit l'équité et l'intérêt social. Et, à cet égard, il y a lieu de distinguer entre la question de la responsabilité du fait des choses ou du fait des tiers, et le principe général de l'article 1382.

Relativement à la première question, il est certain que le procédé employé par les rédacteurs du Code, celui de la présomption de faute, donne souvent des résultats analogues à ceux du système de la responsabilité objective. Mais, pour qu'on pût les assimiler, il faudrait que la loi ne permît pas au débiteur de s'exonérer en démontrant l'*absence de faute* de sa part. Or, si telle est la solution consacrée par le Code dans certains cas, la solution contraire est celle qu'il établit le plus souvent. Ainsi, les père, mère, tuteurs, instituteurs et artisans peuvent échapper à la responsabilité des

délits commis par leurs enfants, pupilles, élèves et apprentis en démontrant qu'ils *n'ont pu empêcher* le fait dommageable (art. 1384). De même, l'article 1386 n'impose au propriétaire la responsabilité des dommages causés par la ruine de son bâtiment que si l'accident est causé « par suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction ». S'il y avait en principe un risque de l'*activité*, ou un risque de la *propriété* imposé par la loi à quiconque est propriétaire, on comprendrait mal de telles dispositions. Pourquoi, par exemple, la victime de la chute d'un bâtiment aurait-elle à faire la preuve de l'un des deux faits visés par l'article 1386, alors que la victime d'une explosion de machine n'aurait aucune démonstration à faire pour obtenir des dommages-intérêts ? Même défaut d'harmonie si on se refère aux dispositions spéciales de la législation nouvelle du travail. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail dispense, il est vrai, la victime d'un tel sinistre de toute démonstration à produire contre le patron, mais, nous le verrons, elle ne lui accorde qu'une indemnité *forfaitaire*, c'est-à-dire toujours inférieure au montant total des salaires dont il est privé par l'incapacité de travail consécutive à l'accident. La loi de 1898 apparaîtrait donc comme une législation de *défaveur*, s'il était vrai que notre loi civile générale eût consacré le principe de la responsabilité objective. Ainsi, en cas d'explosion d'une machine industrielle, si l'on suppose qu'elle ait blessé à la fois un ouvrier de l'entreprise et un étranger, ce dernier aurait droit à une indemnisation totale de son préjudice, tandis que l'ouvrier ne pourrait demander qu'une indemnisation forfaitaire, c'est-à-dire incomplète !

Si maintenant nous examinons le principe de la responsabilité objective en lui-même, nous dirons d'abord qu'il fait vraiment trop bon marché d'un texte positif, en éliminant l'idée de *faute* de la disposition de l'article 1382, où le mot figure en toutes lettres, sous ce prétexte qu'on l'y trouve seulement dans une proposition incidente. Comme si les propositions incidentes avaient, dans les textes de loi, une moindre valeur impérative que les propositions principales ! Mais surtout, nous repoussons le principe même de la responsabilité du simple fait, parce qu'il aurait des conséquences dangereuses et injustes ; il n'irait à rien moins qu'à tuer toute initiative, à supprimer la conception *individualiste* du Droit civil qui en est le fondement même. Dire : l'homme doit supporter les conséquences de ses actes même licites du moment qu'ils portent préjudice à autrui, parce que chacun doit courir le risque de son action, c'est détourner l'homme de l'action, c'est le condamner à l'inertie. L'équité dans la répartition des risques est certes désirable en Droit comme elle le serait, en économie politique, dans la répartition des richesses. Encore faut-il ne pas lui sacrifier la *production*, ni partant, l'activité humaine, source de toute production. On concevrait que l'homme pût être déclaré par la loi responsable *a priori* du fait des choses qui lui appartiennent, au moins lorsque ces choses sont, de leur nature, périlleuses pour les tiers. Et en effet, il dépend de chacun de ne pas introduire une telle chose dans le milieu social où elle peut produire des ravages ; on pourrait dire à la rigueur que toute propriété constitue un monopole qui

doit impliquer des charges à côté des ses avantages. Mais on ne saurait aller jusqu'à déclarer l'homme toujours responsable des suites de ses actes, jusqu'à faire de chaque citoyen l'assureur du public contre les conséquences dommageables pour autrui des actes licites qu'il accomplit, alors méme qu'il n'y aurait aucune imprudence à lui imputer. Peut-on dire qu'il dépend de l'homme de ne pas agir ? Non assurément. La nécessité de l'action est pour lui une sorte de *force majeure* qui, en dehors de toute faute démontrée à sa charge, doit entraîner sa complète exonération.

3° Quant à la *Jurisprudence*, elle n'a jamais adopté le système de la responsabilité objective. Cependant il serait inexact de croire que les théories nouvelles n'ont pas influé sur son développement au cours de ces dernières années. Nous verrons notamment qu'en matière de responsabilité du fait des *choses mobilières*, elles ont amené les tribunaux à établir à la charge du propriétaire une *présomption de faute*, qui n'était pas considérée auparavant comme ressortant du texte de la loi. Et l'idée nouvelle de l'*abus du droit* qui aboutit, elle aussi, à un élargissement de la responsabilité, se rattache à la même inspiration.

SECTION II. — FONCTIONNEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE.

§ I. — Conditions de la responsabilité.

Pour qu'une personne puisse être actionnée en responsabilité[1], il faut qu'elle ait causé à autrui un *dommage* par sa *faute*.

Reprenons ces deux éléments :

I. — Premier élément de la responsabilité : le dommage.

Pour qu'il y ait responsabilité, il faut tout d'abord un *dommage causé*. Cette première condition va de soi. La Jurisprudence a eu l'occasion fréquente d'en proclamer la nécessité, notamment, au sujet des actions en dommages-intérêts dirigées contre les officiers ministériels qui n'accomplissent pas ou accomplissent mal les actes de leur ministère. Pour que la faute par eux commise engendre une action en responsabilité, il est indispensable que cette faute ait causé un dommage à leur client. Par exemple, un notaire est poursuivi pour avoir omis de prendre une inscription hypothécaire en vertu d'un acte reçu par lui ; la faute du notaire est certaine. Mais l'acte constitutif de l'hypothèque est annulé par la justice comme violant le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La négligence du notaire n'a donc fait aucun tort au prétendu créancier hypothécaire ; pas de dommages-intérêts (Req., 23 juin 1887. D. P. 87.1.449. S. 90.1.291). De même, il a été jugé (Req., 30 juin 1902, D. P. 1903.1.569, note de M. Bouvier, S. 1907.1.434), qu'un acte d'appel étant déclaré nul par la faute de l'huissier qui l'a signifié, le tribunal peut légalement rejeter

1. La loi du 26 novembre 1923 soustrait l'action civile en responsabilité à la règle *actor sequitur forum rei* et permet de l'exercer devant le tribunal du lieu où le fait dommageable a été commis.

l'action en responsabilité intentée contre l'huissier, en se fondant sur ce qu'il aurait repoussé l'appel au fond, s'il ne l'avait annulé en la forme, et que par suite la nullité n'a causé à l'appelant aucun préjudice.

Dommage matériel ou patrimonial et dommage moral[1]. — La nature du dommage causé importe peu. Dans la plupart des cas, ce sera un dommage *atteignant le patrimoine* de la personne, ayant occasionné à sa charge des dépenses ou des pertes appréciables en argent. Ou bien encore, le dommage peut également frapper la victime *dans sa personne physique*: ce sera le cas pour un accident causant la mort ou une incapacité, pour la communication d'une maladie contagieuse (Paris, 12 janvier 1904, D. P. 1904.2.157, note de M. Leloir, S. 1904.2.275), etc. C'est, en un mot, un préjudice matériel. Mais le dommage peut être aussi *d'ordre moral*. C'est, par exemple, une atteinte à la réputation, à la considération d'une personne, résultant de propos injurieux ou de paroles ou écrits diffamatoires ; c'est la rupture injustifiée d'une promesse de mariage ; ou c'est le fait d'une séduction dolosive. Ou bien encore, c'est le préjudice causé à un époux par l'adultère de son conjoint. Dans tous ces cas, la Jurisprudence accorde des dommages-intérêts (Crim., 22 septembre 1837, S. 38.1.331 ; Civ., 26 août 1857, D. P. 57.1.345, S. 58.1.102 ; Aix, 7 juin 1882, S. 83.2.218 ; Req., 7 juin 1893, S. 95.1.413). Elle va même plus loin encore. Lorsqu'un accident a causé la mort d'une personne, elle accorde à ses proches parents une indemnité, non seulement pour le préjudice matériel et moral que cette mort peut leur causer en les privant des ressources fournies par le travail du défunt et de la situation sociale que l'accident leur a ravie, mais également pour la *perte d'affection*, la douleur que leur cause la disparition d'un être cher (Paris, 8 février 1896, D. P. 96.2.457, S. 99.2.215 ; Dijon, 12 mai 1897, D. P. 97.2.414, S. 97.2.243 ; Civ., 13 février 1923, D. P. 1923. 1.52, note de M. Lalou).

Enfin l'atteinte portée aux croyances, aux convictions d'une personne peut servir de base à des dommages-intérêts. C'est ainsi qu'un instituteur est passible de dommages-intérêts envers les parents de ses élèves pour le fait d'avoir prononcé devant ces derniers des paroles outrageantes contre l'armée et la religion (Dijon, 28 décembre 1908, D. P. 1909.2 13, S. 1909.2 15).

Cette jurisprudence a soulevé des critiques. Certains auteurs se sont élevés contre cette application d'une réparation pécuniaire de dommages qui ne sauraient s'apprécier en argent. En pareil cas, a-t-on dit, la fixation de l'indemnité sera nécessairement arbitraire.

Il y a incontestablement quelque chose de fondé dans cette critique. Mais il paraîtrait encore plus choquant qu'aucune réparation ne vînt compenser la perte, l'outrage, le trouble moral subis par le demandeur. Si l'arbitraire du juge est toujours un danger, le refus de toute sanction contre le mal souffert par le fait d'autrui serait une injustice criante. *Faute de mieux*

1. V. Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse Paris, 1901 ; Ganot, *La réparation du préjudice moral*, thèse Paris, 1924.

l'argent sert dans la vie à panser bien des blessures, bien des souffrances. Tout le monde admet sans peine qu'une indemnité pécuniaire vienne compenser l'atteinte portée à la réputation, à l'honneur de l'individu. De même des dommages-intérêts répareront, d'une manière approximative et sans doute imparfaite, l'atteinte portée à l'affection ou aux sentiments intimes du demandeur. Le Code suisse des Obligations, est, sur ce point, conforme aux solutions de notre jurisprudence. En effet, après avoir décidé (art. 45, 3e al.) qu'en cas d'accident mortel, si « par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte », il ajoute (art. 47) : « Le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles, ou, en cas de mort d'homme, à la famille, une indemnité équitable *à titre de réparation morale* ».

II. — Deuxième élément : la faute[1].

C'est là l'élément essentiel de la responsabilité. Il a lui-même besoin d'être décomposé en deux conditions : 1° L'imputabilité ; 2° La culpabilité.

1° Imputabilité. — Tout d'abord, un homme n'est responsable de ses fautes qu'autant qu'il est en état de comprendre la portée de ses actes, c'est-à-dire *capable de discernement*. Dès lors, l'enfant non arrivé à l'âge de raison, l'idiot, le fou qui se trouve sous l'empire du délire mental, ne s'obligent pas, quand ils commettent un acte préjudiciable à autrui. Il n'y a responsabilité que là où il y a faculté de raisonnement. L'individu privé de raison est irresponsable, non seulement au point de vue pénal, mais au point de vue civil.

Cette conception nous vient des Jurisconsultes romains. Ulpien nous disait déjà (5, § 2 D. *ad legem Aquiliam*, IX, 2) : *Quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit ?*

Conservée par nos anciens auteurs (Pothier, *Obligations*, n° 118), la vieille idée subsiste certainement encore dans notre Droit moderne, bien qu'elle ne se trouve pas consacrée par un texte exprès du Code civil.

C'est ainsi que la Cour de cassation (Req., 21 octobre 1901, D. P. 1901.1. 524, S. 1902.1 32) a pu reconnaître l'irresponsabilité d'une femme qui, dans un accès d'aliénation mentale, avait jeté du vitriol à la figure d'un passant.

Ici, il faut le reconnaître, les critiques dirigées par le système de la responsabilité objective contre le Droit en vigueur apparaissent comme fondées. Cette irresponsabilité du dément, de l'enfant en bas âge conduit parfois à des résultats peu équitables. Nous disons *parfois*, parce que, ordinairement l'individu privé de sa raison est placé sous la garde d'un tiers, et la responsabilité de ce tiers se trouve alors engagée par suite du défaut de surveillance effective qui, seul, a pu rendre le délit possible. Quelquefois même l'auteur du dommage, nonobstant son inconscience, sera déclaré

1. Léon Michel, Revue critique, 1902. Bosc. *Essais sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1901 ; Labbé, Revue critique, 1870, p. 109.

responsable, parce qu'il y a une faute de sa part à l'origine de cette inconscience. Ainsi, il a été jugé que l'individu en état d'ivresse est responsable du préjudice qu'il cause à autrui, parce qu'il a commis une faute en s'enivrant et qu'il doit supporter les conséquences de cette faute ; il en est de même pour le fou, quand la folie provient d'excès de débauche ou de l'abus de liqueurs alcooliques (Caen, 9 novembre 1880, D. P. 82.2.23, S. 82.2.118 ; Roüen, 17 mars 1874, D. P. 74.2.190, S. 74.2.199). Mais, en dehors de ces cas, il est évidemment regrettable que les conséquences de l'acte dommageable accompli par l'inconscient soient supportées par le patrimoine de la victime plutôt que par celui de son auteur.

Aussi, les Codes étrangers récents, tout en maintenant le principe traditionnel de l'irresponsabilité, l'ont-ils amendé par des tempéraments d'équité. Ainsi, le Code civil allemand, qui cependant consacre la règle de l'irresponsabilité pour défaut de discernement (art. 827 et 828, al. 1), a soin d'ajouter très sagement (art. 829) : « Celui qui se trouve, par application des articles 827, 828, ne pas être responsable pour un dommage causé par lui, n'en doit pas moins, si la réparation du dommage ne peut être obtenue d'un tiers chargé de sa surveillance, réparer le dommage, dans la mesure où, d'après les circonstances et en particulier d'après la situation respective des intéressés, l'équité exige un dédommagement, et autant qu'il ne serait pas privé par là des moyens dont il a besoin pour son entretien, conformément à sa situation, aussi bien que pour l'exécution des devoirs d'entretien qui lui sont imposés par la loi ».

Le Code suisse des Obligations contient une solution analogue (art. 54, al. 1) : « Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. » L'article 2377 du Code civil portugais est plus large encore : « Si l'auteur du dommage, y lisons-nous, a été exonéré de toute responsabilité pénale, à raison de son état de complète ivresse ou de démence, il n'en sera pas moins tenu à la réparation civile, à moins qu'il ne soit en tutelle ou sous la surveillance légale de quelqu'un. Dans ce cas, l'obligation de réparer incombera au tuteur ou au curateur, excepté s'il prouve qu'il n'y a eu de sa part ni faute, ni négligence ».

Responsabilité des personnes morales[1]. — La personne morale étant un être abstrait, non doué de volonté, il semble à première vue difficile de la rendre responsable des actes dommageables accomplis par ceux qui sont chargés de représenter ses intérêts. Toutefois, — et il y a ici une manière de voir qui constitue un argument sérieux en faveur du système de la responsabilité objective, — quelle que soit la conception que les auteurs se fassent de la personnalité juridique, qu'ils considèrent la personne morale comme l'expression d'un simple patrimoine collectif, qu'ils y voient un être fictif ou une personne réelle, tous sans exception admettent que les fautes commises par ceux qui la représentent engagent le patrimoine cor-

1. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2e éd. p. 214 et s. ; Duez, *La responsabilité de la puissance publique* (*en dehors du contrat*). 1927.

poratif. Et, en effet, des considérations d'équité et d'opportunité imposent cette solution. Il serait inadmissible que les tiers fussent sans recours contre le dommage qu'ils peuvent éprouver du fait de ceux qui agissent au nom de la personne morale. La vie sociale, peut-on dire, deviendrait impossible, s'il était permis aux gérants des collectivités d'agir méchamment, imprudemment, sans que l'être moral fût obligé de réparer le dommage causé. Qu'on ne dise pas qu'il suffirait de donner à la partie lésée une action contre le coupable lui-même. Une telle solution constituerait évidemment un palliatif insuffisant et deviendrait parfois injuste. Elle serait un palliatif insuffisant, car la personne qui représente les intérêts de l'être juridique peut ne pas offrir des garanties de solvabilité assurant l'indemnisation des victimes de ses fautes ; ajoutons que, dans bien des cas, surtout quand il s'agit de personnes morales publiques, ou d'associations procédant par voie de décisions prises dans leurs assemblées générales, il est extrêmement difficile de déterminer au juste quels sont les auteurs responsables des actes dommageables. Et d'autre part, il serait souvent inique d'imposer à l'administrateur, agissant comme représentant de l'être moral, la responsabilité personnelle des fautes les plus légères qu'il peut commettre dans l'exercice de ses fonctions. La conclusion logique, inévitable, la seule qui corresponde aux besoins sociaux et donne satisfaction à notre sentiment de la justice, consiste donc à décider que la personne morale est responsable des fautes commises par ses représentants. Aussi la trouve-t-on consacrée par les Codes les plus récents. « L'association est responsable du dommage que la direction, un membre de la direction ou tout autre représentant institué conformément aux statuts a pu causer à un tiers, par un fait accompli dans l'exécution des opérations qui lui reviennent et obligeant à réparation du dommage », lisons-nous dans l'article 31 du Code civil allemand (*adde* l'art. 89 du même Code). Et la même règle se trouve énoncée dans l'article 55, alinéa 2, du Code civil suisse.

Aucun texte de notre Code civil ne proclame à la vérité la même règle. Cela n'a rien de surprenant, puisque, nulle part, il n'y est question des personnes juridiques. Mais la Jurisprudence n'a jamais hésité à reconnaître que les personnes morales sont obligées par les fautes de leurs représentants. La seule hésitation qui se soit produite est de savoir s'il faut considérer la faute commise par le représentant comme étant celle de la personne juridique elle-même, et déclarer celle-ci responsable en vertu de l'article 1382, ou si, au contraire, il faut traiter la personne morale comme un *commettant* et le représentant comme un *préposé*, et appliquer en conséquence l'article 1384, alinéa 3. Mais cette question n'offre qu'un intérêt des plus limités, car, l'article 1384, alinéa 3, ne permettant pas au commettant de se décharger de la responsabilité qui lui incombe en faisant la preuve qu'il n'a commis aucune faute, il en résulte qu'en somme la faute du préposé est présumée être celle du préposant. Aussi, la plupart des décisions de jurisprudence, pour établir la responsabilité de l'être moral, invoquent-elles en termes généraux les articles 1382 et suivants, sans préciser davantage. On trouve cependant çà et là des arrêts qui citent spéciale-

ment le premier de ces textes et même écartent en termes exprès l'article 1384 [V. Civ., 15 janvier 1872, D. P. 72.1.165, S. 72.1.9 (Société en commandite); Civ., 22 juin 1892, D. P. 92.1.449, S. 93.1.41 (Syndicats professionnels); 9 juin 1898, D. P. 99.1.300 (Compagnies de chemins de fer); Req., 15 avril 1908, D. P. 1908.1.421, S. 1910.1.97 (Chambres de notaires); 2 mai 1906, D. P. 1909.1.97, note de M. Politis, S 1907 1.129, note de M. Appert; Crim. Cass., 15 mars 1923, D. P. 1923.1.137, note de M. Paul Appleton (responsabilité des communes), ce dernier arrêt invoque l'article 1384].

2° **Culpabilité. Faute proprement dite**[1]. — Les rédacteurs du Code civil n'ont pas donné de définition de la faute; ils ont cru inutile de le faire, pensant sans doute que la signification de ce mot est bien claire. Quand on dit qu'un homme a commis une faute, chacun comprend ce que cela veut dire. Cela signifie que cet homme ne *s'est pas conduit comme il aurait dû se conduire, qu'il n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire.* On se demande comment cet homme aurait dû se comporter; on rapproche sa conduite de celle qu'aurait tenue à sa place un homme prudent, diligent. Et telle est bien, en effet, la notion traditionnelle de la *culpa*, celle que les jurisconsultes romains, psychologues avisés, nous ont transmise. Pour juger si un homme avait ou non commis une faute, ils prenaient un type abstrait de comparaison. En matière contractuelle, c'était, on s'en souvient, le *bon père de famille,* c'est-à-dire l'individu qui apporte dans l'exécution de ses obligations la diligence et la ponctualité moyennes, que l'on peut s'attendre à rencontrer chez la majorité des hommes. Mais, en matière délictuelle, cette commune mesure ne leur paraissait pas suffisante. L'homme, vivant au milieu de ses semblables auxquels il peut causer préjudice par l'exercice de son activité, doit faire preuve, pensaient-ils, d'une diligence plus attentive. D'où la règle célèbre : *In lege Aquilia et levissima culpa venit* (44 D. *ad leg. Aquiliam,* IX, 2). Ce qui revient à dire que, pour éviter de nuire à autrui, l'homme doit se comporter comme le fait l'individu, non seulement doté d'une diligence moyenne, mais encore doué de prudence et d'attention; autrement, l'auteur du préjudice est *en faute*, il est *responsable.*

Nous croyons que ce critérium est encore celui auquel il convient de s'arrêter. On doit donc se demander, chaque fois que l'on se trouve en présence d'un acte dommageable à autrui : l'auteur de cet acte s'est-il conduit comme l'aurait fait un homme diligent ? A-t-il pris toutes les précautions qu'un homme prudent aurait prises ? Si oui, il n'est pas responsable; sinon, il a commis une faute et doit payer des dommages-intérêts. Il est au surplus, presque inutile d'ajouter que ce type abstrait de *l'homme diligent* varie nécessairement avec les époques, et, à chaque époque, avec le milieu social auquel appartient l'individu.

On a proposé d'autres critériums que le nôtre. L'un des plus intéressants est celui de la *confiance légitime trompée.* Voici comment on l'applique. Les

1. Planiol, *Etude sur la responsabilité civile,* Rev. crit. 1905; Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat,* Rev. crit. 1899; Paul Appleton, *L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale,* Rev. trim., 1912.

hommes, pour vivre et pour agir, ont besoin d'avoir confiance les uns dans les autres. Chaque homme a, dès lors, le devoir de se comporter de telle manière que les tiers ne soient pas trompés dans la confiance qu'ils ont et ont besoin d'avoir en lui. D'où cette première règle que la responsabilité civile prend naissance toutes les fois que ce besoin de confiance n'a pas été satisfait. En revanche, et cette seconde règle forme la contre-partie de la précédente, chacun, sous peine d'être réduit à l'immobilité, a besoin d'*avoir confiance en lui-même*, c'est-à-dire d'être sûr que son action n'entraînera pas pour lui de responsabilité. D'où une heureuse et utile atténuation des conséquences de la première règle. Nous n'entrerons pas dans le détail des développements ingénieux que l'auteur rattache à ce double thème (il en tire notamment cette conséquence que le *médecin*, ayant besoin d'une grande liberté d'allures, ne doit être responsable que de sa faute lourde). Ce qui nous paraît certain, c'est que le critérium proposé aboutit en somme aux mêmes résultats (ou à peu près) que la théorie classique.

D'autres auteurs ont proposé de la *faute* une définition différente de la nôtre. La faute, disent-ils, est un *fait illicite*, c'est-à-dire défendu par la loi. Mais ce n'est pas là une véritable définition, ce n'est qu'une tautologie. Car il reste à dire quels sont les faits illicites. Or, s'il est aisé de délimiter les actes punis par le Droit criminel, il n'en est pas de même des délits civils. Combien de faits qui ne tombent pas sous une prohibition légale et pourtant engagent la responsabilité !

Quelques jurisconsultes ont, à la vérité, cru arriver à une précision plus grande, en faisant appel à la notion d'*obligations préexistantes*. « Une personne ne peut pas être en faute, ont-ils dit, si elle n'était tenue à rien avant l'acte qu'on lui reproche. » De même que, dans un contrat, la faute consiste à ne pas exécuter une des obligations auxquelles ce contrat a donné naissance, de même la faute délictuelle est la violation d'une obligation imposée par la loi. Mais cette nouvelle idée ne fait pas avancer la question d'un pas, puisque nulle part ces prétendues obligations, dont le délit constituerait la violation, ne se trouvent précisées. Il suffit de parcourir les recueils de jurisprudence pour se rendre compte qu'il y a une infinité de faits non prévus par la loi qui constituent ou peuvent constituer des délits civils. Qu'on nous dise par exemple où est le texte de loi qui prohibe la séduction. Et cependant la séduction est une source de dommages-intérêts, si le tort causé à la personne séduite s'est accompagné de manœuvres dolosives, *fautives*. Il faut donc toujours en revenir au critérium classique.

Distinction de la faute civile et de la faute morale. — On doit se garder de confondre la faute civile avec la faute contre la morale. La loi prescrit de se comporter envers le prochain avec *prudence*, mais non avec *charité* : elle ordonne l'attention, mais non l'altruisme. D'où cette conséquence que le *défaut de dévouement*, l'égoïsme ne sont pas une source de responsabilité. Supposons par exemple qu'un individu assiste à un accident sans porter secours à la victime, alors qu'il pourrait le faire sans même exposer sa vie. Il est bien évident que cet individu se conduit mal,

qu'il ne se comporte pas comme le ferait un homme dévoué ; et pourtant il n'engage pas sa responsabilité. En effet, le manquement à la loi morale qu'il a commis n'a pas été la cause du préjudice supporté par autrui. Celui qui se croise les bras devant son semblable en danger de mort, n'est pas l'auteur de ce danger, ni par conséquent du dommage que la victime va subir. C'est là ce qui distingue la faute morale et la faute juridique. La seconde se caractérise par ses *conséquences préjudiciables*.

Gardons-nous d'ailleurs de traduire la règle incontestable que nous venons de dégager par cette formule que l'*abstention* ne saurait constituer un délit civil. Rien ne serait plus inexact. Au contraire, un fait négatif, tout comme un fait positif, peut engager la responsabilité. La *négligence*, constitutive du *quasi-délit* (art. 1383), est même un fait essentiellement négatif. Il y a donc responsabilité, lorsque l'abstention a consisté dans le fait d'avoir omis de prendre des mesures de précaution commandées, non par la charité, mais par la simple *prudence*, eu égard à la situation des lieux et aux circonstances. Par exemple, un propriétaire néglige de faire placer une porte à l'entrée d'un escalier descendant à un sous-sol ou donnant dans un passage obscur. Ou bien, il n'a pas soin d'éclairer le soir une tranchée ouverte dans le sol d'une ruelle obscure lui appartenant ; il sera responsable des accidents qui surviendront. De même, une compagnie de chemins de fer, bien que dispensée par le cahier des charges de sa concession d'établir des gardiens ou une barrrière à un passage à niveau, est responsable d'un accident causé par le passage d'un train, si elle a manqué de prendre toutes les précautions commandées par la situation des lieux (Civ., 11 novembre 1891, D. P. 92.1.427, S. 92.1.91 ; Alger, 19 décembre 1892, S. 94.2.300 : 7 mai 1894, D. P. 95.2.364, S. 94.2.300).

Différence entre la faute délictuelle et la faute contractuelle[1]. — Cette distinction, qui constitue l'une des notions fondamentales et élémentaires de notre Droit privé, a été très contestée, mais ces critiques sont demeurées sans influence aucune sur la pratique. Voici en réalité quelles sont les différences qu'il convient de relever entre les deux fautes.

La *faute contractuelle* consiste, nous l'avons vu, dans le fait de la part d'un débiteur de n'avoir pas exécuté l'obligation à laquelle il était astreint par le contrat le liant à son créancier. La faute *délictuelle* consiste à causer un préjudice à autrui, préjudice autre que celui résultant de l'inexécution d'une obligation, et cela, soit par méchanceté et intention de nuire, soit par simple manquement aux précautions que la prudence doit inspirer à un homme diligent. A quoi, les jurisconsultes classiques ont souvent rattaché ce corollaire qu'il y aurait un degré différent dans la faute répréhensible de la part d'un débiteur ou de la part d'un délinquant. Le débiteur répondrait seulement de sa faute légère (*culpa levis in abstracto*). Le

1. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité*, Rennes, 1892 ; Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité*, Paris, 1891 ; Planiol, note D. P. 96.2.457 ; Van Biervliet, *Responsabilité, unité ou dualité*, Flandre judiciaire, 1901 ; Meigné, *Responsabilité et contrat*, thèse, Lille, 1924 ; Henri Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Revue trim., de droit civil, 1929, p. 551 et s.

délinquant répondrait de sa faute même *très légère (In lege Aquilia culpa levissima venit)*. Nous avons vu ce qu'il faut penser de cette prétendue gradation. En matière contractuelle, il y a faute, en réalité, dès lors que le débiteur a contrevenu à son engagement, n'a pas accompli toute la prestation qu'il devait fournir. Le Droit en cette matière consacre la responsabilité *du simple fait*. C'est seulement en matière délictuelle qu'il y a lieu de comparer, comme le faisaient les Romains, les agissements concrets du défendeur avec ceux qu'on eût pu attendre du type abstrait de l'homme prudent et diligent. Maintenant, ce type est-il celui de l'homme *diligent* ou celui de l'homme très *diligent*, du *bonus paterfamilias* ou de l'*optimus paterfamilias ;* la faute répréhensible chez un délinquant est-elle une *culpa levis* ou une *culpa levissima ?* Peu importe. La question est toute théorique, et nous ne connaissons aucune décision judiciaire attestant qu'elle se soit jamais posée devant les juges.

En réalité, la conséquence la plus importante — et son importance est énorme ! — qui se rattache à la distinction de la faute contractuelle et de la faute délictuelle, est celle qui a trait à la *charge de la preuve*. Lorsqu'un débiteur n'exécute pas l'obligation dont il est tenu, il est, avons-nous vu, passible de dommages-intérêts, à moins que l'inexécution ne soit provenue d'une cause étrangère qui ne puisse lui être imputée (art. 1147). Par conséquent, le créancier qui se plaint de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation *n'a qu'à établir le défaut d'exécution. C'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver* le fait qu'il invoque, pour échapper à la condamnation. Au contraire, la partie qui intente une action en dommages-intérêts fondée sur un soi-disant délit de son adversaire, doit prouver non seulement qu'elle a encouru un dommage, mais *que ce dommage provient de la faute du défendeur*. C'est l'application pure et simple de l'article 1315 du Code civil ; *actori incumbit probatio*. Il y a là une différence dont la répercussion pratique est considérable. Avoir la charge de la preuve, c'est porter tout le poids du litige ; celui auquel elle incombe perd son procès, s'il n'arrive pas à établir l'exactitude des faits qu'il allègue.

En d'autres termes, en matière délictuelle, toutes les fois que la cause du dommage ne peut être précisée, toutes les fois qu'elle demeure cachée, la victime du délit supporte seule le préjudice dont elle se plaint, faute de pouvoir prouver qu'un tiers en est responsable.

Toute différente est la situation du créancier. L'impossibilité de faire la lumière sur les véritables causes qui ont amené l'inexécution du contrat ne lui nuit pas à lui ; elle nuit au débiteur, au prétendu auteur de la faute alléguée.

C'est cette différence qui confère le plus grand intérêt pratique au point de savoir — et il y a des hypothèses où la question est très délicate — si le fondement d'une responsabilité invoquée devant les juges est contractuel ou délictuel. Le problème se pose notamment dans deux matières que nous étudierons à propos du contrat de louage, celle de la responsabilité des entrepreneurs de transport en cas d'accident survenu aux voyageurs, et celle de la responsabilité des locataires en cas d'incendie (V. aussi, à propos de

la responsabilité de l'aubergiste, Poitiers, 14 février 1925, S. 1925. 2.25).

Mais c'est surtout en matière d'accidents du travail, et antérieurement la loi du 9 avril 1898, que la question du fondement de la responsabilité patronale avait été vivement discutée. La jurisprudence appliquant ici purement et simplement les principes de l'article 1382, il en résultait que, dans le plus grand nombre des cas, les ouvriers victimes d'accidents n'obtenaient aucune indemnité, l'expérience établissant qu'il est le plus souvent impossible de déterminer à qui incombe l'accident. C'est pourquoi une doctrine ingénieuse s'efforça de démontrer que la responsabilité du patron avait une *base contractuelle,* le contrat de travail astreignant l'employeur, non seulement à fournir à l'ouvrier les salaires convenus, mais à prendre toutes les précautions nécessaires pour garantir l'ouvrier contre les dangers inhérents à l'industrie, voire même contre sa propre imprudence. De la sorte, le patron, tenu d'une *dette de sécurité*, devait être *a priori,* comme tout débiteur qui n'exécute pas son obligation, tenu pour responsable, sur la seule démonstration que la sécurité implicitement promise à l'ouvrier ne lui avait pas été assurée. C'était à lui, patron, s'il voulait être exonéré de cette responsabilité, à démontrer que l'accident provenait d'une cause étrangère. Cette doctrine, très défendable, n'avait à la vérité jamais été consacrée formellement par la jurisprudence, mais elle avait, sans aucun doute, commencé à en élargir et à en humaniser les décisions, lorsqu'intervint la législation spéciale de 1898[1]

Précisions sur la preuve de la faute. — Ce n'est pas assez de dire que, dans le cas de l'allégation d'un délit, le demandeur a besoin de faire la preuve qu'une faute a été commise par le défendeur. Cette preuve n'assure pas toujours entièrement l'indemnisation. Et il y a lieu de faire ici les deux observations suivantes :

1° Il ne suffit pas que l'on démontre que le défendeur a commis une faute. Il faut encore établir qu'il y a relation de cause à effet ou *lien de causalité* entre cette faute et le préjudice encouru.

2° Même si la faute du prétendu délinquant et le lien de causalité ont été établis, le demandeur peut ne pas obtenir réparation entière. Il en est ainsi dans le cas où son adversaire établirait qu'il est lui-même responsable pour partie. Dans ce cas, il y a *faute commune.* La responsabilité est partagée. Le défendeur ne paiera qu'une partie de l'indemnité. C'est une idée dont la jurisprudence fait de fréquentes applications, notamment en matière d'accidents de la circulation (automobiles, chevaux et voitures, chemins de fer, Req., 22 janvier 1908, D. P. 1908.1.217, note de M. Josserand ; M^lle^ Haller, thèse, Paris, 1926).

Théorie de l'abus du droit[1]. — Le dommage causé à autrui par l'*exer-*

1. Les promoteurs de la doctrine nouvelle ont été, en Belgique, M. Sainctelette (*Responsabilité et garantie*), en France, M. Sauzet (*Rev. crit.*, 1883, p. 616 et s. Cf. note de M. Labbé, S. 89.4.1). Sur toute cette question, V. l'excellent ouvrage de M. Cabouat, *Traité des accidents du travail* (t. I^er^, V. surtout p. 95 et s. et les références).

cice d'un droit peut-il entraîner la responsabilité du titulaire de ce droit ? Nulle question n'a donné lieu à de plus longues discussions, au cours de ces dernières années[1].

Pendant longtemps la thèse de l'irresponsabilité a paru incontestable. On la considérait comme consacrée par un adage traditionnel que l'on trouvait exprimé dans les textes du Digeste : *Neminem lædit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur* (26 D. *de damno infecto*, XXXIX, 2 ; 24. § 12, D. *eod. tit.* ; 55, 151 et 155, § 1, D. *de reg. jur*, L. 17). La doctrine moderne a longtemps pris ces formules à la lettre.

Pourtant il aurait suffi de lire attentivement les textes pour se convaincre que jamais ils n'ont eu la portée absolue qu'on leur attribuait.

Ainsi, dans le fragment 26 D. *de damno infecto*, Ulpien suppose qu'un propriétaire, en creusant un puits, coupe les veines de la source du voisin. Le propriétaire n'est pas tenu de réparer le dommage, nous dit ce jurisconsulte ; mais, ajoute-t-il, il serait tenu, s'il avait creusé si profondément qu'il eût fait écrouler le mur du voisin.

De même, dans le fragment 1, § 12, D. *de aqua et aquæ pluv. arc.*, XXXIX. 3, Ulpien cite Marcellus qui, à propos de la même hypothèse, décide que le propriétaire n'est pas obligé, s'il a agi, non pas *animo vicino nocendi*, mais pour améliorer son fonds.

Ces solutions fournies à l'occasion du droit le plus étendu, le plus complet que les Romains aient conçu, nous montrent bien quel sens limité ils attachaient à la règle *Neminem lædit qui suo jure utitur*. Ils reconnaissaient qu'on peut commettre une faute en exerçant un droit. Et en réalité, toute interprétation de l'adage précité, qui affecterait la rigueur tranchante d'un syllogisme, aboutirait à des résultats absurdes et iniques. Elle nous conduirait à supprimer le principe même de la responsabilité civile. Ne peut-on pas dire en effet que tout acte de l'homme, qui n'est pas expressément interdit par la loi, constitue l'exercice d'un droit ? Le fait même d'aller et venir, de chasser, de circuler à pied, en voiture, à cheval, en un mot d'employer son activité à tel ou tel usage, apparaît comme une émanation de ces droits si généraux, si étendus qu'on appelle les *droits publics*, ou, comme on disait autrefois, les *droits de l'homme*. Or c'est précisément en faisant usage de ces facultés, qu'on commet le plus souvent des actes dommageables à autrui. Si ces actes ne donnaient lieu à aucune sanction, on arriverait à restreindre les cas de responsabilité civile aux actes expressément prohibés par la loi, autrement dit, à rendre cette responsabilité inutile, car lorsque la loi prohibe un acte, elle a soin de fortifier cette prohibition d'une sanction civile ou pénale qui rend inutile tout autre recours.

1. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Thèse. Aix, 1901 ; Charmont, *L'Abus du droit*, Rev. trim. de droit civil, 1902 ; Gény, *Risque et responsabilité*, *ibid.*, p. 812 et s. ; Saleilles, *De l'Abus du droit*, Bulletin de la Société d'études législatives, 1905 ; Josserand, *De l'Abus des droits*, notes D. P. 1923.2.169, 1924. 1 97, 1925.1.145 ; *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris 1928 ; Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, Rev. crit. de législation, 1906 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 151 à 162 ; Note de M. Esmein, Req., 29 juin 1897, S. 98.1.17 ; Dabin, Belgique judiciaire, 1921, nos 20 à 22 ; Campion, *La théorie de l'abus du droit*, Bruxelles, 1925 ; Brethe, note S. 1925 1.217.

Est-il besoin de faire ressortir d'ailleurs combien une telle législation serait insuffisante ? Elle n'aboutirait à rien moins qu'à rendre impossible toute vie en société, car elle laisserait l'homme exposé sans recours aux plus graves préjudices.

Dès lors, qu'il s'agisse de l'un des droits civils spécialement concédés à chaque individu par la loi positive, ou de ces *droits généraux* dont le faisceau assure à l'homme le libre usage de ses facultés, bien plus, de ces droits particuliers que chacun peut puiser dans ses rapports contractuels avec tel ou tel de ses semblables, le principe est le même : l'homme doit toujours agir avec diligence, de façon à éviter de nuire à ses semblables. S'il y manque, s'il cause préjudice à autrui, il en est responsable. Et l'adage *Nemo damnum facit qui suo jure utitur* ne signifie rien autre que ceci : « Celui qui exerce son droit avec prudence et attention n'est pas responsable du dommage qu'il peut causer à autrui. »

Ainsi comprise, ainsi entendue, la vieille règle romaine, loin d'avoir la portée *anti-sociale* qu'on lui attribuait, apparaît, au contraire, comme utile et bienfaisante. Elle garantit à l'homme la sphère d'indépendance, d'irresponsabilité dont il a besoin. Et, en effet, l'exercice concurrent que les hommes font ensemble de leurs droits, ne va pas sans leur causer réciproquement une certaine gêne, voire même parfois un certain dommage. C'est la rançon de la vie en société. De ce dommage l'homme ne sera pas responsable, du moment qu'il aura fait preuve de la diligence normale que l'on peut, que l'on doit exiger de lui.

Applications jurisprudentielles. — La question de l'*abus du droit* a fait l'objet de maintes décisions judiciaires. Nous grouperons les principales solutions de la pratique dans deux séries de cas : 1° Ceux où il y a lieu à application de la règle *Nemo damnum facit qui suo jure utitur*, et où, dès lors, l'auteur de l'acte n'encourt aucune responsabilité ; 2° ceux, au contraire, où il y a abus du droit.

1° *Première série : Hypothèses où il n'y a pas de responsabilité à raison du dommage* : A. — Un propriétaire, en pratiquant des fouilles sur son fonds pour construire ou se procurer de l'eau, coupe les veines qui alimentent la source jaillissant sur le fonds inférieur.

B. — Un commerçant a établi un magasin auprès d'une maison rivale et lui enlève ainsi une partie de sa clientèle.

C. — Une agence de publicité donne de bonne foi des renseignements défavorables sur le crédit d'un commerçant ou d'un industriel (Orléans, 5 août 1892. D. P. 93.2.558, S. 92.2.312).

D. — Croyant posséder un droit contre une personne, je l'actionne en justice et je perds mon procès (Civ., 13 avril 1886, D. P. 86.1.424, S. 89.1.312) ; ou croyant mal fondée la demande formée contre moi, j'épuise tous les moyens de défense que la loi met à ma disposition (Civ. cass. 16 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.479).

E. — Un syndicat professionnel ouvrier, exclusivement guidé par la défense des intérêts de la profession, met en interdit un chef d'entreprise qui

ne paye pas le tarif ou emploie des non syndiqués (Req., 25 janvier 1905, D. P. 1905.1.153, S. 1906.1.209, note de M. Wahl ; Lyon, 18 novembre 1909, *Le Droit*, 19 janvier 1910).

F. — Un chef d'entreprise qui emploie depuis de longues années un ouvrier, lui donne son congé parce qu'il est âgé et ne travaille plus assez rapidement (Civ., 22 décembre 1909. *Bull. de l'Off du trav* , 1910, p. 976 ; 19 juin 1911, *ibid.*, 1911, p. 47). De même, un patron refuse de reprendre après sa guérison un de ses employés, victime d'un accident de travail ayant entraîné une incapacité de deux mois (Civ., 27 décembre 1911, D. P. 1912.1.136).

G. — Des ouvriers se mettent en grève en vue d'obtenir une augmentation de salaire, ou bien des patrons prononcent un *lock out*, c'est-à-dire que, pour résister à des menaces de grève, ils se concertent et prennent les devants en fermant leurs ateliers (V. Wahl, *De la responsabilité civile en matière de grève*, Rev. trim. de Droit civil, 1908).

II. — Un cartel industriel abaisse le prix de vente d'un produit en vue d'empêcher l'installation d'une maison concurrente.

Dans les diverses hypothèses qui précèdent, il y a eu *usage* et non *abus* du droit. Le préjudice qui a pu être causé à autrui l'a été légitimement ; il n'y a pas eu faute. Des dommages-intérêts ne peuvent être réclamés.

2° *Seconde série : Hypothèses où il y a abus du droit et responsabilité.* — Cette série se subdivise en deux groupes de cas : A. — Ceux où il y a *intention de nuire*. B. — Ceux où il y a simplement *défaut de la prudence*, de la diligence que l'on est normalement en droit d'attendre de quiconque exerce son droit. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que l'application des dommages-intérêts prêtera à moins de discussion dans le premier groupe de cas que dans le second.

A. — *Actes accomplis avec intention de nuire.* — L'*abus* se manifeste d'une façon non douteuse dans le cas où une personne agit, sans aucun intérêt personnel, exclusivement poussée par le *désir de nuire*, de causer un préjudice à autrui. De tout temps, les jurisconsultes ont reconnu qu'il fallait réprimer de tels actes, en obligeant leur auteur à réparer le dommage qui en résulte. Il y a là une précaution indispensable au bon ordre, à la sécurité des relations sociales : *Malitiis non est indulgendum* (V. Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. VIII, sect. 3, n° 9, et liv. III, tit. V, sect. 2, n° 14. Cf. note de M. Appert, sous Trib. Sedan, 17 décembre 1901, S. 1904.2.217 .

Voici différentes applications de notre solution dans la jurisprudence de ces dernières années :

a) Un plaideur intente un procès par pur esprit de chicane. Ou, ce qui revient au même, un défendeur résiste malicieusement, sans aucune raison plausible, à une demande formée contre lui, dans le seul dessein d'imposer à son créancier une perte de temps et d'argent (Civ., 14 août 1882, D. P. 83.1.255, S. 83.1.145 ; 29 janv. 1920, S. 1923.1.319 ; Req., 10 janvier 1910, D. P. 1911.1.370, S. 1912.1.158).

b) Un syndicat professionnel ouvrier met un patron en interdit dans une pensée de malveillance ou de vengeance (Civ., 9 juin 1896, D. P. 96.1.582, S. 97.1.25, note de M. Jay ; Reims, 7 février 1900, S. 1903.2.225,

note de M. Wahl; Trib. Bordeaux, 14 décembre 1903, D. P. 1906.1.113, S. 1905.2.17, note de M. Ferron).

c) Un employeur refuse d'embaucher des ouvriers syndiqués, non pour défendre ses intérêts professionnels, mais uniquement en vue de nuire au syndicat et d'empêcher son recrutement (Civ., 9 mars 1915, D. P. 1916.1.25).

d) Un propriétaire fait des fouilles ou des constructions uniquement en vue de gêner ou incommoder son voisin (Paris, 2 décembre 1871, D. P. 73.2.185. V. cep. Civ., 11 avril 1864, D. P. 64.1.219. S. 64.1.165).

e) Un critique insère dans un compte-rendu théâtral des appréciations désobligeantes inspirées par le seul désir d'offenser et de vexer l'auteur d'une œuvre dramatique (Trib. Seine, 11 février 1908, S. 2.219. V. sur le droit de réponse. Civ., 21 mai 1924, D. P. 1924.1.97, note de M. Josserand).

f) Un propriétaire hérisse son terrain d'énormes carcasses de bois munies de pointes et de fils de fer barbelés en vue d'empêcher l'utilisation d'un champ d'aviation voisin en y rendant périlleux l'atterrissage des aéroplanes (Trib. Compiègne, 19 février 1913, D. P. 1913.2.177, note de M. Josserand ; Req., 3 août 1915, D. P. 1917.1.79).

g) L'imputation d'un paiement faite uniquement en vue de nuire à un autre créancier peut donner lieu à une action en responsabilité (Civ., 14 nov. 1922, D. P. 1925.1.145, note de M. Josserand).

Ce que les décisions précitées répriment avec raison, ce n'est pas le fait, envisagé en soi, de *nuire à autrui*. On l'a dit « toute action, tout travail est un fait de concurrence économique et sociale. » Distancer ses concurrents, en triompher, c'est leur nuire. Et rien n'est plus licite que la concurrence, rien n'est même plus indispensable au progrès dans toutes les branches de l'activité humaine. Mais, si ce n'est pas une faute de nuire à autrui en poursuivant son propre intérêt, il en va différemment lorsqu'on nuit à autrui *sans intérêt et uniquement pour nuire*. Dans ce cas, il y a abus du droit, il y a délit civil. Cette solution résulte chez nous des principes généraux du Droit. Ailleurs, elle a été expressément consacrée par des textes positifs. C'est le cas du Code civil allemand (art. 226 et s.).

B. — *Actes accomplis sans une diligence suffisante*. — Pour qu'il y ait abus du Droit, il n'est même pas indispensable qu'on rencontre chez l'auteur du préjudice porté à autrui l'intention de nuire, l'*animus nocendi*. Il suffit qu'on puisse relever dans sa conduite l'absence des précautions que la prudence d'un homme attentif et diligent lui aurait inspirées. D'où les solutions ci-après :

a) Le louage de services, ou contrat de travail fait *sans détermination de durée*, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes (art. 1780, C. civ.). L'exercice de ce droit de résiliation ne va pas d'ailleurs sans causer parfois un dommage à autrui. Il est bien évident, par exemple, que l'ouvrier ou employé congédié court le risque de ne pas retrouver immédiatement une place. Mais c'est là la conséquence inéluctable du droit lui-même. En principe donc, la résiliation du contrat ne peut exposer son auteur à aucune indemnité. Cependant, en certains cas, l'exercice du droit peut dégénérer en abus : il peut devenir une faute et donner lieu à des

dommages-intérêts. Il en est ainsi lorsque la partie qui donne congé à l'autre le fait pour un motif inacceptable, pour une cause injuste. Ainsi, par exemple, un chef d'entreprise congédie un ouvrier, parce qu'il est syndiqué, parce qu'il est candidat à une élection politique. parce qu'il a été absent un ou deux jours pour cause de maladie ; ou encore, il le congédie brusquement, alors qu'il l'a fait venir d'une autre ville, en lui promettant un emploi stable. Dans toutes ces hypothèses, le patron peut être condamné à des dommages-intérêts. Il a exercé son droit certes en congédiant l'ouvrier, mais il l'a fait sans les ménagements et l'attention que la prudence aurait inspirés à un homme soucieux de ne pas nuire injustement à autrui. La jurisprudence a fait plusieurs fois application de cette idée que la loi du 27 décembre 1890 a mise en lumière en introduisant dans l'article 1780, entre autres dispositions nouvelles, un alinéa ainsi conçu : « ... La résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants *peut donner lieu à des dommages-intérêts*. » Etant donné que le droit de rupture unilatérale du contrat de travail est consacré par les deux premiers alinéas du même article 1780, on peut dire que le troisième est une consécration législative formelle du système de l'abus du droit.

b) Nous avons vu, en traitant des obligations de voisinage (tome I^er^, p. 761 et s.), que le propriétaire qui cause à ses voisins un préjudice excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, abuse de son droit et doit réparation du dommage.

c) L'emploi de *voies d'exécution* particulièrement rigoureuses par un créancier contre son débiteur peut constituer un abus du droit, lorsque ces mesures sont en disproportion manifeste avec le but à atteindre. Ainsi, le bailleur qui, pour *une dette contestée*, opère une saisie-gagerie sur le mobilier du locataire et paralyse par là ses affaires, s'expose à payer une indemnité (Lyon, 25 mai 1906, P. F. 1907.2.256).

d) Il en est de même de l'usage du droit de rétention lorsqu'il cause au débiteur un préjudice trop disproportionné avec l'avantage qu'en retire le créancier (Req., 5 novembre 1923, D. P. 1924.1.11).

Hypothèse du détournement de pouvoirs. — On peut rapprocher de cette jurisprudence sur l'*abus* du droit celle du Conseil d'Etat relative à la matière de l'*excès ou détournement de pouvoirs*. Le fait, par un administrateur, d'user des pouvoirs que lui confère la loi en vue d'un but autre que celui pour lequel ils lui ont été attribués, constitue une faute dont réparation est due à ceux à qui un dommage a été causé (V notamment, à propos des arrêtés des maires relatifs à l'emploi des sonneries de cloches des églises pour annoncer des obsèques, Cons. d'Etat, 12 juillet 1912, S. 1913.3.169).

SECTION III. — Responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses.

Cette responsabilité, nous l'avons vu, est indépendante d'un *fait personnel* de l'intéressé. Elle est encourue par lui à raison d'un préjudice causé par une autre personne, ou par une chose dont il *doit répondre*. Et ce qui

explique cette solution, c'est une *présomption de faute* que la loi met à la charge du responsable, faute consistant dans un *défaut de surveillance* ou dans un *mauvais choix*.

§ 1. — Responsabilité du fait d'autrui.

Art. 1384 : « On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde. — Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux, — Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; — Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. — La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

(*Ainsi complété par la loi du 20 juillet* 1869). Toutefois la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'Enseignement public. »

Fondement et caractères généraux de cette responsabilité. — Admise couramment dans notre ancien Droit (Argou, *Institutions*, III, 39; Pothier, *Obligations*, 121, 453 à 456), la règle ci-dessus a été formulée sans discussion en 1804.

« Ceux à qui cette responsabilité est imposée, disait Treilhard dans l'*Exposé des motifs* (Locré, t. XIII, p. 31, 32), ont à s'imputer pour le moins les uns de la faiblesse, les autres du mauvais choix, tous de la négligence, heureux encore si leur conscience ne leur reproche pas d'avoir donné de mauvais principes et de plus mauvais exemples. »

A quoi Treilhard ajoutait cette seconde considération moins probante, que presque toujours le coupable sera sans ressources et hors d'état d'indemniser la victime. « La responsabilité des père et mère, des instituteurs, des maîtres est donc une garantie, et souvent la seule, de la réparation des dommages. »

La disposition de l'article 1384 donne lieu aux observations générales ci-après :

1° La responsabilité du fait d'autrui est purement civile ; elle ne *vise que la réparation du dommage causé aux tiers*. Les peines qui peuvent être prononcées à la suite de l'acte dommageable, ne frappent que le coupable lui-même, non celui qui aurait dû veiller sur lui. Elles sont rigoureusement personnelles. Cela va sans dire pour les peines corporelles ; mais il importe de faire remarquer que la même règle s'applique, sauf certaines exceptions, aux peines pécuniaires, c'est-à-dire à l'amende (Crim., 4 février 1898, D. P. 99.1.584, S. 99.1.198).

2° L'énumération de l'article 1384 est incontestablement *limitative*, car

ce texte déroge au Droit commun en établissant des présomptions de faute. Ainsi, il est certain que le *mari* n'est pas responsable des dommages causés par sa femme (Req., 21 octobre 1901, D. P. 1901.1.524, S, 1902.1.32 ; Nancy, 8 novembre 1902, D. P. 1906.2.297, S, 1904.2.241).

3° Cette responsabilité ne supprime pas celle du coupable lui-même, laquelle est encourue du moment que ce coupable, notamment l'enfant, est en fait capable de discernement. Mais on comprend que l'action en dommages-intérêts dirigée contre l'enfant, le domestique, le préposé ou l'apprenti ne constituera dans la plupart des cas qu'une garantie illusoire, si le coupable ne possède rien.

4° Les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui se divisent en deux groupes, suivant le plus ou moins de force de la présomption de faute qui lui sert de fondement. Les personnes comprises dans le *premier groupe*, à savoir les *père et mère*, les *instituteurs* et les *artisans*, peuvent combattre la présomption par la *preuve contraire*, en démontrant, dit l'article 1384, qu'elles « n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à leur responsabilité », démonstration qu'elles peuvent faire par tous les moyens possibles. Au contraire, celles du second groupe, à savoir les *maîtres* et *commettants*, ne sont pas autorisées à combattre la présomption. Leur responsabilité est irréfragable. C'est dire qu'en ce qui les concerne, le système de la *présomption de faute absolue* consacré par le Code produit absolument les mêmes résultats qu'un système de responsabilité *légale* et *objective*.

I. — Premier groupe : Personnes responsables autorisées à combattre la présomption.

Reprenons chacune des personnes comprises dans cette série.

1° Les père et mère. — La responsabilité des père et mère, fondée sur leur devoir de surveillance, est soumise aux conditions suivantes :

A. — Il faut, pour qu'elle ait lieu, que l'enfant soit *mineur* ;

B. — Il faut qu'il *habite* avec les père et mère ;

C. — La responsabilité ne pèse que sur celui des parents qui a la *garde de l'enfant*.

A. *Minorité de l'enfant.* — Les parents sont responsables du dommage causé par l'enfant mineur, même s'il n'a pas encore atteint l'âge de raison, s'il est en état d'*aliénation mentale* et a agi dans un moment d'inconscience. En effet, le défaut de discernement, s'il empêche l'acte dommageable de constituer un délit *en ce qui concerne son auteur*, ne couvre pas la faute commise *par les parents* qui auraient pu l'empêcher par une surveillance attentive.

La responsabilité prend fin au moment de la majorité ou de l'émancipation à partir duquel l'enfant cesse d'être sous la direction de ses parents ; maître de sa personne, il répond seul désormais de ses actes. Et il en serait ainsi même s'il était aliéné, car l'article 1384 n'établit pas de présomption de faute à l'égard du gardien de l'aliéné. Les parents ne seraient

donc tenus, en pareil cas, que dans les termes des articles 1382 et 1383, c'est-à-dire si l'on prouvait qu'ils ont commis une faute de surveillance (Chambéry, 6 février 1874, S. 75.2.178 ; Req., 14 mai 1866, D. P. 67.1.296, S. 66.1.237).

B. *Habitation de l'enfant avec ses parents.* — C'est là le cas ordinaire, car la loi oblige l'enfant mineur à habiter chez ses parents (art. 374). Quand la garde de l'enfant est confiée, soit par les tribunaux (en cas de divorce, de séparation de corps, de déchéance de la puissance paternelle), soit par les parents eux-mêmes, à une tierce personne, la responsabilité des père et mère n'existe plus. Par exemple, si l'enfant a été placé chez autrui en pension ou en apprentissage, ou comme commis, employé, ou ouvrier, ou enfin comme domestique, c'est le maître de pension, l'artisan, le patron qui devient responsable de ses délits (art. 1384, al. 3 et 4). Nous verrons de même que l'instituteur est responsable pendant les heures que l'enfant passe à l'école ; et dans ce cas, sa responsabilité ne s'ajoute pas à celle du père, mais la remplace. En effet, les parents ne peuvent pas surveiller leur enfant pendant qu'il est confié à l'instituteur (Pau, 2 juillet 1898, S. 99.2.137, note de M. E. Perreau ; Montpellier, 31 octobre 1908, S. 1908.2.296). Que si l'enfant était confié à ses grands-parents, ou placé chez des étrangers, pour y être élevé ou y passer quelques mois, la responsabilité des parents cesserait aussi ; mais il est à remarquer qu'en pareil cas, cette responsabilité ne serait pas remplacée par celle des ascendants ou du gardien, le texte de l'article 1384 ne les comprenant pas (Civ., 7 nov. 1921, D. P. 1922.1.12).

Au surplus, il peut arriver que le délit commis par l'enfant placé hors du domicile de ses parents soit la conséquence des mauvais exemples qu'il avait reçus chez ceux-ci. En pareil cas, la victime du délit pourrait s'efforcer de prouver la relation de cause à effet qui existerait entre l'acte dommageable et les mauvais exemples donnés par les parents. La question se trouverait ainsi posée sur le terrain de l'article 1382. Et les tribunaux n'hésitent pas à condamner les parents à la réparation des délits commis par l'enfant habitant loin d'eux, lorsque le rapport direct entre le fait et la mauvaise éducation est prouvé (Agen, 23 juin 1869, D.P. 70.2.223 ; S. 69.2.253 ; Dijon, 19 février 1875, D. P. 76.2.70, S. 75.2.81).

C. *Garde de l'enfant.* — Lorsque l'enfant a tout à la fois son père et sa mère, la responsabilité pèse uniquement sur celui des deux qui a sa garde. En conséquence, pendant le mariage, c'est le père qui est responsable ; la mère ne le devient qu'après le décès du père, ou dans le cas où, à la suite de séparation de corps ou de divorce, elle a obtenu la garde de l'enfant. Il en serait de même si le père était absent, ou hors d'état d'exercer la surveillance, par suite de démence ou d'emprisonnement.

La responsabilité pèse de même sur les père et mère naturels, suivant les distinctions établies par l'article 383 du Code civil.

Du mineur en tutelle. — Le tuteur a la garde et la surveillance du pupille ; il devrait donc être assimilé aux père et mère. C'était ce que déci-

daient nos anciens auteurs (Pothier, *Obligations*, n° 121). Mais l'article 1384 ne parle pas du tuteur, et il n'est pas permis d'en étendre le texte, bien que pourtant rien ne justifie son silence. Cependant, quelques lois spéciales ont assimilé le tuteur aux père et mère pour la responsabilité des *délits ruraux, forestiers, de pêche et de chasse* (Loi des 28 septembre, 6 octobre 1791, titre 2, art. 7 ; Code forestier, art. 206 ; Loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, art. 74 ; loi du 3 mai 1844 sur la chasse, art. 28).

Preuve contraire. — Les père et mère n'échappent à la responsabilité qu'en démontrant qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu (art. 1384, al. 7). Ainsi il ne suffirait pas que l'acte se fût accompli hors leur présence ou leur domicile (Req., 31 oct. 1921, D. P. 1922-1-12). Le seul fait d'avoir autorisé l'enfant à aller à la chasse ou à bicyclette engagerait la responsabilité du père envers les tiers en cas d'accident (Rouen, 20 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 5-7 avril 1914).

2° Les instituteurs. — Les instituteurs sont responsables du dommage causé par leurs élèves pendant le *temps qu'ils sont sous leur surveillance.*

Ici, il faut se garder de commettre une confusion entre les sources diverses de la responsabilité très lourde qui peut peser sur l'instituteur.

Tout d'abord il peut s'agir d'un dommage survenu *à l'enfant.* A ce dommage le texte de l'article 1384 ne s'applique pas. S'il survient un accident de ce genre (mauvais état du matériel, défectuosité de l'installation, imprudence de l'instituteur lui-même) l'instituteur sera responsable dans les termes du droit commun (art. 1382-1383) ; il faudra donc que l'on fasse la preuve de sa faute (Req., 24 février 1909, D. P. 1911.1.241, note de M. Thomas, S. 1911.1.451).

Mais, en second lieu (et c'est ici que s'applique l'art. 1384, al. 1), l'instituteur est responsable *de plano* des dommages causés *par l'enfant.*

La principale application de cette seconde cause de responsabilité, la plus grave des deux peut-être, se rencontre à propos des accidents causés aux enfants par leurs camarades. Ici, l'instituteur est responsable de plein droit, à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pu empêcher le fait qui donne lieu à responsabilité, c'est-à-dire qu'il n'a commis aucune négligence dans le devoir de surveillance qui lui incombe, ce qui sera le cas, par exemple, s'il s'agit d'un coup porté par un élève à un autre, sans qu'aucune discussion ou querelle apparente n'ait permis à l'instituteur d'intervenir (Paris, 31 mai 1892, D. P. 93.2.490, S. 99.2.138 *ad notam*).

Le mot *instituteur* désigne tous ceux qui sont chargés de l'éducation ou de l'instruction d'enfants, en même temps que de leur surveillance : instituteurs, directeurs de pensionnat, principaux de collèges, directeurs de centre d'entraînement pour pilotes d'avion, etc. (Crim., 27 juin 1902, D. P. 1908.1.540 ; Req., 9 juillet 1907, D. P. 1907.1.479, S. 1908.1.76 ; Paris 29 oct. 1926, *Gaz. Pal.* 1927.1.86). En revanche la responsabilité ne s'applique pas à un directeur de colonie de vacance (Paris, 28 avril 1913, D. P. 1913.2.278, S. 1918-19.2.9, note de M. Delpech ; Caen, 28 janvier 1926, *Gaz. Pal.* 1926.1.145).

La jurisprudence applique par analogie la même responsabilité aux directeurs d'hospice d'aliénés (Agen, 16 mars 1872, D. P. 72.2.153), mais non au précepteur qui instruit l'enfant au domicile de ses parents. Dans ce cas la surveillance de l'enfant appartient aux parents.

Ajoutons qu'il importe peu que les enfants confiés aux instituteurs soient *mineurs ou majeurs*. L'article 1384 ne distingue pas. Le devoir de surveillance est le même.

Loi du 20 juillet 1899 substituant la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public. — Les instituteurs publics ont toujours protesté contre la lourde responsabilité que le Code fait peser sur eux. A la suite d'un jugement fort rigoureux du tribunal civil de la Seine en date du 23 janvier 1892, jugement infirmé du reste par un arrêt de la Cour de Paris du 31 mai 1892 précité, ils s'adressèrent au Parlement. L'instituteur public, dirent-ils, ne peut choisir ni le local où il enseigne, ni les élèves qui lui sont envoyés, ni les adjoints investis de la surveillance. Il n'est qu'un fonctionnaire chargé par l'Etat d'enseigner ; c'est donc sur l'Etat et non sur lui qu'il faut faire peser la présomption de faute édictée par l'article 1384.

La loi du 20 juillet 1899 a satisfait à ces revendications. Elle a ajouté à l'article 1384 un alinéa ainsi conçu : « La responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public. »

Cependant cette loi a été loin de calmer les réclamations du corps enseignant, qu'elle ne protégeait pas entièrement.

Et, en effet, le législateur de 1899, désireux de ne pas relâcher la surveillance de l'instituteur, n'a fait que déplacer la présomption de faute, en la transportant à la charge de l'Etat. Mais si le dommage causé par l'enfant peut être attribué à un défaut de surveillance du maître, par exemple, si celui-ci s'est indûment absenté, ou n'a pas interdit un jeu dangereux, c'est lui qui demeure responsable dans les termes du droit commun, à la charge pour les parents de l'enfant blessé de prouver la faute qu'ils reprochent au maître. D'autre part, l'Etat lui-même, directement actionné par les représentants de la victime, conserve son recours contre l'instituteur qui aurait commis une faute personnelle (Req., 19 mai 1909, D. P. 1910.1.27, S. 1911.1.449, note de M. Charmont).

Enfin et en dernier lieu, il résulte des déclarations faites au cours des travaux préparatoires, que la substitution de l'Etat à l'instituteur n'a lieu que pendant les heures où la loi scolaire place les enfants sous la surveillance de celui-ci. En dehors de ces heures, le principe de l'article 1384, alinéas 4 et 5, subsiste sans atténuation (Bordeaux, 13 novembre 1911, S. 1912.2.199). Par exemple, un directeur d'école primaire supérieure, qui a organisé un pensionnat, est seul responsable d'un accident survenu à un élève interne au moment du coucher par la faute d'un de ses camarades. Si on ajoute à ces hypothèses la responsabilité de droit commun qui pèse sur l'instituteur, nous l'avons vu, au cas d'accidents survenus *à leurs élèves*, responsabilité à laquelle la loi de 1899 n'apporte aucun adoucissement, on

comprend que les membres de l'enseignement public puissent se plaindre des risques résultant pour eux d'une profession peu rémunérée.

On aura remarqué que la loi de 1899 ne s'applique qu'*aux membres* de l'*enseignement public*, et non à ceux de l'enseignement privé. Pour les écoles privées, le texte du Code civil n'est pas modifié. En revanche, la loi s'applique à tous les membres de l'enseignement public, sans aucune distinction (V. note de M. Thomas, sous Bordeaux, 1er juin 1908, D. P. 1909.2.249).

3° **Artisans.** — Les artisans sont responsables du dommage causé par leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

Ici encore, il ne s'agit que du dommage causé par l'apprenti à un tiers. Quant à l'accident qui peut frapper l'apprenti lui-même, l'artisan en est responsable dans les termes de la loi du 9 avril 1898, ou, s'il n'y est pas assujetti, dans ceux des articles 1382 et 1383.

Preuve contraire. — Comme les père et mère, les instituteurs ou artisans n'échappent à la responsabilité que s'ils prouvent qu'il leur a été impossible, par exemple, en raison de la soudaineté de l'acte dommageable, de l'empêcher de se produire.

II. — Deuxième groupe : Personnes contre lesquelles la loi crée une présomption de faute irréfragable[1].

Portée et origine de la règle relative aux maîtres et commettants. — Ce deuxième groupe comprend les *maîtres et les commettants*. L'article 1384, 3e al., délimite le champ de la lourde responsabilité qu'il leur impose. Elle s'applique au dommage causé par leurs domestiques et préposés *dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*.

Et d'abord, sur quel fondement repose cette responsabilité rigoureuse? Les rédacteurs du Code en ont donné deux raisons :

La première, c'est la faute présumée commise dans le choix du domestique ou du préposé. « Le maître n'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents », disait Bertrand de Greuille dans son rapport au Tribunal (Fenet, t. XIII, p. 42)? « Il ne serait pas juste que des tiers demeurassent victimes de la confiance inconsidérée du maître, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent. » La seconde raison, c'est que le maître ou le commettant est présumé avoir mal surveillé son domestique ou préposé.

Mais pourquoi interdire ici aux responsables du fait d'autrui le droit de prouver qu'ils se sont conduits en hommes diligents et n'ont pû empêcher le dommage? Le projet primitif les autorisait à faire cette preuve. C'est à

1. Voir Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile : responsabilité du fait d'autrui*, Rev. crit., 1909.

la suite des observations du Tribunat que la règle actuelle fut adoptée (V. Locré, t. XIII, p. 24-25). On a jugé qu'entre la victime et le maître, c'est l'intérêt du premier qui devait l'emporter. *Il est juste que le maître et le commettant supportent les conséquences dommageables des services dont ils profitent.* De cette dernière observation, on peut être tenté de conclure que l'idée de faute ne joue plus ici qu'un rôle apparent. En effet, que signifie une présomption de faute dont on ne peut se laver? La notion de faute ainsi comprise ne semble plus qu'un trompe-l'œil. La vraie base d'une telle responsabilité n'est-elle pas ailleurs ? Ne faut-il pas la chercher dans l'*idée de risque*, et dire que celui qui profite des services du domestique ou de l'employé est tenu des conséquences de leurs actes, parce qu'il doit supporter les risques inhérents à l'exercice de leur activité?

Pourtant, cette conception n'est pas entièrement admissible ; en écartant l'idée de faute commise dans le choix ou la surveillance, elle arriverait à élargir, plus que ne l'ont voulu les rédacteurs du Code, le champ de la responsabilité des maîtres et commettants. Elle conduirait en effet à décider qu'ils sont responsables des fautes de tous ceux qu'ils font travailler. Or, cela ne serait pas exact, car, dans la pensée des rédacteurs du Code, l'article 1384 suppose que le travail est exécuté par des personnes *choisies par le maître* et *sous son contrôle et sa direction*. L'idée de faute continue donc à régler l'application d'une disposition légale qui, à première vue, paraît en faire une complète abstraction.

La solution rigoureuse adoptée par le Code n'est pas d'ailleurs une innovation de ses rédacteurs. Elle était déjà adoptée dans notre ancien Droit (Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XVI, sect. 3, n° 1 ; Pothier, *Contrat de louage*, 193 ; *Obligations*, 456). Bourjon (*Droit commun de la France*, liv. 6, tit. 3, ch. 1er, n° 3) nous dit notamment que le Châtelet de Paris déclarait le maître d'une voiture garant du fait de son cocher. Et il faut reconnaître que la solution traditionnelle est, en somme, conforme à l'équité. Elle le serait cependant peut-être davantage, si l'on distinguait entre le préposant qui *spécule sur le travail* du préposé, et le maître qui se fait servir, mais *ne spécule pas*. Pour le premier, la responsabilité est la contre-partie équitable du profit ; il en est autrement pour le second. Sa responsabilité devrait donc être moins rigoureuse, à moins qu'on ne considère que le maître, lui aussi, tire un profit (non pécuniaire, mais encore appréciable) des services du domestique, et que si, après tout, il n'avait pas employé celui-ci, le dommage n'aurait pas été causé.

Quoi qu'il en soit, le Code civil allemand se montre ici moins sévère que le nôtre. Son article 831, qui établit une présomption analogue à celle de notre article 1384, ajoute que le devoir de réparation n'existe plus si le maître a, soit quant au choix du préposé, soit quant aux appareils ou ustensiles fournis, soit quant à la direction du travail, apporté le soin exigé dans les rapports d'usage, ou si le dommage, même à supposer que pareil soin eût été apporté, aurait dû encore se produire,

L'article 55 du Code suisse des *Obligations* donne la même solution : « L'employeur est responsable du dommage causé par ses commis, em-

ployés de bureau et ouvriers dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a employé tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre, ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. »

Nous avons à examiner deux questions :

1° Quel est le sens des mots *domestiques et préposés?*

2° Dans quelle mesure le maître ou le commettant est-il responsable ?

1° **Sens des mots domestiques et préposés.** — La responsabilité des maîtres et commettants repose sur une double idée de *choix* et de *surveillance*. Elle ne s'applique pas dans les cas ci-après :

A. — Une personne n'est pas responsable du dommage causé par ceux qui, travaillant sous ses ordres, n'ont pas été cependant nommés par elle à leur emploi. Ainsi, un proviseur de lycée n'est pas tenu du dommage causé par les surveillants ou le personnel de l'établissement ; un chef de gare ne l'est pas non plus des fautes des employés.

B. — Une personne n'est pas responsable du dommage causé par une autre qui, bien que travaillant pour son compte, n'est pas cependant placée sous sa surveillance. Il en est ainsi du cas où un propriétaire fait exécuter un ouvrage à l'entreprise. L'entrepreneur, ou l'ouvrier chargé du travail, est seul tenu de réparer les conséquences de ses fautes (Req., 4 février 1880, D. P. 80.1.392, S. 80.1. 463 ; Pau, 19 février 1901, S. 1901.2. 161).

Il en serait toutefois autrement si le propriétaire s'était réservé la direction et la surveillance du travail (Civ., 15 janvier 1889, D. P. 89.1.49, S. 89.1.74 ; Req., 4 mars 1903, S. 1903.1.471).

De même, la personne qui prend une voiture ou une automobile de louage pour faire une course ou une promenade, n'est pas le commettant du conducteur (Crim., 30 octobre 1902, D. P. 1904.5.592, S. 1902.1.544). Le locataire ni le fermier ne sont les préposés du propriétaire (Req., 12 juin 1855, D. P. 55.1.422, S. 55.1.710 ; Req., 19 janvier 1898, D. P. 98.1.175, S. 98.1.264).

L'Assistance publique, n'étant pas leur commettant, n'est pas responsable des actes des médecins et chirurgiens des hôpitaux (Trib. civ. Seine, 6 juillet 1906, D. P. 1906.5.71, S. 1907.2.22 ; Poitiers, 26 décembre 1892, D. P. 93,2.349, S. 93.2.103 ; Bordeaux, 6 février 1900, D. P. 1900.2.470, S. 1909.2.49, *ad notam*).

C. — Enfin, la jurisprudence tire de notre idée cette dernière conséquence importante que, si le préposé se trouve momentanément placé sous les ordres d'une autre personne que son commettant, ce n'est plus celui-ci qui est responsable, mais bien la personne sous les ordres de laquelle est placé le préposé (Civ., 25 octobre 1886, D. P. 87.1.225, S. 87.1.457 ; Crim., 26 janvier 1901, D. P. 1904.1.157, S. 1903.1.104 ; notes de M. Hauriou, S. 93.3.113, et S. 94.3.49 ; Civ. 8 mars 1922 et 13 février 1924, D. P. 1925.1.134 ; 15 juin 1926, D. H. 1926.404).

2° **Dans quelle mesure le maître ou le commettant est-il respon-**

sable des actes du domestique ou préposé ? Deux conditions sont nécessaires pour que le maître ou le commettant soit responsable :

A. — Il faut que le préposé ait commis une faute ;

B. — Il faut qu'il l'ait commise *dans l'exercice de ses fonctions*.

A. *Faute du domestique ou préposé.* — La nécessité de cette première condition ne saurait faire aucun doute. Le patron n'est responsable que dans les cas où l'auteur du fait dommageable l'est lui-même. Sa responsabilité est substituée à celle du coupable.

B. *Faute commise dans l'exercice des fonctions.* — La responsabilité n'existe que si le domestique ou préposé a commis le fait dommageable pendant qu'il remplissait son service. Elle cesse, si le fait a été commis en dehors du service, à un moment où l'auteur du dommage faisait un acte indépendant de sa qualité de domestique ou préposé. Ainsi, il est bien évident que le maître ou le commettant ne sont pas tenus de réparer le préjudice causé par un domestique en congé, par un préposé qui, un jour de vacance, prend part à une partie de chasse.

Quand, au contraire, le domestique ou le préposé agit dans l'exercice de ses fonctions, le maître ou commettant est responsable de toutes les fautes par lui commises, alors même que le coupable a agi contre sa défense formelle, et alors même que l'acte ne se rattache pas directement à l'exercice des fonctions. Ainsi, un loueur de voitures est tenu du fait de son cocher qui s'est approprié des objets oubliés par un voyageur dans la voiture qu'il conduisait (Paris, 24 février 1909, D. P. 1909.5.75). De même le loueur serait responsable de l'accident causé à des personnes que le cocher aurait laissées monter dans sa voiture par complaisance et sans rémunération (Paris, 24 juin 1893, D. P. 96.2.342 ; Crim., 23 mars 1907, D. P. 1908.1.351 ; *Contrà* Bordeaux, 25 mai 1919, *Gaz.*, *Pal.*, 26 oct. 1919.) De même enfin, une compagnie de chemin de fer répond des faits de contrebande commis par ses employés, lorsque ceux-ci, pour les accomplir, ont abusé des facilités que leur procurait le service dont ils étaient chargés (Lyon, 1er juillet 1872, D. P. 73.2.157, S. 73.2.42 ; Crim. 22 mars 1907. D.P. 1909.1.406, S. 1907.1.473, Crim. 23 novembre 1928, Gaz. Pal. 1928.2 900).

Recours du maître, du commettant contre le domestique ou le préposé. — Le maître ou le commettant a incontestablement un recours contre l'auteur du fait dommageable. Pourtant, il en serait autrement dans le cas où ce dernier n'aurait fait qu'exécuter l'ordre formel du premier, car la faute remonte alors au commettant, non à l'exécutant. Par exemple, un maître donne à son chauffeur l'ordre de conduire à une vitesse exagérée ; le maître n'a rien à réclamer au chauffeur, en cas d'accident causé par celui-ci.

S'il y a eu *faute commune* des deux intéressés, commettant et préposé, le tribunal répartira entre eux le montant de la réparation, suivant la gravité des torts imputables à chacun (Req., 24 février 1886, D. P. 87.1.31, S. 86.1.460 ; Paris, 21 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1er mai 1914).

Responsabilité pénale à raison de certains délits des domestiques et préposés. — La responsabilité des maîtres et commettants est en

principe purement civile. Pourtant, nous rencontrons ici quelques textes qui font exception à la règle en ce qui concerne les amendes.

La loi des 6-22 août 1791, pour l'exécution du tarif des droits d'entrée et de sortie dans les relations du royaume avec l'étranger (titre 13, art. 20), décide que les propriétaires des marchandises seront responsables civilement du fait de leurs facteurs, agents, serviteurs, domestiques, en ce qui concerne les droits, confiscations, *amendes* et dépens (V. également le décret du 4 germinal an II, relatif au Commerce maritime et aux Douanes, tit. III, art. 8, pour les amendes prononcées contre les conducteurs des messageries et voitures publiques). Même disposition dans le décret du 1er germinal an XIII concernant les droits réunis, art. 35 ; et enfin dans les articles 43 et 46 du Code forestier de 1827, pour les délits forestiers qu'ils prévoient. Ces textes peuvent s'expliquer par cette considération que c'est *l'auteur responsable qui est le vrai coupable de l'infraction.*

S'emparant de cette idée, la Jurisprudence l'a appliquée à d'autres amendes, lorsqu'elle estime que l'obligation imposée par la loi et sanctionnée par cette pénalité incombait au maître lui-même, et qu'il avait le devoir d'en assurer l'exécution. Ainsi, on décide que les chefs d'entreprise sont passibles de l'amende pour toute infraction aux règlements concernant l'exercice de leur profession, même quand l'infraction a été commise par un de leurs ouvriers ou préposés (Crim., 30 décembre 1892 et 12 mai 1893, D. P. 94.1.364 et 95.1.248, S. 94.1.201, note de M. Villey ; Crim., 13 mars 1897, D. P. 97.1.566, S. 97.1.544).

En ce qui concerne les infractions aux lois fiscales, les tribunaux appliquent la même solution. Mais dans ce cas, ils la justifient par l'idée que l'amende fiscale a le caractère d'une indemnité envers l'Etat (Voir également, pour les contraventions de grande voirie, Cons. d'Etat, 8 mai 1896, D. P. 97.3.48, S. 97.3.113, note de M. Hauriou).

§ 2. — Responsabilité du fait des choses (1).

Occupons-nous successivement du dommage causé : I. Par les animaux, II. Par les bâtiments et constructions ; III. Par les choses inanimées en général.

I. — Responsabilité du dommage causé par les animaux.

Art. 1385 : « Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. »

L'interprétation de ce texte soulève quatre questions :

1° Quel est le fondement de cette responsabilité ?

2° Est-elle susceptible de la preuve contraire ?

3° Quelles sont les personnes sur qui elle pèse ?

4° Quels sont les animaux qui y donnent lieu ?

1° *Fondement de la responsabilité.* — Ici encore, c'est incontestablement

1. H. Mazeaud, La faute dans la garde, *Rev. trim.*, 1925, p. 793, 820 ; Besson, thèse, Dijon, 1927 ; Gaudemet, *Rev. trim.*, 1927, p. 893 et suiv.

une présomption de faute provenant d'un défaut de surveillance. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point (V. Locré, t. XIII, p. 43).

Et la meilleure preuve que l'on ne se trouve pas ici en présence d'un *risque de propriété*, comme l'ont prétendu les partisans de la responsabilité objective, c'est que la responsabilité de l'article 1385 pèse non seulement sur le propriétaire, mais sur quiconque se sert de l'animal (V. note de M. Labbé, S. 86.2.97).

2° *Cette présomption de faute est-elle susceptible de la preuve contraire?* — Oui certainement, bien que l'article 1385 ne le dise pas expressément. En effet, en dehors des cas visés par l'article 1352, al. 2, la force attachée à une présomption légale n'est irréfragable qu'autant que la loi exclut expressément la faculté de la détruire, comme le fait l'article 1384 pour les maîtres et commettants.

Reste à savoir — et là est la difficulté — ce que le défendeur devra démontrer pour être exonéré. La preuve qui lui incombe peut en effet avoir deux objets différents. Prouvera-t-il qu'il n'a commis aucune faute au moyen d'une simple présomption tirée de sa conduite habituelle, c'est-à-dire en démontrant qu'il a surveillé l'animal avec toute la diligence requise? Ou bien devra t-il établir le fait à lui étranger, faute de la victime ou d'un tiers, ou encore cas fortuit, qui aurait été la cause de l'accident? Cette seconde preuve, plus précise, partant plus difficile à administrer, rend plus rigoureuse la responsabilité du maître de l'animal, car elle aboutit à lui faire supporter tous les cas douteux, ceux dans lesquels il n'est pas possible de prouver la cause initiale de l'accident.

C'est en faveur de la seconde solution que s'est prononcée la Cour de cassation. Elle déclare que la présomption de faute ne peut céder que devant la preuve positive et directe soit d'un cas fortuit, soit d'une faute commise par la partie lésée ou par un tiers (Civ., 27 octobre 1885, D. P. 86.1.207, S. 86.1.33 ; 11 mars 1902, D. P. 1902.1 216, S. 1902.1.309 ; 29 mai 1902 et 2 juillet, D. P. 1903.1.431 et 614, S. 1902.1.310 et 448 ; 28 novembre 1904, D. P. 1905.1.253, S. 1906.1.488, Req., 10 nov. 1924, D. P. 1925.1.49, note de M. Savatier).

3° *Quelles sont les personnes responsables ?* — Ce sont, d'après le texte, soit le propriétaire de l'animal, soit celui qui s'en sert pendant que l'animal est à son usage. Comment entendre ces mots : « Celui qui s'en sert » ? D'après la jurisprudence ils désignent :

A. — Toute personne qui a le droit de se servir de l'animal pour son usage personnel : commodataire, locataire, usager, etc. (Grenoble, 11 mai 1898, D. P. 99.2.235).

B. — Toute personne qui, par sa profession, reçoit des animaux *en garde*, bien qu'elle ne se serve pas à proprement parler de ces animaux, comme le vétérinaire, le maréchal ferrant, l'aubergiste, etc. (V. cep. Bourges, 19 novembre 1900, S. 1901 2.6).

C. — L'entrepreneur de débarquement chargé de débarquer des bestiaux d'un wagon et de les conduire à un endroit déterminé (Civ., 2 mai 1911, D. P. 1911.1.367, S. 1913.1.11).

A quel moment la responsabilité du dommage causé par l'animal passe-

t-elle du propriétaire à celui qui s'en sert ? La question dépend des circonstances de fait de chaque espèce (V. Civ., 19 janvier 1910, D. P. 1911.1.131, S. 1910.1.375, deux arrêts).

En tout cas, quand la responsabilité passe du propriétaire à celui qui se sert de l'animal, si le propriétaire n'a pas prévenu ce dernier des vices de l'animal, il a commis une faute personnelle dans les termes des articles 1382 ou 1383, et il est responsable, sa faute supposée démontrée.

Dans le cas où la victime de l'accident causé par l'animal est le préposé du maître, faut-il appliquer l'article 1385 ? Le préposé peut-il invoquer la présomption de faute chez le maître ? Oui certainement, le préposé est, plus que n'importe qui, exposé aux accidents causés par l'animal. La présomption de faute se justifie dans ce cas comme dans les autres (V. Civ., 2 mai 1911, D. P. 1911.1.367, S. 1913.1.11 ; Req., 16 novembre et 1er décembre 1914, D. P. 1916.1.192).

Toutefois, dans certains cas, le préposé assume, en même temps que l'usage, la responsabilité exclusive de l'animal. Il en est ainsi notamment d'un commis-voyageur auquel son patron a confié un cheval et une voiture pour des tournées lointaines et de longue durée, en s'exonérant sur lui des soins à donner au cheval et de sa nourriture, moyennant le versement d'une somme fixée par voie d'abonnement (Req., 30 décembre 1907, D. P. 1909. 1.284, S. 1909.1.377, note de M. Charmont).

Enfin, on doit se demander dans quelle mesure le propriétaire et celui qui se sert de l'animal sont responsables. L'article 1385 dit qu'ils sont responsables, non seulement des accidents causés par l'animal *pendant qu'il est sous leur garde*, mais aussi de ceux qu'il cause quand il est *égaré ou échappé*.

La question s'est posée de savoir si l'individu blessé en arrêtant un cheval emballé a droit à la réparation des blessures dont il a été atteint ? Ne peut-on pas dire qu'ici la victime s'est exposée volontairement au dommage ? L'objection est, croyons-nous, de peu de valeur. S'exposer à un dommage, pour prévenir ceux que l'animal pourrait causer à autrui, n'est pas une faute. Il faudrait, pour que le sauveteur fût privé de dommages-intérêts qu'il eût agi en vue de se faire blesser (V. Trib. Com. Seine 3 janvier 1900, S. 1902.2.217, note de M. Perreau).

4° *Animaux à propos desquels s'applique la responsabilité.* — Elle s'applique à propos de tous les animaux dont on peut être propriétaire, animaux domestiques, animaux féroces d'une ménagerie, et animaux qui, bien que vivant en état de liberté, sont cependant l'objet d'un droit de propriété comme immeubles par destination, pigeons des colombiers, lapins des garennes, abeilles. C'est par application de l'article 1385 que la loi du 4 avril 1889 sur le Code rural contient des dispositions sur les dommages causés par les volailles ou les pigeons (art. 4 et 7).

Si, en revanche, il s'agit de dommages causés par des animaux entièrement sauvages, comme le gibier, le propriétaire du terrain où ils vivent ne saurait être responsable à raison de l'article 1385. En effet, ces animaux sont *res nullius* ; ils n'appartiennent pas au propriétaire du sol ; ce dernier

ne pourrait être responsable de leurs ravages que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire si l'on prouvait qu'il a commis une faute, par exemple en les attirant ou en négligeant de prendre les mesures nécessaires pour empêcher leur excessive multiplication.

II. — Responsabilité du fait des bâtiments.

Art. 1386 : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ».

On se souvient qu'en Droit romain, le voisin *menacé* par un bâtiment tombant en ruine pouvait exiger du propriétaire qu'il s'engageât, par la *cautio damni infecti*, à réparer le préjudice, dans le cas où il viendrait à se produire. Si le propriétaire refusait la *cautio*, le préteur envoyait le plaignant en possession de l'immeuble (V. le titre *De damno infecto*, D. XXXIX, 2). Ce procédé de *préservation* du préjudice qui subsistait avec des variantes. dans l'ancien Droit (Bourjon, *Droit commun*, liv. VI, tit. II, ch. 6 et 7 ; Merlin, Rép. V° *Bâtiment*, n° 3), a été remplacé, dans le Code de 1804, par une règle *réparatrice*, celle de l'article 1386.

La première question qui se pose est donc de savoir si, actuellement, le voisin menacé ne pourrait pas prendre les devants et actionner le propriétaire de l'immeuble menaçant ruine, pour lui demander de faire cesser cet état de choses ou de lui payer des dommages-intérêts. Bien que la loi reste muette sur ce point, nous estimons que le voisin menacé a le droit de réclamer des mesures de prévention. En effet, le simple danger de ruine constitue pour lui un préjudice incontestable dont il a le droit de réclamer la cessation (Bordeaux, 18 mai 1849, D. P. 50.2.86, S. 50.2.183).

Mais, supposons la ruine du bâtiment survenue et le préjudice causé. L'article 1386 établit la responsabilité du propriétaire dans deux cas : 1° Quand la ruine est arrivée par *défaut d'entretien*, à quoi la Jurisprudence assimile la ruine résultant de la *vétusté* (Grenoble, 10 février 1892, S. 93.2. 205) ; 2° Quand elle est arrivée par l'effet d'un *vice de construction*

Il faut donc que le plaignant fasse la preuve de l'une de ces causes. Mais cela suffit. Il n'a pas à démontrer que le défaut d'entretien ou le vice de construction est imputable au propriétaire. Bien plus, le propriétaire ne pourrait se défendre en démontrant qu'il n'y a pas eu faute de sa part, par exemple, qu'il avait chargé de l'entretien un entrepreneur en qui il pouvait avoir confiance, ou qu'il s'était adressé pour la construction à un homme de l'art offrant toutes les garanties nécessaires, et qu'il lui a été impossible de découvrir personnellement le vice de la construction (Civ., 19 avril 1887, D. P. 88.1.27, S. 87.1.217 ; Req., 26 juillet 1909, D. P. 1909.1.533, S. 1909. 1.446). Dans cette mesure, la présomption de faute est irréfragable. Le propriétaire devra indemniser la victime de la ruine, sauf à se retourner contre l'auteur responsable du sinistre, s'il arrive à démontrer sa culpabilité (Toulouse, 25 mai 1892, D. P. 93.2.14, S. 92.2.221).

C'est cette solution qui explique qu'on ait pu soutenir que l'article 1386 consacre une hypothèse de responsabilité *ob rem*, qu'il établit le *risque de propriété*. Mais une telle opinion est inadmissible. Outre qu'elle est en contradiction avec l'histoire et l'esprit du Code, elle est inconciliable avec l'obligation imposée à la victime de faire une première démonstration, celle du défaut d'entretien ou du vice de construction. La vérité, c'est qu'il y a, dans les deux cas où cette première démonstration est faite, une présomption de faute n'admettant pas la preuve contraire.

Dès lors, du moment que la ruine s'est produite dans des conditions où, *a priori*, la présomption d'une faute de surveillance est inadmissible, la responsabilité de l'article 1386 doit être écartée. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le dommage a été causé par la chute d'une maison en construction (Lyon, 20 janvier 1863, D. P. 63 2.199, S. 64.2.1), ou par celle d'un bâtiment classé comme monument historique, et auquel par conséquent le propriétaire n'a pas le droit d'effectuer des réparations (Dijon, 21 janvier 1869, D. P. 74.5.430, S. 70.2.74. Cf. Nancy, 10 novembre 1900, D. P. 1901.2.417).

Mais à quelles choses au juste s'applique la disposition de l'article 1386?

Le texte parle des *bâtiments*. La jurisprudence a montré une certaine tendance à élargir cette expression. Elle appliquait la règle aux dommages causés par des *objets mobiliers incorporés* au bâtiment, ou en constituant l'*accessoire* (ascenseur d'une maison de rapport, locomobile d'une usine) (Req., 29 mars 1897, D. P. 97.1.216, S. 98.1.65, note de M. Esmein). De même, on trouve des décisions appliquant l'article 1386 aux dommages causés par l'éboulement d'un *sol non construit*, par la chute d'un arbre (Paris, 20 août 1877, S. 78.1.48 ; conf. Grenoble, 10 février 1892, S. 93.2.205)[1]. Mais un revirement s'accuse dans les derniers arrêts. La jurisprudence actuelle applique dans ce cas l'article 1384, 1er alin., dont nous allons parler.

III. — Responsabilité du fait des choses inanimées en général[2].

Supposons un dommage causé par une chose autre qu'un animal ou un bâtiment, par exemple, par un terrain non construit (effondrement d'une

1. V. Mestre, *Responsabilité des propriétaires d'arbres en raison des dommages causés aux réseaux d'électricité*, *Rev. crit.* 1925, p. 392 ; note S. 1925.2.113).

2. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile* 1897 ; Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimees*, 1897 ; Tart. *De la responsabilité à raison des choses mobilières inanimées ;* Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*, Rev. crit de lég. 1905 et 1906 ; Mazeaud, *op. cit.* ; Capitant, *Les fluctuations de la théorie de la responsabilité des dommages causés par le fait des choses inanimées* D H. 1927. Chron. p. 49; Notes : Labbé S. 90 4 17; Esmein, S. 97.1.17. 98.1.65, 99.1.417. 1910.1.17; Saleilles, D. P 97 1.433 ; Josserand, D. P. 1900.2.289, 1904.2.257, 1905.2.417, 1906.2.249, 1925.1.97, 1926.1. 129 ; Morel. S. 1925 1.65 ; Hubert, S. 1926.1.129.

La responsabilité des *accidents d'automobiles* mérite une attention particulière. Elle a été posée d'abord sur le terrain législatif devant la *Société d'Etudes législatives*, de l'année 1907 et, alors, passionnément discutée (V. les articles et rapports de M. Ambroise Colin, dans *Bull. de la Société d'Etudes législ.*, année 1907 et s. dans *Rev. politique et parlementaire* 1908 ; Wahl, *Rev. trim. du droit civil*, 1908). La jurisprudence de la Cour de cassation ayant dans ces toutes dernières années, réalisé en grande partie les *desiderata* vainement exposés par les partisans d'une intervention législative, la con-

marnière, éboulement, etc.), ou par un objet mobilier (explosion de machine, chute d'un pot de fleurs, etc). Par quelle règle va être gouvernée la responsabilité du propriétaire de ces objets ?

Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine se sont accordées pour déclarer qu'il y avait lieu ici à application pure et simple du principe du droit commun. Le propriétaire n'était donc passible de dommages-intérêts que si l'on pouvait démontrer qu'il avait commis une faute aux termes des articles 1382 et 1383 (Civ., 19 juillet 1870, D. P. 70.1.361, S. 71.1.9). Cette solution, avec la différence qui en résultait entre les conséquences de la propriété d'un animal ou d'un bâtiment d'une part, et, d'autre part, celle de la propriété d'une chose inanimée en général, paraissait alors équitable. Et, en effet, disait-on, si l'on comprend l'établissement d'une présomption de faute pour les animaux, lesquels exigent une surveillance constante, ou pour les bâtiments, dont la ruine possible est particulièrement dangereuse et exige d'attentives mesures de prudence, il n'y a pas de raison de se montrer aussi sévère pour le propriétaire d'objets inanimés. Par lui-même, l'objet inanimé n'est pas susceptible de causer un dommage ; il faut supposer, pour que le fait se produise, une faute de la victime, un défaut d'entretien du propriétaire, ou enfin un de ces cas fortuits qui défient la prudence humaine. Dès lors, il serait peu équitable d'attribuer *a priori* à la faute du propriétaire des accidents dont certains auront une autre cause.

Telle était la solution admise, lorsque se produisit le mouvement doctrinal dont nous avons parlé, en faveur d'une responsabilité purement objective. C'est surtout sur le terrain des dommages causés par le fait des choses inanimées, en particulier de l'outillage industriel (et l'on comprend l'acuité du problème à une époque où aucune législation spéciale n'existait en matière d'accidents de travail), que se porta l'effort de la doctrine nouvelle.

Abandonnant le point de vue classique, rejetant même la notion, à leur avis surannée, de présomption de faute, les représentants de cette doctrine prétendirent que le propriétaire doit être responsable comme tel du dommage causé par la chose lui appartenant, abstraction faite de toute idée de faute. La responsabilité du propriétaire, disait-on, trouve sa raison d'être dans le droit de propriété. A celui qui tire profit d'une chose d'en supporter les mauvais risques, car il serait trop injuste que ces risques tombassent à la charge d'autrui.

Au point de vue des textes, ce système prétendit rencontrer un appui dans un membre de phrase jusqu'alors resté inaperçu. L'article 1384,

troverse s'est transportée sur le terrain judiciaire et a donné lieu à une abondante littérature. V. notamment, Blaisot, *Le Code de la route*, 1925 p. 91 ; *De la preuve de la responsabilité en matière d'accident d'automobile*, Rev. prat. de législation et de jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine. 1927, p. 73 et s., Monnier, thèse, Nancy, 1926; Savatier, *La nouvelle interprétation judiciaire de l'article 1384 et la responsabilité du conducteur d'automobile*, dans La semaine juridique, 1927, n° 14 ; Capitant D. H. 1927, *Chron.*, p. 50 ; Prudhomme, Rev. Critique 1925, p. 211 ; Josserand, *Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles*, D. H. 1926, *Chron.*, p. 21 ; notes, Josserand D. P. 1925.2.105 ; Savatier D. P. 1925.2.41 ; Paul Esmein S. 1924 1.361, 1926. 1.249, 1927.1.137 ; Appleton D. P. 1925.3.9 ; Ripert, D. P. 1925.1.5 et 1927.1.97).

al. 1er, déclare, on s'en souvient, en une proposition tout incidente, qu'on est responsable... *des choses que l'on a sous sa garde*. Ces mots étaient restés pendant longtemps sans éveiller l'attention. Les commentateurs n'y attachaient pas grande importance ; ils considéraient que c'était là une simple indication annonçant les deux cas prévus ensuite, l'un par l'article 1385 (propriétaire de l'animal ou celui qui s'en sert), l'autre par l'article 1386 (propriétaire d'un bâtiment). Mais voici que l'on s'attacha au membre de phrase longtemps méconnu. On l'isola, on lui préta une signification et une portée absolues ; on en tira cette solution que le Code consacrerait le principe du *risque de propriété* à propos de tous les accidents éprouvés du fait d'une chose inanimée, risque dont le propriétaire ne pourrait pas même être exonéré par la démonstration d'un cas fortuit.

On a pu croire un moment que la jurisprudence allait suivre les novateurs dans la voie qu'ils lui frayaient. Un arrêt de la Chambre civile du 16 juin 1896 (D. P. 97.1.433, S. 97.1.17) semblait, en effet, s'y engager, car il affirmait la responsabilité du propriétaire d'une machine (d'un remorqueur) qui avait fait explosion, bien que cette explosion fût due à un vice de construction auquel il était étranger ; dans le même sens (Trib. Seine, 23 janvier 1903, D. P. 1904 2.257 ; Lyon, 18 janvier 1907, D. P. 1909.2.345).

Mais ce courant peut être considéré aujourd'hui comme définitivement enrayé. La Cour de cassation a, par plusieurs arrêts, condamné le nouveau système d'interprétation (Req., 30 mars 1897, D. P. 97.1.433, S. 98.1.65 ; Civ., 31 juillet 1905. D. P. 1906.1.532, S. 1909.1.143 ; V. aussi Cass. ch. réun., 13 février 1930, cité plus loin, qui décide que l'art. 1384 rattache la responsabilité, non à la chose elle-même, mais à la garde de la chose, c'est-à-dire présume la faute du gardien).

État actuel de la jurisprudence. Présomption de faute du gardien de la chose. — Néanmoins, si la Jurisprudence a refusé de suivre les novateurs dans l'interprétation audacieuse qu'ils proposaient, elle n'en a pas moins subi leur influence. En effet, elle admettait autrefois, nous l'avons vu, que la victime d'un accident causé par un objet inanimé devait prouver la faute commise par le propriétaire de cet objet, ou par celui qui s'en servait. Aujourd'hui, au contraire, elle considère que l'article 1384, al. 1, crée *une présomption de faute* à l'égard du gardien de la chose et, en conséquence, elle fait peser sur lui la charge de la preuve.

Cette solution lui a paru commandée à la fois par le texte de la loi et par la raison. D'une part, il est difficile d'admettre que l'article 1384 n'ait, quand il a parlé de la responsabilité du fait des choses en termes absolument généraux, entendu que jouer le rôle d'annonciateur des dispositions spéciales des articles 1385 et 1386. D'autre part, et au moins lorsqu'il s'agit de choses offrant dans leur maniement certains dangers pour les tiers, il y a évidemment un devoir pour celui qui en fait usage d'y apporter toute la vigilance, toute l'attention possible et il y a donc lieu de supposer, lorsqu'un dommage a été causé, qu'il est dû à un défaut de surveillance.

Comment le gardien de la chose pourra-t-il écarter la présomption de faute ? Suffira t-il qu'il prouve qu'il a pris toutes les précautions nécessaires, et qu'il n'a pu empêcher le dommage, comme l'article 1384, alinéa 5, autorise les père et mère à le faire quand il s'agit d'un délit commis par leur enfant ?

La jurisprudence, toujours sous la même influence, se montre plus sévère : elle applique ici la même solution qu'au propriétaire ou gardien d'animaux. Il ne suffira donc pas au défendeur d'établir qu'il n'a commis ni négligence ni imprudence ; il devra prouver que le dommage provient, soit du cas fortuit, soit de la force majeure, soit de tout autre cause étrangère, par exemple, de la faute de la victime ou de celle d'un tiers ; en un mot, il faudra qu'il précise le fait générateur du dommage subi par son adversaire (Req., 22 janvier 1908, D. P. 1908.1.217 ; 25 mars 1908, D. P. 1909.1.73, S. 1910.1.17 ; Civ. 21 janvier 1919, 15 mars 1921, D. P. 1922.1.25, note de M. Ripert ; 5 et 12 mars 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.707 et 735 ; Cass. ch. réun. 13 février 1930, D. H. 1930.129 ; V. Josserand, D. H. 1930, chronique, p. 25 et Capitant, *eod. loc.*, p. 29).

La jurisprudence décide également, comme pour l'art. 1385, que la responsabilité de celui auquel incombe la garde de la chose ne cesse pas du fait qu'il a préposé un commis à la conduite et à la surveillance, et que, d'autre part, la présomption de responsabilité peut être invoquée non seulement par les tiers, mais par le préposé lui-même (Civ. 27 février 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.553).

Responsabilité en cas d'accident d'automobiles. — La jurisprudence, une fois fixée sur le principe, ne pouvait évidemment faire autre chose que l'appliquer aux accidents si nombreux causés par l'usage des voitures automobiles. Le renversement de la charge de la preuve s'imposait d'autant plus en cette matière que les conditions dans lesquelles se produisent le plus souvent les accidents rendaient particulièrement difficile aux victimes, si l'article 1382 devait s'appliquer à leur cas, l'administration de la preuve d'une faute de l'automobiliste. N'est-il pas plus humain, plus équitable que la charge de la preuve du dommage incombe à celui-ci plutôt qu'à la victime dans les cas, pratiquement les plus nombreux, où la cause du sinistre demeure inconnue ? Aussi un arrêt de la Chambre civile du 3 octobre 1924 (D. P. 1925.1.5, S. 1924.1.321) avait-il décidé que l'automobiliste doit être présumé en faute et responsable, à moins qu'il ne démontre que l'accident est dû à la faute de la victime ou d'un tiers, à un cas fortuit ou à la force majeure.

La portée de cet arrêt, qui suscita un grand émoi dans le monde des assurances, fut aussitôt très discutée. Il fut soutenu qu'il visait exclusivement le cas où le dommage est causé *par la chose elle-même*, indépendamment du fait de l'homme, par exemple, par suite d'une défectuosité de l'appareil, mais non le cas où la voiture est, au moment de l'accident, actionnée par la main de l'homme, dont elle n'est, pour ainsi dire, que le prolongement. Cette distinction, adoptée par certains arrêts de Cours

d'appel (Orléans, 25 février 1909, D. P. 1911.2.307 ; Bordeaux, 26 octobre 1909 et 23 mars 1910, D. P. 1912.2.255 ; Lyon, 7 juillet 1927, D. H. 1927.433) et même, prétendait-on, par un arrêt, en réalité fort équivoque, de la Chambre des Requêtes du 22 mars 1910 (D. P. 1914 1.355, S. 1914.1.213), était en soi d'ailleurs fort contestable, puisqu'elle méconnaissait ce fait évident qu'il y a toujours à l'origine d'un dommage causé par une chose inerte un fait, proche ou reculé, de l'homme. De plus, admissible peut-être, dans un système législatif qui consacrerait l'idée d'une responsabilité fondée sur le *risque*, elle était inconciliable avec cette solution aujourd'hui définitive que l'article 1384 repose toujours *sur la présomption d'une faute de l'homme*. Quand on parle de la responsabilité du fait des choses inanimées, on emploie en réalité une métaphore. Les articles 1384, 1385, 1386 ne traitent que de la responsabilité *de l'homme* en raison de l'usage des choses inanimées.

La Chambre civile n'a pas tardé d'ailleurs à préciser ses intentions. Par un arrêt du 21 février 1927 (D. P. 1927.1.97, note de M. Ripert, S. 1927.1.137, note de M. Paul Esmein), elle déclare que la présomption de l'article 1384 doit être appliquée sans distinction, que l'automobile ait été ou non sous la direction de son conducteur au moment de l'accident. Et la question ayant été de nouveau portée devant la Cour de Cassation par un pourvoi formé contre l'arrêt rendu en sens contraire par la Cour de renvoi (Lyon, 7 juillet 1927, précité), les Chambres réunies ont, le 13 février 1930 (D. H. 1930,129) affirmé à leur tour que la présomption de responsabilité s'applique à l'encontre de celui qui a la chose sous sa garde, sans qu'il y ait à distinguer si la chose était ou non actionnée par la main de l'homme.

On remarquera qu'en ce qui concerne les accidents d'automobiles, le Conseil d'Etat appelé à statuer sur les conséquences des dommages causés par les voitures appartenant à l'Etat, suit une jurisprudence identique à celle de la Cour de Cassation, en se fondant, non sur l'article 1384, mais sur « les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile, à l'heure actuelle » (Conseil d'Etat, 22 décembre 1924, D. P. 1925.3.9, note de M. Appleton, S. 1926.3.1, note de M. Hauriou ; 9 novembre 1925, D. H. 1926.20 ; 3 mars 1926, *Gaz. Pal.* 1926.1.582) [1].

Accidents survenus aux personnes transportées par l'automobiliste. — Ce n'est plus la présomption de l'article 1384 qui s'applique dans ce cas, mais la responsabilité contractuelle, le transporteur s'obligeant par le contrat à remettre le voyageur sain et sauf au lieu de destination. Mais le résultat pratique est le même, car le transporteur ne peut se libérer

1. Parmi les nombreuses questions auxquelles donne lieu la nouvelle interprétation de l'article 1384, al. 1, nous n'en signalerons qu'une. Si l'on suppose un dommage causé par une automobile à une autre automobile, à qui incombera la charge de la preuve ? Il nous semble que les deux présomptions qui pèsent sur chacun des automobilistes se paralysant mutuellement, il conviendra de revenir à la règle de l'art. 1382. En conséquence, ce sera à celui qui réclame des dommages-intérêts à prouver la faute de l'autre (En ce sens Cons. d'Etat, 17 juin 1927, D. P. 1927.3.40 ; V. Paris, 6 juillet 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.780).

qu'en prouvant que l'accident est arrivé par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (art. 1147). Toutefois, lorsque le transport a lieu gracieusement, la jurisprudence admet que la charge de la preuve est renversée et que le transporté, victime d'un accident, ne peut réclamer des dommages-intérêts qu'à la condition de prouver la faute de l'automobiliste. La raison en est que, dans ce cas, le transporté est présumé accepter les risques du mode de transport et par conséquent relever l'automobiliste de la charge de la preuve (Civ. 27 mars 1929, S. 1928.1.356, note de M. Geny, D. P. 1928.1.353, note de M. Ripert ; 7 janvier 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.226 ; 26 février 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.642 ; 22 juillet 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.588).

Cependant, si l'automobile était conduite par le préposé de l'automobiliste, celui-ci serait alors responsable par application de la présomption que l'article 1384, 3e alin., édicte contre les maîtres pour le dommage causé par la faute du préposé. Mais il faudrait que la victime prouvât, bien entendu, la faute du préposé (Req. 26 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.418).

Lorsque des personnes sont montées à l'insu du conducteur sur une automobile, la faute par elles commise fait disparaître celle du conducteur, et, en conséquence, elles ne sont pas fondées à réclamer des dommages-intérêts, alors même qu'elles prouveraient que l'accident dont elles ont été victimes est imputable à la faute du conducteur (Crim. 18 juillet 1929, D. H. 1929.493).

A quelles choses s'applique la présomption de l'article 1384, 1er alin. ? Distinguons entre les meubles et les immeubles.

Meubles. — La présomption s'applique-t-elle à toutes les choses mobilières inanimées sans distinction ? L'arrêt de la Chambre civile du 21 février 1927, précité, avait, en vue d'écarter toute exagération, décidé qu'elle ne visait que les choses soumises à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elles peuvent faire courir. Cet arrêt limitait donc l'application de la présomption aux choses présentant par elles-mêmes un danger. Mais cette distinction, d'ailleurs difficile à faire, entre les choses dangereuses et les autres, car toute chose est dangereuse du moment qu'un dommage est arrivé par son fait, a été abandonnée par l'arrêt précité des Chambres réunies du 13 février 1930. Cet arrêt admet que la présomption de responsabilité vise toutes les choses inanimées. Rappelons, d'autre part, que la présomption s'applique même quand le dommage a été causé par une chose qui se trouvait sous la conduite de l'homme, ce qui vise non seulement l'automobiliste, mais le bicycliste.

Immeubles. — L'article 1384 s'applique-t-il aux immeubles ? Il semble bien que la présomption de faute édictée par cet article ne concerne que les choses mobilières. En effet, pour les immeubles, il y a un texte spécial, l'article 1386, qui édicte une présomption de faute uniquement pour le cas où la ruine de l'immeuble est arrivée par suite du défaut d'entretien ou

par vice de construction. C'est en ce sens que s'étaient prononcées la Chambre des Requêtes (10 février 1925, D. P. 1925.1.97, note de M. Josserand, S. 1925.1.65, note de M. Morel) et la Chambre civile (26 juin 1924, D. P. 1924.1.159, S. 1925.1.65). Mais la Chambre des Requêtes, par un arrêt du 6 mars 1928 (D. H. 1928.197) s'est déjugée et a décidé que le mot « choses », employé par l'article 1384, 1er alin., embrasse aussi bien les immeubles que les meubles et a appliqué ce texte à la réparation du dommage causé par un accident d'ascenseur (V. également en ce sens, Montpellier, 9 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.170). La Chambre des Requêtes tire un argument *a contrario* de la loi interprétative du 7 mars 1922, dont nous allons parler. Cette argumentation est discutable. A quoi sert, en effet, dans ce système, l'article 1386 ? Il n'a plus aucune raison d'être.

Quoiqu'il en soit, l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 semble bien confirmer la thèse de la Chambre des Requêtes, car il emploie l'expression chose inanimée sans épithète.

Loi du 7 novembre 1922 concernant le cas d'incendie. — Fallait-il appliquer l'article 1384, 1er alin., au cas où un incendie prend naissance dans une chose et cause un dommage aux voisins ?

La Cour de Cassation s'était prononcée pour l'affirmative dans une espèce où il s'agissait de l'incendie de tonneaux de brai déposés dans une gare (Civ., 16 novembre 1920, D. P. 1920.1.169, note de M. Savatier, 15 mars 1921, D. P. 1922 1.25, note de M. Ripert). Il n'y avait pas de raison de ne pas appliquer la même solution au cas où l'incendie éclatait dans un immeuble et se propageait dans les immeubles voisins. Les compagnies d'assurances contre l'incendie firent remarquer que si cette nouvelle solution triomphait, elles seraient obligées d'augmenter très sensiblement les primes qu'elles demandent pour assurer les propriétaires d'immeubles contre le risque du recours des voisins. Et c'est à leur demande qu'a été votée la loi du 7 novembre 1922. Cette loi décide que celui qui détient à un titre quelconque, c'est-à-dire comme propriétaire, usufruitier, locataire, emprunteur, tout ou partie d'un immeuble ou de meubles dans lesquels un incendie a pris naissance, n'est responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. C'est donc à la victime du dommage à faire ici la preuve de la faute de celui qui détient les choses dans lesquelles l'incendie a pris naissance.

On s'est demandé si cette loi devait être considérée comme interprétative ou comme une modification du droit antérieur. Question importante, car, si la loi est interprétative, elle doit être appliquée aux faits qui se sont produits avant sa promulgation. La jurisprudence a décidé avec raison que la loi devait être considérée comme interprétant l'article 1384, 1er alin.

Ajoutons enfin que cette loi de 1922 ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires d'un immeuble ; la responsabilité des locataires en cas d'incendie demeure régie par les articles 1733 et 1734.

Conclusion. — Nous pouvons résumer dans les propositions suivantes les règles de la responsabilité du fait des choses inanimées :

1° On est responsable du dommage causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde, à moins qu'on ne prouve que le dommage est arrivé par la faute exclusive de la victime, ou par un cas fortuit ou de force majeure. Cette responsabilité a pour fondement la présomption d'une faute commise par celui qui a la garde de la chose.

2° L'expression chose inanimée comprend non seulement les meubles, mais les immeubles. Elle comprend également les choses qui se trouvent, au moment où le dommage est causé, actionnées par la main de l'homme.

3° La présomption de responsabilité ne s'applique pas au dommage causé au tiers par un incendie qui a pris naissance dans une chose mobilière ou dans un immeuble. Elle ne s'applique pas non plus au dommage causé par la ruine d'un bâtiment (art. 1386).

APPENDICE

DES CAS DE RESPONSABILITÉ SANS FAUTE.

Dans un certain nombre de cas, la victime d'un dommage causé par autrui a droit à une réparation sans qu'il y ait lieu de rechercher si le responsable a ou non commis une faute. Ces hypothèses, jusqu'à présent, constituent des exceptions aux principes généraux, mais elles se multiplient, ce qui constitue une manifestation de plus des progrès de l'idée du *risque créé*, générateur de responsabilité. Il en résulte pratiquement une véritable nécessité pour les personnes ainsi assujetties au risque légal de contracter une assurance de responsabilité et cela d'autant plus que, en pareille matière, il doit être admis logiquement que le responsable ne peut être exonéré même par la démonstration d'un cas fortuit.

On peut répartir en deux groupes les hypothèses exceptionnelles que nous signalons : 1° Cas relevant du Droit civil ; 2° Cas relevant du Droit administratif ou, plus généralement, supposant un rapport juridique entre l'Administration et des particuliers.

I. — CAS OU LE DROIT CIVIL MET A LA CHARGE D'UNE PERSONNE LE RISQUE DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UNE AUTRE PERSONNE.

Ces cas sont les suivants :

1° Responsabilité de l'employeur en cas d'accidents du travail. — Le patron qui emploie un salarié est obligé, en vertu de la loi du 9 avril 1898, complétée par diverses lois postérieures, de payer une indemnité au salarié victime d'un accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail. L'accident est un risque de la profession. Il est juste que ce risque soit supporté à la fois par les deux contractants, parce que l'un et l'autre tirent profit du travail exécuté, l'employeur par ses profits, le salarié par ses salaires. C'est pourquoi la loi fixe forfaitairement le montant de l'indemnité qui doit être servie à la victime ou à ses représentants suivant la gravité de l'incapacité du travail causée par l'accident. Cette indemnité est à la charge du patron, mais ne correspond jamais en principe à la totalité du dommage subi, infériorité qui constitue la quote-part du risque laissée à la charge du salarié[1].

2° Responsabilité des dommages causés par les aéronefs. — La loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne dispose (art. 53) que l'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'appareil ou les objets qui s'en détacheraient aux per-

1. Voir pour l'étude de cette importante législation Capitant et Cuche, *Précis de législation industrielle*, n°s 296 et s.

sonnes ou aux biens situés sur le sol, et cela quand bien même la chute aurait été causée par un cas de force majeure. Cette responsabilité ne peut être écartée que par la démonstration de la faute de la victime.

En ce qui concerne le dommage causé à un aéronef par les évolutions d'un autre aéronef, la responsabilité (art. 52) demeure soumise aux dispositions du Code Civil. Il en est de même de la responsabilité de l'exploitant de l'aéronef à l'égard de sa clientèle, c'est-à-dire des personnes ou des marchandises qu'il transporte (art. 41 à 48).

II. — Cas ou l'administration garantit le risque des dommages subis par des particuliers.

Cette responsabilité se justifie par une pensée de solidarité nationale. Il a paru juste que la collectivité quand bien même on ne pourrait établir qu'elle a commis une faute, supporte les dommages qui ont été subis dans son intérêt. D'où les groupes de cas ci-après:

1° Cas admis par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de travaux publics. — L'Administration, bien qu'elle n'ait commis aucune faute, est tenue de réparer les dommages matériels permanents et anormaux causés aux propriétés voisines par l'exécution des travaux publics (V. J. Appleton, *Traité élém. de contentieux administratif*, 1924, nos 209 à 239; Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, 1927; note de M. Hauriou S. 95.3.17).

2° Cas visés par des lois récentes. — Ce sont les suivantes:

A. — *Loi du 16 avril 1914.* — Cette loi, portant modification des articles 108 et 109 de la loi municipale du 5 avril 1884, concerne les dégâts et dommages résultant des crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence sur le territoire des communes, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit envers les personnes, soit contre les propriétés. Elle décide que l'Etat contribue pour moitié, *en vertu du risque social*, au paiement des dommages-intérêts et frais, et la commune pour l'autre moitié quand même on ne peut lui reprocher aucune faute.

B. — *Lois du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés aux biens, et du 24 juin 1919 sur les dommages causés aux personnes, par le fait de la guerre.* Ces deux lois proclamant l'égalité et la solidarité de tous les Français devant les charges de la guerre, donnent aux victimes le droit à la réparation intégrale de ces dommages.

C. — *Loi du 3 mai 1921.* — Cette loi, s'inspirant du même principe, mais d'application plus large, car elle ne vise pas seulement le temps de guerre, mais même celui de paix, concerne les dommages corporels ou matériels causés aux biens par suite d'explosions, déflagrations, émanations de substances explosives, corrosives, toxiques, etc., se trouvant dans les dépôts de munitions, navires de guerre, arsenaux et manufactures de l'Etat, ou dans les établissements, usines ou exploitations privées travaillant pour la défense nationale. Lorsque la réparation de ces dommages

ne peut être obtenue par le secours du droit commun, c'est-à-dire en vertu des articles 1382 et s. du C. Civ., les indemnités sont payées aux victimes par l'Etat, sauf recours partiel de celui-ci contre le chef d'entreprise, au cas où l'accident s'est produit dans un établissement privé. L'étendue de ce recours varie suivant l'importance de l'établissement.

Dans la mesure où elle permet ce recours, la loi crée, remarquons-le, un risque nouveau pour le chef d'entreprise, celui du *risque du travail pour la défense nationale*.

CHAPITRE II

ENRICHISSEMENT INJUSTE

Si nous faisons abstraction, d'abord, de l'hypothèse d'une gestion d'affaires, objet des articles 1372 à 1376, dont il convient de parler en même temps que du contrat spécial de *mandat*, et, en second lieu, de la ***volonté unilatérale***, dont nous avons déjà parlé (à propos des *pollicitations* et des *stipulations pour autrui*), il ne nous reste à signaler, comme source d'obligations, plus précisément comme source *non contractuelle*, que l'***enrichissement injuste aux dépens d'autrui***.

Aucun texte positif ne vise *in terminis* cette règle générale d'équité que ***nul ne peut s'enrichir sans droit aux dépens d'autrui***. Mais elle repose sur une tradition constante, venue du Droit romain et de notre ancien Droit. On peut la considérer, avec la Jurisprudence, comme étant encore en vigueur dans notre législation civile, ainsi que l'action *de in rem verso* qui en constitue la sanction. C'est l'une de ces règles qui, nous l'avons vu (V. t. I^er^, p. 28), résultent de la Coutume.

D'ailleurs, si le Code ne formule pas le principe général, il en consacre plusieurs applications de détail. On peut considérer que la plus importante de ces applications est l'obligation de restituer imposée à celui qui a reçu le *paiement de l'indu* (art. 1376 à 1381), obligation sanctionnée par l'***action en répétition de l'indu*** ou *condictio indebiti*, qui fait, dans le Code civil, l'objet de textes précis et développés. Mais cette obligation repose aussi sur une autre base, car elle peut se rattacher à la théorie de la ***cause***.

Nous commencerons par étudier la matière spéciale du paiement de l'indu. Puis, dans une deuxième section, nous arriverons à la théorie générale de l'obligation créée par l'*enrichissement injuste* et de l'action *de in rem verso*, sa conséquence, et nous analyserons le fonctionnement de l'une et de l'autre.

SECTION I. — RÉPÉTITION DE L'INDU.

Action en répétition de l'indu. Son fondement. — Aux termes de l'article 1376, « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ». L'action par laquelle le *solvens* réclame ce qu'il a indûment payé à l'*accipiens* porte le nom d'***action en répétition de l'indu***.

Rien de plus simple juridiquement que d'expliquer cette action. Elle est ***une application de la théorie de la cause***. En effet, le paiement a pour

cause une dette qu'il est destiné à éteindre. « Tout paiement suppose une dette », dit l'article 1235, Ier al. Si donc la dette, cause du paiement, n'existe pas, le paiement est nul, parce qu'il manque d'un élément essentiel à sa validité. En conséquence, c'est encore l'article 1235 qui parle, « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. » Le droit pour le *solvens* de répéter ce qu'il a indûment payé est la conséquence naturelle de la nullité du paiement.

Malheureusement, le Code ne s'en est pas tenu à cette analyse simple et claire de l'action en répétition de l'indu. Plus loin, il est revenu sur cette matière, au chapitre des quasi-contrats ; et là, il nous présente l'obligation de l'*accipiens* de restituer ce qu'il a indûment reçu, comme une obligation *quasi-contractuelle* (art. 1376 et s.).

Cette seconde conception a jeté une certaine obscurité sur le fondement théorique de notre action. Les auteurs, se conformant à la classification du Code, se sont évertués à chercher une base à l'obligation de l'*accipiens*, dans un acte de volonté de sa part. On doit présumer, ont-ils avancé, que celui qui reçoit un soi-disant paiement entend s'engager à restituer la chose payée, s'il se trouvait en définitive qu'elle ne fût pas due. Cette présomption de volonté n'a qu'un défaut, c'est qu'elle est exactement contraire à l'intention que manifeste l'acte de l'*accipiens*. Il est évident que, dans sa pensée, celui-ci ne reçoit pas pour rendre ; cela n'est pas douteux s'il est de bonne foi ; cela l'est encore moins s'il est de mauvaise foi, car il espère bien alors conserver ce qu'il a reçu.

I. Conditions de la répétition.

Faut-il un paiement fait par erreur ? — La répétition peut être demandée toutes les fois que le paiement est sans cause, soit que la dette n'existât pas, soit qu'elle fût entachée de nullité.

C'est à celui qui intente l'action à faire la preuve de l'absence de cause. Mais faut-il que le *solvens* prouve en outre qu'il a payé *par erreur* ? C'est une question qui a été vivement discutée. Dans les articles 1235, 1er al. et 1376, il n'est point parlé de l'erreur. Au contraire l'article 1377, prévoyant le cas où la dette est payée par un autre que le véritable débiteur, énonce expressément la condition d'erreur. « Lorsqu'une personne qui, par *erreur*, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. » La plupart des auteurs admettent qu'il faut sous-entendre la condition d'erreur dans les deux premiers textes. D'abord, la tradition romaine et de notre ancien Droit est en ce sens (1, § 1, D. *de condict. indeb.*, XII, 6 ; Pothier, *Traité du quasi-contrat promutuum et de l'action condictio indebiti*, 132, éd. Bugnet, t. 5, p. 101.) De plus, dit-on, l'équité n'exige nullement que la loi vienne au secours de celui qui a payé *sciemment* ce qu'il ne devait pas. Le paiement de l'indu fait sciemment n'est pas un paiement sans cause ; il peut s'expliquer par diverses raisons variables suivant les espèces : désir de faire une libéralité, de payer une obligation naturelle, de rendre service au véritable débiteur, ou encore de confirmer une obligation annulable.

D'autres auteurs, s'attachant à la lettre des textes, enseignent que l'erreur du *solvens* n'est une condition de la répétition que dans l'hypothèse expressément visée par l'article 1377 (paiement d'une dette existant véritablement, mais par un autre que le véritable débiteur). Dans les autres cas de paiement de l'indu (paiement d'une dette qui n'existe pas réellement ou est nulle), la répétition pourrait avoir lieu, même quand le *solvens* aurait payé sciemment.

Nous estimons que ces deux opinions sont inexactes l'une et l'autre comme trop absolues, et qu'on peut tirer de la Jurisprudence une distinction à la fois équitable et rationnelle qui est la suivante.

Dans la majorité des hypothèses, le *solvens* ne peut répéter l'indu qu'en prouvant qu'il n'a pas payé en connaissance de cause et volontairement. Ce sont toutes celles où aucun obstacle légal ne s'oppose à ce que le *solvens* fasse au profit de l'*accipiens*, du moment qu'il la fait en connaissance de cause, une prestation *légitimement causée*. Alors, en vertu de ce principe déjà rencontré que toute obligation ou toute prestation doit être présumée, jusqu'à preuve du contraire, reposer sur une cause valable (art. 1132), c'est au *solvens* qu'il incombe de démontrer, pour écarter cette présomption, que son paiement a été fait par erreur, ou, ce qui revient au même, sous l'empire d'une contrainte. L'article 1377 nous fournit lui-même un exemple topique des hypothèses de ce genre. Il suppose qu'une dette existe, mais qu'elle est par erreur payée par un autre que le débiteur. Rien ne s'oppose à ce que l'on paie la dette d'autrui (art. 1236, al. 2) ; et, en fait, il arrive souvent que le paiement émane d'un autre que du débiteur, soit que le *solvens* ait voulu faire une libéralité à ce débiteur, soit qu'étant tenu envers lui, il s'acquitte en payant le créancier de son créancier, soit enfin qu'il ait entendu *gérer l'affaire* du débiteur. Le *solvens*, puisqu'il y a tout lieu de présumer que son intervention a eu une cause valable, ne pourra donc répéter qu'en démontrant qu'il a payé par erreur, ou, d'une manière plus générale, *involontairement*.

Il y a d'autres hypothèses où, au contraire, le *solvens* n'aura pas besoin de faire cette preuve, et pourra répéter même s'il a payé sciemment. Il en sera ainsi *lorsqu'un obstacle légal s'opposait à la validité d'un paiement* fait par lui. L'exemple le plus significatif est le cas où le *solvens* a acquitté une dette qui était nulle comme reposant sur une cause *immorale ou illicite*. Le paiement alors est sans cause, même s'il a été fait sciemment, car il ne peut valoir comme confirmation.

Reprenons successivement chacune de ces deux séries d'hypothèses.

1° Hypothèses où la répétition est subordonnée à la preuve d'un paiement involontaire. — En dehors de l'hypothèse de l'article 1377, voici les divers cas à signaler :

A. — C'est d'abord celui où le *solvens* n'a fait qu'exécuter une *obligation naturelle*. Alors — et l'article 1235 le dit en propres termes — il ne peut répéter que s'il prouve avoir payé involontairement. L'article 1967 contient une application de cette idée pour le cas du jeu ou du pari. Le perdant, dit-

il, ne peut dans aucun cas répéter ce qu'il a volontairement payé.

B. — Même solution pour l'héritier qui acquitte un legs révoqué par un testament postérieur (Req., 19 janvier 1886, D. P. 86.1.88, S. 86.1.200).

C. — La Jurisprudence contient encore toute une série de solutions du même genre dans des cas où la cause déterminante du paiement a été une erreur soit sur l'existence de la dette (Req., 11 mars 1885, D. P. 85.1.417, S. 86.1.51; Civ., 28 juillet 1886, D. P. 87.1.39, S. 86.1.416 ; 18 juillet 1900, D. P., 1900.1.432, S., 1900.1.460), soit sur la personne du créancier (Civ., 6 janvier 1913, D. P. 1913.1.511).

Nous avons employé cette formule générale que le *solvens* doit prouver un paiement fait *autrement qu'en connaissance de cause*. En effet, il n'est pas toujours nécessaire que, dans les hypothèses indiquées, le paiement ait été fait par erreur. Le *solvens* a pu payer sous l'empire des circonstances, parce qu'il y était *contraint et forcé*, quoique sachant bien qu'il ne devait rien. En pareil cas, la preuve de la contrainte produit le même résultat que celle de l'erreur. Il en est ainsi dans les deux exemples suivants. où l'action en répétition de l'indu est certainement admissible.

A'. — J'ai déjà acquitté la dette, mais j'ai égaré la quittance. Poursuivi par le créancier et ne pouvant prouver ma libération, je me décide à payer de nouveau afin d'éviter une condamnation ; puis postérieurement je retrouve la quittance égarée (V. Civ., 2 avril 1890, D. P. 91.1.182, S. 92.1.15).

B'. — Le *solvens* a fait le paiement sous le coup d'une *contrainte administrative* et pour éviter des poursuites. C'est, par exemple, l'acquéreur d'un immeuble qui verse, sur une contrainte délivrée contre lui par l'administration des contributions directes, la contribution foncière des années précédentes en l'acquit de l'ancien propriétaire (C. d'État, 28 janvier 1887, D. P. 88.5.141 et 2 novembre 1888, *Rec. des arrêts du Cons. d'État*, 1888, p. 782; Cons. d'État, 7 février 1890, S. 92.3.61).

2° **Hypothèses où la preuve de l'erreur est inutile.** — Voici deux hypothèses où il en sera ainsi.

A. — C'est d'abord le cas où l'obligation avait un *objet illicite ou immoral*. Alors, la répétition est toujours admise, sans que le *solvens* ait à prouver qu'il a commis une erreur. En effet, même volontaire, le paiement qu'il a fait est dépourvu de cause licite. Mais notons qu'en pareil cas, l'action en répétition se heurte parfois, telle est du moins la doctrine de la Chambre des Requêtes, à un obstacle qui la paralyse et qui résulte de la règle formulée par l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Par exemple, l'individu qui a acquis une maison de tolérance, ou une maison de jeu, ne peut pas répéter le prix qu'il a payé (Req., 1er avril 1895, D. P. 95 1.263, S. 96.1.289, note de M. Appert ; 15 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 22-25 avril 1911).

Cependant cette jurisprudence ne refuse pas toujours au *solvens* l'action en répétition. Ainsi elle ne la refuse que si le contrat présente un caractère immoral ou illicite *pour celui qui intente l'action en répétition*. Si, au con-

traire, la faute commise n'est imputable qu'à l'autre partie, le *solvens* peut répéter. Ainsi, en matière de cession d'office ministériel avec contre-lettre stipulant un supplément de prix, le *solvens* peut réclamer la restitution de ce supplément, parce que la faute n'est imputable qu'au cédant (Req., 18 mars 1895. D.P. 95.1.346. S. 96.1. 11 ; Grenoble, 26 juin 1907, D. P. 1908.2.363, S. 1909.2.22).

De même, celui qui aurait versé une somme pour empêcher l'*accipiens* de commettre un délit pourrait la répéter.

B. — L'obligation est nulle pour cause d'incapacité du *solvens*, lequel était encore incapable au moment où il a payé. Le représentant de celui-ci peut demander la répétition du paiement, même fait en connaissance de cause.

II. — Etendue de la restitution qui incombe à l'accipiens

L'action en répétition de l'indu et le principe général dont elle est une application, se fondent traditionnellement sur l'équité, autant que sur les principes généraux du droit des obligations. C'est pourquoi le Code a atténué au profit de l'*accipiens de bonne foi* les conséquences logiques qui découlent de la nullité du paiement. Distinguons deux hypothèses :

1° *Accipiens de mauvaise foi.* — L'*accipiens* est de mauvaise foi quand il a reçu le paiement en connaissance du vice dont il était entaché. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il sait que le paiement lui a été fait pour une cause contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois. Il doit en ce cas, nous dit l'article 1378, restituer tout ce qu'il a reçu, « tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement ».

Si la chose qui lui a été remise est un meuble corporel ou un immeuble, il doit la restituer en nature, si elle existe encore ; il restituera sa valeur, si la chose a péri ou a été détérioré par sa faute (art. 1379). L'*accipiens* est également tenu de restituer la valeur de la chose au moment où l'action est intentée, s'il l'a aliénée. Il ne pourrait donc pas se libérer en offrant le prix, au cas où ce prix serait inférieur à la valeur actuelle (art. 1380, *a contrario*). Enfin, l'*accipiens* de mauvaise foi doit encore restituer la valeur de la chose, même si elle a péri par cas fortuit (art. 1379 *in fine*). Supportant ainsi les risques de la chose, il est donc assimilé au voleur (art. 1302, al. 4).

Le défendeur de mauvaise foi n'a droit à une compensation que s'il a fait des dépenses nécessaires ou utiles pour la conservation de la chose (art. 1381). Il pourra dans ce cas exiger le remboursement de ces dépenses, soit pour la totalité, si elles ont été nécessaires, soit pour la plus-value procurée à la chose, si ce sont des dépenses utiles.

2° *Accipiens de bonne foi.* — L'*accipiens* de bonne foi est tout autrement traité. En *principe*, *il ne restitue que ce dont il s'est enrichi*. En conséquence :

A. — Il ne doit pas compte des fruits et intérêts qu'il a perçus (argument art. 1378).

B. — S'il a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente (art. 1380).

C. — Si la chose a péri par cas fortuit, il est libéré (argument art. 1379).

D. — Dans un cas particulier, la loi crée à son profit une fin de non-recevoir qui paralyse l'action en répétition.

Il faut supposer pour l'application de cette règle spéciale qu'il s'agit d'un paiement fait par un autre que le véritable débiteur. Si, à la suite de ce paiement, l'*accipiens a supprimé son titre de créance*, il est dispensé de toute restitution (art. 1377, al. 2). La raison de cette règle est que le créancier se trouve privé désormais du moyen de preuve qu'il avait contre son débiteur. Il serait donc injuste de l'obliger à restituer une somme qu'il ne pourrait plus se faire payer.

On devra, croyons-nous, appliquer la même règle au cas où le délai de la prescription libératoire se serait accompli, et à celui où le créancier aurait été empêché par le paiement de faire valoir en temps utile les sûretés qui garantissaient sa créance (Caen, 20 mars 1891, D. P. 92.2.177, note de M. Lebret, S 92.2.204; Civ., 27 novembre 1912, D. P. 1913.1.96, S. 1913.1.89. V. cependant Req., 4 août 1859, D. P. 59.1.362, S. 60.1.33). Dans toutes ces hypothèses, la loi ne donne au *solvens* qu'un recours contre le débiteur libéré, recours fondé sur l'enrichissement que le paiement a procuré à ce dernier.

En résumé, on voit que l'obligation de l'*accipiens de bonne foi* se limite à l'enrichissement résultant du paiement.

Ainsi, la théorie du paiement de l'indu nous amène tout naturellement à celle, plus générale, de l'enrichissement sans cause.

SECTION II. — Action « de in rem verso ».

Origine historique de la règle. — Un texte bien connu de Pomponius (206, D. *de regulis juris*, L. 17) déclare que, d'après le Droit naturel et l'équité, nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui : « *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* (Cf. 14. D. *de condict. indeb.*, XII, 6). Il y a là un précepte de morale sociale qui s'impose nécessairement à l'esprit. Cependant il ne faudrait pas — la moindre réflexion le démontre — comprendre cette formule comme signifiant qu'il n'est permis à personne de s'enrichir grâce aux dépenses faites par autrui. On risquerait fort ainsi de dépasser le but, et on aboutirait à des solutions inadmissibles que le texte même du Digeste nous autorise à repousser. Deux exemples nous permettront de nous en convaincre.

Supposons d'abord que, par des embellissements exécutés sur son fonds, mon voisin ait augmenté la valeur du mien, ou encore, que, par des travaux destinés à le défendre contre les inondations, il ait également assuré la sécurité d'un héritage inférieur m'appartenant. L'auteur des travaux ne pourra pas évidemment me réclamer une indemnité à raison de mon enrichissement ; car l'enrichissement ne doit en équité donner lieu à une

1. Ripert et Teisseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en Droit français*, Rev. trim de droit civil, 1904; H. Loubers, *L'action « de in rem verso » et les théories de la responsabilité civile*, Rev. crit. de législ. et de jurispr., 1912; André Rouast, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, Rev. trim. de droit civil. 1922; notes de MM. Petiton D P. 89.1.393; Labbé S. 90.1.97 et 93.1.281; Planiol, D. P. 91 1.49; Sarrut, D. P. 92.1.161; Wahl, S. 1907.1 465; Naquet, S. 1910,1,425; Bourcart, S. 1911.1.313; Maury, thèse, Toulouse, 1920; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* p. 231 s.

obligation de remboursement qu'autant qu'il est obtenu *au détriment* d'autrui, *cum alterius detrimento*, c'est-à-dire s'il suppose un *appauvrissement* correspondant chez autrui. Et tel n'est pas le cas ici. Que j'aie profité ou non des travaux du voisin, celui-ci n'en sera ni plus. ni moins riche.

Supposons, en second lieu, que, locataire d'un terrain pour une période de vingt ans, j'y aie fait des constructions dans mon intérêt personnel, pour faciliter l'exercice de mon droit de jouissance. A la fin du bail, ces constructions appartiendront au propriétaire. Si je n'ai pas stipulé dans le bail une indemnité pour leur valeur, mon bailleur ne sera pas obligé de me rembourser la plus-value qu'elles donnent à son fonds. La raison en est que, dans ce cas, l'enrichissement n'a pas eu lieu *injuria*, il n'est pas *sans cause*. Il est la conséquence du contrat de bail conclu entre mon bailleur et moi.

Aussi, serait-ce une erreur de croire que, à Rome, toutes les fois qu'un enrichissement se produisait au profit d'un patrimoine et aux frais d'un autre, il y avait lieu à indemnité.

La vérité, c'est que les Romains avaïent créé un certain nombre d'actions personnelles, ou *condictiones,* permettant, dans diverses hypothèses, à la victime d'un enrichissement réalisé par autrui à son préjudice de réclamer la réparation pécuniaire de ce préjudice. Ces *condictiones*, outre la *condictio indebiti*, correspondant à notre actuelle répétition de l'indu dont nous venons de parler, étaient les suivantes : la *condictio causa data, causa non secuta*, au cas de prestation faite en vue d'une cause future qui ne s'est pas réalisée ; la *condictio ob turpem vel injustam causam.* au cas d'enrichissement provenant d'un acte immoral ou d'un délit ; enfin la *condictio sine causa*, d'application plus générale, fonctionnant dans les cas où l'enrichissement aux dépens d'autrui n'était pas la conséquence d'un acte juridique. De plus, le Droit romain venait au secours de ceux qui avaient contracté avec un *alieni juris*, sans que celui-ci en eût reçu l'ordre du *pater familias ;* il leur donnait une action dite *de peculio* ou *de in rem verso,* pour leur permettre de poursuivre le *pater familias* jusqu'à concurrence du profit que l'opération de l'*alieni juris* lui avait procuré (V. Girard, *op. cit.*, 6e éd., p. 621 et s.).

Nos anciens auteurs s'en tinrent, en cette matière, aux solutions du Droit romain. Certains, comme Bouteiller, puis Domat (*Loix civiles*, 1re partie, liv. II, tit. 7. sect. I, p. 10, éd. Remy, I, p. 466), tout en reproduisant l'énumération des *condictiones* formulées par Justinien, énoncèrent le principe sous une forme générale analogue à la phrase de Pomponius : *Locupletari non debet quis ex alterius jactura.* En revanche, Pothier se contenta de parler en détail d'une seule des applications de la règle, à savoir de la *condictio indebiti* (*Contrat appelé promutuum et action condictio indebiti*, éd. Bugnet, t. V, p. 101 et s.). Il est vrai qu'il ajoute ailleurs (*Du quasi contrat negotiorum gestorum*, *ibid.*, p. 247) que « l'équité naturelle ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui »... et que « dans la jurisprudence française... l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action ». Quant à l'action qui tendait à répéter l'enrichissement injuste, on lui donnait de plus en plus le nom général d'action *de in rem verso.*

L'enrichissement sans cause et l'action de in rem verso dans le Droit civil actuel. — C'est parce qu'ils ont, suivant leur habitude, reproduit Pothier, que les rédacteurs du Code civil n'ont traité que de l'action en répétition de l'indu. Mais il n'est pas douteux qu'ils n'ont pas entendu rompre avec la tradition romaine que l'ancien Droit avait constamment suivie, et abolir l'action *de in rem verso* ; car on rencontre çà et là, dans le Code, plusieurs applications de la règle que nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'autrui.

La plus importante, celle qu'on retrouve le plus souvent, peut ainsi se formuler : toutes les fois qu'une personne est obligée de *restituer* une chose, soit parce que son titre d'acquisition est résolu, soit parce qu'il est nul, elle a droit au *remboursement des impenses nécessaires* qu'elle a faites, et des dépenses d'amélioration dans la mesure de la *plus-value* donnée à la chose. C'est ce que décident les articles 861-862 pour les cas du rapport d'un immeuble à succession par un héritier donataire, l'article 1673 pour le cas d'exercice par le vendeur de l'action en réméré, l'article 1381 pour le cas de paiement de l'indu, l'article 1947 pour les dépenses que le dépositaire a faites en vue de la conservation de la chose déposée, l'article 2080 pour les dépenses faites par le créancier gagiste sur la chose donnée en gage, l'article 2175 pour le cas où le tiers détenteur délaisse l'immeuble hypothéqué ou subit l'expropriation.

Une autre application du même principe se rencontre encore dans les diverses hypothèses d'*accession* (art. 554, 555, 570, 571, 577), où nous voyons le propriétaire de la chose principale obligé d'indemniser celui de la chose accessoire qui s'y est incorporée.

Enfin, sous le régime de *communauté entre époux*, c'est par une manifeste application du principe en question que le patrimoine propre de l'un des époux qui s'enrichit au détriment de la communauté, lui doit une récompense (art. 1437), et que réciproquement il a droit à récompense, quand une valeur propre est tombée dans la communauté.

Mais, en dehors de ces dispositions formelles, faut-il appliquer la règle que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, aux innombrables hypothèses ou l'équité paraît en postuler l'extension ? Si oui, quel est, en l'absence d'un texte général, le fondement de cette extension ? Et enfin, quel est le critérium qui permettra d'accorder l'action *de in rem verso* quand il le faut, de la refuser dans les hypothèses où le bon sens commande de ne pas l'admettre, comme dans les deux exemples que nous avons donnés plus haut ? On a sur tous ces points longuement discuté. Nous ne citerons que deux des théories échafaudées par les auteurs.

L'un de ces systèmes enseigne que l'action *de in rem verso* doit être attribuée chaque fois que l'enrichissement provient d'une *gestion d'affaire imparfaite* ou *anormale*, c'est-à-dire d'une immixtion dans les affaires d'autrui, n'offrant pas cependant toutes les conditions requises pour qu'il y ait eu gestion d'affaire proprement dite (Civ., 16 juillet 1890, D. P. 91.1.49, note de M. Planiol, S. 94.1.19. — Cf. Poitiers, 2 décembre 1907, D. P. 1908.2. 332, S. 1909.2 41). Il faut rejeter cette théorie comme incertaine, arbi-

traire et trop étroite. Il est impossible de déterminer bien exactement ce que ses partisans entendent par *gestion d'affaire anormale*. De plus, leur critérium ne parvient pas à rendre compte des décisions nombreuses où la jurisprudence admet qu'il y a action *de in rem verso*, parce que la gestion d'affaire, normale ou anormale, suppose toujours un *gérant*, c'est-à-dire quelqu'un qui *veut faire l'affaire d'autrui*. Or, dans la plupart des cas où l'action en répétition est accordée, le demandeur, en faisant un sacrifice qu'il entend maintenant récupérer, a voulu faire sa propre affaire et non pas celle d'autrui.

Une autre opinion assigne à l'action *de in rem verso* un fondement qui la rattache au système de la responsabilité objective fondée sur l'idée de *risque*. D'après cette opinion, en effet, le principe que chacun doit subir le risque de son activité, c'est-à-dire doit être responsable du dommage causé par son fait, aurait pour contrepied logique que chacun peut réclamer ce qu'il a créé par son fait, et a le droit de s'en attribuer la valeur ; les deux solutions seraient les faces opposées du même principe : à chacun selon ses œuvres. Et l'on pourrait formuler la règle de manière à en faire une *réplique* rigoureusement symétrique à l'article 1382. « Tout fait quelconque de l'homme qui procure à autrui un enrichissement *sans cause* (car les partisans du système introduisent cette restriction), donne le droit à celui par le fait duquel il a été procuré, de le répéter ».

Nous repoussons cette seconde opinion comme trop large et sans fondement. Elle repose tout entière sur la théorie du *risque*. Les critiques que nous avons formulées précédemment contre cette théorie — aujourd'hui repoussée par la jurisprudence — tombent sur la conséquence qu'on en veut tirer.

Ce que nous pensons, c'est que, comme le disait Pothier, l'action *de in rem verso* et l'obligation de restituer créée par l'*enrichissement sans cause* constituent une règle d'équité, d'*origine et de portée coutumières*. Si donc la coutume lui sert de fondement, à défaut d'un texte positif, c'est aussi la coutume qu'il convient d'interroger pour en déterminer les conditions et le fonctionnement, la coutume, c'est-à-dire la jurisprudence. Or, si l'on systématise les solutions données par les arrêts très nombreux qui, depuis vingt-cinq ans, ont statué sur la matière, voici à quelles règles on est conduit.

Conditions de l'action de in rem verso d'après la jurisprudence française. — Pour qu'il y ait enrichissement injuste et action *de in rem verso*, quatre conditions sont nécessaires :

1° Il faut un enrichissement du défendeur ;

2° Il faut que cet enrichissement soit la conséquence directe d'un appauvrissement subi par le demandeur ;

3° Il faut que l'enrichissement se soit réalisé sans juste cause.

4° Il faut que la personne lésée n'ait, pour obtenir satisfaction, la disposition d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.

1° *Préjudice chez le demandeur.* — C'est par application de cette condition que l'on refusera l'action *de in rem verso* au propriétaire qui, par des travaux d'embellissement ou de défense exécutés sur son propre fonds, a conféré une plus-value au fonds d'autrui (Civ., 18 octobre 1904, D. P. 1905.1.119, S. 1907.1.465 ; V. aussi Civ. 9 novembre 1921, *Gaz. Pal.*, 1922.1.46).

Ajoutons que, même lorsqu'il y a préjudice pour le demandeur, l'action *de in rem verso* devra lui être refusée, si ce préjudice est en réalité imputable à une faute, à une négligence de sa part. De cette solution plusieurs fois consacrée (V. Amiens, 16 février 1901, sous Req., 26 janvier 1903, D. P. 1904.1.391), voici une application caractéristique : Le Crédit foncier avait prêté les fonds nécessaires pour le remboursement d'un créancier hypothécaire venant au premier rang ; il eût pu se faire subroger dans l'hypothèque de ce créancier, mais avait négligé de le faire. L'immeuble ayant été réalisé, le Crédit foncier se trouva primé par l'hypothèque légale des enfants mineurs de l'emprunteur. Il imagina alors d'exercer contre ces enfants l'action *de in rem verso*, puisque c'était grâce à son avance qu'ils avaient pu récupérer leur dû. Son action fut justement repoussée, la perte subie par lui étant imputable à la négligence qu'il avait commise en ne se faisant pas subroger dans l'hypothèque du premier créancier inscrit (Montpellier, 18 mars 1887 sous Req., 11 juillet 1889, D. P. 89.1.393, S. 90.1 97 .

2° *Enrichissement du défendeur.* — Il faut que le patrimoine du défendeur ait été augmenté *directement* par la perte du demandeur. Il faut et il suffit, dit la Cour de cassation, « que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ». C'est le cas pour les incapables qui, ayant obtenu l'annulation d'un contrat passé par eux sans autorisation, ont cependant été enrichis par la prestation de l'autre partie. De même, l'individu qui, sur les indications que lui a fournies spontanément un généalogiste, a recueilli une succession, est tenu de rembourser au généalogiste ses frais et la rémunération de son travail (Poitiers, 2 décembre 1907, D. P. 1908.2.332, S. 1909.2.41 ; Req. 11 décembre 1928, Gaz. Pal. 1929.1.464).

Encore faut-il que cet enrichissement du défendeur soit la suite *directe* du sacrifice ou du fait du demandeur. Pas d'action pour celui-ci, dans le cas où le défendeur n'a bénéficié que d'une plus-value *indirecte*. Par exemple, une ville avait promis une subvention à une Compagnie, concessionnaire d'un chemin de fer d'intérêt local, dans une délibération postérieurement annulée par l'autorité supérieure. La Compagnie, n'ayant pas touché la subvention, réclama à la ville un remboursement correspondant à l'avantage qu'elle avait retiré de la création de ladite ligne. Refus de l'action, par ce motif qu'aucune valeur n'était entrée directement dans le patrimoine municipal, et qu'il y avait eu pour la ville simple *profit indirect* résultant de la création de la voie ferrée (Civ., 31 juillet 1895, D. P. 95.1.391, S. 96.1.397 . Il y avait là un profit analogue à celui qui peut résulter pour un fonds des travaux d'embellissement d'un fonds voisin ; or un tel profit ne peut évidemment donner lieu à aucune réclamation de la part de l'auteur des travaux.

Toutefois il y a lieu de signaler ici une dérogation résultant d'un texte formel, l'article 30 de la loi du 16 septembre 1807. Cette disposition autorise l'Administration à réclamer une indemnité aux propriétés privées ayant acquis une notable augmentation par l'exécution de *travaux publics* ; cette disposition constitue une extension exceptionnelle de la théorie de l'enrichissement sans cause, puisqu'il s'agit ici de *plus-value indirecte*.

3° *Absence de juste cause.* — Il faut encore pour qu'il y ait lieu à l'action *de in rem verso*, que l'enrichissement dont a profité le défendeur soit sans *juste cause*. Que faut-il entendre par ces mots ? Ils ont donné lieu à beaucoup de discussions.

En réalité, le mot *cause* est pris ici dans son sens traditionnel ; il signifie l'*acte juridique* qui explique, qui justifie l'acquisition d'une valeur. En d'autres termes, il faut que l'*enrichissement ne puise pas sa source dans un acte juridique qui en légitime l'acquisition*.

Il est assez facile de préciser cette notion quand l'enrichissement s'est réalisé *directement du patrimoine du demandeur à celui du défendeur*. L'hypothèse type est celle du *paiement de l'indu*. Ici, l'*accipiens* doit restituer, parce que le paiement qu'il a reçu du *solvens* est nul, faute de cause. De même, si nous reprenons les diverses hypothèses où un tiers possesseur a fait des dépenses sur la chose d'autrui et où le Code accorde l'action *de in rem verso* à ce possesseur (art. 861, 862, 1381, 1673, 1948, etc.), nous y constaterons que l'enrichi ne peut, dans aucun de ces cas, invoquer un acte juridique passé entre lui et le *solvens*, acte qui justifie la conservation de la valeur ajoutée à la chose (Req., 11 décembre 1928, Gal. Pal. 1929.1.464).

Inversement, dans d'autres hypothèses en apparence analogues aux précédentes, la loi refuse l'action *de in rem verso* à l'auteur des dépenses qui ont enrichi autrui, parce que cet enrichissement, bien que procuré directement par le patrimoine du *solvens* à celui de l'*accipiens*, se justifie par un acte juridique passé entre les deux parties en cause.

Tel est le cas pour le locataire qui a, pendant la durée de son bail, fait des travaux sur le fonds, en vue de faciliter ou d'augmenter sa jouissance, et qui ne peut pas, à la fin du bail, réclamer d'indemnité au propriétaire, bien que celui-ci profite en définitive des travaux en question. La cause du refus de l'action, c'est que le propriétaire (à moins que le bail ne soit résilié avant sa date d'expiration normale par un fait non imputable au locataire) trouve, dans le contrat de location qui astreint le locataire à la restitution des lieux loués avec leurs adjonctions et embellissements, une juste cause d'enrichissement. Même solution pour le nu-propriétaire à l'expiration de l'usufruit (art. 599, 2e al.).

De même encore, la compagnie d'assurance qui, usant de la faculté donnée par la police, a fait reconstruire les bâtiments endommagés ou détruits, ne peut pas réclamer à l'assuré une somme représentant la différence de valeur du neuf au vieux, car l'assuré puise dans le contrat d'assurance le droit de conserver cette valeur (Req., 21 juillet 1903, D. P. 1904.1.181, S. 1904.1.21).

Que si, au contraire, l'enrichissement s'est réalisé *par l'intermédiaire d'un tiers*, il est plus délicat de discerner si la demande en restitution peut être repoussée par l'allégation d'une juste cause. En quoi en effet un contrat passé entre l'*accipiens* et le tiers intermédiaire peut-il être opposable au *solvens*, si celui-ci a été injustement dépouillé ? Ce contrat n'est-il pas à son égard *res inter alios acta*? Et n'est-il pas dès lors recevable à réclamer à l'*accipiens* enrichi à ses dépens la restitution des frais qui ont procuré cet enrichissement ? En ce sens, un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 juin 1892 (D. P. 92.1.596, S. 93.1.281) a décidé que le propriétaire d'une terre fécondée par les engrais qu'y avait répandus le fermier était tenu d'indemniser le fournisseur d'engrais non payés par le fermier ; et cela sans s'arrêter devant cette objection que l'enrichissement obtenu par le propriétaire avait sa cause dans l'obligation de fumer que le contrat de louage de la terre imposait au fermier.

Mais, depuis cet arrêt, la jurisprudence semble avoir évolué en sens contraire. Ainsi, il a été jugé que le fournisseur impayé d'une pièce de vin ne peut en réclamer le prix à celui à qui l'acheteur en a fait cadeau, la donation constituant pour l'enrichi une juste cause d'acquisition. Et de même l'entrepreneur qui a exécuté des travaux dans un immeuble pour le compte d'un locataire n'est pas admis à exercer l'action *de in rem verso* contre le propriétaire qui profite de ces travaux en vertu d'une clause de son bail, cette clause devant être considérée comme une juste cause de son enrichissement (Req., 12 février 1923, D. P. 1923.1.64 ; Cf. Civ., 18 octobre 1898 D. P. 99.1.105, S. 99.1.165). L'objection consistant à soutenir que le contrat passé par l'*accipiens* enrichi avec l'intermédiaire est inopposable au *solvens* non payé comme étant à son égard *res inter alios acta*, peut être rejetée, car la règle de la *res inter alios acta* ne s'applique aux contrats qu'en tant qu'ils engendrent des obligations. Or le contrat n'est ici invoqué que comme *un fait*, d'où il résulte que l'enrichissement n'a pas été obtenu irrégulièrement.

4° *Absence de toute autre voie de droit.* — La jurisprudence admet aussi, à la vérité sans que des raisons bien sérieuses justifient cette solution, que l'action de *in rem verso* offre un caractère *subsidiaire*, c'est-à-dire qu'elle ne peut être exercée lorsque le demandeur a ou avait à sa disposition une autre voie de droit pour obtenir le remboursement de ce dont il a été appauvri (Civ., 12 mai 1914, S. 1918.1.41 ; 2 mars 1915, D. P. 1920.1.102 ; 12 février 1923, D. P. 1924.1.129, note de M. Rouast).

Quelle est l'étendue de la restitution due au demandeur ? — Ici nous ne rencontrons point de textes détaillés comme ceux que le Code a consacrés à cette question en matière de *condictio indebiti*. Les principes seuls nous fournissent une réponse.

Nous croyons que l'étendue de la restitution est limitée par une double mesure. D'une part, elle ne peut pas dépasser le montant de l'*enrichissement* effectif recueilli par le défendeur, c'est-à-dire du profit que le fait ou

le sacrifice du demandeur lui a procuré. Mais, d'autre part, elle ne peut pas dépasser non plus l'*appauvrissement* du demandeur, c'est-à-dire la somme dont son patrimoine s'est trouvé diminué.

Quant aux intérêts du capital dû, ils ne commenceront certainement à courir que du jour de la sommation de payer adressée au défendeur. C'est aujourd'hui la solution du droit commun (art. 1153).

TITRE II

PRINCIPAUX CONTRATS USUELS

PREMIÈRE PARTIE

LA VENTE

GÉNÉRALITÉS

Définition et importance pratique de la vente. Son caractère translatif. — Perfectionnement du troc primitif par l'introduction d'un facteur économique nouveau, d'une valeur commune d'échange qui semble avoir consisté d'abord en bestiaux (*pecunia*), mais qui, de nos jours et depuis longtemps, est la *monnaie*, la vente a relégué l'antique échange à un rang secondaire. Dans nos sociétés modernes, la vente est le plus important et le plus usuel de tous les contrats. On l'a dit avec raison : tout le monde ne vend pas, mais tout le monde achète.

Juridiquement, on définira la vente *le contrat par lequel une personne, appelée vendeur, transfère à une autre, appelée acheteur, et lui garantit la propriété d'une chose* (ou plus généralement un droit quelconque) *contre un prix en argent que l'acheteur s'oblige à lui verser.*

Il résulte de cette définition que la vente est, dans notre Droit, un contrat : 1° à titre onéreux ; 2° synallagmatique ; 3° consensuel ; 4° translatif de propriété (ou d'autres droits), en même temps que productif d'obligations. L'article 1582 exprime les trois premiers caractères. « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. » Mais ce texte reste muet sur le caractère aujourd'hui essentiellement translatif de la vente. A cet égard, il faut insister sur les deux différences que la vente moderne présente avec la vente du Droit romain :

1° On sait que, dans le Droit romain, la vente n'entraînait pas, par elle-même, le transfert de la propriété. Ce n'était pas un *modus acquirendi*, mais un *titulus ad acquirendum*. La transmission de la propriété s'effectuait, postérieurement à la vente, par le moyen de la *mancipatio*, de l'*in jure cessio*, de la *tradition*. Aujourd'hui, on sait qu'il en est différemment et que la vente est, en soi, translative de propriété. On a, dans notre premier volume, étudié la révolution juridique, réalisé par l'article 1138, dont l'article 1583 ne fait que signaler une application, quand il nous dit : « la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à

l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Ce texte *rectifie* donc l'article 1582 qui a été rédigé conformément à l'ancienne conception romaine.

2° La vente romaine *n'impliquait même pas l'idée d'un transfert de propriété*. Le vendeur ne s'y obligeait pas à transférer le *dominium*. En effet, toutes les choses n'étaient pas susceptibles de *dominium* ; par exemple, les *fonds provinciaux* n'ont pu faire longtemps l'objet que de la propriété bonitaire. Et certaines personnes, par exemple, les pérégrins, n'étaient pas capables d'acquérir le *dominium*. Or, la fonction économique de la vente exigeait qu'elle fût accessible à tous, et pût porter sur tous les biens. De là, la règle romaine que le vendeur s'oblige à transférer et à garantir seulement la *vacua possessio*. Cette solution était d'ailleurs sans inconvénients, car, si l'acquéreur n'avait pas, dès la tradition, acquis la propriété, une prescription très courte la lui conférait bientôt.

Rappelons aussitôt cette conséquence du point de vue romain que la vente de la chose d'autrui était alors possible et valable (11, § 2 et 30, § 1, D., *de act. emti et vend.*, XIX, I ; 25, p. 1, D., *de contrat empt.*, XVIII, I).

Cependant, les Romains avaient aperçu eux-mêmes que, si le transfert de la propriété de la chose vendue peut ne pas être *de l'essence* de la vente, il est forcément de *sa nature*, car il est normal que l'acheteur veuille acquérir le maximum de droits possibles sur la chose qu'il paie. Ils décidaient donc que, lorsque le vendeur était propriétaire, l'acheteur susceptible de le devenir, la chose apte à la propriété quiritaire, l'acheteur était en droit d'exiger le transfert de celle-ci au moyen de l'action *emti*. Et en effet, cette action étant de bonne foi, devait (comme l'exprime encore aujourd'hui le Code civil, art. 1156, 1160) permettre de réclamer tout ce que les parties avaient eu raisonnablement en vue lorsqu'elles avaient contracté.

Dans le Droit moderne, où les obstacles particuliers au Droit romain n'existent plus, le transfert de la propriété est devenu de *l'essence* de la vente. Nous verrons une application de cette idée en étudiant la règle de la nullité de la vente de la chose d'autrui (art. 1599).

Caractère purement consensuel de la vente. Exceptions à la règle. — Le principe, gauchement exprimé par l'article 1582, 2e al., que la vente n'est pas un contrat formaliste, comporte certains tempéraments.

1° La règle n'est vraie que pour les *ventes volontaires* des biens des *personnes capables* de vendre. Nous verrons que les *ventes forcées* sont soumises à des règles de forme particulière, consistant essentiellement dans *certaines mesures de publicité* ayant pour but de faire atteindre le plus haut prix possible aux biens vendus. Quant aux ventes, même volontaires, des immeubles et des valeurs mobilières des *mineurs* et des *interdits*, elles sont soumises, on l'a vu, à certaines habilitations de la part des pouvoirs de haute tutelle (t. Ier, p. 510 et s., 554 et s., 590 et s.,). Les ventes d'immeubles appartenant à des personnes mariées sous le *régime dotal*, quand elles sont, par exception, possibles, ne peuvent être également faites qu'avec des formes rappelant celles des ventes immobilières forcées (art. 1558).

Ajoutons que les immeubles d'un homme marié et les immeubles faisant partie de la communauté entre époux ne peuvent guère, en fait, se vendre autrement que par devant notaire, l'acheteur ne manquant presque jamais d'exiger que la femme renonce, en sa faveur, à son hypothèque légale, et cette renonciation devant être faite par un acte notarié (L. 23 mars 1855, art. 9).

Il y aurait, en somme, peu à faire pour rendre obligatoire le ministère des notaires pour toutes les ventes immobilières. Nous croyons cependant que cette règle, bien que suivie naguère par certaines coutumes et réclamée encore aujourd'hui par de bons esprits, ne doit pas être établie, à cause du nombre considérable de ventes immobilières d'importance minime et même infime qui, vu l'extrême morcellement de notre propriété foncière, se font chaque année en France, et qu'on ne saurait surcharger de frais supplémentaires.

2° Aux termes de l'article 195 du Code de commerce, « *la vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit* et peut avoir lieu par acte public ou par acte sous signature privée ».

3° Il arrive parfois en fait que les parties, en concluant une vente, stipulent qu'un écrit, généralement un acte authentique, sera dressé dans tel ou tel délai, par exemple dans le mois. Cette stipulation assez usuelle donne lieu à diverses questions.

A. — D'abord est-elle obligatoire ? Cela dépend de l'intention des parties, intention que les tribunaux auront à apprécier souverainement en cas de doute. Il se peut que le contrat contenant la stipulation ne soit, dans l'esprit des contractants, qu'un simple projet, et qu'ils aient entendu se réserver jusqu'à la rédaction de l'écrit, une faculté réciproque de dédit : en ce cas, la stipulation ne sera pas obligatoire. Mais il se peut aussi, et ce sera le cas le plus fréquent, que les parties aient entendu conclure définitivement la vente initiale. et que la stipulation relative à l'écrit, ait simplement pour but de leur ménager réciproquement un moyen de prouver leur convention. En ce cas la stipulation sera obligatoire ; et, dans cette seconde hypothèse, il n'est pas douteux, nous semble t-il, que la vente devra être considérée comme datant, non de la passation par écrit ou devant notaire, mais de la convention initiale non rédigée. Naturellement, en cas de doute, ce sera aux tribunaux à déterminer, par une appréciation souveraine des faits de la cause, quelle a été l'intention des parties.

B. — A supposer qu'on se trouve en présence d'une convention obligatoire, de quel moyen disposera chaque partie pour contraindre l'autre à la rédaction de l'écrit ? Le problème est le même que celui qui se pose à propos de toutes les obligations de faire, plus spécialement de celles qui visent une prestation consistant à accomplir tel ou tel acte juridique. Certainement, le tribunal pourra employer le moyen de l'*astreinte*, pour contraindre la partie récalcitrante à se prêter à la rédaction de l'écrit. Nous croyons de plus que le tribunal, en condamnant le vendeur ou l'acheteur à rédiger l'acte écrit, pourrait ordonner qu'en cas de besoin le jugement, acte authentique, tiendrait lieu de titre notarié.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS ET MODALITÉS DE LA VENTE

Pour la vente, comme pour tout autre contrat (art. 1108), il faut : 1° Le consentement des parties contractantes ; 2° La capacité des parties ; 3° Un objet faisant la matière de l'engagement ; 4° Une cause licite.

Nous n'étudierons que les trois premières conditions, négligeant la quatrième. En effet il n'y a pas de vente sans cause, puisque, dans tous les contrats synallagmatiques, la cause de chaque obligation est l'exécution de l'obligation de l'autre partie.

SECTION I. — Du consentement.

Le consentement en matière de vente, dit l'article 1583, porte essentiellement sur la chose et sur le prix. Mais cette notion est, en vérité, un peu bien succincte. Nous avons à étudier deux points : 1° L'*actualité* du consentement ; 2° Les *modalités* possibles du consentement.

§ 1. — Actualité du consentement : Promesses de vente.

Les *promesses de vente* sont, en fait, une opération extrêmement usuelle. Il arrive souvent, par exemple, qu'un locataire se fait, en louant, consentir une promesse de vente ou *option* par son bailleur. Autre application pratique : une société immobilière voulant édifier des constructions sur des terrains morcelés entre plusieurs propriétaires, se fait consentir par chacun d'eux des promesses de vente, qu'elle transformera en ventes fermes le jour où toutes les conditions de son opération seront réunies.

La promesse de vente n'est pas encore une vente. C'est un *avant-contrat*, par lequel le créancier obtient le droit d'acquérir la chose quand il le jugera bon. Cependant, l'article 1589 semble assimiler les deux opérations, car il dit : « *La promesse de vente vaut vente* lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. » En réalité, ce texte vise non pas la promesse de vente proprement dite, ou *promesse unilatérale*, mais la *promesse synallagmatique de vendre et d'acheter* qui, elle, est bien une vente. Il importe de distinguer avec soin ces deux sortes de conventions.

1° Promesse unilatérale de vendre ou d'acheter. — Il y a promesse unilatérale de vente lorsqu'un propriétaire s'oblige à vendre un bien moyennant un prix déterminé à une personne, au cas où celle-ci voudrait l'acquérir.

La promesse unilatérale d'acheter, moins fréquente en pratique que la précédente, est l'engagement que prend une personne envers le propriétaire d'un bien de le lui acheter moyennant un prix déterminé, si celui-ci se décide à le vendre.

Ces promesses ne sont pas visées par l'article 1589, car celui-ci suppose qu'il y a consentement réciproque, c'est-à-dire engagement des deux parties, l'une s'obligeant à vendre et l'autre à acheter.

Quel est donc l'effet juridique de ces promesses ? Deux phases doivent être distinguées :

A. — Il y a *simple pollicitation* d'une partie sans nulle manifestation de volonté de la part de l'autre. Par exemple, je vous écris que, si vous voulez l'acheter, je vous vendrai ma maison ou mon usine à tel prix, le plus souvent en vous fixant un certain délai d'option, parfois sans délai. Nous avons discuté ailleurs la question de savoir si une telle pollicitation engage celui qui la fait. Nous avons vu qu'elle doit être considérée comme astreignant le pollicitant à maintenir son offre pendant le délai d'option que lui-même a imparti à son correspondant, ou, à défaut d'une telle fixation, pendant le temps moral nécessaire à celui-ci pour rendre une réponse réfléchie.

B. — Un pas de plus peut être fait. L'*accipiens a pris acte* de la pollicitation, tout en se réservant de réfléchir et de n'indiquer son option que postérieurement. Alors, il y a accord des volontés, c'est-à-dire promesse de vente obligeant le pollicitant à vendre son bien, si le créancier envers lequel il s'est obligé, par exemple, le locataire, manifeste l'intention de l'acheter.

Reste à savoir, au cas où le créancier se décide à acheter, à quel moment le contrat sera réputé avoir reçu sa perfection. Deux opinions ont été émises sur ce point.

a) On a prétendu qu'on se trouvait ici en présence d'une *vente conditionnelle*, la condition étant en l'espèce l'adhésion du locataire à la promesse du bailleur. Quand cette condition se réalise, elle rétroagit naturellement au jour de la promesse.

b) Plus exacte est l'opinion qui place la conclusion de la vente au moment où le preneur déclare se prévaloir de la promesse à lui faite. La promesse du bailleur n'était pas une vente conditionnelle, car, pour qu'il y eût condition, il aurait fallu qu'il y eût vente, et celle-ci ne peut résulter que d'un *engagement synallagmatique*, lequel ne s'est produit qu'au jour de l'acceptation (Req., 21 février 1910, D. P. 1911.1.389, S. 1910.1.288). D'où les conséquences suivantes pour le cas où la promesse a porté sur un immeuble ;

α. — C'est seulement à partir de cette acceptation qui, seule, confère au preneur un droit réel sur la chose, que l'acheteur pourra faire opérer la transcription de la promesse de vente (Req., 26 mai 1908, D. P. 1909, 1.425, note de M. Percerou, S. 1909.1.327).

β. — Pour que l'adhésion du créancier de la promesse entraîne la vente, il faut que le promettant soit encore propriétaire à ce moment. Si, aupa-

ravant il avait cessé de l'être par l'effet soit d'une autre vente, soit d'une saisie, le créancier n'aurait pas le droit de revendiquer la chose contre le tiers acquéreur (Req., 15 décembre 1891, D. P. 92.1.576). Il ne pourrait que réclamer des dommages-intérêts à son débiteur, en vertu du *droit de créance* que lui avait conféré la promesse. Pourtant, il pourrait demander la nullité de la vente faite à un autre acheteur en vertu de la règle *Fraus omnia corrumpit*, s'il prouvait que celui-ci a été complice de la fraude dirigée contre lui (Nancy, 4 avril 1906, D. P. 1908.2.148, S. 1906.2.241, note de M. Bourcart ; Req., 15 avril 1902, D. P. 1903.1.38, S. 1902 1.316).

γ. — Si le créancier cède son droit éventuel, avant toute option, il y a simple cession de créance, et non mutation immobilière passible des droits fiscaux propres à celle-ci (Civ., 5 février 1873, S. 73.1.178).

δ. — Enfin, si le vendeur soutient que par suite de l'augmentation de valeur prise par l'immeuble entre la promesse et la vente il a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix, on devra apprécier la valeur du bien non pas au jour de la promesse, mais à celui de la vente, car, d'après l'article 1675, c'est au moment de la vente qu'il faut estimer l'immeuble pour savoir s'il y a lésion (En ce sens, Civ., 14 novembre 1916, D. P. 21.1.34, S. 20.1.365, Req., 1er août 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.2.395).

Il y a une variété de promesse unilatérale de vente très répandues en fait. Ce sont les *pactes* ou *promesses de préférence*. Le propriétaire d'un immeuble promet à un tiers de le lui réserver, s'il se décide jamais à le vendre, moyennant que celui-ci lui paiera un prix déterminé d'avance ou équivalent à celui qui serait ultérieurement offert par un autre amateur. Il est à peine besoin de dire qu'un tel pacte ne tombe pas sous le coup de la nullité qui atteint les obligations conclues sous une condition potestative (art. 1174). En effet, la réalisation de la condition ne dépend pas seulement de la volonté de l'auteur de la promesse, mais, pour la plus grande partie, des circonstances qui pourraient le contraindre à vendre son immeuble. Il y a donc condition *potestative simple*.

2° Promesse synallagmatique de vendre et d'acheter. — Un propriétaire promet de vendre son bien moyennant un prix déterminé, et celui à qui il fait cette promesse s'engage de son côté à l'acheter au prix fixé. D'après l'article 1589, cette double promesse *vaut vente*. En effet, chacun des contractants s'est obligé, l'un à vendre, l'autre à acheter. Il y a donc engagement réciproque, c'est-à-dire contrat synallagmatique.

Mais quel est, au juste, le sens de cette formule que *la promesse de vente vaut vente* ? Deux opinions ont été soutenues sur ce point :

A. — D'après les premiers commentateurs du Code civil, l'article 1589 signifierait seulement que la promesse de vente, bien que contenant une obligation de faire, est susceptible d'exécution forcée. Ainsi, l'article 1589 apporterait une exception à la règle générale de l'article 1142, d'après laquelle les obligations de faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée et n'aboutissent, en cas de refus du débiteur, qu'à des dommages-intérêts. La conséquence pratique de cette explication, c'est qu'en cas de promesse de vente, le transfert de propriété ne s'effectuerait qu'au jour de l'exécution soit volontaire, soit forcée de la promesse.

Cette première opinion n'est plus soutenue aujourd'hui. Nous savons à quoi nous en tenir sur ce prétendu principe, que les obligations de faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. Si le sens que l'on prête à l'article 1589 était le véritable, on ne voit pas pourquoi le texte n'aurait visé que les promesses de vente synallagmatiques. Nous avons vu que les promesses de vente unilatérales sont, elles aussi, susceptibles d'exécution forcée, le créancier de la promesse pouvant faire produire à celle-ci un effet translatif par le seul effet de son acceptation.

B. — La vérité, c'est que le transfert de propriété s'effectue dès le moment de la double promesse. Le législateur a voulu que ces formules : *je promets de vendre*, *je promets d'acheter*, soient synonymes de *je vends*, *j'achète*. Le recul dans le futur de l'opération juridique projetée n'est possible qu'autant qu'il n'y a pas d'accord des parties *sur la chose et sur le prix*. Dès lors que cet accord existe, la vente est conclue, sans qu'il faille attacher d'importance aux nuances, peut-être irréfléchies, du langage employé par les contractants (Chambéry, 31 janvier 1894, D. P. 95.2.347, S. 96.2.102).

Si tel est le sens de la loi, il est clair qu'ici encore elle ne fait qu'interpréter la volonté probable des parties. Une intention contraire formellement exprimée devrait être respectée. Cette volonté de reculer dans l'avenir la réalisation de la promesse de vente résulterait-elle de l'apposition d'un *terme* ? On l'a soutenu. Mais la Jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (Req., 26 mars 1884, D. P. 84.1.403, S. 86.1.341). En effet, si la promesse synallagmatique de vente vaut vente, la promesse de vente à terme vaut vente à terme. Or, dans la vente à terme, la formation du contrat et le transfert de propriété ne sont pas différés. Ce qui est renvoyé à l'échéance du terme, c'est la tradition de la chose ou le versement du prix.

En revanche, l'insertion d'une *condition* mettrait obstacle à ce que la promesse de vente réalisât immédiatement le transfert de propriété (Req., 20 octobre 1908, D. P. 1912.1.61).

Des locations-ventes[1]. — Il est quelquefois délicat de discerner si une promesse *unilatérale* de vente n'est pas en réalité une promesse synallagmatique, en d'autre termes une vente pure et simple. C'est le cas pour les *locations-ventes* de mobilier, de machines, d'outillages. Le contrat est présenté comme une location consentie moyennant des annuités déterminées. Puis une clause, qualifiée de *promesse de vente*, ajoute qu'en fin de bail, toutes les annuités ayant été régulièrement payées, le locataire gardera la propriété. L'opération est-elle une location avec promesse de vente ou une vente ? Voici les intérêts de la question :

A. — Les droits d'enregistrements ne sont pas les mêmes. Le droit de bail ne se monte qu'à 0 fr. 20 %; le droit afférent aux ventes de meubles atteint 2% du prix.

B. — Supposons que le preneur aliène la chose soi-disant louée, de telle sorte qu'il ne puisse la restituer au jour où il cesse de verser les loyers convenus. Si on l'a considéré comme un locataire, il sera passible de la

1. Voir les articles de MM. Acher et Cauvière dans les *Annales du Droit commercial* 1914.

peine de l'*abus de confiance* (art. 408, C. pén.). Cette sanction lui sera épargnée, au contraire, s'il doit être regardé comme un acheteur.

C. — Le preneur tombe-t-il en faillite, le fournisseur des meubles, si on le considère comme un bailleur, pourra les reprendre ; il sera en dehors de la faillite. Au contraire, si on voit en lui un vendeur non payé, il ne pourra pas revendiquer la chose, l'article 550 du Code de commerce écartant, en cas de faillite, le droit de revendication du vendeur de meubles non payé.

La solution du problème dépend évidemment des intentions des contractants. Généralement, la Jurisprudence incline plutôt à voir dans ce genre d'opération une *vente simulée*, le qualification de location imprimée au contrat s'expliquant par le désir de frauder le fisc et par les avantages divers qu'il y a, pour le fournisseur, à se faire considérer comme un *locator*. Certaines circonstances dénoteront clairement cette simulation, par exemple, le chiffre exorbitant des soi-disant annuités. En somme, l'opération est le plus souvent au fond une vente à tempérament sous condition résolutoire, celle-ci étant attachée à la suspension du versement des annuités (Req., 16 juin 1885, D. P. 86.1.237, S. 88.1.462 ; 21 juillet 1897, D. P. 98.1.269 ; Paris, 3 avril 1903, D. P. 1903.5.778 ; Orléans, 12 avril 1907, D. P. 1907.2.301).

On trouve, à la vérité, une interprétation contraire dans certains arrêts. Ils s'expliquent par des circonstances différentes de celles que nous avons relevées, circonstances qui permettaient d'attribuer d'autres intentions aux parties. Par exemple, la faculté d'achat pouvait s'exercer, non à la fin du bail, mais à tout moment et moyennant le versement d'une somme fixe, et il était seulement stipulé que les annuités versées jusque-là par le preneur entreraient en déduction de cette somme. Dans de telles conditions, on ne peut s'y tromper ; il y a bien location avec pacte adjoint contenant promesse de vente (Civ., 22 février 1887, D. P. 87.1.500, S. 88.1.87 ; Crim., 19 juin 1903, D. P. 1905.1.483).

§. — Modalités de la vente.

La vente, comme tout contrat, peut être affectée d'un *terme* ou d'une *condition*, ou encore de diverses autres modalités (art. 1584). Certaines de ces modalités sont très usuelles. Nous nous contenterons d'en citer quelques-unes.

I. **Vente avec réserve d'élection d'ami ou de déclaration de command.** — Cette réserve permet de ne pas faire connaître tout de suite le nom du véritable acheteur, parce que celui-ci redoute que le prix ne soit surfait, si sa personnalité était connue. L'acheteur se réserve donc, dans le contrat, la faculté de se substituer une autre personne, généralement non désignée, laquelle prendra le marché pour son compte. Si cette personne, appelée *command*, ne se déclare pas, c'est l'acheteur en nom ou *commandé* qui reste acheteur.

Cette clause, usitée d'abord dans les seules ventes judiciaires, a été ensuite étendue aux ventes amiables. Le Code civil n'en parle pas ; mais il y est fait allusion dans plusieurs textes complémentaires, dont les principaux

sont la loi sur l'enregistrement du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1er, 24°, et la loi du 28 avril 1816, art. 44, 3°.

La vente avec réserve de déclaration de command est moins une vente conditionnelle qu'une vente affectée d'une alternative quant à la personne de l'acheteur, l'un des deux acheteurs éventuels étant dès à présent déterminé et l'autre restant encore inconnu (V. note de M. Glasson, D. P. 95.2.1). Elle est soumise aux conditions suivantes :

1° D'abord, il faut que la réserve d'élection de command soit formelle ·

2° Il faut que la déclaration soit faite dans le délai prescrit par le contrat. Ce délai, d'après la loi fiscale, ne peut excéder 24 heures.

3° Dans le même délai, il faut qu'il y ait notification faite à la Régie ou enregistrement de l'acte de déclaration.

Lorsque ces conditions sont observées, la déclaration de command produit des effets qui ne sont ni ceux d'une revente, ni ceux d'une acquisition faite par mandataire.

D'abord, il n'y a pas une double vente. Le fisc ne perçoit qu'un seul droit. Les conditions de la vente consentie au commandé doivent être forcément celles de l'acquisition faite par le command. Il pourrait, il est vrai, y avoir plusieurs commands, mais il faudrait que les prix payés par eux tous égalassent, en s'additionnant, la somme promise par l'acheteur commandé. Les hypothèques légales ou judiciaires, dont ce dernier serait grevé, ne pèseront pas sur l'immeuble entre les mains du command.

D'autre part, l'acquisition faite par le commandé ne diffère pas moins de celle que ferait un mandataire. Dans cette dernière opération, il y a bien aussi une seule mutation, un seul droit fiscal ; le mandant est bien aussi à l'abri des hypothèques provenant du chef du mandataire. Mais nul délai n'est imparti pour la désignation du mandant. Et si celui-ci n'est jamais désigné, le mandataire qui a acquis *ès qualité* ne restera jamais acquéreur pour son compte.

On peut se demander à quel genre d'opération se rattache la faculté accordée par le Code de procédure (art. 707) aux avoués, quand ils se portent adjudicataires d'un immeuble vendu en justice, de ne désigner le nom de l'acquéreur que dans un délai de trois jours. Cette désignation n'est pas une déclaration du command ; l'avoué est forcément un mandataire. Aussi, la désignation de l'acquéreur ne se fera-t-elle point par acte public comme l'élection d'ami, mais par simple acte au greffe ; et aucune notification n'a besoin d'être adressée à la Régie. On peut relever cependant, entre cette opération et la vente sous réserve de déclaration de command, une certaine ressemblance consistant en ce que l'avoué, faute d'avoir, dans les trois jours, procuré l'acceptation de son mandant, ou, tout au moins, justifié de l'existence du mandat, est déclaré adjudicataire en son nom. Il y a là une forme d'indemnisation accordée au vendeur déçu par la faute de l'avoué.

II. **Ventes subordonnées à certaines opérations ultérieures.** — Les articles 1585 à 1588 envisagent diverses hypothèses de ce genre. La vente peut être subordonnée au *pesage* ou au *mesurage* de la chose ou des quan-

tités vendues (art. 1585, 1586). Ou bien elle est subordonnée à l'*agréage* de l'acheteur qui se réserve de goûter la marchandise, avant d'en faire l'achat (vente *ad gustum*, art. 1587). Ou bien la vente est faite *à l'essai* (art. 1588). Les textes, sans grande raison semble-t-il, établissent des nuances entre ces diverses modalités.

1° La *vente à l'essai*, appelée quelquefois *vente en disponible*, est, en principe, une *vente conditionnelle* (art. 1588). D'où les conséquences suivantes :

A. — Les risques sont, *pendente conditione*, c'est-à-dire jusqu'à l'essai, à la charge du vendeur. C'est la solution du droit commun, en cas de contrat translatif sous condition suspensive (art. 1182).

B. — L'essai une fois accompli et satisfaisant, le droit de l'acheteur remonte au jour du contrat. C'est encore la solution du droit commun en matière de condition. En conséquence, si le vendeur est tombé en faillite, l'acheteur à l'essai échappe au concours des créanciers, et peut revendiquer la chose à lui vendue.

2° Pour les deux autres variétés prévues de vente (vente moyennant *pesage* ou *mesurage* et vente *ad gustum*), les règles établies par le Code sont différentes. Les risques sont bien encore pour le vendeur jusqu'au jour de l'opération ultérieure ; mais la rétroactivité jusqu'au jour du contrat de la translation de propriété semble écartée par les textes. « *La vente n'est point parfaite* » avant que les marchandises ne soient pesées, comptées ou mesurées, nous dit l'article 1585. « Il n'y a point de vente » avant l'agréage nous dit l'article 1587 pour la vente *ad gustum*. Donc, la propriété n'est transférée qu'au jour de l'opération décisive (Civ., 7 janvier 1880, D. P. 80.1.129, S. 82.1.463). Toutefois — et précisément parce que la différence instituée par la loi entre ces deux variétés de vente et la vente à l'essai paraît peu justifiée — la Jurisprudence interprète les articles 1585 et 1587 d'une façon restrictive.

A. — En ce qui concerne les ventes de marchandises qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, il n'y a transfert de propriété différé, que si l'indétermination actuelle du contrat porte *sur la chose vendue*. Exemple : je vous vends dix barriques de vin de ma récolte 1919 à 200 francs l'hectolitre.

Mais il n'en est pas de même si l'indétermination porte seulement *sur le prix*. Il en est ainsi, d'après l'article 1586, dans le cas où des marchandises ont été vendues en bloc. Exemple : je vous vends toute ma récolte 1919 à 200 francs l'hectolitre. Dans ce cas, la propriété est immédiatement transmise à l'acheteur (Req., 18 mars 1902, D. P. 1902.1.190, S. 1902.1.519 ; Aix, 11 juin 1908, D. P. 1910.2.305, note de M. Valéry ; Grenoble, 30 mai 1917, Gaz. Trib., 3-5 juin 1918).

B. — La *vente ad gustum*, assez difficile à différencier, en fait, d'une vente sous condition potestative, est soumise à une jurisprudence particulièrement restrictive, et cela à deux points de vue :

a) L'article 1587 permet de soumettre à l'agréage de l'acheteur les ventes « du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat ». Les tribunaux admettront difficilement l'existence d'un pareil usage. Ainsi, l'avoine ne rentre pas dans les choses qui

puissent être achetées *ad gustum* (Req., 7 avril 1908, D. P. 1908.1.397, S 1910.1.67).

b) Si, en principe, le vendeur soumis à l'agréage de l'acheteur n'a pas le droit de réclamer une expertise en cas de refus qu'il estime capricieux de son acheteur, les tribunaux présument facilement l'expression d'une volonté contraire dans le contrat. Ainsi, la clause stipulant que le vin ou l'huile sera livré « de qualité loyale et marchande » est interprétée comme signifiant qu'en cas de refus de l'acheteur, le vendeur sera en droit de réclamer une expertise (Req., 29 mai 1905, D. P. 1905.1.426, S. 1907.1.494).

III. **Ventes avec arrhes.** — Aux termes de l'article 1590 « si la promesse de vendre » (lisez, si la vente) « a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir : celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double ».

Dans ce texte, le Code envisage *une des applications possibles* de l'arrhe ; il y voit un moyen de dédit, un procédé propre à réserver aux deux parties un certain *jus pœnitendi*. Lorsqu'une vente est conclue de la sorte, c'est évidemment une vente conditionnelle. Mais on peut hésiter sur le caractère de la condition.

A. — Dans une première opinion, on voit dans l'opération une vente *sous condition résolutoire*, la résolution devant résulter de la restitution des arrhes. Cette manière de voir entraîne plusieurs conséquences importantes. La propriété de la chose est réputée immédiatement transférée à l'acquéreur. Les risques seront pour lui. Les droits de mutation seront perçus par le fisc.

B. — Plus satisfaisant nous paraît le système d'après lequel la vente accompagnée d'arrhes est une vente *sous condition suspensive*. La condition est que chaque partie renoncera à retirer son adhésion dans le délai fixé par le contrat. En conséquence, les droits de mutation ne sont dus qu'au jour où la vente est définitivement consolidée ; les risques de la chose sont jusque-là, à la charge du vendeur (Req., 26 décembre 1927, *Gaz. Pal.*, 1928.1.434).

Bien entendu, la règle de l'article 1590 est simplement interprétative de la volonté présumée des parties. Il pourra résulter des termes du contrat ou des circonstances qui l'accompagnent que la remise d'arrhes ait un tout autre caractère que celui d'un moyen de dédit. Les arrhes pourront être un moyen de preuve, *argumentum emptionis et venditionis* : ce sera le cas, en général, lorsqu'elles consisteront en une somme extrêmement faible. Parfois aussi, les arrhes seront un *à-compte sur le prix*. C'est le cas pour les *couvertures* que les agents de change ou les coulissiers exigent parfois des clients dont ils reçoivent des ordres d'achat. Dans ces différents cas, aucune des parties n'aurait la faculté d'abolir le contrat en restituant les arrhes.

SECTION II. — Capacité.

Art. 1594. — « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. » Les personnes incapables de vendre ou d'acheter sont d'abord les incapables du droit commun. Mais, en outre, la loi établit un assez

grand nombre d'*incapacités spéciales* se justifiant par les motifs les plus variés. Nous ne parlerons ici que de ces dernières.

I. — Incapacités fondées sur l'intérêt des créanciers saisissants ou inscrits sur un immeuble.

1° « *La partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer.* » (Art. 686, C. Pr. civ.).

Cette incapacité a pour but d'empêcher le débiteur d'arrêter la procédure de la saisie par une aliénation qui ne pourrait être que frauduleuse de sa part. Elle est une application de l'action Paulienne. Mais le saisissant peut faire révoquer la vente opérée par le saisi en fraude de ses droits, sans avoir besoin de démontrer la complicité du tiers acquéreur, parce que, depuis la transcription qui a rendu publique la saisie, ce tiers ne pourrait soutenir qu'il n'a pas été *conscius fraudis*.

La sanction de cette première incapacité ne sera donc pas la nullité absolue de la vente. Il est vrai qu'aux termes de l'article 686 la nullité a lieu « sans qu'il soit besoin de la faire prononcer », la loi n'ayant pas voulu se prêter au calcul d'un débiteur saisi qui, par une vente de complaisance, mettrait le saisissant dans l'obligation de faire prononcer la nullité par jugement, à seule fin de gagner du temps. Mais il ne résulte pas de cette règle spéciale de la nullité de plein droit, que cette nullité soit absolue.

Quant à savoir qui peut l'invoquer, rien n'est plus facile. L'article 687 du Code de procédure civile porte en effet que l'acquéreur pourra éviter la nullité en désintéressant le *saisissant* et *les créanciers inscrits* (au jour de l'aliénation). Ce sont donc ces créanciers qui peuvent invoquer la nullité. Au contraire, ni le saisi, ni l'acheteur, ni les créanciers postérieurs à la transcription de la vente n'ont le droit de s'en prévaloir (Req., 4 janvier 1882, D.P. 83.1.200, S. 82.1.268).

2° Les *personnes notoirement insolvaoles* sont incapables de se porter adjudicataires dans une vente sur saisie immobilière. L'article 711 du Code de procédure civile interdit aux avoués d'enchérir pour le compte de ces personnes, à *peine de nullité de l'adjudication* et de dommages-intérêts. La question de la notoriété de l'insolvabilité est évidemment appréciée en fait par les juges. Mais il y a une personne que l'article 711 présume *à priori* insolvable, c'est *le saisi* lui-même. Il ne peut donc jamais enchérir.

II. — Incapacité de certains fonctionnaires fondée sur une suspicion légitime.

A raison de leurs fonctions, certaines personnes sont incapables de vendre ou d'acheter, parce qu'elles seraient suspectes, soit de s'être procuré les choses à vendre d'une manière incorrecte, soit d'abuser de leurs fonctions pour les acheter à vil prix. C'est à ce titre qu'il est interdit :

1° Aux *agents forestiers* de faire le commerce des bois (ordon. 1er août 1827, art. 31) ;

2° Aux *préfets*, *sous-préfets*, *commandants de divisions militaires* de faire, dans l'étendue de leur ressort, le commerce des vins, boissons, graines, farines autres que ceux provenant de leurs propriétés (art. 176, C. pén.).

Les sanctions de ces incapacités sont disciplinaires ou pénales. La loi ne prononce pas la nullité des opérations irrégulières.

III. — Incapacité des gens de justice d'acquérir des droits litigieux.

Art. 1597 : « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts. » La raison de cette prohibition, c'est d'une part, qu'on pourrait accuser les personnes énumérées d'avoir abusé de leur situation pour acquérir les droits litigieux à vil prix, et, d'autre part, qu'on pourrait suspecter leur impartialité s'ils étaient intéressés à la solution des procès pendants dans leur ressort.

La prohibition s'étend à l'acquisition de *tous les droits litigieux*, aussi bien des droits réels que des droits personnels (Req., 21 février 1887, D. P. 88.1.87, S. 90.1.318). Elle s'étend à *tout le ressort* du magistrat ou de l'auxiliaire de la justice. Ainsi, un conseiller et un avocat à la Cour de cassation sont incapables d'acquérir des droits litigieux dans toute la France ; un juge de paix ne l'est que dans son canton. La sanction n'est pas une nullité absolue, mais une nullité invocable par les parties à la protection desquelles la loi a entendu pourvoir, c'est-à-dire, soit par le cédant des droits litigieux, soit par le cédé.

IV. — Incapacité des mandataires chargés de vendre, des administrateurs des biens des communes et des tuteurs.

L'article 1596 interdit à ces représentants de se rendre acquéreurs des biens confiés à leurs soins. La loi craindrait qu'ils ne se trouvassent placés entre leur intérêt et leur devoir. Reprenons les diverses applications de cette règle :

1° Les *mandataires* ne peuvent se porter adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre. Cette prohibition s'appliquera, notamment, aux avoués des saisissants. Cette première incapacité doit être interprétée restrictivement, et cela à deux points de vue :

A. — D'abord, le mandataire, chargé de *gérer* un bien et non de le vendre, ne tombe pas sous le coup de l'article 1596. Il lui est donc permis de l'acheter, si le propriétaire le met en vente (Req., 8 décembre 1862, D. P. 63.1.142, S. 63.1.310).

B. — Ce qui est défendu au mandataire c'est *de se porter adjudicataire*, expression qui restreint son incapacité au cas de *vente forcée*. Il n'y a nulle raison pour interdire au mandataire chargé de vendre un bien *à l'amiable*,

de se proposer lui-même comme acheteur à son mandant. Dans ce cas, il y a révocation du mandat, suivie d'une vente, ce qui est parfaitement licite.

2° Les *administrateurs* des biens des communes et des établissements publics ne peuvent acquérir les biens confiés à leurs soins.

3° Les *tuteurs* des mineurs et des interdits ne peuvent acheter les biens de ces derniers. Toute incapacité étant de droit étroit, voici les conséquences de l'interprétation restrictive que l'on doit donner à celle-ci :

A. — L'incapacité ne s'étend ni aux *subrogés-tuteurs*, ni aux *curateurs*, ni aux *conseils judiciaires* ; il nous semble aussi qu'elle ne vise pas le père *administrateur légal*. Il est vrai qu'il y a identité entre sa situation et celle d'un tuteur. Mais la loi du 6 avril 1910 (art. 389 nouveau) a énuméré les textes relatifs à la tutelle qu'il convient d'appliquer à l'administration légale, et l'article 1596 n'est pas compris dans l'énumération.

B. — Ce que les tuteurs ne peuvent faire, c'est *acheter* à leur pupille ; mais rien ne leur défend de leur *vendre*.

C. — On admet communément que l'incapacité ne s'applique point dans les cas où le tuteur possède sur les biens par lui acquis un *droit préexistant* dont son achat n'est que la consolidation. C'est ce qui a lieu :

a) Si le tuteur était *co-propriétaire* avec le mineur ou l'interdit du bien par lui acquis. C'est un cas assez fréquent, car le plus souvent le tuteur est un parent du mineur ou de l'interdit. Certaines décisions font rentrer dans ce cas celui où le tuteur était *usufruitier* du bien dont il acquiert la propriété (Montpellier, 10 juin 1862, D. P. 63.2.30, S. 62.2.401). Il y a là une erreur manifeste consistant à croire qu'il y a indivision entre un usufruitier et le nu-propriétaire.

b) Si le tuteur était *créancier hypothécaire* inscrit sur l'immeuble de l'incapable, il pourrait pareillement l'acquérir au moyen d'une surenchère du dixième ou du sixième. Le droit de surenchérir est en effet le seul moyen pour le créancier de faire produire au gage hypothécaire une valeur suffisant à le désintéresser. D'ailleurs, dans le cas où le tuteur se porte surenchérisseur de l'immeuble de l'incapable, il peut être considéré comme ayant cessé ses fonctions de tuteur, car les poursuites doivent avoir été dirigées contre le subrogé-tuteur.

La sanction de l'incapacité des mandataires, administrateurs ou tuteurs est évidemment une nullité relative, c'est-à-dire invocable seulement par ceux que la loi a entendu protéger, c'est-à-dire par les représentés (Req., 17 juin 1907, D. P. 1908.1.248, S. 1911.1.492).

V. — Prohibition de la vente entre époux.

Aux termes de l'article 1595 et sauf dans les trois cas qu'il énonce, « le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux ».

La prohibition de la vente entre époux est le reste d'une incapacité plus radicale de notre ancien Droit, d'après laquelle les époux ne pouvaient passer entre eux aucun contrat. Cette incapacité a laissé d'ailleurs d'autres

traces que l'article 1595. Signalons dès maintenant dans cet ordre d'idées les obstacles que la Jurisprudence apporte à la conclusion, entre les époux, d'un contrat de société.

Quelles sont les raisons de cette incapacité de vendre et d'acheter ? Nous en apercevons trois :

1° Il faut craindre les abus d'influence de l'un des conjoints sur l'autre.

2° Il faut éviter que les époux ne se fassent, sous le couvert d'une prétendue vente, une donation irrévocable, ou dépassant la quotité disponible spéciale que la loi leur impose (art. 1094, 1096, 1098). Ici, on peut se demander si la vente, annulée en tant que vente, ne vaudrait pas comme donation déguisée, ce qui aurait pour résultat de la rendre seulement révocable et réductible, car nous verrons que la Jurisprudence admet la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et leur applique les règles de fond des donations. Mais la négative s'impose. En effet, pour qu'une donation déguisée soit valable, il faut que le contrat dont elle emprunte l'apparence, soit licite. Or, ce n'est pas le cas pour la vente entre époux, puisque, comme vente, elle tombe sous le coup de l'article 1595 (Caen, 31 déc. 1883 sous Req., D. P. 87.1.169). Ajoutons que l'article 1099 confirme cette solution. Dans son 1er alinéa, cet article vise les donations *indirectes*, et se contente de dire qu'elles seront, en cas d'excès, réduites à la quotité disponible. Au contraire, l'alinéa 2 porte expressément que la donation déguisée *est nulle.* C'ette différence de formule est voulue et significative.

3° Enfin et surtout, la prohibition des ventes entre époux offre cette utilité de sauvegarder les tiers, en l'espèce les créanciers du mari, contre des fraudes qui, autrement, seraient trop faciles. Un mari dont les affaires péricliteraient, vendrait à sa femme, pour un prix fictif et en secret, les biens qu'il voudrait soustraire aux poursuites de ses créanciers. Le jour de la déconfiture arrivé, la femme prélèverait les biens en question à titre de propriétaire et au détriment des créanciers.

La sanction de l'article 1595 est la nullité de la vente. Cette nullité est évidemment relative, c'est-à-dire qu'elle peut être invoquée par les deux incapables, soit le mari, soit la femme, et par leurs créanciers (art. 1166). De plus, la vente nulle peut être confirmée par une confirmation formelle ou implicite, ou par la prescription décennale de l'action en nullité (art 1304), survenant l'une et l'autre postérieurement à la cessation de l'incapacité, c'est-à-dire à la dissolution du mariage.

Nous n'examinerons pas ici les trois hypothèses où, par exception à la règle, l'article 1595 autorise la vente entre époux. Pour les comprendre, il est indispensable de connaître la matière des conventions matrimoniales. Nous reportons donc cette étude à notre troisième volume, où nous exposerons, dans son ensemble, la théorie des contrats entre époux.

SECTION III. — Objet de la vente.

La vente étant un contrat synallagmatique engendre deux obligations réciproques. Elle a donc *deux objets*, la *chose* et le *prix*.

§ 1. — La chose (art. 1598 à 1601).

La chose vendue doit : 1° Exister ou pouvoir exister un jour ; 2° Etre dans le commerce ; 3° Etre de nature à pouvoir devenir propriété de l'acheteur par le fait de la vente.

I. — Nécessité de l'existence au moins éventuelle de la chose.

Plusieurs questions se rattachent à cette première condition :

1° Qu'arrive-t-il lorsque la chose vendue avait péri en tout ou en partie, à l'insu des contractants, avant la vente ? Il faut distinguer entre la perte totale et la perte partielle.

a) En cas de *perte totale* (art. 1601, al. 1), il y a nullité de la vente faute d'objet. C'est ainsi que la vente d'un lot de betteraves inutilisables parce qu'elles étaient complètement pourries par suite de gelées antérieures, sera nulle par défaut d'objet (Req., 5 février 1906, D. P. 1907.1.468, S. 1906.1.280).

b) En cas de *perte partielle*, la logique voudrait que la vente fut nulle pour la partie détruite, valable pour la partie conservée. Mais cette solution n'est équitable que s'il n'y avait pas une vue d'indivisibilité dans l'accord des parties. Qui en décidera ? La loi (art. 1601, al. 2) remet la décision à l'acheteur. Il est à son choix ou « d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation ». Naturellement, il faut que l'acheteur use de cette faculté avec bonne foi. On n'admettrait pas qu'il pût exiger la nullité de la vente pour un déchet insignifiant ou de nature à être facilement comblé, par exemple, pour quelques châtaignes gâtées sur tout un lot (Civ., 10 juin 1856, D. P. 56.1.254, S. 56.1.819).

2° Que décider en cas de vente d'*actions d'une société qui est ensuite frappée de nullité* ? On a soutenu que cette négociation est nulle faute d'objet, parce que la société annulée est censée n'avoir jamais existé, et n'avoir jamais pu, par conséquent, émettre d'actions. Il y a eu sur ce point divergence entre les cours d'appel. Celle de Paris, dans l'affaire de l'Union Générale, avait admis la nullité ; celle de Lyon, dans l'affaire Banque de Lyon et Loire, l'avait repoussée. C'est dans le sens de cette seconde opinion que s'est prononcée la Cour de cassation (Civ., 3 juin 1885, D. P. 86.1.25, S. 85.1.259. V. notes de MM. Sarrut D. P. 84.2.153 et Lyon-Caen, S. 84.2.49). En effet on ne peut pas dire que les actions d'une société menacée de nullité n'existent pas. On les achète telles quelles. Et on ne saurait assimiler la décision qui prononce la nullité d'une société à une condition résolutoire affectant l'existence des actions. La condition est essentiellement une modalité conventionnelle dont la rétroactivité se justifie (tant bien que mal), nous l'avons vu, par la présomption de la volonté présumée des parties. Or ici, la volonté des parties est certainement contraire à l'introduction d'un élément conditionnel dans le contrat. Les vendeurs des actions sus-indi-

quées n'avaient pas entendu vendre sous cette condition que la société ne fût pas annulée par la suite.

3° La vente des *choses futures* est-elle possible ? Oui. L'article 1130. al. 1, nous dit en effet que ces choses peuvent être l'objet d'une obligation. Cette vente peut d'ailleurs affecter des caractères différents suivant la volonté des parties.

Elle peut être un contrat *commutatif*. Par exemple, un industriel vend des objets qu'il s'engage à fabriquer. Ou bien encore, on vend ferme une chose à naître plus tard, le poulain de telle jument qui est pleine ; c'est la vente dite *rei speratæ*. Dans ce cas, si la chose espérée ne prend pas naissance, la vente est nulle.

La vente peut être aussi un contrat *aléatoire*. C'est la vente dite *spei*, celle d'un coup de filet. Alors, si la chance escomptée ne se réalise pas, la vente n'en est pas moins valable et le prix dû par l'acheteur.

Parmi les choses futures, il en est dont la vente est interdite.

A. — On ne peut vendre la *succession d'une personne vivante même de son consentement* (art. 1600), prohibition qui se relie à celle des pactes sur succession future, déjà formulée dans l'article 1130, al. 2 et déjà étudiée par nous ci-dessus (p. 295).

B. — La Jurisprudence prohibe *les ventes de chances de gain dans les valeurs à lots*. On suppose un possesseur de titres de ce genre qui, conservant un titre ou le vendant, en isole les chances de gain et les vend à part. La Jurisprudence a prononcé la nullité d'une telle opération, en se fondant sur l'interdiction des loteries non autorisées Il est vrai que l'émission des valeurs à lots a dû faire l'objet d'une autorisation. Mais cette autorisation n'a permis qu'une émission conditionnée de façon que la chance de gain fût l'accessoire d'un placement fixe et sûr. L'isolement du revenu des titres et de la chance de gain, effectué par le vendeur, dénature l'opération qui avait fait l'objet de l'autorisation, et en crée une autre, d'une nature différente, laquelle, faute d'une autorisation spéciale, est interdite par la loi (Crim., 14 juin 1901, D. P. 1902.5.408, S. 1905.1.374).

II. — Nécessité que la chose ne soit pas hors du commerce.

La *mise de la chose hors du commerce*, laquelle peut être *absolue* ou *relative*, résulte soit de la volonté de l'homme, soit de la loi, soit de la Jurisprudence.

1° En parlant de *mise hors du commerce volontaire*, nous faisons allusion aux clauses d'inaliénabilité. Nous avons examiné précédemment quelle pouvait être aujourd'hui leur efficacité (V. notre t. Ier, p. 767).

2° La *loi* met certaines choses hors du commerce, en totalité ou en partie, pour des raisons qui varient selon les cas :

A. — En vue de protéger l'hygiène et la santé publiques (Loi du 21 germinal an XI art. 32 interdisant la mise en vente de *remèdes secrets* ; lois des 21 juillet 1881, 31 juillet 1895, 23 février 1905, prohibant ou annulant les ventes d'animaux atteints ou soupçonnés de maladies contagieuses).

B. — En vue de protéger la fortune publique ou les intérêts économiques de la collectivité (prohibition de la vente du gibier avant l'ouverture de la chasse, loi du 3 mai 1844, art. 4 et 12-4° ; prohibition de la vente des objets dont l'Etat s'est réservé le monopole de négociation ou de fabrication, ou a réservé ce monopole à certains intermédiaires : tabac, poudre, cartes à jouer, allumettes, effets publics ou autres susceptibles d'être cotés à la Bourse, etc...).

C. — En vue d'un intérêt d'humanité (incessibilité des pensions de retraite et de réforme ou de la légion d'honneur, des rentes viagères allouées à des victimes d'accidents du travail, des aliments dus en vertu d'une obligation légale, de certains traitements et salaires, etc...).

D. — Enfin il y a lieu de rappeler ici l'inaliénabilité du Domaine public et de certains objets du Domaine privé.

3° Enfin, la *Jurisprudence* annule pour *cause illicite* les tractations dont font l'objet les *fonctions publiques*. En effet, ces fonctions, étant une délégation de la puissance publique conférée par l'Etat, ne peuvent être cédées par leurs titulaires à un tiers.

En dehors de ces cas, on ne voit pas pourquoi tous les établissements auxquels donne naissance l'exercice d'une profession quelconque ne pourraient pas faire l'objet de contrats de cession valables comme ceux qui portent sur un fonds de commerce, du moment qu'aucune parcelle de la puissance publique ne se trouve attachée à ces établissements. Et on s'explique mal les scrupules, d'ailleurs intermittents, de la Jurisprudence. Elle n'en éprouve point pour les charges d'agréés au tribunal de commerce, et elle décide que les cabinets d'agréés peuvent faire l'objet de cessions valables (Req., 14 déc. 1847, D. P. 48.1.12, S. 48.1.97). En revanche, les clientèles de médecin ou même d'architecte ne peuvent être vendues directement. Cependant la Jurisprudence admet la validité de la convention contenant un engagement de ne pas exercer la profession de médecin, d'architecte, etc., dans un rayon déterminé, ou une promesse de présentation à la clientèle, ou enfin une cession du bail (Paris, 3 août 1894. D. P. 96.2.31, S. 96.2.158 ; Paris, 10 mars 1910, D. P. 1911.2.332, S. 1910.2.198 ; Trib. civ. Seine 3 décembre 1917, *Gaz. Trib.* 2 juin 1918). Quant à la cession d'un cabinet ou d'une clientèle d'avocat, elle n'a jamais été considérée comme possible.

III. — Nécessité que la chose puisse être transmise en propriété à l'acquéreur. Nullité de la vente de la chose d'autrui.

Nous avons dit que, dans notre Droit, l'idée d'un transfert de propriété accompagne nécessairement la vente. C'est l'effet qu'elle doit normalement produire d'après l'intention des parties.

La première conséquence de ce principe, c'est que la vente est nulle lorsqu'on a vendu à quelqu'un une chose dont il est déjà propriétaire. Ce sera le cas, par exemple, s'il se trouve qu'à l'insu des parties, la chose vendue avait été léguée à l'acheteur.

La seconde conséquence, c'est la *nullité de la vente de la chose d'autrui.* « La vente de la chose d'autrui est nulle », porte l'article 1599, « elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ». Rien de plus simple, au premier abord, que cette formule, rien de plus évident. Cependant, dès qu'on entend en préciser le sens et la portée, les difficultés surgissent. Nous examinerons successivement:

1° Dans quels cas s'applique la règle de l'article 1599 ;
2° Quel en est le sens exact ;
3° Comment fonctionne la nullité ;
4° Quel est le caractère de l'action en nullité.

1° Dans quels cas s'applique la règle ? — Dans tous les cas, sera-t-on tenté de répondre tout d'abord ; toujours il est nécessaire que le vendeur ait la propriété de la chose vendue. Il est vrai qu'il n'est pas nécessaire qu'il l'ait toujours au même moment.

S'agit-il d'une vente portant sur un corps certain, et devant, dès lors, dans l'intention des parties, transférer la propriété immédiatement, c'est au moment même du contrat que le vendeur doit être propriétaire.

S'agit-il d'une vente qui impose seulement au vendeur l'obligation d'opérer plus tard ce transfert de propriété, par exemple, d'une vente portant sur des choses envisagées *in genere*, il suffit que le vendeur soit propriétaire au moment de la livraison ou de la détermination de la chose. Ajoutons aussitôt que cette solution doit s'appliquer même à la vente d'un corps certain, s'il apparaît que le contrat a seulement voulu imposer au vendeur l'obligation de se rendre acquéreur de la chose, pour transférer ensuite la propriété à l'acheteur. Il en sera ainsi dans l'exemple suivant : Je vous vends telle chose qui appartient actuellement à X. Il peut y avoir des doutes sur le caractère d'une telle opération. Selon les cas, on pourra y voir une *vente conditionnelle*, la condition étant que le vendeur acquière lui-même la propriété de celui à qui la chose vendue appartient présentement ; ou bien une *convention de porte-fort* (art. 1120), le prétendu vendeur ne faisant en réalité que promettre ses bons offices pour déterminer le propriétaire actuel à vendre sa chose à l'acheteur ; ou bien enfin un contrat innommé, une simple *obligation de faire* souscrite par un débiteur s'engageant à faire en sorte qu'il puisse transférer la propriété de telle chose à un créancier désireux de l'acquérir, auquel cas l'obligation se résoudra en dommages-intérêts, si elle n'est pas exécutée. Mais, dans tous les cas, l'opération juridique sera valable et obligatoire, quelle que soit l'étiquette sous laquelle on la catalogue. L'acheteur ne pourra pas invoquer la nullité de l'article 1599, en se fondant sur ce fait que le vendeur n'était pas, au moment de la vente, propriétaire de la chose vendue.

On s'est même demandé s'il ne fallait pas aller plus loin encore, et refuser l'action en nullité à l'acheteur, dès qu'il est démontré en fait qu'en achetant la chose, il savait qu'elle appartenait à un autre qu'à son vendeur. N'est-il pas en effet présumable, dans ce cas, que l'acheteur a simplement entendu imposer à son vendeur l'obligation d'acquérir la chose du *verus*

dominus actuel pour la lui transférer aussitôt ? Nous ne croyons pas qu'on puisse aller jusque-là. Le fait que, en contractant, une partie est consciente de l'existence d'une cause de nullité, ne met pas obstacle à ce que cette nullité puisse être ensuite invoquée. Et d'ailleurs, il résulte du texte même de l'article 1599 que la vente est nulle, même si l'acheteur a été au courant de la situation lors de la conclusion du contrat. La seule conséquence de ce fait, c'est que, dans ce cas, il n'est pas admis à réclamer du vendeur, outre la restitution du prix qu'il aurait payé, des dommages-intérêts, tandis qu'il y a droit « lorsqu'il a ignoré que la chose fût à autrui ».

En somme, la réponse à faire à notre première question est la suivante. Les seules ventes qui soient nulles, en vertu de l'article 1599, lorsqu'elles portent sur la chose d'autrui, sont les ventes dans lesquelles il a été entendu expressément ou implicitement par les parties *que la propriété serait transférée immédiatement*. Lorsqu'il en est ainsi, le défaut de propriété chez le vendeur autorise l'acheteur à invoquer la nullité (V. Civ., 11 juin 1929, Gaz. Pal. 1929.2.416).

2° Sens exact de la règle. — La règle de l'article 1599 n'a pas évidemment pour but de nous apprendre que la vente faite *a non domino* est impuissante à dépouiller de sa propriété le *verus dominus*. Cela va sans dire et résulte suffisamment de ce principe essentiel que les contrats ne peuvent avoir d'effet qu'à l'égard des parties contractantes (art. 1165). En Droit romain, alors que la vente de la chose d'autrui ne donnait lieu à aucune action en nullité, le *verus dominus* était admis à revendiquer sa chose entre les mains de l'acheteur à qui le *non dominus* l'avait livrée.

L'article 1599 ne signifie pas non plus que la vente de la chose d'autrui, au cas où elle est nulle, soit dépourvue de tout effet juridique. Elle en entraîne plusieurs, au contraire. Tout d'abord, elle constitue un *juste titre* pour l'acheteur de bonne foi mis en possession, soit au point de vue de l'acquisition des fruits (art. 549, 550), soit au point de vue de l'usucapion d'un immeuble au bout de dix ou vingt ans (art. 2265), ou de l'acquisition immédiate de la propriété d'un meuble corporel (art. 2279). Et, en second lieu, parmi les obligations que la vente impose au vendeur, il en est qui, certainement, lui incombent en cas de vente de la chose d'autrui. Nous aurons à nous demander tout à l'heure si l'*obligation de livrer* la chose continue à peser sur lui, dès lors qu'il est démontré qu'il a vendu la chose d'autrui. En tout cas, il y a une autre obligation du vendeur, celle de *garantir* l'acheteur contre l'éviction, que la vente de la chose d'autrui *fait naître*. C'est donc trop que de dire avec l'article 1599 que la *vente de la chose d'autrui est nulle*. Elle ne l'est point à tous égards, puisqu'elle subsiste comme contrat générateur d'obligations.

En réalité, l'article 1599 ne fait qu'exprimer cette idée déjà signalée plus haut que, dans notre Droit moderne, à la différence de ce qui se passait en Droit romain, la vente implique l'idée d'un transfert de propriété et que, si les parties n'ont pas entendu déroger à ce principe, *la nullité du contrat peut être immédiatement invoquée*, dès qu'il apparaît que son but principal ne peut être atteint, faute de propriété chez le vendeur.

En Droit romain, il en était différemment. Le vendeur ne s'obligeait qu'à procurer à l'acheteur la possession paisible. Tant qu'aucun trouble n'était apporté à la jouissance de l'acheteur, celui-ci n'avait rien à réclamer de son vendeur. Il en résultait pour l'acquéreur, lorsqu'il découvrait qu'il avait acquis *a non domino*, une situation pénible et indécise ; la menace d'une revendication était suspendue sur sa téte, sans qu'il pût encore exercer aucun recours contre son contractant. De cette situation précaire l'article 1599 l'affranchit aujourd'hui, en lui permettant de faire annuler aussitôt la vente.

On remarquera que cette règle s'applique lorsqu'il s'agit d'une chose indivise vendue en totalité par un seul de ses co-propriétaires. L'acheteur a le droit d'en faire annuler la vente, mais seulement en ce qui concerne les quotes parts appartenant aux autres co-propriétaires (Civ., 20 juillet 1925 D. H. 1925, 649).

3° Comment fait-on valoir la nullité ? — Soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

a) Par voie d'action d'abord. Si l'acheteur a payé le prix, et s'il apprend que son vendeur lui a vendu la chose d'autrui, sans attendre la revendication du *verus dominus*, il a le droit de prendre les devants et de réclamer à son vendeur, en invoquant la nullité, la restitution du prix. Vainement objecterait-on qu'aux termes de l'article 1653, lorsqu'un acheteur a juste sujet de craindre d'être troublé par une action en revendication, il a seulement le droit de « suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ». Il est facile de répondre que l'article 1653 vise le cas où l'acheteur a seulement juste sujet de *craindre* un trouble, et non celui où le droit d'un *verus dominus* est d'ores et déjà établi, si bien qu'il y a pour l'acheteur non pas crainte, mais *certitude* d'éviction future.

On remarquera que l'*acheteur seul* a le droit d'agir. Le vendeur ne pourrait certainement pas invoquer la nullité. N'étant pas propriétaire de la chose, on ne voit pas à quel titre il pourrait en réclamer la restitution. S'il le faisait, il se heurterait à *l'exception de garantie* que pourrait lui opposer l'acheteur mis en possession. Qui doit la garantie ne peut pas évincer.

b) La nullité de l'article 1599 peut aussi être invoquée *par voie d'exception*, si l'on suppose que le contrat n'a reçu aucune exécution et que l'une des parties à savoir le vendeur, réclame cette exécution en prétendant exiger de l'acheteur le paiement du prix. L'acheteur est en droit de se refuser à le lui verser en invoquant la nullité.

Ici, d'après certains auteurs, le vendeur pourrait, lui aussi, faire valoir l'exception, en ce sens qu'actionné en délivrance de la chose par l'acheteur, il serait en droit de se refuser à l'effectuer. Son refus se fonderait moins d'ailleurs sur la nullité de l'article 1599, organisée uniquement dans l'intérêt de l'acheteur, que sur un autre principe général, à savoir qu'une personne ne peut jamais être astreinte par l'action d'une autre à commettre un délit envers un tiers. Le vendeur de la chose d'autrui pourrait donc répondre à l'acheteur qui demanderait sa mise en possession : je ne puis m'ex-

poser en vous livrant la chose d'autrui au recours en dommages-intérêts du *verus dominus*, ni à à votre propre recours en garantie, le jour où vous subiriez l'éviction qui infailliblement vous atteindrait ! Mais la solution proposée ne nous paraît admissible que dans le cas où le vendeur a ignoré que la chose fût à autrui. Il peut alors invoquer l'erreur substantielle commise par lui, erreur qui vicie son obligation.

4° **Caractère juridique de l'action en nullité.** — Une première conception, la plus simple et celle qui s'imposerait évidemment si le Code avait gardé le silence, consisterait à voir dans l'action de l'acheteur une *action en résolution* (art. 1184, 1654), et dans l'exception, une exception *non adimpleti contractus*. En effet, le vendeur a contrevenu à son obligation en ne transférant pas à l'acheteur la propriété de la chose vendue qu'il s'était engagé à lui procurer. Cette manière de voir expliquerait fort bien que l'acheteur seul puisse en principe poursuivre l'anéantissement de la vente. Il en résulterait que l'action de l'acheteur ne se prescrirait que par 30 ans. De plus, les juges pourraient user de la faculté que leur reconnaît l'article 1184, et accorder un délai de livraison au vendeur ; et si, dans le cours dudit délai, celui-ci venait à acquérir la propriété de la chose, l'acheteur n'aurait plus, dès lors, rien à réclamer.

Cependant ce n'est pas cette opinion qui l'emporte auprès de la majorité des auteurs. On fait remarquer que, si l'article 1599 n'était qu'une application du principe de l'article 1184, il serait tout à fait inutile et que d'ailleurs, il dit expressément que la vente de la chose d'autrui est *nulle*. L'action qui en résulte est donc une *action en nullité*. Action en nullité *relative* fondée, ajoute-t-on, sur l'*erreur* commise par l'acheteur soit en ce qui concerne la chose, soit en ce qui touche la personne du vendeur qu'il croyait être le propriétaire de la chose achetée (Riom, 17 janvier 1889 sous Cass., D. P. 91.1.313).

Les conséquences de cette manière de voir ce serait, d'une part, que l'action se prescrira par dix ans (art. 1304) commençant à courir du jour de la vente, ou, plus exactement, du jour où l'acheteur a appris que la chose qui lui a été vendue n'appartenait pas au vendeur. D'autre part, la nullité pourrait, comme toute nullité relative, se couvrir par une confirmation ultérieure de l'acte annulable. Arrêtons-nous à ces deux règles. Nous allons voir qu'elles comportent, dans le système de l'action en nullité, certains traits caractéristiques difficilement admissibles. Bien plus rationnelles et satisfaisantes seraient les solutions auxquelles on aboutirait dans le système de l'action en résolution.

Et tout d'abord, la brièveté du délai imparti à la prescription de l'action en nullité n'est pas sans inconvénient. Que l'acheteur ait perdu au bout de dix ans la faculté de provoquer la nullité de la vente à l'encontre de son vendeur, cela est admissible, si, pendant ce délai, l'acheteur a pu devenir propriétaire de la chose par l'usucapion. Mais supposons qu'il n'ait pas usucapé au bout de ce délai. Par exemple, le *verus dominus* n'étant pas domicilié auprès de l'immeuble usucapé, l'acheteur n'en peut prescrire la

propriété que par 20 ans. Il va donc rester durant dix ans, à l'égard de son vendeur, dans cette situation précaire et douteuse dont l'article 1599 avait précisément pour but de le sauvegarder, hors d'état de prendre les devants et de demander la nullité, obligé d'attendre, pour exercer son recours, d'avoir été troublé par la revendication du *verus dominus*.

Quant à la confirmation possible de la vente annulable, elle peut résulter évidemment, soit de ce fait que le vendeur a acquis la propriété qui lui manquait au moment de la vente, ce qui a aussitôt entraîné la translation de cette propriété à l'acheteur, soit d'une ratification émanant du *verus dominus*, soit enfin de ce que l'acheteur mis en possession a prescrit la propriété de la chose. Toutes ces solutions (Civ. 23 juillet 1835 D. P. 35 1.442 et Req., 30 décembre 1872 D. P. 73.1.437) s'expliquent à merveille dans le système de l'action en résolution. Du moment que l'acheteur est devenu propriétaire, il ne peut prétendre que le résultat par lui visé dans la vente ne s'est pas réalisé. Au contraire, dans le système de la nullité relative fondée sur l'erreur de l'acheteur, lui seul devrait pouvoir confirmer la vente nulle, en renonçant à son action ; on comprend mal que le fait d'un tiers, le *verus dominus*, puisse le priver d'une action n'appartenant qu'à lui et fondée sur un vice de sa volonté.

Ajoutons que l'effet confirmatif attribué à la ratification du *verus dominus* aboutira quelquefois, dans le système de l'action en nullité, à des résultats peu équitables. Supposons que le *verus dominus* soit marié : l'approbation qu'il donne après coup à la vente de son immeuble faite par autrui, ne saurait avoir pour conséquence d'effacer l'hypothèque appartenant à sa femme sur cet immeuble. Donc, l'acheteur n'échappe au péril d'une éviction consécutive à l'action en revendication que pour tomber dans celui d'une éviction résultant de l'action hypothécaire. Sa situation n'est pas positivement améliorée. Et cependant, il a perdu son action en nullité contre son vendeur, si action en nullité il y avait. Au contraire, dans le système de l'action en résolution, il l'aurait conservée. Le créancier en effet peut faire résoudre le contrat, du moment que le débiteur ne lui procure pas la situation, les droits qu'il lui avait expressément ou implicitement promis.

On remarquera que l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 30 décembre 1872 semble bien se référer au second système, car il décide que l'acheteur est en droit de repousser l'effet d'une confirmation résultant de la ratification de la vente par le *verus dominus*.

§ 2. Le prix.

Le deuxième objet de la vente est le prix. Il doit consister en argent ; autrement, on se trouve en face d'un *échange*. Le prix doit répondre aux trois conditions suivantes. Il faut 1° qu'il soit déterminé ; 2° qu'il soit sérieux et non fictif ; 3° dans certains cas qu'il ne soit pas trop inférieur à la valeur de la chose.

1° **Détermination du prix.** — Art. 1591 : » Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. »

Il y a détermination suffisante du moment que le contrat contient les éléments d'une détermination ultérieure. C'est le cas pour les ventes faites *au cours du jour*. C'est aussi le cas pour les ventes dont le prix est « laissé à l'arbitrage d'un tiers. » L'article 1592, en décidant qu'une telle vente est valable, ajoute : « Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a pas vente ». En revanche, l'estimation faite par l'arbitre liera les parties qui ont accepté d'avance son appréciation.

La liberté de détermination des parties trouve une exception en matière de *cessions d'offices ministériels*. Le prix convenu par les contractants n'est considéré que comme une simple proposition. C'est le gouvernement qui fixe le prix de la cession suivant certaines règles d'évaluation déterminées par les usages de la Chancellerie et par les circulaires ministérielles. Nous avons déjà indiqué la raison de cette dérogation aux principes ; c'est que la stipulation d'un prix trop élevé pourrait nuire à l'indépendance et à l'intégrité de l'officier ministériel, et l'induire à rechercher des sources de profits irréguliers. Bien des moyens ont été imaginés pour éluder ce contrôle gouvernemental. C'est ainsi qu'il est parfois, à côté de la cession de l'office, passé des traités séparés pour le transfert des accessoires de la charge, dossiers, livres de comptabilité, créances à recouvrer, clientèle des opérations accessoires à la charge. Il n'est pas douteux que le contrôle de la Chancellerie devra s'exercer aussi sur l'évaluation donnée à ces accessoires (Dijon 3 avril 1900, D. P. 1902.2.41, note de M. Glasson). Un procédé plus fréquent encore consiste dans l'emploi de *contre-lettres* fixant un supplément de prix. Nous en avons parlé précédemment (p. 315).

Interdiction de la vente à tempérament des valeurs de bourse à lots. — Les ventes de ce genre ont naguère donné lieu à de graves abus. Profitant du goût de la petite épargne pour les valeurs à lots, des maisons financières faisaient, au moyen d'agents qui se rendaient à domicile et parcouraient les campagnes, miroiter aux yeux de leur clientèle l'appât d'un prochain tirage, et offraient, moyennant un premier versement minime, destiné à être suivi de versements mensuels, échelonnés parfois pendant un temps très long, des valeurs à lots (ou des fractions de titres) donnant à l'acheteur le droit de participer dès maintenant aux tirages des lots. Or il existait un écart considérable entre le prix total et la valeur réelle du titre, si bien que, à la fin de l'exécution du pacte, l'acheteur se trouvait avoir acheté le titre beaucoup plus cher qu'il ne valait. Le banquier ne livrait du reste le titre qu'après complet paiement. Si l'acheteur ne versait pas toutes les mensualités promises, le banquier l'exécutait, c'est-à-dire qu'il faisait vendre en Bourse la valeur, et conservait partie du prix à titre de dommages-intérêts. Le malheureux acheteur, privé du bénéfice du contrat, ne rentrait donc même pas dans ses déboursés.

Pour empêcher ces opérations usuraires, la loi du 12 mars 1900 avait soumis les ventes à crédit de valeurs de Bourse aux conditions suivantes : rédaction du contrat en double original ; indication de la valeur réelle du

titre, c'est-à-dire au cours de la Bourse ; désignation du numéro du titre vendu ; indication du prix total de la vente, y compris les frais accessoires de timbre, de recouvrement par la poste ; indication du taux de l'intérêt perçu pour les versements différés, etc... Et si ces conditions n'avaient pas été observées, l'acheteur pouvait demander la nullité du contrat, sans préjudice de tous dommages-intérêts.

Ces mesures n'ayant pas été suffisantes pour enrayer les abus constatés, la loi du 14 décembre 1926 a purement et simplement interdit, sous les peines de l'article 405 du Code pénal visant l'escroquerie, la vente des valeurs à lots s'effectuant par paiements fractionnés.

2° **Nécessité d'un prix sérieux.** — Il est clair qu'un prix fictif, dérisoire, le prix d'une vente faite *nummo uno*, n'est pas un prix. L'opération voulue par les parties n'est donc pas une vente, puisqu'elle manque d'un élément essentiel, le prix. Ce sera le cas, par exemple, d'après la Cour de cassation, pour la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure ou seulement égale au revenu annuel de l'immeuble (Req., 27 mai 1908, D. P. 1908.1.480, S. 1911.1.459).

Cette jurisprudence a été très contestée. On a fait remarquer que ce qu'elle qualifie de *prix fictif* est, en réalité, *un prix vil*. Or les ventes à vil prix ne peuvent être attaquées que pour cause de lésion, dans les conditions rigoureusement déterminées par les articles 1674 et suivants. Et précisément, nous verrons (V. *infra*, p. 450), que la jurisprudence n'admet pas la rescision pour lésion des ventes à charge de rente viagère. En particulier, dans l'exemple qui vient d'être indiqué, bien des considérations pourraient expliquer, justifier l'acte du vendeur. Il a pu vouloir se soustraire aux risques de la chose, à l'aléa de son exploitation ; car qui peut répondre que le revenu de l'immeuble restera toujours le même ?

3° **Nécessité d'un juste prix. Rescision pour cause de lésion des ventes d'immeubles.** — Nous savons que, d'après l'article 1118, la lésion n'est pas une cause de nullité des conventions entre majeurs. Ce principe doit-il recevoir exception pour la vente et spécialement pour les ventes d'immeubles ?

Les Romains ne l'avaient point admis d'abord. Toutefois, une constitution attribuée à l'Empereur Dioclétien avait accordé la rescision au profit du vendeur, lorsque le prix était inférieur à la moitié de la valeur de la chose (2 C. *de rescind. vend.*, IV, 44). Certains auteurs ont soutenu que cette constitution avait été par la suite abrogée.

C'est notre ancien Droit qui introduisit le principe général d'un recours judiciaire de la part de la partie lésée. « L'égalité, écrit Pothier, *Traité des obligations*, n° 33, doit régner dans la convention. » Cependant, on ne trouve guère alors d'application du principe en jurisprudence qu'à propos des ventes d'immeubles et de meubles importants. Et déjà apparaît cette idée que la rescision pour cause de lésion n'est que la conséquence d'un vice

presumé du consentement. « Il y a, écrit Pothier, de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée, car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevrait à la place valait autant que ce qu'elle donnait. » En matière de vente d'immeuble, la lésion subie par le vendeur devait, pour entraîner rescision, être *énorme*, c'est-à-dire *d'outre-moitié*.

La loi du 14 fructidor an III vint abolir la rescision pour cause de lésion en matière de vente immobilière. En même temps qu'une manifestation de l'esprit individualiste de la Révolution, cette loi était un épisode de la crise économique causée par les spéculations sur les biens nationaux et par la dépréciation des assignats.

Lors de la préparation du Code, il s'éleva au sein du Conseil d'Etat, sur la question du rétablissement de la rescision, une controverse très vive dans laquelle Portalis et le Premier Consul firent triompher l'idée d'un retour aux anciennes conceptions du Droit coutumier. La rescision fut présentée comme fondée sur l'intérêt des familles et sur la contrainte morale subie par le « pauvre opprimé », qu'il importe de défendre contre l'homme riche qui, « pour le dépouiller, abuse de l'occasion et de sa fortune » (Locré, t. XIV, p. 62 s., 76 à 95). Toutefois, l'opposition soulevée par le retour aux conceptions d'antan se manifesta par l'élévation du taux exigé dans la lésion, pour que le vendeur pût demander la rescision. On ne se contenta plus d'une lésion d'outre-moitié ; le Code exige qu'elle soit *supérieure aux sept douzièmes du juste prix de l'immeuble*. De plus, la rescision fut strictement limitée aux ventes d'immeubles. « Peu importe, disait le Premier Consul, comment un individu dispose de quelques diamants, de quelques tableaux ; mais la manière dont il dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société. C'est à elle qu'il appartient de donner des bornes au droit de disposer. »

Enfin, le Code Civil déclare expressément dans l'article 1683 que la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur.

Caractères restrictifs de l'action en rescision. Exception aux principes en matière de ventes d'engrais. — Le fondement sur lequel le législateur de 1804 fait reposer l'action en rescision, c'est-à-dire *la présomption d'une contrainte* subie par le contractant lésé, explique qu'il n'ait pas admis d'action en rescision au profit de l'*acheteur*. En effet, la contrainte supposée est celle d'un pressant besoin d'argent. L'acheteur ne peut l'avoir subie. A-t-il éprouvé une lésion, elle doit être mise sur le compte d'un goût ou d'une fantaisie. On peut être contraint par les circonstances à vendre, mais jamais on n'est obligé d'acheter. La même idée explique aussi cette règle qu'il n'y a pas lieu à rescision pour lésion en matière d'*échange* immobilier (art. 1706). Ajoutons qu'en fait le développement des institutions de crédit foncier, en facilitant aux propriétaires d'immeubles l'utilisation de la valeur pécuniaire incluse dans leur bien, doit restreindre de plus en plus le jeu de l'action en rescision.

Une exception marquante aux principes ci-dessus a été introduite par la

loi du 8 juillet 1907, en matière *de ventes d'engrais ou amendements et de substances destinées à l'alimentation des animaux de la ferme*, loi reproduisant la loi belge du 31 décembre 1890, et constituant, chez nous, le complément d'une loi du 4 février 1888 concernant la répression des fraudes dans le commerce des engrais. Dans les ventes visées par la loi de 1907, la lésion *de plus du quart* subie *par l'acheteur* donne lieu à une action en réduction du prix et à des dommages-intérêts (art. 1er).

Au point de vue sociologique, on peut voir dans cette loi une manifestation, jointe à beaucoup d'autres, des tendances *paternalistes* ou *protectrices* qui pénètrent de plus en plus notre Droit, en réaction contre l'individualisme révolutionnaire. Au point de vue juridique, on y signalera de nombreuses particularités dérogatoires aux principes.

D'abord, le chiffre de la lésion exigée n'est plus que du *quart*.

En second lieu, la sanction de la lésion n'est plus l'anéantissement de la vente, mais une *réduction de l'avantage excessif* arbitrée par les tribunaux.

Troisièmement, le bénéficiaire de la protection légale n'est plus le vendeur, mais l'*acheteur*. Les auteurs de la loi de 1907 ont constaté que le cultivateur est trop facilement dupé par un vendeur retors, habile à faire miroiter les avantages, impossibles à contrôler, de ses produits. Il en résulte que l'action en réduction ne doit pas être accordée à tout acheteur, mais seulement au *cultivateur* (arg. des mots « animaux de la ferme »). Il n'y a pas de raison pour venir au secours d'un commerçant ayant acheté à un autre commerçant (Trib. Laon, 29 juin 1908, D. P. 1908.2.397, S. 1909.2.92).

Enfin, la loi du 8 juillet 1907 étend à certaines transactions mobilières le champ de la protection légale contre la lésion. Cette loi nous parle d'*engrais et d'amendements*. Elle y ajoute les *substances servant à l'alimentation des animaux*. Pour rester fidèles à l'esprit de la loi, il semble qu'il ne faudrait entendre par là que les substances chimiques, en tout cas fabriquées, et non les substances alimentaires naturelles, telles que pailles, foins et avoines dont les cultivateurs qui les achètent, sont parfaitement aptes à vérifier la qualité et la valeur réelle.

Caractère d'ordre public de la rescision pour lésion. — L'institution de la rescision en matière de vente se fonde sur des motifs d'ordre public : elle doit donc être mise à l'abri de l'effet des clauses plus ou moins sincères par lesquelles on abuserait de la liberté contractuelle pour rendre illusoire la protection légale. Aussi, l'article 1674 décide-t-il que le vendeur lésé « a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ». Plusieurs observations sont ici indispensables.

A. — Il faut se garder d'attacher un sens trop absolu à la partie du texte qui refuse tout effet à la clause par laquelle le vendeur aurait déclaré *donner la plus-value*. La loi n'entend point prohiber une donation indirecte sincère effectuée sous forme de remise partielle du prix. Seulement, pour qu'on se trouve en face d'une telle donation, il faut que la clause en question ren-

ferme réellement une *intention libérale* de la part du vendeur en faveur de l acheteur. Si on ne la rencontre point, c'est qu'on se trouve vraiment en présence d'une vente, et que la prétendue remise du prix n'est qu'un artifice de rédaction destiné à couvrir une renonciation à l'action en rescision ; dans ce cas, la clause tombera sous le coup de la prohibition de l'article 1674.

B. — La loi prohibe uniquement la renonciation à la rescision insérée *dans le contrat ;* elle admet donc la renonciation *extrinsèque au contrat*, ce qui est conforme au principe que les actes annulables sont toujours susceptibles de confirmation ultérieure (art. 1338) ; seulement, il est de règle que la confirmation n'est pas opérante lorsqu'elle est affectée du même vice que l'acte à confirmer. Ce qui produit ici deux conséquences :

a) La renonciation à l'action en rescision, même extrinsèque au contrat, reste sans valeur si elle intervient *avant le paiement du prix.* En effet, tant que le vendeur n'a pas touché l'argent dont il est présumé avoir un impérieux besoin, tous ses gestes peuvent être soupçonnés d'avoir été influencés par cette sorte de contrainte.

b) Même intervenant après versement du prix, la renonciation ne comptera point si elle a été faite *à titre onéreux*, et moyennant un supplément qui, ajouté au prix convenu, n'égale pas encore les cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble.

C. — La prohibition de la renonciation faite d'avance s'applique-t-elle à l'action en réduction des *acheteurs d'engrais* ou de *substances* servant à l'alimentation des animaux ? La loi du 8 juillet 1907 est malheureusement restée muette sur ce point. Son article 3 se contente de prohiber les clauses dérogeant à l'attribution de juridiction qu'elle prononce en faveur du juge de paix du domicile de l'acheteur. Nous croyons cependant qu'il faut appliquer ici la règle de l'article 1674 *in fine.* Il suffit de considérer l'esprit de la loi qui s'inspire de motifs d'ordre public. De plus, l'article 2 *in finc* porte que « l'action demeurera recevable nonobstant l'emploi partiel ou total des matières ». Il y a là, on le voit, la prohibition d'une forme de confirmation tacite de l'achat annulable, prohibition d'autant plus caractéristique qu'il y aurait eu ici des motifs spéciaux pour exclure l'action de l'acheteur, celui-ci, en employant les substances litigieuses, ayant peut-être rendu impossible pour les experts d'en analyser le contenu et d'en déterminer la valeur réelle. *A fortiori* devons-nous repousser toute renonciation expresse faite d'avance dans l'acte même d'achat.

Dispositions édictées par les articles 1674 et suivants. — Elles ont trait aux points suivants :

A'. — Ventes rescindables pour cause de lésion ;
B'. — Conditions d'exercice de l'action en rescision ;
C'. — Effets de l'action en rescision ;
D'. — Caractères généraux de cette action.

A'. — **Quelles sont les ventes rescindables pour cause de lésion ?** — Toutes les ventes d'immeubles ne tombent pas sous le coup de l'article 1674. Il y a en effet trois exceptions.

a) Les « ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que *par autorité de justice* » ne sont pas rescindables pour cause de lésion (art. 1684). Cette formule comprend les ventes sur saisie immobilière, les ventes de biens de mineurs, les ventes d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire (Req., 7 novembre 1927, Gaz. Pal., 19 novembre 1927). Dans toutes ces opérations, les garanties de publicité et de libre concurrence organisées par la loi assurent suffisamment que le plus haut prix possible a été atteint. Toutefois les expressions employées par la loi ne comprennent pas les ventes faites dans les formes judiciaires mais *facultativement*, par exemple une licitation d'immeuble successoral faite en justice par des cohéritiers majeurs et libres de leurs droits. En effet, ceux-ci auraient pu recourir à une vente amiable. L'adjudication sera donc rescindable en cas de lésion, ce qui est d'ailleurs peu pratique et peu logique.

b) La jurisprudence exclut en général de l'application de la rescision pour cause de lésion les ventes offrant le caractère d'un contrat *aléatoire*, par exemple, les ventes de droits successifs, lorsque la proportion de l'actif et du passif est encore inconnue (Limoges, 13 juillet 1908, S. 1909 2.265, note de M. Wahl), les ventes de nue propriété, celles d'un usufruit immobilier, ainsi que les ventes d'immeubles à charge de rente viagère (Civ. 16 mai 1900, D. P. 1900.1.585, S. 1901.1.37; Rennes, 3 juillet 1923, Gaz. Pal. 1923.2.656; Besançon, 22 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.101). Cette jurisprudence, qui se fonde sur les Travaux préparatoires (Fenet, t. XIV, p. 137) et sur le texte de l'article 1976 aux termes duquel « la rente viagère peut être constituée aux taux qu'il plaît aux parties de fixer », fait valoir que, dans des opérations de ce genre, il n'est pas possible de faire ressortir la lésion, *au moment de la vente* ; le montant du prix payé dépendant d'événements futurs, notamment de la durée incertaine de la vie de l'acheteur ou du vendeur.

Nous estimons que la solution est contestable, car il n'est nullement impossible d'évaluer en capital la valeur d'un usufruit, d'une nue propriété ou d'une rente viagère ; c'est une évaluation que les compagnies d'assurances pratiquent très couramment. Et la loi en admet elle-même la possibilité, puisque l'article 917 prévoit la réduction d'une donation d'usufruit ou de rente viagère excédant la *quotité disponible* ; pour savoir s'il y a excès, il faut bien, dans ce cas, évaluer à une somme fixe le prix aléatoire. Pourquoi ne pas agir de même pour l'application de l'article 1674 ? Rappelons d'ailleurs que la jurisprudence apporte à son système un tempérament notable en décidant que, lorsque la rente viagère est inférieure aux revenus annuels de l'immeuble, la vente est nulle, faute de prix réel.

c) Enfin, il n'y a pas lieu à rescision pour cause de lésion des *expropriations pour cause d'utilité publique*, quoique ces opérations constituent en réalité des ventes forcées. Et on doit admettre cette exclusion, même lorsque l'indemnité insuffisante a été fixée à l'amiable, car un immeuble incorporé au Domaine public ne peut être enlevé en vertu d'une décision judiciaire.

B'. — **Quelles sont les conditions d'exercice de l'action en rescision ?** — Trois conditions sont requises.

a) *Condition de délai.* — En matière de *vente d'immeuble*, l'action doit être intentée dans les *deux années* qui suivent la vente (art. 1676, al. 1). Ce bref délai, rendu nécessaire par les difficultés pratiques d'évaluation de la lésion au moment de la vente et qui déroge à la règle de l'article 1304, fixant à dix ans la prescription des actions en nullité et en rescision, ne constitue pas, à proprement parler, une prescription mais un *délai préfixe.* (V. Req., 3 mai 1907, D. H. 1927, 302). En effet, la loi prend soin (art. 1676, al. 2) d'écarter les causes ordinaires de *suspension.* Elle commet même une erreur en écartant toute suspension au profit des *femmes mariées,* oubliant que la prescription court contre celles-ci (art. 2254).

En ce qui concerne les ventes sous *condition suspensive,* le point de départ est le jour de l'échéance de la condition, car, jusque-là, il n'y a pas encore de vente (V. cependant *contra* Douai, 5 novembre 1927, Gaz. Pal., 9 novembre 1927). En revanche, en cas de vente *sous condition résolutoire,* le point de départ du délai doit être le jour de la vente, car ce qui est conditionnel en pareil cas, ce n'est pas la vente, c'est la résolution de celle-ci. La loi consacre d'ailleurs expressément cette solution, en nous disant, à propos de la plus usuelle des clauses de condition résolutoire, que « le délai n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat » (art. 1676, al. 3), pacte assez fréquent en fait de la part de ceux qui vendent un immeuble à vil prix.

En matière de *ventes d'engrais* pour lesquelles l'évaluation de la lésion est encore plus délicate, la loi du 8 juillet 1907 (art. 2) limite à *quarante jours* à dater de la livraison le délai d'exercice de l'action de l'acheteur.

b) *Conditions de forme.* — Le Code, voulant parer à cette objection que la preuve de la lésion est difficile et incertaine, exige que cette preuve résulte d'un *jugement*, rendu lui-même à la suite d'une décision interlocutoire déclarant « vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion » les faits articulés par le demandeur (art. 1677). Il requiert aussi l'intervention d'*experts* dont il règle minutieusement les opérations (art. 1678 à 1780). La procédure est donc nécessairement *longue et coûteuse.*

c) *Conditions de fond.* — Pour établir la comparaison entre la valeur réelle de l'immeuble et le prix, comparaison d'où résulte la lésion, l'article 1675 prescrit d'envisager l'état et la valeur de l'immeuble *au moment de la vente*[1]. Les augmentations ou diminutions de valeur survenues depuis ne doivent donc pas être prises en considération. Toutefois, si l'immeuble avait depuis la vente, péri par l'effet d'un cas fortuit, il va de soi que le vendeur n'aurait rien à réclamer. La destruction de l'immeuble se serait aussi bien produite entre ses mains. Cela étant, que réclamerait-il ? Il doit se féliciter d'avoir vendu l'immeuble à temps, fût-ce à vil prix !

1. Il en est ainsi même au cas où la vente a été précédée d'une promesse de vente, (*V. supra* p. 427).

C'. — **Quels sont les effets de l'action en rescision ?** — Lorsque le vendeur obtient gain de cause dans sa demande en rescision, l'effet normal du jugement c'est, comme pour toute annulation, d'entraîner l'anéantissement de la vente, et de faire considérer l'acheteur comme n'ayant jamais acquis la propriété de l'immeuble, le vendeur comme n'ayant jamais perdu cette propriété. Mais on aperçoit aussitôt les inconvénients que présente cette solution au double point de vue de l'équité et de l'intérêt économique. Ce ne sont pas seulement les droits de l'acheteur qui vont se trouver rétroactivement anéantis. Ce sont aussi tous ceux que des tiers, peut-être de bonne foi, ont acquis de lui sur l'immeuble, et cela quand bien même ils auraient dûment transcrit leur titre : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (Civ., 28 février 1911, D. P. 1912.1.169, note de M. de Loynes).

La loi a donc ouvert à l'acheteur un moyen d'éviter la rescision, c'est de payer au vendeur un supplément qui ramène le prix à un chiffre équitable. Ce faisant, il pourra éviter la restitution de l'immeuble, et, du même coup, la répercussion de la rescision contre les tiers (art. 1681). Bien plus, la loi, pour pousser l'acquéreur à prendre ce parti, lui offre une sorte de *prime*, en décidant que, s'il opte pour le paiement du supplément du *juste prix* (c'est-à-dire de la valeur réelle de l'immeuble calculée en conformité de l'article 1675), il aura le droit de *déduire de ce supplément le dixième du prix total* (art. 1681). Quant au délai dans lequel s'exercera l'option du défendeur, la loi a gardé le silence : mais cette lacune peut être facilement comblée. Il se peut que, sur les conclusions de l'une ou de l'autre des parties, le jugement ait imparti à l'acheteur un délai pour exercer son option ; dans le cas contraire, le jugement se contentant d'ordonner la restitution de l'immeuble, on doit admettre que l'acheteur pourra user du droit d'offrir le supplément du juste prix jusqu'à l'exécution du jugement.

Pour déterminer en détail les droits respectifs du vendeur et de l'acheteur, il faut distinguer suivant qu'il y a lieu ou non à restitution de l'immeuble. Nous allons voir que toute la difficulté de la matière consiste à savoir dans quelle mesure l'acheteur à vil prix peut être assimilé à un possesseur de mauvaise foi.

a) *Première hypothèse : L'immeuble est restitué.* — En ce cas, chacun doit rendre ce qu'il a reçu. L'acheteur, restituant l'immeuble avec tous ses accessoires, immeubles par destination, accroissement par alluvion, etc.., a droit au remboursement de son prix. Mais plusieurs questions demandent une réponse.

α) Que décider *des fruits de l'immeuble ?* L'article 1682, al. 2, porte que l'acheteur « rend les fruits *du jour de la demande* ». Il garde donc les fruits antérieurement perçus. La loi l'assimile ainsi à un possesseur de bonne foi. ce qui constitue peut-être une indulgence excessive.

β) Que décider des *intérêts du prix* à restituer par le vendeur ? D'après l'article 1682, al. 3, le vendeur ne les doit, lui aussi, qu'au jour de la demande. Les intérêts antérieurs restent au vendeur en compensation des fruits que conserve l'acheteur. Le texte ajoute même que l'acheteur a droit aux intérêts de son prix « du jour du paiement, s'il n'a touché aucun

fruit ». Cette solution se justifie aisément lorsqu'il s'agit d'une chose frugifère, et que la récolte se trouve en fait avoir été retardée. Elle se comprend moins lorsque la vente a porté sur une chose non frugifère, par exemple, sur une propriété d'agrément dont l'acheteur a usé : il se trouve alors que l'acheteur va cumuler deux jouissances !

γ) L'acheteur doit-il tenir compte au vendeur des *dégradations* qu'a subies l'immeuble durant sa possession ? Non évidemment pour les dégradations résultant de la vétusté ou de toute autre force majeure. Quant aux autres, la Doctrine admet en général que l'acheteur doit les payer, en quoi on l'assimile à un possesseur de mauvaise foi.

δ) Inversement, l'acheteur a-t-il droit au remboursement des *impenses* qu'il aurait faites sur l'immeuble ? On connaît la distinction classique entre trois classes d'impenses : nécessaires, voluptuaires, utiles. Pour les deux premières catégories, pas de difficulté. Les impenses *nécessaires* devront certainement être remboursées par le vendeur qui eût eu à les supporter en tout état de cause. Les impenses *voluptuaires* ne donneront lieu à aucun remboursement. Pour ce qui est des dépenses *utiles*, on peut hésiter. Cependant, l'opinion la plus communément adoptée assimile ici l'acheteur à un possesseur de bonne foi. Elle décide donc que l'acheteur aura droit au remboursement de ses impenses jusqu'à concurrence de la plus-value ; et elle refuse au vendeur le droit de le contraindre à enlever ses constructions ou plantations, droit qui appartient au propriétaire contre un possesseur de mauvaise foi (art. 555, 1er al.).

L'argument invoqué en faveur de cette thèse est l'analogie de l'article 2175, qui consacre la même solution en ce qui concerne le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué obligé au *délaissement*

ε) Enfin on décide que *l'acheteur n'a pas droit à la restitution des frais du contrat*. En effet, aucun texte ne lui accorde ce remboursement, tandis que l'article 1673 permet à l'acheteur à réméré de le demander. Or, l'acheteur, au détriment de qui la nullité du contrat est prononcée, n'a droit qu'aux restitutions expressément autorisées par la loi.

b) *Seconde hypothèse* : *L'immeuble n'est pas restitué*. — En cas d'option exercée dans le sens du maintien de la vente, deux hypothèses doivent être sous-distinguées :

α) Ce peut être l'*acheteur lui-même* qui désintéresse le vendeur, en lui payant le supplément du juste prix sous la déduction du dixième (art. 1681, al. 1). L'article 1682, al. 1, ajoute qu'il doit en outre payer les intérêts de ce supplément *à partir de la demande*, solution peut-être insuffisante, mais en harmonie avec toutes celles qui, nous l'avons vu, assimilent *à priori* l'acheteur, antérieurement à la demande en rescision, à un possesseur de bonne foi.

β) « Le *tiers possesseur* a le même droit que l'acquéreur primitif, sauf sa garantie contre son vendeur » (art. 1681, al. 2). Et par tiers possesseur il faut entendre évidemment tout acquéreur de droit réel sur l'immeuble. Bien entendu aussi, le recours contre son auteur du tiers, qui se résout à un sacrifice pécuniaire pour éviter l'éviction, n'est possible que si ce

auteur est en même temps son garant, ce qui exclut le cas où le tiers tiendrait son droit sur la chose d'un acte à titre gratuit.

c) *Hypothèse spéciale de la loi de 1907.* — On a vu que les effets de l'action dirigée par l'acheteur contre un *vendeur d'engrais* sont tout différents. L'action n'aboutit pas à une rescision. C'est une action *quanti minoris* tendant à la réduction du prix excessif, et, ajoute la loi (art. 1 *in fine*), à des dommages-intérêts pour le cas où le préjudice subi ne serait pas suffisamment réparé, par exemple, au cas où les engrais ou aliments auraient, par leur mauvaise qualité, occasionné des pertes à l'agriculteur. Cette dérogation aux principes, qui aboutit à laisser en somme au vendeur de mauvaise foi le bénéfice du marché, et ne lui enlève que la possibilité de faire un profit excessif, est difficilement justifiable. On n'en a donné qu'une raison très faible, en disant que si l'acheteur, en cas de rescision, se décidait à laisser les marchandises en gare, le vendeur chercherait à s'en débarrasser à un prix inférieur en l'offrant à d'autres agriculteurs, qui deviendraient de nouvelles dupes, et qu'ainsi le mal au lieu d'être circonscrit, ne ferait qu'aller en s'aggravant.

IV. **Caractères généraux de l'action en rescision.** — Nous en savons assez pour pouvoir maintenant déterminer avec certitude les caractères (souvent controversés) de l action en rescision.

Nous ne parlons pas de l'action d'un *acheteur d'engrais*. Elle est certainement *personnelle* et *mobilière* puisqu'elle tend à une indemnisation en argent. Mais l'action du *vendeur d'immeuble* prête à plus de difficultés.

a) *Première question*, — Est-ce une action *mobilière* ou *immobilière*, problème qui présente un intérêt pratique à plusieurs points de vue, notamment au point de vue de la capacité ou des pouvoirs qui sont nécessaires pour exercer l'action ? Nous croyons que c'est une action immobilière, puisqu'elle tend à obtenir, au moyen de la rescision, la restitution de l'immeuble vendu. *Tendit ad immobile*. Peu importe qu'elle puisse aboutir à un supplément de prix ; il n'y a là qu'une *facultas solutionis*. Donc, le tuteur d'un vendeur ne pourra intenter l'action qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 464). Le mineur émancipé, le prodigue devront obtenir le concours du curateur, du conseil judiciaire (art. 482, 499, 513).

b) *Deuxième question.* — L'action en rescision est-elle *personnelle*, *réelle*, ou *mixte* ? L'intérêt c'est la détermination du tribunal compétent. Si c'est une action réelle, le tribunal compétent est celui de la situation de l'immeuble. Si c'est une action personnelle, c'est le tribunal du domicile de l'acheteur. Si c'est une action mixte, le vendeur peut agir à son choix devant l'un ou l'autre (art. 59, C. proc. civ.).

La solution du problème dépend du point de savoir contre qui agit le demandeur.

Poursuit-il la reprise de l'immeuble aux mains d'un tiers acquéreur après avoir fait rescinder la vente, c'est une action purement réelle, car nul lien de droit n'existe entre les plaideurs. L'action est une revendication.

Poursuit-il la rescision contre l'acheteur lui-même, c'est une action

mixte : personnelle, en tant qu'elle vise à l'annulation du contrat, réelle en tant qu'elle aboutit à la restitution de l'immeuble.

Si enfin, hypothèse fréquente, le vendeur, pour économiser temps et argent, met à la fois en cause son acheteur lui-même et le tiers acquéreur auquel celui-ci aurait aliéné l'immeuble, le tribunal compétent ne peut être que celui de la situation de l'immeuble, puisque c'est la seule juridiction commune aux deux défendeurs.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA VENTE

La vente produit trois effets : 1° Elle opère la transmission de la propriété de la chose et la translation des risques ; 2° Elle fait naître certaines obligations pour le vendeur ; 3° Elle impose certaines obligations à l'acheteur. Nous ne reviendrons pas sur le premier effet, n'ayant rien à ajouter à ce que nous en avons dit en traitant de l'article 1138 (t. Ier, p. 935 et s.) Nous ne nous occuperons que des obligations engendrées par la vente.

SECTION I. — Obligations du vendeur.

Les obligations du vendeur peuvent se ramener à deux : 1° La *délivrance* de la chose ; 2° La *garantie* (art. 1603).

§ 1. — Délivrance de la chose.

1° Pour délivrer la chose vendue à l'acheteur, le vendeur doit évidemment d'abord veiller sur elle jusqu'à la livraison (art. 1136 et 1137), avec les soins d'un bon père de famille.

2° La *délivrance* proprement dite de la chose (déjà devenue propriété de l'acheteur par le seul effet du contrat) est régie par des articles nombreux (art. 1604 à 1624) et souvent surabondants, quoiqu'ils omettent, d'autre part, beaucoup de points importants, inconvénient habituel des textes où le législateur a voulu tout prévoir.

A. — *Comment la livraison s'effectue-t-elle?* — Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, l'article 1605 nous dit que la livraison s'effectue par la *remise des clés* ou *des titres de propriété*, c'est-à-dire des actes établissant les précédentes transmissions. La disjonctive *ou* doit être évidemment remplacée par la conjonctive *et* dans le cas où il s'agit d'un bâtiment. De plus, l'obligation de délivrance astreint parfois le vendeur à d'autres prestations. S'il occupait précédemment l'immeuble vendu, il doit le délaisser, le vider de son mobilier. Si l'immeuble est occupé par un tiers, il doit le faire évacuer par celui-ci, à moins qu'il ne s'agisse d'un locataire ou fermier dont le droit est opposable à l'acheteur (art. 1743).

Quand la chose vendue est mobilière, la délivrance s'effectue par la remise matérielle de la chose même, ou par celle des clés du bâtiment qui la contient (art. 1606, al. 1 et 2). Ajoutons, comme procédé de tradition, la remise du warrant, si les marchandises vendues sont déposées dans un magasin général, celle de la lettre de voiture ou du connaissement, si les

marchandises sont en cours d'expédition. L'article 1606, al. 3, ajoute que la délivrance s'opère « même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente » (vente d'une récolte, d'une coupe de bois à effectuer, en ce cas le vendeur n'est tenu qu'à s'abstenir, à laisser l'acheteur se mettre lui-même en possession), « ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre » (tradition *brevi manu* faite à un acheteur déjà locataire ou dépositaire, ce dont il faut rapprocher le *constitut possessoire* au cas où le vendeur ne se dessaisit pas, mais demeure en possession de la chose à un autre titre, comme locataire ou dépositaire du nouveau maître, son acheteur). On remarquera que ces divers procédés de délivrance, par la vertu d'une simple opération intellectuelle, s'appliquent à toutes les choses vendues, bien que l'article 1606 ne les mentionne qu'à propos des meubles.

B. — *Conditions de la délivrance. — Où* s'effectue-t-elle ? Au lieu convenu par les parties et, dans leur silence, chez le vendeur.

Quand doit-elle avoir lieu ? Immédiatement, sauf convention contraire. Toutefois on verra que le vendeur, à moins de concession d'un terme, jouit du droit de *retenir* la chose vendue jusqu'à paiement du prix (art. 1612). Il perd seulement ce droit de rétention s'il a concédé un terme à l'acheteur. Encore le recouvre-t-il en cas de faillite ou de déconfiture de son débiteur (art. 1613).

Aux frais de qui a lieu la délivrance ? A ceux du vendeur, en principe (art. 1608), mais les frais d'*enlèvement* (transport, octrois, douanes, etc.) sont à la charge de l'acheteur.

C. — *En quel état la chose doit-elle être délivrée ?* Il faut distinguer.

a) Y a-t-il eu vente de choses *in genere*, le vendeur sera tenu de fournir des choses de valeur moyenne, de qualité *bonne*, *loyale* et *marchande* (art. 1246). Bien entendu, une clause spéciale peut en décider autrement. Ainsi, en cas de vente *sur échantillon*, le vendeur doit fournir une qualité conforme à celle de l'échantillon. On remarquera que la vérification n'a pas besoin d'être faite au moment même de la réception. L'article 105 du Code de commerce, qui décide le contraire, ne s'applique qu'aux rapports du réceptionnaire avec le voiturier et non à ses rapports avec le vendeur.

b) Y a-t-il eu vente d'un *corps certain*, le vendeur doit délivrer la chose dans l'état où elle était lors de la vente (art. 1245 et 1614), c'est-à-dire en restant responsable des détériorations survenues autrement que par cas fortuit ou force majeure. De plus, le vendeur doit remettre à l'acheteur tous les *accessoires de la chose*, ce qui comprend les fruits (art. 1614, al. 2) et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel (art. 1615), comme les immeubles par destination accompagnant un immeuble (Paris, 8 février 1883, S. 83.2.420), le licou d'un cheval, ses papiers si c'est une bête de sang, etc.., (Rouen, 2 décembre 1892, D. P. 93.2.231).

Par application de ces textes, la Cour de cassation avait jugé que la vente d'une statue ou d'un tableau entraîne la cession à l'acheteur du *droit de reproduction* (gravure, photographie, etc. V. Ch. réun., 27 mai 1842, S. 42.1.385). Il y avait là une solution qui, formulée sans réserve, était tout à fait excessive. Aussi le législateur est-il intervenu. La loi du 9 avril 1910

a décidé, dans son article unique, que « l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction. »

§ 2. — La garantie.

Sens, portée, origine de l'obligation de garantie. — *Garantir*, c'est promettre au créancier la *possession paisible et utile* de la chose qui lui est transférée, et s'engager à lui payer des dommages-intérêts, pour le cas où cette promesse ne pourrait pas être exécutée. L'idée que le débiteur d'une chose reste tenu de la garantie, une fois la livraison effectuée, a pris historiquement naissance à propos de la vente, mais elle s'applique à tous autres contrats translatifs (V. art. 1705 pour l'échange, 1845, al. 2 pour la société, 884 pour le partage), au moins aux contrats à titre onéreux. En effet, le propre des transferts à titre gratuit c'est de ne pas emporter garantie. La différence s'explique sans peine. L'acquéreur à titre onéreux a fourni, ou s'est obligé à fournir une contre-valeur en échange de la chose qui lui est délivrée. Sa prestation ou son obligation manquerait de cause s'il était évincé de la chose acquise ou ne recevait qu'une chose incomplète, défectueuse. Au contraire, le donataire qui n'a rien promis en échange de la chose donnée, n'a pas droit, en principe, à la garantie. Nous disons *en principe*, car la convention contraire est possible. De plus, les *constitutions de dot* emportent de plein droit garantie (art. 1440, 1547).

Logiquement donc, la législation devrait consacrer à la garantie des textes de portée générale. C'est ce que faisait le projet primitif du Code civil allemand. Mais telle est la force de la tradition historique que, dans le Code civil français, et même dans le Code civil allemand définitif, on ne traite de la garantie qu'à propos de la vente. Seulement il est sous-entendu dans notre Code, et exprimé formellement dans le Code civil allemand (art. 445), que les principes ainsi posés s'appliquent à tous les autres contrats de transmission à titre onéreux, sauf application des règles spéciales formulées dans des dispostions particulières.

Une autre observation importante sur l'état actuel des articles relatifs à la matière, c'est que, à la rigueur, on pourrait se passer de textes spéciaux sur l'obligation de garantie si on la considérait comme une face de l'obligation essentielle du vendeur, qui est de transférer la propriété de la chose. Si, dirait-on, l'acheteur se trouve être évincé de la chose qui lui a été délivrée par le vendeur, la sanction de cet incident doit être celle qu'entraîne en principe la violation de toute promesse, c est-à-dire la résolution du contrat, emportant restitution du prix et indemnisation en argent du préjudice supplémentaire. Même solution *mutatis mutandis* pour l'hypothèse d'une éviction partielle. De même, la vente étant, comme tous nos contrats modernes, un contrat de bonne foi, le vendeur, devra, en vertu des principes généraux, indemniser l'acheteur, si la chose par lui livrée est affectée de vices qui la rendent impropre à l'usage que les parties avaient en vue en contractant. Cependant, nos législations modernes ont cru devoir considérer la garantie comme constituant un *chef spécial* d'obligation,

et l'ont réglementée comme telle. Et, d'autre part, elles consacrent des textes distincts à la garantie *contre l'éviction* et à la garantie *contre les vices* de la chose. C'est qu'elles ont subi l'influence d'une tradition séculaire dont les racines se trouve dans le Droit romain.

A Rome, la vente primitive était uniquement une opération de transfert effectué au comptant par le mode solennel de la *mancipatio*. Elle n'entraînait au début aucune obligation. Si la *mancipatio* a porté sur la chose d'autrui, de telle sorte que l'acheteur vienne par la suite à être évincé, la sanction encourue par le vendeur sera d'ordre pénal, car il y a eu délit de sa part dans le fait d'avoir employé les solennités de la *mancipatio* à l'attestation d'un mensonge. L'action pénale attribuée à l'acheteur évincé est l'action *auctoritatis* aboutissant à lui faire rembourser par le vendeur le double du prix versé.

Dans les cas où la *mancipatio* ne peut être effectuée (vente de *res nec mancipi* ou vente entre non-Romains), et où l'on doit se contenter de la simple tradition, il est pourvu d'avance à l'hypothèse de l'éviction par un emploi du contrat verbal. S'il s'agit de choses *mancipi*, ou, du moins, d'objets de grande valeur, l'acheteur, par la *stipulatio duplæ*, stipule du vendeur, pour le cas où il viendrait à être évincé, le paiement du double du prix. Et, pour les choses moins importantes, comme le menu bétail, la stipulation *rem habere licere* lui assure, dans le même cas, une indemnité mesurée sur le préjudice par lui encouru.

Plus tard, nous voyons apparaître la vente, contrat productif d'obligations et contrat de bonne foi. Dès lors on considère que l'indemnisation de l'acheteur évincé est commandée par la bonne foi, en dehors de toute stipulation ; elle peut être poursuivie par l'action même du contrat, l'action *empti*. Mais on envisage toujours l'obligation de garantie comme un effet accessoire, secondaire du contrat, jamais comme l'une des conséquences de son effet principal.

Pour ce qui est de l'hypothèse de la livraison d'une chose incomplète ou vicieuse, l'idée de garantie remonte à une origine historique différente de la précédente. Primitivement, on rencontre, dans le cas spécial du déficit dans la contenance déclarée d'un fonds de terre, une action pénale correspondant à l'action *auctoritatis*, l'action *de modo agri*. On rencontre aussi l'emploi de stipulations spéciales. Mais la caractéristique de la matière est l'intervention des *édiles curules*, magistrats chargés de la police des foires et marchés et, comme tels, de veiller à la régularité des ventes d'esclaves et d'animaux. Ces magistrats instituèrent, dans leur édit, en faveur de l'acheteur lésé par un vice de la chose, une action de caractère pénal, l'*actio redhibitoria*, sorte d'action en résolution, aboutissant à la restitution du prix au double, et, pour d'autres cas, une action dite *æstimatoria* ou *quanti minoris*, tendant à la réduction ou restitution partielle du prix.

Ces traditions ont plus ou moins influé sur les législations modernes. Le Code civil allemand s'en est affranchi en posant ce principe que la garantie n'est qu'une conséquence de l'obligation principale du vendeur (art. 434 et 440). D'où il suit que le recours de l'acheteur peut s'exercer, non seule-

ment après que l'éviction a été réalisée, mais dès qu'il y a preuve du défaut de droit chez le vendeur. En revanche, le Code civil allemand subit l'empire de la tradition en faisant un chef distinct de la garantie des vices de la chose.

Le Code civil français (et, à son exemple, le Code suisse des Obligations, (art. 192, 197) est plus traditionnel encore. Non seulement, il rattache à des principes différents la garantie des vices et celle de l'éviction ; mais encore, il subordonne cette dernière, sinon à une éviction déjà réalisée par l'effet d'un jugement expulsant l'acheteur, du moins à un fait de *trouble* c'est-à-dire à un préjudice déjà encouru. Le système paraît d'autant plus singulier que l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui peut, nous l'avons vu (art. 1599), être exercée *avant même qu'il y ait eu trouble.* Au fond, il y a concours entre les deux actions, ce qui est une complication inutile. L'action en nullité de l'article 1599, sanction de l'obligation essentielle du vendeur, celle de transférer la propriété, tend à l'annulation de la vente. L'action en garantie, qu'on se plaît à rattacher plutôt à l'obligation de délivrance, et qui ne suppose pas nécessairement la preuve du défaut de droit chez le vendeur, tend à obtenir de lui son concours contre l'auteur du trouble, ou, s'il ne peut empêcher ce trouble, une indemnisation en argent. L'une, l'action en nullité de l'article 1599, se prescrit par dix ans (art. 1304) ; l'autre, l'action en garantie, ne se prescrit que par trente ans.

I. — Garantie contre l'éviction.

On étudiera successivement les trois points suivants :

1° Les faits qui donnent lieu à la garantie ;

2° Ses effets ;

3° Les dérogations conventionnelles qui peuvent être apportées au régime de la garantie ordinaire. Dès qu'on se trouve en présence d'une clause de ce genre, on dit qu'il y a *garantie de fait* ; le régime normal est désigné au contraire par l'expression de *garantie de droit.*

1° Faits qui donnent lieu à la garantie de droit. — D'après l'article 1626 : « Quoique, lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente. » Il résulte de ce texte que trois faits donnent lieu à la garantie : l'éviction totale ou partielle, le trouble de droit, l'existence d'une charge non déclarée.

A. — Eviction totale ou partielle. — L'éviction, c'est la *dépossession de la chose résultant de l'exercice par un tiers d'un droit sur la chose* excluant la possession de l'acheteur. Ce droit exercé par un tiers est le plus souvent le droit de propriété ; le vendeur a vendu la chose d'autrui, et le *verus dominus* la revendique entre les mains de l'acheteur. Nous avons vu que, dans ce cas, l'action en garantie fait double emploi avec l'action en nullité de

l'article 1599. Mais, quelquefois aussi, le droit exercé par le tiers est différent ; il n'y en a pas moins *éviction* du moment que l'acheteur est dépossédé ; l'exemple le plus frappant est le cas d'exercice par un créancier de l'action hypothécaire. Quelquefois enfin, l'éviction résulte indirectement d'une action exercée contre le vendeur, par exemple, d'une action en nullité, en résolution ou en rescision dirigée contre lui, et qui réfléchit contre l'acquéreur auquel il avait vendu la chose.

Quelles conditions doit réunir la dépossession de l'acheteur pour qu'il y ait éviction ?

a) Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dépossession consacrée par une *sentence judiciaire.* L'ancienne définition : *Evincere est vincendo in judicio aliquid auferre* n'est pas exacte. Et voici des cas divers où la dépossession de l'acheteur constitue une éviction, bien qu'elle n'ait pas été le résultat d'un jugement.

α) Il y a eu revendication de la part d'un tiers, mais la prétention du revendiquant était si manifestement fondée que l'acheteur a préféré ne pas supporter les frais d'un procès, et s'est retiré à l'amiable.

β) L'acheteur conserve la chose, mais à un autre titre. Ainsi, il a découvert que le vendeur lui avait vendu la chose d'autrui et que, le *verus dominus* étant décédé depuis, c'est précisément lui qui était son héritier. L'acheteur est bien dépossédé *en tant qu'acheteur*, car il n'a la chose qu'*en sa qualité d'héritier.*

γ) L'acheteur n'a jamais obtenu la possession. Lorsque la chose lui a été vendue, elle était entre les mains d'un tiers ; et celui-ci a repoussé victorieusement ses tentatives pour entrer en possession, en démontrant que la chose lui appartient en propriété.

b) Il n'est pas même nécessaire qu'il y ait eu *dépossession effective*, pour qu'il y ait lieu à recours en garantie. Mais, d'un autre côté, il ne suffit point, comme pour l'exercice de l'action en nullité de l'article 1599, que l'acheteur ait acquis la certitude qu'on lui a vendu la chose d'autrui. Le recours en garantie peut être exercé par l'acheteur, lorsqu'il y a eu *trouble*, c'est-à-dire *prétention menaçante* d'un tiers. Cela résulte de l'article 1625, aux termes duquel le vendeur doit garantir à l'acheteur une *possession paisible.* La possession n'est pas paisible du moment qu'elle est *troublée.*

c) D'après l'article 884 (relatif à la garantie en matière de partage), l'éviction ne donne lieu à la garantie que si elle a une *cause antérieure* au contrat. Mais cela n'est pas entièrement exact. Il est vrai que, le plus souvent, les évictions provenant d'une cause postérieure à la vente ne donnent pas à l'acheteur de recours contre le vendeur, parce qu'elles ne sont pas, en général, imputables à celui-ci. En effet, depuis la vente, le vendeur a perdu la faculté de constituer sur la chose, en faveur d'un tiers, un droit opposable à l'acheteur. Mais il n'y a là qu'une observation de fait. Un instant de réflexion suffit pour faire apercevoir que, dans bien des cas, une éviction tenant à une cause postérieure à la vente engendre la garantie. Supposons deux acheteurs successifs d'un même immeuble dont le second évince le premier en date, parce qu'il a transcrit sa vente plus tôt ; le ven-

deur commun sera certainement tenu de la garantie envers le premier acquéreur évincé.

Il faut donc substituer une autre formule à celle de l'article 884. La vérité, c'est que le trouble, pour donner lieu à la garantie, ne doit être imputable ni à un cas fortuit, ni à la force majeure, ni au fait même de l'acheteur. En effet, le vendeur ne saurait être responsable des troubles résultant de faits de ce genre :

α) Comme exemple d'un trouble dû à un *cas fortuit*, supposons que l'adjudicataire d'un immeuble soit évincé par suite de la surenchère du sixième (que toute personne a le droit de faire en cas de vente publique). Il y a là un cas fortuit. Au contraire, si l'éviction provenait d'une surenchère du dixième, émanant d'un créancier hypothécaire du vendeur, celui-ci serait tenu à la garantie (V. art. 2191. Req., 18 mars 1895, D. P. 95.1.505, S. 96.1.313).

β) Voici maintenant une éviction provenant de la *force majeure*. Une ville vend un terrain situé, d'après un plan de voirie par elle adopté, en bordure d'une voie publique projetée pour assurer la prospérité du quartier. Plus tard, l'Etat établit à proximité un chemin de fer et une gare. Les expropriations qui en sont la suite bouleversent le plan de voirie primitif ; ce qui constitue une grande dépréciation, un trouble des droits de l'acquéreur. Celui-ci n'aura pas cependant de recours en garantie contre la ville sa venderesse (Civ., 17 février 1863, D. P. 63.1.93, S. 63.1.209).

γ) Enfin, il y aura éviction tenant au *fait de l'acheteur* lui-même, si nous supposons qu'au moment de la vente, l'immeuble était possédé par un tiers, et que l'acheteur, bien qu'ayant tout le temps et la possibilité d'interrompre la prescription, l'a laissée s'accomplir à son détriment. L'acheteur n'a ici à s'en prendre qu'à sa propre négligence. Et on remarquera cependant qu'en ce cas l'éviction remonte à un fait antérieur à la vente, lequel est la prise de possession de l'usucapant.

De la garantie d'éviction en cas de vente forcée. — Faut-il, pour qu'il y ait lieu à garantie, que la vente ait été *volontaire* ?

En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, il n'y a certainement pas lieu à garantie (ni pour éviction, ni à raison des vices). L'expropriation, en effet, purge l'immeuble de tous les droits réels qui peuvent le grever, et les transforme en un droit sur l'indemnité (L. de 1841, art. 17 et 18).

Mais *quid* pour les ventes sur saisie ? Supposons un adjudicataire sur saisie immobilière évincé de l'immeuble par lui acquis, parce que la saisie avait porté, par erreur, sur un immeuble n'appartenant pas au débiteur. Il a certainement droit à garantie. Mais la difficulté consiste à déterminer le garant. Ce n'est pas évidemment le tribunal qui a ordonné la mise aux enchères. Il y a aussi de bonnes raisons pour exonérer le saisi, car il n'a pris aucun engagement. La vente n'a pas été faite par lui, mais contre lui. De plus, un recours contre lui serait généralement illusoire. En somme, ce sont les créanciers saisissants qui, rationnellement, devraient être astreints à la garantie. Ils ressemblent à un vendeur en ce qu'ils ont touché

le prix. On objecte qu'ils en diffèrent en ceci d'essentiel que la propriété de la chose vendue ne leur a jamais appartenu. Mais on peut répondre qu'il en est généralement ainsi dans les hypothèses les plus pratiques d'éviction c'est-à-dire dans les cas de vente de la chose d'autrui.

Les auteurs admettent cependant en général une solution contraire, et décident que le vendeur, c'est le saisi. Les créanciers saisissants, auteurs véritables de la vente, doivent être considérés comme ayant été ses mandataires, et cela en vertu du droit de gage général qu'un débiteur confère à ses créanciers sur tous ses biens. Le raisonnement est à coup sûr ingénieux, mais il est critiquable. Admettons qu'il y ait eu mandat implicite : le débiteur a pu donner à ses créanciers mandat de vendre au besoin ses propres biens, à lui débiteur, mais non des biens ne lui appartenant pas. Il est vrai que, pour remédier aux conséquences fâcheuses d'un tel système, on propose divers palliatifs, et, notamment, d'autoriser l'adjudicataire évincé à exercer une action en répétition de l'indû contre les créanciers saisissants auxquels le prix de l'immeuble a été colloqué. Mais cette solution prête à la critique. Les créanciers colloqués n'ont pas reçu l'indu ; ils ont touché ce qui leur était dû ; *suum receperunt* (V. art. 1376).

On invoque d'autre part l'article 1377, accordant l'action en répétition de l'indu à celui qui a payé par erreur, se *croyant débiteur*. Mais si l'adjudicataire a erré en payant les saisissants, il était cependant réellement débiteur du prix d'adjudication. De plus, comment invoquer l'article 1377 dans le cas où l'adjudicataire, sans attendre la collocation, a versé amiablement le prix, en l'acquit du saisi, entre les mains des saisissants? Peut-on dire alors qu'il a commis l'erreur de l'article 1377? Non : il a sciemment payé la dette d'autrui, ce qui ne peut donner ouverture à l'action en répétition.

Si pourtant on admet que les saisissants peuvent être tenus de restituer le prix par application de la *condictio indebiti*, du moins est-il certain que l'adjudicataire ne serait pas fondé à leur réclamer les dommages-intérêts complémentaires qui, additionnés au prix, complètent le montant de l'indemnité de garantie. Ces dommages-intérêts ne peuvent être poursuivis que contre le saisi, puisque c'est lui qui est le garant. Toutefois, les saisissants pourraient en être tenus, s'ils avaient commis dans leurs poursuites quelque faute personnelle ayant entraîné l'éviction de l'adjudicataire, par exemple, s'ils avaient négligé de faire les notifications prescrites aux créanciers hypothécaires inscrits.

B. — **Trouble de droit et trouble de fait.** — D'après la définition que nous avons donnée de l'éviction, il n'y a trouble, c'est-à-dire menace d'éviction donnant lieu à garantie, que s'il s'agit d'un *trouble de droit*, c'est-à-dire résultant d'une prétention juridique de la part d'un tiers. Le *trouble de fait*, c'est-à-dire celui qui ne résulte pas d'une prétention juridique, n'est pas une cause de garantie, au moins quand il émane d'un tiers. Comment l'acheteur pourrait-il rendre le vendeur responsable de l'usurpation, de la voie de fait, de la dégradation commises par un tiers, qui suppriment ou restreignent sa jouissance ? Ce trouble lui est en réalité imputable, à lui

acheteur, puisqu'il dépendait de lui de le faire cesser, soit par l'emploi de son énergie personnelle, soit en recourant à l'autorité publique. Donc le vendeur ne garantit pas l'acheteur contre le simple trouble de fait provenant d'un tiers.

En revanche, il le garantit contre le trouble de fait qu'*il commettrait lui-même*, car la bonne foi l'oblige à ne rien faire qui diminue la jouissance de son acheteur. Ces principes sont nettement consacrés, en matière de louage, par les articles 1725 et 1726.

De nombreuses et intéressantes applications de cette double règle se rencontrent dans la Jurisprudence à propos des *ventes de fonds de commerce.* La concurrence faite à l'acheteur par un autre que le vendeur est un trouble de fait dont le vendeur ne répond pas. Mais, si le vendeur faisait personnellement concurrence à son acheteur, il commettrait un acte de *concurrence déloyale* : l'acheteur pourrait lui demander compte par l'action en garantie de ce trouble de fait personnel. Rien de plus simple en principe. Cependant, la matière donne lieu à bien des difficultés de détail.

Supposons d'abord que l'acte de vente du fonds de commerce contienne une clause formelle par laquelle le vendeur s'interdit d'exercer le même commerce. Cette clause est-elle obligatoire ? N'est-elle pas contraire au principe de la liberté du travail et des professions ; dès lors ne tombe-t-elle pas sous le coup de la prohibition de l'article 6 du Code civil ? A quoi la Jurisprudence répond par la distinction suivante. L'interdiction absolue pour le vendeur d'exercer tel commerce, telle industrie, est inadmissible Elle est au contraire valable si elle ne s'applique qu'à certains lieux, certains périmètres déterminés ; il reste alors au vendeur une liberté suffisante (Req., 8 novembre 1904, D. P. 1906.1.489, note de M. Lacour, S. 1910.1.119).

Supposons maintenant que l'acte de vente soit resté muet sur la question de concurrence. Il est depuis longtemps admis que la clause doit être suppléée, et que le vendeur doit s'interdire de concurrencer son acheteur dans un certain périmètre voisin du lieu où est exploité le fonds vendu, comme aussi de s'intéresser dans un établissement rival (Req., 8 février 1911, D. P. 1912.1.173. V. cep. Req., 29 juillet 1908, D. P. 1909.1.281, note de M. Lacour, S. 1909.1.291). Il y a là une suite normale du contrat qui, au moins quand il s'agit d'un fonds commercial, comprend l'achalandage autant que le matériel du fonds. La concurrence dans un local voisin serait un trouble de fait, dont le vendeur est tenu de s'abstenir personnellement.

Mais que décider à l'égard des ayants cause du vendeur ? Ses héritiers ou, ce qui revient au même, sa veuve commune en biens, à supposer qu'elle ait accepté la communauté, doivent-ils pareillement s'abstenir de concurrencer l'acheteur ? Succèdent-ils à cette obligation de leur auteur ? Ou, au contraire, ne peut-on pas dire que celle-ci présente un caractère rigoureusement personnel qui la rend intransmissible ? La Jurisprudence semble hésitante. Il y a des décisions qui n'admettent pas que la veuve soit, à aucun titre, tenue de s'abstenir de concurrencer l'acheteur, du mo-

ment qu'elle n'a point participé personnellement à la vente du fonds (Montpellier, 21 juillet 1905, D. P. 1907.2.209, note de M. Lacour). D'autres admettent la transmission de l'obligation aux enfants du vendeur (Paris, 21 février 1900, D. P. 1900.2.476, S. 1903.2.210). Nous croyons qu'il faut écarter ici les idées de transmissibilité ou d'intransmissibilité de l'obligation. Il s'agit de savoir s'il y a eu ou non trouble de fait. Ce à quoi l'héritier ou la veuve sont tenus, comme le vendeur, c'est, non pas de s'abstenir d'exercer un commerce ou une industrie similaire, mais de commettre un trouble de fait à l'encontre de l'acheteur. Donc, il y aura concurrence déloyale seulement au cas où l'héritier ou la veuve exerceront une industrie dans des conditions prêtant à confusion, et permettant au public de croire qu'il se trouve encore en face de l'ancien titulaire du fonds ou d'une maison ayant repris ses traditions, ses procédés de fabrication, etc... Il y aura concurrence licite, au contraire, s'il n'y a pas de confusion possible, par exemple, si le commerce est exercé par un héritier, parent éloigné ne portant pas le même nom, ou, même en cas de similitude de noms, s'il s'est écoulé un laps de temps suffisant pour que le souvenir de l'ancienne maison soit présumé éteint dans la clientèle.

C. — **Charges non déclarées.** — D'après l'article 1626, le vendeur doit garantir l'acheteur « des charges prétendues sur l'objet vendu et non déclarées lors de la vente ». Et, plus loin, l'article 1638 nous parle de la garantie due par le vendeur, « si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il ait été fait de déclaration, de *servitudes* non apparentes... de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit ». Le démembrement, l'amoindrissement de son droit souffert par l'acheteur dans ces circonstances est en tout point comparable à une éviction partielle.

Pourquoi avoir édicté ici un texte spécial? L'histoire seule peut l'expliquer. Les Romains n'admettaient point que la révélation d'une servitude pût donner lieu à un recours en garantie de la part de l'acheteur, soit par l'action *ex stipulatu*, soit par l'action *emti*. La raison en était que, dans leur pensée, et étant donné l'état économique de la propriété foncière, l'acheteur d'une terre devait toujours s'attendre à la trouver grevée de servitudes. Cependant, il y avait lieu à recours lorsque, par une clause spéciale de la vente, le fonds avait été déclaré exempt de servitude, vendu *ut optimus maximus*. Au contraire, l'ancien Droit français admit la garantie à raison des charges non déclarées, à titre d'application de la garantie contre les vices rédhibitoires cachés (Pothier, *Vente*, n° 201). Le Code civil, lui, rattache la garantie en question à l'hypothèse d'une éviction partielle ; il a, en quelque sorte, généralisé et sous-entendu la clause *optimus maximus* du Droit romain, ce qui offre un intérêt pratique aux deux points de vue suivants :

a) La garantie est due même en cas de *vente judiciaire*, ce qui n'aurait pas lieu si nous avions conservé la conception de l'ancien Droit, le Code exemptant ces ventes de la garantie contre les vices cachés (V. art. 1649).

b) Etant donné qu'il s'agit ici d'une garantie contre une variété d'éviction partielle, le vendeur doit des dommages-intérêts, méme s'il est de bonne foi ; au contraire, en cas de vice caché, les dommages ne sont dus que par le vendeur de mauvaise foi (art. 1645).

La loi, nous l'avons vu, exige, pour que la révélation de la charge grevant l'objet vendu emporte garantie, que cette charge n'ait pas été *déclarée*, ou, ce qui revient au même, connue de l'acheteur au moment de la vente d'une manière quelconque. Et l'article 1638, à propos des *servitudes*, tire du principe cette conséquence qne l'existence de servitudes *apparentes* ne donne pas lieu à la garantie. Conséquence d'une logique peut-être un peu étroite, car l'apparence de la servitude peut quelquefois ne pas constituer l'acheteur en faute, s'il a cru, par exemple, que les signes extérieurs de cette servitude ne se référaient qu'à une simple tolérance.

Nous croyons que, au moins lorsqu'il s'agit de *servitudes*, le principe posé par les articles 1626 et 1638 doit se combiner avec celui de la publicité actuelle des mutations immobilières ; ce qui rendra l'application de la garantie extrêmement rare en fait. Les servitudes réelles ne sont en effet opposables à l'acheteur que si elles ont été transcrites. Or une servitude transcrite ne peut être considérée comme non déclarée. On remarquera que le même raisonnement ne serait pas admissible à propos d'une hypothèque. Certes l'hypothèque, elle aussi, a besoin d'avoir été rendue publique pour se trouver opposable à l'acheteur. Cependant, l'inscription de l'hypothèque ne suffit pas pour exclure le recours en garantie de l'acheteur. En effet, l'éviction résultant de l'hypothèque est purement *éventuelle* ; elle est subordonnée à ce fait, en somme anormal, que le débiteur ne s'acquittera pas de son obligation. Au contraire, l'exercice d'une servitude dûment transcrite n'est pas éventuel, mais certain.

D'autre part, nous estimons qu'il n'y a pas de recours en garantie à raison de la révélation d'une *servitude naturelle ou légale*. Car, d'abord, ce ne sont pas là, à proprement parler, de véritables servitudes (V. notre t. I^er^, p. 743) ; et, de plus, de pareilles charges ne peuvent jamais être considérées comme inconnues de l'acheteur, nul n'étant censé ignorer la loi.

Les cas qu'il faut supposer pour qu'il y ait, aujourd'hui, lieu à l'application de la garantie pour charge non déclarée seront donc, à notre avis, seulement les suivants :

a') La servitude a été constituée par un mode non soumis à la transcription, c est-à-dire par la destination du père de famille ou par un partage.

b') La servitude résulte d'un acte soumis à la transcription ; mais celle-ci a été effectuée dans l'intervalle compris entre la vente et la transcription de cette vente par l'acheteur. La publicité qui lui a été ainsi donnée, tout en la rendant opposable à cet acheteur, n'équivaut pas cependant à une déclaration, car c'est au moment de la vente que l'acheteur a dû se renseigner.

c') Enfin, la charge peut être un droit non soumis à transcription, comme le droit d'un locataire résultant d'un bail de moins de dix-huit ans ; le droit de ce locataire est opposable à l'acheteur moyennant la simple acquisition

d'une date certaine (art. 1743), ce qui ne constitue pas une publicité (Req., 6 juin 1887, D. P. 88.1.216, S. 87.1.409).

Cas d'inexistence d'une servitude active déclarée. — Une hypothèse, inverse des précédentes, et cependant identique au fond, est celle où le vendeur a, dans l'acte de vente, déclaré que le fonds était muni de servitudes qui, après vérification, se trouvent ne pas exister. Il y aura évidemment, dans ce cas, lieu à l action en garantie. C'est une éviction partielle. Mais que décider si, en dehors de toute déclaration, il y avait, au moment de la vente, un état de fait permettant à l'acheteur de croire à l'existence d'une servitude *apparente* ? Par exemple, la maison qui lui a été vendue possédait des fenêtres percées de telle façon qu'il devait croire à l'existence d'une servitude de vue. Plus tard, le voisin a fait boucher ces vues en démontrant qu'il n'y avait pas servitude, mais simple tolérance. On trouve une décision admettant, en pareil cas, le recours en garantie de l'acheteur (Req. 6 février 1889, D. P. 90.1.390, S. 92.1.360). Il est vrai que l'espèce présentait cette circonstance que la maison avait été vendue *dans l'état où elle était*, phrase qui pouvait être interprétée comme une déclaration implicite.

2° Effets de l'obligation de garantie. Est-elle indivisible ? — L'obligation de garantie astreint le vendeur aux trois prestations suivantes :

A. — Une *abstention* d'abord. Il doit s'abstenir de troubler l'acquéreur dans la possession paisible de la chose. Et on se souvient qu'ici, il serait responsable du *trouble de fait* aussi bien que du *trouble de droit*.

B. — Si un tiers se livre, à l'encontre de l'acheteur, à un trouble de droit, le vendeur doit *prendre fait et cause* pour l'acheteur, lui fournir les moyens de repousser la prétention adverse, et, à cet effet, répondre à l'*appel en garantie* que l'acheteur forme contre lui.

C. — Si l'éviction est consommée enfin, le vendeur doit en *réparer* les conséquences en restituant le prix à l'acheteur et en lui fournissant, au besoin, des dommages-intérêts et d'autres prestations pécuniaires.

Le simple énoncé de cette triple obligation nous permet de trancher la question souvent débattue de savoir si l'obligation de garantie est *divisible* ou *indivisible,* ce qui présente un grand intérêt pratique, notamment au cas où le vendeur décède, laissant plusieurs héritiers. Doit-on dire alors que l'obligation se divise de plein droit entre les héritiers du vendeur, de telle sorte que chacun d'eux ne soit tenu que pour sa part de l'obligation de garantie ? (art. 1220). Ou bien, au contraire, faut-il admettre qu'il s'agit ici d'une obligation indivisible, de telle sorte que chacun des co-débiteurs puisse être astreint à toute l'étendue de la prestation ? (art. 1222).

A cette question on ne peut faire une réponse absolue. La solution dépend de celle des trois prestations indiquées dont il s'agit. L'obligation de *réparer* l'éviction consommée est certainement divisible entre les héritiers, puisqu'elle a pour objet une prestation pécuniaire, une somme d'argent ; chaque héritier ne sera donc tenu que pour sa part de l'indemnité due à l'acheteur évincé. A l'inverse, l'obligation de *prendre fait et cause* pour

l'acheteur troublé est indivisible, car elle a pour objet un *fait*, celui de prendre part à une instance judiciaire, qui n'est pas susceptible de division. Enfin, la Jurisprudence décide que l'obligation de ne pas troubler soi-même l'acheteur, est aussi indivisible, une abstention n'étant pas plus divisible qu'un fait actif. Supposons, par exemple, qu'un tuteur ait aliéné comme sien un immeuble de son pupille, puis décède, et que le pupille recueille comme héritier une quote-part de sa succession. L'ex-pupille ne pourra revendiquer partie de son immeuble sous prétexte qu'il n'est tenu à la garantie que dans la mesure où il succède au vendeur (Voir une conséquence plus contestable de l'idée d'indivisibilité dans Req., 8 novembre 1893, D. P. 94.1.417, S. 94.1.401, note de M. Lacoste).

A. — **Première obligation du garant : Ne pas troubler l'acheteur.** — Si le vendeur ou son héritier prétendait troubler l'acheteur, celui-ci le repousserait au moyen de *l'exception de garantie* (c'est le premier sens d'une expression qui, nous le verrons plus loin, a parfois encore une autre acception). *Qui doit la garantie ne peut pas évincer.* Nous avons déjà rencontré plusieurs applications de ce principe en matière de *trouble de fait.* En voici de nouvelles en matière de *trouble de droit.*

a) Le vendeur de la chose d'autrui ne peut invoquer la nullité de l'article 1599. Seul l'acheteur possède ce droit.

b) Le vendeur de la chose d'autrui ne peut pas non plus revendiquer l'immeuble, s'il en devient propriétaire *ex alia causa*, par exemple, en héritant du *verus dominus.*

c) Le *verus dominus* lui-même ne peut pas revendiquer sa propre chose s'il vient à hériter de celui qui l'a vendu et s'il accepte sa succession.

d) Le vendeur qui n'a pas fait la délivrance et a conservé la possession de la chose vendue ne peut se prévaloir ensuite de la prescription acquisitive contre l'acheteur (Civ. 13 mai 1912, D. P. 1913.1.143).

B. — **Seconde obligation : Garantie incidente.** — La seconde obligation du vendeur consiste à assister l'acheteur en justice, lorsque celui-ci est troublé par la prétention d'un tiers. Lorsque l'acheteur met en cause son vendeur, en pareille circonstance, on dit qu'il y a *garantie incidente.* Il y aurait, au contraire, *garantie principale* si l'acheteur troublé, ayant laissé consommer son éviction, avait attendu ce moment pour exercer son recours et réclamer son indemnisation. Le Code de procédure civile consacre plusieurs articles (art. 175 à 185) à la garantie incidente. Il permet au possesseur troublé dans sa possession d'opposer aux poursuites (disons, à la revendication du tiers) l'*exception*, dite *dilatoire*, *de garantie* (par opposition à l'exception de garantie dite *civile*, vue plus haut, moyen de défense au fond par lequel l'acheteur repousserait le trouble émanant de son propre vendeur). L'exception dilatoire contraint le demandeur à une suspension de ses poursuites, qui donne à l'acheteur le temps de mettre en cause son vendeur. Cet emploi de la garantie incidente apparaît comme éminemment utile à divers point de vue.

a) D'abord, il permet à l'acheteur d'éviter tous les frais et tracas du procès intenté contre lui. Le garanti peut en effet se faire mettre *hors de cause* (art. 182, al. 1, C. proc. civ.). Le procès se déroulera dorénavant entre le tiers revendiquant et le garant, celui-ci plaidant en son nom, bien qu'il plaide au fond pour le compte du garanti, ce qui peut être considéré comme emportant pratiquement exception au principe que *nul en France ne plaide par procureur.*

b) Si la revendication exercée par le tiers doit aboutir à l'éviction de l'acheteur, la garantie incidente évite à ce dernier le souci et les frais d'un second procès ; car la même décision qui statue sur la revendication du demandeur, statuera sur le recours en garantie, en condamnant le garant, soit simplement intervenant, soit ayant pris fait et cause pour l'acheteur, à indemniser celui-ci. Il n'y a pas besoin d'une nouvelle instance à porter devant le juge du domicile du garant.

c) Enfin, la garantie incidente protège le garanti contre un péril auquel l'expose la garantie principale, péril qui résulterait de ce qu'il aurait attendu, pour se retourner contre le garant, la fin de son procès. D'après l'article 1640, en effet, « la garantie... cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner... sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande ». On comprend cette solution : lorsque l'éventualité visée par la loi se produit, l'éviction subie par l'acheteur résulte de sa négligence ; le vendeur ne doit pas en être responsable.

Toutefois, il ne faut pas méconnaître que le procédé de la garantie incidente peut offrir, lorsque l'acheteur se fait mettre hors de cause, un certain inconvénient, qui est de l'exposer au danger d'une collusion frauduleuse entre le tiers et son garant. Pour remédier à ce danger (pratiquement, sans doute, assez rare), le Code de procédure civile (art. 182, al. 2) ouvre à l'acheteur un parti intermédiaire entre l'intervention pure et simple du vendeur et la mise hors de cause ; c'est de ne *rester en cause que pour la garantie de ses droits.* A cet effet, l'acheteur conserve un avoué auquel doivent être signifiés tous les actes de procédure échangés entre le revendiquant et le garant, et qui surveillera la marche du procès. Si quelque indice de collusion apparaissait, l'acheteur pourrait rentrer en cause.

Faisons une dernière remarque. Il ne faudrait pas supposer que, pour exercer la garantie incidente, l'acheteur doive être nécessairement *défendeur* au procès principal. Il se pourra qu'il y soit demandeur, et cela dans les trois hypothèses suivantes :

a') En cas de cession de créance, si le débiteur cédé prétend, sur les poursuites de l'acheteur, ne rien devoir ;

b') En cas de vente d'immeuble avec déclaration de servitude active, si l'acheteur est forcé de recourir à l'action confessoire de servitude à l'encontre d'un voisin niant l'existence de cette charge ;

c') Au cas où, l'immeuble vendu se trouvant aux mains d'un tiers possesseur et l'acheteur étant obligé de le revendiquer, le possesseur résiste en se prétendant *verus dominus.*

C. — Troisième obligation : Réparer l'éviction consommée. — Supposons que l'éviction de l'acheteur soit consommée. Si la loi n'avait pas statué ici par des dispositions spéciales, les principes du droit commun nous fourniraient les solutions les plus simples et, semble-t-il, les plus satisfaisantes. Le vendeur — et peu importerait qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi — ne pouvant exécuter son obligation *en nature*, devrait être astreint à l'exécuter *par équivalent*, c'est-à-dire sous la forme d'une indemnité pécuniaire égale au préjudice causé, à savoir, à la valeur de la chose vendue envisagée *au moment précis de l'éviction*. Mais nous allons voir que le Code consacre ici des solutions souvent différentes et peu rationnelles, variant d'ailleurs suivant qu'il y a eu *éviction totale*, *éviction partielle* ou *charge non déclarée*.

a) **Cas d'éviction totale.** — En cas d'éviction totale, la loi astreint le garant à diverses prestations pécuniaires au profit de l'acheteur évincé (V. art. 1630).

α) *Première prestation* : *Le prix*. — Le vendeur doit d'abord restituer à l'acheteur *le prix*, s'il l'a reçu (art. 1630, 1°), et l'article 1631 ajoute : « Lorsque, à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix. »

Il y a là une solution difficilement explicable au premier abord. Si la chose a diminué de valeur avant l'éviction, ce n'est pas l'éviction qui est cause de tout la préjudice subi par l'acheteur ; c'est ou sa propre négligence, ou l'accident fortuit qui a causé la dépréciation de la chose. Et cependant, l'acheteur aura droit à la restitution du prix total. Si bien que l'éviction sera pour lui une source de bénéfice ! A quoi l'article 1632 ajoute seulement ce mince tempérament d'équité que, « si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit ». La loi n'en semble pas moins irrationnelle et injuste, et cela d'autant plus que, si la chose a *augmenté de valeur* entre la vente et l'éviction, un texte formel, l'article 1633, décide, on le verra bientôt, que le vendeur devra des dommages-intérêts correspondant à cette plus-value. Ainsi, toutes les bonnes chances sont pour le garanti au détriment du garant.

Comment justifier ou simplement expliquer la disposition de l'article 1631 ? On a voulu la rattacher au Droit romain. Mais c'est une erreur. Le jurisconsulte Paul (70, D. *de evictionibus*, XXI, 2) nous enseigne, au contraire, que le recours en garantie s'exerçant par l'action *emti* aboutit au *quod interest*, c'est-à-dire au montant exact du préjudice subi par l'acheteur. On a dit — l'explication remonte à nos anciens auteurs — que le recours de l'acheteur, en ce qui concerne le prix par lui versé, constitue une *condictio indebiti*, le paiement qu'il a effectué se trouvant manquer de *cause*, faute de transmission de la propriété de la chose vendue ; or, dans l'action en répétition de l'indu, ce qui mesure l'obligation de restituer de l'*accipiens*,

c'est le montant exact de ce qu'il a reçu, et, par conséquent, la totalité de la somme versée. Mais il n'y a là qu'une justification insuffisante. Nous avons vu que, pour qu'il y ait éviction et garantie, il n'est pas toujours nécessaire qu'il y ait eu vente nulle, vente de la chose d'autrui. Supposons, par exemple, l'acheteur évincé par l'action hypothécaire d'un créancier. La vente qui lui avait été consentie par le débiteur, son vendeur, ne portait point sur la chose d'autrui. Le paiement que l'acheteur a fait du prix était parfaitement *causé* ; on ne saurait parler ici de répétition de l'indu. Et cependant, l'article 1631 ne distingue pas. Le prix total devra donc être restitué même si la chose a considérablement diminué de valeur.

La seule justification raisonnable que l'on pourrait fournir de l'article 1631 (justification à laquelle, d'ailleurs, il ne semble pas que les rédacteurs du Code aient songé), consisterait à voir dans ce texte l'application d'une règle que l'article 1636 établit à propos de l'éviction partielle, du moment qu'elle présente une certaine importance, et qu'il est parfaitement logique d'étendre à l'éviction totale. Cette règle consiste en ce que l'acheteur se voit accorder une option : il peut, à son gré, ou réclamer des dommages-intérêts correspondant à son préjudice, ou *demander la résolution de la vente*, demande qui aboutit évidemment à lui faire restituer le prix tel qu'il l'a versé. Or, en cas d'éviction totale et de baisse survenue dans la valeur de l'immeuble depuis la vente, ne pourrait-on pas dire qu'aux yeux de la loi l'acheteur *est présumé avoir opté dans le sens de la résolution ?* Et en effet cette option est alors tout à son avantage.

β *Seconde prestation : Les fruits.* — D'après l'article 1630, 2°, le vendeur est encore obligé de restituer à l'acheteur *les fruits* de la chose, « lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ». Cette formule a donné lieu à une difficulté classique. Si l'acheteur a été forcé de restituer au revendiquant les fruits de la chose en même temps que la chose même, c'est qu'il était conscient d'avoir acheté la chose d'autrui ; autrement en effet, comme possesseur de bonne foi, il eût été dispensé de les restituer (art. 549). Cela étant, on comprend mal qu'il ait le droit de se faire indemniser par son vendeur d'un préjudice auquel il s'était sciemment exposé. Cela n'est-il pas d'ailleurs en contradiction avec la disposition finale de l'article 1599, d'après laquelle la vente de la chose d'autrui ne donne lieu à des dommages-intérêts que « lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ? »

Il n'est pas malaisé de résoudre cette apparente contradiction et de tracer le domaine respectif des deux textes.

D'abord, il y a des cas où l'acheteur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, sera toujours privé des fruits et aura, dès lors, droit à s'en faire rembourser le montant, en vertu de l'article 1630, sans qu'on puisse lui objecter l'article 1599, par cette raison qu'il n'y a pas eu vente de la chose d'autrui. Il en est ainsi lorsqu'il est évincé par l'action d'un créancier hypothéaire. On sait en effet que les créanciers saisissants ont droit aux fruits de l'immeuble à compter du jour de la transcription de la saisie.

En second lieu, même au cas où le recours en garantie se confond avec

l'action en nullité, parce qu'il y a eu vente de la chose d'autrui, il y a parfois moyen de concilier les deux textes. L'article 1599 n'exige la bonne foi chez l'acheteur, pour lui accorder des dommages-intérêts, qu'au *moment de la vente*. Peu importe la *mala fides superveniens*. Au contraire, l'attribution des fruits au possesseur, à l'encontre du revendiquant, suppose la bonne foi *au moment de chaque perception*. Supposons un acheteur de bonne foi qui, après la vente, est mis au courant de la situation, et cependant conserve l'immeuble. A partir de ce moment, il cesse de faire les fruits siens ; il est tenu d'en restituer la valeur au *verus dominus* qui l'évince. Demeurant néanmoins possesseur de bonne foi à l'*égard du vendeur*, il a droit, aussi bien en vertu de l'article 1599 qu'en vertu de l'article 1630, à des dommages-intérêts représentant son préjudice entier et, notamment, celui qui résulte pour lui de la restitution des fruits.

γ *Troisième prestation* : *Les frais*. — Le vendeur doit encore payer au vendeur « les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire », à supposer que l'acheteur ait soutenu seul le procès en revendication dans lequel il a succombé. Il faut ajouter à ces frais judiciaires, les frais et loyaux coûts du contrat de vente (droits de timbre et d'enregistrement, etc...) (art. 1630, 3° et 4° *in fine*).

δ *Quatrième prestation* : *Dommages-intérêts* (art. 1630, 4°). — Ils peuvent se référer à diverses causes.

Ce sera d'abord la *plus-value* correspondant à *l'augmentation de valeur* du fonds, s'il s'en est produit une. Peu importe la cause de cette plus-value. L'acheteur a droit à son remboursement, non seulement lorsqu'elle provient de son fait, mais même quand elle est purement fortuite, ce qui est du reste équitable (art. 1633). Notons que la combinaison de ce texte avec l'article 1599 nous conduit à n'accorder cette indemnité à l'acheteur que s'il est de bonne foi, au moins quand la garantie s'exerce à propos d'une vente de la chose d'autrui.

Faut-il distinguer aussi suivant que le vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi ? Si l'on se référait au principe du Droit commun (art. 1150), il faudrait décider que le vendeur de bonne foi n'est tenu que de restituer la plus-value que l'on pouvait prévoir au moment du contrat, le vendeur de mauvaise foi seul étant obligé de rembourser même la plus value imprévue et impossible à prévoir. Mais un texte — d'ailleurs fort malencontreux — nous empêche d'adopter cette solution. C'est l'article 1639, d'après lequel il ne faut faire intervenir en notre matière les dispositions du droit commun relatives aux conséquences de l'inexécution des obligations, qu'à défaut d'un texte spécial visant l'hypothèse. Ce texte existant ici — c'est l'article 1633 — il n'est pas possible d'appliquer la distinction équitable de l'article 1150. Même s'il est de bonne foi, le vendeur devra donc toujours rembourser au garanti l'intégralité de la plus-value.

Un second chef de dommages-intérêts se réfère aux *réparations et améliorations* que l'acheteur aurait faites sur le fonds (art. 1634, 1635). Ces textes distinguent suivant que le vendeur a été de bonne foi ou de mauvaise foi. Le vendeur de mauvaise foi est tenu de rembourser même les dépenses

voluptuaires ou d'agrément. L'autre n'est tenu de rembourser que les dépenses utiles. On remarquera qu'il ne peut se borner à rembourser la plus-value, au cas où celle-ci serait inférieure à la dépense ; en effet il doit rendre l'acheteur absolument indemne. Par conséquent, à supposer que l'éviction de l'acheteur résulte d'une revendication donnant lieu à application de l'article 555, et que l'acheteur ait obtenu directement du *verus dominus* les indemnités accordées au possesseur par cet article, indemnités correspondant, on s'en souvient, à la seule plus-value (t. I[er], p. 861), il se peut que le vendeur ait à fournir un supplément.

b) **Cas d'éviction partielle.** — Il résulte des articles 1636 et 1637 que deux hypothèses doivent être distinguées. Si la partie dont l'acheteur a été évincé est « de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il *peut faire résilier* (il vaudrait mieux dire *résoudre*) *la vente* », ce qui entraînera naturellement la restitution du prix tel quel. Si la vente n'est pas résolue, soit parce que l'éviction partielle est de peu d'importance, soit parce que l'acheteur préfère un mode de satisfaction différent de la résolution, il a droit à des dommages-intérêts correspondant à la valeur réelle de la chose *au moment de l'éviction*, c'est-à-dire calculée en tenant compte aussi bien de la diminution que de l'augmentation de valeur survenue depuis le contrat. C'est une solution plus rationnelle et plus équitable que celle que nous avions rencontrée sous les articles 1631 et 1633, quand il s'agissait de la réparation de l'éviction totale.

Il y a lieu de faire ici deux observations importantes :

α) Si le préjudice encouru par l'acheteur provenait, non d'une éviction partielle, mais de ce que la chose vendue *avait déjà péri en partie au moment de la vente*, il résulte de l'article 1601, al. 2, qu'il n'y aurait pas de distinction à faire suivant l'importance de la partie disparue. Si faible soit-elle, l'acheteur aurait toujours le droit de demander la résolution. On explique en général cette différence en disant que, dans l'hypothèse visée par l'article 1601, al. 2, le recours de l'acheteur s'exerce très peu de temps après le contrat ; il n'y a pas d'inconvénient à résoudre celui-ci. L'éventualité peut être plus grave lorsque l'état de choses créé par la vente s'est prolongé. La résolution prononcée à la suite d'une éviction qui a pu se produire longtemps après la vente, risque de réfléchir contre les tiers qui auraient acquis, dans l'intervalle, des droits de l'acheteur. Il vaut mieux ne l'admettre que le moins possible.

β) Une certaine opinion a tenté de résoudre l'opposition manifeste qui existe entre la solution de l'article 1631 (au cas d'éviction totale) et celle de l'article 1637 (au cas d'éviction partielle). Ce dernier texte est cependant bien explicite. Nous y lisons que, lorsque l'acquéreur est indemnisé en argent, la valeur de la partie perdue « lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, *et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur* ». Mais cette solution, a-t-on prétendu, ne s'appliquerait que dans l'hypothèse où l'évic-

tion a porté sur une *partie matérielle* de la chose ; alors en effet il n'y a pas d'autre mode possible d'évaluation de la prestation à faire. Si, au contraire, l'éviction a porté sur une *part aliquote* de la chose, une moitié, un tiers, un quart du fonds vendu, par exemple, alors il y aurait lieu à une restitution proportionnelle du prix ; autrement dit, on appliquerait la solution de l'article 1631, le paiement se trouvant ici avoir manqué de cause pour une portion facile à déterminer, ce qui permet une *condictio indebiti* proportionnelle. Et l'on s'appuie sur un texte d'Ulpien qui fait, prétend-on, cette distinction (1, D. *de evictionibus*, XXI, 2) et qui est le suivant : « *Sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincetur, regressum habet pro quantitate evictæ partis, quod si certus locus sit evictus, pro bonitate loci erit regressus...* » Mais, d'une part, ce texte ne saurait prévaloir contre la formule très nette de l'article 1637 qui ne fait aucune distinction. Et d'autre part, Ulpien ne nous paraît pas enseigner la solution qu'on lui prête. Il se borne à constater qu'il y a un cas, celui de l'éviction d'une part indivise, où le calcul de l'indemnité ne donne lieu qu'à une simple opération arithmétique, à savoir la division proportionnelle de la valeur totale de la chose. Mais il ne nous dit pas qu'on doive se référer à cette valeur *au moment de la vente*. Il est plus probable que, dans sa pensée, on doit se reporter au prix atteint par la chose *au moment de l'éviction*. C'est la seule solution conciliable avec le texte de Paul précité (70, D. *h. t.*). Et elle est conforme à celle de notre article 1637.

c) **Hypothèse de charges non déclarées.** — L'article 1638 consacre ici des règles entièrement identiques à celles que nous venons de rencontrer dans le cas d'une éviction partielle. Même distinction suivant l'importance du préjudice subi par l'acheteur ; même option ; même calcul de l'indemnité en argent, lorsque l'acheteur s'en tient à ce mode de réparation.

3° De la garantie de fait. — La garantie de fait, c'est-à-dire celle qui fait l'objet d'une clause expresse du contrat, peut (art. 1627) *ajouter* aux obligations du vendeur ou en *diminuer* l'effet.

A. — **Clauses d'aggravation. Vente avec indication de contenance.** — Nous trouvons l'exemple d'un renforcement conventionnel de la garantie dans les ventes d'immeubles faites *avec indication de contenance*. En général, un immeuble vendu est simplement désigné dans l'acte de vente par son nom et sa situation, sans qu'il y soit fait mention de la superficie, laquelle ne joue qu'un rôle secondaire dans les préoccupations des parties. Mais, dans le cas où celles-ci insèrent dans leur contrat une indication précise de la contenance, l'article 1616 porte qu'il y a alors, pour le vendeur, obligation de fournir la contenance indiquée. Toutefois, la loi réglemente différemment deux hypothèses, selon que l'acheteur doit être présumé avoir attaché plus ou moins d'importance à cette mention.

a) *Première hypothèse* (art. 1617, 1618). — L'immeuble a été vendu avec indication de contenance et *à tant la mesure*. Je vous vends tel immeuble, d'une superficie de 50 hectares et à raison de 2.000 francs l'hectare. On

rencontre en ce cas le maximum de considération attachée à la contenance, et la loi fait la sous-distinction ci-après.

α) La contenance réelle se trouve-t-elle *inférieure* à celle qui est mentionnée, le vendeur doit subir une diminution proportionnelle du prix, si minime que soit le déficit (art. 1617). Ainsi, il n'y a que 49 hectares 1/2 ; l'acheteur ne paiera que 99.000 francs.

On remarquera que la loi n'accorde pas la faculté de dédit à l'acheteur. Et en effet, quel préjudice y a-t-il pour lui à payer moins que la somme qu'il s'attendait à débourser ? Toutefois, les principes généraux nous conduisent à décider que l'acheteur pourrait demander la résolution de la vente, dans le cas où le défaut de contenance serait tel qu'il rendrait l'immeuble absolument impropre à l'usage auquel il était destiné.

β) La contenance réelle se trouve-t-elle *supérieure* à la contenance visée, l'acquéreur a un droit d'option (art. 1618) : il peut, à son gré fournir le supplément du prix ou se désister du contrat. Toutefois, cette faculté de dédit n'existe que si l'excédent atteint une certaine mesure, à savoir un *vingtième de la superficie*. Par exemple, l'immeuble se trouve contenir, non pas 50 hectares, mais 52 hectares 1/2 ; dans ce cas, si l'acheteur ne se soucie pas de payer 105.000 francs, il peut faire résoudre le contrat. Que si, au contraire, l'excédent n'atteint pas cette proportion, l'acheteur n'a pas de faculté de dédit. Par exemple, l'immeuble contient 52 hectares. L'acheteur devra payer 104.000 francs ; le supplément de prix n'est pas assez fort pour qu'il puisse lui être difficile de se le procurer.

b) *Seconde hypothèse* (art. 1619, 1620). — L'immeuble est vendu avec indication de contenance, mais *pour un prix global*. Je vous vends tel immeuble de 50 hectares pour 100.000 francs. Alors, la loi présume que les parties ont attribué une moindre importance à l'étendue superficiaire. Pour que le déficit ou l'excédent puisse donner lieu à recours, il faut qu'il dépasse le *vingtième du prix total convenu*. Dans ce cas seulement, il y a lieu à diminution ou à augmentation proportionnelle du prix. De plus, si la différence reconnue est un *excédent*, l'acheteur peut, s'il ne se soucie pas de payer un supplément de prix, se désister de la vente (art. 1620).

Ajoutons que, comme ces diverses éventualités peuvent jeter de l'incertitude sur la propriété, à cause de la faculté de dédit qu'on y rencontre çà et là, l'article 1622 inclut dans le délai d'une année la durée de l'action en garantie de contenance.

B. Clause d'exonération de la garantie. — Les clauses de non-garantie sont assez fréquentes. Il y en a deux variétés, dont la première seule fait l'objet de textes positifs : les *clauses générales*, c'est-à-dire excluant la garantie dans tous les cas, et les *clauses spéciales*, excluant la garantie seulement pour tels cas d'éviction déterminés.

a) La *clause générale* d'exclusion de la garantie reçoit des articles 1628 et 1629 deux limitations.

α) Elle laisse d'abord subsister la garantie du *fait personnel* du vendeur. Celui-ci devra donc toujours, nonobstant la clause d'exonération,

répondre, soit du *trouble de fait* provenant de sa propre personne, soit du *trouble de droit* résultant de ce que lui-méme ou un de ses ayants cause élève une prétention juridique aboutissant à l'éviction de l'acheteur. Toute convention par laquelle le vendeur s'exonérerait de la garantie de son fait personnel serait nulle (art. 1628). En effet, on ne saurait admettre que l'acheteur donne au vendeur à son encontre licence de manquer à la bonne foi qui doit présider à tous les contrats (Civ. 11 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.416).

β) Même s'il s'agit d'une éviction provenant *du fait d'un tiers* et non imputable au vendeur, l'effet de la stipulation de non garantie est encore restreint. Elle n'abolit pas entièrement la responsabilité du vendeur ; elle le dispense seulement des dommages-intéréts, plus généralement de toutes les prestations pécuniaires accessoires parmi celles que met à la charge du garant l'article 1630. Mais le vendeur reste toujours tenu de la *restitution du prix* (art. 1629). Et en effet, le vendeur n'ayant pas rempli son obligation, il y a à tout le moins résolution de la vente, et cette résolution entraîne forcément cette conséquence de la restitution du prix (V. Req., 22 novembre 1875, D. P. 77.1.373, S. 76.1.213).

Toutefois, l'effet de la stipulation est plus étendu, et la restitution du prix est écartée dans deux hypothèses :

D'abord, lorsqu'il est prouvé que l'acheteur avait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction qu'il a subie.

Ensuite, lorsque les parties ont expressément convenu qu'il n'y aurait jamais lieu à restitution du prix, ce qu'on exprime en disant, dans l'acte de vente, que l'acheteur achète *à ses risques et périls*.

Dans les deux cas ci-dessus, on peut dire qu'il y a eu un contrat aléatoire. Ce que l'acheteur a acquis, c'est moins la chose elle-même que la prétention plus ou moins hypothétique du vendeur. Donc, si la chance par lui acquise ne se réalise pas, on ne peut pas dire que le vendeur a manqué à son engagement ; il ne doit pas y avoir lieu à la résolution de la vente.

b) *Les clauses spéciales* d'exclusion de la garantie pour tel ou tel risque d'éviction déterminé sont fréquentes dans la pratique. Par exemple, le vendeur stipule qu'il ne garantit pas l'acheteur contre les servitudes occultes qui pourraient grever l'immeuble. L'effet d'une clause de ce genre est plus complet que celui d'une clause générale de non-garantie. Elle exonère le vendeur même de la responsabilité de son *fait personnel*. Et en effet il n'y a pas de déloyauté à se réserver la faculté d'accomplir soi-même tel ou tel acte. Par exemple, un concessionnaire de mine vend un terrain situé dans le périmètre de la concession. Et il décline toute garantie pour les éboulements qui viendraient à résulter de l'exploitation du sous-sol. Rien de plus licite qu'une telle réserve. Va-t-elle jusqu'à exonérer le vendeur même dans le cas où le trouble ultérieur *proviendrait d'une faute de sa part*, par exemple, de sa négligence dans l'aménagement et l'exploitation de la mine ? Ce n'est là qu'une des faces de la question, précédemment étudiée, de savoir s'il est permis de s'exonérer des conséquences de ses propres fautes.

Il convient maintenant de rapprocher des cas précédents, celui où le contrat ne contient aucune clause de garantie, mais où il est prouvé que

l'acheteur a eu en fait connaissance, en achetant, du danger de l'éviction qu'il a subie. Qu'en résultera-t-il ? Nous avons vu que l'effet de cette conscience du risque d'éviction, *accompagnant une clause générale de non-garantie*, est d'entraîner l'immunité complète du vendeur. S'il n'y a eu aucune clause d'exemption, l'effet de la connaissance, par l'acheteur, du danger qu'il court sera de restreindre la responsabilité du garant *à la restitution du prix*, c'est-à-dire de l'exempter des dommages-intérêts et autres prestations pécuniaires qu'entraîne en général la garantie. Les choses se passeront en un mot comme s'il y avait eu *clause générale de non-garantie* pure et simple. C'est ce que décide l'article 1599 pour le cas spécial d'une éviction résultant de la revendication d'un *verus dominus*.

II. — Garantie des défauts cachés de la chose vendue.

Généralités. Historique. — Comme la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés de la chose est la conséquence d'une obligation implicite du vendeur. Celui-ci doit être considéré comme tenu de fournir à son acheteur, non seulement une possession paisible, mais une possession *utile*, répondant au service que l'acheteur est normalement en droit d'attendre de la chose. Cependant, nous savons que le Code ne s'en tient pas ici aux règles du droit commun concernant les conséquences de l'inexécution des obligations. On a vu que l'honneur comme la responsabilité de la création d'une législation spéciale, en cette matière, revient aux édiles curules de Rome, magistrats investis de la police des foires et des marchés. Des raisons spéciales tenant aux particularités des ventes d'animaux domestiques expliquent leur initiative et les traits caractéristiques de leur création. Il fallait, en pareille matière, inclure en un très bref délai le recours des acheteurs, car il y a lieu de craindre que ceux-ci n'exagèrent à plaisir les prétendus vices d'un animal dont ils se repentiraient d'avoir fait l'emplette. De plus, il convient de tenir compte de la fréquence des reventes successives, d'où il résulte que souvent le vendeur a complètement ignoré les vices de l'animal par lui vendu. Les édiles mirent en conséquence à la disposition de l'acheteur deux actions, soumises l'une et l'autre à une courte prescription. Par l'action *redhibitoria*, il pouvait imposer au vendeur la reprise de l'animal vicieux et la restitution du prix payé. Ou bien, s'il préférait conserver l'objet, il pouvait, par l'action *æstimatoria* ou *quanti minoris*, réclamer le paiement d'une bonification correspondant, non plus, comme de nos jours, en cas d'éviction partielle, à l'étendue concrète du préjudice subi, mais à la diminution de la valeur abstraite de la chose résultant de la découverte des vices cachés.

Ces solutions édilitiennes ont passé dans la plupart des législations modernes, dans notre Code civil, dans le Code civil italien (art. 1501 et suiv.), dans le Code suisse des Obligations (art. 197 et s.), dans le Code civil espagnol (art. 1486 et s.), dans le Code civil allemand (art. 459 et s.) bien que, lors de la discussion de ce Code, on ait préconisé l'application en cette matière des règles du droit commun. Le Code civil portugais (art. 1582)

tranche sur ce tableau en appliquant ici, non les sanctions de l'inexécution des dettes, mais celle des vices du consentement, erreur ou dol.

Ajoutons que, dans notre Droit français (et aussi dans le Droit allemand), il s'est produit une singulière évolution. Nous avons vu que, primitivement, ce sont les particularités des ventes d'animaux domestiques qui, en provoquant l'intervention des édiles, ont entraîné la formation d'une législation spéciale. De nos jours, des préoccupations pratiques du même ordre ont amené le législateur à établir, pour les ventes d'animaux domestiques, une nouvelle série de règles particulières, exceptions à l'exception, qui dérogent aux sanctions ordinaires des vices rédhibitoires en général. Les besoins et les réclamations des éleveurs, des bouchers, vétérinaires, etc., ainsi que l'intérêt de la santé publique, ont provoqué l'apparition d'une série de lois qui compliquent singulièrement le sujet. C'est ainsi que, pour ne parler que des principaux textes, des dérogations aux règles de notre Code civil résultent, en matière de ventes d'animaux domestiques, des lois du 20 mai 1838, du 21 juillet 1881, du 2 août 1884, du 31 juillet 1895, du 21 juin 1898 art. 41, du 23 février 1905, du 24 février 1914. Et la liste n'est pas close assurément!

1° **Règles générales en matière de vices rédhibitoires.** — On examinera les trois questions ci-après : A) Quels sont les vices dont il est dû garantie ? B) Quels sont les effets de la garantie ? C) Comparaison entre la garantie des vices rédhibitoires et les autres voies de recours de l'acheteur (nullité pour vice du consentement ou lésion).

A. — **Définition et conditions des vices rédhibitoires.** — Les vices dont le vendeur doit garantir l'acheteur sont appelés *vices rédhibitoires*, expression qui ne définit rien, car elle s'attache, non au vice lui-même, mais à son effet au moins possible qui est de forcer le vendeur à reprendre la chose (*redhibere*).

Plus précisément, l'article 1641 qualifie les vices rédhibitoires de « défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ». Ainsi, on voit aussitôt que l'absence d'une qualité exceptionnelle n'entraîne pas le recours en garantie, du moment que la chose bien que médiocre, reste suffisamment propre à l'usage auquel elle était destinée, sauf à donner lieu à l'action en nullité pour erreur, si cette qualité exceptionnelle ou *opime* était *substantielle*, c'est-à-dire avait été envisagée spécialement par les parties contractantes.

Le vice rédhibitoire peut se rencontrer dans les opérations les plus diverses.

En cas de vente d'immeubles par exemple, quand il y aura eu vente d'un terrain miné par des excavations rendant une construction impossible, vente d'une prairie infestée d'herbes vénéneuses, vente d'un bâtiment reposant sur des fondations d'une profondeur insuffisante pour en assurer la solidité, etc.

En matière mobilière, au cas de vente d'une machine d'un fonctionnement défectueux, de vente de perles fines colorées artificiellement pour en dissimuler les défauts.

Pour les choses incorporelles, en cas de vente de valeurs de bourse frappées d'opposition ; de vente d'actions d'une société annulée ; de cession d'un office ministériel déprécié à la suite d'indélicatesses commises par un précédent titulaire.

En cas d'opérations autres que des ventes, mais assimilables, telles que cessions ou transports, apports en société, etc...

Cependant il y a une exception résultant de l'article 1649. La garantie des vices rédhibitoires « n'a pas lieu dans les ventes faites *par autorité de justice* », ce qui doit s'entendre des ventes qui *ne peuvent être faites que par autorité de justice* (biens de mineurs ou de successions bénéficiaires, saisie immobilière), et non des ventes dans lesquelles l'intervention de la justice est simplement facultative, comme les licitations des biens d'une succession appartenant à des cohéritiers majeurs et capables. Les motifs de l'exception établie par l'article 1649 sont, d'une part, la large publicité donnée à la vente judiciaire, qui facilite l'information des intéressés, en second lieu l'intérêt des créanciers que le prix provenant de la vente est le plus souvent destiné à rembourser, enfin les frais de la vente judiciaire qu'il importe de ne pas rendre inutiles en annulant l'adjudication.

Pour que le vice dont la chose vendue est atteinte et qui la rend impropre à son usage, offre les caractères d'un vice rédhibitoire, il faut les conditions suivantes :

a) Il faut que ce vice présente une *certaine gravité*. Un défaut insignifiant serait sans effet. Il y a là évidemment matière à appréciation souveraine des juges du fond.

b) Il faut que ce soit un *vice caché*. « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. » L'ignorance de l'acheteur est-elle une excuse ? Non, car il aurait pu se faire assister, dans son achat, par une personne compétente. Cependant, la Jurisprudence n'applique pas rigoureusement cette idée, du moins quand il s'agit de la vente d'une chose exigeant, pour être appréciée, certaines connaissances techniques (V. pour la vente d'un moteur à gaz, Req., 31 juillet 1905, D. P. 1908.1.148, S. 1907.1.437 ; pour la vente d'une automobile, Req. 5 juin 1929, Gaz. Pal. 1929.2.394). Ajoutons que la garantie des vices apparents se trouve quelquefois, en fait, imposée au vendeur par une clause formelle du contrat.

c) Pas de garantie non plus quand le vice même caché a été un fait *connu* ou qui a pu être connu de l'acheteur avant la vente (Req., 1er mars 1876, D. P. 77.1.155), ou lorsqu'il s'agit d'un vice tellement habituel, normal qu'on doit toujours s'attendre à le voir se révéler (Req., 5 juin 1929, précité). Pendant longtemps, on a appliqué cette idée en matière de ventes de denrées alimentaires, denrées dont les falsifications, disait-on, sont tellement courantes qu'elles ne sauraient donner lieu à la garantie. Mais la législation et la Jurisprudence semblent être entrées, en ces dernières années, dans une voie de plus grande sévérité, aussi bien au point de vue de la respon-

sabilité civile qu'à celui de la sanction pénale (V. lois du 14 août 1889, du 11 juillet 1891, du 24 juillet 1894, du 6 avril 1897 sur la mise en vente de vins falsifiés ; loi du 1er août 1905 sur la falsification des denrées alimentaires ; loi du 16 avril 1897 sur la falsification des beurres, etc...). Aujourd'hui, la Jurisprudence admet le recours en garantie, non seulement en cas de vente de denrées ayant fait l'objet de falsifications illicites, mais même en cas de vente de denrées simplement altérées ou travaillées dans la mesure permise par la loi, par exemple, de vins légèrement plâtrés, à moins qu'on n'ait indiqué en gros caractères, sur les récipients, la véritable composition du produit (Req., 26 avril 1906, D. P. 1907.1.509, S. 1906.1.180).

d) Le vice doit *avoir existé au moment de la vente* (au moment de la translation des risques sur la chose, dit l'article 459 *in fine* du Code civil allemand).

e) Le vice doit *n'avoir pas été exclu par le contrat*, car la clause de non-garantie est licite en cette matière comme pour le cas d'éviction, à condition toutefois que le vendeur n'ait pas connu le vice (art. 1643) (Civ., 14 décembre 1911, D. P. 1911.1.296, S. 1910.1.364).

f) Enfin, la loi exige que le recours *soit exercé* « *dans un bref délai*, suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite » (art. 1648). Un trop long délai rendrait trop difficile la vérification du juge, et suspecte la réclamation de l'acheteur. Ce sont les tribunaux qui arbitreront, dans chaque espèce, s'il y a eu recours exercé en temps utile. Il y a plus de précision dans le Code civil allemand (art. 477) qui fixe le recours à six mois après la vente pour les meubles, et à un an pour les immeubles.

B. — **Effets de la garantie des vices** — D'après l'article 1644, « l'acheteur a le choix de rendre la chose (rédhibition) et de se faire restituer le prix » (avec les intérêts, ajoute la Jurisprudence : Civ., 13 mars 1877, D. P, 77.1.323) « ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ». Cette option cependant n'appartient pas toujours à l'acheteur ; il y a des cas où il ne peut pas demander la rédhibition et est réduit à l'action *quanti minoris*. Ce sont les suivants :

a) S'il a *aliéné* la chose : il s'est mis en effet lui-même dans l'impossibilité de la restituer.

Que décider si, sans aliéner la chose à un tiers, il l'a grevée de droits réels tels que servitudes et hypothèques ? Pas de difficulté lorsque cette constitution de droits réels est postérieure à la découverte du vice ; elle implique alors certainement renonciation de l'acheteur à l'action rédhibitoire. Il y a controverse, au contraire, lorsque l'acheteur a grevé la chose avant la découverte des vices. On ne conteste point qu'il conserve l'action rédhibitoire. Mais quels en seront les effets ? Une première opinion enseigne que les droits consentis par l'acheteur seront anéantis ; elle voit dans l'action rédhibitoire une action en résolution pure et simple donnant lieu à application de la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Mais nous croyons préférable d'admettre que l'acheteur ne peut

exercer l'action rédhibitoire qu'après avoir dégrevé l'immeuble des charges par lui constituées. L'assimilation de la rédhibition à la résolution est inconciliable avec l'histoire de la garantie et l'existence en cette matière d'une législation toute spéciale. Les Romains n'admettaient point que l'action *redhibitoria* réfléchît contre les tiers. *Redhibere*, c'est faire une opération inverse de la vente ; ce n'est pas la résoudre. Et la rédhibition doit borner ses effets aux parties en cause.

b) Au cas de vente d'un *office ministériel*, l'acheteur ne peut également réclamer, le cas échéant, qu'une diminution du prix de cession et non la rédhibition. En effet, la transmission de l'office résulte d'une décision gouvernementale qu'il ne dépend pas des tribunaux d'annuler.

c) L'hypothèse de *perte* de la chose vicieuse qui supprime, elle aussi, l'option du garanti, donne lieu à des règles particulières.

La perte peut avoir lieu, soit par la faute de l'acheteur, soit par celle du vendeur, c'est-à-dire par suite de la mauvaise qualité de la chose, soit par cas fortuit.

Dans les deux premiers cas, il n'y a pas de difficulté. Si la chose a péri par la faute de l'acheteur, celui-ci ne peut se plaindre. Si elle a péri par suite de sa mauvaise qualité, « la perte sera pour le vendeur » (art. 1647). Celui-ci devra donc restituer le prix et les dommages-intérêts accessoires. Enfin, quand la perte est causée par un cas fortuit, elle est à la charge de l'acheteur (art. 1647, 2e al.) (dans le même sens, V. C. civ. italien, art. 1504). Au contraire, le Code civil allemand (art. 462), d'accord en cela avec la tradition romaine (dans le même sens, C. civ. espagnol, art. 1488), décide que la rédhibition, et par conséquent la restitution du prix, peut être demandée. Cette solution, en apparence moins logique que la nôtre, est peut être plus pratique, à cause de la difficulté extrême qu'il y a quelquefois à discerner si la chose vicieuse a péri par l'effet du cas fortuit ou par celui de sa mauvaise constitution. En fait, le plus souvent, les deux causes auront agi l'une et l'autre, et il est en somme équitable que les conséquences de l'accident pèsent plutôt sur le vendeur qui est ordinairement en faute d'avoir fourni une chose de mauvaise qualité.

Il se peut que l'inaptitude de la chose vicieuse à l'usage pour lequel elle était destinée ne soit pas le seul préjudice souffert par l'acheteur. S'il en est ainsi, des prestations supplémentaires pourront lui être dues par le vendeur. C'est ce que décident les articles 1645-1646, textes mal rédigés d'ailleurs, en ce qu'ils paraissent ne viser que l'hypothèse de la rédhibition. Ici, la loi a voulu faire une distinction, suivant que le vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi. A-t-il été de *mauvaise foi*, il doit tous les dommages-intérêts correspondant au préjudice entier éprouvé par l'acheteur. A-t-il été de *bonne foi*, il n'est tenu qu'à la restitution du prix et au remboursement des frais occasionnés par la vente. Solution logique, puisque, dans la première hypothèse, le règlement à faire entre le vendeur et l'acheteur déborde le domaine spécial de la garantie, et nécessite, à raison du dol commis par le garant, une indemnisation totale du garanti.

Malheureusement, l'article 1646, visant la situation du vendeur de bonne

foi, c'est-à-dire ayant ignoré les vices de la chose, emploie une expression trop vague ; il nous dit qu'il n'est tenu de restituer au garant que le prix avec « les frais occasionnés par la vente ». Le texte ne voulait sans doute viser que les frais de l'*acte* de vente. Mais la jurisprudence l'interprète différemment, et elle admet que l'acheteur sera en droit de réclamer le remboursement de tous les frais qui ont été pour lui une conséquence de la défectuosité de la chose vicieuse, par exemple, les frais du procès qu'il a été contraint de soutenir contre ses propres clients auxquels il aurait livré des marchandises défectueuses, ou le montant des indemnités qu'il aurait été obligé de payer à des tiers en raison d'un accident causé par les défectuosités de la chose par lui achetée (Req., 21 octobre 1925, D. P. 1925.1.9. note de M. Josserand). Ces solutions aboutissent à effacer toute distinction entre la responsabilité du vendeur de bonne foi et celle du vendeur de mauvaise foi ; elles identifient les deux théories de la garantie des vices et de la garantie d'éviction

C. **Comparaison entre la garantie des vices et les autres actions d'un acheteur lésé.** — L'action en nullité pour erreur est le recours qui offre le plus d'analogie avec la garantie des vices, puisque celle-ci exige que le vice ait été caché et ignoré de l'acheteur, c'est-à-dire, en définitive, suppose une erreur de ce dernier. Mais l'erreur (art. 1110) n'est une cause de nullité qu'autant qu'elle porte sur la substance de la chose. La garantie, elle, suppose que la chose est impropre à son usage. Par exemple, l'erreur d'un instrumentiste qui acquiert un violon, parce qu'il le croit l'œuvre d'un luthier célèbre, alors que l'instrument est apocryphe, est une erreur sur la substance qui donnera lieu à une action en nullité ; mais le caractère apocryphe du violon n'est pas un vice rédhibitoire donnant lieu à la garantie.

D'autre part, l'action en nullité pour dol que l'on peut également comparer avec la nôtre, suppose prouvée la mauvaise foi du vendeur ; la garantie du vice rédhibitoire (art. 1643) existe, au contraire, même en cas de bonne foi du garant.

L'action résultant de la lésion n'est comparable à notre recours en garantie que lorsqu'elle est admise en faveur de l'acheteur, cas tout exceptionnel qui ne se produit, on l'a vu, qu'en matière de vente d'engrais ou de substances alimentaires destinées aux animaux de la ferme. Mais, dans cette hypothèse, le recours de l'acheteur pour lésion ne donne pas lieu à l'option de l'article 1644 ; il n'aboutit qu'à une restitution partielle du prix avec dommages-intérêts, s'il y a lieu.

2° **Effet des vices de la chose en matière de vente d'animaux domestiques. Généralités. Dualité des législations applicables.** — L'inconvénient que présentait l'application pure et simple du système du Code civil à ce genre de transaction, c'était de laisser dans le vague et d'abandonner à l'arbitraire des juges deux points importants : d'abord, la gravité du vice pouvant donner lieu au recours, et, en second lieu, le délai dans lequel le recours devait être intenté. Il en résultait une diversité excessive

dans les règles appliquées par les tribunaux. Il y avait de plus à tenir compte de l'astuce des maquignons, de leur peu de scrupules à menacer leur vendeur d'un recours fondé sur de prétendus vices, en vue d'en obtenir une diminution sur le prix, de la rapidité et de la fréquence des reventes successives, etc...

De là tout d'abord la loi du 20 mai 1838, aujourd'hui remplacée par la loi du 2 août 1884, insérée dans le Code rural. Cette loi, d'une part, procède à l'*énumération limitative des vices rédhibitoires* pour chaque catégorie d'animaux domestiques. D'autre part, elle fixe un *délai très bref* pour le recours. Ce délai est aujourd'hui (art. 5 de la loi de 1884) de 9 jours seulement; il n'atteint 30 jours que pour une seule maladie, la fluxion périodique des yeux. Il ne suffit d'ailleurs plus que, dans ce délai, l'acheteur ait formé sa demande ; il faut qu'il ait provoqué la nomination d'experts et cité le vendeur à l'expertise, à moins qu'il n'y ait eu prorogation prononcée par le juge de paix, à raison de l'éloignement (Civ., 10 juillet 1905, D. P. 1910.1.294, S. 1910.1.550).

A côté de cette législation se développant dans les cadres du Droit civil traditionnel, une autre a fait son apparition, sous l'empire de préoccupations d'hygiène et de santé publique. Elle s'est formulée dans la loi du 21 juillet 1881, relative à la police sanitaire des animaux. Cette loi vise le cas de mise en vente d'animaux atteints de maladies dites *contagieuses* comprises dans une énumération complétée depuis par l'article 29 de la loi du 21 juin 1898 sur le Code rural, et prononce une double sanction : une sanction pénale contre les vendeurs de mauvaise foi ; une sanction civile consistant dans l'interdiction de la vente ou mise en vente des animaux atteints ou soupçonnés (art. 13), ce qui aboutit à la *nullité des ventes* déjà effectuées. Cette loi ne contient aucune limitation dans la durée du recours donnant lieu à cette nullité.

La combinaison des deux lois ci-dessus a engendré nombre de difficultés. D'une part il y avait des maladies qui figuraient à la fois dans l'énumération des *vices rédhibitoires* et des *maladies contagieuses*, la morve et le farcin (espèces chevaline et ovine), la clavelée (espèce ovine). Laquelle des deux sanctions leur était applicable ? En revanche, il y avait des espèces pour lesquelles les textes ne prévoyaient aucun vice rédhibitoire, mais seulement des maladies contagieuses. Il en était ainsi pour les bovidés. Il est vrai que la Jurisprudence a ici comblé la lacune de la loi. Non seulement, en effet, elle admet la validité, d'ailleurs incontestable, des clauses de garantie expresse, mais elle décide qu'il y a parfois garantie de fait *implicite*, résultant d'une *convention tacite* ; ce qui est le cas lorsque les bovidés sont vendus pour la boucherie (V. Civ., 12 mai 1903, D. P. 1904.1.248, S. 1904.1.91). Ajoutons que certains tribunaux, commettant une confusion manifeste entre les sanctions pénale et civile comminées par la loi de 1881, ne prononçaient la nullité des ventes d'animaux contagieux que dans le cas où le vendeur avait été de mauvaise foi. De là une loi nouvelle, modifiant celle de 1881, la loi du 31 juillet 1895. Cette loi a été, en vertu de la loi générale du 21 juin 1898 sur le Code rural, insérée en partie dans ledit Code où elle

forme l'article 41, modifié légèrement depuis par la loi du 23 février 1905. Les modifications ainsi apportées au système de la loi du 21 juillet 1881 sont au nombre de deux principales.

D'une part (art. 41 du Code rural, al. 4), il est décidé formellement que la nullité de la vente des animaux contagieux sera prononcée, « que le vendeur ait connu ou ignoré l'existence de la maladie dont son animal était atteint ou suspect ».

En second lieu (L. 23 février 1905, art. 2), un départ complet a été établi entre le domaine de la garantie et celui de la nullité des ventes d'animaux contagieux. En effet, on a rayé de la liste des vices rédhibitoires, dans la loi de 1884, toutes les maladies dites *contagieuses* donnant lieu à la nullité. Ainsi, le domaine de la garantie se rétrécit de plus en plus, et nous nous acheminons vers le système anglais qui consiste dans la suppression complète du recours en garantie des vices en cas de vente d'animaux domestiques.

Nous nous occuperons successivement :

A. — De la nullité des ventes d'animaux contagieux.

B. — Des vices rédhibitoires et de l'action en garantie, là où elle subsiste.

A. **Nullité de la vente des animaux contagieux.** — La loi du 21 juillet 1881 sur la police sanitaire énumère (art. 1er) les maladies qui doivent être considérées comme contagieuses dans les diverses espèces, ou qui le sont également dans toutes (la rage et le charbon). Cette énumération a été augmentée par l'article 29 du Code rural. De plus, l'article 2 de la loi de 1881, non abrogé par le Code rural, permet au gouvernement d'allonger cette liste par décret, et cela afin de permettre d'utiliser sans retard les découvertes de la science qui peut révéler de nouvelles contagiosités. C'est en conformité de cet article que le décret du 28 juillet 1888 a ajouté à la liste certains cas, par exemple, la *tuberculose* pour l'espèce bovine.

La sanction civile de la vente d'animaux contagieux est, avons-nous dit, la nullité. Quel est le caractère de cette nullité ? Logiquement, ce devrait être une nullité absolue, puisqu'elle repose sur la protection de la santé publique, et dès lors intéresse l'ordre public. Cependant, la loi du 23 février 1905, après nous avoir dit que la vente « est nulle de droit », donne à l'action en nullité une organisation qui lui confère les caractères d'une nullité relative (art. 41, C. rur.). D'une part, en effet, la nullité ne peut être demandée que par l'acheteur. Et, d'autre part, elle peut se couvrir par une renonciation de ce dernier ou par l'expiration d'un délai très bref, qui est de 45 jours depuis la livraison en général, de 30 jours pour la tuberculose. En ce qui concerne cette dernière maladie, l'action en nullité n'est, de plus, recevable que si l'acheteur a fait au préalable la déclaration prescrite par l'article 31 du Code rural, en vue de provoquer la visite de l'agent sanitaire et les mesures administratives d'hygiène consécutives au diagnostic de la maladie.

Le *délai d'exercice de l'action en nullité*, lequel constitue une déchéance et non une prescription (Civ., 6 avril 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.2.84), donne lieu à diverses précisions.

a) Il est parfois plus court, parfois plus long.

Il est *plus court,* si l'animal a été *abattu*. Dans ce cas, le vendeur n'a, pour exercer l'action en nullité, qu'un laps de dix jours à partir de l'abatage, sans que jamais d'ailleurs l'action puisse être intentée passé les quarante-cinq ou les trente jours qui suivent la livraison. Le motif de cette réduction du délai en cas d'abatage, c'est que les constatations à faire par les hommes de l'art, afin de permettre au tribunal de statuer sur la demande, sont plus urgentes après la mort de l'animal.

Le délai de l'action est au contraire *plus long*, quand il y a eu des *poursuites* intentées contre le vendeur par le ministère public, ce qui suppose une vente faite de mauvaise foi. L'action civile en nullité peut, dans ce cas, être exercée tant que l'action publique n'est pas prescrite (trois ans pour un délit) (art. 41, 6e al., C. rur.).

b) En bonne justice, le délai fixé par l'article 41 actuel du Code rural peut paraître parfois singulièrement trop court. Il en est surtout ainsi lorsqu'il y a eu, ce qui est fréquent, une échelle de reventes sucessives ! Ainsi, un vendeur a livré l'animal à un intermédiaire qui l'a revendu à un boucher. C'est chez ce dernier que la maladie contagieuse est découverte. Le boucher a tout le temps nécessaire pour exercer son recours contre l'intermédiaire. Mais ce dernier, pour peu qu'il se soit écoulé plus de 30 ou 45 jours depuis sa propre prise de livraison, va se trouver sans recours contre l'éleveur. La situation est fâcheuse pour lui, surtout lorsque la maladie contagieuse qui amène la nullité est la tuberculose. En effet, d'une part, le délai est alors encore plus bref ; de plus, l'intermédiaire, pressé de revendre un animal chez lequel la maladie était peut-être encore latente, n'aura jamais fait la déclaration à laquelle la loi subordonne l'exercice de l'action en nullité. Aussi, un remaniement de la loi est-il depuis longtemps réclamé.

c) La nullité de la vente de l'animal contagieux n'est pas toujours l'unique sanction encourue. D'abord, au moins si le vendeur est de mauvaise foi, l'acheteur peut lui réclamer des dommages-intérêts correspondant au préjudice supplémentaire qu'il aurait encouru, par exemple, par suite du recours des tiers dont les animaux ont été contaminés. De plus, en cas de saisie d'un animal tuberculeux *abattu* pour la boucherie, il y a lieu de distinguer (art. 41, C. rural, al. ult.). L'action en nullité ne peut être intentée que si la saisie a été totale. En cas de saisie partielle portant sur des quartiers de viande, l'acheteur ne peut intenter qu'une action en réduction de son prix, proportionnellement à la valeur des quartiers saisis.

B. Garantie pour vices rédhibitoires des animaux domestiques. — Ici encore, il y a énumération limitative des animaux et des maladies qui donnent lieu à ce recours. Elle se trouve dans l'article 2 de la loi du 31 juillet 1895, lequel n'a été l'objet depuis que d'une modification insignifiante dans la loi de 1905 (adjonction du mot *anciennes* aux *boiteries intermittentes* des chevaux et des ânes). Les seules espèces pour lesquelles la loi admet des vices rédhibitoires sont le cheval, l'âne, le mulet et le porc. On remarquera qu'ici on ne trouve aucune disposition analogue à l'article 2 de la loi de 1881, autorisant le gouvernement à allonger la liste par décret. Par

conséquent, pour ajouter de nouveaux vices rédhibitoires des animaux domestiques, il faudrait une loi.

Outre les conditions générales requises par le Droit commun, l'exercice de l'action en garantie est ici soumis à des règles particulières.

D'abord, il faut que le prix de l'animal égale au moins 100 francs (L. du 2 août 1884, art. 4).

En second lieu, l'acheteur ne jouit pas d'une option conforme au Droit commun. En pareille matière, ce qu'on doit redouter, ce sont les ruses des maquignons qui se servent de la menace d'un recours en garantie, pour exercer un chantage contre leur vendeur, et en obtenir une bonification sur le prix qu'ils ont payé. La loi du 2 août 1884 y pourvoit en décidant que, si l'acheteur demande une réduction du prix, le vendeur pourra opposer une fin de non-recevoir à sa demande, en offrant de reprendre l'animal et de restituer le prix avec les frais de la vente.

Enfin, nous l'avons déjà vu, le délai d'exercice du recours en garantie est fixe et *très bref* (9 jours à partir du moment où la livraison a dû être faite, 30 jours dans le seul cas de fluxion périodique des yeux). L'article 6 de la loi du 2 août 1884 augmentait, il est vrai, le délai dans l'hypothèse où l'animal avait été livré hors du lieu du domicile du vendeur, ou conduit au loin après la livraison. Mais cet article a été abrogé par la loi du 24 février 1914.

De cette manière, les éleveurs se trouvent libérés dans un assez bref délai de toute inquiétude sur les ventes d'animaux qu'ils ont consenties, d'autant plus qu'en cas de reventes successives, les intermédiaires poursuivis en garantie ne peuvent recourir contre leur vendeur que s'ils se trouvent eux-mêmes dans le délai fixé par la loi.

SECTION II. — Obligations de l'acheteur

Elles sont au nombre de trois : 1° Recevoir et enlever la chose ; 2° Payer les frais de la vente ; 3° Payer le prix : cette dernière est qualifiée d'*obligation principale* par l'article 1650.

I. — Première obligation : Enlever la chose.

Il n'y a rien à signaler ici de particulier que la règle de l'article 1657 aux termes de laquelle, en matière de *vente de denrées et effets mobiliers* et contrairement à la règle édictée pour la résolution par les articles 1184 et 1654, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans demande en justice et même sans sommation, *au profit du vendeur*, après l'expiration du terme convenu pour le retirement (V. Req., 20 octobre 1926, D. H. 1926, 497).

La dérogation au droit commun, qui exigerait une demande en justice, s'explique, en matières de denrées alimentaires, par les risques de prompte détérioration de la vente vendue. et en matière d'autres objets mobiliers, par cette considération qu'ils possèdent souvent une valeur d'actualité dont le vendeur ne pourrait, sans injustice, se voir frustrer par suite des lenteurs d'une demande en justice. Faisons ici trois observations :

1° L'article 1657 suppose qu'il y a eu un terme de retirement fixé. En dehors de ce cas, le droit commun reprend son empire. Si donc aucune époque n'a été convenue pour la prise de livraison et s'il n'y a pas, d'autre part, de délai fixé par l'usage, l'acheteur doit être admis à se faire livrer les denrées ou effets vendus, tant que le vendeur n'a pas fait prononcer la résolution en justice (Civ., 17 décembre 1879, D. P. 80.1.133, S. 80.1.217). Cependant, on ne doit pas exiger qu'il y ait stipulation expresse d'une date de livraison. Le terme pourrait être fixé implicitement, ce qui est le cas lorsqu'il y a eu vente *contre remboursement*.

2° La résolution de plein droit n'est prononcée qu'au profit du vendeur. L'acheteur ne pourrait pas invoquer l'article 1657, pour se dispenser de payer le prix d'une chose dont il n'a point pris livraison à l'époque convenue. Le vendeur n'est pas contraint, du reste, de reprendre la chose : il peut, s'il le préfère, obliger par les voies de droit son acheteur à prendre livraison (Req., 17 février 1903, D. P. 1903.1.191, S. 1903.1.403).

3° L'article 1657 s'applique à toutes les ventes aussi bien civiles que commerciales, nonobstant les passages des Travaux préparatoires qui pourraient faire croire le contraire (Req., 11 juillet 1882, D. P. 83.1.304, S. 82.1.472).

II. — Seconde obligation : Payer les frais.

D'après l'article 1593, « les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur ». C'est comme un supplément du prix. Naturellement, la convention contraire est licite. On dit alors que l'acheteur a acheté *contrat en main*. Il ne doit, en ce cas, que les frais de quittance. Deux observations sont à faire :

1° La règle de l'article 1593 n'a trait qu'aux rapports du vendeur et de l'acheteur. Elle ne s'applique point aux tiers. Ainsi, en cas de vente notariée, le notaire, en sa qualité de mandataire tout à la fois de l'acheteur et du vendeur, possède une action solidaire contre l'un et contre l'autre. Il en est de même de la créance de l'Enregistrement. Que si le vendeur est ainsi contraint de solder les frais incombant de droit à l'acheteur, il peut recourir contre ce dernier par l'action *negotiorum gestorum contraria*, ce qui lui donne droit aux intérêts à partir de l'avance (art. 2001). Il n'est pas douteux non plus qu'il jouisse, pour récupérer ces frais, du privilège du vendeur.

2° Quels sont les frais qui sont soumis à la règle de l'article 1593 ? Ce sont les *frais d'acte* proprement dits, c'est-à-dire les honoraires du notaire s'il y a lieu, les frais d'enregistrement, les droits de transcription.

Il y a controverse pour les frais de purge. On a pu soutenir que ces frais doivent être supportés par l'acheteur, puisque celui-ci n'a recours à la purge que dans son seul intérêt. Cependant, il nous paraît préférable de les faire supporter au vendeur, en vertu de ce principe qu'il doit garantir à l'acheteur une possession paisible (Req., 10 juin 1907, D. P. 1907.1.319).

III. — Troisième obligation : Payer le prix (art. 1650 à 1656).

Cette obligation de l'acheteur, énoncée dans l'article 1650, donne lieu à plusieurs questions.

1° Où et quand le prix doit-il être payé ? — En principe, dit l'article 1650, le prix doit être payé au jour et au lieu réglés par la vente. L'article 1651 ajoute que, « s'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance ». Cette règle déroge au droit commun et quant au *temps* et quant au *lieu* du paiement.

A. *Quant au temps du paiement.* — Supposons qu'il y ait un terme marqué pour la délivrance. De droit commun, cette stipulation ne devrait pas influer sur le paiement du prix ; l'acheteur devrait, nonobstant, verser immédiatement le prix. Mais la loi établit ici une concordance absolue entre la délivrance et le paiement ; ce que nous lui verrons faire encore en accordant au vendeur un droit de rétention (art. 1612), c'est-à-dire la faculté de retarder la livraison jusqu'au jour du paiement des écus.

B. *Quant au lieu du paiement.* — En général, une obligation s'exécute au domicile du débiteur (art. 1247). Ici, c'est au lieu de la délivrance, règle qui est comme un corollaire de la précédente.

Ces deux dispositions sont une application intéressante du principe de l'exécution simultanée des obligations engendrées par les contrats synallagmatiques (V. *supra*, p. 336).

Dans tous les cas, l'article 1653 dispose que l'acheteur peut suspendre le paiement du prix, même après la délivrance, s'il est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être troublé, par l'exercice d'une action en revendication, ou par celui d'une action hypothécaire, ou autrement. C'est là encore une application de l'exception *non adimpleti contractus*. L'acheteur n'obtenant pas la possession paisible, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation principale du vendeur à son profit, est en droit de suspendre l'exécution de la sienne. Par exemple, une ex-femme mariée vend un immeuble ameubli (et par là tombé en communauté), dans l'intervalle compris entre la dissolution de la communauté et sa liquidation. L'acheteur aura juste sujet d'ajourner le paiement du prix. En effet, jusqu'à nouvel ordre, on ignore si la vente ne tombe pas sous le coup de la nullité de l'article 1599, puisque le point de savoir si l'immeuble est la propriété du mari ou de la femme dépend du résultat de la liquidation (Caen, 7 juillet 1902, D. P. 1907.2.177, note de M. Capitant, S. 1905.2.257, note de M. Wahl).

Ajoutons que l'acquéreur qui aurait payé son prix ne pourrait, sous prétexte de trouble, en demander la restitution (Dijon, 15 février 1878, D. P. 78.2.147). D'autre part, le paiement du prix ne peut être retardé nonobstant la menace de troubles, s'il y a convention en ce sens, c'est-à-dire stipulation de non-garantie, ou si le vendeur fournit une caution garantissant la restitution du prix en cas d'éviction (art. 1653, *in fine*). Cependant, la fourniture de la caution ne permettra pas au vendeur d'exiger le prix, si la chose

vendue est un immeuble hypothéqué dont l'acheteur a commencé la *purge*. En effet, l'article 2184 contraint l'acquéreur procédant aux notifications à fin de purge à se déclarer prêt à verser le prix entre les mains des créanciers : or l'acheteur ne peut être exposé à payer deux fois.

2° **Intérêts du prix.** — L'acheteur doit payer les intérêts du prix dans les trois cas suivants (art. 1652) :

A. — S'il en a été ainsi convenu lors de la vente. Alors, les intérêts sont dus depuis le jour convenu.

B. — Si l acheteur a reçu une sommation de payer. Alors, les intérêts sont dus à partir de la sommation, conformément au droit commun (art. 1153).

C. — Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. Les intérêts courent alors du jour où l'acheteur a droit aux fruits. La raison de cette solution est toute d'équité. La loi n'a pas voulu que les revenus de la chose s'ajoutassent, au profit de l'acheteur, à la jouissance du prix non payé. Mais il eût été juste et raisonnable de généraliser. S'agissant d'une chose non frugifère, comme une propriété d'agrément, est-il équitable que l'acheteur qui en jouit dès le moment de la livraison, ne soit pas astreint à payer les intérêts du prix à partir de ce moment ?

3° **Quelles sont les suites du défaut de paiement du prix ? Action en résolution.** — Ce qu'il y a lieu d'étudier spécialement ici, c'est le régime particulier de l'action en résolution que le droit commun (art. 1184) accorde au créancier, à l'encontre du débiteur qui n'a pas exécuté son obligation. L'article 1654 fait une application évidente de cette règle en nous disant que, « si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente ». Conformément à l'article 1184, la résolution doit être prononcée en justice ; et « le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long suivant les circonstances (art. 1655, 2e al.) ».

Toutefois (art. 1655, al. 1), le juge doit refuser le délai et prononcer immédiatement la résolution « si le vendeur est en danger de perdre à la fois la chose et le prix ». On s'explique mal pourquoi cette dernière solution n'est formulée *in terminis* par l'article 1655 qu'en matière de *vente d'immeubles* : elle est certainement applicable tout aussi bien aux ventes mobilières. Ce qu'on peut dire, pour justifier l'oubli du Code, c'est qu'il a statué sur le *plerumque fit*. En effet, en matière de vente d'objets mobiliers corporels, il n'y a pas de distinction à faire ; le juge n'a jamais la faculté d'accorder des délais à l'acheteur, parce que la règle de l'article 2279 expose toujours le vendeur au danger de perdre la chose ou le prix, l'acheteur étant à même, par une revente immédiate, de le dépouiller de son action en revendication.

Autre application des principes généraux : en cas de condition résolutoire expresse ou *pacte promissoire* (art. 1656), la résolution intervient de plein droit par la seule échéance du terme convenu sans qu'il y ait eu versement du prix, mais elle reste toujours subordonnée au moins à une sommation du vendeur, c'est-à-dire à la manifestation de sa volonté de faire tomber le contrat et de ne pas en poursuivre directement l'exécution forcée.

Pareillement enfin, les effets de l'action en résolution pour défaut de

paiement du prix sont en principe ceux du droit commun. La chose doit être restituée au vendeur qui la reprend franche des droits réels que l'acheteur aurait pu dans l'intervalle consentir à des tiers. Le vendeur, en revanche, restitue les acomptes versés sur le prix. Si la chose est frugifère, il pourra réclamer la restitution des fruits, mais devra, en retour, les intérêts des acomptes par lui touchés. L'acheteur sera tenu de réparer le préjudice résultant des dégradations qu'il aurait fait subir à la chose. A l'inverse, il aura droit au remboursement de ses impenses nécessaires et utiles jusqu'à concurrence de la plus-value. En bonne logique, l'Etat devrait rembourser les droits d'enregistrement par lui perçus, si la loi du 22 frimaire an VII (art. 60) ne disposait que ces droits ne seront pas restitués (V. L. 18 janvier 1912 .

Mais quoique l'article 1654 semble accorder au vendeur non payé un droit de résolution sans réserve, nous allons voir que ce droit subit, en vue d'intérêts et en vertu de considérations de divers ordres, de multiples limitations.

A. **Limitation résultant du caractère public de certaines ventes.** — Dans certains cas, l'action en résolution est écartée parce que la vente émane de la décision d'une autorité publique. En conséquence, le vendeur ne peut que contraindre l'acheteur à l'exécution du contrat c'est-à-dire au paiement du prix. Il en est ainsi :

a) En cas de cession d'un *office ministériel*. En effet, la transmission de l'office résulte d'un décret ; il faudrait un nouveau décret pour faire revenir l'office aux mains du précédent titulaire. Celui-ci ne peut donc en demander la restitution aux tribunaux judiciaires.

b) En cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique*. Un immeuble entré dans le Domaine public ne peut en être retiré par une action fondée sur le pur intérêt privé du vendeur. D'ailleurs, l'exproprié a une garantie spéciale consistant en ce que l'indemnité qui lui est allouée doit lui être versée préalablement à la prise de possession par l'expropriant (art. 545).

N'y a-t-il pas lieu d'écarter aussi l'action en résolution au cas de *vente judiciaire*, par exemple, de vente sur saisie immobilière lorsque l'adjudicataire ne paye pas le prix d'adjudication ? On peut argumenter en ce sens de ce que le Code de procédure civile, pour le cas de défaut de paiement du prix d'adjudication, organise un recours expéditif au profit des poursuivants de la vente, à savoir la *revente sur folle enchère* (art. 713, 733). L'immeuble est remis aux enchères sur la base du prix promis par le fol enchérisseur, lequel en reste toujours responsable à défaut d'un nouvel adjudicataire. On ne voit donc pas au premier abord quel intérêt il y aurait à l'exercice de l'action en résolution du Droit commun. Cependant, cet intérêt peut se rencontrer dans diverses hypothèses. Par exemple, le saisi, étant revenu à meilleure fortune, pourrait être désireux de reprendre son immeuble plutôt que de trouver un nouvel adjudicataire. La Cour de cassation admet donc le cumul de l'action résolutoire avec la revente sur folle enchère, et cette solution peut se fonder sur les termes de l'article 713 du Code de procédure civile qui, en faisant allusion à la sanction de la revente encourue par

le fol enchérisseur, ajoute « sans préjudice des autres voies de droit » (Req., 20 janvier 1880, D. P. 80.1.65).

B. **Limitation résultant de ce que le prix consiste en une rente.** — Lorsque le prix d'un immeuble, au lieu d'être une somme fixe, consiste en une *rente*, les droits du vendeur reçoivent une autre limitation. Ici faut distinguer suivant la nature de la rente.

a) On peut supposer d'abord que le prix est une *rente perpétuelle*. Dans ce cas, il semble bien résulter des termes de l'article 1912, 1° que l'action en résolution n'est ouverte au vendeur de l'immeuble que lorsque le débi-rentier, son acheteur, a cessé de remplir ses obligations *pendant deux années*. Cependant, il y a à ce sujet une difficulté. L'article 1912 ne traite *in terminis* que des rentes constituées à prix d'argent ; il ne parle point de la résolution, mais du rachat forcé de la rente. Tout le monde admet donc que l'article 1912 est bien applicable, en cas de vente d'immeuble, lorsque le prix de vente ayant été primitivement fixé en capital, la créance de ce prix a été, par la suite, convertie en une rente perpétuelle par novation. Mais on conteste qu'il en soit de même quand la rente a été directement établie comme prix de vente de l'immeuble ; on soutient que cette hypothèse reste en dehors de la disposition de l'article 1912, et que, dès lors, l'article 1654 demeure applicable, c'est-à-dire que l'action en résolution peut être exercée par le rentier, dès qu'il y a eu défaut de paiement d'un terme unique de la rente, sauf au débi-rentier à obtenir, s'il le peut, du tribunal un délai pour s'acquitter. Nous estimons qu'il n'y a pas lieu de faire cette distinction. Qu'importe que la rente représente directement ou indirectement le prix ? Dans tous les cas, elle est la contre-valeur de l'immeuble. Les éléments de fond de la situation sont en réalité identiques.

b) En cas de *rente viagère*, il y a lieu certainement à application de l'article 1978, aux termes duquel « le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, *ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné* . il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ». La raison de cette règle spéciale, c'est que le but ordinaire de la constitution de rente viagère est d'assurer au rentier des aliments que la reprise du fonds ne lui procurerait point. Naturellement, la clause contraire est licite, et les parties peuvent valablement stipuler qu'à défaut de paiement des arrérages, la résolution de la vente pourra être demandée en justice (Req., 9 juin 1869, D. P. 70.1.82, S. 69.1.405 ; Poitiers, 18 novembre 1907, D. P. 1908.2.167, S. 1908.2.128).

C. **Limitations édictées dans l'intérêt des tiers.** — Nous avons vu que, rationnelle et équitable dans son principe, la sanction de la résolution offre cet inconvénient économique de réfléchir contre les tiers, en entraînant la ruine des droits consentis sur la chose vendue par l'acheteur ; mais il ne faut pas s'exagérer cet inconvénient. En effet, dans de nombreuses hypothèses, la loi, la Doctrine ou la Jurisprudence ont, soit directement, soit indirectement, conditionné ou restreint de diverses manières l'exercice

de l'action en résolution, de telle façon que les intérêts des tiers se trouvent très souvent sauvegardés.

a) D'abord, en cas de *vente d'immeuble*, bien que le délai normal de la prescription de l'action en résolution soit de trente ans, l'article 1304 n'étant certainement pas applicable, le tiers acquéreur pourra se trouver à l'abri de la revendication du vendeur, pour peu qu'il soit de bonne foi, au bout du délai de dix ou vingt ans, car alors il s'abritera derrière la disposition de l'article 2265, en invoquant à son profit, non pas la prescription libératoire, mais l'usucapion.

b) En cas de *vente de meuble,* les tiers sont protégés dans deux cas :

α) S'il s'agit d'un *meuble corporel*, le tiers acquéreur de bonne foi du chef de l'acheteur, pourra se retrancher derrière la règle de l'article 2279.

β) En *matière commerciale*, si l'acheteur est en faillite, l'article 550 du Code de commerce dénie au vendeur non payé le bénéfice de l'action en résolution, du moment que la chose vendue est déjà entrée dans les magasins de l'acheteur. En effet, comme nous l'avons vu, la résolution aboutissant à faire au vendeur une situation privilégiée au détriment de la masse, doit être interdite lorsque, à raison de la faillite, tous les créanciers sont placés sur un pied de rigoureuse égalité. Notons cependant que la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des *fonds de commerce* (art. 2, 2e al.) soustrait l'action en résolution du vendeur non payé, en cas de faillite de l'acheteur, à la déchéance de l'article 550 de Code de commerce.

c) Dans les cas où le *privilège du vendeur* est supprimé ou restreint, la loi a pareillement écarté le droit de résolution, ne voulant pas que le vendeur retrouve, sous une autre forme, le privilège qu'elle lui enlevait. Il y a deux applications de cette idée :

α) Supposons que l'immeuble vendu et non payé soit *saisi* par un créancier autre que le vendeur. On verra que cette vente entraîne une purge virtuelle des privilèges et hypothèques au profit de l'adjudicataire, et cela dans l'intérêt des saisissants qui, autrement, n'auraient pas trouvé d'acquéreur pour l'immeuble par eux mis en vente. Pour la même raison, l'article 717 du Code de procédure, modifié par la loi du 21 mai 1858, a mis l'adjudicataire à l'abri de l'action en résolution du vendeur. Il dispose en effet que l'adjudicataire ne pourra être troublé par aucune résolution, à moins que, avant l'adjudication, le vendeur antérieur non payé (averti par la notification qui doit lui être faite de la saisie) n'ait notifié son intention d'exercer son action résolutoire au greffe du tribunal devant lequel on poursuit la saisie. Le tribunal en ce cas assigne au vendeur un délai pour agir en résolution, délai pendant lequel il est sursis à l'adjudication. Ce délai expiré sans que la demande en résolution ait été mise à fin, c'est-à-dire définitivement jugée, il sera passé outre, à moins que le tribunal n'ait cru opportun de prolonger le délai pour cause grave dûment justifiée. Est-ce à dire que le vendeur soit alors dépourvu de toute garantie? Non; on verra qu'il conserve son *droit de préférence* sur le prix de l'adjudication.

β) Supposons que l'immeuble vendu et non payé ait été *revendu à*

l'amiable. D'après l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, « l'action résolutoire ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur », au préjudice de l'acquéreur qui aurait dûment transcrit son titre d'acquisition avant la transcription de la vente antérieure. En traitant du privilège du vendeur d'immeuble, nous reviendrons plus loin sur cette disposition qui affirme et accentue la corrélation, logique d'ailleurs, établie par la loi entre l'exercice du privilège et celui de l'action en résolution.

D. **Limitation spéciale en matière de vente d'un fonds de commerce** (art. 2, L. 17 mars 1909). — En matière de vente d'un fonds de commerce, il y a des difficultés spéciales résultant, d'une part, de ce que l'objet vendu est complexe et comprend ou peut comprendre, à côté de la firme, du droit au bail, de la clientèle et de l'achalandage, des éléments divers, marchandises, matériel, brevets, etc... ; d'autre part, de ce que le fonds de commerce peut faire l'objet d'un nantissement. Or il y a lieu de prendre des mesures pour que les droits d'un vendeur non payé ne puissent être, plus ou moins frauduleusement, une cause de ruine pour les prêteurs sur nantissement. De là, les deux restrictions suivantes à l'action en résolution du vendeur, restrictions tout à fait analogues à celles qui résultent, en matière de vente d'immeubles, des articles 717 du Code de procédure civile et 7 de la loi du 23 mars 1855.

a) La loi subordonne l'exercice de l'action en résolution à l'existence du privilège du vendeur non payé, lequel (art. 1er, L. du 17 mars 1909) ne prend naissance que moyennant une inscription qui doit être effectuée dans la quinzaine de la vente. L'action en résolution ne peut être exercée si le privilège n'a pas pris naissance ou s'est éteint d'une manière quelconque (art. 2, 2e al.). C'est la solution de l'article 7 de la loi de 1855, *avec une aggravation*. En effet, il ne suffit pas que le privilège existe pour que l'action en résolution soit sauvegardée ; il faut, en plus, que cette action ait été *mentionnée et réservée* expressément dans l'inscription du privilège.

b) Voici maintenant un emprunt au régime de l'article 717 du Code de procédure civile. En cas de vente forcée du fonds de commerce poursuivie par le syndic de la faillite de l'acheteur, par un liquidateur ou tout autre ayant droit, notification doit être faite au vendeur antérieur non payé. Cette notification lui permet et le met en demeure d'exercer son action en résolution dans le mois, faute de quoi il sera déchu du droit de l'exercer à l'encontre de l'adjudicataire (art. 2, 6e al.).

Le système de la loi de 1909 et celui de l'article 717 du Code de procédure diffèrent ici par une nuance. La loi de 1909 permet au vendeur du fonds de commerce d'exercer l'action en résolution, sur la notification à lui faite de la saisie, même si le prix n'était pas exigible ; en d'autres termes, il y a à son profit déchéance de *plein droit* du terme qu'il aurait accordé à l'acheteur. En cas de saisie immobilière, au contraire, le vendeur non payé, qui avait consenti terme et délai à l'acheteur, aurait bien, en vertu de l'article 1188, le droit de solliciter du tribunal la déchéance du terme en invoquant la diminution de ses garanties de paiement ; mais

une décision judiciaire serait nécessaire (Civ , 30 mars 1892, D. P. 92.1.281, note de M. Planiol, S. 92.1.481, note de M. Labbé).

Pour en finir ici avec l'hypothèse de vente d'un fonds de commerce, notons que les effets de l'action en résolution sont restreints aux éléments du fonds qui ont été visés dans la vente et aux éléments dont le prix n'a pas été payé. Supposons que le matériel et les marchandises compris dans la vente du fonds se trouvent avoir été payés, et que la résolution s'exerce pour les autres éléments du fonds. L'acheteur va-t-il rester. sans le fonds proprement dit, avec les marchandises et le matériel sur les bras? Non: la loi ordonne que le vendeur, recouvrant le fonds lui-même, reprenne le matériel et les marchandises payés, pour un prix déterminé à dire d'experts (art. 2, 3e al.). Seulement, comme ce n'est pas en vertu d'une résolution, mais en vertu d'un réachat résultant d'une injonction légale que se produit cette reprise, il n'y a pas lieu à application de la règle *Resoluto jure dantis...*, et les droits qui auraient pu être constitués dans l'intervalle par l'acheteur au profit des tiers sur le matériel et les marchandises, continueront d'exister.

E. **Limitation résultant de l'indivisibilité de l'action en résolution.** — Supposons que le vendeur vienne à mourir, laissant *plusieurs héritiers*. Chacun de ces héritiers devient créancier d'une portion du prix. En devons-nous conclure qu'à défaut de paiement, chacun a droit d'agir en résolution pour sa part et portion? S'il en était ainsi, l'acheteur se trouverait exposé à des résolutions partielles, ainsi que les tiers qui auraient acquis de son chef, dans l'intervalle, des droits sur la chose vendue. La solution indiquée par la pure logique juridique serait ici manifestement contraire à l'intérêt économique. La loi n'a pas prévu ce cas mais elle s'est prononcée dans des hypothèses absolument analogues. En cas d'exercice de la faculté de réméré, l'article 1670 dispose que, si cette faculté vient à être exercée après la mort du vendeur, l'acheteur peut mettre les héritiers du vendeur en demeure de s'entendre pour prendre, à son égard, un parti unique et commun: ou bien respecter la vente, ou bien reprendre tout l'immeuble. Même disposition au cas où le vendeur d'un immeuble, ayant éprouvé une lésion de plus des sept douzièmes, est décédé en laissant plusieurs héritiers (art. 1685). Nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'il y a lieu d'étendre à notre hypothèse cette solution à la fois équitable et rationnelle. En d'autres termes, l'action en résolution nous paraît *indivisible quant à son exercice*. Il en résulte que, si les héritiers du vendeur (ou tous les vendeurs, quand il y a eu vente faite *ab initio* par plusieurs vendeurs indivis) ne sont pas d'accord pour exercer l'action en résolution, cette voie de recours doit être écartée, et qu'il ne reste aux divers créanciers que le droit de procéder, chacun en ce qui le concerne, par voie de contrainte directe pour le recouvrement de la part du prix qui lui revient.

CHAPITRE III

DE QUELQUES VARIÉTÉS PARTICULIÈRES DE VENTE

Les particularités de régime que nous étudierons dans ce chapitre tiennent soit à l'insertion dans la vente d'une modalité constituant une variété de condition résolutoire (vente à réméré), soit aux caractères spéciaux de la chose vendue (vente d'hérédité, vente de droits litigieux), soit à ceux du prix (*datio in solutum.*)

SECTION I. — Vente a réméré.

Définition. Physionomie générale. — « La faculté de rachat ou de réméré », dit l'article 1659, « est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 », c'est-à-dire celui des frais et loyaux coûts, des dépenses nécessaires et utiles faites sur la chose par l'acheteur. Au fond, la vente à réméré est une vente sous condition résolutoire. Le réméré portait en conséquence, sous l'ancien Droit, le nom de *retrait conventionnel.* L'expression de retrait étant vue en 1804 avec défaveur, les rédacteurs du Code ont préféré l'expression romaine de *réméré*, mot d'ailleurs inexact en soi, car il ferait croire à un transfert nouveau de la chose, à un *contractus novus*, ce qui ne correspondrait pas à la réalité ; les droits de l'acheteur sont simplement anéantis rétroactivement. Et de là résultent diverses conséquences importantes :

D'abord, l'exercice du réméré ne donne pas lieu à une seconde perception des droits de mutation, mais seulement au droit de quittance de 0.75 % du prix.

En second lieu, les juges ne peuvent accorder au vendeur de délai de grâce (art. 1244), ce qui leur serait loisible, si la faculté de réméré ne constituait qu'une simple obligation de revente. L'article 1661 prend soin de dire que « le terme fixé est de rigueur, et ne peut être prolongé par le juge ».

Enfin et surtout, l'exercice du réméré, faisant l'effet de l'accomplissement d'une condition résolutoire, réfléchit contre les tiers. Les droits consentis sur la chose, dans l'intervalle, par l'acheteur sont anéantis, en conformité de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Toutefois, nous verrons qu'à cet égard la loi apporte certains tempéraments notables aux conséquences logiques de l'idée de résolution.

Envisagée au point de vue économique, la vente à réméré nous apparaît

comme un contrat fort usuel. Elle est surtout employée comme moyen de crédit. Un propriétaire dans l'embarras trouve ainsi à se procurer la valeur presque entière de la chose, en conservant toutefois l'espoir de la reprendre, une fois passée la crise qui l'a contraint à en faire argent. N'y a-t il donc pas dans cette opération, suivant qu'elle porte sur un immeuble ou sur un meuble, un doublet de l'hypothèque ou du nantissement?

Par rapport à l'*hypothèque*, la vente à réméré offre cet avantage de ne pas entraîner les frais d'un acte notarié ; un acte sous-seing privé suffit. Elle n'emporte pas non plus les frais de réalisation d'une saisie immobilière. L'acheteur qui n'est pas remboursé en temps utile « demeure propriétaire irrévocable » (art. 1662), et c'est tout.

Par rapport au *nantissement*, nous relèverons dans la vente à réméré deux différences essentielles.

La première est plutôt théorique : L'acheteur à réméré n'a aucun recours sur le surplus du patrimoine de son vendeur, celui-ci n'étant pas tenu d'exercer le réméré, qui n'est pour lui que facultatif, tandis que l'emprunteur sur gage est obligé sur tout son avoir à rembourser la somme prêtée. Mais, en fait, les prêteurs sur gage ne comptent guère que sur la valeur de réalisation du gage lui-même, et prennent soin de lui proportionner leur découvert.

La seconde différence, c'est que, dans le prêt sur gage, la chose remise en nantissement demeurant la propriété de l'emprunteur, celui-ci en subit les risques ; dans la vente à réméré, au contraire les risques sont pour l'acheteur.

Comment expliquer, dès lors, la fréquence des ventes à réméré, étant donné que l'opération paraît, au moins en matière mobilière, moins avantageuse pour le prêteur qu'une simple mise en gage? C'est que le procédé sert en réalité trop souvent à éluder diverses prescriptions légales relatives au prêt sur gage. Celles d'abord qui établissent le *monopole des Monts-de-Piété*, dits aujourd'hui Caisses de crédit municipal. L'article 411 du Code pénal porte que les maisons de prêts sur gages d'objets mobiliers corporels ne peuvent fonctionner que moyennant une autorisation légale. Or cette autorisation n'a été, en France, conférée qu'aux Monts-de-Piété, par divers textes dont le plus important est la loi du 24 juin 1851. Au contraire, il n'y a pas de monopole pour la pratique des ventes à réméré mobilières. De même, notre opération permet de tourner l'article 2078 du Code civil interdisant le *contrat pignoratif*, familier aux usuriers, c'est-à-dire la clause en vertu de laquelle le créancier gagiste non payé à l'échéance peut, sans formalité, s'approprier le gage. Enfin, avec la vente à réméré, on peut narguer les dispositions prohibitives de l'usure. Il suffit pour cela de stipuler un prix de rachat très supérieur au prix de vente ; ou encore, si l'on est en présence d'un emprunteur manifestement incapable de maîtriser la crise dont il souffre, de fixer un prix de vente très bas. Il est clair que si, avec faculté de réméré pendant un an, j'achète 60.000 fr. un collier de perles de 120.000, et si l'acheteur est hors d'état de le reprendre au terme convenu, c'est comme si je lui avais prêté de l'argent à 100 °/₀.

Il va de soi que, si la vente à réméré n'est une vente que de nom, et pré-

sente en réalité le caractère d'un contrat prohibé, elle sera nulle. Il appartient aux juges d'apprécier souverainement le caractère véritable de l'opération suivant les circonstances. On peut indiquer certaines particularités qui révéleront en général une intention de fraude à la loi chez le prétendu acheteur. Ce seront par exemple, la fréquence des achats de la part de la même personne ; l'inégalité marquée entre le prix de la vente et le prix de restitution ; le fait que, par le même acte, la chose soi-disant vendue a été donnée à bail au vendeur par l'acheteur à réméré avec un loyer élevé (représentant selon toute vraisemblance l'intérêt du prêt). Dans ces divers cas, il y a cent à parier que l'opération recouvre en réalité un prêt sur gage frauduleux.

§ 1. — Conditions d'exercice de la faculté de réméré.

Première condition : Validité de la clause de réméré. — Tout d'abord, la validité de la clause de réméré est soumise aux deux règles suivantes :

1° La faculté de réméré doit avoir été stipulée au profit du vendeur *dans l'acte même de vente* (arg. du mot *se réserve* de l'art. 1659). Insérée après coup, la clause serait inopérante. Pourquoi ? Parce que les tiers qui seraient disposés à traiter relativement à la chose avec l'acheteur, doivent être avertis par l'examen de son titre d'acquisition de l'éventualité de la résolution des droits de celui-ci. Remarquons cependant que, certainement inopposable aux tiers, la clause de réméré intervenant après coup serait efficace *inter partes*. Elle vaudrait comme promesse de revente. Seulement, quand le nouveau transfert se produirait, il y aurait perception d'un droit nouveau de mutation, et les droits des tiers seraient respectés.

2° « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années » (art. 1660, al. 1). C'est là une innovation de notre Droit, motivée par les inconvénients économiques du réméré tenant à la résolution des droits des tiers qu'entraîne son exercice. La règle qui fixe à cinq années le maximum de la période d'incertitude créée par la clause de réméré intéresse donc l'ordre public. D'où les conséquences ci-après :

A. — « Le délai court contre toutes personnes, même contre le mineur » (art 1663) ou contre l'interdit. En d'autres termes, il n'y a pas lieu d'appliquer ici la suspension de la prescription.

B. — Pas de prorogation conventionnelle possible du délai imparti par le contrat. Supposons que la vente fixe à trois années le délai du réméré ; puis, après coup, les parties conviennent de le porter à cinq années, restant ainsi dans les limites du maximum légal ; la prorogation n'en sera pas moins inefficace, au moins à l'égard des tiers.

C. — Si la faculté de réméré a été stipulée pour un terme plus long que cinq années, « elle est réduite à ce terme » (art. 1660, al. 2), toujours en ce qui concerne l'opposabilité de la clause aux tiers et à l'Administration de l'enregistrement.

Seconde condition : Capacité ou pouvoir requis pour l'exercice du réméré. — L'exercice du réméré dépasse visiblement la portée d'un

acte ordinaire d'administration, car il entraine le décaissement d'un capital. Donc, le tuteur ne pourrait pas plus exercer le réméré au nom de son pupille qu'il ne pourrait effectuer seul, en son nom, un placement mobilier ou immobilier. En revanche, si la faculté de réméré appartient à une femme mariée sous le régime de communauté, nous estimons que le mari, possédant un pouvoir d'administration étendu qui lui confère la gestion des intérêts immobiliers appartenant à son épouse, pourrait exercer le réméré. Mais nous croyons que la validité de l'opération resterait subordonnée à l'acceptation de la femme, de même que la validité d'un remploi effectué pour son compte par le mari. Cette solution est seule conforme à l'esprit de notre loi, car en toute circonstance, elle statue de manière que le mari ne puisse pas imposer à sa femme, même commune, une acquisition dont elle ne se soucierait point (V. art. 1435, 1408).

La faculté de réméré, étant un simple droit pécuniaire, peut d'ailleurs être exercée, soit par un ayant cause à titre particulier du vendeur, comme un cessionnaire auquel celui-ci aurait transféré son droit, soit par ses créanciers agissant en vertu de l'article 1166. Cependant, l'article 1666 porte que l'acquéreur à pacte de rachat « peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur ». Tant que ceux-ci conservent quelque moyen de se faire payer sur le surplus du patrimoine de leur débiteur, la loi ne veut pas qu'ils emploient une voie de réalisation susceptible de réfléchir contre les tiers.

Troisième condition : Remboursement du prix. — Il y a, quant à la manière dont s'exerce la faculté de réméré, un peu d'incertitude dans les textes. L'article 1662 semble faire allusion à une intervention de la justice (arg. des mots : faute par le vendeur d'avoir *exercé son action*), intervention qui serait nécessaire comme en matière de résolution pour défaut de paiement du prix. Mais, d'autre part, certains autres textes plus probants, comme l'article 1669 (arg. des mots : *user de la faculté de rachat*), semblent bien n'envisager l'exercice de la faculté que comme une simple manifestation de volonté extrajudiciaire et unilatérale de la part du vendeur. Reste à savoir à quel moment et à quelles conditions cette manifestation de volonté peut être considérée comme suffisamment expressive pour réaliser l'accomplissement de la condition résolutoire, et faire tomber les droits acquis par des tiers dans l'intervalle.

Nous pensons qu'il ne suffit pas que le vendeur ait manifesté sa volonté par un acte ayant date certaine, mais qu'il faut encore qu'il ait effectivement versé le capital du réméré avec les frais accessoires, ou, tout au moins, en cas de refus de l'acheteur, fait à celui-ci des offres réelles suivies de consignation. On peut argumenter en ce sens de l'article 1659, où nous lisons que le réméré a lieu « moyennant la restitution du prix ». De plus, à quoi bon permettre à un vendeur qui, peut-être, a trop présumé de ses forces, de troubler les tiers ou ayant cause de l'acheteur ou même ce dernier, avant qu'il ait payé la somme stipulée ?

La Cour de cassation a jugé toutefois que, *pour la conservation de la*

faculté de réméré, il suffit d'une déclaration de volonté ayant acquis date certaine, accompagnée de la soumission de remplir toutes les obligations imposées au vendeur par la loi et par la clause de réméré. Ni le paiement ni les offres réelles ne sont nécessaires (Req., 14 janvier 1873, D. P. 73.1.185, S. 73.1.134). L'argument principal en faveur de ce système est tiré de l'article 1673 1er alinéa, *in fine*, qui accorde à l'acheteur un droit de rétention sur la chose, tant qu'il n'a pas été remboursé, garantie qui serait évidemment inutile s'il était resté propriétaire de la chose en attendant ce remboursement. Le même arrêt ajoute du reste que la *consommation du rachat* est subordonnée au remboursement.

Mais un arrêt ultérieur (Req., 19 octobre 1904, D. P. 1907.1.426, S. 1909.1.307) a abandonné la solution antérieurement admise par la Cour de Cassation et décidé que, tant que le remboursement n'a pas eu lieu, la vente n'est pas résolue, même dans les rapports des parties entre elles, et que *la propriété continue à résider sur la tête de l'acquéreur*, lequel n'aurait donc pas seulement un droit de rétention. Supposons par conséquent que l'acheteur ait laissé le vendeur, après sa déclaration, se remettre en possession ; la logique conduirait à décider qu'il peut revendiquer la chose jusqu'au remboursement du prix.

L'effet de la simple manifestation de volonté est donc le suivant.

D'abord, moyennant une simple déclaration de volonté, même non accompagnée du remboursement du prix ou d'offres réelles effectuées avant le terme stipulé, le vendeur *évite la déchéance* de la faculté de réméré. En second lieu, cette déclaration *suffit à le lier*, du moment qu'elle a été acceptée par l'autre partie. Et l'acheteur, dorénavant créancier du prix en principal et accessoires, a contre lui l'action en paiement avec toutes les suites qu'elle comporte (Civ., 23 avril 1909, D. P. 1911.1.438, S. 1912.1.390).

Ajoutons, pour terminer, une observation critique. Accompagné de remboursement, le réméré produit certainement ses effets à l'égard des tiers. Mais *nulle publicité* n'est requise pour qu'il en soit ainsi. Il y a là une véritable lacune dans le système de notre transcription immobilière. La loi de 1855 soumet, on s'en souvient, les résolutions prononcées par jugement à une publicité par voie de mention marginale. La résolution par acte privé, comme celle qui résulte du réméré, demeure occulte. Supposons qu'en fait l'acheteur, une fois le réméré exercé, reste en possession de l'immeuble. Les tiers, même avertis de l'éventualité du réméré par la lecture de son titre d'acquisition, peuvent, pour peu que le terme fixé par le contrat soit expiré, être fondés à le considérer comme propriétaire dorénavant incommutable, et il peut en résulter un piège pour leur bonne foi !

Conditions requises au cas de pluralité de vendeurs ou d'acheteurs. — 1° *Pluralité de vendeurs* (art. 1668 à 1671) — Dans ce cas, il faut distinguer.

Ou bien, il y a eu d'abord un seul vendeur, mais il est mort, laissant plusieurs héritiers. Le droit d'exercer le réméré se divise entre eux (art. 1669). Chacun ne peut donc en user que pour la part qu'il prend dans

la succession. Mais l'acheteur est autorisé à exiger qu'ils se concertent pour agir ensemble. Faute par eux de se mettre d'accord, le réméré ne pourra être exercé (art. 1670).

Ou bien, la chose appartenait par indivis à plusieurs co-propriétaires qui ont tous vendu leur part à un seul acheteur. Il faut alors sous-distinguer. S'ils ont vendu conjointement, c'est-à-dire par un seul contrat, on appliquera la même solution que précédemment (art. 1668). Si au contraire, ils ont passé des contrats de vente successifs et distincts, chacun exerce séparément le réméré pour sa part seulement (art. 1671).

Ces différents textes ne sont, en somme, qu'une application de cette idée que les contrats doivent être appliqués conformément à la volonté présumable des parties. Dans les hypothèses où la loi subordonne l'exercice du réméré à un accord préalable des ayants droit, il ressort des circonstances que l'acheteur avait entendu acquérir un tout et non une collection de parts indivises.

2° *Pluralité d'acheteurs* (art. 1672). — « Si l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, dans le cas où elle est encore indivise, et dans celui où la chose vendue a été partagée (morcelée) entre eux. — Mais, s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose vendue soit échue (pour le tout) au lot de l'un des héritiers, l'action en réméré peut être intentée contre lui pour le tout. » Ces solutions étaient inutiles à indiquer. Elles résultent suffisamment de la règle de l'effet déclaratif du partage (art. 883).

§ 2. — Effets du réméré.

On examinera la situation soit après l'exercice du réméré, soit avant son exercice, en d'autre termes, *pendente conditione*.

1° Effets du réméré après son exercice. — Il y a lieu de distinguer les effets *inter partes* et les effets *à l'égard des tiers*.

A. — *Inter partes*, le réméré une fois exercé astreint l'acheteur à la restitution de la chose, avec les accessoires qui ont pu s'y incorporer, par exemple, à la suite d'une alluvion. Quant au vendeur, il doit restituer le prix, plus les frais et loyaux coûts de la vente et les impenses nécessaires ou utiles effectuées par l'acheteur sur la chose (art. 1673, 1er alinéa). On remarquera que le vendeur n'est pas astreint à payer les intérêts du prix, ni l'acheteur à restituer les fruits de la chose. Il y a compensation entre les jouissances.

Que décider lorsque la chose produit des fruits à périodicité peu rapprochée, par exemple, des coupes de bois ? Doit-on appliquer purement et simplement le principe qu'il n'y a pas lieu à restitution de fruits ? On l'admet en général, en invoquant l'article 585, d'après lequel les fruits naturels s'acquièrent tous par la perception. Mais il est difficile de ne pas être frappé par les résultats iniques auxquels peut conduire ce système. La règle de l'article 585 n'est formulée qu'à propos des rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire, et ce qui peut, en cette matière, la rendre à la

rigueur tolérable, c'est qu'il ne dépend pas du nu-propriétaire d'avancer ou de reculer la cessation de l'usufruit. Au contraire, le vendeur à réméré peut à son gré fixer la date du rachat, de telle sorte qu'il lui sera loisible de choisir le moment qui lui sera le plus favorable. Ainsi, une coupe de bois doit être faite tous les cinq ans. Le vendeur ayant vendu au lendemain d'une coupe s'arrangera pour exercer le réméré à la veille de la coupe suivante ! Il vaudrait mieux, croyons-nous, décider que l'acheteur aura droit à une part de fruits soit naturels, soit civils, proportionnelle à la durée de sa jouissance. C'est la solution qui cadre le mieux avec le principe de la compensation des jouissances que nous signalions plus haut.

B. — *A l'égard des tiers*, le réméré joue comme une condition résolutoire. « Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat », dit l'article 1673, al. 2, « il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé ». On remarquera que la loi permet au vendeur (art. 1664) d'exercer son action en reprise *directement* contre un tiers détenteur, sans avoir besoin de faire auparavant prononcer la résolution à l'encontre de son propre acheteur, comme cela est décidé pour l'action en résolution de l'article 1654. Il en est ainsi quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat (art. 1664 *in fine*). Peu importe aussi le prix de la sous-acquisition. Le vendeur ne rembourse entre les mains du détenteur que ce qu'il a reçu. Tant pis pour le sous-acquéreur si ce prix est plus faible que celui de la revente : il recourra par l'action en garantie contre son auteur pour la différence. Inversement, tant mieux pour lui si le montant du réméré est supérieur à son propre prix. Il gardera pour lui l'excédent, son vendeur devant être réputé lui avoir cédé, en même temps que la chose, tous ses accessoires tant juridiques que naturels, et notamment le droit à la totalité du prix de réméré.

Cependant, *le principe de la rétroactivité du réméré souffre deux exceptions* inspirées par un intérêt pratique évident.

a) Le vendeur qui a exercé le réméré est tenu d'exécuter les *baux faits sans fraude* par l'acheteur (art. 1673, al. 2, *in fine*). Ici la loi a considéré que cette solution était conforme à l'intérêt des deux parties ; il est nécessaire, en effet, que l'acheteur puisse passer des baux soustraits à l'éventualité d'une résolution. Le texte ne fixe aucune limite précise. Ainsi, un bail de plus de neuf ans pourra être considéré comme fait sans fraude ; les tribunaux apprécieront. Ajoutons toutefois cette condition sous-entendue que le bail, pour être opposable au retrayant, doit avoir acquis une date certaine.

b) Si l'acheteur à réméré a procédé, dans l'intervalle, à la *purge des hypothèques* dont l'immeuble vendu était grevé, la Jurisprudence admet que l'exercice du réméré n'infirme pas cette purge, et ne fait pas revivre les hypothèques du chef de vendeur. La solution inverse, bien que logique, eût amené de trop grandes complications (Req., 14 avril 1847, D. P. 47.1. 217, S. 47.1.341). Celle de la Jurisprudence a cependant un défaut. Elle peut prêter à des collusions, permettre à un débiteur de purger les hypothèques qu'il a constituées, par le moyen d'un acheteur à réméré complaisant et fictif.

2° Situation des parties pendente conditione. — Il convient de distinguer :

A. — La situation de l'*acheteur* ne donne lieu à aucune discussion. Il est propriétaire et a le droit d'accomplir tous les actes d'administration et de jouissance d'un propriétaire, même les actes de disposition ; mais avec ce tempérament qu'il ne peut constituer sur la chose que des droits soumis à la même éventualité de résolution que le sien.

Cependant, par exception, la loi lui refuse (art. 1751) le droit d'expulser un locataire ou un fermier, à supposer que cette faculté ait été réservée par une clause du bail. Il n'aura le droit d'user de cette faculté d'expulsion que lorsqu'il sera devenu propriétaire incommutable par l'expiration du délai de réméré. La loi ne veut pas que la jouissance du fermier ou locataire puisse être interrompue par une personne qui n'a pas sur la chose un droit définitif.

Supposons que le bail passé par le vendeur ne contienne aucune réserve au profit d'un acquéreur éventuel, mais que le preneur ait négligé de le faire enregistrer, formalité indispensable, d'après le droit commun (art. 1743), pour qu'un bail soit opposable aux tiers. Faut-il décider que l'article 1751 s'appliquera, et que, dès lors, l'acheteur à réméré n'aura point, *pendente conditione*, le droit d'expulser le preneur ? Nous ne le pensons pas. A notre avis, l'article 1751 ne retire à l'acheteur que la *faculté conventionnelle* d'expulsion qui aurait pu être réservée dans le bail ; il ne touche pas au *droit* qui appartient à tout intéressé de considérer comme non avenu à son égard un bail non opposable aux tiers par défaut de date certaine.

B. — La condition du *vendeur* à réméré *pendente conditione* est en général conçue par la Doctrine comme celle d'un propriétaire *sous condition suspensive*. Ainsi, le même événement, à savoir l'exercice du réméré, jouerait en même temps le rôle d'une condition suspensive à l'égard des droits du vendeur, et celui d'une condition résolutoire à l'egard des droits de l'acheteur. Chacun des deux aurait concurremment le droit d'accomplir sur la chose tous les actes d'un propriétaire ; seulement, le sort des uns et des autres serait subordonné à une éventualité qui, survenant, anéantirait les uns, et donnerait aux autres toute efficacité. (En ce sens trib. Civ., Seine, 20 juillet 1917, *Gaz. Trib.* 18-19 octobre 1918).

Cette conception, d'une grande rigueur logique, nous paraît cependant offrir un caractère factice. Elle aboutit à une proposition inadmissible, à savoir la coexistence de deux droits de propriété simultanés sur le même objet. Nous préférons décider, avec Pothier, que le vendeur n'a point, *pendente conditione*, de droit réel sur la chose, de *jus in re*, mais un simple droit personnel « par rapport à l'héritage », un *jus ad rem*. Et voici les conséquences qui résulteront de cette manière de voir.

a) Supposons une *cession* de la faculté du réméré, chose assez fréquente. Si le droit du vendeur était un *jus in re*, cette cession nécessiterait une transcription. Avec notre conception, au contraire, il suffira de faire la signification de l'article 1690 à l'acheteur, ou d'en obtenir l'acceptation dans un acte authentique.

b) De même, le prix de la cession n'appartiendra point par préférence aux créanciers hypothécaires du vendeur. Il devra être distribué au marc le franc entre tous ses créanciers (Req , 23 août 1871, D. P. 73.1.321, S. 71.1.118).

c) Les servitudes ou hypothèques constituées sur la chose par le vendeur avant le réméré seront-elles valables, une fois le réméré exercé ? La question ne se pose pas pour le vendeur lui-même qui, tenu de la garantie, ne serait évidemment pas reçu à contester la valeur des droits par lui établis. Mais on peut supposer que le vendeur ait cédé sa faculté de réméré. Et la Jurisprudence décide, ce qui est conforme à notre système, que le cessionnaire, une fois le réméré exercé, pourra considérer comme non avenues les charges réelles constituées par son cédant dans l'intervalle compris entre la vente et la cession (Paris, 12 août 1871, D. P. 73.2.133, S. 71.2.193; note de M. Labbé).

d) Supposons que la chose vendue à réméré soit une portion indivise d'un immeuble ; les autres co-propriétaires provoquent le partage. Contre qui doit être intentée leur action ? Dans la conception doctrinale que nous repoussons, il faudrait deux demandes en partage, puisqu'il y aurait deux propriétaires conditionnels, l'une contre le vendeur, l'autre contre l'acheteur à réméré de la part indivise. Or, il résulte de l'article 1667 qu'il en est autrement, et que l'action en partage ne doit être exercée que contre l'acheteur à réméré. « Si l'acquéreur à pacte de réméré d'une part indivise d'un héritage », nous dit cet article, « s'est rendu adjudicataire de la totalité *sur une licitation provoquée contre lui,* il peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte ». Si nous nous attachons à la solution de fond consacrée par ce texte, elle nous apparaît comme une manifestation de plus des répugnances de notre législation pour l'état d'indivision, en même temps que comme une disposition d'équité. La loi n'a pas voulu qu'au moment où, par l'effet d'une licitation, l'acquéreur à réméré vient de réunir en sa main la propriété totale, le vendeur à réméré, devenu étranger à la succession, puisqu'il avait aliéné sa part, pût faire renaître l'indivision. Toutefois, la loi ne vient au secours de l'adjudicataire que si la licitation, à la suite de laquelle il s'est porté adjudicataire, a été demandée par ses cohéritiers. En ce cas, en effet, il a subi le partage ; il ne peut être suspecté d'avoir cherché un moyen de rendre impossible l'exercice du réméré. Si l'on supposait que la licitation au lieu d'être *provoquée contre lui*, comme le suppose le texte, eût été poursuivie *par lui*, l'article 1667 ne s'appliquerait plus, et le vendeur pourrait exercer son réméré *pour la portion par lui vendue.*

SECTION II. — Vente d'hérédité (art. 1696 à 1698).

Généralités. — La *vente d'hérédité* ou *cession à titre onéreux de droits successifs* est une convention par laquelle un héritier, auquel une succession est échue pour la totalité ou en partie, vend ses droits héréditaires à une autre personne, qui peut être soit un étranger, soit un de ses cohéritiers.

Il ne s'agit ici bien entendu que d'une succession ouverte, car on sait que les pactes sur succession future sont interdits.

La vente de droits successifs produit certains effets spéciaux que nous étudierons à propos des successions (voir notamment art. 780, 841 et 883). Nous ne la considérons ici que comme une vente, et nous avons à étudier exclusivement les obligations du cédant et du cessionnaire. Toutes les dispositions qui régissent le sujet ainsi délimité se ramènent aux trois idées suivantes : 1° Ce qui est vendu, c'est l'ensemble des droits et avantages successoraux ; 2° L'opération présente le caractère d'une transmission à titre universel ; 3° Elle n'est pas opposable aux créanciers successoraux.

Première idée : Le vendeur cède tout l'émolument de la succession. — La vente comprend tout ce qui, dans la succession, peut offrir un avantage pécuniaire pour le cessionnaire. Ainsi, le cessionnaire aura tous les droits nécessaires pour arriver à réaliser l'émolument successoral, par exemple, le droit de demander le partage et d'y prendre part, ce qui peut causer à une famille de notables embarras. D'où la règle de l'article 841 permettant aux cohéritiers de l'écarter par le retrait successoral.

Nous rattachons à cette idée d'une cession de tout l'émolument la règle de l'article 1697, en vertu de laquelle, si l'héritier « avait déjà profité des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelques créances appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente ». Il y a là le résultat d'une interprétation de l'intention présumable des parties. Le cessionnaire de l'hérédité a entendu en acquérir tout l'émolument, sans réserve. Donc, si une partie de cet émolument a déjà été réalisée par le vendeur, celui-ci doit en tenir compte à l'acquéreur. Par exemple, il ne pourrait se refuser, en invoquant la confusion, à payer au cessionnaire la dette dont il serait débiteur envers le défunt.

La cession comprend-elle les *accroissements* résultant de la renonciation d'un cohéritier ou d'un légataire, ou encore d'un rapport à succession ? Le Code civil allemand (art. 2373) répond négativement. Nous croyons que, dans le silence de notre Code, il y a là une question d'interprétation de la volonté des parties contractantes. Il s'agit de savoir si, dans leur pensée, elles ont entendu ou non comprendre ces accroissements dans l'objet de la vente.

Seconde idée : La vente d'hérédité est une transmission à titre universel. — La vente d'hérédité porte sur la succession ou la part de succession, c'est-à-dire sur un ensemble et non pas sur tels ou tels biens individuellement déterminés. Et voici les conséquences de ce point de vue :

1° Quelle est l'étendue de l'obligation de *garantie* incombant au vendeur ? A cette question répond l'article 1696 : « Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier. » Ainsi, peu importe que l'un des objets compris dans la masse vienne

à être enlevé à l'acquéreur par l'effet de la revendication d'un tiers ou qu'il soit atteint de vices rédhibitoires. Le vendeur n'en sera pas garant. Cela est parfaitement logique ; il n'a pas vendu cet objet, mais l'ensemble de l'hérédité, telle qu'elle se comporte.

2° La cession de l'hérédité ne confère pas seulement au cessionnaire l'émolument successoral. Elle l'oblige (au moins envers le cédant) au paiement des *dettes héréditaires* ou de la fraction des dettes correspondant à la part successorale cédée. C'est pourquoi aux termes de l'article 1698, « l'acquéreur doit, de son côté, rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire ».

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la portée de cette idée que la cession porte, non pas sur des biens héréditaires, mais sur la masse successorale, envisagée comme une entité distincte des éléments qui la composent. Certains auteurs et quelques arrêts en avaient tiré cette conséquence que la cession d'hérédité ne serait soumise, *pour être opposable aux tiers*, à aucune des mesures de publicité du Droit commun, ni à la formalité de la transcription pour la cession du droit de l'héritier sur les immeubles successoraux, ni à celle de la signification aux débiteurs héréditaires pour la transmission des créances (Bordeaux, 18 novembre 1898, D. P. 99.2.571). A quoi quelques-uns ajoutaient que le cessionnaire, pour être saisi de l'hérédité à l'égard des tiers, devait faire une notification de la cession *aux cohéritiers* (Toulouse, 26 août 1863, D. P. 64.2.5). Mais la Jurisprudence a rejeté cette manière de voir. Elle s'est formée en ce sens qu'on exigera, pour chaque bien rentrant dans l'ensemble cédé, l'accomplissement de la formalité de publicité qui lui est propre, la transcription pour les immeubles, la signification pour les créances, la mutation en douane pour les navires, etc... Et en effet, les textes qui visent ces formes de publicité s'appliquent à toutes les transmissions entre vifs, sans distinguer entre les opérations à titre universel et celles à titre particulier. C'est ainsi que l'article 1er de la loi du 23 mars 1855 assujettit à la transcription « tous actes translatifs de propriété immobilière entre vifs ». Quant à une notification à faire aux cohéritiers, elle est complètement inutile. Il ne pourrait être question d'accomplir envers ces derniers la formalité de l'article 1690. Les cohéritiers ne sont pas, à l'égard du cédant, des débiteurs, mais des co-propriétaires (Rouen, 27 février 1885, D. P. 95.1.33 sous note a, S. 86.2.127 ; Req., 16 avril 1889, D. P. 90.1.260, S. 91.1,106).

Troisième idée : La cession n'est pas opposable aux créanciers héréditaires. — Nous avons dit que la cession d'hérédité astreint le cessionnaire au paiement des dettes correspondant aux droits par lui acquis. Mais il faut ajouter qu'il n'en est ainsi que *dans les rapports du cédant et du cessionnaire*. A l'égard des créanciers successoraux, l'héritier cédant reste tenu. C'est là une des conséquences de ce que notre Droit ne connaît pas la cession de dettes. Il est vrai que, l'héritier cédant étant devenu créancier du cessionnaire du montant des charges héréditaires, les créanciers

héréditaires, devenus créanciers du cédant, peuvent faire valoir cette créance contre le cessionnaire par l'action oblique de l'article 1166. Mais ce recours est pour eux *facultatif* ; ils conservent leur droit de poursuite contre l'héritier

SECTION III. — Cession des droits litigieux (art. 1699 à 1701).

Généralités. Historique. Le retrait litigieux. — Un *droit litigieux* est un droit qui fait ou peut faire l'objet d'une contestation judiciaire. L'opération qui consiste à vendre un droit de cette espèce, est de sa nature *aléatoire*. Pratiquement, elle peut être utile à celui qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour subir le hasard d'un procès, et qui, en attendant, a besoin de réaliser la valeur pécuniaire de son droit. Deux procédés lui sont alors offerts. Ou bien, s'adresser à son adversaire lui-même et faire avec lui une transaction. Ou bien, s'adresser à un tiers, à un *potentior*, et lui vendre son droit, en général pour un prix diminué d'une bonification représentant à la fois les frais du procès à soutenir et l'aléa de ce procès.

Toutefois, si la cession d'un droit litigieux est licite en soi, elle donne lieu à certaines suspicions. Les acquéreurs de créances ou de droits litigieux sont fréquemment des spéculateurs, animés d'un esprit de lucre ou parfois même d'un ressentiment personnel contre le débiteur, sujet passif du droit cédé. Il y a peu de chances qu'ils consentent à un accommodement avec ce dernier, et renoncent à le poursuivre, puisque c'est précisément en vue du procès à faire qu'ils ont négocié l'acquisition du droit litigieux.

Nous avons déjà rencontré un exemple de la défaveur qui s'attache à notre opération, dans l'article 1597 qui interdit à certaines personnes l'acquisition de droits litigieux. Les articles 1699 à 1701 nous en fournissent un autre en organisant le *retrait litigieux*, c'est-à-dire la possibilité pour celui contre lequel le droit a été cédé, de se substituer à l'acquéreur.

L'origine de l'institution remonte au Droit romain impérial. On trouve d'abord des constitutions de Gratien, Valentinien et Théodose, renforcées par Justinien, *prohibant les cessions de créances litigieuses* (3 et 4 C. *de litigiosis*, VIII, 37). Puis viennent les célèbres constitutions *Per diversas* et *Ab Anastasio* d'Anastase et Justinien (22, 23, C. *mandati*, IV, 35), permettant aux débiteurs cédés, sans distinction, semble-t-il, entre les droits litigieux et les autres, de se libérer en remboursant au cessionnaire le prix réel de la cession.

L'ancien Droit, fondant ensemble ces deux ordres de dispositions, restreignit la législation prohibitive aux cessions de droits litigieux, et leur appliqua la règle des constitutions *Per diversas* et *Ab Anastasio*, en les organisant sous la forme d'un *retrait* ouvert aux débiteurs cédés et appelé *retrait litigieux*. (V. Pothier. *Vente*, n° 583 et s., éd. Bugnet, t. 3, p. 231).

Le Code civil n'a pas reproduit le mot, qui sonnait mal en 1804, mais il a conservé la chose. En effet, aux termes de l'article 1699, « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a

payé le prix de la cession à lui faite. » Il y a là la consécration d'un véritable retrait, c'est-à-dire d'une faculté d'expropriation.

Première question : Quand y a-t-il lieu à retrait ? — Il faut qu'on se trouve en présence d'une cession de *droit litigieux*, *donnant dès à présent lieu à contestation*. On remarquera la différence qu'il y a entre la solution de l'article 1700 (« la chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ») et la règle de l'article 1597, lequel se contente, pour les incapacités qu'il édicte, de la possibilité d'un procès. Plus précisément, quatre conditions sont nécessaires pour que le retrai soit possible :

1° *Un procès en cours* au moment de la cession du droit. Donc, une cession antérieure au début du procès, pourvu que l acte de cession ait acquis date certaine antérieure, échappera au retrait. Le procès n'est d'ailleurs réputé commencé qu'à partir du moment de l'*assignation*. Il sera *terminé* après la décision ; à partir de ce moment la cession du droit naguère litigieux ne pourra donc plus donner lieu à retrait. Mais ici nous rencontrons deux difficultés.

A. — Peut-on considérer le droit comme litigieux dans l'intervalle compris entre la décision et l'exercice d'une voie de recours ? Nous croyons qu'il faut distinguer. Entre la décision judiciaire et l'appel ou l'opposition, tant que ces voies dites *ordinaires* sont ouvertes au perdant, on ne peut pas dire que le procès soit fini, car il est normal que la partie perdante emploie ces voies de recours. Donc, le droit est toujours litigieux et sa cession exposée au retrait. Mais il en est différemment pour les voies de recours *extraordinaires*, le pourvoi en cassation ou la requête civile. Une fois qu'elles sont introduites, le procès recommence, et le droit qui y est débattu redevient litigieux au sens de l'article 1700. Mais, dans l'attente de ces voies de recours en somme anormales, on ne peut pas considérer qu'il y ait prolongation, persistance du procès, et que le droit reste litigieux. Particulièrement en ce qui concerne la requête civile, il ne faut pas oublier que le délai pour l'exercer a un point de départ indéterminé, tel que la découverte d'un dol, d'une pièce dissimulée (V. art. 488, C. proc. civ.). Si le procès était réputé subsister tant que la requête civile est possible, un droit, une fois déduit en justice, resterait donc perpétuellement litigieux !

B. — Supposons la vente d'un droit qui n'est pas actuellement déduit en justice, mais avec cette particularité que le vendeur et l'acheteur ont mentionné dans l'acte de vente la possibilité, la probabilité du procès (et fixé le prix en conséquence). Le retrait est-il possible ? A première vue. cela paraît conforme à l'esprit de la loi. L'article 1700 nous dit que « la chose *est censée* litigieuse dès qu'il y a procès ». En cas de déclaration de litigiosité, la chose n'est pas *censée litigieuse*, elle l'est certainement. Cependant, on s'accorde en général à ne pas permettre ici la possibilité d'un retrait. Si on l'admettait, il faudrait appliquer la possibilité du retrait à toutes les ventes faites *sans garantie en cas d'éviction*.

2° L'article 1700, dans sa définition du droit litigieux, ne se contente pas

d'exiger un procès ; il faut encore que ce procès porte *sur le fond du droit.* Une contestation, ne portant que sur la compétence ou sur la recevabilité de la demande, ne rendrait pas le droit litigieux. Et nous sommes ainsi conduits à rétrécir encore les conditions requises par l'article 1700 *in terminis*. Pour que le droit soit réputé litigieux, il ne suffit pas d'un procès engagé par l'assignation du demandeur ; il faut attendre les conclusions du défendeur, car ce sont seulement ces conclusions qui, en déterminant son attitude, permettent de savoir s'il entend faire porter le procès sur le fond du droit. Devant un tribunal de commerce ou une justice de paix, juridictions qui admettent des conclusions orales, ce n'est qu'à partir de l'audience, bien plus, des plaidoiries du défendeur, que le droit deviendra litigieux.

3° Pour qu'il y ait lieu à retrait, il faut que la cession ait été faite *à prix d'argent*. En effet, il résulte de l'article 1699 que le retrait n'est possible que moyennant la restitution d'*un prix*. Donc, les cessions à titre gratuit n'y donnent pas lieu. Cette solution est équitable, car un cessionnaire à titre gratuit sera rarement suspect d'apporter, dans le recouvrement du droit litigieux, l'esprit de chicane ou d'animosité qu'on peut redouter de la part d'un spéculateur.

4° Enfin, il faut que la cession *n'ait pas une cause présumée légitime.*

L'article 1701 énumère trois hypothèses où la cession d'un droit litigieux échappe pour cette raison à l'éventualité du retrait. Il en est ainsi :

A. — « Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé. » L'acquisition faite par le cohéritier de la totalité du droit litigieux antérieurement indivis se justifie par son désir de sortir de l'indivision ; elle n'est pas suspecte d'esprit de spéculation.

B. — « Lorsqu'elle (la cession) a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû. » Un créancier recouvre son dû comme il peut. S'il a accepté en paiement un droit litigieux, il ne saurait être inquiété sur les suites de l'opération. Les considérations qui inspirent ici le législateur sont analogues à celles qui ont fait écarter la possibilité de l'action paulienne dirigée contre un paiement.

C. — « Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'heritage sujet au droit litigieux ». Ici il est à peu près impossible de comprendre quelle hypothèse la loi a voulu viser. Désireux de consolider mes droits sur un immeuble litigieux que je possède, j'obtiens de mon adversaire la cession de son droit. Il est trop clair que le retrait ne pourra pas être exercé, puisque, pour qu'il le fût, il faudrait que je l'exerçasse moi-même contre ma propre personne ! Il est bien vraisemblable que cet alinéa final de l'article 1701 est le résultat d'une inadvertance législative. Pourtant, on a trouvé moyen de forger des hypothèses où le texte recevrait application. En voici une : supposons que l'immeuble que je possède me soit disputé par *plusieurs demandeurs*, et que ces demandeurs, en même temps qu'ils m'ont assigné, moi leur adversaire commun, se soient respectivement mis en cause, afin de faire prononcer sur la propriété de l'immeuble entre eux, en même temps que contre moi. Eh bien, si j'achète le droit de l'un de ces demandeurs seulement (sans doute pour n'avoir plus affaire qu'à celui des deux dont je

me crois à même de triompher le plus facilement), l'autre ne pourra pas exercer le retrait à mon encontre. Voilà assurément une hypothèse bien alambiquée !

Cette énumération des causes légitimes d'acquisition d'un droit litigieux, causes mettant obstacle à l'exercice du retrait, est *limitative*. Il a été jugé notamment que le retrait pourrait s'exercer même si le droit litigieux avait fait l'objet d'une vente judiciaire aux enchères, hypothèse assez fréquente, notamment en cas de faillite (Req., 14 juillet 1868, D. P. 71.5.342, S. 69. 1.28). Cette solution nous paraît prêter à la critique. L'éventualité du retrait est de nature à décourager les enchérisseurs. Ceux-ci devraient être à l'abri du retrait, comme ils sont à l'abri de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix à un précédent vendeur.

5° Ajoutons une dernière condition *de fait*. Le retrait ne pourra s'exercer que dans les hypothèses où il y a vraiment *cession à prix d'argent* ; par conséquent, dans bien des cas, l'acquisition du droit litigieux pourra être obtenue en toute sécurité par un spéculateur au moyen d'un procédé juridiquement différent d'une cession et échappant dès lors à l'éventualité du retrait. Citons deux de ces moyens d'éluder l'institution.

A. — On peut acquérir un droit litigieux par *échange* et non par *vente*, par exemple, en abandonnant en échange au cédant, au lieu d'une somme d'argent, un immeuble ou des valeurs de bourse. Alors, le retrait n'est pas possible puisqu'il ne peut y avoir lieu à restitution d'un prix.

B. — Un autre procédé, beaucoup plus usuel, consiste à déguiser la cession sous la forme d'un *mandat intéressé* ou *pacte de quota litis*. Je ne vous cède pas ma créance contre X, mon débiteur, mais vous acceptez le mandat de poursuivre X à vos frais, moyennant la moitié ou les trois quarts de l'émolument à retirer du procès. Le retrait sera impossible en face de cette opération renouvelée de l'antique *procuratio in rem suam*, ce procédé naguère imaginé par les Romains pour tourner la vieille règle de l'intransmissibilité des créances.

Deuxième question : Comment s'exerce le retrait ? — Le retrait est un acte de volonté qui s'exerce, soit par des *conclusions*, si c'est au cours d'une instance engagée contre lui par le cessionnaire que le défendeur en use pour se défendre, soit par un acte extrajudiciaire ou simple *exploit* signifié au demandeur, si le retrait est exercé pendant le délai d'appel ou d'opposition.

On a beaucoup discuté le point de savoir si le retrait peut s'exercer par voie de *conclusions subsidiaires* (sur la poursuite du cessionnaire de la créance litigieuse, je conclus au principal que je ne dois rien, ayant payé, et *subsidiairement* j'offre de verser à ce cessionnaire le prix réel de la cession qui lui a été consentie). Nous ne croyons pas que le retrait puisse être utilement exercé de la sorte, au moins devant une juridiction en dernier ressort. En effet, pour qu'il y ait possibilité de retrait, pour qu'il y ait droit litigieux, il faut que le litige ne soit pas terminé au fond. Or, les conclusions subsidiaires de retrait sont des conclusions conditionnelles, pour le cas où

la défense au fond du débiteur cédé serait repoussée, où il serait jugé par conséquent qu'il doit bien la somme réclamée, ce qui enlèverait au droit cédé tout caractère litigieux (V. Req., 10 décembre 1872, D. P. 73.1.351 S. 73.1.207).

La manifestation de volonté du débiteur retrayant doit être accompagnée d'une prestation pécuniaire qui consiste, nous l'avons vu (art. 1699), dans le remboursement du prix réel de la cession et de ses accessoires. La loi dit : du *prix réel*, exprimant ainsi que les contractants ne pourraient, par la stipulation d'un prix fictif très élevé, rendre impossible l'exercice du retrait. Il suffirait au retrayant de faire la preuve de l'exagération du prix nominal pour réduire ses débours au prix réel de la cession. On le voit, le cessionnaire est rendu indemne. L'opération qu'il avait tentée en acquérant le droit litigieux est une *opération blanche* ; il ne perd rien, mais il y a pour lui *lucrum cessans* ; le retrayant l'exproprie du bénéfice qu'il avait espéré, bénéfice réputé illicite *a priori* par une généralisation qui ne laisse pas d'être parfois assez arbitraire.

Suffit-il, pour que le retrait soit réputé effectué, d'une simple déclaration de volonté, avec soumission de la part du retrayant de verser la prestation pécuniaire de l'article 1699 ? Ou faut-il qu'il y ait eu paiement effectif de cette somme, à tout le moins offres réelles suivies de consignation ? La question est la même que pour l'exercice du réméré. La Cour de cassation la résout ici en décidant que ni le paiement ni les offres réelles ne sont nécessaires (Req , 26 décembre 1893, D. P. 95.1.529. S. 97. 1.509).

Troisième question : Quels sont les effets du retrait ? — Un retrait, nous dit Pothier (*Traité des Retraits*, n° 1, éd. Bugnet, t. 3, p. 259), c'est « le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place ». Voyons s'il faut admettre toutes les conséquences logiques de ce point de vue.

1° *Entre le retrayant et le retrayé* et les ayants cause de celui-ci, le retrait joue comme une condition résolutoire. Le retrayant n'est donc pas l'ayant cause du retrayé. Que celui-ci ait concédé sur la chose litigieuse des droits réels, par exemple, une hypothèque, ou, s'agissant d'une créance, que des créanciers du cessionnaire retrayé aient pratiqué sur cette créance une saisie-arrêt, ni droit réel ni saisie-arrêt ne seront opposables au retrayant.

2° *Entre le retrayé et le cédant*, le retrait n'exerce en principe aucune influence. Les rapports de droit établis entre eux par la cession, restent tels que le contrat les avait formés. Le cessionnaire retrayé est toujours débiteur du prix de la cession, à supposer qu'il ne l'ait pas versé. Le cédant est tenu envers le cessionnaire retrayé de l'obligation de garantie, pourvu que cette garantie n'ait pas été explicitement ou implicitement exclue par le contrat.

3° *Entre le retrayant et le cédant* du droit litigieux, on enseigne en général qu'il n'y a pas non plus de rapport de droit. Et voici la conséquence pratique du système. C'est que, si le cessionnaire retrayé n'a pas payé le prix de la cession, le cédant n'aura pas de prise directe sur l'indemnité que le

retrayant versera à celui-ci. Et en effet, dit-on, l'article 1699 prévoit seulement que le retrayant remboursera le prix de la cession et les accessoires au *rétrayé*. Certes, le cédant, créancier de ce dernier, pourra exercer une saisie-arrêt sur cette créance de son débiteur, en vertu de l'article 1166 mais, dans ce recours, il ne sera pas privilégié, faute d'un texte lui attribuant une action directe ; il subira le concours des autres créanciers du retrayé.

Nous hésitons cependant à adopter un pareil système. Le Code restant muet sur les effets du retrait, pourquoi ne pas admettre qu'il les a conservés tels que les organisait l'ancien Droit, auquel est empruntée l'institution. Or, d'après la définition même de Pothier, le retrayant prenant le marché du retrayé, se substituant à lui, doit devenir l'ayant droit du cédant. Comment d'ailleurs, en bonne logique, en pourrait-il être autrement ? Nous avons vu que le retrayant n'est point l'ayant cause du rétrayé. S'il ne l'était pas du cédant, il ne le serait donc de personne ? C'est pourquoi nous inclinons à penser que le cédant possède contre le retrayant, au cas où le cessionnaire retrayé n'a pas payé le prix de cession, une *action directe* pour le recouvrement de l'indemnité de l'article 1699.

SECTION IV. — Dation en paiement.

Définition. Généralités. — La *dation en paiement* ou *datio in solutum* est la remise que le débiteur fait au créancier, qui l'accepte, d'une chose autre que celle qui est due. La loi ne s'en occupe que pour nous dire (art. 1243) que cette opération, assez fréquente en pratique, suppose le mutuel accord du créancier et du débiteur. Juridiquement, la dation en paiement est un acte complexe : elle participe des caractères du paiement, puisqu'elle libère le débiteur ; elle implique parfois, quand le créancier se contente, pour donner quittance, d'une nouvelle obligation, une *novation par changement d'objet*. Mais, en même temps, la *datio in solutum* est en général, par ses effets, assimilable tantôt à une *vente*, tantôt à un *échange*. A un *échange*, quand le débiteur devait un corps certain, et se libère en livrant à la place un autre corps certain. A une *vente*, dans l'hypothèse la plus fréquente en fait, celle où la dette était d'une somme d'argent, et où le créancier a consenti à recevoir, à la place de cette somme, un corps certain quelconque. Le créancier est alors comme un acheteur, le débiteur libéré par la *datio* comme un vendeur. Déjà les Romains avaient remarqué cette analogie. *Hujus modi contractus*, disaient-ils, *vicem venditionis obtinet*. Et le Code civil, à son tour, dans des textes nombreux, assimile la dation en paiement à une vente. C'est ainsi que l'article 1595, nous le verrons, énumère trois cas de *dationes in solutum* comme des exceptions à la prohibition des ventes entre époux. Et l'article 1701-2°, pareillement, écarte l'éventualité du retrait litigieux dans l'hypothèse d'une dation en paiement portant sur un objet litigieux. Cependant, si comparable qu'elle soit à un paiement ou à une vente, l'opération de la *datio in solutum* n'en offre pas moins ses particularités propres tenant, d'une part, à son caractère ambigu,

à la fois paiement et vente, d'autre part, à ce qu'elle suppose un rapport de droit antérieur entre les parties. D'où trois séries de règles à étudier (V. note signée M. P., D. P. 1909.1.294).

1° **Règles tenant à la fonction libératoire de la dation en paiement.** — En tant que procédé de libération, la dation en paiement, comme le paiement lui-même, éteint la dette et tous ses accessoires. Il faut lui appliquer les textes relatifs à ces effets du paiement : extinction de la dette principale (art. 1234), libération des cautions (art. 2034), extinction de l'hypothèque (art. 2180). De plus, on exigera pour donner et recevoir *in solutum* la même capacité que pour payer et recevoir paiement.

2° **Règles tenant à la ressemblance de la dation et de la vente.** — Nombreuses sont les conséquences de cette assimilation.

A. — Supposons que la chose donnée en paiement soit un immeuble. La quittance de la dette devra, pour opérer l'effet translatif de propriété à l'égard des tiers, faire l'objet d'une *transcription* (L. 23 mars 1855, art. 1er, 1°).

B. — Les conditions de capacité requises pour acheter ou pour vendre sont exigibles des parties qui procèdent à une dation en paiement, autant que la capacité de faire ou de recevoir un paiement. C'est ainsi qu'il a fallu un texte (l'article 1595) pour permettre aux époux de se faire mutuellement dans certains cas une dation en paiement. De même, l'incapacité d'acheter des droits litigieux dont l'article 1597 frappe certains *potentiores*, leur interdit aussi de recevoir une chose litigieuse en paiement.

C. — Le débiteur qui s'est libéré en donnant en paiement un immeuble aura droit à exercer l'action en rescision de l'article 1674, si l'immeuble par lui donné en paiement dépasse de plus des sept douzièmes le montant de ce qu'il devait.

D. — L'Enregistrement perçoit en cette matière les droits de mutation immobilière ou mobilière entre vifs et non un simple droit de quittance.

E. — Si le débiteur, en donnant sa chose en paiement, a stipulé le versement d'une soulte, le paiement de cette soulte sera garanti par le privilège du vendeur.

3° **Différences entre la dation en paiement et la vente.** — Faut-il aller plus loin ? Et l'assimilation de la *datio in solutum* à la vente est-elle complète ? Non, car il subsiste, entre les deux opérations, des différences plus ou moins discutées, mais caractéristiques.

A. — La Vente implique toujours l'idée d'un transfert de propriété. Mais nous avons vu que ce transfert ne s'effectue pas toujours immédiatement. Il est quelquefois reculé, par exemple, au cas de vente portant sur des choses encore indéterminées. Il semble bien que ce recul soit impossible pour la *dation en paiement*. Le débiteur pour être libéré doit *dare*, c'est-à-dire transférer *hic et nunc* la propriété de la chose. Ainsi, alors qu'on peut vendre une chose future, on ne pourrait donner en paiement une chose dont on n'est pas encore propriétaire. Pour payer valablement, nous dit

l'article 1238, il faut être (dès maintenant) propriétaire de la chose donnée en paiement. Ce qui ne veut pas dire évidemment qu'on ne saurait concevoir une tractation en vertu de laquelle le créancier consentirait à tenir quitte le débiteur moyennant un simple engagement de celui-ci. L'opération serait certes valable ; elle est même assez usuelle ; dans cette catégorie rentrera, par exemple, l'acte par lequel le vendeur renonce à son prix de vente contre une promesse de rente viagère. Seulement, en pareille hypothèse, *il n'y aura pas dation en paiement* ; on n'appliquera pas les règles de la vente, mais, seules, celles de la novation.

B. — Il est fort douteux que la dation en paiement donne lieu à la *garantie*. Nous ne parlons pas de la garantie des vices rédhibitoires qu'on s'accorde en général à appliquer ici (V. cep. Req., 24 mars 1903, D. P. 1904.1. 481). Mais la garantie pour éviction est extrêmement discutée. Il est certain que, si l'on suivait la tradition romaine, comme cela est en somme naturel en une matière que le Code n'a pas réglementée, mais seulement mentionnée, le créancier *accipiens* qui viendrait à être, par la suite, évincé de la chose reçue en paiement, n'aurait pas droit au recours en garantie appartenant à un vendeur ordinaire, recours aboutissant à la restitution du prix (ici du montant de la dette primitive) et, en plus, *à des dommages-intérêts*. Il n'aurait droit qu'à exiger le montant de ce qui lui était dû (V. Marcianus, 46, D., *de solut. et liberat.*, XLVI, 3). Créancier, dirait-on, il n'a consenti à libérer le débiteur que sous la condition de devenir et de rester propriétaire de la chose donnée en paiement. Cette condition ne se réalisant pas, il est resté créancier et c'est tout. Ce qui entraînerait diverses conséquences pratiques importantes. D'abord, qu'il n'aurait pas droit à des dommages-intérêts complémentaires. Mais, en revanche, si la créance primitive était munie de sûretés telles que cautions et privilèges, ces cautions revivraient à son profit. Ajoutons que, dans le cas d'éviction partielle, le recours du créancier serait le même, il n'y aurait pas lieu d'appliquer les solutions établies par la loi (art. 1636, 1637) pour la garantie consécutive à une éviction partielle.

Cependant, l'opinion que nous venons d'exposer rencontre de grandes résistances. En effet, un texte formel, l'article 2038, en écarte l'une des conséquences les plus significatives, en décidant que la dation en paiement d'un objet dont le créancier vient à être ensuite évincé, n'en libère pas moins la caution. Et comme, d'autre part, on s'accorde à concéder le privilège du vendeur au *solvens* en cas de soulte stipulée à son profit, nous pensons qu'il convient, par réciprocité, d'attribuer à l'*accipiens* évincé le recours en garantie qui, seul, le fera sortir complètement indemne de l'opération à laquelle il a consenti.

DEUXIÈME PARTIE

LE LOUAGE

Généralités. Définitions. Classifications. — Le Code civil ne consacre pas au louage moins de 124 articles (art. 1708 à 1831), dont beaucoup d'ailleurs sont inutiles et déplacés, tels ceux qui ne servent qu'à fournir des définitions philologiques. Et encore ces textes sont-ils incomplets, puisque le Code — on l'a bien souvent remarqué — n'attribue que deux articles, dont l'un est abrogé aujourd'hui, les articles 1780 et 1781, à l'un des contrats les plus usuels de tous à savoir le *contrat de travail* dans lequel, par une conception fort discutable, il voit une variété de louage dénommée *louage des domestiques et ouvriers*.

La manière dont le Code civil conçoit le contrat de louage est en effet d'une largeur très grande, voire même excessive. C'est toute *prestation de services* moyennant une rémunération pécuniaire ou autre.

La pauvreté de notre langue juridique éclate ici principalement. Les actes de celui qui fournit les services et de celui qui les reçoit et les paie, sont désignés par le même mot: tous deux *louent*. Il y a là une amphibologie, source de confusions, à laquelle il importe de remédier. De même que les Romains employaient des mots différents pour celui qui fournit les services (*locator*), et pour celui qui fournit la rémunération (*conductor*), en matière de louage de choses, nous dirons *bailleur* pour désigner le *locator*, et *preneur* pour désigner le *conductor*.

D'après le Code civil, il y a deux variétés de louage (art. 1708):

1° D'abord *le louage des choses*. Ce louage se subdivise lui-même en quatre sous-variétés (art. 1711) :

A. — Le *louage des maisons* ou parties de maison, dit *bail à loyer*. Usuellement, le *conductor* ou preneur y prend le nom de *locataire*, et la rémunération par lui versée s'appelle *loyer*.

B. — Le *louage de terres* d'exploitation agricole, dit *bail à ferme*, dans lequel le preneur est appelé *fermier*, et la rémunération payée par lui *fermage*. Ici, il y a une subdivision. Lorsque le prix de location est en argent, il y a *bail à ferme ordinaire* ; lorsqu'il consiste en fruits, il y a *métayage* ou *bail à colonat partiaire*, et le fermier est appelé *métayer*.

C. — Le *louage des meubles* qui n'est désigné dans l'usage par aucun nom spécial, mais que le Code civil range sous la dénomination de bail à loyer.

D. — Le *bail à cheptel* (art. 1800 et s.), mot bizarre, venant de *capita* (têtes de bétail) : c'est « un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles » (art. 1800).

2° La seconde variété de louage, c'est le *louage d'ouvrage*, que l'article 1710 définit « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Ainsi, le service fourni ne consiste point ici dans la mise à la disposition du *conductor* d'une chose inerte, terre ou mobilier ; ce qui lui est fourni, c'est un travail déterminé ou une certaine capacité de travail. Faire de cette opération un louage est une conception qui remonte aux Romains et qu'on a maintes fois critiquée, en disant notamment qu'elle a le tort de faire du travail une *marchandise*. Il est de fait que le Code civil aurait pu ne pas s'arrêter là. Pourquoi n'a-t-il pas vu aussi une variété de louage dans le contrat de *prêt à intérêt*, qui se rapproche évidemment plus du *louage des choses* que les contrats dénommés louage d'ouvrage ? Ajoutons que les législations les plus modernes abandonnent cette conception. Elles réservent la dénomination de louage à ce que notre Code appelle *louage des choses*.

Quoi qu'il en soit, le louage d'ouvrage va, à son tour, se subdiviser. Les Romains distinguaient deux variétés de louage d'ouvrage : la *locatio operarum*, contrat par lequel une personne engage toute son activité au service d'une autre ; la *locatio operis*, contrat par lequel le *locator* ne met son activité au service d'un autre que pour l'exécution d'un ouvrage déterminé. Le Code civil (art. 1779) substitue à cette distinction une division tripartite d'après laquelle il y a trois sortes de louages d'ouvrage et d'industrie.

A. — Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un, que plus loin on qualifiera de louage des domestiques et ouvriers ou *louage de services*. C'est le contrat de travail.

B. — Le *louage des voituriers*, par terre et par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ;

C. — Le *louage des entrepreneurs d'ouvrages* par suite de devis ou marchés.

Il est évident que cette classification est défectueuse, au moins au point de vue strictement rationnel. Le louage des voituriers et le louage des entrepreneurs, s'ils réclament des réglementations différentes, n'en sont pas moins, en raison, des opérations spécifiquement identiques. Quant aux entreprises, il semblerait, à prendre à la lettre l'article 1779, que les règles établies par le Code s'appliquent exclusivement lorsque le contrat affecte la forme d'un *devis ou marché*. Or, nous verrons qu'il n'en est rien, et que ces règles s'appliquent tout aussi bien aux entreprises à *forfait* En somme, il eût mieux valu ne pas modifier la distinction bipartite du Droit romain, et ne distinguer que deux variétés du louage d'ouvrage :

Le *louage de services*, ou contrat de travail ;

Le *louage d'industrie*, contrat en vue d'un travail déterminé.

Nous ferons du *contrat de travail* l'objet d'une partie spéciale, à cause des caractères particuliers que lui imprime de plus en plus le développement de la législation sociale. Et, en parlant du *louage d'industrie*, seule variété du louage d'ouvrage dont nous traiterons dans cette partie, nous ne fournirons que des notions sommaires sur le louage de *transport*, qui fait l'objet de dispositions particulières et plus étendues dans le Code de commerce.

CHAPITRE PREMIER

LE LOUAGE DE CHOSES

SECTION Ire. — Caractères généraux et nature juridique du louage de choses.

Définition. Comparaison avec d'autres contrats. — Le louage de choses, ou louage proprement dit, est le contrat par lequel une partie s'oblige à fournir à une autre, pendant un certain temps, l'usage et la jouissance d'une chose moyennant un prix que l'autre s'oblige à lui payer (art. 1709).

1° *Comparaison avec la vente*[1]. — Une première comparaison s'impose avec la *vente*. Pothier (*Contrat de louage*, n° 4) a fait déjà le rapprochement. Le louage, dit-il, n'est pas autre chose qu'une vente de la jouissance, c'est-à-dire des fruits à venir de la chose. Pourtant, des différences essentielles sautent aux yeux. La vente transfère la propriété ; immédiatement, elle transporte les risques du vendeur à l'acheteur ; c'est un acte de disposition requérant chez celui qui le consent la capacité de disposer. Le louage, au contraire, est un *contrat successif*, s'exécutant par des actes répétés et réciproques de jouissance et de paiement des loyers, lesquels se servent de cause les uns aux autres, si bien que, si l'usage et la jouissance ne peuvent avoir lieu, le loyer n'est pas dû. De plus, louer c'est faire un acte de simple administration.

Cependant, il n'est pas toujours facile de distinguer si l'on se trouve en présence d'une *vente de fruits* ou d'*un louage*. Les intérêts pratiques engagés sont nombreux. D'abord, le droit d'enregistrement n'est pas le même. De plus, il peut y avoir un autre intérêt pour le propriétaire qui vend sa récolte future à se faire considérer comme *locateur* plutôt que comme vendeur ; c'est qu'à titre de bailleur, il bénéficiera, pour assurer le recouvrement du prix de location, d'un privilège sur le matériel apporté par celui qui fait la récolte. Inversement, l'acquéreur a avantage à se faire considérer comme un preneur, au cas où la récolte attendue vient à manquer. Comme acheteur, il subirait ce risque ; comme preneur, l'article 1769 lui permet de réclamer une remise du prix ou une indemnité. Bien entendu, en cas de doute, la qualification donnée au contrat ne doit avoir qu'une importance secondaire. En cas de contestation, les juges doivent se prononcer d'après le caractère véritable du contrat, et non d'après le nom que lui auront donné les parties. Mais où trouveront-ils un critérium ?

1. Cornille, *Vente et louage de choses*, Thèse Lille, 1926.

Il n'y a pas de difficulté en cas de cession portant sur des *produits*. Ainsi, l'acte portant cession, pour un temps limité, de la jouissance d'un immeuble consistant en une carrière de marbre ou en couches de kaolin, moyennant un prix fixé ou une redevance à tant la tonne, est une vente de marbre ou de kaolin (Civ., 4 août 1886, D. P. 87.1.36, S. 88.1.226). Dans ce cas, en effet, la concession emporte *diminution du fonds* dont les produits à percevoir épuisent la substance ; c'est un acte de disposition.

Mais la question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'immeubles portant des *fruits* proprement dits, c'est-à-dire des produits périodiques et incessamment renouvelables : herbages, truffières, bois de chênes-lièges. Ici, la Jurisprudence paraît divergente. Une concession de fouilles de truffes dans une forêt communale a été qualifiée de louage (Nîmes, 26 février 1883, D. P. 83.2.214, S. 83.2.225). En revanche, une concession d'exploitation de chênes-lièges a été considérée comme une vente par la Cour de cassation (Req., 25 janvier 1886, D. P. 86.1.441, S. 88.1.226). Quel critérium adopter ? Le mode de fixation du prix, somme unique pour la vente, annuités pour le louage ? Cela serait inadmissible ; car un prix de vente peut être fixé en annuités, un prix de location consister en une somme unique. Il serait déjà plus rationnel de s'attacher au point de savoir si l'acquéreur supporte ou non les frais de culture. Si oui, c'est un preneur, si non, c'est un acheteur. Mais ce critérium manque justement dans les exemples choisis, où la concession porte sur des fruits naturels (lièges, truffes), et ne donne lieu, par conséquent, à aucun frais de culture, mais seulement à des frais d'enlèvement, qui sont aussi bien à la charge d'un acheteur (art. 1608) qu'à celle d'un fermier. La vérité, c'est qu'il faut s'attacher à l'étendue des droits conférés au concessionnaire. Si, outre les fruits, il acquiert toute la jouissance de la chose, il y a bail ; s'il n'a que la partie de la jouissance correspondante à des fruits déterminés, il y a vente. Précisément, dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation, le propriétaire de la forêt de chênes-lièges déclarait donner à bail ; mais il se réservait la jouissance du sol pour l'habitation et le pâturage. C'est ce qui a permis de décider qu'on se trouvait, en réalité, en présence d'une vente de fruits futurs.

2° *Comparaison avec le dépôt.* — Voici un négociant qui ouvre ses hangars à un autre, pour qu'il y entrepose ses produits moyennant une certaine rétribution. Y a-t-il louage ou dépôt ? Nous croyons que, si le prix doit être payé sans qu'il y ait eu encore en fait de marchandises entreposées, il y a louage et non dépôt, car le dépôt est un contrat *réel* ne se formant que par la remise même de la chose. A défaut de ce critérium, il y aura louage plutôt que dépôt, si le propriétaire du hangar est dispensé par le contrat de veiller à la conservation des choses entreposées ; en effet, le dépôt astreint le dépositaire à l'obligation de veiller sur la chose déposée (art. 1927).

C'est surtout en matière de *location de coffres-forts* que la question a été controversée et présente de nombreux intérêts pratiques. Y a-t-il, dans cette opération fort pratiquée aujourd'hui par les banques, un louage ou un dépôt, ou tout au moins un contrat innommé participant des caractères

du dépôt? La Jurisprudence admet — solution très discutée — qu'on se trouve en présence d'un louage. Et voici les conséquences de cette manière de voir.

S'il y avait *dépôt* entre les mains du banquier, les créanciers du déposant, pour mettre la main sur le contenu du coffre, pourraient procéder par voie de *saisie-arrêt*, puisque cette variété de saisie s'applique (art. 557, C. Proc. civ.) aux sommes ou effets mobiliers appartenant au débiteur qui sont entre les mains des tiers. Au contraire, s'il y a *louage*, les effets du déposant sont non pas entre les mains d'un tiers, mais entre les siennes, puisqu'ils se trouvent dans un local loué par lui ; les créanciers ne pourront donc procéder que par voie de saisie-exécution. Or, d'une part, la saisie-exécution nécessite un titre exécutoire, tandis que, pour la saisie-arrêt, il suffit d'un titre sous seing-privé, ou même, à défaut de titre, d'une permission du président du tribunal ou du juge de paix. De plus, la saisie-exécution est beaucoup moins expéditive que la saisie-arrêt, car elle doit être précédée, à un jour franc d'intervalle, d'un commandement adressé au débiteur, délai qui, en l'espèce, permettra au disposant de faire disparaître les effets déposés. Ajoutons que la saisie-exécution suppose un local déterminé. Or, le créancier ignore en général quel est le compartiment précis occupé par le déposant dans les caves de l'établissement locateur. Aussi, la pratique s'est-elle ingéniée à pallier ici la conséquence de la Jurisprudence. Il y a eu des décisions, contredites par d'autres, à la vérité, admettant la possibilité pour le créancier d'enjoindre à l'établissement de crédit de lui faire connaître le numéro du compartiment occupé par le débiteur, et cela au moyen d'une ordonnance du juge des référés, compétent, aux termes de la loi, pour toutes les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire. Certains ont même été jusqu'à prétendre que le créancier pourrait, par ce moyen, enjoindre à l'établissement *locator* d'interdire au client l'accès de son coffre-fort. Mais ce sont là des solutions plus que contestables (V. Paris, 12 février 1903, et Trib. civ. de Lyon, 23 décembre 1903, D. P. 1905.2.25, note de M. Valéry, S. 1905.2.57, note de M. Wahl).

Nous attachons une autre conséquence encore à cette solution que la location d'un coffre-fort est bien un louage. Supposons un cas de force majeure rendant impossible la restitution des effets déposés dans le coffre, par exemple, une inondation, ou des infiltrations qui ont envahi les caves de l'établissement financier. S'il y a dépôt, l'article 1929 porte que le dépositaire est libéré par la force majeure ; il n'en doit répondre en aucun cas, même s'il y a dépôt salarié. Mais puisqu'il y a louage, il nous semble que l'établissement est responsable en vertu de la garantie qui pèse sur le *locator*, même s'il n'est pas en faute, et qui lui impose (art. 1721) l'obligation d'indemniser le preneur des pertes résultant des vices ou défauts de la chose (en l'espèce du défaut d'étanchéité de la cave aux coffres-forts). La Jurisprudence est en ce sens. En effet elle décide (Req., 11 juillet 1900, D. P. 1900.1.507) que la responsabilité de l'article 1721 ne pèse pas sur le bailleur, quand la possibilité de l'accident avait été implicitement ou expressément prévue par le locataire et que celui-ci avait, en conséquence,

renoncé à la garantie. *A contrario*, s'il n'y a pas eu renonciation expresse ou tacite, il doit donc y avoir responsabilité.

3° *Comparaison avec le louage d'ouvrage.* — Il est parfois délicat de discerner si l'on se trouve en présence d'un louage de choses ou d'un louage d'ouvrage.

Premier exemple : Une Compagnie de voitures est-elle, en face du cocher travaillant *à la moyenne*, un *locator* des voitures et du cheval, la moyenne constituant le loyer, ou bien un *conductor operarum*, le cocher devant être considéré comme le salarié de la compagnie? La question présente de grands intérêts pratiques, soit en ce qui concerne la juridiction compétente en cas de différend entre les parties, soit en ce qui touche l'application, en cas d'accident du travail, de la loi du 9 avril 1898. La Jurisprudence décide avec raison qu'il s'agit, en l'espèce, d'un louage de services, un rapport de subordination existant entre patron et salarié ; le salaire est seulement indéterminé et consiste dans l'écart variable qu'il y a, chaque jour, entre la moyenne et la recette (Req., 23 juin 1903, D. P. 1904.1.139, S. 1904.1.487).

Deuxième exemple : Un loueur d'automobiles, mettant à ma disposition pour un parcours déterminé une voiture avec un chauffeur, conclut-il avec moi un louage d'ouvrage (contrat de transport) ou un louage de choses? Le principal intérêt de la question se manifeste au cas d'accident survenu à la voiture. S'il y a eu louage de choses, comme je ne suis libéré que par la restitution de la chose louée, je suis responsable, à moins de prouver (art. 1732) que l'accident est survenu sans ma faute. S'il y a eu contrat de transport, ce sera à l'entrepreneur de démontrer qu'il y a eu faute de ma part, par exemple, que j'ai exigé de la voiture une vitesse trop grande. Nous croyons qu'en principe il faut adopter ce second système, le maniement de la machine étant dirigé par le chauffeur, préposé du loueur de l'automobile (Bruxelles, 16 mars 1906, D. P. 1906.2.335).

Caractère de personnalité du droit du preneur. — Dans tous les cas, le droit résultant, pour le preneur, du contrat de louage des choses, à la différence de celui d'un usufruitier, est un *droit de créance* à l'encontre du *locator*, et non un droit réel. Il y a là une solution certaine. La réalité du droit du preneur, naguère soutenue par un écrivain paradoxal, Troplong, dont l'opinion avait même été consacrée un instant par certaines décisions de cours d'appel, a été, depuis, définitivement condamnée par la Cour de cassation (Req., 6 mars 1861, D. P. 61.1.417, S. 61.1.713, Civ. 25 nov. 1865, D. P. 65.1.133, S. 65.1.113). Cependant, si la question ne se discute plus en Jurisprudence, elle subsiste en législation, et il y aurait sur ce terrain, en faveur de la conception de Troplong, bien des arguments à faire valoir.

Rationnellement, tout d'abord, on n'aperçoit pas de raisons décisives pour établir une différence profonde entre deux sortes de jouissance qui se ressemblent à tant de points de vue, celle d'un locataire ou fermier, celle d'un usufruitier. C'est l'histoire seule qui peut l'expliquer. A Rome, le bail était un contrat, et l'usufruit résultait le plus souvent de testaments. Or, le

contrat, dans les idées romaines, est exclusivement un acte générateur d'obligations ; le legs au contraire, au moins le legs *per vindicationem*, confère au légataire un droit réel sur la chose. De là cette conséquence, formulée par la fameuse loi *Emtorem* (9 C. *de locato*, IV, 65), que le preneur n'avait qu'une créance de jouissance contre le bailleur, et qu'en cas d'aliénation, l'acquéreur, pour qui le bail passé par son vendeur était *res inter alios acta*, possédait la faculté d'expulser le preneur. Mais, de nos jours, le contrat peut, comme le testament, constituer directement des droits réels. Et l'usufruit peut, de son côté, résulter d'un contrat aussi bien que d'un legs.

Economiquement, le caractère de réalité, si on l'attribuait au droit du preneur, conférerait à ce droit plus de solidité, en permettant, notamment, au preneur de l'hypothéquer. Cette solution serait préférable. On remarquera que l'ancien Droit donnait une certaine satisfaction à ce désideratum, car, à côté des baux temporaires soumis à la loi romaine, il pratiquait, en plus grand nombre peut-être, les *locations perpétuelles* ou quasi-perpétuelles, dont la caractéristique était précisément de conférer au preneur un droit réel, opposable aux tiers et susceptible d'hypothèque. Mais, de nos jours, ces formes d'amodiation ont été, en principe, abolies comme plus ou moins entachées de féodalité. Le louage possède la physionomie de la *locatio conductio* romaine, contrat simplement générateur d'obligations réciproques, de liens personnels entre le bailleur et le preneur.

Toutefois le législateur a dû, sous la pression des nécessités pratiques, apporter un tempérament notable au principe de la personnalité du droit du preneur, tempérament assez important pour qu'on ait pu naguère, sans trop d'invraisemblance, prêter à notre loi un système différent de celui qui est le sien.

Tempérament de l'article 1743. Opposabilité du droit du preneur aux tiers acquéreurs. — Le droit du preneur, étant une simple créance de jouissance, ne devrait pas être opposable aux tiers acquéreurs. Mais l'article 1743 donne une solution contraire. « Si le bailleur vend la chose louée », y lisons-nous, « l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail », formule finale évidemment défectueuse, à laquelle il convient de substituer celle-ci : « à moins que le bailleur ne lui ait réservé ce droit par le contrat de bail ».

Ainsi, moyennant la simple formalité de l'acquisition de la date certaine, laquelle, en fait, se rencontre toujours, les baux étant très généralement enregistrés, le droit du preneur devient opposable aux tiers, tout comme si c'était un droit réel. Pour plus de précision, trois hypothèses doivent être distinguées.

Première hypothèse. — Le bail n'a pas acquis date certaine : il a été rédigé sous seing-privé et il n'a pas été enregistré (ce qui est pratiquement bien rare) ; alors, il y a application pure et simple du principe. Le nouvel acquéreur peut expulser l'occupant dont le droit ne lui est pas opposable. L'ar-

ticle 1750 ajoute inutilement qu'il ne doit pas de dommages-intérêts. Ce sera le vendeur qui en devra au locataire ou fermier, en vertu de son obligation de garantie, obligation d'ailleurs théorique, car, le plus souvent, le vendeur n'aura pas de mal à démontrer que le préjudice éprouvé par le preneur tient à la faute personnelle que celui-ci a commise en négligeant de faire enregistrer son bail. La faculté d'expulsion de l'acquéreur trouve, croyons-nous, cette restriction, qu'il devra respecter le délai d'usage pour les congés à donner à des preneurs qui n'ont pas de bail à date déterminée ; donc, en cas de bail à ferme, il devra prévenir le fermier un an à l'avance (V. article 1748).

Seconde hypothèse. — Le bail a bien acquis date certaine, mais il contient une clause réservant pour l'acquéreur éventuel la faculté d'expulser le preneur. Dans ce cas, l'acquéreur possède encore le droit incontestable d'expulsion, sous la seule condition d'observer les délais prévus par l'usage ou par la loi (art. 1748). La loi règle minutieusement les dommages-intérêts qui seront dus par le bailleur (V. art. 1744 à 1747), et de plus, elle accorde au locataire ou fermier un *droit de rétention* de la chose louée jusqu'au règlement de cette indemnité (art. 1749).

Troisième hypothèse. — Le bail ne contient aucune réserve de la faculté d'expulsion, et, de plus, il a date certaine ; c'est le cas le plus fréquent. Alors *l'acquéreur est tenu de respecter ce bail et de l'entretenir.* Ajoutons toutefois que, depuis la loi du 23 mars 1855, il faut, quand il s'agit d'un bail *de plus de dix-huit ans*, qu'il ait été *transcrit* pour qu'il soit opposable à l'acquéreur pour toute sa durée (art. 2-4°).

Etant donnée la solution ainsi consacrée par l'article 1743, comment peut-on expliquer que le législateur, alors qu'il a conféré au droit du preneur l'un des avantages essentiels de la réalité, à savoir *le droit de suite*, n'ait pas été jusqu'au bout et n'en ait pas fait positivement un droit réel ? C'est l'histoire qui répondra à cette question.

Nous avons vu que le Droit romain n'astreignait pas l'acquéreur à entretenir le bail. Toutefois, la constitution *Emtorem* décidait qu'une clause de la vente pouvait imposer à l'acheteur cette obligation. *Emtorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus rem locavit*, NISI EA LEGE EMIT. Cette dernière clause était même sous-entendue en cas de vente de certains immeubles, ceux du Fisc (50 D. *dejure fisci,* XLIX, 14). L'ancien Droit, en matière de baux temporaires, se contenta de suivre la tradition romaine. En principe, le tiers acquéreur pouvait expulser le preneur. *Vendage passe louage.* Cependant, la clause d'entretien du bail était souvent insérée dans les ventes et parfois sous-entendue.

Le Droit intermédiaire fit un pas de plus. La loi des 28 septembre-6 octobre 1791 (titre I, sect. 2, art. 2 et 3), sur la police rurale et les biens ruraux, sous-entendit la clause d'entretien du bail dans toutes les ventes, pour *tous les baux à ferme de six années et au-dessous.* L'article 1743 n'a fait qu'étendre cette présomption *à tous les baux*, aux baux à loyer comme aux baux à ferme, aux longs baux comme aux baux de six ans ou moins. La survivance du droit du preneur, lequel reste bien un pur droit de

créance, s'explique donc par une *stipulation en sa faveur sous-entendue* dans l'acte de transmission de la chose à son nouvel acquéreur.

Notre disposition peut s'expliquer encore autrement, si nous la rapprochons d'autres textes qui obligent le propriétaire à respecter des baux qui ont été cependant conclus par d'autres. D'après l'article 595, le propriétaire est obligé par le bail passé par l'usufruitier. D'après l'article 1673, *in fine*, le vendeur à réméré reprenant l'immeuble est lié par les baux de l'acheteur dont le droit a été résolu, et cette disposition, nous l'avons vu, doit s'étendre au vendeur recouvrant l'immeuble par l'effet d'une action en résolution ou en rescision. De même, d'après les articles 1429 et 1430, les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme sont, en cas de dissolution de la communauté, opposables pour une certaine durée à la femme ou à ses héritiers. Et l'art. 1718 déclare également opposable à l'ex-pupille dans les mêmes conditions le bail fait par le tuteur. La justification commune de toutes ces dispositions, c'est qu'un bail, acte d'administration, doit être respecté, non seulement quand il est passé par le mandataire légal du propriétaire, mais même quand il l'est par un simple occupant, parce qu'il est de l'intérêt de tous que la chose soit administrée. Nous dirons donc que le bailleur agissant sans fraude est toujours et en principe considéré comme traitant, non seulement pour son compte, mais encore *pour le compte de l'acquéreur*[1].

Questions diverses sur l'application de l'article 1743. — 1° L'article 1743 ne parle que des rapports du preneur avec un *acheteur*, ce qui comprend l'adjudicataire sur saisie ou après surenchère ou folle enchère. Mais il n'est pas douteux que le bail est opposable aussi à *tout autre tiers acquéreur*, par exemple, à un échangiste, à un donataire, à un cessionnaire d'usufruit. Cette solution donne au droit du preneur la même solidité que s'il constituait un droit réel.

Il y a cependant un tiers acquéreur auquel l'assimilation ne s'applique pas, c'est l'*expropriant*, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'expropriant n'est pas tenu de respecter la jouissance du preneur, car autrement, on le comprend sans peine, le but visé par l'expropriation ne pourrait dans beaucoup de cas être atteint. Mais cette rigueur a sa contrepartie. Le preneur dont le droit est considéré comme résolu, à l'instar d'un droit réel, par le jugement d'expropriation, est fondé à exiger une indemnité immédiate, même si l'expropriant offrait de le laisser en jouissance des lieux loués (Req., 16 avril 1862, D. P. 62.1.300, S. 62.1.721).

2° Le droit du preneur est opposable aux tiers, *sans qu'il soit nécessaire que le preneur se trouve en possession* lors de l'acquisition de l'immeuble. Cette solution communément admise ne laisse pas d'être dangereuse, car elle expose le tiers acquéreur aux surprises résultant des baux clandestins; l'enregistrement, seule condition exigée pour les baux de moins de dix-huit ans, n'étant pas un procédé de publicité, mais une simple garantie contre la fraude de l'antidate. On remarquera que le Code civil allemand

1. A l'inverse du bail, la simple promesse unilatérale de bail consentie par le propriétaire d'un immeuble n'est pas opposable à l'acquéreur, car l'article 1743 est un texte exceptionnel.

(art. 571) exige une prise de possession effective du preneur. Et il est vraisemblable que les rédacteurs du Code n'ont pensé qu'à cette hypothèse (argument du mot *expulser* dans l'article 1743).

3° Que décider pour les autres obligations du bailleur et aussi pour ses droits à l'égard du preneur ? Ici, le Code civil allemand (art. 571) contient cette règle de principe que le tiers acquéreur est subrogé aux droits et obligations du bailleur résultant du bail ou s'y rattachant. Ainsi (art. 572), il a le droit d'exiger du preneur les sûretés promises au bailleur, si elles n'ont pas encore été fournies. Il est fait exception seulement pour la créance du bailleur correspondant aux loyers en retard, et pour sa dette afférente à des troubles apportés à la jouissance du preneur antérieurement à la vente, lesquelles créance et dette échappent à cette subrogation. Nous croyons que ces diverses solutions doivent être admises en Droit français, parce qu'elles sont conformes à l'intention probable des parties dans l'accord de volontés sous-entendu entre bailleur et acheteur lors de la vente (V. Req., 25 avril 1893, D. P. 93.1.287, S. 93.1.464).

Conséquences du caractère personnel du droit du preneur. — 1° Le droit du preneur n'étant pas un droit réel, sa créance *n'est point privilégiée* à l'encontre des autres créanciers du bailleur. Ceci dit, on signale communément, à titre d'exception au principe, la règle de l'article 684 du Code de procédure civile, d'après lequel les baux qui ont acquis date certaine avant le commandement, doivent, en cas de saisie immobilière, être respectés par le saisissant, ce qui constitue, dit-on, un véritable droit de préférence. Nous croyons qu'il faut écarter cette manière de voir. L'idée d'une contribution au marc le franc entre le preneur et les autres créanciers du bailleur est de prime abord inadmissible, par cette simple raison que la contribution suppose des créances portant toutes sur des prestations pécuniaires. Au contraire, les obligations de faire ou de ne pas faire (et celle du bailleur en est une) échappent, par la force des choses, à la loi du concours. Qu'on suppose un commerçant tenu d'une obligation de ne pas faire et tombant en faillite. Son obligation subsistera intégralement. Voilà donc un créancier qui recevra satisfaction intégrale, alors que les créanciers d'argent se trouveront réduits à un dividende. Il n'y aura là cependant nulle atteinte au principe de l'égalité entre les créanciers formulé dans l'article 2093. On peut expliquer de même, croyons-nous, la disposition de l'article 684 du Code de procédure civile. Supposons un bail inexécuté qui s'est résolu, au profit du preneur, en dommages-intérêts. Il est clair que, dans ce cas, le preneur, subira la loi du concours avec les autres créanciers du bailleur insolvable. Il y échappe, au contraire, lorsqu'il reste créancier d'une prestation non pécuniaire, et cela sans qu'on puisse dire qu'il bénéficie d'un véritable droit de préférence.

2° Le droit du preneur, n'étant qu'un droit de créance, n'est point, en dehors de l'exception de l'article 1743, opposable aux tiers. Cependant la Jurisprudence et la loi elle-même apportent de notables tempéraments à cette idée.

A. — Supposons que le preneur soit troublé dans sa jouissance par les agissements d'un tiers tenant ses droits du même auteur. Par exemple, c'est un autre locataire, agissant en vertu d'un bail postérieur, qui voudrait se mettre en possession, ou bien c'est le locataire d'un autre local qui prétend y exercer un commerce similaire à celui du preneur, alors que le bailleur s'était engagé expressément ou implicitement envers celui-ci à ne louer à aucun concurrent. En logique pure, on devrait décider que le preneur n'a point d'action contre l'auteur du trouble, et ne peut que s'adresser au bailleur pour le faire cesser. Cependant, la Jurisprudence admet volontiers que le preneur peut agir directement contre l'auteur du trouble, l'expulser au besoin. Et certaines décisions esquissent à ce propos une théorie singulière consistant à faire du droit du preneur un droit de nature *mixte*, droit de créance à l'égard du bailleur, droit réel à l'égard des tiers (Trib. Seine, 20 juin 1901, D. P. 1902.2.379).

B. — Supposons que le preneur soit troublé par les agissements d'un tiers qui n'invoque aucun acte passé avec le propriétaire, par un simple usurpateur en un mot. Va-t-il être investi à son encontre de la protection possessoire ? Oui, répond le Code civil allemand (art. 854, 858 et s.). Chez nous, on a déjà vu (t. 1er, p. 1002) que la Jurisprudence lui dénie l'action en *complainte*, mais lui accorde l'action *en réintégrande*, en cas de trouble violent ou de voie de fait (Civ., 4 juin 1904, D. P. 1904.1.475, S. 1905.1.93).

C. — La loi elle-même (art. 1725) nous dit que le bailleur ne garantit pas le preneur contre le trouble de fait. C'est à lui à le faire cesser. Toutefois, il y a dans la Jurisprudence un certain flottement quant à l'application du principe, voire même des contradictions. Dans une hypothèse où un locataire avait subi l'écroulement de l'immeuble loué, par suite de l'effondrement d'un mur mitoyen, dû à la faute personnelle de l'architecte et de l'entrepreneur, la cour de Nancy a dénié au locataire le droit de rien réclamer à son bailleur, le renvoyant à poursuivre les auteurs responsables du dommage (Nancy, 10 novembre 1900, D. P. 1901.2.417) et, sur pourvoi, la Cour de cassation a confirmé cet arrêt (Civ., 16 juillet 1903, 2e espèce, D. P. 1904.1.83). En revanche, le locataire d'un cantonnement de pêche dans la Seine, locataire de l'Etat, voyant disparaître le poisson par suite de l'installation du Tout à l'égout effectuée par la ville de Paris, s'est vu accorder par la cour de Paris le droit d'actionner solidairement et tout à la fois la Ville, auteur du trouble, et l'Etat son bailleur (Paris, 29 novembre 1895, D. P. 96.2.8).

3° Le droit du preneur est un *droit mobilier*, d'où les conséquences ci-après :

A. — Il peut être donné en gage sous la condition d'observer les formes prescrites par l'article 2075 pour le nantissement des créances.

B. — Si le locataire institue deux légataires, l'un des immeubles, l'autre des meubles, c'est le second qui héritera du droit au bail.

C. — Si le locataire se marie sous le régime de communauté, le droit au bail tombera, comme meuble, dans la communauté.

D. — Si le droit au bail fait partie d'une constitution de dot, il est soumis au régime de la dot mobilière.

E. — Le tribunal compétent pour statuer sur les actions relatives à l'exécution du bail sera, puisqu'il s'agit d'actions personnelles mobilières, le tribunal du défendeur et non celui de la situation des lieux (Civ., 17 décembre 1867, D. P. 67.1.486, S. 68.1.26 ; 14 mai 1918, D. P. 1918.1.53).

4° La cession d'un bail étant une cession de créance ordinaire est soumise aux formalités de l'article 1690.

5° Le droit du preneur peut-il être *hypothéqué*? Non évidemment, et en cela seulement la solution législative qui eût consisté à en faire un *jus in re* eût présenté plus d'avantages pour les exploitants du sol. Rappelons que, cependant, la loi du 25 juin 1902, qui a réglementé le bail emphytéotique, confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque (art. 1er, al. 1).

6° Le droit au bail, à la réserve encore d'un bail emphythéotique, ne peut faire l'objet d'une *saisie immobilière*. Comment donc les créanciers du preneur pourront-ils réaliser la valeur que représente ce droit? Ici, il faut signaler une lacune de notre Code de procédure qui, pour la saisie des valeurs mobilières incorporelles, n'organise qu'une forme de saisie, la saisie-arrêt. Or, celle-ci n'est pas applicable en l'espèce, car elle ne concerne pas les obligations de faire au nombre desquelles il faut compter celle du bailleur. Voici comment cette lacune est comblée en pratique, notamment en cas de saisie d'un fonds de commerce. Après le procès-verbal de la saisie-exécution portant sur l'ensemble du mobilier, intervient, à la requête du saisissant, une ordonnance de référé prescrivant que le droit au bail sera compris dans la vente aux enchères consécutive à la saisie.

SECTION II. — Louage d'immeubles. — Règles communes au bail a ferme et au bail a loyer (art. 1714 a 1751).

§ 1. — Conditions de formation du bail.

L'étude de ces conditions se ramène au développement de deux idées maîtresses : 1° le bail est un acte de simple administration ; 2° le bail est soumis à des règles spéciales de preuve.

I. — Le bail est un acte de simple administration.

Première conséquence : Il est essentiellement temporaire. — Un bail perpétuel serait une aliénation. L'article 1709 a donc soin de nous dire que le bail est passé « pour un certain temps ». L'article 1er de la loi du 29 septembre 1790 fixe à 99 ans la durée maxima des baux, supprimant ainsi les locations perpétuelles ou quasi-perpétuelles de l'Ancien Régime. Cependant, le système de notre Droit actuel comporte deux observations.

1° Un bail perpétuel a survécu, le *bail à complant*. Son existence est reconnue par la loi du 8 mars 1898 qui — au moins dans ses travaux préparatoires — tranche une controverse antérieure en faisant du droit du preneur

à complant un droit simplement personnel comme celui de tout autre fermier (Poitiers, 24 février 1909, D. P. 1910.2.15, S. 1909.2.152). Le bail à complant, qu'on rencontre encore dans certaines régions du ressort de l'ancienne coutume du Poitou, en Aunis, en Vendée et dans le pays nantais, est une forme de location en vertu de laquelle le preneur ou *colon* reçoit la terre en prenant l'engagement de la planter en vignes, et la conserve tant que les vignes subsistent, en fournissant annuellement au bailleur une certaine portion de la récolte (Req. 11 février 1896, D. P. 96.1.239, S. 97.1.10). La loi précitée du 8 mars 1895 a, de plus, accordé aux colons certaines facilités pour la prolongation de leur bail en cas de destruction des vignes par le phylloxéra.

2° Nous avons parlé d'une durée pouvant atteindre 99 ans. Une location de cette longueur offre en général le caractère d'un *bail emphytéotique*, car on sait que la loi du 25 juin 1902 reconnaît l'existence de cette variété de louage et en fait résulter pour le preneur un droit réel. Le minimum de durée des baux emphytéotiques est de 18 ans. Est-ce à dire que tout bailleur d'un fonds de terre de 18 à 99 ans doive être réputé emphytéotique ? Non. A défaut de mention expresse, on décide du caractère de la location d'après l'intention vraisemblable des parties. Outre la longueur de l'amodiation, ce qui fera en général admettre qu'on se trouve en présence d'un bail emphytéotique, ce sera l'obligation imposée au preneur d'améliorer et la modicité de la redevance (V. Paris, 17 mai 1922 Gaz. Pal. 11 juillet 1922).

Deuxième conséquence : Capacité ou pouvoir nécessaire pour passer un bail. — De ce que le bail est un acte de simple administration, il résulte que les administrateurs des biens d'autrui, légaux, conventionnels ou de fait, ont pouvoir de donner à bail. C'est ce que la loi décide pour le mari (art. 1429-1430), pour le tuteur (art. 1718), pour l'usufruitier (art. 595), pour l'acquéreur à pacte de rachat (art. 1673). De même, le mineur émancipé (art. 481), et, par analogie, la femme séparée de biens peuvent également donner à bail leurs immeubles.

Mais ne faut-il pas, à l'exemple de l'ancien Droit, réserver cette solution pour les baux inférieurs à neuf ans seulement ? Il est certain que de nombreuses dispositions de notre Code semblent se référer à cette distinction (V. art. 1429, 1430, 1718, 481, 595). Cependant, notre Droit n'a pas reproduit la règle ancienne. Les baux de plus de neuf ans sont, comme ceux de moindre durée, des actes d'administration. Toutefois, comme la durée trop longue d'une location, lorsqu'elle est établie par un mandataire, risquerait de constituer une gêne excessive pour le propriétaire redevenu maître de ses droits, la loi apporte aux pouvoirs des administrateurs certaines limitations. Et voici où va se manifester la différence entre le point de vue du Code civil et celui de l'ancien Droit, qui faisait des baux supérieurs à neuf ans des actes de disposition.

1° La sanction des baux d'une durée excessive n'est point la *nullité*, mais la *réductibilité*. Si donc un mineur émancipé, si une femme séparée de biens louent leurs immeubles pour plus de neuf ans le bail est, non pas

annulable mais seulement réductible à neuf ans. Et, lorsqu'il s'agit d'actes passés par des administrateurs de la fortune d'autrui, la réduction ne peut être demandée qu'après le moment où le propriétaire redevient maître de ses droits. Ainsi, ni le mari ni le tuteur ne pourraient la faire prononcer durant le mariage ou la tutelle (Req., 7 février 1865, S. 65.1.57). Et l'acquéreur du bien ainsi loué ne pourrait, lui aussi, demander la réduction du bail qu'après la majorité ou la dissolution du mariage de son vendeur.

2° La limitation à neuf ans doit se restreindre aux cas où la loi le dit formellement (mari, tuteur, usufruitier). Mais l'*absent* ne peut faire réduire les baux de plus de neuf ans passés par l'envoyé en possession provisoire; l'*acheteur à réméré* ne peut pas davantage faire réduire les baux passés par le vendeur *pendente conditione*. La seule protection que la loi leur accorde est celle du droit commun contre les actes frauduleux (V. art. 1673 *in fine*). Si le bail trop long paraît frauduleux, ils pourront non le faire *réduire*, mais le faire *annuler*. Et d'ailleurs, le même droit appartient au propriétaire pour les baux frauduleux même de moins de neuf ans passés par l'administrateur de ses biens.

3° Quand il s'agit non de *donner*, mais de *prendre* à bail, il n'y a pas de limitation de durée. Tous les administrateurs de la fortune d'autrui et tous les incapables à capacité limitée peuvent conclure, comme preneurs, des baux sérieux et sans fraude, de quelque longueur que ce soit. Il n'y a, à cette règle, qu'une exception. Elle concerne la faculté de réduction des engagements excessifs du mineur émancipé (art. 484, 2e al.).

II. -- Le bail est soumis à des règles de preuve spéciales.

Le bail n'est astreint à aucune forme extérieure. Il ne nécessite pas la rédaction d'un écrit. Mais la loi, d'une façon générale, exclut, en ce qui le concerne, l'emploi de la preuve testimoniale (et par conséquent des présomptions simples qui vont toujours de pair avec la preuve testimoniale). Cette rigueur quant à la preuve tient à deux raisons. La loi a voulu écarter ici la procédure de l'*enquête*, d'abord, pour éviter les lenteurs dans une matière où, comme on l'a dit au Tribunat, en pensant aux baux à ferme, « tout est urgent »; ensuite, pour économiser des frais importants à des parties souvent peu aisées. Ici plus qu'ailleurs, on peut répéter le mot de Loysel « Fol est qui se met en enqueste ». Malheureusement, les articles 1715 et 1716, relatifs à cette question, ont été si médiocrement rédigés, qu'ils prêtent à mainte difficulté.

1° En premier lieu, l'article 1715 suppose que *le bail passé sans écrit n'a reçu encore aucun commencement d'exécution*, et « que l'une des parties le nie » (ce qui est contesté c'est donc l'existence même du bail). Il décide que, dans ce cas, « la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique que soit le prix », pas même, par conséquent, s'il s'agit d'une contestation inférieure à 500 francs, et quand bien même il y aurait eu des arrhes données.

La loi ne parle pas du cas où il y aurait *commencement de preuve par*

écrit. Mais logiquement, on doit décider que cette circonstance ne rend pas admissible la preuve testimoniale, pas plus que ne le ferait la rédaction d'une preuve écrite irrégulière (par exemple, celle d'un acte dressé en un seul original). Si la loi exclut la preuve testimoniale au-dessous de 150 francs, *a fortiori* l'exclut-elle pour des baux plus importants. C'est en ce sens que la Jurisprudence s'est fixée (Req., 28 juin 1892, D. P. 92 1.407, S. 92.1.417).

On aperçoit sans peine la différence qu'il y a entre le système de la loi consistant à n'exiger un écrit que *quoad probationem*, et un système qui aurait fait du bail un acte solennel dans lequel un écrit eût été requis *quoad substantiam*. Dans ce second système, l'absence d'un titre écrit ne pourrait jamais être suppléée. Dans celui du Code, l'absence d'un écrit peut, conformément au droit commun, être suppléée par l'*aveu* et le *serment*. Mais la portée de cette solution donne lieu à des précisions parfois assez délicates.

A. — La loi nous dit elle-même (art. 1715, al. 2) que « le *serment* peut être déféré à celui qui nie le bail ». Deux difficultés ont été soulevées.

a) Le serment ne pourrait-il être déféré à celui qui *affirme* le bail? nous avouons ne pas apercevoir de bonnes raisons qui permettent de répondre négativement.

b) La loi parle du serment *décisoire* intervenant au gré des parties. Elle ne dit rien du serment *supplétoire*. Nous croyons que son silence l'exclut. De deux choses l'une. Ou un écrit est produit, et le juge n'a pas besoin de faire prêter ce serment. Ou il n'y a pas d'écrit, et alors il ne saurait dépendre du juge de recourir à un procédé qui n'est admis par la loi qu'à titre d'appoint parmi les éléments de sa conviction (V. ci-dessus, p. 250).

B. — De l'*aveu* la loi ne parle pas *in terminis*. Mais nous avons dit qu'on doit cependant l'admettre à suppléer l'absence de preuve écrite. La question ne se pose naturellement que pour l'aveu *judiciaire*. Il s'agit pratiquement de savoir si l'on ne pourrait recourir à la procédure de l'*interrogatoire sur faits et articles* et, par application de l'article 330 du Code de procédure, permettre au juge de tenir pour avoué le fait sur lequel la partie interrogée aurait refusé de répondre.

La Jurisprudence se prononce pour l'affirmative (Req., 26 janvier 1885, D. P. 85.1.234, S. 85.1.109). Et nous croyons qu'elle a raison. Du moment que la loi admet le serment comme élément de conviction, elle doit *a fortiori* admettre l'aveu qui est singulièrement plus probant. Ajoutons que, d'après les termes qu'il emploie, l'article 1715, excluant l'emploi des preuves autres que l'écrit, ne s'applique que « si l'une des parties nie le bail ». Lorsqu'il y a aveu de cette partie, cette condition ne se retrouve plus : le droit commun reprend donc alors son empire.

2° L'artice 1716 suppose, en second lieu, que le bail non rédigé par écrit *a reçu un commencement d'exécution* (ou, ce qui revient au même, que le bail est avoué quant à son existence) et qu'il y a contestation seulement pour les conditions de prix, de durée, etc... Il décide que, s'il n'existe pas de quittance, le propriétaire sera cru sur son serment, « si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ».

Ce texte donne lieu à diverses difficultés ; mais, tout d'abord, il faut remarquer que, lorsque l'existence même du commencement d'exécution est contestée, la Jurisprudence repousse, avec raison, l'opinion d'après laquelle la preuve testimoniale pourrait ici intervenir : il serait par là trop commode de tourner la règle de l'article 1715. Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à application de l'article 1716, que le commencement d'exécution ne soit pas dénié, ou, tout au moins, qu'il résulte de faits faciles à établir sans enquête, c'est-à-dire d'une *occupation effective* (Req., 17 janvier 1894, D. P. 94.1.127, S. 94.1.136). Ceci dit, nous distinguerons suivant les points du bail qui peuvent prêter à contestation.

A. — Est-ce *le prix* qui est contesté (hypothèse la plus fréquente), la loi organise trois ordres de preuves, subsidiaires les unes des autres, sans préjudice de l'*aveu* et du *serment décisoire* qui, bien entendu, auront toujours leur valeur, le cas échéant.

a) Tout d'abord si l'on peut produire des *quittances* de termes déjà versés, elles feront foi, car elles équivalent à un aveu des deux parties.

b) A défaut de quittance, le propriétaire sera *cru sur son serment*. Est-ce là une nouvelle manifestation de l'esprit bourgeois si souvent reproché au Code civil, une *loi de classe* analogue à l'article 1781 (aboli par la loi du 2 août 1868) qui, en cas de contestation sur le salaire, attachait une présomption de vérité aux affirmations de l'employeur ? Non pas. Ce qui explique notre disposition, c'est que, le bail étant par hypothèse commencé, et à moins que la contestation ne se produise avant le paiement du premier terme, il y a eu sans doute des termes payés. Pourquoi le locataire ne produit-il pas les quittances qu'il doit avoir en mains, et qui feraient preuve du prix de la location ? Son attitude ne fait-elle pas présumer sa mauvaise foi ? D'ailleurs le locataire a toujours la ressource d'adopter le parti suivant :

c) Il peut, s'il ne veut pas s'en remettre au serment du bailleur, provoquer une *expertise*. La loi ajoute qu'en ce cas, le preneur sera tenu d'en payer les frais, si l'expertise fait ressortir un prix qui dépasse celui qu'il alléguait avoir été convenu. Que si le locataire provoquait l'expertise sans fixer aucun prix, il appartiendrait au juge de statuer sur les frais conformément aux règles du droit commun (Req., 26 décembre 1899, D. P. 1900.1.126, S. 1901.1.353).

B. — On peut supposer que la contestation élevée entre les parties porte sur d'*autres conditions* du bail commencé, par exemple, sur la durée, sur l'existence d'une clause de résiliation ou d'une convention relative aux réparations. Ici, la loi est muette. Et ce silence a donné lieu à une controverse. Comment se fera la preuve ? On n'a pas émis sur ce point moins de cinq opinions différentes. La plus raisonnable, à notre avis, consisterait à dire que le droit commun est applicable. Donc, la preuve testimoniale et les présomptions simples seraient admises au-dessous de 150 francs, et au-dessus de ce chiffre, quand il y aurait commencement de preuve par écrit. Cependant, la Jurisprudence est en sens contraire et rejette toute preuve testimoniale (Civ., 28 juillet 1908, D. P. 1908.1.461, S. 1909.1.381). C'est

d'ailleurs une hypothèse très rare, car, pour déterminer le chiffre de la contestation, il ne suffit pas de s'attacher au loyer d'une année ; il faut additionner ceux de toutes les années pendant lesquelles devrait durer le bail prétendu.

Exceptions au principe de la nécessité d'une preuve écrite. Tacite reconduction. — Les règles que nous venons de voir comportent diverses exceptions :

1° Elles n'ont trait qu'au louage d'immeubles *et non à celui de meubles.*

2° Elles ne s'appliquent pas davantage lorsqu'il y a lieu de prouver le bail non *inter partes*, mais *à l'égard des tiers*. Supposons, par exemple, qu'un créancier pratique une saisie-brandon sur les terres de son débiteur. Il voit surgir un occupant qui revendique la récolte en se prétendant fermier. Les articles 1715, 1716 ne seront pas applicables. La preuve se fera d'après les règles du droit commun.

3° L'exception enfin la plus remarquable est celle qui résulte de la *tacite reconduction*.

Cette variété de *bail tacite* se produit lorsque, *un bail ayant été passé pour une durée déterminée* et étant arrivé à expiration, *le preneur est resté et a été laissé en possession des biens loués*. Dans ce cas, d'après l'intention probable des parties, *la loi présume qu'il y a un bail nouveau pour une durée indéterminée et, pour le surplus aux mêmes conditions que l ancien bail écrit* (art. 1738, 1739, 1759). C'est la tacite reconduction.

Reprenons les diverses propositions contenues dans la formule ci-dessus :

A. — Nous disons que *la loi présume*. Il n'y a là qu'une interprétation de la volonté probable des parties, qui est même écartée en matière de baux emphytéotiques (L. 23 juin 1902, art. 1 *in fine*), et qui, dans tous les autres cas, cède naturellement devant l'expression d'une volonté contraire de la part des deux parties ou de l'une d'elles. Ainsi, le preneur qui resterait en possession malgré l'opposition du bailleur, ne serait plus qu'un occupant sans titre, un usurpateur.

Comment se manifeste cette volonté de ne pas laisser se produire une tacite reconduction ? Pratiquement par un *congé* (art. 1739), acte unilatéral par lequel l'une des parties fait connaître à l'autre son intention de ne pas renouveler le bail. Le congé destiné à éviter la tacite reconduction n'a besoin d'être donné qu'*avant l'expiration du premier bail* ; il peut même l'être aussitôt après cette expiration, pourvu que ce soit avant que l'occupant ait assez prolongé sa maintenue sans opposition pour faire présumer la tacite reconduction.

Notons que cette faculté de congédiement brusque peut avoir des inconvénients pour un bailleur ou un preneur qui pouvait escompter la tacite reconduction, et se trouve ainsi subitement privé de locataire ou d'habitation. Particulièrement, en matière de baux à ferme, il serait bon qu'un certain délai de prévenance, de six mois par exemple, fût requis pour ce congé comme pour celui de l'article 1736 qui vise le cas de bail a durée indéterminée.

Il convient d'ajouter que, si le congé est le mode normal de dénonciation du bail, on admet en général que la tacite reconduction est écartée par toute manifestation de volonté quelconque, même non portée à la connaissance de l'autre partie, par exemple, par le fait que le bailleur a loué à un autre, ou que le locataire a pris à bail un autre immeuble. Cette solution, que semble imposer le silence de la loi en cette matière, ne peut que renforcer la portée de notre observation précédente.

B. — Le nouveau bail, en cas de tacite reconduction, est présumé consenti *aux mêmes prix et conditions* que l'ancien (art. 1759). Ainsi, on ne saurait prétendre qu'étant donné qu'il y a bail commencé, on se trouve sous l'empire de l'article 1716, et que les conditions du bail seront, à défaut de quittance, déterminées par le serment du bailleur ou par l'expertise. L'article 1716 ne s'applique pas lorsque le bail non écrit en cours a été précédé d'un bail écrit. Dans ce cas ce sont les conditions du bail ancien qui font loi.

C. — Toutefois, le nouveau bail est considéré commme passé *pour une durée indéterminée*. Il devra donc prendre fin en conformité de l'article 1736, c'est-à-dire au moyen d'un congé signifié avec observation des délais de prévenance fixés par l'usage des lieux (V. art. 1759 et pour les baux ruraux art. 1779 ; cf. p. 551). Vainement l'une des parties prétendrait-elle que le bail nouveau a été passé pour une durée déterminée, et demanderait-elle, en produisant un commencement de preuve par écrit, à en faire la preuve par témoins. Une telle prétention a toujours été repoussée. Un bail à durée déterminée ne peut se prouver que par écrit (Alger, 7 juin 1889, D. P. 1901.2.45).

D. — Enfin, nous avons dit, quoique le point soit contesté, qu'après la tacite reconduction, il y a *bail nouveau*, distinct de l'ancien (V. notes de M. Esmein, S. 1900.1.17 et Demogue, S. 1911.2.129). Voici les conséquences qui en découlent :

a) Si le premier bail, étant authentique, avait force exécutoire, le nouveau n'en sera pas muni ; et le bailleur, s'il est dans la nécessité d'exécuter le preneur, devra prendre un jugement contre lui.

b) Pour que la tacite reconduction puisse se produire, il est nécessaire que, au moment de la maintenue de l'occupant en possession, les deux parties soient respectivement capables, l'une de donner et l'autre de prendre à bail.

c) Les garanties du premier bail ne passent pas au nouveau. L'article 1740 consacre cette solution en ce qui concerne la caution qui, nous dit-il, est libérée. Il faut en décider de même pour les garanties réelles qui auraient pu être constituées au profit du bailleur par le premier bail ; elles disparaîtront lors du nouveau.

Cependant, il a été jugé que, si le propriétaire avait exigé, dans le bail écrit passé par un mari, l'engagement solidaire de la femme, les deux époux resteraient tenus solidairement en cas de tacite reconduction (Civ., 26 octobre 1898, D. P. 99.1.129, S. 99.1.444). C'est qu'on n'a pas ici considéré la solidarité comme une simple *garantie*, ce qu'elle est bien cependant en fait, mais comme une *condition* du premier bail ; dès lors, elle devait être maintenue dans le nouveau, aux termes de l'article 1759.

§ 2. — Obligations du bailleur.

Aux termes de l'article 1719, elles sont au nombre de trois : *délivrer*, *entretenir*, *garantir*.

1° **Obligation de délivrance.** — Le propriétaire doit délivrer la chose au preneur *en bon état* et *avec tous ses accessoires*.

« *En bon état de réparations de toute espèce* », dit l'article 1720, al. 1er. On se souvient qu'au contraire l'usufruitier prend la chose telle qu'elle est. Si le propriétaire remet au locataire l'immeuble en mauvais état, celui-ci peut, soit le contraindre à y faire les réparations nécessaires, soit demander la résiliation, soit retenir les loyers jusqu'à la mise en état. Que s'il préfère accepter la chose telle quelle, il fera dresser un *état de lieux*, faute de quoi il sera, à la fin du bail, réputé avoir reçu la chose en bon état.

Avec tous ses accessoires. — Ainsi, le locataire a droit à la jouissance de la cour de l'immeuble, des escaliers, aussi bien de l'escalier d'honneur que de l'escalier de service ; le propriétaire ne saurait interdire l'accès de la cour intérieure à la voiture ou à l'automobile du preneur, etc.

Le droit de chasse ou de pêche est-il accessoire de la chose louée ? Nous croyons que non. En dehors d'une stipulation formelle du concédant au preneur, le bailleur est censé se l'être réservé (Grenoble, 6 juillet 1910, D. P. 1912.2.88). La loi du 18 juillet 1889 consacre expressément cette solution pour le bail à colonat partiaire (art. 5, al. 2). Au contraire, la loi du 25 juin 1902 sur le bail emphytéotique (art. 12) confère le droit de chasse au preneur. Mais celui-ci est, on le sait, investi d'un droit réel.

La *surface d'affichage* des murs de la maison appartient-elle au locataire ? Il y a sur ce point une jurisprudence contradictoire, et la Cour de cassation répond que c'est au juge à apprécier souverainement l'intention des parties (Req., 11 février 1907, D. P. 1908.1.276, S. 1908.1.326). Nous croyons qu'il faut distinguer. S'agit-il de la surface du mur de façade, le locataire doit être réputé en avoir la jouissance. Le propriétaire n'aura donc pas le droit de le faire servir à l'affichage industriel ; le locataire aura, au contraire, le droit de s'en servir pour sa propre industrie et même d'en exploiter la surface pour une autre publicité, s'il n'y a pas d'obstacle à cette utilisation résultant du contrat ou de la nature des lieux loués, c'est-à-dire d'une convention implicite. S'agit-il d'un pignon resté à découvert, le locataire n'y a aucun droit d'affichage. Souvent d'ailleurs le propriétaire n'en aura pas non plus, la surface étant en général mitoyenne et un des copropriétaires n'ayant, dès lors, pas le droit d'en disposer seul à son gré.

2° **Obligation d'entretien.** — Ici encore, il y a une différence considérable entre le preneur et l'usufruitier. Celui-ci ne peut pas forcer le nu-propriétaire à entretenir. Au contraire, le preneur peut exiger les réparations nécessaires pour l'usage de la chose (art. 1720, al. 2), en employant, au cas d'urgence, la procédure du référé, et au besoin, se faire autoriser par la justice à effectuer lui-même les réparations, par application de l'ar-

ticle 1144. C'est que le nu-propriétaire *laisse jouir* l'usufruitier ; il ne lui doit rien. Au contraire, le bailleur doit *procurer la jouissance* de la chose au preneur. Donc, il doit réparer la chose, quelle que soit la cause de la dégradation subie, fût-ce un cas fortuit ou un cas de force majeure tel qu'une inondation.

On a discuté le point de savoir si le preneur, au cas où le bailleur ne fait point les réparations d'entretien nécessaires, aurait le droit de *suspendre le paiement* des loyers. On l'a contesté, en invoquant les principes de la compensation. L'obligation du propriétaire, étant une obligation de faire non liquide, ne peut se compenser, a-t-on dit, avec la dette du locataire, dette liquide de somme d'argent. C'est, croyons-nous, confondre la compensation et l'exception *non adimpleti contractus*. C'est cette dernière exception qui permettra, croyons-nous, au preneur de se refuser au paiement de ses termes jusqu'à l'exécution des travaux nécessaires. Or, l'exception *non adimpleti contractus* suppose simplement des obligations même non liquides, même d'une nature différente, mais qui se rattachent à une même opération et offrent un caractère de corrélation.

L'obligation d'entretien du propriétaire est limitée à deux égards :

A. — La loi met à la charge du preneur certaines réparations, celles qu'on appelle *locatives* (art. 1720, al. 2, *in fine*).

B. — Le bailleur est tenu de réparer, mais non de *refaire*, de *reconstruire*, lorsque la chose a été *perdue*, c'est-à-dire détruite (à moins que ce ne soit par son fait).

3° Obligation de garantie. — Le bailleur doit garantir le preneur : A contre les vices de la chose ; B contre le trouble apporté à sa jouissance.

A. — Les *vices* dont le bailleur doit la garantie sont ceux qui empêchent la chose de servir à l'usage pour lequel elle est destinée (art. 1721). Par exemple, un appartement est infesté de punaises ; une loge de théâtre contient une place sur quatre, d'où il est impossible de rien apercevoir sur la scène ; les cheminées d'un appartement sont construites de telle sorte que lorsqu'on y introduit des appareils de chauffage à combustion lente, elles dégagent des émanations délétères. L'article 1721 porte que le bailleur doit garantir le preneur contre ces vices, quand même il ne les aurait pas connus lors du bail. Mais il ne nous dit pas en quoi consiste la garantie, sans doute parce que, dans la pensée du législateur, il faut appliquer ici les solutions du droit commun en matière de garantie, c'est-à-dire que le preneur peut demander la *résiliation du bail*, si la chose est tout à fait impropre à l'usage, et une *réduction du loyer*, si le vice allégué ne fait que diminuer sa valeur d'utilisation.

On remarquera qu'en outre de cette sanction, le bailleur est tenu de dommages-intérêts envers le preneur, si les défauts de la chose lui ont occasionné quelque perte (art. 1721, al. 2), et cela quand bien même le bailleur aurait été de bonne foi, c'est-à-dire aurait ignoré le vice de la chose en la donnant à bail. Au contraire, en matière de vente, le vendeur, garant des vices, n'est tenu de dommages-intérêts que s'il les a connus (art. 1645, 1646). Il est dif-

ficile de donner de bonnes raisons de cette différence, consacrée aujourd'hui définitivement par la Jurisprudence (Req., 23 juin 1874, S. 75.1.120).

Naturellement, la garantie des vices peut être écartée par la convention contraire. Et il y a exclusion tacite lorsque les vices résultent de la situation naturelle de la chose que le preneur n'a pas pu ignorer. Par exemple, le locataire d'un appartement situé sur un quai ne saurait se plaindre si ses caves sont inondées en cas de crue du fleuve. En revanche, nous ne croyons pas qu'il y ait forcément exclusion implicite de la garantie, lorsque le vice étant tout accidentel, a été, en fait, connu du preneur ; en effet, celui-ci pouvait, en louant, s'attendre à ce que le bailleur fit disparaître ce vice.

B. — La garantie contre le *trouble* comprend plusieurs hypothèses :

a) Le bailleur est d'abord garant de *son fait personnel*, aussi bien du *trouble de fait* que du trouble de droit qu'il commettrait contre la jouissance du preneur. Il y a une application de cette idée dans l'article 1723, où nous lisons que « le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée ». Pas plus que la forme matérielle, le bailleur ne pourrait changer la destination. Ainsi, le bailleur qui a loué *bourgeoisement* n'aurait pas le droit, si le locataire d'une partie de l'immeuble s'y oppose, de consacrer l'autre partie à une location industrielle ou commerciale (Paris, 5 juillet 1910, S. 1911.2.214). De même, le propriétaire n'aurait pas le droit d'installer à côté du locataire une exploitation gênante ou immorale, ni de faire concurrence à l'industrie du preneur en exploitant lui-même ou en faisant exploiter à son profit une industrie rivale ou similaire (Req., 28 octobre 1895, D. P. 96.1.500, S. 96.1.293). Quant au droit de louer un local voisin à un concurrent du locataire, on doit décider que le bailleur le perd uniquement dans le cas où une clause spéciale du bail (très fréquente en fait) le lui interdit, et dans celui où cette commune intention des parties ressort des circonstances (Civ., 6 novembre 1867, D. P., 68.1.120 ; Paris, 11 janvier 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.1.227).

La prohibition faite, au bailleur de troubler la jouissance du preneur, soit en fait, soit en droit, comporte cependant des limites. L'obligation du bailleur ne peut le contraindre à laisser dépérir la chose louée. Aussi, l'article 1724 décide-t-il que les *réparations urgentes* à faire à l'immeuble devront être souffertes par le preneur, quelque incommodité qu'elles lui causent, pourvu qu'elles n'entraînent qu'une perte de jouissance partielle et durent moins de 40 jours. Le preneur n'aura le droit de demander la résiliation que dans deux cas : si la privation de jouissance est totale ; si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille (art. 1724, al. 3). En outre, lorsque les réparations urgentes dépassent 40 jours, il peut exiger une diminution de loyers proportionnelle au temps et à la partie de la chose dont il a été privé (art. 1724, al. 2). Ajoutons que l'article 1724 vise les réparations et non les *démolitions* ou *réfections*. Ainsi, le bailleur ne pourrait, sans s'exposer à la résiliation, troubler la jouissance du locataire en surélevant la maison d'un étage (Cf. Bordeaux, 26 juillet 1831, S. 44.2.79 en note).

b) Lorsqu'il s'agit du trouble *venant d'un tiers*, la loi (art. 1725, 1726, 1727) reprend ici la distinction, déjà rencontrée en matière de vente, du

trouble de fait et du *trouble de droit*. Le bailleur ne doit pas la garantie du *trouble de fait* : c'est au preneur à le faire cesser lui-même. Au contraire, garantie est due du *trouble de droit*, pourvu que le preneur ait eu soin de le dénoncer en temps utile au bailleur. Celui-ci devra alors, suivant les cas, prendre fait et cause pour le preneur, et, si l'éviction ne peut être évitée, l'indemniser. On a parfois prétendu que le trouble causé par un *acte administratif*, notamment par l'exécution d'un travail public, tel que l'exhaussement d'une rue, devait être assimilé à un trouble de fait, et que, dès lors, aucune indemnité correspondante à la diminution de jouissance ne serait due par le bailleur. Nous croyons cette opinion erronée. Un acte administratif régulier n'est pas *une voie de fait*, c'est un fait du prince, un *cas de force majeure*. Ce n'est donc pas l'article 1725 qu'il y a lieu d'appliquer, mais l'article 1721, et ce texte, on l'a vu, impose la responsabilité de la force majeure au propriétaire (V. Paris, 30 décembre 1904, sous Req., 15 janvier 1906, D. P. 1906.1.379).

Il faut mettre à part le cas où le trouble résulte d'une *expropriation* pour cause d'utilité publique. Il résulte des articles 21, 23, 29 de la loi du 3 mai 1841 que, dans ce cas, une indemnité spéciale est versée aux preneurs. Le propriétaire est tenu de faire connaître ses locataires à l'Administration dans la huitaine de la notification à lui adressée du jugement d'expropriation. Faute de cette dénonciation, il resterait seul responsable du trouble en face du preneur évincé.

§ 3. — Obligations du preneur.

Elles sont au nombre de cinq : 1° User correctement de la chose ; 2° Payer le loyer ; 3° Faire les réparations locatives ; 4° Restituer la chose à l'expiration du contrat ; 5° Veiller à sa conservation pendant la durée du bail.

1° Obligation d'user correctement. — Le preneur doit (art. 1728, al. 1er), « user de la chose en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ». Il faut reprendre les différents termes de cette formule.

D'abord, le preneur doit *user* de la chose. Il ne doit pas la laisser sans emploi, en friche si c'est une ferme, inexploitée si c'est un fonds de commerce. En effet, cette abstention serait dommageable au propriétaire. Même s'il s'agit d'un local d'habitation, le preneur ne sera dispensé d'habiter que s'il justifie avoir pris les mesures propres pour assurer la conservation de l'immeuble en bon état (Paris, 28 août 1873, D. P. 74.2.159, S. 73.2.256).

Le preneur doit user et jouir en *bon père de famille*, c'est-à-dire sans dégrader la chose, sans troubler la tranquillité des voisins par des installations insolites, dangereuses, incommodes. A cet égard, il y a lieu de tenir compte des époques et d'appliquer le critérium de la normalité. Telle installation, celle du gaz acétylène, par exemple, qui pouvait paraître anormale au début, cessera de l'être et deviendra licite pour le locataire, à partir du

moment où ce procédé d'éclairage aura acquis les perfectionnements et les garanties de sécurité nécessaires.

Le preneur doit user de la chose *suivant sa destination*, telle qu'elle résulte du bail ou des circonstances, par exemple, s'abstenir d'exploiter un commerce ou une industrie dans un local loué bourgeoisement (Chambéry, 29 décembre 1908, D. P. 1912.2.176). On ne saurait ici relater les multiples applications du principe qu'on rencontre en Jurisprudence. Voici une espèce intéressante. Y a-t-il eu jouissance de la chose suivant sa destination lorsque le locataire d'une chambre dans un hôtel meublé s'y est fait soigner d'une maladie contagieuse ou y est mort ? Il ne s'agit pas d'examiner le point de savoir si l'expulsion du malade serait possible ; à cet égard, la question de droit se complique d'une question d'humanité. Mais le voyageur sera-t-il forcé, lui ou sa famille, de payer des dommages-intérêts à l'hôtel, en raison du préjudice causé par la maladie ou par la mort (éloignement de la clientèle, mesures de désinfection, etc...) ? La Jurisprudence paraît contradictoire (V. note de M. Boistel, D. P. 96.2.340). Nous croyons qu'il faut distinguer. En général, ce n'est pas user d'une chambre d'hôtel suivant sa destination que d'aller y soigner une maladie contagieuse ou y mourir. Cependant, la solution contraire devrait être admise, s'il s'agissait d'un hôtel installé comme *sanatorium*, ou simplement d'un hôtel exploité dans une région qui, par sa situation climatérique, attire les égrotants.

La sanction de cette première obligation du preneur est indiquée par l'article 1729. C'est, en cas d'abus de jouissance du preneur, la faculté, pour le bailleur, de faire résilier le bail, et, au besoin, de demander des dommages-intérêts. Mais ici nous rencontrons deux questions.

A. — L'article 1729 contient-il une sanction spéciale, ou est-il, comme nous le croyons, une simple application du principe de l'article 1184 sur la résolution des contrats par l'effet de l'inexécution de la part de l'un des contractants ? Voici l'intérêt de la question. Si l'article 1729 n'est qu'une application de l'article 1184, les juges saisis d'une demande de résiliation auront la faculté d'accorder des délais au preneur, pour lui permettre de faire cesser l'abus dont se plaint le bailleur ; de plus, la cessation de cet abus au cours du procès sera, en principe, satisfactoire et mettra obstacle à la résiliation. Ces solutions si raisonnables ont cependant été repoussées par la Cour de cassation dans l'espèce suivante. Un locataire conservant chez lui un aliéné, le propriétaire demanda la résiliation du bail en invoquant l'article 1729. La locataire s'empressa d'éloigner l'aliéné, Cependant la résiliation fut prononcée ! (Req., 23 avril 1898, D. P. 99.1. 507). Solution bien sévère et qui ferait évidemment de la règle de l'article 1729 une sanction toute spéciale !

B. — L'article 1729 règle les rapports du propriétaire et du locataire. Mais les tiers qui souffrent des abus de jouissance auront-ils, pour les faire cesser, action contre le bailleur, contre le preneur, ou contre l'un et l'autre ? Distinguons. Si ce sont d'autres locataires qui sont troublés dans leur jouissance par l'abus que le preneur fait de la sienne, ils ont à s'adresser au

propriétaire commun (V. Paris, 14 mai 1903, D. P. 1908.2.383, S. 1906.2. 161). Si c'est un étranger, un simple voisin, il ne peut qu'invoquer directement les articles 1382-1383 contre l'auteur du dommage par lui subi, c'est-à-dire contre le preneur, et aussi contre le bailleur, si c'est d'accord avec lui que l'exploitation gênante des lieux loués a été installée par le preneur (Trib. Seine, 17 février 1910, D. P. 1910.2.358).

Sous-location et cession de bail. — En général, c'est faire de la chose louée un usage normal et licite que de la *sous-louer*. Le preneur a donc, en principe, la faculté de se faire à son tour *locator*, et de donner à bail à un tiers, appelé *sous-locataire* ou *sous-preneur*. Dans ce cas, le preneur est souvent qualifié de *locataire principal*. L'article 1717 consacre cette faculté qui ne peut être refusée au preneur que moyennant une clause formelle du bail, laquelle serait alors de rigueur (sauf en cas de faillite, V. art. 550, 6e al., C. com.). Mais cette faculté de sous-location donne lieu à beaucoup de questions et de difficultés.

D'abord, l'article 1717 nous dit que le preneur peut *sous louer* et même *céder son bail*. Les deux opérations ainsi visées sont cependant distinctes. Certes, dans beaucoup de cas, les parties emploieront, en pratique, indifféremment une expression pour l'autre. Le mot de cession de bail signifiera souvent, dans leur intention, une simple sous-location. Dans ce cas évidemment, le contrat devra être envisagé, non d'après son étiquette, mais d'après son contenu réel. Mais les intéressés peuvent, au lieu d'une sous-location, entendre réaliser la cession de la créance du preneur contre le bailleur. Cette opération est incontestablement licite. Comment les juges sauront-ils s'ils se trouvent en face d'une sous-location ou d'une cession de bail? C'est là un point remis à leur interprétation souveraine. Citons, parmi les indices de l'intention des parties, ceux qu'on peut tirer du mode de détermination du prix de la cession : en général, un prix versé en une fois indique une cession de bail, un prix à verser par annuités, une sous-location. Ajoutons qu'en fait la cession du bail se rencontre presque toujours comme accessoire d'une vente de fonds de commerce. On comprend aisément, en effet, que, surtout quand il s'agit d'un commerce de détail, l'achalandage dépend largement du local où le commerce est exercé.

Quant aux différences qui doivent être signalées entre les deux opérations, cession du bail, sous-location, elles sont les suivantes :

1° La sous-location est un bail conclu entre le locataire originaire, agissant comme bailleur, et un preneur qui est le sous-locataire. C'est un contrat nouveau qui, en principe, est *res inter alios acta* par rapport au bailleur originaire. Le sous-locataire n'acquiert donc pas de droits à l'encontre de celui-ci et *vice versa*.

Au contraire, la cession de bail, étant une cession de créance, transmet au cessionnaire les droits du preneur originaire contre le propriétaire de qui, à la différence du sous-locataire, le cessionnaire peut, en cas de besoin, exiger l'exécution du bail.

2° La cession de bail, en tant que cession de créance, est soumise aux

formalités de l'article 1690. En revanche, la sous-location est seule soumise aux règles de preuve spéciales des articles 1715 et 1716.

3° En cas de sous-location, les clauses des deux baux peuvent être différentes. En cas de cession de bail, au contraire, le cessionnaire ne peut avoir des droits moindres ni plus étendus que ceux du preneur, son cédant.

4° Le privilège de l'article 2102 sur le mobilier qui garnit la maison ou la ferme appartient au locataire principal pour assurer le paiement du loyer par le sous-locataire ; il n'appartient pas au contraire au preneur qui a cédé son droit au bail.

5° La cession de bail ne peut porter que sur la totalité de la chose. Au contraire, la sous-location peut être soit totale, soit partielle.

6° Le cessionnaire du droit au bail étant, par rapport au preneur originaire, non un locataire mais un acheteur, ne saurait exiger de lui qu'il fasse les réparations nécessaires à l'immeuble (Trib. civ. Boulogne-sur-Mer 27 octobre 1916, *Gaz. Trib.* 23 décembre 1917). Au contraire le sous-locataire peut exiger du locataire principal, son bailleur, qu'il entretienne la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée.

Remarquons au surplus qu'il y a entre la cession de bail et la sous-location cette ressemblance que ni l'une ni l'autre ne modifient la situation du preneur originaire comme débiteur du propriétaire. Il reste tenu envers lui de toutes les obligations du bail, sauf, bien entendu, le cas où le propriétaire aurait consenti à le décharger de son obligation et à accepter le sous-locataire comme débiteur en son lieu et place (V. art. 1735).

Rapports du sous-preneur et du propriétaire. Question de l'action directe. — Jusqu'à présent, nous ne nous sommes attachés qu'aux rapports du preneur avec l'occupant, cessionnaire ou sous-locataire, qu'il se substitue. Mais que décider pour les rapports entre cet occupant et le propriétaire ? Distinguons encore entre la cession de bail et la sous location.

1° *Cession de bail.* — A l'*encontre du propriétaire*, le cessionnaire acquiert certainement tous les droits du preneur primitif, son cédant, ni plus, ni moins. Inversement, les exceptions que le propriétaire aurait pu opposer au preneur sont opposables *de plano* au cessionnaire : c'est le droit commun en matière de cession de créance. Par exemple, si le cessionnaire réclame une indemnité pour vice de la chose, il pourra se voir opposer en compensation la créance de loyers arriérés dus encore par son cédant.

A *l'encontre du cessionnaire*, le propriétaire exerce-t-il les droits d'un bailleur ? La question ne se pose pas si le propriétaire est intervenu comme partie contractante dans la cession du bail qui a substitué un nouvel occupant à son preneur primitif. Alors, le propriétaire est certainement créancier du cessionnaire, en vertu d'une *délégation* à lui consentie par le preneur primitif, délégation qui, suivant les intentions des parties, déchargera ce dernier (délégation parfaite) ou ne le déchargera pas (délégation imparfaite) et, dans ce dernier cas, donnera au propriétaire deux débiteurs au lieu d'un. Mais nous croyons qu'il faut accorder au propriétaire une *action directe* contre le cessionnaire, même s'il n'est pas intervenu dans le contrat de ces-

sion de bail. En se substituant un autre occupant, en lui cédant sa créance contre le bailleur, le cédant entend certainement, à moins de réserve expresse en sens contraire, stipuler que le cessionnaire paiera dorénavant le propriétaire directement. C'est donc une *stipulation pour autrui* qui a rendu le propriétaire créancier du cessionnaire du bail (V. Paris, 26 février 1873, D. P. 77.5.287 ; Req., 23 mai 1870, D. P. 72.1.90, S. 70.1.283).

2° *Sous-location.* — A l'*encontre du propriétaire*, le sous-locataire est-il subrogé aux droits du preneur, locataire principal? L'opinion dominante répond négativement (V. cep. Req., 31 juillet 1878, D. *J. G.*, *Chose jugée*, S. 82). D'ailleurs, l'intérêt de la question est mince. Le sous-locataire, créancier du locataire principal, peut exercer la créance de celui-ci contre le bailleur en vertu de l'article 1166. Or, comme l'obligation du propriétaire qu'il invoque est une *obligation de faire*, laquelle, nous l'avons vu, échappe par sa nature même au concours des autres créanciers du preneur, l'action oblique de l'article 1166 assurera au sous-locataire exactement les mêmes avantages qu'une action directe. Il faudrait supposer que le sous-preneur eût à réclamer une indemnité en argent, par exemple, à raison d'un vice de la chose, pour qu'il en fût autrement.

Inversement, à *l'encontre du sous-preneur, le propriétaire a-t-il une action directe*[1] ? La question est classique et prête, depuis longtemps, à une vive controverse. On suppose naturellement qu'il n'y a pas eu de stipulation formelle entre les parties, et que le propriétaire n'est pas intervenu dans la sous-location. Locataire par exemple d'un appartement de 6.000 francs, je vous sous-loue, dans cet appartement, trois pièces pour 1.000 francs. Quels sont les droits du propriétaire à votre égard? Il faut distinguer :

A. — On peut supposer d'abord que le propriétaire invoque les droits d'un *créancier gagiste* à l'encontre des *meubles apportés dans les lieux loués* par le sous-preneur, meubles qui sont évidemment compris, avec ceux ud locataire principal, dans le privilège du bailleur (art. 2102-1°). Le propriétaire va-t-il pouvoir saisir le mobilier du sous-locataire pour la totalité de ce qui lui est dû par le locataire principal? Oui, répondrait-on dans la rigueur des principes, étant donnée l'indivisibilité du droit de gage. Mais cette solution est bien dure pour le sous-locataire. Aussi, notre ancien Droit, dès la seconde rédaction de la coutume de Paris (art. 162), introduisit-il ici ce tempérament d'équité que les sous-preneurs, une fois payé le montant de leur sous-location, ne pourraient voir saisir leur mobilier par le propriétaire pour le surplus de la dette du locataire principal. Ce tempérament a été reproduit par l'article 1753 du Code civil, aux termes duquel « le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur *au moment de la saisie* » (Cf. art. 820, C. proc. civ.). Ainsi, les paiements faits par le sous-locataire au locataire principal le protègent à due concurrence contre toute saisie de son mobilier.

Toutefois, pour éviter des fraudes, l'article 1753 ne permet pas au sous-

1. V. Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles* 1753, 1798, 1994, Thèse Paris, 1914.

locataire d'opposer au propriétaire de prétendus paiements *faits par anticipation*, sauf lorsqu'il y a une clause du bail ou un usage local qui prescrit ces paiements par anticipation, et exempte ainsi les quittances produites de tout soupçon de collusion.

B. — Mais, en dehors de son action réelle de créancier gagiste privilégié le bailleur a-t-il, à l'encontre du sous-locataire, une *action personnelle directe*, ou, au contraire, ne peut-il agir qu'au nom de son débiteur, le locataire principal, par l'action oblique de l'article 1166 ? Là-dessus la loi est muette. Et voici les intérêts de la question.

a) Si le propriétaire a une action directe, il percevra la *totalité* du loyer que le sous-locataire doit au locataire principal, par exemple, 1.000 fr. dans l'espèce ci-dessus supposée. S'il n'a que l'action oblique de l'article 1166, il devra subir, dans la saisie-arrêt ou la saisie-exécution à laquelle il procéderait pour toucher ces 1.000 francs, le concours des autres créanciers du locataire principal. En d'autres termes, l'action directe équivaut à donner au propriétaire un *privilège* sur la créance des loyers du locataire principal à l'encontre du sous-locataire.

b) Même intérêt si l'on suppose que, la partie sous-louée ayant été incendiée, le sous-locataire soit redevable, à raison de ce fait, d'une indemnité envers le locataire principal.

c) Si le propriétaire a une action directe, le sous-locataire ne pourra pas lui opposer les exceptions qu'il aurait contre le locataire principal, par exemple, les paiements qu'il aurait faits à celui-ci. Au contraire, si le propriétaire n'a que l'action de l'article 1166, ces exceptions pourront lui être opposées.

d). Si le propriétaire est armé d'un titre exécutoire, par exemple, d'un bail authentique, il pourra, à supposer qu'il ait une action directe, procéder *de plano* à l'exécution du sous-locataire, quand bien même le contrat de sous-location aurait été passé par acte sous-seing privé. Solution contraire, si le propriétaire est réduit à l'action oblique de l'article 1166.

Remarquons immédiatement que, de ces quatre intérêts, les deux premiers semblent postuler l'action directe. Il est en effet conforme à l'équité que le propriétaire ne subisse pas le concours des autres créanciers du locataire principal sur le montant des loyers ou de l'indemnité d'incendie due par le sous-locataire. Au contraire, en ce qui concerne les deux autres intérêts, l'équité et le bon sens militent en faveur du système de l'action oblique. Mais la Jurisprudence et une bonne partie de la Doctrine semblent ne pas distinguer et admettre le système de l'action directe à tous les points de vue (Civ., 13 janvier 1892, D. P. 92.1.509, S. 92.1.89. V. note de M. Esmein, S. 84.2 121), quoi qu'il y ait certains arrêts divergents ou contenant des distinctions (Req., 8 novembre 1882, D. P. 83.1.305, S. 84.1.333). Les arguments invoqués sont loin d'ailleurs d'être satisfaisants. Ainsi, on allègue souvent le texte de l'article 1753, où il est dit que le sous-locataire *est tenu* envers le propriétaire. On oublie que cet article est *restrictif* et non *extensif* des droits du propriétaire, qu'il a trait à l'action réelle du pro-

priétaire, en tant que créancier gagiste, et non à son action personnelle. L'article 1753 nous paraîtrait plutôt contraire au système de l'action directe. Car il en résulte, nous l'avons vu, que le bailleur, même lorsqu'il se présente comme créancier privilégié, pour saisir les meubles du sous-locataire, peut se voir opposer les paiements faits par celui-ci au locataire principal. Comment admettre qu'il ne puisse se les voir opposer, quand il agit comme simple créancier personnel ? Et telle serait cependant la conséquence nécessaire de l'action directe ! On a bien parfois invoqué un prétendu *lien de droit* qui résulterait du fait de l'occupation du local du propriétaire par le sous-preneur, lien qui créerait une *action directe* au profit du propriétaire, mais cette idée n'est pas admissible. En effet, le sous-locataire, au regard du propriétaire, doit être considéré comme n'occupant point *pour son compte*, mais au nom du preneur, comme pourraient le faire des amis, des enfants, des domestiques de celui-ci. Et c'est bien ce qui résulte de l'article 1735, d'après lequel c'est le preneur qui est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison *ou de ses sous-locataires*.

On ne pourrait, croyons-nous, justifier les solutions désirables en cette matière qu'en recourant à un système construit naguère par M. Labbé (note, S. 76.2.329, Cf. *Rev. Critique de législ.*, 1876, p. 571 et s.). Il consiste à dire que, en vertu d'un principe général d'équité dont la loi a fait plusieurs applications (loi du 25 juillet 1891, étendant l'application du décret du 26 pluviôse an II, loi du 19 février 1889, art. 3, etc.), un créancier doit avoir *privilège* sur le montant des créances que son débiteur n'a pu acquérir, à l'encontre d'un tiers, que grâce à une avance par lui faite ou à un préjudice par lui subi. Ce système aurait ce grand avantage de ne conserver que les deux premières conséquences du système de l'action directe, celles qui nous ont paru raisonnables et justes, à l'exclusion des suivantes, celles qui nous semblent inadmissibles en équité. Mais la Jurisprudence s'est toujours refusée à admettre cette théorie, parce que, dit-elle, il n'y a pas de privilège sans texte. Nous en reparlerons en étudiant la matière des privilèges sur les meubles.

Exception au principe de la liberté des sous-locations[1]. — La faculté pour le locataire de sous-louer ou de céder son bail, est exclue dans certaines hypothèses.

1° En cas de *bail à colonat partiaire* ou à partage des fruits, l'article 1763 porte que le preneur ne peut ni sous-louer ni céder son bail, si la faculté ne lui en a été expressément concédée par le contrat. Cela tient à que ces sortes de baux participent des caractères de la société, et comportent, dès lors, un certain *intuitus personæ*.

2° Dans toutes les locations à prix d'argent, la faculté de sous-location ou de cession de bail disparaît également au cas de *convention contraire* dans le bail (art. 1717). Une clause de ce genre peut être *absolue* ou seulement *relative*, c'est-à-dire interdisant de sous-louer sans l'autorisation du propriétaire, ou à d'autres qu'à une personne agréée par lui[2]. L'ar-

(1) V. Savatier, *L'interdiction de sous-louer ou céder le bail*, D. H. 1928 Chron., p. 29. Lagarde, *Des Clauses réservant l'agrément d'un tiers pour une cession de droits*, Rev. crit. de législ., 1928, p. 65 et suiv.

ticle 1717 ajoute que cette clause *est de rigueur*. Qu'est-ce que cela signifie?

D'abord que tout ce qui n'est pas interdit par le contrat est permis. Ainsi la défense de céder le bail n'emporte pas nécessairement celle de sous-louer et *vice-versa*. La défense de sous-louer le tout n'interdit pas forcément les sous-locations partielles, et *vice-versa*. Aux juges d'apprécier souverainement, le cas échéant, quelle a été l'intention des parties contractantes (Civ. 18 février 1924, Gaz. Pal. 1924.1.410 ; 19 novembre 1924, D. P. 1926.1.138).

Dire que la clause d'exclusion de la sous-location est de rigueur, cela signifie en second lieu que les juges ne possèdent pas en cette matière de pouvoir modérateur. En cas d'infraction à la loi du contrat, ils doivent prononcer la résiliation du bail avec dommages-intérêts (Req., 2 février 1910, D. P. 1910.1.141). Et ce serait vainement que le preneur protesterait contre le refus du propriétaire de consentir à une sous-location, en alléguant que ce refus est injustifié. Toutefois lorsque la clause porte que le preneur ne pourra céder ou sous-louer qu'avec le consentement du bailleur, la jurisprudence décide que cette clause ne constitue pas une interdiction absolue de céder le bail ou de sous-louer et ne permet au bailleur de refuser son consentement que s'il a des motifs légitimes à faire valoir contre la personne présentée par le preneur (Civ. 16 novembre 1927, D. P. 1928.1.61, rapport de M. le Conseiller Bricout ; Req., 12 juin 1920, Gaz. Pal. 1929.2.419).

Ajoutons d'autre part, que la loi du 12 février 1872, modifiant l'article 2102 1° du Code civil et l'article 550 du Code de commerce, a décidé qu'en cas de faillite, la clause exclusive de la sous-location ne peut être opposée à la masse qui entretient le bail.

2° **Obligation de payer les loyers ou fermages.** — Le preneur doit payer les loyers ou fermages, en argent, ou en denrées s'il s'agit de colonat partiaire, aux termes fixés par le contrat ou, à défaut, par l'usage (art. 1728, al. 2).

Au prix de la location s'ajoutent, à titre d'accessoire, certaines contributions. Ici des distinctions sont nécessaires.

La *contribution foncière* est à la charge du bailleur sauf convention contraire. Toutefois la loi du 3 frimaire an VII (art. 147) permet à l'Etat de la recouvrer contre le preneur, sauf recours de celui-ci contre le bailleur. Nous estimons de plus que le preneur est redevable personnellement de l'impôt foncier afférent aux constructions élevées par lui, tant qu'il en est propriétaire.

L'impôt des *portes et fenêtres* est à la charge du preneur. Mais l'Administration peut en poursuivre le recouvrement contre le bailleur, sauf le recours de celui-ci à l'égard du preneur (L. 4 frimaire an VII, art. 12).

La contribution *personnelle et mobilière*, la *patente*, bien que calculées d'après les loyers, sont à la charge exclusive du preneur, et ne peuvent être recouvrées contre le bailleur.

Les charges de *police et de ville* sont généralement mises par les baux au compte du preneur. Mais le propriétaire en est responsable. La contribution du *tout à l'égout* ne rentre pas dans cette catégorie de charges (**Trib. civ.** Seine, 22 mai 1901, D. P. 1902.2.102).

3° Obligation de faire les réparations dites locatives. — Le preneur doit faire les réparations locatives ou de *menu entretien* (art. 1754). Quelles sont ces réparations ? Il faut ici distinguer.

En ce qui concerne les baux à ferme, la loi est muette : c'est donc exclusivement l'*usage* qui détermine les réparations mises à la charge du fermier.

En ce qui concerne les baux des maisons, l'article 1754 procède par *énumération*. Mais, naturellement, la convention ou même l'usage peut modifier l'étendue de l'obligation du preneur. Si l'on rapproche la disposition de l'article 1754 de celles qui déterminent les réparations mises à la charge d'un usufruitier (art. 605, 606), on voit que la loi exige moins du locataire que de l'usufruitier. C'est pourquoi elle qualifie de réparations de *menu entretien* celles dont est tenu le preneur, par opposition à celles « *d'entretien* » dont est tenu l'usufruitier (v. tome I^er^, p. 819).

On peut se demander sur quoi se fonde l'obligation de supporter les réparations de menu entretien imposée par la loi au preneur, étant donné que l'obligation d'entretenir la chose devrait peser, non sur lui, mais sur le bailleur, celui-ci étant obligé à faire jouir le preneur de la chose louée ? Il ne faut pas hésiter à répondre que c'est sur cette *présomption* que les dégradations qui nécessitent les travaux de réfection, ont été causées *par le fait* du preneur. La preuve, c'est que, d'après l'article 1754, les pavés et carreaux des chambres doivent être remplacés par le locataire lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés. S'ils ont été tous brisés, la réparation incombe au propriétaire. Pourquoi cette distinction, sinon parce que, dans ce dernier cas, on ne peut présumer qu'il y a faute du locataire ? Ce ne peut être qu'un événement extérieur, fortuit, qui a causé la dégradation.

Nous rattachons deux conséquences à ce fondement théorique de la règle de l'article 1754.

A. — S'il y a *plusieurs locataires*, les réparations locatives des locaux soumis à une jouissance commune, cours, escaliers, corridors, etc., ne sont pas réparties entre les locataires, mais mises à la charge du propriétaire. Et en effet, dans ce cas, la présomption de faute susvisée ne peut évidemment jouer. Bien entendu, si le propriétaire pouvait prouver qu'une dégradation est due au fait d'un des colocataires, il serait en droit de lui réclamer la totalité de la réparation.

B. — La règle de l'article 1754 doit être écartée, lorsque le locataire est à même de démontrer que la dégradation qui nécessite des réparations est due à la vétusté, à la force majeure, à un vice de la chose, par exemple, à un défaut de construction (V. art. 1755). C'est qu'en effet la présomption légale tombe ici devant la preuve contraire (V. Trib. Lille, 13 janvier 1903, D. P. 1903.2.120).

4° Obligation de restituer les lieux après jouissance. — Le preneur doit, à la fin du bail, restituer la chose louée dans l'état où il l'a reçue, suivant l'état des lieux s'il en a été fait un (art 1730). S'il n'a pas été fait d'état des lieux, il est présumé l'avoir reçue en bon état (art. 1731).

Pour ce qui est des constructions ou plantations faites par le preneur, il y a lieu, à défaut de clause du bail prévoyant le cas, d'appliquer les solutions rencontrées précédemment sous l'article 555 (v. tome Ier, p. 859 et s.). Le preneur étant, assez arbitrairement d'ailleurs, assimilé à un possesseur de mauvaise foi, le bailleur a le droit d'exiger la destruction des ouvrages. Mais il peut aussi les conserver, et s'il prend ce parti, il doit verser au constructeur une indemnité égale à la dépense par lui faite.

Mais à quel moment la propriété des constructions et plantations passe-t-elle au propriétaire ? Il semble que ce devrait être au moment de leur incorporation au sol, puisque tout ce qui s'unit à la chose principale devient aussitôt la propriété du maître de cette chose (art. 551). Ce n'est pas cependant là la solution admise par la Jurisprudence. Elle décide que la propriété des constructions et plantations faites par le preneur ne passe au bailleur, à moins de clause contraire, qu'*au moment de l'expiration du bail.* Et, en effet, jusque-là, on ne sait dans quel sens le propriétaire exercera l'option qui, nous l'avons vu, lui appartient, et si, en conséquence, il deviendra propriétaire des constructions (V. Req., 24 novembre 1879, D. P. 80.1.385, S. 81.1.319. — Cf. Lyon, 18 février 1871, S. 71.1.81). De là découlent les conséquences ci-après :

A. — Jusqu'à l'expiration du bail, l'impôt foncier afférent aux constructions est à la charge du preneur.

B. — Les hypothèques nées du chef du preneur grèvent les constructions. Il est vrai qu'elles sont conditionnelles, l'option du propriétaire ayant un effet rétroatif.

C. — Pendant la durée du bail, les constructions peuvent être saisies par les créanciers du preneur qui les a effectuées, et non par ceux du bailleur.

D. — Si le preneur cède son droit au bail, l'Enregistrement perçoit pour les constructions le droit afférent aux ventes immobilières.

E. — Enfin (mais ici la Jurisprudence semble hésiter devant les conséquences logiques de son système, V. Req., 22 novembre 1864, D. P. 65.1. 110, S. 65.1.41) le preneur devrait être considéré comme ayant toujours le droit de détruire ses constructions et plantations.

5° Obligation de veiller à la conservation de la chose. Responsabilité du preneur en cas d'incendie. — L'obligation de restituer la chose a, comme corollaire rationnel, celle de veiller à sa conservation. Le preneur est donc responsable des détériorations de la chose, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans faute (art. 1732).

Une application importante de ce principe se rencontre en cas *d'incendie* de la chose. Ici nous avons à analyser deux textes particulièrement difficiles, les articles 1733 et 1734, dont le premier envisage l'hypothèse d'incendie au

cas où il y a *un seul locataire*, et dont le second vise le cas où il y en a *plusieurs*. Ce dernier a été modifié par la loi du 5 janvier 1883 qui a supprimé la solidarité précédemment établie par la loi entre les locataires. Malheureusement, cette loi a été précédée de travaux préparatoires particulièrement longs et obscurs, si obscurs qu'on a vu l'un de ses auteurs, M. Batbie, en proposer après coup une interprétation diamétralement opposée aux principes qu'il avait soutenus comme rapporteur devant le Sénat (V. *Rev. crit.*, 1884, p. 736 et s.). Les procès en pareille matière ont été d'autant plus nombreux que les incendies mettent généralement aux prises deux assureurs, celui du bailleur et celui du locataire, c'est-à-dire des plaideurs riches et processifs.

Pour comprendre le système de notre Code, demandons-nous d'abord à quelles solutions conduirait, en cas d'incendie, et à supposer que les articles 1733 et 1734 n'existent pas, l'application du droit commun. Il en résulterait que la destruction de la chose engendrerait deux sortes de responsabilité. D'une part, le preneur, tenu de conserver et de restituer les lieux loués, en doit la valeur s'il ne peut les restituer, et s'il ne prouve pas que l'incendie qui les a détruits provient d'une cause qui lui est étrangère (art. 1302). Ici, on le voit, le preneur, *obligé contractuellement*, subit la charge de la preuve ; il n'est tenu en revanche que pour l'étendue de son occupation. Le propriétaire, d'autre part, possède une autre action, l'action *délictuelle* (art. 1382, 1383) qui lui permet, *s'il peut prouver qu'une faute a été commise par son locataire*, de lui réclamer toute l'étendue du préjudice encouru, dépassât-elle la valeur des locaux loués et, par exemple, la totalité de la valeur de la maison dont le locataire, démontré auteur de l'incendie, n'occupait cependant qu'une partie.

Ces solutions sont celles que consacre l'article 1732, lorsqu'il s'agit de toutes autres causes de dégradation ou de destruction que l'incendie. Ce texte, reproduction de la règle contenue dans l'art. 1302, al. 1er à l'égard de tout débiteur d'un corps certain, porte en effet que le locataire est responsable à moins qu'il ne prouve que les pertes ou dégradations ont eu lieu sans sa faute.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un incendie, cause de destruction qui est la plus dangereuse de toutes, la loi se montre plus rigoureuse. Ici intervient une présomption de faute qui trouve son fondement historique dans un texte romain (3, § 1, D. *de officio præf. vigil.*, I, 15) : *Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium.* Cette présomption que les incendies ont lieu le plus souvent par la faute des occupants, n'avait d'ailleurs été émise par les Romains qu'à propos des règles de la police urbaine. Nos anciens auteurs et, après coup, le Code civil l'ont transportée dans le domaine du Droit civil. Et, bien que la loi précitée de 1883 en ait fait disparaître une conséquence particulièrement sévère, à savoir la solidarité entre locataires, elle domine encore visiblement l'interprétation donnée actuellement aux textes par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ceci dit, distinguons entre les deux hypothèses :

A. Première hypothèse : Un seul locataire. — A ce cas, ordinaire pour les baux à ferme, moins fréquent pour les baux à loyer, s'applique l'article 1733 ainsi conçu : « Il (le preneur) répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure ou par vice de construction ; — Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. »

Il résulte de la Jurisprudence que ce texte n'est pas une simple application du principe général de l'article 1302 sur la responsabilité contractuelle d'un débiteur tenu de restituer un corps certain. L'idée de la *présomption d'une faute* commise par le preneur se manifeste aux points de vue ci-après.

a) D'après les principes de la responsabilité contractuelle, le preneur devrait être indemne, du moment qu'il produirait la preuve d'un fait quelconque d'où il résulterait que l'incendie ne peut lui être imputé. Mais la Cour de cassation décide que *l'énumération des causes d'exonération contenues dans l'article* 1733 (cas fortuit ou force majeure, vice de construction, communication d'une maison voisine) *est limitative* (Civ., 16 et 30 août 1882, D. P. 83 1.213 ; 4 mai 1905, D. P. 1908.1.33, S. 1906.1.193). En effet, dit-elle, il s'agit d'une exception apportée à une présomption légale. Et dès lors l'interprétation restrictive est de rigueur. Ainsi, peu importerait que le locataire démontrât qu'il n'habitait pas l'immeuble au moment de l'incendie (Bordeaux, 5 juin 1905, D. P. 1906 5.35). De même, le fait que le propriétaire s'est réservé de faire surveiller les lieux par un gardien de son choix, fût-il démontré que l'incendie est survenu la nuit, au moment où l'immeuble restait sous la seule surveillance de ce préposé du bailleur, ne serait pas une cause de justification pour le preneur (Civ., 26 mai 1884, D. P. 85.1.209, S. 86.1.340). Seule, la démonstration d'une des causes ci-dessus indiquées pourrait l'exonérer. Et encore ne faudrait-il pas que cette cause eût joué par son fait ; par exemple, il ne serait pas exonéré par la preuve d'un vice de construction, s'il avait connu ce vice et avait eu le tort de ne pas le signaler au propriétaire.

b) Comment le preneur démontrera-t-il l'existence d'un des faits qui peuvent entraîner son exonération ? D'après le droit commun en matière de responsabilité contractuelle, il pourrait prouver par tous les moyens possibles, donc par simples présomptions. Notamment, en démontrant qu'il a pris habituellement toutes les précautions d'un occupant soigneux et diligent, le preneur ne rendrait-il pas infiniment vraisemblable le fait que l'incendie résulte d'une des causes extérieures qui entraînent sa justification ? C'est là la situation faite par la loi au preneur, dans le cas spécial de bail à colonat partiaire. La loi du 18 juillet 1889, qui a voulu faire à ce colon une situation de faveur, décide (art. 4, al. 2) qu'en cas d'incendie il échappe à toute responsabilité, s'il démontre qu'il a veillé habituellement à la conservation de la chose en bon père de famille. Mais, pour tous les autres baux, une divergence semble exister entre la Cour de cassation et les cours d'appel. Celles-ci admettent volontiers le locataire à s'exonérer par la démonstration ci-dessus indiquée, ce qui aboutit pratiquement à rejeter sur le propriétaire la charge des cas où la cause de l'incendie reste inconnue (V. Douai,

28 mai 1901. D. P , 1901.2.233). La Cour de cassation, au contraire, décide que le preneur, pour dégager sa responsabilité, doit établir, *par une preuve directe et positive*, *le fait précis* constitutif de l'une des causes d'exonération indiquées par l'article 1733 (Civ., 16 et 30 août 1882 précités. Cf. Req., 24 octobre 1911, D. P. 1912.1.225, S. 1912.1.549).

c) Les effets de l'obligation de restituer en cas de perte sont d'astreindre le débiteur à payer « le prix » (art. 1302), c'est-à-dire la valeur de la chose, ni plus ni moins. Mais la jurisprudence décide qu'en cas d'incendie, le preneur (contre lequel cependant on suppose qu'aucune faute n'a été démontrée), doit aussi une indemnité pour la résiliation du bail et pour les loyers perdus pendant le temps nécessaire à la reconstruction et à la relocation. Ces solutions sont écrites dans l'article 1760 pour le cas de résiliation du bail survenue par la faute du locataire. Si l'on applique ce texte en cas de non restitution par l'effet d'un incendie, c'est donc que le preneur est présumé en faute (Req., 24 novembre 1879, D. P. 80.1.385, S. 81.1.319).

d) Enfin, puisque l'article 1733 contient une dérogation au droit commun, son application est rigoureusement restreinte à la sphère pour laquelle il a été édicté, c'est-à-dire aux rapports entre bailleur et preneur, y compris d'ailleurs le cas de location de meubles (V. note de M. Esmein, S. 1884.1.33) ainsi que les relations entre locataire et sous-locataire (Civ. 25 janvier 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.1.508). Ainsi, l'article ne s'appliquera ni à l'usufruit, ni au mari occupant d'un meuble appartenant à sa femme. Leur responsabilité en cas d'incendie et d'absence de faute démontrée sera purement réglée par l'article 1302.

B. **Seconde hypothèse : Pluralité de preneurs**. — Avant la loi de 1883, l'article 1734, dérogeant au droit commun qui, en cas d'obligation plurale, prononce la division de la dette entre les codébiteurs (art. 1220), établissait une *responsabilité solidaire* entre les colocataires. C'était la conséquence logique de l'idée de présomption de faute délictuelle que la tradition fait planer sur les occupants, puisque, en cas de délits commis par plusieurs, chacun est responsable *in solidum*. Et, lors des Travaux préparatoires, le tribun Mouricault avait ajouté cette raison singulière que les locataires d'un même immeuble doivent se surveiller les uns les autres. La loi du 5 janvier 1883 a fait avec raison disparaître la solidarité entre colocataires du texte de l'article 1734, lequel, le premier alinéa seul ayant été modifié, est dorénavant rédigé comme suit : « S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ; — à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ; — ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. »

Quelle est la portée de ce texte ? Dans quels cas y a-t-il lieu à difficulté ?

Il faut écarter l'hypothèse où un locataire *est démontré avoir commis une faute* ; alors, c'est lui qui répond de tout le dommage.

Pas de difficulté non plus si l'on prouve qu'il y a eu *cas fortuit*, *vice de construction*, *malveillance d'un tiers* ; alors, aucun des locataires n'est

responsable. Et il faut assimiler à cette hypothèse celle où il est démontré que le feu a pris dans une partie de l'immeuble objet d'une jouissance commune, allée, cour, escalier, loge de concierge, etc... Dans ce cas, c'est comme si chaque locataire avait établi que le feu n'a pu prendre chez lui ; tous sont justifiés en vertu des derniers mots de l'article 1734.

Reste l'hypothèse où *l'on n'est pas fixé sur l'origine et la cause de l'incendie*. Alors, il semble résulter des Travaux préparatoires que le législateur de 1883 a entendu écarter la tradition ancienne, supprimer la présomption de faute *Incendia fiunt culpa inhabitantium*, et substituer, pour les locataires, la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle. En conséquence, chaque locataire ne serait responsable que de la partie de l'immeuble qu'il occupe. Mais il s'en faut, nous allons le voir, que cette solution ait reçu la consécration de la Jurisprudence. Examinons les deux cas où la question s'est posée.

a) *Il est prouvé que l'incendie a commencé chez un des locataires*. Celui-là « *en* est seul tenu », dit l'article 1734. De quoi est-il tenu ? De la valeur de la partie qu'il occupe, devrait-on répondre si l'on appliquait le principe de la responsabilité contractuelle, à supposer bien entendu qu'il n'y ait pas démonstration d'une faute commise par ce locataire. Mais la Cour de cassation décide au contraire que le locataire chez qui l'incendie a commencé est tenu de la valeur *de tout l'édifice* (Req., 5 avril 1887, D. P. 87.1.329, S. 87.1.125 ; Civ., 4 juin 1889, D. P. 90.1.351, S. 89.1.477).

b) *Un des locataires a démontré que l'incendie n'a pu commencer chez lui*. Dans ce cas, dit l'article 1734, il n'en est pas tenu. Mais de quoi seront tenus les autres ? De la portion du préjudice correspondant à l'étendue de leur occupation, devrait-on décider, si l'on appliquait les principes de la responsabilité contractuelle. Mais la Cour de cassation répond que la totalité du préjudice se répartira sur les locataires non exonérés (Civ., 11 juin 1889, précité ; Orléans, 10 mai 1890, D. P. 91.2.230).

On le voit, l'antique présomption de faute supposée à l'encontre des occupants subsiste dans le cas de pluralité de locataires, comme dans celui du locataire unique. La loi de 1883 a donc changé peu de chose à la législation antérieure. Elle a simplement substitué à l'obligation solidaire des locataires une obligation conjointe ; mais ils demeurent toujours, à supposer même qu'on ne puisse les démontrer en faute, éventuellement tenus d'une responsabilité supérieure à l'étendue de leur occupation. Tout ce qu'ils ont gagné à la loi de 1883 se ramène aux deux point suivants :

D'abord, ils n'ont pas à supporter les frais et les soucis d'un recours contre leurs co-obligés, au cas où il plairait au propriétaire de diriger ses poursuites contre eux seuls. Le propriétaire doit mettre en cause à la fois tous les locataires responsables.

En second lieu, lorsqu'il y a plusieurs locataires responsables, le risque de l'insolvabilité de l'un d'entre eux, qui jadis pesait sur celui des locataires qu'il plaisait d'élire au bailleur, est maintenant supporté par ce dernier. Mais, dès lors, la loi apparaît comme peu conforme aux principes juridiques. Si la présomption de faute délictuelle subsiste, comme nous

l'avons montré, on conçoit mal qu'une *faute commune* donne naissance à une *obligation divise* et non pas à une obligation *in solidum*.

Du cas où le propriétaire occupe lui-même une partie des locaux loués pour le surplus à un ou plusieurs locataires. — Lorsque le propriétaire habite lui-même l'immeuble dont les autres appartements sont occupés par un ou plusieurs locataires, la présomption de faute pèse sur lui comme sur les autres occupants. La Jurisprudence décide, en conséquence, qu'il ne peut invoquer la responsabilité du ou des locataires qu'après s'être disculpé de la présomption de faute existant à sa charge, comme à celle des autres occupants, en prouvant, soit que le feu a pris dans les locaux occupés par un des preneurs, soit que l'incendie n'a pas pu commencer chez lui. Si donc on ignore chez qui le feu a pris naissance, le propriétaire n'aura aucun recours contre les locataires (Civ., 9 novembre 1904, D. P. 1904.1.592, S. 1905.1.32; 9 mai 1905, D. P. 1905.1.280, S. 1906.1.267).

Critique des règles précédentes. — La responsabilité que le Code civil fait peser sur les locataires au cas d'incendie est beaucoup trop lourde. Peut-être pouvait-elle se justifier au commencement du XIX^e^ siècle, époque où la pratique de l'assurance était encore fort peu répandue. Mais aujourd'hui que l'assurance contre l'incendie est entrée dans les mœurs, le maintien des articles 1733 et 1734 ne se comprend plus. Le propriétaire qui assure son immeuble contre le risque d'incendie se trouve par là garanti contre ce risque. A quoi bon dès lors lui donner un recours contre le locataire, recours qui ne bénéficie en somme qu'à l'assureur. Il serait équitable de présumer que le propriétaire, en s'assurant, agit dans l'intérêt du locataire, d'autant plus qu'il ne manque pas de faire entrer en compte le coût de l'assurance dans l'évaluation du revenu de la maison et dans la fixation correspondante des loyers. Tout au plus, comme il serait à craindre que le locataire, exonéré de toute responsabilité, ne veillât pas sur la chose avec assez de soin, devrait-on décider que le propriétaire ou l'assureur aurait un recours contre lui à condition de prouver que l'incendie a été provoqué par sa faute. C'est ce que fait la loi allemande du 30 mai 1908 sur le contrat d'assurance, laquelle ne donne même recours contre les locataires que dans le cas de faute grave de leur part.

Hypothèse spéciale d'un preneur assuré contre le risque locatif. — En pratique, les locataires, assujettis par notre loi à la responsabilité que nous venons d'étudier, ne manquent jamais de s'assurer. Ils contractent une police pour la valeur de leur mobilier et, en outre, une double assurance de responsabilité, d'abord contre le recours possible du voisin, ensuite contre le recours du propriétaire; c'est l'assurance dite du *risque locatif*. Dans ce cas, et à supposer un incendie, le preneur assuré peut évidemment réclamer l'indemnité promise par l'assureur, dès le moment où il est lui-même mis en cause par le bailleur. Celui-ci, d'un autre côté, aura le droit de mettre la main, au moyen d'une saisie-arrêt, sur la

somme due par l'assureur à son locataire. Mais, jusqu'en 1889, la Jurisprudence admettait, malgré les protestations de la Doctrine et notamment de Labbé, que, faute d'un texte lui attribuant un privilège ou une action directe, le propriétaire n'avait aucun droit de préférence sur cette indemnité d'assurance, et qu'il devait subir le concours des autres créanciers du preneur *ex aliis causis*.

Cette solution choquante a été écartée par la loi du 19 février 1889 (art. 3), aux termes de laquelle l'assuré ou ses ayants-droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de l'objet loué ou le tiers subrogé à ses droits (l'assureur du propriétaire) ait été désintéressé des conséquences du sinistre.

Ce texte, on le voit, ne donne pas formellement un privilège ou une action directe au propriétaire ; mais, par un biais singulier, il aboutit au même résultat, en créant à son profit un droit de rétention qu'il exerce par les mains du débiteur même de la somme à distribuer. Ce procédé n'est que la régularisation d'une pratique antérieure qui était la suivante. Des ententes officieuses avaient été organisées entre compagnies d'assurances. Un incendie se produisait-il, l'assureur du propriétaire prévenait celui du locataire qu'il n'eût pas à payer en d'autres mains que les siennes l'indemnité due à l'occupant, moyennant quoi il n'exercerait pas de poursuites contre lui. Et l'assureur du locataire se conformait en fait à cet avis officieux. La loi de 1889, semblait-il, n'avait fait en somme que consacrer ce procédé. Mais après avoir longtemps admis l'interprétation ci-dessus, la Jurisprudence a fini par décider que la loi de 1889 a donné au propriétaire une *action directe* contre l'assureur du risque locatif ; elle a déduit cette solution du rapprochement des termes des articles 2 et 3 de la loi de 1889 (V. Civ., 17 juillet 1911, D. P. 1912.1.81, note de M. Planiol).

§ 4. — Causes d'extinction du louage.

Les causes d'extinction du louage d'immeubles sont les suivantes :

1° L'expiration du temps convenu ;

2° La volonté unilatérale de l'un des contractants au cas où le bail est conclu sans détermination de durée ;

3° La perte fortuite de l'immeuble loué ;

4° L'inexécution des obligations de l'une ou l'autre des parties.

I. — **Expiration du temps convenu.** — Ordinairement, les parties stipulent la durée pour laquelle le contrat est conclu. Dans ce cas, nous dit l'article 1737, « le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, *sans qu'il soit nécessaire de donner congé* ».

Il arrive cependant fréquemment, en pratique, que les baux d'appartements sont faits pour une durée déterminée, neuf ans, par exemple, mais que chaque partie ou l'une d'elles seulement se réserve le droit de mettre fin au contrat à l'expiration de la troisième et de la sixième année, à condition de prévenir l'autre de son intention au moyen d'un *congé* ou *dédite*, un certain temps à l'avance, par exemple, trois mois ou six mois

avant la fin de la période de trois ans. Faute de ce congé, le contrat continue de plein droit jusqu'à son terme normal.

On remarquera l'erreur de langage singulière commise par les articles 1736 et 1737 (voir aussi l'article 1774 pour les baux ruraux). Ils désignent en effet, les baux passés pour une durée déterminée par l'expression *de bail écrit*, et par celle *de bail sans écrit* ou *verbal*, les baux conclus sans détermination de durée. Cependant, il est clair que les premiers comme les seconds peuvent indifféremment être constatés ou non par un acte écrit. L'explication de cette erreur incontestable de terminologie, c'est que *le plus souvent*, lorsqu'on rédige un écrit, on n'a garde d'oublier de prévoir la durée de la location.

II. **Du bail fait sans détermination de durée.** — Quand le bail est fait pour un temps indéterminé, en principe il dure jusqu'au moment où l'une des parties manifeste son intention d'y mettre fin en donnant congé à l'autre conformément à la clause insérée dans le bail ou, à défaut, en se conformant à l'usage des lieux (art. 1736).

Le *congé*, dont nous avons déjà parlé ci-dessus à propos de la tacite reconduction, est, comme nous l'avons dit, la déclaration que l'un des contractants fait à l'autre de sa volonté de mettre fin au bail. C'est un acte unilatéral ; il n'a pas besoin d'être accepté par l'autre partie. Il n'est soumis à aucune forme déterminée. Toutefois, pour se réserver le moyen de le prouver, le contractant a soin en général de le notifier par écrit et de demander un reçu, ou de le faire signifier par un acte d'huissier.

Il y a certains cas où la loi, interprétant la volonté présumée des parties, fixe elle-même la durée du bail, lorsque celle-ci n'a pas été déterminée par les contractants. Pour ces baux, à *durée légale*, aucun congé n'est nécessaire. Le bail « cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait » (art. 1775).

Cette règle qui subsiste pour les locations d'*appartements meublés*, et pour les locations de *meubles meublants*, régissait autrefois les *baux ruraux*, mais elle a été écartée, en ce qui les concerne, par la loi du 24 octobre 1919, modifiant l'article 1775 du Code civil.

L'article 1774 décide que le bail rural fait sans écrit (lisez : sans détermination de durée) est censé fait pour le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé. « Ainsi, le bail à ferme d'un pré, d'une vigne, et de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an. — Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles ». Mais l'article 1775 (nouveau), destiné à donner plus de stabilité à la situation du fermier, porte que le bail verbal ne cesse, à l'expiration du terme fixé par l'article précédent, que par l'effet d'un congé donné par écrit par l'une des parties à l'autre six mois au moins avant ce terme. A défaut de ce congé, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article 1774.

Pour les *appartements meublés*, le bail en est « censé fait à l'année quand il a été fait à tant par an ; au mois quand il a été fait à tant par mois ;

au jour quand il a été fait à tant par jour. Si rien ne constate que le bail soit fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite suivant l'usage des lieux » (art. 1756).

Enfin, les locations des *meubles meublants* sont censées faites pour la durée ordinaire des baux de maisons ou appartements suivant l'usage des lieux et cessent sans congé (art. 1757).

III. Perte fortuite de la chose. Risque du contrat. — A qui, dans le contrat de louage, en cas de perte, incombe le *risque de la chose louée?*

Notons d'abord qu'il peut y avoir *perte*, sans qu'il y ait destruction matérielle ; il suffit qu'il y ait impossibilité d'employer la chose à l'usage pour lequel elle a été destinée. Ainsi, le déclassement d'une route sur laquelle est située une auberge dont l'achalandage se trouve par là supprimé, équivaut à la perte totale de l'auberge. De même, la mise en interdit par la commission des logements insalubres, de certaines parties de la maison louée conformément à la loi du 15 février 1902, est une perte partielle.

1° Supposons d'abord qu'il y a eu *perte totale*, c'est-à-dire impossibilité complète de jouissance pour le preneur, par un fait indépendant de la volonté du bailleur. L'article 1722 nous dit *(in princ.)* que le bail est alors *résilié de plein droit*. Cette solution met les risques de la chose *à la charge du bailleur*. C'est l'application du droit commun. Dans un contrat synallagmatique (en dehors des contrats translatifs de droits réels pour lesquels l'article 1138 déroge au principe), les risques sont pour le *débiteur*, en ce sens que, s'il est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, il n'a plus de droit d'exiger ce qui lui est dû (v. p. 340 et s.).

On remarquera que l'article 1722 suppose une perte *par cas fortuit*, c'est-à-dire un *obstacle absolu* dont il est impossible de triompher. Ainsi un jugement du tribunal de la Seine du 20 septembre 1871 (D. P. 72.3.56) a débouté de sa demande de résiliation un locataire qui alléguait n'avoir pu rentrer à Paris, à raison du siège, pour occuper les lieux loués. L'impossibilité de jouir des lieux loués, en effet, n'est pas une cause de résiliation lorsqu'elle résulte, non d'un fait créant pour tous un *obstacle absolu*, mais d'une situation particulière et personnelle à celui qui prétend s'en prévaloir. De même, après la Révolution de 1830, la Liste civile voulut faire prononcer la résiliation de bail des locaux qu'elle avait loués pour des besoins que la Révolution avait supprimés. La Cour de Paris refusa cette résiliation (Paris, 13 mars 1832, D. *J. G. Louage*, 212, S. 32.2.330). Après la guerre de 1870, la même Cour a refusé de résilier le bail d'un immeuble situé sur le territoire d'Alsace-Lorraine, résiliation demandée par un locataire alsacien-lorrain qui, ayant opté pour la nationalité française et ayant été forcé d'émigrer, se trouvait dans l'impossibilité d'occuper les lieux loués (Paris, 30 décembre 1873, D. P. 75.5.276, S. 74.2.67).

La jurisprudence a consacré les mêmes principes au cours de la guerre de 1914. Ainsi, un preneur, qui avait loué une villa dans les Vosges ou au bord de la mer pour août ou septembre 1914, n'a pu demander l'application de l'article 1722 en invoquant la difficulté des communications par

chemins de fer ou même le voisinage de l'ennemi (Trib. civ., Seine, 6 décembre 1915 (3e espèce), 7 juin 1915. (1re espèce), D. P. 1916.2.83).

En revanche, le locataire d'une chasse peut invoquer l'article 1722 en raison de la fermeture de la chasse occasionnée par la guerre (Trib. civ., Seine, 25 mars 1916, D. P. 1917.2.6). Une société de courses louant un hippodrome peut de même invoquer l'interdiction des courses prononcée en raison de la guerre par l'Administration ; un locataire peut également se prévaloir de la réquisition par l'autorité publique des locaux qu'il a loués (Paris, 10 janvier 1922, Gaz. Pal., 1922.1 556).

2° Y a-t-il perte simplement *partielle*, « le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail » (art. 1722, *in fine*). Cette option n'appartient qu'à lui. Les expressions *suivant les circonstances* indiquent qu'il y a néanmoins une certaine faculté d'appréciation pour le juge. Elle portera sur le point de savoir si la diminution résultant de la perte présente une importance suffisante pour qu'elle doive être prise en considération et si, d'autre part, elle doit emporter la résiliation ou une simple diminution du prix.

IV. Inexécution des obligations de l'une ou de l'autre des parties. — Le bail, étant un contrat synallagmatique, est soumis à la règle écrite dans l'article 1184. L'article 1741 en fait du reste l'application en ces termes : « Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée, et par le défaut respectif du bailleur et du preneur, de remplir leurs engagements ».

En parlant de la perte de la chose louée, l'article 1741 fait évidemment allusion à la perte survenue par la faute de l'une des parties, puisque l'article 1722 a déjà parlé de la perte par cas fortuit.

La partie qui se plaint de l'inexécution des obligations de son cocontractant doit demander à la justice de prononcer la résiliation du contrat. Rappelons que, d'après la jurisprudence, le tribunal jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation ; il lui est loisible soit de prononcer la résiliation, soit de n'allouer au demandeur que des dommages intérêts (Req., 9 janvier 1893, D. P. 93.1.120).

Il arrive parfois que les parties stipulent dans le contrat que, si l'une d'entre elles ne remplit pas ses obligations, notamment si le locataire ne paye pas le loyer au terme convenu, le bail sera résilié de plein droit, sans qu'il soit besoin de s'adresser à la justice. Dans ce cas, la résiliation s'opère conformément à la convention.

La résiliation du bail pour défaut d'exécution des obligations n'opère pas résolution rétroactive du contrat. La rétroactivité n'est pas ici possible, parce qu'on ne peut pas effacer le fait de la jouissance antérieure du preneur. En conséquence, le bail est simplement résilié, c'est-à-dire que les effets produits par le contrat dans le passé subsistent.

On remarquera que le *décès* de l'un des contractants n'emporte pas résiliation du contrat. L'article 1742 le dit expressément : « Le contrat de

louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur. »

Rappelons enfin que l'aliénation de l'immeuble n'emporte pas non plus résiliation du bail (art. 1743).

SECTION III. — Règles spéciales aux baux a ferme et aux baux a loyer.

Les règles les plus importantes du contrat de louage sont communes à ces deux variétés. Mais elles comportent, l'une et l'autre, certaines règles spéciales. On remarquera que la distinction de ces deux sortes de baux est parfois assez délicate à déterminer. Les usines, les chantiers, les moulins font-ils l'objet d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme ? Nous pensons qu'il faut considérer comme étant l'objet d'un bail à loyer tous les objets qui ne peuvent produire que des fruits civils, une usine par exemple. Que si un immeuble loué comprend à la fois une maison d'habitation et des terres cultivées, on devra s'attacher à déterminer quelle est la partie principale, et la variété de bail à appliquer sera celle qui correspond à cette partie.

§ 1. — Des baux à loyer.

Voici les seules règles spéciales qu'il y ait lieu de signaler :

1° Obligation de garnir. — L'article 1752 porte que le locataire peut être expulsé, s'il ne garnit pas la maison de *meubles suffisants* pour répondre du loyer (et de ses autres obligations accessoires), à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer. Que faut-il entendre par *meubles suffisants* ? Dans l'ancien Droit, les Coutumes de Paris et d'Orléans décidaient que le mobilier apporté par le locataire devait répondre d'une année de loyers. Cette mesure semble assez raisonnable. Il n'est pas nécessaire que le mobilier du locataire réponde des loyers pour toute la durée du bail. Le propriétaire qui laisserait s'accumuler plusieurs années de loyers serait en faute. C'est à lui à « veiller par termes », disait déjà Bourjon.

2° Impossibilité pour le propriétaire de résoudre le bail en vue d'habiter lui-même. — On ne s'expliquerait pas que le Code prît la peine d'énoncer cette vérité d'évidence (1761), si l'on ne savait que la règle contraire était suivie par l'ancien Droit qui l'avait empruntée au Droit romain (3 C. *loc. cond.*, IV, 65).

3° Obligation du locataire en cas de résiliation par sa faute. — En ce cas, et sans préjudice des dommages-intérêts qu'il a pu encourir par ailleurs, le locataire est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation (art. 1760).

L'inconvénient manifeste de cette solution étant que le propriétaire n'a aucun intérêt à se presser de relouer, il faut admettre que le temps de relocation, pendant lequel le loyer continuera d'être imposé au locataire qui n'occupe plus, ne doit pas être déterminé d'une manière concrète, mais

abstraitement, selon l'usage des lieux : ce sera le délai du congé (Civ., 1er juillet 1851, D. P. 51.1.249). Mais la pratique s'est souvent efforcée d'éluder cette règle.

A. — D'abord, elle ne s'applique pas en cas de résiliation résultant d'un incendie. C'est alors au juge à apprécier le temps pendant lequel les loyers continueront à être dus (Req., 24 novembre 1879, D. P. 80.1.385, S. 81.1.319).

B. — Certaines décisions admettent que le juge peut, *à raison de circonstances particulières* qui rendraient la relocation plus difficile, prononcer des dommages supplémentaires qui prolongeraient l'obligation de payer les loyers au-delà du délai du congé (Trib. Seine, 3 mars 1894, D. P. 96.2.193).

C. — Certains propriétaires, en cas d'abus de jouissance caractérisé (citons, comme exemple, l'exploitation d'un café dans des conditions immorales), ne demandent pas la résiliation, mais font, vu l'urgence, prononcer l'*expulsion* du locataire. Celui-ci reste donc tenu des loyers indéfiniment, aucune résiliation n'ayant été prononcée, jusqu'à ce qu'il prenne lui-même la peine de la solliciter.

D. — D'autres propriétaires, pour se mettre à l'abri des chances de relocation tardive, au lieu de réclamer une indemnité de relocation, font vendre le droit au bail aux enchères publiques. De la sorte, on trouve aussitôt un occupant, fut-ce à un prix tout à fait inférieur. Et le locataire reste responsable de l'écart entre les deux prix pendant le temps restant à courir de sa propre location (Aix, 6 mai 1867, D. *J. G.*, *Louage*, S. 379).

4° **Protection de la propriété commerciale.** — La loi du 30 juin 1926, interprétée et complétée par celles du 22 avril 1927 et du 27 mars 1928, relative au renouvellement des baux à loyer des locaux à usage commercial ou industriel où s'exploite depuis au moins deux années un fonds de commerce ou d'industrie, est intervenue pour protéger ce qu'on a appelé (très inexactement) la *propriété commerciale*, en créant un droit pour le preneur à ne pas être frustré de toute participation à la plus-value donnée à l'immeuble par l'exploitation qu'il y a installée et exercée. De là tout un ensemble de dispositions organisant la faculté pour le locataire de demander et d'obtenir le renouvellement de son bail à des conditions raisonnables et, dans le cas où le bailleur s'obstine à réclamer une augmentation de prix excessive, de se faire verser une indemnité, tantôt par le nouvel occupant, tantôt par le propriétaire lui-même.

§ 2. — Des baux à ferme.

Nous en examinerons trois variétés : 1° Le bail à prix d'argent ; 2° Le bail à fruits ; 3° Le bail à cheptel.

I. — Bail à prix d'argent ou de droit commun.

Voici les particularités à relever :

1° Bail avec indication de contenance. — En cas de déficit ou

d'excédent sur la contenance indiquée au bail, la loi (art. 1765) détermine les droits et obligations des parties en renvoyant aux règles établies en matière de vente avec indication de contenance (art. 1617 et s.).

2° Obligation de garnir. — L'article 1766 détermine l'obligation de garnir du fermier en termes un peu différents de ceux qu'emploie l'article 1752 pour le locataire. Nous ne nous attacherons pas à la formule « bestiaux et ustensiles nécessaires à l'exploitation », d'après laquelle certains ont soutenu que le mobilier du fermier devait être suffisant pour garantir l'exploitation mais non les loyers. Nous croyons cette opinion inexacte. Le privilège du bailleur à ferme garantit les loyers ; donc, le fermier est obligé de fournir à ce privilège une assiette suffisante. En revanche, nous devons constater que l'article 1766, à la différence de l'article 1752, ne commine pas la sanction de l'*expulsion* contre le fermier qui ne garnit pas ou dégarnit la ferme. En conséquence, le bailleur ne pourra que demander en ce cas la résiliation, et non faire procéder par voie de référé à l'expulsion comme pour un locataire.

3° Obligations spéciales imposées au fermier. — Celui-ci est tenu :

A. — D'*engranger* dans les lieux à ce destinés d'après le bail ou l'usage (art. 1767), et cela pour assurer le contrôle et la surveillance du bailleur ;

B. — D'*avertir le propriétaire*, lequel n'est pas ordinairement sur place, des usurpations qui pourraient être commises sur son fonds par des tiers (art. 1768) ;

C. — De laisser les *pailles et engrais de l'année* sur la ferme à l'expiration du bail (art. 1778), et cela afin de faciliter l'entrée d'un nouvel occupant. Si le fermier, en entrant, avait reçu les pailles et engrais, son obligation s'explique par une idée de subrogation réelle. S'il n'avait rien reçu, la loi n'en donne pas moins au propriétaire le droit de retenir les pailles et engrais, suivant estimation ; ce qui est une véritable faculté d'expropriation.

On remarquera que le fermier, débiteur des pailles et engrais de l'année, débiteur d'un corps certain par conséquent, est libéré par la perte fortuite, notamment en cas d'incendie, tant qu'une faute n'a pas été établie à sa charge, la présomption de l'article 1733 ne s'appliquant qu'à la restitution du local loué. Supposons que le fermier ait assuré les pailles et engrais détruits par la grêle, le tonnerre ou l'incendie. Dans ce cas, l'indemnité d'assurance devra être, croyons-nous, attribuée au propriétaire, en vertu de l'article 2 de la loi du 19 février 1889, dont les termes visent toutes sortes d'assurances.

4° Indemnité au fermier en cas de diminution de récolte. — Le fermier, victime d'une diminution de récolte causée par cas fortuit, a droit à une *remise proportionnelle* du prix de location (art. 1769 et 1770). Il faut pour cela que la diminution atteigne au moins la moitié de la récolte et, de plus, que la perte des fruits ne soit pas arrivée après qu'ils ont été sé-

parés de la terre (art. 1771). Dans ce dernier cas, en effet, il est difficile de savoir si la perte ne provient pas de la faute du fermier, qui peut-être aurait pu faire rentrer plus tôt ses récoltes.

Cette règle si importante de l'article 1769 n'est pas à nos yeux une simple disposition d'humanité, mais la conséquence de ce principe juridique que le preneur a droit à la jouissance continue et effective de la chose (art. 1719, al. 3), principe qui, en cas de destruction partielle de la chose, nous conduit déjà à imposer au bailleur la résiliation ou une diminution proportionnelle du prix. Que si la loi exige un certain *quantum* dans la perte (plus de moitié), c'est à cause du caractère forcément variable, aléatoire des récoltes, et de cette idée très anciennement émise par nos vieux auteurs qu'il n'y a pas lieu à indemnité si la récolte a été *moyenne*. Ajoutons que le principe de la remise due au fermier en vertu des articles 1769 et 1770 est, depuis plusieurs années, l'objet de vives discussions. Certains économistes voudraient que la règle, susceptible aujourd'hui d'être écartée par une clause formelle du bail mettant les risques à la charge du preneur (art. 1772), fût rendue impérative. D'autres, au contraire, en préconisent la suppression pure et simple. Le meilleur moyen pratique de prémunir le cultivateur contre les fléaux naturels, c'est, disent-ils, de le pousser à une meilleure préparation du sol et surtout à la pratique de l'assurance, au besoin par l'entremise des mutualités agricoles (V. Hitier, *L'agriculture moderne ; sa tendance à s'industrialiser*, Rev. d'Econ. polit., 1901).

Quoi qu'il en soit, le Code, à propos de cette indemnité, envisage deux situations :

A. *Le bail ne porte que sur une année* (art. 1770). — Alors, voici les questions qui se posent :

a) Quand y a-t-il *cas fortuit*, entraînant indemnité ? Dans l'hypothèse de tout accident rentrant dans la définition du *cas fortuit* proprement dit aussi bien que de la *force majeure* : inondation, sécheresse, invasion de vers blancs ou de sauterelles, etc... En revanche, il n'y a pas cas fortuit si la diminution de la récolte tient à la nature des choses, par exemple à l'épuisement du sol ; ou à la mauvaise qualité des semences ; ou encore si la cause du dommage était existante et connue au moment de la conclusion du bail (art. 1771, al. 2) ; si elle était facile à prévoir, comme la gelée dans un pays de climat rude, la sécheresse dans un pays très sec ; non plus enfin, s'il y a eu faute du fermier : ainsi il a été jugé que le ravage du mildew n'est pas un cas fortuit donnant lieu à indemnisation, parce que le fermier peut en préserver les vignes au moyen d'un traitement approprié.

Rappelons que les risques peuvent être mis à la charge exclusive du fermier, clause assez fréquente en pratique. Mais ici (art. 1772, 1773), la loi fait une distinction entre les cas fortuits proprement dits ou *ordinaires*, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure, et les cas fortuits *extraordinaires* ou cas de force majeure, tels que les ravages de la guerre ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet. Ce sont, en principe, les premiers seuls qui sont mis à la charge du fermier par la clause d'exclusion de l'indemnité ; pour qu'il supportât les seconds, il faudrait qu'il

eût expressément déclaré qu'il assumait à la fois les risques prévus et les risques imprévus.

b) La diminution de la valeur des fruits doit-elle s'entendre de celle de leur *quantité brute* ou de celle de leur *valeur vénale*? On admet en général qu'il s'agit de la quantité brute. Ainsi, la diminution de plus de moitié de la récolte en raisin donnera lieu à indemnisation, quand bien même l'élévation de la valeur du vin aurait rendu cette année meilleure pour l'exploitant qu'une année de grande récolte. Cette solution ne laisse pas d'être quelque peu injuste. Et il en est de même de celle qui impose au propriétaire l'indemnisation de l'article 1770, quand bien même le fermier aurait été assuré et serait mis à couvert du risque subi par un contrat d'assurance, *res inter alios acta* pour le propriétaire.

B. *Le bail porte-t-il sur plusieurs années?* — Alors, aux difficultés précédentes s'en ajoute une autre. La loi introduit ici (art. 1769) le principe de la *compensation* entre les diverses années. Elle décide que la perte, même supérieure à la moitié de la récolte de l'année, ne donne pas lieu à indemnité, si elle est compensée par la récolte des années antérieures (de toutes les années, bonnes, mauvaises ou moyennes). Que s'il n'y a pas eu compensation, dès à présent le fermier devra attendre la fin du bail pour le règlement de son indemnité, afin qu'on puisse faire entrer en compte les années ultérieures qui peut-être amèneront un excédent de récoltes. Toutefois, le juge a le pouvoir de dispenser provisoirement le fermier d'une partie des fermages.

5° **Question de l'indemnité à verser au fermier pour ses améliorations.** — Nous nous contentons de signaler cette question, objet de vives discussions économiques et de propositions de lois déjà nombreuses. Ce qui est certain, d'après la jurisprudence actuelle, c'est que le fermier n'a droit, en dehors d'une clause du bail, à aucune indemnité pour la plus-value qu'il aurait donnée à la ferme V. note, S. 1910.1.425 ; Bourguin. *de l'indemnité de plus-value*, Rev. polit et parlem., 1900, p. 324 et s. [1].

II. — Bail à fruits ou à colonat partiaire [2].

Cette variété de bail à ferme, appelée aussi *métayage*, dans laquelle le fermage consiste en une part de fruits, était très usitée sous l'ancien régime, dans certaines provinces, Guyenne, Périgord, Limousin, Vendée, Maine, Bourbonnais, où elle est, de nos jours, restée encore en honneur. Elle ne faisait cependant l'objet que de courtes dispositions, d'allusions même dans le Code civil (V. art. 1763, 1764, 1827 à 1830). Aussi a t-elle été réglementée par la loi du 18 juillet 1889, incorporée dans le Code rural. L'esprit général des dispositions de cette loi s'inspire d'une pensée de faveur

1. Des propositions de lois sont actuellement déposées au Parlement en vue de réaliser cette reforme, conséquence logique de la loi précitée sur la protection de la propriété commerciale.

2. Cons. Leroy, *Du colonage partiaire ou métayage d'après la loi du* 18 *juillet* 1889 : Vernaison, these Paris 1902 ; voir diverses autres thèses traitant du metayage dans certaines régions de la France : Pasquier (le Craonnais), Paris, 1890 ; Sauzet (le Limousin), Paris 1897 ; Martin-Desboudets (le Bourbonnais), Paris, 1897 ; Lemoine (le Cher), Paris, 1902 ; Ode (l'Anjou), Caen, 1910 ; Viguier (le Lauraguais), Paris, 1911.

manifeste pour une forme de bail qui établit une étroite communauté d'intérêts entre le cultivateur et le propriétaire.

1° Ressemblances entre le bail ordinaire et le métayage :

A. — En ce qui concerne *la preuve*, la Jurisprudence décide qu'il y a lieu d'appliquer à cette variété de bail les dispositions des articles 1715 et 1716 (Req., 28 juin 1892, D. P. 92.1 407, S. 92.1.417).

B. — Les obligations du bailleur, délivrance, entretien, garantie, impôt foncier, pèsent sur lui dans le métayage (L. de 1889, art. 3).

C. — Les obligations du preneur relatives à l'état des lieux, aux réparations locatives, à l'obligation d'avertir le propriétaire des usurpations des tiers, pèsent également sur les métayers (L. de 1889, art. 4).

D. — La nature du droit du preneur est la même, celle d'un droit personnel mobilier.

E. — Le bailleur possède le privilège de l'article 2102-1° sur le mobilier du métayer qui garnit les lieux loués (L. de 1889, art. 10).

2° Différences entre le bail ordinaire et le métayage :

A. — Le métayer, au lieu d'un fermage en argent, paye une *redevance en fruits*, proportionnelle à la récolte (L. de 1889, art. 2). Il est vrai que le bailleur exige parfois, en outre, une certaine redevance en argent, généralement modique, appelée *prestation colonique*. La fixation du prix en fruits a pour conséquence d'écarter du métayage l'application des articles 1769 à 1772 sur l'indemnité en cas de diminution de récolte, ainsi que celle de l'article 1722 en cas de destruction partielle de la chose. Au lieu que le fermier a le droit, en ce cas, d'opter entre la résiliation et la diminution du fermage, le métayer ne peut que demander la résiliation (L. de 1889, art. 8), la diminution du fermage se produisant automatiquement. Le droit de demander la résiliation appartient également dans ce cas au bailleur.

B. — Les actions résultant du bail à colonat partiaire *se prescrivent par un délai de cinq ans*, à partir du jour où le bail prend fin (L. de 1889, art. 12), tandis que celles du bail à ferme ordinaire se prescrivent par le délai de 30 ans commençant à courir du jour de l'échéance de chaque terme.

C. — Ce qu'il y a de plus caractéristique dans la réglementation du métayage, ce sont les particularités tenant à ce que les règles du louage s'y combinent, dans une certaine mesure, avec celles de la société. Voici les applications diverses de cette idée :

a) Le propriétaire jouit, dans le métayage, de certaines prérogatives spéciales (L. de 1889, art. 5), telles que la surveillance des travaux et la direction générale de l'exploitation, soit pour le mode de culture, soit pour l'achat et la vente des bestiaux. C'est l'usage, à défaut de convention, qui détermine les limites de ce droit de surveillance et d'ingérence.

b) La responsabilité du métayer, en cas d'incendie, est moins lourde, précisément à cause de cette faculté de surveillance du bailleur. Le métayer est exonéré, du moment qu'il prouve qu'il a veillé à la garde et à la con-

servation de la chose en bon père de famille (L. de 1889, art. 4, al. 2).

c) En revanche, il y a certaines obligations de diligence plus étroites pour le métayer que pour le fermier ordinaire. Il doit se servir des bâtiments d'exploitation qui existent dans les héritages qui lui sont confiés ; il est assujetti à la résidence dans ceux qui servent à l'habitation (L. de 1889, art. 4, al. 3).

d) Le métayer, nous l'avons vu, ne peut sous-louer ni céder son bail (art. 1763, 1764).

e) En cas de destruction partielle de la chose, le droit de résiliation appartient, nous l'avons dit, au propriétaire comme au métayer, et non au preneur seul comme dans un bail à ferme ordinaire (Cf. art. 1722 et L. de 1889, art. 8).

f) La mort du métayer résout le bail. Toutefois, la jouissance des héritiers continue jusqu'à l'époque fixée par l'usage des lieux pour l'expiration des baux annuels (L. de 1889, art. 6, 2e al.).

g) Chaque année, il y a lieu à règlement de comptes entre le métayer et le propriétaire (L. de 1889, art. 11). Ce sont les règles admises en matière de société qui s'appliquent à ces règlements de comptes (Trib. Agen, 24 mars 1904, D. P. 1904.2.296, S. 1905.2.21).

III. — Bail à cheptel.

L'article 1800 définit cette sorte de bail « un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles ». D'après cette définition, le bail à cheptel, opération qui suppose en fait un pays pauvre, nous apparaîtrait comme une variété du louage de meubles plutôt que du bail à ferme, si ce n'était, dans l'immense majorité des cas, le bailleur à ferme qui, accessoirement, donne un cheptel au fermier pour lui permettre l'exploitation. Cependant, une combinaison différente est en somme possible. Le preneur à cheptel ou *cheptelier*, peut être un petit propriétaire, ou le fermier d'un autre que son fournisseur de cheptel. Dans ce cas, l'article 1813 porte que le bail à cheptel devra être signifié au propriétaire de la ferme, afin de soustraire à son privilège le fonds de bétail introduit sur ses terres.

La loi prévoit cinq combinaisons différentes de bail à cheptel, variétés dans lesquelles elle règle, à défaut de convention des parties, deux questions importantes, toujours les mêmes ; celle du risque du bétail, celle de l'attribution du profit des animaux, notamment du croît et de la laine.

1° **Cheptel simple.** — C'est à propos de cette variété de cheptel (art. 1804 à 1817) que l'on rencontre les règles du droit commun, applicables à moins de dérogation formelle.

En ce qui concerne les *profits*, la loi les repartit ainsi. Le cheptelier profite seul du travail, du fumier, du laitage des animaux donnés à cheptel (art. 1811, 6e al.). Au contraire, le croît et la laine se partagent par moitié,

ce qui constitue une sorte de société entre le cheptelier et le propriétaire du fonds de bestiaux (art. 1811, *in fine*). Le cheptelier ne doit pas procéder à la tonte sans avoir prévenu le bailleur (art 1814). Ajoutons que, bien que le cheptelier ne soit pas propriétaire des animaux, il acquiert sur eux un certain droit de disposition. L'article 1812 porte en effet que chacun des intéressés, propriétaire et cheptelier, a le droit d'aliéner les bestiaux avec le consentement de l'autre.

En ce qui concerne la propriété des bestiaux, elle continue à appartenir au bailleur, même s'il y a eu estimation du fonds de bétail (art. 1805). Ses créanciers pourraient donc saisir le cheptel, sauf l'obligation pour eux d'entretenir le bail du moment qu'il a été enregistré (art. 1743), c'est-à-dire de laisser la jouissance du cheptel au fermier pendant la durée de la location.

De même, en principe, la perte des animaux, en dehors du cas de faute démontrée à la charge du cheptelier, est pour le bailleur, qui n'a que le droit de réclamer les peaux des bêtes perdues (art. 1809). Toutefois, comme cette perspective serait de nature à écarter les capitaux du bail à cheptel, et comme, d'autre part, ce contrat établit une société entre le bailleur et le cheptelier, celui-ci participera dans une certaine mesure au risque des animaux. La perte n'est pour le bailleur seul que si elle est totale (art. 1810). Mais, s'il ne périt qu'une partie du cheptel, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel (art. 1810, 2e al.). En effet, à l'expiration du bail, le cheptelier est tenu de souffrir que le bailleur prélève des bêtes de chaque espèce, jusqu'à concurrence de la première estimation, l'excédent seul devant être partagé. Et, à défaut de croît suffisant pour combler ces vides, il y aura lieu à compte en argent de manière que le cheptelier supporte moitié de la perte partielle (art. 1817).

Ajoutons que, précisément à cause des risques que la convention entraîne pour les deux parties, le Code assigne au contrat de cheptel, à défaut de convention, la durée brève de trois années (art. 1815).

2° **Cheptel donné au colon partiaire** (art. 1827 à 1830). — C'est une simple variante du précédent, à part quelques clauses d'usage prévues et permises par l'article 1828.

3° **Cheptel à moitié** (art. 1818 à 1820). — Chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, ce qui accentue le caractère de société. Il en résulte qu'il y a partage des risques même en cas de perte totale (art. 1818). Cette sorte de cheptel, qui suppose un fermier doté d'un certain capital, et d'autre part, fait à preneur une condition si désavantageuse, est naturellement peu usitée en pratique, quoiqu'on la rencontre parfois sous forme de société cheptelière conclue entre plus de deux personnes (Civ., 10 janvier 1927 D. H. 1927, 99).

4° **Cheptel de fer** (art. 1821 à 1826). — Le nom de cette variété de cheptel s'explique, soit par la condition très dure faite au fermier, soit par l'attache permanente qu'elle établit entre le sol et les animaux qui y sont

considérés comme immeubles par destination indispensables à la conservation de l'exploitation rurale. Le cheptel y est livré au preneur, soit avec un simple état descriptif, soit avec un état estimatif. Mais, dans ce dernier cas, l'article 1822 porte que l'estimation ne transfère pas la propriété des animaux au fermier. En revanche, elle met tous les risques à sa charge (art. 1825). Par compensation, tous les profits, tels que le croît ou l'augmentation du poids des animaux, appartiennent au fermier (art. 1823), à l'exception du fumier qui doit être uniquement employé à l'exploitation de la métairie (art. 1824).

A l'expiration du bail, le fermier est tenu de restituer un cheptel équivalent à celui qu'il a reçu. Si l'on suppose que ce cheptel ait été l'objet d'une estimation, et étant donné que la loi attribue l'excédent de valeur au fermier (art. 1826, al. 2), de grandes difficultés ont surgi au lendemain de la guerrre de 1914. par suite de l'augmention considérable du prix des bestiaux. On s'est demandé si le fermier avait droit à cette augmentation de valeur *ne résultant pas de ses soins et améliorations*, de telle sorte qu'il pourrait être tenu pour quitte en ne restituant au bailleur qu'un cheptel d'égale valeur pécuniaire, mais de bien moindre importance numérique, ou encore que, tenu de restituer un même nombre d'animaux, il serait en droit d'exiger du bailleur le paiement de la plus-value généralement énorme, acquise par suite de la crise économique consécutive à la guerre. Sur cette difficile question les cours d'appel ont rendu des décisions divergentes (V. notes de MM. Lalou, D. P. 1920.2 105 et Rousseau S. 1920.2.97[1]). La Chambre civile de la Cour de Cassation a tranché la question en faveur du fermier par un arrêt du 6 juin 1921 D. P. 1921.1.73, avec le rapport de M. Ambroise Colin, et la note signée N. S. 1921.1.193, note de M. Louis Hugueney. Voir aussi note de M. Frédéric Hubert, sous trib. civ. de Montmorillon, 6 juillet 1921, s. 1921.2.13).

5° **Contrat improprement appelé cheptel** (art. 1831). — Le Code désigne par cette formule une combinaison en vertu de laquelle le bailleur donne (gratuitement) *un ou plusieurs animaux* à un preneur, pour les nourrir et les loger. D'où, vraisemblablement, l'impropriété signalée par le texte dans l'expression de cheptel, ces mots ne s'appliquant qu'à un *fonds de bestiaux* et non à des animaux individuellement déterminés. Dans le contrat de l'article 1831, tout le profit de l'animal ou des animaux va au preneur, à l'exception du croît. Les risques sont à la charge du bailleur sans distinction ; il doit même payer les soins en cas de maladie.

1. V. Lesmaris, *De la reprise du cheptel en fin de bail*, 1921.

CHAPITRE II

LOUAGE D'INDUSTRIE

SECTION Ire. — Généralités. Différences avec les autres contrats.

Définition. — On désigne sous le nom de louage d'*industrie*, *contrat d'entreprise*, un contrat synallagmatique par lequel une des parties s'oblige à faire un travail d'ordre quelconque, comme édifier des constructions, fabriquer ou réparer un meuble, transporter des voyageurs, des marchandises, défendre en justice, donner des soins à un malade, etc., moyennant une rémunération déterminée.

Le champ d'application de ce contrat est assez mal délimité, et il est parfois difficile de le distinguer de certains contrats voisins, dont les effets diffèrent des siens et qui sont : le contrat de travail, le mandat, la vente à livrer.

Différences avec le contrat de travail. — Entre autres intérêts de la distinction entre le contrat de travail (ou louage de services, *locatio operarum*), et le louage d'industrie (*locatio operis*), signalons les suivants :

1° Dans le louage d'industrie, les risques sont à la charge du *locator* (qualifié soúvent d'*entrepreneur* ou de *tâcheron*, quand il s'agit d'une petite entreprise). En effet, si l'ouvrage qu'il a promis n'est pas fourni, il n'a droit à aucune rémunération. Au contraire, dans le contrat de travail, on peut dire que les risques sont pour le maître, parce que le salarié a toujours droit à la rémunération de son travail, que ce travail ait produit ou non un résultat.

2° La prescription de l'action du salarié est de six mois (art. 2271, 4e al.), ou d'un an (art. 2272, 3e al.). Celle de l'action du *locator operis* est d 30 ans.

3° Les garanties de la rémunération ne sont pas les mêmes. La plupart des salariés, c'est-à-dire les gens de service (art. 2101, 4°), les ouvriers et les commis des commerçants (art. 549 C. com.), ont un privilège général sur les meubles du maître. Le *locator operis*, lui, n'a pas, en général, de privilège, à l'exception des architectes et entrepreneurs qui ont privilège sur le bâtiment par eux construit (art. 2103-4°).

4° L'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail suppose un contrat de travail. Cette loi ne peut être invoquée par l'entrepreneur ou tâcheron.

Quel est donc le critérium qui permettra de discerner l'un ou l'autre de ces deux contrats ?

Ce n'est point la profession du *locator*, car le plus humble ouvrier peut jouer le rôle d'un entrepreneur ou tâcheron (V. art. 1799). Ce n'est pas non plus le mode de paiement du salaire. En effet, d'une part, un salaire non pas fixe, mais proportionnel aux bénéfices de la maison ou au chiffre d'affaires de l'agent, tel qu'en touchent souvent les commis-voyageurs, n'empêche pas leur engagement de présenter les caractères d'un contrat de travail. De même, les ouvriers payés *aux pièces* ne sont pas pour cela des entrepreneurs. A l'inverse, un tâcheron peut fort bien être rémunéré suivant ses heures de travail, ce qui, extérieurement, le fait beaucoup ressembler à un ouvrier.

Nous croyons que le critérium doit être cherché à la fois dans une certaine continuité de rapports, et dans un lien de subordination dans l'exécution du travail, traits qui caractérisent le contrat de travail. Au contraire le tâcheron ou entrepreneur, si modeste soit-il, exécute le travail auquel il s'est engagé sans direction et à ses risques et périls (Req., 8 janvier 1907, D. P. 1909.1.423, S. 1907.1.353).

Comparaison avec le mandat. — Le rapprochement s'impose surtout à l'occasion de certaines tâches d'ordre relevé (*artes liberales*), telles que l'engagement du médecin, de l'avocat, etc..., dans lesquels les Romains voyaient non un *louage*, mais un *mandat*. Cette différenciation suivant la nature des tâches promises s'expliquait, chez les Romains, par deux facteurs aujourd'hui disparus : d'une part, le mépris des travaux manuels (*artes serviles*), lot ordinaire des esclaves ; d'autre part, l'institution de la clientèle, qui faisait de la tâche de l'avocat, généralement envisagée par les jurisconsultes comme type des *artes liberales*, un service gratuit. De nos jours, tout cela a disparu. Le travail est considéré comme ayant sa dignité, quelle qu'en soit la nature ; d'ailleurs, il n'en est pas qui soit purement manuel et ne mette en jeu l'intelligence. D'autre part, les professions libérales doivent nourrir leur homme comme les autres. Déjà Pothier qui, reproduisant les solutions romaines, regardait l'avocat comme un mandataire, supposait cependant un client lui offrant le *Thesaurus* de Meerman, ouvrage manquant à sa bibliothèque. Avant lui, Cujas, plus réaliste, appliquait à l'avocat les paroles de Sénèque (dans l'*Hercule furieux*).

Clamosi rabiosa fori jurgia vendunt,
Iras et verba locant...

De nos jours, il semble, sauf une discussion que nous retrouverons plus loin (V. p. 707) que, dans les rapports de l'avocat ou du médecin avec le client, il y a, non pas mandat, mais louage d'industrie ; le caractère ordinaire du mandat étant la représentation, et l'avocat ni le médecin ne représentant le client. Au contraire, un avoué est un mandataire, car il représente son client en justice.

De même, un agent d'affaires, un agent d'assurances sera mandataire à l'égard de la clientèle, *locator operarum* à l'égard de la Compagnie ; un architecte, *locator operis* en principe, sera cependant mandataire en tant

qu'il est chargé du règlement des mémoires des entrepreneurs pour le comptè de son client (V. note de M. Glasson, D. P. 1906.1.9.; Civ. 3 novembre 1926, D. P. 1927.1.77). Quel intérêt y a-t-il donc à la question ?

1° Les deux contrats peuvent donner lieu à rémunération pécuniaire : le mandat peut être salarié, et le salaire du mandataire peut se poursuivre en justice comme celui du *locator operis*. Il y a cependant une nuance appréciable entre eux. S'agit-il du salaire d'un mandataire, les tribunaux admettent la réductibilité de la rémunération convenue, si elle paraît hors de proportion avec le service rendu (Req., 24 février 1891, D. P., 91.5.336 ; Req., 27 janvier 1908, D. P. 1908.1.155, S. 1908.1.223) ; or, ils n'auraient certainement pas le même pouvoir d'appréciation pour la rémunération d'un louage d'ouvrage.

2° Une différence à peu près purement théorique a trait à la responsabilité encourue par le médecin ou l'avocat. Est-ce une responsabilité délictuelle ou contractuelle ? Au fond le problème offre peu d'intérêt. En cas d'abandon du malade par le médecin, par exemple, les tribunaux, qui infligeront à celui-ci des dommages-intérêts, confondront volontiers l'idée de la responsabilité contractuelle avec celle de la sanction d'un délit (V. Bourges, 3 août 1909, *Gaz. Pal.*, 1909.2.584).

3° Supposons qu'un ingénieur, chargé par une Compagnie de certaines études dans un pays éloigné, y périsse par suite d'un cataclysme naturel. Si on l'envisage comme un *locator operis*, sa famille n'a droit à une indemnité qu'en démontrant une faute de la Compagnie. Si on l'envisage comme mandataire, la famille doit toujours être indemnisée, en vertu de la règle de l'article 2000, d'après laquelle le mandant doit indemniser le mandataire de toutes les pertes essuyées à l'occasion de sa gestion (Req., 28 octobre 1907, D. P. 1908.1.481, note de M. Boistel, S. 1912.1.301).

Comparaison avec la vente. — Il n'est pas difficile de discerner un simple louage d'industrie, lorsque le maître procure la matière, et que l'artisan ne procure que sa façon (art. 1711, *in fine*). Mais que décider lorsque l'artisan fournit, avec sa façon, la matière de l'ouvrage ? Y a-t-il là un louage d'industrie ou une *vente à livrer* ? Voici quelques intérêts de la distinction :

1° Supposons qu'un entrepreneur, par exemple, un constructeur de navires, tombe en faillite avant l'achèvement du navire commencé. Le client va-t-il pouvoir revendiquer contre la faillite le navire commencé ? Non, si l'on admet qu'il y a vente, car la vente ne portait que sur une chose achevée. Oui, au contraire, s'il y a *locatio operis*. Et, d'autre part, s'il y a vente, les fournisseurs de matériaux auront, dans la faillite, le privilège de l'article 191-8° du Code de commerce.

2° L'article 4, al. 2, de la loi du 28 pluviôse an VIII donne compétence aux conseils de préfecture pour statuer sur les différends entre l'Administration et les entrepreneurs de travaux publics quant au sens et à l'exécution de leurs marchés. Mais ce texte s'applique-t-il si l'entrepreneur fournit à la fois travail et matière ? Ou, au contraire, se trouve-t-on en présence alors d'un *marché de fournitures*, c'est-à-dire d'une vente, ce qui donnerait alors

compétence aux tribunaux ordinaires, si le marché a été passé par le département, la commune ou un établissement public, et au Conseil d'Etat, s'il a été passé par l'Etat (Décret 11 juin 1806, art. 13). Ici la Jurisprudence incline dans le sens du marché de travaux publics, c'est-à-dire du louage d'ouvrage ; car elle donne compétence au conseil de préfecture (Trib. Conflits, 22 mars 1890, D. P. 91.3.94, S. 92.3.90).

3° Lorsqu'il y a *locatio operis*, l'ouvrier est quitte par la *réception* de l'ouvrage. Au contraire, s'il y a vente, le constructeur doit la garantie des vices cachés de la chose (art. 1648).

Où trouver donc le critérium ? Les textes sont contradictoires. D'après l'article 1711, dernier alinéa, il n'y a louage que dans l'hypothèse où la matière est fournie par le maître. Au contraire, l'article 1787 donne cette qualification même aux contrats en vertu desquels l'entrepreneur fournit à la fois matière et travail. Nous croyons que le contrat par lequel le travailleur fournit la matière est en général la *vente d'une chose future*. Mais il en sera différemment si la matière n'est que l'*accessoire*. Alors, c'est le louage d'ouvrage qui l'emporte. Déjà Pothier remarquait que le tailleur travaillant à façon ne cesse pas d'être un *locator operis*, parce qu'il fournit le fil et les boutons. La même idée s'appliquera dans des hypothèses moins claires. Ainsi, il a été jugé qu'il y a louage d'industrie et non vente dans le fait d'un entrepreneur qui se charge d'élever, en fournissant les matériaux, une construction sur un terrain nu qui lui est fourni à cette fin. C'est qu'on a considéré qu'en l'espèce la fourniture des matériaux était d'importance secondaire (Civ., 20 février 1883, D. P. 84.1.32, S. 83.1.313, Civ., 18 octobre 1911, D. P. 1912.1.113, note de M. Planiol, S. 1912.1.149, note de M. Gaudemet).

SECTION II — Effets du louage d'industrie.

§ 1. — Responsabilité du locator operis.

1° Avant l'achèvement du travail. — Ici nous avons à préciser les solutions déjà rencontrées sous les articles 1788 à 1790 à propos de la question des risques. Deux cas doivent être distingués, suivant que le *locator operis* (ouvrier ou entrepreneur) fournit ou ne fournit pas la matière.

A. *Le locator operis fournit la matière.* — Alors (art. 1788), il reste, nous l'avons vu, propriétaire de la chose jusqu'à sa réception ; sa situation est comparable à celle d'un vendeur de chose de genre. Donc. si cette chose périt « de quelque manière que ce soit » sans sa faute, la perte est pour lui ; il n'a, ni pour la matière ni pour le travail, rien à réclamer au maître, du moment que celui-ci n'était pas en demeure de procéder à la réception.

Toutefois, la Jurisprudence n'applique pas cette règle aux *entrepreneurs de constructions* travaillant avec leurs matériaux sur le sol d'autrui ; dans ce cas, elle fait supporter le risque par le maître ; le motif invoqué, c'est que les matériaux appartiennent au propriétaire, par accession, dès le moment de leur incorporation au sol. Or, *res perit domino* (Req., 19 juillet 1870, D. P. 72.1.18).

B. Le *locator operis ne fournit que la main-d'œuvre.* — C'est, par exemple, un industriel à qui on remet de la laine pour la peigner, un meunier à qui on remet du blé pour en faire de la farine. Distinguons le risque de la matière et celui de la rémunération.

a) *Risque de la matière.* — L'article 1789 porte que l'ouvrier *ne répond que de sa faute.* Donc, si la chose périt par cas fortuit, la perte de la matière est pour le maître. Mais à qui incombe la charge de la preuve? Evidemment à l'ouvrier. Débiteur de la restitution de la matière qui lui a été confiée, il n'est libéré qu'en démontrant que celle-ci a péri sans sa faute (art. 1302). Par exemple, s'il y a eu incendie ou vol, il faudra qu'il démontre que cet incendie ne lui est pas imputable, ou qu'il avait pris contre le vol les précautions suffisantes.

b) *Risque du prix de la main-d'œuvre.* — Aux termes de l'article 1790, si la chose a péri, l'ouvrier « n'a point de salaire à réclamer ».

Les Romains (59, D. *Loc. cond.*, XIX, 2) et notre ancien Droit (Pothier, *Louage*, n° 434), admettaient ici une solution plus humaine, à savoir que, comme le vendeur d'un corps certain, l'ouvrier avait, nonobstant la perte de la chose, droit à la rémunération de son travail. La solution du Code civil, bien que rigoureuse, est conforme aux principes généraux. Le contrat est synallagmatique. Le maître de l'ouvrage n'a promis le salaire que pour avoir la chose à ouvrer. Du moment que celle-ci ne peut lui être livrée, son obligation manque de cause. Ajoutons que la règle de l'article 1790 indique deux exceptions au principe, car le façonnier a droit à son salaire, nonobstant la perte des marchandises dans deux cas :

α) Si la chose a péri *par le vice de la matière* ; alors, en effet, c'est par la faute du propriétaire que le contrat n'a pu s'exécuter. Il en serait cependant différemment si l'ouvrier avait reçu *sciemment* des matériaux mauvais, ou si leur vice était de ceux qu'eût dû connaître un homme d'une expérience professionnelle moyenne.

β) L'ouvrier a droit de même au salaire si la marchandise façonnée avait été reçue, où, ce qui revient au même, si le maître était en demeure de la recevoir avant la perte.

2° Irresponsabilité consécutive à la réception en matière mobilière. — On applique ici purement et simplement ce principe que *la réception de la chose supprime toute responsabilité de l'ouvrier.* Du moment que le maître a pu examiner l'ouvrage avant de le recevoir, peu importent les vices de cet ouvrage ; il n'avait qu'à le refuser. Faisons cependant ici deux observations.

A. — Il en sera différemment si l'ouvrier a fourni à la fois la matière et le travail. En ce cas, nous l'avons vu, c'est, en principe, un *vendeur.* Comme tel, il est garant des vices cachés, en vertu du principe général de l'article 1648.

B. — Même s'il s'agit d'un simple façonnier, l'ancien Droit admettait un recours pour malfaçon *à raison des vices cachés.* Seulement, ce recours était limité à un bref délai (d'abord trois ans, puis un an). On reconnaît aujour-

d'hui que le Code civil a supprimé ce recours. En effet, nous allons voir qu'il en admet un, limité dans sa durée, *quant aux ouvrages immobiliers* (art. 1792); or, *qui dicit de uno de altero negat.* Et l'on ajoute que cette différence se justifie fort bien. La réception d'une construction immobilière nécessite des connaissances techniques que le maître ne possède pas en général, tandis que, lorsqu'il s'agit d'un travail mobilier, la vérification en est toujours possible.

Nous trouvons ce raisonnement fort arbitraire. En ce qui concerne les immeubles, ne pourrait-on pas dire que le client, s'il n'a pas les connaissances nécessaires pour apprécier le travail, pourrait le faire vérifier par un homme de l'art? Et, quant aux travaux mobiliers, la réparation d'une automobile par exemple, est-il vrai de dire *a priori* qu'aucune connaissance technique n'est nécessaire pour que le client puisse apprécier la valeur du travail?

3° Responsabilité consécutive à la réception en matière de bâtiments. Principes généraux. Double base. — Ici, nous trouvons deux textes célèbres dont le rapprochement constitue une difficulté classique de la matiere, les articles 1792 et 2270. Article 1792 : « Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans. » Article 2270: « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. »

On le voit, ces deux textes dérogent au principe que l'ouvrier est délivré de toute responsabilité par la *réception* du travail, et lui imposent dix années de garantie, à la suite de cette réception. Cette solution, traditionnelle dans notre Droit, s'explique par deux raisons. C'est d'abord, nous l'avons vu, l'impossibilité pour le maître de procéder à une réception sérieuse, étant donnée la complexité des connaissances nécessaires : notions d'architecture, expérience des matériaux, appréciation du sol, connaissances juridiques indispensables notamment pour connaître l'existence des servitudes légales, etc... En second lieu, il y a une raison d'ordre public pour exiger des architectes et entrepreneurs la *peritia artis*; c'est que leurs malfaçons sont funestes à la sécurité de leurs clients et à celle du public.

Mais quelle est la nature de la responsabilité imposée aux constructeurs? Rationnellement, semble-t-il, ce devrait être une responsabilité contractuelle. Ils ont promis un édifice bien conditionné. S'ils ne l'ont pas fourni tel, ils sont responsables, à moins qu'ils ne prouvent le cas fortuit ou l'action d'une force étrangère et imprévue. Mais la coexistence des deux textes précités, leur rédaction équivoque ont déterminé la Jurisprudence et la Doctrine à des distinctions compliquées et subtiles, que nous allons éclaircir, en examinant successivement les cinq points sur lesquels il peut y avoir lieu à comparaison entre l'article 1792 et l'article 2270.

A. — Dans l'article 1792, il s'agit d'un édifice construit à *prix fait*. L'article 2270, au contraire, ne distingue pas, il embrasse donc aussi bien le cas

où le travail a été effectué *sur devis* que celui où il a eu lieu à *prix fait*, c'est-à-dire à forfait.

B. — On remarquera de plus que l'article 1792 nous parle d'un *édifice*. L'article 2270, plus général, plus large, emploie une autre expression, celle de *gros ouvrages*.

C. — L'article 1792 suppose un édifice qui *périt en entier ou en partie*. L'article 2270 ne fait aucune allusion à cette circonstance. La responsabilité qu'il édicte sera donc encourue aussi bien en cas de *simple malfaçon*.

D. — L'article 1792 suppose que l'architecte et l'entrepreneur ont *construit*, c'est-à-dire ont non seulement donné le plan et dirigé, mais effectué le travail. L'article 2270 nous parle, au contraire, des travaux qu'ils ont faits ou dirigés.

E. — Sur un point seulement les articles 1792 et 2270 coïncident absolument : c'est en ce qui concerne la limitation de *dix années* assignée à la responsabilité des architectes et entrepreneurs.

En raison de ces divergences, une idée s'est formée et développée en Jurisprudence : c'est que, lorsque les circonstances spéciales plus étroites envisagées par l'article 1792 se rencontrent, un régime plus sévère est établi par la loi, un surcroît de responsabilité pèse sur le *locator operis* ; il y a *présomption de faute* contre lui.

A'. **Construction à prix fait et construction sur devis.** — Précisons d'abord la différence entre le marché *à prix fait* et le *marché sur devis*. On appelle marché *à prix fait* ou *à forfait*, ou quelquefois *à tous risques*, celui dans le lequel la somme due par le maître est fixée d'une manière invariable. L'entrepreneur et l'architecte ne peuvent demander aucune augmentation de prix, sous prétexte d'une augmentation du prix des matériaux ou de la main-d'œuvre. Le *marché sur devis* est différent. On appelle *devis* la prévision et l'estimation approximative des travaux, matériaux et main-d'œuvre, accompagnant la conclusion du contrat ; les travaux sont ensuite exécutés, et le règlement se fait par mémoire. Les honoraires de l'architecte sont soldés en sus, et consistent généralement en un tant pour cent (le plus souvent 5 %) des dépenses totales, système singulier qui a pour base l'*Avis du conseil des bâtiments civils* du 12 pluviôse an VIII. De cette différence dans le mode de rémunération résultent deux autres différences.

a) *En ce qui concerne le règlement des travaux supplémentaires.* — S'agit-il d'un marché sur devis, tous les travaux sont réglés sur mémoire, et si le constructeur en a fait de supplémentaires par rapport au plan primitivement adopté entre lui et le maître, il fera la preuve d'une entente en vue de ces suppléments suivant les règles du droit commun. Au contraire, s'il y a eu prix fait, l'article 1793 porte que l'architecte ou l'entrepreneur ne peut réclamer le remboursement des travaux supplémentaires qu'en produisant un *ordre écrit* du propriétaire. Il y a là, non seulement une dérogation au droit commun en matière de preuves, mais une condition substantielle de la validité de la convention modificatrice du plan primitif. Dès lors, non seulement le constructeur ne pourrait invoquer un commencement

de preuve par écrit, afin de démontrer par témoins l'ordre supplémentaire de son client, mais il ne pourrait lui déférer le serment. Les entrepreneurs ont réclamé contre cette règle et demandé certains tempéraments :

α) On a parfois prétendu que l'entrepreneur pourrait obtenir paiement de ses travaux supplémentaires par l'action de *in rem verso*, dans la mesure de l'enrichissement du maître, *quatenus locupletior* ; mais cette solution est inadmissible, car elle permettrait de méconnaître facilement le texte si impératif de l'article 1793 (Req., 4 janvier 1870, D. P. 70.1.246).

β) Certains arrêts écartent la règle de l'article 1793 pour les *travaux de terrassement*, si fréquents notamment en matière de travaux publics, à cause des difficultés spéciales qu'il y a pour l'entrepreneur à connaître la nature du terrain, ce qui rend les erreurs de sa part trop faciles (Req., 20 avril 1874, D. P. 74.1.329, S. 95.1.56). Mais l'erreur, qui est une cause d'annulation du contrat, peut-elle en changer les conditions ?

γ) Il faut écarter la règle de l'article 1793 lorsqu'il y a dans le marché à forfait une clause par laquelle le propriétaire se réserve de faire des modifications au plan primitif (Req., 1er février 1904. *sol. impl.*, D. P. 1904.1.360). Alors en effet, le propriétaire paraît s'être réservé une option entre deux marchés de caractère différent ; et, en commandant des travaux supplémentaires, il aurait opté pour le marché sur devis.

δ) On conteste que l'article 1793 s'applique aux entrepreneurs qui fournissent le terrain (arg. du mot : « le propriétaire du sol »).

ε) Enfin, cet article ne s'applique pas aux travaux d'aménagement intérieur d'un magasin (Civ. 26 décembre 1921, Gaz. Pal. 20 janvier 1922).

Ajoutons que, pratiquement, les entrepreneurs qui veulent obtenir une modification à leur avantage du forfait qu'il ont consenti, usent parfois d'une ruse consistant à menacer le maître de se mettre en faillite, s'il ne veut leur consentir une bonification. Contre un pareil procédé, il n'y qu'une précaution à prendre, c'est d'exiger de l'entrepreneur à forfait le dépôt d'un cautionnement.

b) *En ce qui concerne la responsabilité.* — Bien que, rationnellement, le mode de rémunération du constructeur ne semble pas devoir influer sur sa responsabilité, la Jurisprudence a admis ici la distinction suivante :

Si le constructeur a fait un marché à prix fait (domaine de l'art. 1792), il est, en cas de destruction, *présumé en faute* (disons simplement qu'il est soumis aux règles de la responsabilité contractuelle édictées dans les articles 1147 et 1148). Ce sera à lui, s'il veut échapper aux dommages-intérêts, à prouver le cas fortuit ou la force majeure qui a amené la catastrophe (Req., 16 juillet 1889, D. P. 90.1.488). Mais la démonstration d'une faute imputable au maître lui-même, par exemple le fait que c'est lui qui a fourni le plan, ne serait pas une cause d'exonération pour le constructeur. En effet, celui-ci n'aurait pas dû accepter des ordres dangereux, un plan défectueux (Civ., 23 octobre 1888, D. P. 89.1.90 ; V. cep. Grenoble, 28 mars 1900 D. P. 1900.2.431). Toutefois, le Conseil d'Etat fait assez bon marché de cette idée, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un travail pour le compte de l'Etat ou d'une commune ; dans ce cas, une faute de direction émanant de la

personne publique atténue la responsabilité du constructeur (C. d'Etat, 12 novembre 1886, D. P. 88.3.27), sans doute parce que, dans l'espèce, la liberté et l'autorité de l'entrepreneur sont moins complètes qu'au regard d'un particulier.

Que si, au contraire, le constructeur a passé un marché sur devis (domaine de l'art. 2270), c'est au propriétaire, en cas de catastrophe, à démontrer la faute, l'impéritie du constructeur, le vice de construction ou le vice du sol dont il aurait dû se rendre compte. Il n'y a là, dit-on, qu'une application de la responsabilité des articles 1382 et 1383 (Req., 24 mai 1894 D. P. 94.1.451, S. 94.1.448 ; Civ., 14 novembre 1900, D. P. 1901.1.153, S. 1902.1.265).

Il y a là assurément une distinction fort arbitraire. Elle a cependant un avantage pratique. C'est que, dans le cas d'un marché à prix fait, le bénéfice du constructeur devant résulter des économies qu'il réalisera, il est bon de comminer contre lui une sanction plus rigoureuse, afin qu'il ne cherche pas à faire des économies excessives.

B' **Distinction entre les édifices et les gros et menus ouvrages.** — Du rapprochement des articles 1792 et 2270 on tire une autre distinction entre trois sortes de travaux : l'*édifice entier*, les *gros ouvrages*, les *menus ouvrages*. La destruction de l'*édifice entier* donnera lieu, jointe aux autres conditions de l'article 1792, à l'application de la présomption de faute soi-disant édictée par ce texte. Des *gros ouvrages*, le constructeur n'est responsable que dans les termes de l'article 2270, c'est-à-dire à condition qu'une faute soit prouvée contre lui. Enfin, aux *menus ouvrages* s'applique la règle du droit commun en matière d'entreprise, c'est-à-dire que nulle responsabilité ne pèse sur le constructeur, du moment qu'il y a eu réception des travaux.

On appelle *gros ouvrages*, tous les travaux qui constituent une partie maîtresse de l'édifice, couvertures, plomberie, cheminée, ascenseurs, voûtes d'un four de boulangerie, etc. (Req., 3 novembre 1909, D. P. 1910.1.221), les grosses réparations de l'édifice, et, en dehors de l'édifice, les puits, prises d'eau, pavages. Les *menus ouvrages*, ce sont les réparations d'entretien, couvertures non entières, vitres, etc., les meubles immobilisés par destination tels que glaces, boiseries, papiers de tentures, etc..

On remarquera que, si l'on s'explique sans peine la distinction faite entre les gros et les menus ouvrages, ceux-ci pouvant être aisément vérifiés même par une personne dépourvue de connaissances techniques, la différence, quant à la responsabilité, faite entre la destruction d'un gros ouvrage et celle de l'édifice entier paraît absolument arbitraire.

C' **Perte ou simple malfaçon.** — L'article 1792 nous parle de *perte totale ou partielle* de l'édifice ; l'article 2270, sans préciser, se contente d'imposer une garantie de dix ans au constructeur, ce qui semble bien le rendre responsable des simples *malfaçons*. La conséquence de cette distinction est double.

a) En cas de *perte* proprement dite, il faudra, si les autres conditions du texte sont réunies, appliquer l'article 1792, tel que l'interprète la Jurisprudence, c'est-à-dire que le constructeur sera présumé en faute. En cas de simple malfaçon, au contraire, la charge de la preuve d'une faute du constructeur incombera au propriétaire (Req., 16 mai 1904. D. P. 1905.1.352, S. 1910.1.132).

b) La sanction ne sera pas non plus absolument la méme. La perte totale ou partielle entraîne des dommages-intérêts à la charge du constructeur. La malfaçon impose à l'architecte ou à l'entrepreneur l'obligation de réparer sa faute *pour l'avenir* en restituant à l'édifice toutes les qualités d'une bonne exécution (Civ., 3 décembre 1890, D. P. 91.1.151, S. 94.1.343). Cette solution semble raisonnable. Supposons qu'il s'agisse d'une malfaçon, en l'espèce, de l'emploi d'un mortier manquant de cohésion ; si on se contentait d'imposer à l'entrepreneur la réparation, sous forme de dommages-intérêts, du préjudice déjà encouru, sans réfection pour l'avenir, le constructeur responsable n'aurait pas satisfait à la garantie qui lui est imposée par la loi.

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *malfaçon ?*

L'opinion la plus favorable aux architectes et entrepreneurs, celle du Conseil d'Etat (C. d'Et., 18 mai 1888, D. P. 89.5.299), ne comprend dans la malfaçon que les vices qui peuvent affecter la solidité de l'édifice. Dès lors, les vices indifférents pour la solidité, tels que la mauvaise qualité des tuiles et des plombs employés à la couverture, le manque de jointure des fenêtres, l'emploi de pierres salpêtrées, etc... sont couverts par la réception.

Nous croyons préférable de considérer, avec les juridictions civiles, que la responsabilité du constructeur embrasse généralement toutes espèces de vices dépassant la mesure des imperfections auxquelles on doit s'attendre dans une construction. Nous comprendrons donc dans les malfaçons les défauts indiqués plus haut, voire même les fautes juridiques consistant dans l'inobservation des règles légales sur le voisinage (art. 657) ou des règlements de voirie, et exposant le propriétaire à des désagréments, tels que l'obligation de détruire ou de refaire des murs construits hors l'alignement ou en violation des règles relatives à la mitoyenneté.

D' **Répartition de la responsabilité entre ceux qui ont construit, fait ou dirigé les travaux. Architectes, entrepreneurs, sous-entrepreneurs.** — L'article 1792 impose l'épreuve de dix ans à ceux qui ont *construit* l'édifice entier. L'article 2270 l'impose à ceux qui ont *fait* ou *dirigé* les travaux. Quelles sont donc, au juste, les personnes responsables des ruines ou malfaçons ? La loi nous parle des *architectes* et *entrepreneurs*. Un point est certain, c'est qu'il faut entendre par *architectes* même ceux qui, sans l'être, en accomplissent les fonctions, par exemple, un agent-voyer qui a fait une construction, à plus forte raison un architecte municipal, quel que soit le mode de sa rémunération. Mais comment distribuer la responsabilité entre l'architecte et l'entrepreneur ?

Commençons par relever une observation de fait souvent présentée par les architectes. C'est qu'un notable changement s'est opéré dans les ha-

bitudes de la construction depuis 1804. A cette époque, la profession des architectes et celle des entrepreneurs se confondaient en général. Depuis, une catégorie nouvelle s'est développée, celle des *architectes artistes*, qui se contentent en général de fournir les plans et de recevoir les travaux, mais sans surveiller leur exécution qui est confiée à l'entrepreneur[1]. Ceci dit, indiquons ici les distinctions nécessaires:

a) Supposons d'abord qu'un seul (architecte se faisant entrepreneur ou *vice-versa*) ait à la fois fait le plan et exécuté le travail. Alors, il y aura pour lui plénitude de responsabilité, soit dans les termes de l'article 1792, soit dans ceux de l'article 2270. Notons toutefois que, si le propriétaire s'était adressé directement à un entrepreneur pour faire l'économie d'un architecte, il semble bien résulter de certaines décisions qu'il trouverait une garantie moindre, car la responsabilité de l'entrepreneur ne s'étendrait pas aux vices résultant du défaut de connaissances qu'on ne peut attendre de sa profession (V. C. d'Etat, 11 novembre 1881, D. P. 83.3.21, S. 83.3.32). Ainsi, d'après ces décisions, cet entrepreneur ne serait pas responsable, à moins de faute prouvée, des ruines résultant des vices du sol; on peut exiger des connaissances géologiques d'un architecte, mais non d'un entrepreneur.

b) Supposons, au contraire — ce qui est le cas le plus fréquent — qu'il y ait eu à la fois architecte et entrepreneur. Alors il faut sous-distinguer:

Première hypothèse. — L'architecte a-t-il seulement *fourni le plan*, ou ce qui revient au même, accepté le plan d'un autre, se l'appropriant ainsi; il ne répond dans ce cas que des vices du plan, mais non des vices du sol ou des matériaux et de la mauvaise exécution des travaux, vices dont l'entrepreneur seul sera tenu. Naturellement, il pourra y avoir élargissement de la responsabilité de chacun en cas de *faute prouvée*. Ainsi, l'architecte qui bien que n'ayant que fourni le plan, serait prouvé avoir connu la défectuosité du sol, en serait responsable. De même, l'entrepreneur serait responsable des vices du plan, s'il était prouvé les avoir connus et avoir néanmoins effectué le travail sans observation.

Seconde hypothèse. — Lorsque l'architecte a, non seulement fourni le plan, mais encore dirigé les travaux, deux systèmes sont en présence:

α) Celui de la *responsabilité privative*, dont les architectes réclament la consécration. A moins de faute démontrée, chacun serait responsable de ce qui rentre dans sa sphère, l'architecte des vices du plan et du sol (les vérifications géologiques lui incombant), l'entrepreneur des vices des matériaux et de la mauvaise exécution des travaux. La responsabilité se diviserait donc, et c'est le propriétaire qui subirait le risque de l'insolvabilité de chacun de ses débiteurs (C. d'Etat, 16 juin 1882, D. P. 83.3.123).

β) D'après la Jurisprudence civile, au contraire, l'architecte est responsable *de tout*, même de la mauvaise exécution des travaux et des vices des matériaux employés par l'entrepreneur, non que celui-ci soit son préposé, mais parce que l'architecte s'était engagé à surveiller ses travaux. Cette responsabilité d'ailleurs ne supprime pas celle de l'entrepreneur, à supposer qu'il y ait, à la charge de celui-ci, une faute personnelle démontrée (Req., 23 nov. 1842, D. *J. G. Louage d'ouvrage*, 148-1°; Req., 10 juin 1898, D. P. 98.367).

1. V. Minvielle, *Histoire et condition juridique de la profession d'architecte*, thèse, Bordeaux, 1921. La Jurisprudence actuelle considère l'architecte comme un mandataire de son client (Req. 28 janvier 1878, D. P. 78. 1.461, S. 79.1.289).

Il résulte de tout ce qui précède qu'il peut y avoir pluralité de responsables. Et alors deux questions se posent :

Première question. — Comment se distribue la responsabilité ? Dans un premier système, s'il s'agit d'une faute dont l'architecte et l'entrepreneur sont responsables ensemble, l'architecte n'est tenu que *subsidiairement*, c'est-à-dire en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur. Ce serait le système le plus équitable, la responsabilité de l'architecte étant en définitive engagée par la faute d'un autre. Cependant, il est repoussé par la Jurisprudence (Req., 16 mai 1904, D. P. 1905.1. 352, S. 1910.1.132). Le propriétaire peut réclamer le tout à l'architecte, sans perdre pour cela le droit d'actionner l'entrepreneur dans la mesure de sa responsabilité personnelle.

Deuxième question. — Y a-t-il possibilité d'un recours postérieur à l'action du propriétaire? On en peut concevoir deux. C'est d'abord le recours de l'architecte qui a payé le dommage contre l'entrepreneur auquel ce dommage est imputable. La Jurisprudence admet la possibilité de ce recours, pourvu toutefois que l'architecte soit exempt de faute personnelle (Poitiers, 29 janvier 1900 sous Civ., 30 juin 1902, D. P. 1907.1.436).

En second lieu, peut-il y avoir recours de l'entrepreneur contre les *sous-traitants* ou *sous-entrepreneurs* ?

Ces derniers ne doivent pas être confondus avec les *entrepreneurs partiels* que l'on rencontre lorsque le propriétaire ou l'architecte s'adresse directement, pour l'exécution du travail, à divers spécialistes, serrurier, plombier, maçon, etc. De ces entrepreneurs partiels s'occupe l'article 1799, aux termes duquel ces *locatores* « sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent » ; il n'y a donc qu'à leur appliquer *mutatis mutandis* les règles qui précèdent. La seule observation à faire en ce qui les concerne, c'est que la Jurisprudence ne considère pas comme entrepreneurs partiels, soumis à la responsabilité des articles 1792 et 2270, laquelle supposerait un *établissement*, une *entreprise*, les ouvriers employés à la tâche ou à la journée, bien qu'entrepreneurs au sens juridique du mot ; ces ouvriers sont donc libérés par la réception de leur travail (D. *J. G. Louage d'ouvrage*, S. 123)

Pour ne parler que des *sous-entrepreneurs proprement dits*, c'est-à-dire ceux auxquels l'entrepreneur engagé envers le propriétaire (qui n'a que lui à connaître) a confié une partie du travail qu'il avait assumé, l'opinion dominante est qu'ils ne sont soumis à aucun recours de la part de l'entrepreneur principal déclaré responsable, sur la poursuite du propriétaire, d'une faute qu'ils auraient commise. Ils sont libérés par la réception de leur travail. On invoque en leur faveur cette considération que l'entrepreneur aurait pu et dû vérifier leurs travaux. Mais cette justification est insuffisante, croyons-nous, car le même raisonnement pourrait être fait à propos de l'architecte condamné pour une faute de l'entrepreneur ; et cependant on n'hésite pas, en ce cas, à faire bénéficier l'architecte, pour son recours contre le vrai responsable, de la disposition des articles 1792 et 2270 (Civ., 12 février 1868, D. P. 68.1.502, S. 68.1.208).

E'. **Durée de la responsabilité.** — Elle dure *dix années* (art. 1792 et

2270). Ce délai commence à courir à partir de la réception des travaux ou de la prise de possession, lorsqu'elle précède la réception, hypothèse fréquente en matière de travaux publics. Mais deux questions se posent ici.

a) Supposons que la ruine de l'édifice se produise dans les dix ans. Le propriétaire a certainement le droit d'agir. Mais pendant combien de temps? La Doctrine a enseigné longtemps que les deux délais, celui de la garantie et celui de l'action, ne doivent pas se confondre. Une fois donc la garantie encourue en raison d'un sinistre survenu dans les dix ans de la réception, un délai nouveau commencerait à courir, celui de l'action, et ce délai serait encore dix ans. Ainsi s'expliquerait, pour certains interprètes, la dualité des dispositions (art. 1792 et 2270) visant le même délai. L'une déterminerait la durée de la garantie, l'autre la durée de l'action.

Les cours d'appel n'ont jamais admis ce système. Elles ont toujours décidé que le délai de la garantie et celui de l'action sont identiques ; la loi veut que les ouvrages des constructeurs soient assujettis à une épreuve de dix ans ; mais, passé ce temps, architectes et entrepreneurs doivent être à l'abri des poursuites. Telle était déjà la solution de l'ancien Droit. La Cour de cassation, qui avait d'abord condamné cette solution, s'y est ralliée par un arrêt rendu toutes chambres réunies (2 août 1882, D. P. 83.1.5, S. 83.1.5). Notons, parmi les législations étrangères, le système ingénieux du Code civil italien (art. 1639) qui fixe à dix ans la durée de la garantie et à deux ans celle de l'action. Ce système nous paraîtrait préférable, même dans l'intérêt des architectes et entrepreneurs qu'il libérerait plus vite en cas de sinistre survenu peu après la réception ; il aurait de plus l'avantage, en cas de sinistre survenu à l'extrême limite du délai de garantie, de ne pas exposer le propriétaire à voir son droit forclos aussitôt né.

b) Le délai de dix ans des articles 1792 et 2270 constitue-t-il une prescription ou un délai préfixe? C'est évidemment une prescription. Cependant nous déciderons qu'il n'est pas soumis, au bénéfice des mineurs et des interdits, à la *suspension* de la prescription. En effet, nous avons vu que la loi veut la libération des architectes et entrepreneurs au bout de dix ans. En revanche, la prorogation ou réduction conventionnelle du délai de dix ans serait possible. Il va de soi que les architectes et entrepreneurs, pour bénéficier de leur libération au bout de dix ans, auront besoin d'invoquer l'exception de prescription, à laquelle ils seraient d'ailleurs admis à renoncer valablement (V. Req., 5 novembre 1907, D. P. 1908.1.132 ; Civ., 28 juin 1909, D. P. 1910.1.23).

Ajoutons que tout ce qui précède ne s'applique qu'aux rapports du propriétaire et du constructeur. La responsabilité de ce dernier *envers les tiers* auxquels une faute démontrée, de sa part, aurait porté préjudice, serait gouvernée par le Droit commun. L'action ne se prescrirait donc que par trente ans, commençant à courir du jour du délit ou du quasi-délit, et la victime de la faute bénéficierait, le cas échéant, des causes de suspension de la prescription établies par la loi au bénéfice des *non valentes agere*.

§ 2. — Action directe des ouvriers en construction[1].

Aux termes de l'article 1798, « les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée ».

L'origine de cette disposition de faveur, spéciale aux ouvriers du bâtiment, se trouve dans la législation révolutionnaire. Elle se rattache en effet au décret du 26 pluviôse an II qui accordait un véritable *privilège* aux ouvriers et fournisseurs de matériaux des entrepreneurs de l'Etat sur les sommes dues par l'Etat à ces entrepreneurs. Ce régime de faveur a été étendu à tous les *travaux publics*, qu'ils soient faits pour le compte de l'Etat ou pour celui d'autres personnes publiques, par la loi du 25 juillet 1891. Le fondement de ce privilège est surtout d'assurer l'exécution des travaux publics, en mettant l'entrepreneur à même d'obtenir la coopération des ouvriers et les fournitures des matériaux dont il peut avoir besoin.

L'article 1798, lui, a trait aux travaux exécutés pour le compte des particuliers ; et nous allons voir que, bien qu'inspiré de la loi de l'an II, il aboutit à une institution juridique différente.

Nature de la faveur accordée aux ouvriers. — Une chose est certaine, c'est que l'article 1798 écarte, en ce qui concerne le recours des ouvriers sur les sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur, leur patron, l'application du principe de l'article 1166. Ce principe, en effet, en exposant les ouvriers, le jour où ils feraient saisie-arrêt sur ces sommes, au concours de tous les autres créanciers de l'entrepreneur, les exposerait à ne recevoir qu'un paiement partiel, ce qui serait injuste, étant donné que c'est leur travail qui a engendré la créance de leur patron. Mais quelle est au juste la nature du droit accordé aux ouvriers ?

1° Un premier système, qui est celui de la Jurisprudence, voit dans le bénéfice de l'article 1798 l'effet d'une *action directe* accordée aux ouvriers contre le client de l'entrepreneur. Et voici les conséquences de ce point de vue.

A. — Les ouvriers, pouvant actionner directement le client de l'entrepreneur, se trouvent investis de la faculté de *devancer* l'action des créanciers ordinaires de l'entrepreneur, en faisant verser entre leurs mains les sommes dues à celui-ci, avant que les créanciers aient pu, en vertu de l'article 1166, effectuer une saisie-arrêt et la pousser jusqu'au jugement de validité. Et cette faculté produit, en fait, le plus souvent, l'effet d'un véritable droit de préférence. Malheureusement, la jurisprudence actuelle, qui voit, dans le jugement de validité de la saisie, une attribution, un transport de la somme saisie-arrêtée au saisissant (Req., 28 mars 1904, S. 1905.1.224; Req.,

1. Cons. Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1954 du C. Civ.*; Thèse Paris, 1914.

9 mars 1908, S. 1910.1.33, note de M. Tissier, S. 1900.1.121. V. *supra*, p. 86), conduit à décider que, si ce jugement est obtenu par les créanciers *avant* l'exercice de l'action directe par les ouvriers, il met obstacle à cet exercice (Paris, 12 avril 1866, D. P. 66.5.291, S. 66.2.252). Cette solution, on le conçoit, aboutit à priver souvent les ouvriers du bénéfice de l'article 1798.

B. — En cas de faillite de l'entrepreneur, les ouvriers, étant créanciers du maître de l'ouvrage, ne seront pas, quant aux sommes dues par celui-ci, compris dans la faillite ; ils toucheront donc intégralement leur salaire, au moins jusqu'à concurrence de ce qui est dû par le maître.

C. — L'action des ouvriers sera, même en cas de faillite, de la compétence de la juridiction civile.

Notons toutefois une différence importante avec l'action directe, qui, d'après la Jurisprudence, est établie par l'article 1753 en faveur des propriétaires contre les sous-locataires.

L'article 1753 prend soin de dire que le sous-locataire ne peut opposer au propriétaire les paiements faits par anticipation. L'article 1798 décide, au contraire, que les ouvriers n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, *au moment où leur action est intentée*. En conséquence, les versements faits à titre d'acompte par le client, et qui sont d'ailleurs souvent nécessaires au cours des travaux de construction, sont opposables aux ouvriers, ce qui est d'autant plus fâcheux que, d'après la Jurisprudence, les quittances, pour être opposables aux tiers, n'ont pas besoin d'avoir acquis date certaine par l'enregistrement (Req., 16 décembre 1873, D. *J. G.*, *Louage d'ouvrage*, S. 100, S. 76.1.264). Il y a là une véritable faculté de collusion entre client et entrepreneur.

De même, la cession faite par l'entrepreneur de sa créance contre son client empêche l'exercice de l'action directe des ouvriers, puisqu'elle éteint la créance de leur débiteur.

2° Un autre système, tout doctrinal, enseigne que les ouvriers trouvent dans l'article 1798 un véritable *privilège* sur les sommes dues à leur patron par le client. Ce système offrirait sur le précédent cette grande supériorité que les paiements anticipés seraient inopposables aux ouvriers, ainsi que les saisies-arrêts effectuées par les créanciers ordinaires et que les cessions anticipées de sa créance consenties par l'entrepreneur. Malheureusement, ce système ne peut guère se soutenir en présence du texte de l'article 1798, qui ne donne action aux ouvriers que sur ce qui est dû à leur patron *au moment où l'action est intentée*. Et on peut expliquer que l'avantage fait aux ouvriers des constructions particulières soit moins étendu que celui dont bénéficient, nous l'avons vu, les ouvriers des travaux publics. C'est qu'en faveur du privilège de ces derniers il y a un intérêt public, celui de la bonne exécution des travaux, tandis que les ouvriers des entreprises effectuées sur l'ordre des particuliers ne peuvent invoquer qu'un intérêt de simple humanité.

Réglementation de l'action directe. — A qui est-elle donnée ? Aux

ouvriers, dit l'article 1798, loi protectrice de la main-d'œuvre. On la refusera donc :

1° Aux *fournisseurs*, lesquels, au contraire, bénéficient du décret du 26 pluviôse an II en matière de travaux publics ;

2° Aux *commis* et *employés* ;

3° Aux *sous-traitants*, du moment qu'il y a de leur part une *pensée de spéculation* (Req., 28 janvier 1880, D. P. 80.1.254). Naturellement, l'action directe pourrait appartenir aux sous-traitants, si une clause formelle du contrat d'entreprise en décidait ainsi. Cette stipulation, véritable stipulation pour autrui, est souvent considérée comme résultant de la clause du cahier des charges en vertu de laquelle l'entrepreneur, au cas où il prendrait des sous-traitants, devrait *payer directement* les ouvriers et les matériaux de ceux-ci (Civ., 23 janvier 1900, D. P. 1900.1.324).

SECTION III. — Fin du louage d'industrie.

Modes spéciaux de terminaison du contrat. — Nous en rencontrons deux :

1° *La mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur* art. 1795. — En effet, le contrat est essentiellement passé en considération de la personne de l'entrepreneur. Toutefois, le contrat subsisterait si, par clause spéciale, exprimée ou non, les parties avaient décidé, en contractant, que les héritiers de l'entrepreneur continueraient son œuvre en cas de décès.

2° *La rétractation du maître.* — En effet, aux termes de l'article 1794, « le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise. » Cette dérogation traditionnelle — car elle nous vient de l'ancien Droit — au principe que les conventions font la loi des parties, s'explique par la considération de l'intérêt commun des contractants. Il arrive souvent que celui qui commande un travail agit imprudemment, car, étant donné le temps de l'exécution, il peut se faire qu'au moment de sa terminaison, ses ressources soient trop diminuées pour lui permettre de le payer. Dès lors, il est utile, pour l'entrepreneur lui-même, que le maître bénéficie d'un *jus pœnitendi* qui lui permettra, en indemnisant d'ailleurs celui-ci, d'arrêter l'exécution d'une commande, dès qu'elle ne correspond plus à ses ressources. Etant donnés ces motifs, on s'explique mal que la loi n'ait statué que dans l'hypothèse d'un *marché à forfait* ; car la aison d'accorder au *conductor operis* cette faculté de résiliation unilatérale existerait tout aussi bien, sinon davantage, en cas de marché sur devis.

Deux difficultés doivent être ici examinées.

A. — Que décider lorsqu'il y a *pluralité de conductores* ? L'hypothèse est fréquente en fait, car il arrive souvent qu'un ouvrage commandé par un propriétaire qui vient de mourir ne convienne pas à tous ses héritiers ? S'il y a partage, et que l'immeuble soit mis tout entier au lot d'un seul héritier ou qu'il soit adjugé sur licitation à un tiers, on admet que l'acquéreur

exercera pour le tout l'option de l'article 1794, car, si c'est un héritier qui a l'immeuble, il est censé en avoir toujours été seul propriétaire (art. 883) ; et si c'est un adjudicataire étranger, la faculté de résiliation doit être considérée comme lui ayant été transmise par une cession accessoire de celle de l'immeuble. Mais s'il n'y a point partage, il semble que les héritiers doivent se mettre d'accord (anal. art. 1670, 1685) et qu'en cas de mésentente, c'est au tribunal qu'il appartient de les départager.

B. — Quelle est au juste la *sphère d'application* de l'article 1794 ? Il semble bien qu'il ne vise que les entreprises de construction de *bâtisses*. C'est ce que prétendent notamment les constructeurs de machines ou de matériel d'usines, qui, d'ailleurs, soutiennent être plutôt des vendeurs et, comme tels, prétendent échapper à la faculté de résiliation unilatérale de leurs clients. Mais la Cour de cassation est d'un avis contraire, et généralise la disposition de l'article 1794 qu'elle étend même aux marchés de fournitures à faire à l'Etat (Civ., 5 janvier 1897, D. P. 97.1.89, note de M. Planiol, S. 97.1.73).

SECTION IV. — Contrats d'entreprise spéciaux.

§ 1er. — Concessions de monopoles publics.

Une question essentielle se pose pour ces concessions (tramways, omnibus, pompes funèbres, éclairage, perception des droits de place sur les halles et marchés, exploitation d'un théâtre municipal, etc...). Y a-t-il là un louage d'ouvrage, les concessionnaires jouant le rôle de *locatores operis* ; ou n'est-ce pas plutôt un louage de chose, le louage de cette chose immatérielle qui est la faculté d'exploitation du monopole ? S'il en était ainsi, le *locator* serait la ville, le département ; le concessionnaire jouerait le rôle de *conductor*. Il y a plusieurs intérêts à la question :

1° S'il y a louage de chose, le *locator* est tenu à la garantie. Il doit s'abstenir de troubler le preneur. Par exemple, la ville qui a concédé l'éclairage à une compagnie de gaz, ne pourrait traiter avec une autre entreprise, même pour un éclairage différent, par l'électricité notamment, car il y aurait là un trouble de fait à la jouissance de l'exploitation concédée. Solution différente si l'on considère qu'il y a *locatio operis*.

2° On a soutenu que, si l'on voit dans la concession un louage de choses, il faudra lui appliquer la règle de la tacite reconduction. Nous ne le pensons pas, car la tacite reconduction ne s'applique qu'au bail d'immeuble. Or, ici, la chose concédée serait un droit d'exploitation, c'est-à-dire un meuble incorporel.

Nous croyons qu'il faut répondre par la distinction suivante. Si la ville paie un droit au concessionnaire (hypothèse, par exemple, d'une ville payant au concessionnaire du théâtre municipal une subvention, soit sous forme d'allocation pécuniaire, soit sous forme d'autres avantages tels que gratuité de la salle, éclairage, orchestre municipal, etc.), il y a louage d'ouvrage : c'est le concessionnaire qui loue ses services moyennant une rémunération ; c'est lui qui est *locator*. Au contraire, si c'est le concessionnaire qui paye

une redevance, hypothèse de beaucoup la plus fréquente, il y a louage de chose ; le *conductor* c'est celui qui paie la rémunération, c'est-à-dire le concessionnaire ; la ville est le *locator*.

§ 2. — Entreprise de transport.

Cette variété de louage d'industrie, la plus importante peut-être de toutes, s'applique à la traction animale ou mécanique, aux entreprises de chemins de fer, de roulage, de transports automobiles, à la batellerie fluviale (soumise, en France, au régime des transports terrestres), à la navigation maritime commerciale enfin. Cette matière est infiniment complexe, car le contrat de transport, dans lequel l'idée de louage se combine, en une certaine mesure, avec celle de dépôt, est un contrat de Droit civil, réglé par les articles 1782 à 1786 du Code civil. Mais, d'autre part, les voituriers ou transporteurs sont des commerçants. D'où des textes nombreux du Code de commerce (art. 96 et s., 103 à 108), applicables d'ailleurs aux contrats même civils passés par les voituriers. D'un autre côté, le contrat de transport ressortit à bien des égards au Droit public et au Droit administratif, à raison des concessions faites en cette matière par l'Etat, les départements, les communes, à raison aussi du caractère de service public qui appartient au grandes entreprises de transport et qui justifie l'intervention de l'Etat, soit pour participer aux dépenses des Compagnies, sous forme de garantie d'intérêts, soit pour leur imposer l'égalité de tarifs à l'égard des personnes et des industries diverses. Tout cela appelle des règlements particuliers (V. art. 1786).

Cette législation particulière des transports se trouve d'abord dans des *lois spéciales internes* (Loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ; Ordonnance du 15 novembre 1846, nombreux arrêtés ministériels ayant, comme l'ordonnance précitée, force législative à raison d'une délégation de la loi), et ensuite, dans des textes du Droit international (Convention de Berne du 14 octobre 1890 pour les transports internationaux).

Nous renvoyons donc ici au *Droit commercial*[1], au *Droit administratif* et au *Droit international*, pour les questions qui concernent plus spécialement ces branches de la science juridique, et nous ne retenons qu'un petit nombre de questions de Droit civil.

1° Comment et entre qui se forme le contrat de transport. — *En la forme*, la preuve du contrat de transport fait l'objet de l'article 1785 du Code civil (Cf. art. 96, C. com.) qui impose aux voituriers de tenir registre des objets dont ils se chargent, et des articles 101 et 102 du Code de commerce visant la *lettre de voiture* qui, nous dit-on, « *forme un contrat* entre l'expéditeur et le voiturier ». Mais il faudrait se garder de croire que la lettre de voiture soit exigée *quoad substantiam*, et que le contrat de transport, simple variété du louage d'ouvrage, soit un contrat solennel. Il n'en est rien : le

1. Cons. Thaller, *Traité général de Droit commercial* : *Les Transports*, par Josserand.

contrat de transport est purement consensuel, et voici les conséquences de ce principe :

A. — La responsabilité des transporteurs commence dès avant la rédaction de la lettre de voiture, du moment où les choses à transporter ont été remises au transporteur (art. 1783).

B. — La lettre de voiture pourrait être rédigée sous forme de titre à ordre ou même au porteur, ce qui constituerait un moyen commode de transmission de la marchandise relatée au titre. Ce procédé n'est pas, en fait, usité pour les lettres de voiture proprement dites, c'est-à-dire pour les récépissés des transports terrestres ; mais il l'est pour les *connaissements* ou récépissés des transports maritimes, lesquels sont transmissibles par voie d'endossement.

C. — Il n'y a pas de formule sacramentelle à employer pour la demande d'application d'un tarif spécial en cas d'expédition par voie ferrée. L'expéditeur peut se borner à demander l'application du *tarif spécial le plus réduit*, sans avoir besoin de désigner par un numéro précis le tarif à lui appliquer (Civ., 22 février 1898, D. P. 1900.1.150, S. 98.1.411).

D. — L'énonciation des mentions de la lettre de voiture donnée par l'article 102 du Code de commerce n'est pas limitative. Le transporteur peut, par une mention supplémentaire, assumer une obligation spéciale. C'est le cas pour les expéditions faites *contre remboursement* (V. Convention de Berne, art. 13), ou pour la remise du titre spécial dit *déclaration en douane* ou *titre de mouvement*, astreignant les transporteurs qui l'acceptent à la charge d'accomplir les formalités de douane ou d'octroi.

Au fond, entre qui se forme le contrat ? Evidemment entre l'*expéditeur* et le *transporteur*. Cependant, on admet qu'il y a lien de droit *entre celui-ci et le destinataire*. D'une part, le transporteur peut mettre le destinataire en demeure d'enlever le colis arrivé à la gare de destination, sous peine d'être passible de droits de magasinage (pratiquement 48 heures à partir de l'envoi de la lettre d'avis), ce qui implique que le destinataire est créancier de la livraison de la chose (V. art. 1264). D'autre part, le destinataire, muni du récépissé que lui a remis l'expéditeur, est en droit de réclamer directement du transporteur la livraison de la marchandise, et cela qu'il en soit ou non devenu propriétaire. Ces effets s'expliquent par l'idée d'une *stipulation pour autrui* ; l'expéditeur est censé avoir stipulé pour lui-même *et en même temps pour le destinataire*. Et conformément aux principes actuellement admis en matière de stipulation pour autrui, nous croyons que le destinataire devient immédiatement, et avant toute acceptation de sa part, créancier de la livraison envers le transporteur. Dès lors, nous pensons que celui-ci, en cas d'expédition *en gare*, est tenu d'aviser le destinataire de l'arrivée de la marchandise (V. cep. Civ., 15 juin 1900, D. P. 1900.1.501, S. 1900.1.526).

2° **Responsabilité du transporteur**. — A. — *En matière de marchandises*, il n'est pas douteux que la responsabilité du transporteur est de nature contractuelle. Il s'est engagé à transporter la marchandise et à la livrer dans l'état où elle lui a été confiée. S'il n'exécute pas son obligation,

c'est-à-dire en cas de perte, d'avarie ou de retard dans la livraison, il sera donc responsable, à moins de prouver que l'inexécution de son obligation tient à une cause indépendante de sa volonté (art. 1784, C. civ. ; art. 103, 104, C. com. . On se souvient qu'il y a controverse sur le point de savoir si cette circonstance libératrice est, conformément au droit commun, aussi bien le *cas fortuit* que la *force majeure*, ou si la force majeure seule libère le transporteur (*supra*, p. 11).

Quant à l'étendue de la responsabilité, elle comprend, conformément au droit commun, à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* ; par exemple, le voyageur de commerce devra être indemnisé des affaires manquées par suite du retard de sa caisse d'échantillons. La seule limitation de la responsabilité du transporteur doit être cherchée dans l'article 1150 qui, sauf dans le cas de dol, l'exonère des suites de sa faute qu'il ne pouvait prévoir en contractant. Cette règle permettra aux compagnies de chemins de fer de résister à des prétentions exagérées, quant au contenu de bagages enregistrés voyageant avec leur propriétaire, puis perdus et ayant soi-disant contenu des objets de prix, tels que dentelles, bijoux fourrures[1] ; (Req., 25 mars 1912, D. P. 1913.1.341 ; V. *supra*, p. 23 ; Cf. Civ. 7 juillet 1924, D. P. 1927.1.119).

Remarquons ici deux dérogations au droit commun.

a) En cas de retard dans les livraisons à effectuer par les compagnies de chemins de fer, on admet que, malgré l'absence d'un texte légal décidant que *dies interpellat pro homine*, les dommages-intérêts moratoires seront dus, indépendamment d'une sommation, sans doute en vertu d'une dispense tacite de cette sommation qui résulterait de l'adoption, par les contractants, de tel ou tel tarif stipulant des délais de livraison.

b) L'indemnisation doit se faire en argent et correspondre exactement au préjudice. Cependant, la Jurisprudence admet ici volontiers une forme de réparation consistant en ce que le client laisse pour compte à la compagnie la marchandise avariée ou en retard qui aurait perdu sa valeur marchande, et reçoit d'elle un remboursement correspondant au prix du neuf (Dijon, 27 juillet 1899, D. P. 1900.2.173, S. 1901.2.61).

B. — *En matière de transport de voyageurs*, la responsabilité du transporteur en cas d'accident a fait l'objet d'une vive controverse, portant surtout sur le point de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve. Doit-on considérer le transporteur comme ayant assumé la charge, non seulement de

1. Malgré cette limitation, la responsabilité du transporteur à raison du transport d'objets de ce genre peut être excessive. Il conviendrait ici, à l'instar de ce que la loi du 8 avril 1911, modifiant l'article 1953 du Code civil, a décidé, quant à la responsabilité des hôteliers, et en imitation du Droit allemand, de fixer un maximum forfaitaire, par exemple, 1500 francs par 100 kilos, au-delà duquel une *déclaration spéciale d'intérêt*, astreignant l'expéditeur au paiement d'une prime supplémentaire, serait nécessaire pour donner droit à une indemnité entière. On remarquera que la responsabilité de l'Etat est écartée ou ne doit pas dépasser un certain maximum lorsqu'il s'agit du transport, soit des correspondances, soit des valeurs recommandées, des lettres chargées ou des colis postaux L. 29 novembre 1850, art. 6 ; L. 25 janvier 1873, art. 4 ; Décr. 19 avril 1881, art. 7 ; Décr. 27 juin 1892, art. 7, L. du 21 décembre 1897, art. 2). Ce maximum ne peut être dépassé, même lorsqu'il y a eu démonstration d'une soustraction imputable à un agent de l'Etat (Civ., 31 janvier 1893, D. P. 93.1.249, S. 93.1.305).

transporter le voyageur, mais encore de le rendre indemne à destination et de veiller à sa sécurité ? S'il en est ainsi — et la Doctrine, en majorité, incline plutôt en ce sens — le transporteur ne peut, en cas d'accident, éviter les dommages-intérêts qu'en démontrant le cas fortuit, la force majeure ou la faute du voyageur. La Cour de cassation, malgré de nombreux arrêts de cours d'appel, notamment de la cour de Paris, a longtemps jugé que la responsabilité du transporteur était ici délictuelle, et que c'était, par conséquent, au voyageur à prouver la faute du transporteur. En effet, disait-on, l'article 1784 ne peut s'appliquer, car il ne vise que le transport des matières inertes. Le voyageur, être libre et intelligent, pourvoit lui-même à sa sécurité ; il échappe, en tous cas, aux directions des agents des compagnies ; il peut enfeindre les règlements (Civ., 10 novembre 1884, D. P. 85.1.433, note de M. Sarrut, S. 84.1.129, note de M. Lyon-Caen ; Req., 1er mai 1899, D. P. 99.1.558, S. 99.1.524. Cf. note de M. Esmein, S. 1900.2.57).

Mais la jurisprudence de la Cour suprême a, depuis, subi une importante transformation. Elle a posé ce principe que « *l'exécution du contrat de transport comporte pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination* ». Sa responsabilité repose donc sur une base contractuelle (art. 1147) et, en cas d'accident, ce sera à lui à démontrer, s'il veut éviter une condamnation à des dommages-intérêts, l'action d'une cause étrangère (Civ., 21 novembre 1911, D. P. 1913.1.249, S. 1912.1.73, note de M. Lyon-Caen ; 27 janvier et 21 avril 1913, D. P. 1913.1.249, note de M. Sarrut, S. 1913.1.177, note de M. Lyon-Caen ; Civ., 6 février 1917, D. P., 1917.1.35 et 6 juillet 1925, D. P., 1925.1.238, note de M. Roger).

Cette jurisprudence nouvelle aura, sans doute, des répercussions nombreuses. Nous croyons, par exemple, qu'il deviendra difficile à la Cour de cassation de maintenir la doctrine en vertu de laquelle elle déclarait la compagnie de chemins de fer non responsable, à moins de faute démontrée à sa charge, de la perte des colis transportés à la main par le voyageur, et cela même lorsque ce voyageur a pris place dans un wagon-lit (Civ., 3 février 1896, D. P. 98.1.502, S. 95.1.165).

Reste un point à préciser. Faut-il que le voyageur, victime de l'accident, prouve que cet accident a été provoqué *par le fait du transport*, ou bien est-il dispensé de toute preuve, du moment que l'accident est arrivé *en cours de transport?* C'est cette dernière solution qu'a adoptée la Cour de Paris dans son arrêt du 2 juillet 1914 (D. P., 1917.2.937), pour cette raison décisive que l'obligation pour les voyageurs de prouver le fait dommageable du transport, équivaudrait presque toujours à l'obligation de prouver la faute même du transporteur. Et la Chambre des Requêtes, à laquelle l'arrêt précédent a été déféré, a approuvé sa doctrine et rejeté le pourvoi (12 avril 1918, 1re espèce, D. P. 1919.1.45). Cette solution mérite d'être approuvée. En effet, l'inexécution de l'obligation du transporteur qui s'est engagé à transporter le voyageur sain et sauf résulte du seul fait que ce dernier a été victime d'un accident pendant le transport. C'est donc au transporteur qu'il incombe de prouver que l'accident est survenu

soit par la faute du voyageur, soit par un cas fortuit ou de force majeure. La loi belge sur la responsabilité du transporteur (art. 4 de la loi du 25 août 1891, titre 7 *bis* du C. de Commerce) dispose dans le même sens : « Le voiturier est responsable de l'avarie ou de la perte des choses, *ainsi que des accidents survenus aux voyageurs*, s'il ne prouve pas que l'avarie, la perte ou les accidents proviennent d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. » [1].

Notons cependant que la jurisprudence écarte l'idée de responsabilité contractuelle au cas d'un transport effectué à titre gracieux et par simple obligeance (V., en ce qui concerne les transports gracieux par automobile, Grenoble, 25 nov., 1921, Paris, 7 mai 1925, D.P. 1926.1.121, note de M. Ricol; Josserand, D. H. 1926, Chron., p. 21 ; Civ., 27 mars 1928, D. H. 1928.22).

3° Des stipulations d'irresponsabilité. — La question de la validité de ces clauses n'est pas spéciale au contrat de transport. Elle se pose d'une façon générale, nous l'avons vu (*supra*, p. 12). On sait que les Romains admettaient la clause d'exonération des fautes ordinaires, non celle du dol ou de la faute lourde, *culpa lata dolo proximior* (23, D. *de regulis juris*, L. 17). De nos jours, bien que cette distinction ait été conservée en principe par la jurisprudence, il est incontestable que le Code civil paraît peu favorable à des stipulations de ce genre. C'est ainsi que le vendeur ne peut écarter la garantie en ce qui concerne les troubles provenant de son propre fait (art. 1627 à 1629). Le raisonnement qui plaide la validité des stipulations d'irresponsabilité en invoquant celle du contrat d'assurance de ses propres fautes, est certes défectueux. L'assurance est une garantie d'indemnisation pour le créancier éventuel de dommages-intérêts, tandis que la clause d'exonération consentie entre deux contractants prive la victime d'une faute éventuelle de toute indemnité.

Loi du 17 mars 1905, modifiant l'article 103 du Code de Commerce. — Spécialement, en ce qui concerne les transports par chemin de fer, on a longtemps discuté sur la valeur de la stipulation de non-responsabilité qui semblait résulter de l'adoption des *tarifs spéciaux* P. V., étant donné que, dans les conditions d'application de ces tarifs, moins coûteux que le tarif général, les compagnies avaient inséré cette formule : « La compagnie ne répond pas des déchets et avaries de route. » La Cour de cassation avait fini par admettre qu'une telle clause ne devait pas avoir pour effet d'exonérer la compagnie de toute responsabilité, mais qu'elle renversait la charge de la preuve, écartait l'application de l'article 1884, et obligeait dès lors le client qui réclamait une indemnité à prouver la faute du transporteur (Civ., 4 février 1874, D. P. 74.1.305, S. 74.1.273 ; 6 juin 1882, D. P. 83.1.340, S. 83.1.323). Cette solution aboutissait d'ailleurs en fait, le plus souvent, à l'exonération totale des compagnies, à raison de l'impossibilité où se trouvaient les expéditeurs, une fois la marchandise remise au chemin de fer, de démontrer ou même de décou-

1. L'agression commise par un voyageur sur un autre voyageur est, en principe, une cause d'exonération pour le transporteur (Req., 1er août 1929, Gaz. Pal. 1929.2.680).

vrir le fait précis et positif constituant le transporteur en faute. Aussi les réclamations du commerce furent-elles nombreuses. Elles aboutirent, après des péripéties nombreuses, au vote de la loi du 17 mars 1905, connue sous le nom de *loi Rabier*, laquelle a modifié l'article 103 du Code de commerce. D'après ce texte le voiturier est responsable des *pertes* et *avaries*, à moins qu'il ne démontre qu'elles sont survenues par force majeure ou par le vice propre de la marchandise (plus généralement, par la faute de l'expéditeur). Le nouveau paragraphe ajouté en 1905 porte : « Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle ».

Quel est le champ d'application de cette prohibition ?

A. — Elle ne s'applique pas au *transport des personnes*. Pour celui-là, la clause d'exonération reste soumise au droit commun. En fait, on en rencontre des exemples, soit dans les horaires publiés par les compagnies et portant qu'elle ne garantit pas les correspondances, soit dans les tarifs d'abonnement, portant que l'abonné s'engage à ne réclamer aucune indemnité en cas d'arrêt, empêchement, retard, changement de service, diminution du nombre des trains, absence de wagons de sa classe. Quelle est au juste la valeur de cette clause ? On trouve des décisions prononçant que la compagnie reste, nonobstant, responsable, au moins en cas de dol, fraude, ou faute lourde (Civ., 2 août 1905, D. P. 1908.3.58, S. 1906.1.356). D'autres portent que l'unique effet d'une pareille clause est de mettre la preuve de faute à la charge de l'abonné (Toulouse, 14 février 1908, *Gaz. Pal.*, 19 mars 1908).

B. — Même en ce qui concerne les marchandises, le texte nouveau de l'article 103 du Code de commerce exclut la clause d'irresponsabilité pour les pertes et avaries, mais non pour des dommages résultant du *retard*.

C. — La prohibition est étrangère aux *transports maritimes*, dans lesquels la clause d'irresponsabilité est très fréquente de la part des armateurs. Cette clause, dite clause de *négligence* insérée dans les connaissements, a cette portée d'exclure la responsabilité de l'armateur, même en cas de faute prouvée du capitaine. Et, malgré les réclamations du commerce, il paraît très difficie de la prohiber, sauf peut-être dans le domaine de la navigation réservée aux nationaux (cabotage, Algérie) parce que cette prohibition entraînerait un rehaussement des frets qui pourrait bénéficier aux marines étrangères.

On remarquera que la clause dite de *négligence* n'exonère le transporteur qu'à l'égard du voyageur lui-même. Si celui-ci vient à périr, ses héritiers ne peuvent voir opposée à leur poursuite une exception tirée de la dite clause. En effet leur action, fondée uniquement sur l'art. 1382, et sur le préjudice matériel et moral que leur cause la mort du *de cujus* leur est personnelle et dès lors n'est pas atténuée par la stipulation intervenue entre le transporteur et le défunt (Req., 27 juillet 1925, D. P. 1926.1.5, note de M. Ripert).

D. — La loi de 1905 laisse subsister l'article 98 du Code de commerce, qui autorise la clause d'irresponsabilité de la part des *commissionnaires de transport*.

E. — Enfin, il ne semble pas que l'on puisse prohiber la *clause pénale* limitant d'avance ou fixant forfaitairement le taux de l'indemnité à payer par

le transporteur, au cas où sa responsabilité serait en jeu (V. art. 1226 à 1233 sur la clause pénale, ci-dessus, p. 25. Cf. Civ., 17 mai 1892, D. P. 92.1.520, S. 93.1.94).

Transports par air. — A la différence de la loi du 17 mars 1905, celle du 31 mai 1924 autorise le transporteur par aéronef (art 42) à s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à raison des risques de l air et même des fautes commises à bord par ses employés. Le législateur a évidemment considéré que l'expéditeur ou le voyageur qui emprunte la voie de l'air doit être présumé avoir accepté. pour ses marchandises ou pour lui-même, de supporter les risques.

En revanche la même loi (art. 43) déclare nulle toute clause ayant pour objet d'exonérer le transporteur aérien de la responsabilité de ses fautes personnelles.

4° **Expiration de l'action contre le voiturier.** — Le principe que le *locator operis* est libéré par la réception de l'ouvrage, doit s'appliquer avec d'autant plus de raison au contrat de transport qu'une réclamation faite postérieurement à la livraison, et après que la marchandise aurait été manipulée chez le destinataire, donnerait lieu aux plus grandes difficultés de preuve. Aussi le destinataire est-il tenu de vérifier la chose qui lui est délivrée au moment de la réception, ce à quoi il est aidé par les facilités d'expertise rapide et peu coûteuse que lui offre l'article 106 du Code de commerce. En conséquence, l'article 105 du même Code, modifié par la loi du 11 avril 1888, porte que « la réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture... éteignent toute action contre le voiturier pour avarie ou perte partielle, si dans les trois jours, non compris les jours fériés, qui suivent celui de cette réception et de ce paiement, le destinataire n'a pas notifié au voiturier par acte extra-judiciaire ou par lettre recommandée sa protestation motivée. — Toutes stipulations contraires sont nulles et de nul effet », au moins dans les transports nationaux.

La réception n'éteint pas la responsabilité du voiturier en cas de *perte* ou *retard*, hypothèses où le défaut d'exécution du contrat ne donne lieu à aucune difficulté de vérification, même après quelque intervalle. Seulement, ici, l'article 108 (nouveau) soumet à une prescription d'un an « les actions auxquelles peut donner lieu contre le voiturier le contrat de transport ».

Cette prescription spéciale ne s'applique pas :

A. — A l'action dirigée contre le voiturier en cas de *fraude* et d'*infidélité*, action fondée non sur la responsabilité du contractant. mais sur l'art. 1382, non plus qu'à l'*action du voiturier* en paiement du prix, ni à celle de l'expéditeur ou du destinataire *en délaxe* ou en répétition de l'indu, en cas de paiement d'un prix excessif. Ces actions se prescrivent par cinq ans (art. 108, C. com. al. 1^er^ *in fine* et 2).

B. — A l'action en revendication de la marchandise retrouvée. Cette action, n'étant pas « née du contrat », échappe aux règles de l'article 108 du Code de commerce ; elle ne se prescrit que par trente ans.

TROISIÈME PARTIE

CONTRAT DE TRAVAIL[1].

GÉNÉRALITÉS

Définition et dénomination du contrat de travail. Est-il un contrat de louage[2] ? — Le contrat de travail est un contrat par lequel une personne, employé, ouvrier ou domestique, s'engage à travailler pour une autre pendant un temps déterminé, ou, le plus souvent, sans fixation de délai, moyennant une rémunération en argent fixée soit par jour, par semaine ou par mois, soit d'après le travail accompli.

L'expression de *contrat de travail* n'est usitée que depuis quelques années ; bien que critiquée par quelques auteurs, elle s'est rapidement imposée dans tous les pays. Chez nous, le législateur l'a employée pour la première fois dans la loi du 18 juillet 1901, qui garantit leur travail et leur emploi aux réservistes et territoriaux appelés à faire leurs périodes de service militaire. Le Code du travail l'a définitivement consacrée en en faisant la rubrique du titre II de son premier livre.

Il y a cependant des auteurs qui soutiennent que c'est une expression « vide de sens et injustifiable ». Ce contrat, disent-ils, n'est qu'une variété du louage, et il n'y a pas plus de raison de dire *contrat de travail* que *contrat de loyer* ou *de maison* pour désigner le louage de choses. D'après eux, la seule dénomination qui ait une valeur scientifique est celle de louage de travail ou louage de services, qu'a employée la loi du 27 décembre 1890, insérée dans l'article 1780 du Code civil.

Ces observations seraient exactes, si l'on s'en tenait au point de vue traditionnel qui, nous l'avons vu, remonte au Droit romain et a été purement et simplement consacré par l'article 1708. Mais l'analyse séculaire sur laquelle repose la classification du Code civil nous paraît contraire à la réalité. Les Romains, pour faire entrer la prestation de services dans le louage, avaient une raison : c'est que, chez eux, le nombre des contrats reconnus par le Droit civil était limité ; il fallait donc, pour la commodité du commerce, élargir les cadres des contrats existants. D'autre part, l'esclavage prédisposait les Romains à assimiler à une chose le travail de l'homme. Mais ces motifs n'ont évidemment plus aucune valeur aujourd'hui. Entre le louage de choses et le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour

1. Pic. *Traité élémentaire de législation industrielle*, 4e édit. 1912, p. 732 et suiv. ; Bry, *Cours élémentaire de législation industrielle*, 6e édit. 1921, p. 63 et suiv. ; Capitant et Cuche, *Cours de législation industrielle*, 2e édit. 1921, p. 142 et s.

2. Martini. *La notion du contrat de travail*, thèse Paris. 1912 ; Paul Cuche, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, Rev. crit., 1913 p. 412 et s.

autrui, il y a cette différence essentielle que le contrat de travail met en jeu la *personne* même du contractant. Et l'on sent tout ce qu'il y a d'artificiel dans une analyse qui prétend, en l'assimilant à une chose, séparer *la force de travail* de la personne même du travailleur.

De plus, si nous comparons les effets juridiques du louage et du contrat de travail, nous constatons qu'aucun de ces effets n'est commun à l'un et à l'autre. Aucune des règles édictées par le Code pour le louage de choses ne s'applique au contrat de travail. Il n'y a donc aucune raison plausible pour continuer à dire que le salarié loue sa force de travail à l'employeur et pour voir dans le premier un bailleur, dans le second un preneur. En réalité, le contrat de travail est un contrat ayant son individualité propre, distinct de tous les autres contrats du Droit privé, et qu'il faut traiter comme tel. C'est précisément pour cela qu'il convient de lui donner un nom spécial qui le distingue de toutes les autres conventions ; et la dénomination de *contrat de travail* nous paraît bien choisie, parce qu'elle est claire et expressive.

La question que nous venons de discuter, si elle n'a pas d'intérêt pratique immédiat, n'en présente pas moins une réelle importance. On se préoccupe aujourd'hui, dans tous les pays, de réglementer les rapports d'employeur à salarié par une loi d'ensemble. Or, pour bien réussir dans cette entreprise, il faut d'abord se faire une idée exacte de la nature juridique du contrat qui les lie. En outre, l'assimilation traditionnelle de notre contrat à un louage a vulgarisé l'idée que la liberté des parties doit y être souveraine maîtresse, comme elle l'est dans la vente, le louage et les autres contrats usuels. Cette fausse conception a certainement contribué à entraver jusqu'à ce jour l'intervention législative, nécessaire pourtant pour protéger le salarié contre l'emploi de clauses qui lui sont préjudiciables.

Le contrat de travail dans le Code civil et depuis. — Le contrat de travail est au nombre des contrats les plus usités. C'est lui qui fait vivre la grande majorité des hommes. C'est lui qui forme la base de notre organisation économique et industrielle. Et pourtant, jamais, jusqu'à l'époque moderne, il n'avait attiré l'attention des juristes ni du législateur. Les anciens auteurs n'en parlaient qu'incidemment, et les rédacteurs du Code ne lui ont consacré qu'une courte section intitulée : *Louage des domestiques et des ouvriers*, et comprenant deux articles, dont l'un, l'article 1780, interdit d'engager ses services à vie, et l'autre, l'article 1781, aujourd'hui abrogé, décidait qu'en cas de contestation sur le salaire, le maître serait cru sur son affirmation.

Ce laconisme excessif tient à ce qu'en 1804, il semblait inutile d'étudier en détail les rapports juridiques des employeurs et des salariés, parce que la classe des ouvriers de la grande industrie commençait seulement à se former. La brièveté du Code s'explique, en outre, par ce fait que, quelque temps auparavant, la loi du 22 germinal an XI, relative aux manufactures, fabriques et ateliers, avait énuméré les obligations des ouvriers et de ceux qui les emploient, et, notamment, institué le livret ouvrier comme sanction des engagements du salarié. C'est pourquoi il avait paru superflu

de traiter en détail dans le Code civil une matière qui venait d'être réglementée ailleurs.

Quoi qu'il en soit, cette lacune de notre législation a persisté presque jusqu'à la fin du XIXe siècle. Mais, avec le nombre toujours croissant des ouvriers de l'industrie et des employés du commerce, le besoin d'une réglementation législative s'est fait de jour en jour plus vivement sentir. D'où plusieurs lois récentes. La première a été celle du 27 décembre 1890, qui a tenté, sans y parvenir du reste d'une façon satisfaisante, de régler les conséquences de la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Puis, la loi du 9 avril 1898 que nous avons précédemment étudiée, a imposé aux chefs d'entreprise l'obligation de payer une indemnité à leurs ouvriers et employés victimes d'un accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail. Les lois du 18 juillet 1901 et du 27 novembre 1909 ont protégé, la première les réservistes et territoriaux, la seconde, les femmes en couches, contre la résiliation de leur contrat de travail[1]. La loi du 8 décembre 1909 a réglé le mode de paiement des salaires des ouvriers et employés. Celle du 12 janvier 1895 sur la saisie-arrêt des salaires et petits traitements, avait déjà limité les retenues que le patron peut faire sur le salaire.

Ce sont ces diverses lois qui, avec l'article 1780 du Code civil, ont été insérées dans le Livre Premier du *Code du travail* promulgué le 28 décembre 1910 ; elles y sont comprises dans le Titre II intitulé : *du contrat de travail* (art. 19 à 32) et dans le titre III intitulé : *du salaire* (art. 33 et s.).

Si à ces dispositions nous ajoutons diverses autres lois intéressant encore le contrat de travail, parce qu'elles y restreignent l'effet de la libre volonté des parties contractantes, lois limitant la durée de la journée de travail, réglementant le travail des femmes et des enfants, imposant le repos hebdomadaire, prescrivant des règles destinées à assurer l'hygiène des locaux commerciaux et industriels et la sécurité des travailleurs, déterminant le salaire des ouvriers qui exécutent à domicile des travaux rentrant dans l'industrie du vêtement, on se rendra compte que notre contrat fait déjà actuellement l'objet d'une législation touffue.

Il serait opportun aujourd'hui de consacrer une loi générale à sa réglementation juridique. Cette question, résolue déjà par plusieurs États étrangers, Belgique, Hollande, Allemagne, etc., est à l'ordre du jour chez nous depuis plusieurs années[2].

1. La loi du 22 novembre 1918 a garanti à tous les mobilisés la reprise de leur contrat de travail. Voir aussi la loi du 23 juin 1921 qui accorde cette garantie à tous ceux qui sont appelés sous les drapeaux à raison soit de la mobilisation de leur classe, soit d'ordres individuels.

2. La *Société d'Études législatives* a élaboré et discuté dans le cours de l'année 1906 une proposition de loi qui fut reprise à cette époque dans son texte intégral par le gouvernement et déposée sous forme de projet de loi le 2 juillet 1906 (Voir le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906, *passim*. et la comparaison des deux textes, p. 507. Voir aussi *Le Contrat de travail et le Code civil*, brochure publiée par l'*Association française pour la protection légale des travailleurs*).

Nous ne parlons ici que du contrat du travail proprement dit. Nous laissons de côté la matière des *conventions collectives de travail* qui se rattache à la Législation industrielle et fait l'objet d'une loi du 25 mars 1919.

SECTION I. — Formation et preuve du contrat de travail.

§ 1. — Formation du contrat.

Absence de formes. — L'article 19 du Code de travail, reproduisant l'article 2 de la loi du 2 juillet 1890, qui a supprimé le livret ouvrier, déclare, dans son premier alinéa, que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter ». Les parties n'ont donc pas besoin de rédiger un écrit, et, en fait, le contrat n'est presque jamais constaté par écrit.

La Cour de cassation (Civ., 12 novembre 1913, D. P. 1914.1.289) a tiré de cet article une conclusion fort contestable. Elle a décidé que, quand les parties rédigent un acte sous-seing privé, cet acte n'est pas soumis, pour sa validité, à la formalité, prescrite par l'article 1325 du Code civil, de la rédaction en deux exemplaires et de la mention sur chacun du nombre des originaux. Telle n'a jamais été, croyons-nous, la pensée des auteurs de la loi du 2 juillet 1890. Ils ont simplement voulu dire que le contrat de travail est purement consensuel, comme presque tous les contrats de notre Droit. Mais de là ne résulte pas que les parties, qui décident de faire un écrit, soient soustraites à la règle protectrice du double exemplaire, laquelle s'applique à tous les contrats synallagmatiques.

Si le contrat de travail est, en principe, purement consensuel, il en est autrement cependant quand le salarié s'engage *pour plus d'un an*. L'article 15 de la loi du 22 germinal an XI, aujourd'hui article 22, livre I^er^, du Code du travail, décide en effet « que l'engagement d'un ouvrier ne peut excéder un an, à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur des autres ouvriers, ou qu'il n'ait un traitement et des conditions stipulés par un acte exprès ». Le contrat conclu par un ouvrier pour une durée supérieure à une année n'est donc valable que s'il est constaté par écrit.

La loi a voulu ainsi attirer l'attention de l'intéressé sur l'importance des obligations qu'il contracte.

Interdiction des engagements à vie. Contrat à durée indéterminée. — L'article 1780, 1^er^ alinéa, du Code civil (art. 20, livre I, C. du trav.) déclare qu' « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». Il interdit donc à tous les salariés, domestiques, ouvriers, employés, de se lier pour toute leur vie ou pour une période de temps correspondant à peu pres à la durée de leur existence. Un tel engagement constituerait une véritable aliénation de leur liberté. Aussi est-il frappé d'une nullité absolue. Cette disposition n'a d'ailleurs pas grand intérêt pour les ouvriers. Les quelques décisions qui en ont fait application ont trait à des engagements contractés par des domestiques. Cependant, les tribunaux se sont, à plusieurs reprises, appuyés sur la prohibition de l'article 1780 pour décider que l'acte par lequel un employé ou un ouvrier, au service d'un patron, s'engage à ne jamais servir ou s'associer directement ou indirectement dans un autre établissement ayant le

même objet, doit être considéré comme nul et de nul effet (Civ., 11 mai 1858, D. P. 58.1.219, S. 58.1.747 ; Req., 17 mai 1911, D. P. 1913.1.342, S. 1913.1.253).

L'article 1780 permet aux ouvriers et employés de s'embaucher pour une durée fixe. Mais, dans la pratique, il est rare qu'ils usent de cette faculté. Dans la plupart des cas, le contrat de travail est conclu sans terme, sans détermination de temps, chaque partie conservant le droit de le résilier quand elle le juge utile. Ce mode d'engagement est en effet plus avantageux et pour le patron et pour le salarié.

Accord des volontés. Règlement d'atelier. — Il n'y a rien de plus simple, en pratique, que la conclusion du contrat de travail. Il n'y a ni écrit, ni accord explicite sur autre chose que le taux du salaire. Et encore celui-ci est-il fixé, dans la grande industrie, par des règles qui ne permettent pas la discussion individuelle. L'ouvrier embauché est rémunéré dans les mêmes conditions que tous ceux de sa catégorie.

Quant aux obligations qu'assume l'ouvrier en entrant dans l'établissement, elles se trouvent énoncées dans le *règlement d'atelier*, *lequel est l'œuvre exclusive du patron*. Ce règlement d'atelier contient ordinairement trois groupes de clauses : 1° les mesures relatives à l'organisation intérieure du travail et au bon ordre : heures d'entrée et de sortie, repos, prescriptions concernant la discipline, la moralité, l'hygiène et la sécurité ; 2° les sanctions punissant les infractions à ces prescriptions, réprimande, amendes dont le taux est fixé par ledit règlement, mise à pied, renvoi ; 3° enfin, des dispositions concernant les effets mêmes du contrat et déterminant les conditions de l'embauchage, le calcul et le paiement des salaires, les retenues sur les salaires, la durée du délai-congé au cas de résiliation, ou la suppression de ce délai.

Le règlement d'atelier est obligatoire pour l'ouvrier, pourvu qu'il ait été porté à sa connaissance au moment de l'embauchage, notamment par son affichage dans les divers ateliers. *L'ouvrier qui s'embauche est censé accepter toutes les clauses qui y sont insérées, bien qu'il ne soit pas à même de les discuter*. Il en est ainsi même pour les amendes, quel que soit le taux auquel le patron en ait fixé le montant et si exagéré qu'il puisse être. La Jurisprudence pousse si loin le respect de ce prétendu accord, qu'elle se refuse le droit d'abaisser le chiffre de ces pénalités, même s'il lui paraît excessif, parce que, dit-elle, l'amende est une clause pénale convenue entre les parties, et que l'article 1152 du Code civil interdit aux juges d'en modifier le montant. Maintes fois la Cour de cassation a consacré cette solution, et cassé les décisions de conseils de prud'hommes qui avaient réduit des amendes leur paraissant exagérées (Civ., 14 février 1866, D. P. 66.1.84, S. 66.1.194 ; 12 mars 1918, D. P. 1918.1.39. Voir ci-dessus, p. 25).

Une telle présomption repose sur une pure fiction. Contre cette fiction les ouvriers ne cessent de protester avec raison, demandant que la question des amendes soit enfin réglementée par le législateur, en vue d'empêcher les abus de pouvoir des employeurs, et surtout des contremaîtres. Cette ques-

tion est une de celles sur lesquelles l'accord est le plus difficile à faire entre les intéressés. Et en attendant, elle suscite chaque année un nombre important de grèves.

§ 2. — Preuve du contrat.

Preuve différente suivant que le patron est ou non commerçant. — Il faut appliquer au contrat de travail les règles ordinaires sur la preuve. Or ces règles varient suivant que le patron est ou n'est pas un commerçant.

Dans le premier cas (art. 109, C. com.), il dépend du tribunal d'autoriser la preuve par témoins, quel que soit le chiffre du litige. Conformément au droit commun, l'admission de la preuve testimoniale, quand elle est prononcée, entraîne celle des simples présomptions (Civ., 6 mars 1912, D. P. 1912.1.304, S. 1912.1.216).

Dans le second cas, la preuve par témoins n'est possible que si l'objet du litige ne dépasse pas 500 francs : au-dessus, il faut produire un écrit (art. 1341), ou tout au moins un commencement de preuve par écrit corroboré par des témoignages (art. 1347, C civ.). Or, les parties ne peuvent presque jamais satisfaire à cette exigence de la loi, car il est très rare qu'elles rédigent un écrit. Il en résulte que, lorsqu'une difficulté surgit, la preuve ne peut pas être administrée, et la partie à qui elle incombe en est réduite à déférer le serment à son adversaire. Est-ce par exemple l'ouvrier qui réclame une somme supérieure à 500 francs, il ne peut pas faire la preuve de sa prétention. De même, le patron qui affirme avoir payé les salaires échus ne peut, à défaut de quittance écrite, que déférer le serment à l'ouvrier.

La jurisprudence apporte, il est vrai, un tempérament à la règle, pour le cas où il s'agit d'un maître et d'un domestique. Elle fait bénéficier alors le maître de l'article 1348, qui permet la preuve par témoins, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve écrite de l'acte conclu. Or, disent les arrêts, cet article vise aussi bien l'impossibilité morale que l'impossibilité physique (V. ci-dessus, p. 229). Et il n'est pas possible au maître de réclamer une quittance de ses domestiques, parce qu'une telle exigence impliquerait une défiance incompatible avec le caractère des relations qui doivent nécessairement s'établir entre maître et serviteur (Req., 1er mai 1911, S. 1913.1.305).

Quoi qu'il en soit, cette contradiction entre la règle de principe et l'usage est regrettable. Il faudrait y mettre un terme, en décidant que la preuve testimoniale sera toujours admise dans les contestations relatives au contrat de travail.

L'article 1781 du Code civil aboli par la loi du 2 août 1868. — Le Code civil avait prévu cette opposition du Droit et de la pratique, et, pour les contestations portant sur le *taux du salaire* ou *son paiement*, il avait, dans l'article 1781, édicté une règle ainsi conçue : « Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages ; pour le paiement du salaire de l'année échue ; et pour les acomptes donnés sur l'année courante ». « Le contrat de travail n'étant presque jamais rédigé par écrit, disait Treilhard, il

faut bien se fier aux déclarations des parties ; or le maître mérite plus de confiance ». Il est vrai que cette disposition, trop partiale, avait été écrite spécialement pour les maîtres et leurs domestiques. Mais la Jurisprudence l'appliquait aux ouvriers travaillant à la journée, parce que, disait-on, ils sont dans un état de sujétion, de subordination analogue à la domesticité. En revanche, l'article 1781 ne s'appliquait pas aux ouvriers travaillant à façon.

La loi du 2 août 1868 a abrogé cette règle à la demande des ouvriers comme contraire au principe d'égalité. Il faut, du reste, reconnaître que cette abolition n'a guère amélioré la condition du salarié demandeur, puisque, nous l'avons vu, à défaut d'un écrit, qu'il ne peut presque jamais produire, il est en fait trop souvent obligé de déférer le serment au défendeur.

SECTION II. — Paiement et protection du salaire.

C'est surtout en cette matière que s'est produite, au cours de ces dernières années, l'intervention protectrice du législateur. Le salaire est la seule ressource du salarié et de sa famille ; il offre évidemment un caractère alimentaire ; c'est pourquoi la loi édicte toutes les mesures nécessaires pour en assurer la sauvegarde et la destination.

On peut ranger ces mesures en cinq groupes :

1° Règles destinées à assurer le paiement loyal et régulier du salaire ;

2° Limitation des retenues que l'employeur peut faire sur le salaire ;

3° Privilège destiné à en garantir le paiement ;

4° Insaisissabilité et incessibilité du salaire (Loi du 12 janvier 1895, modifiée par celle du 27 juillet 1921.

5° Protection du salaire de la femme mariée et contribution des époux aux charges du ménage (loi du 13 juillet 1907[1]).

Toutes ces dispositions sont aujourd'hui réunies dans le titre III du livre 1er du Code du travail, articles 33 et suivants.

Nous n'étudierons, à cette place, que le paiement du salaire et la question des retenues.

I. — Règles destinées à assurer le paiement loyal et régulier du salaire.

Ces règles ont été édictées par la loi du 7 décembre 1909, aujourd'hui incorporée dans les articles 43 à 45 du livre 1er du Code du travail. Ces dispositions ont pour but de supprimer certaines pratiques abusives et d'en empêcher le retour. Elles sont au nombre de deux :

1° Les salaires des ouvriers et employés doivent être payés en monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal (art. 43). — Cette disposition vise tous les *ouvriers et employés* sans distinction, qu'ils tra-

1. A ces dispositions il faut ajouter celles de la loi du 10 juillet 1921 sur le salaire des ouvrières exécutant à domicile des travaux rentrant dans l'industrie du vêtement (art. 33 à 33 *n* du livre I du Code du travail).

vaillent dans l'industrie, le commerce, l'agriculture, ou pour le compte de l'Etat ou d'une personne administrative. Mais elle ne s'applique pas aux *domestiques et gens de service*, car ils ne sont pas compris dans la dénomination d'ouvriers et employés. Elle a pour but de mettre fin à un abus qui consistait à payer les ouvriers en denrées ou marchandises, ou en jetons convertibles en marchandises, que le salarié devait acheter dans un magasin ou économat géré par le patron ou par un contremaître. Cette pratique, connue sous le nom de *Truck-system*, a été employée dans tous les pays industriels aux premiers temps de la grande industrie, et elle n'a pas malheureusement complètement disparu de certaines entreprises[1]. Tous les Etats se sont efforcés de la déraciner, en édictant une prescription analogue à celle de notre loi.

L'article 43 frappe de nullité toute stipulation contraire, c'est-à-dire toute convention par laquelle l'ouvrier ou l'employé accepterait, soit au moment du contrat, soit lors de chaque paye, d'être payé en marchandises ou jetons.

Il reste, au contraire, permis de stipuler que le salarié recevra partie de son salaire sous forme de nourriture ou de logement, ou qu'il touchera diverses fournitures en nature en plus de son salaire. L'article 75, 2e alinéa du Code du travail reconnaît la validité de ces clauses.

2° **Lieu, jour, périodicité du paiement.** — Cette deuxième série de règles comprend trois prescriptions énoncées par l'article 45 du Code du travail :

A. — *Le paiement ne peut être effectué un jour où l'ouvrier ou l'employé a droit au repos, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention.*

B. — *Il ne peut avoir lieu dans les débits de boissons ou magasins de vente*, sauf pour les personnes qui y sont occupées. Cette seconde mesure est le complément logique de la première règle. Elle est nécessaire pour empêcher des pratiques qui ne seraient qu'un retour, par un chemin détourné, au *truck-system*.

C. — *Les salaires des ouvriers du commerce et de l'industrie doivent être payés au moins deux fois par mois, à 16 jours au plus d'intervalle. Ceux des employés doivent être payés au moins une fois par mois.* L'intérêt de la famille ouvrière, autant que le caractère juridique du salaire, lequel est un forfait, exige que celui-ci soit remis au travailleur à de courts intervalles. La plupart des législations étrangères édictent des prescriptions analogues.

A la différence des précédentes, cette troisième règle ne concerne que le commerce et l'industrie, et non l'agriculture.

II. — Retenues que l'employeur peut faire au moment de la paye.

L'employeur, débiteur du salaire, peut être, d'autre part, créancier de l'ouvrier pour des causes diverses qui sont les suivantes[2] :

1. V. *Bulletin de l'office du travail*, 1909, p. 1190, 1191, 1198.

2 Nous laissons de côté les retenues pour versements du salarié à une caisse soit de maladie, soit de retraite. Ces retenues n'ont pas pour cause une créance du patron.

En ce qui concerne les retraites ouvrières, la loi du 5 avril 1910, article 3, décide que

1° Amendes prononcées pour contraventions au règlement d'atelier ;

2° Malfaçons commises dans l'exécution du travail ;

3° Dommages-intérêts dus par le salarié pour abus du droit de résiliation du contrat, ou non-observation du délai-congé ;

4° Avances en argent ou en fournitures diverses, outils, matières premières, denrées alimentaires, faites au salarié.

Le patron peut-il, dans ces différents cas, se rembourser de sa créance par voie de *retenues sur le salaire* ? Et, dans le cas de l'affirmative, dans quelle mesure a-t-il ce droit ? La réponse à cette question se trouve dans la loi du 12 janvier 1895 relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements. Cette loi contient deux ordres de solutions : 1° un principe général, découlant de la combinaison de son article 1er avec les règles du droit commun, c'est-à-dire du Code civil ; 2° Des solutions particulières résultant de ses articles 4 et 5, et relatives spécialement au cas où le patron a fait certaines avances *en argent* ou *en fournitures*. Etudions successivement ces deux points.

1° **Le principe général.** — Il consiste à dire que la compensation entre la créance du salaire de l'ouvrier et les créances du patron ne peut s'effectuer que *jusqu'à concurrence du dixième du salaire*. Voici comment on raisonne pour arriver à cette solution.

Nous savons que (art. 1289 à 1291, C. civ.), lorsque deux personnes sont réciproquement débitrices l'une de l'autre de sommes liquides et exigibles, leurs dettes s'éteignent de plein droit jusqu'à concurrence de la plus faible, par l'effet de la compensation ; mais l'article 1293-3° exclut cette compensation quand l'une des dettes a pour cause des *aliments déclarés insaisissables*. Or, d'une part, il est incontestable que le salaire a un caractère alimentaire. Et, d'autre part, la loi du 12 janvier 1895, dans son article 1er (aujourd'hui art. 61 du livre I du Code du travail), décide que les salaires ne sont saisissables que jusqu'à concurrence du dixième. Il résulte de la combinaison de ces deux textes qu'en principe et sauf disposition contraire de la loi, l'employeur, créancier de l'ouvrier, ne peut faire de retenues que jusqu'à concurrence du dixième du salaire qu'il doit à l'ouvrier, puisque les neuf dixièmes de ce salaire constituent des « aliments déclarés insaisissables ».

Cette solution, aujourd'hui consacrée par la Cour de cassation, n'a été cependant admise qu'au cours de ces dernières années. Auparavant, on décidait sans hésitation que la compensation s'opérait de plein droit, car nul n'avait songé à appliquer au salaire la disposition de l'article 1293-3°. Le revirement qui s'est opéré tout récemment à cet égard dans la Jurispru-

l'employeur doit, lors de chaque paye, prélever sur le salaire la part incombant au salarié (Pour les difficultés soulevées par l'application de cet article, V. Capitant et Cuche, *Cours de législation industrielle*, p. 250 et suiv.). Il en est de même pour les ouvriers mineurs affiliés obligatoirement aux caisses de secours et de retraites organisées par la loi du 29 juin 1894 et celle du 25 février 1914.

En dehors de ce dernier cas, les retenues concernant l'assurance-maladie ne peuvent être faites que moyennant un accord des deux parties.

dence a été inspiré par les observations de la Doctrine, et on peut le considérer aujourd'hui comme définitif (Cf. Civ. 31 mai 1907, D. P. 1911.1.299, sous note a, S. 1909.1.153, note de M. Tissier ; 28 juin 1910, D. P. 1912.1.449, S. 1912.1.185 ; 8 novembre 1911, D. P. 1912.1.449, note de M. H. Lalou, S. 1912.1.185, note de M. Lyon-Caen ; 3 juillet 1912, D. P. 1913.1.110).

2° **Solutions spéciales à certaines avances patronales.** — Ces solutions ont été consacrées par le législateur de 1895, à un moment où il ne soupçonnait pas lui-même les conséquences qui résulteraient de l'article 1er qu'il venait d'édicter, rapproché des dispositions du Code civil sur la compensation. Elles ont trait : A. aux avances d'outils et de matériaux ; B. aux avances d'argent ; C. aux avances de fournitures.

A. — *Avances faites à l'ouvrier pour lui permettre de se procurer les outils ou instruments nécessaires à son travail, ou les matières ou matériaux dont il a la charge et l'usage.* — Qu'elles soient faites en nature, ou sous forme de deniers destinés à l'achat de ces objets, ces avances sont nécessairement limitées, et, d'autre part, elles rendent incontestablement service à l'ouvrier. La loi les voit donc d'un œil favorable. Aussi décide-t-elle que la *compensation s'opère au profit des patrons entre le montant des salaires dus par eux à leurs ouvriers et la valeur de ces fournitures* (art. 4 de la loi du 12 janvier 1895, aujourd'hui art. 50 du livre 1er du Code du travail).

On remarquera que la loi ne limite pas le montant de la compensation Est-ce à dire que le patron pourra retenir tout le salaire jusqu'à parfait paiement ? Non, car il y a toujours une part du salaire nécessaire à l'alimentation de l'ouvrier. En cas de conflit, ce sera ici aux tribunaux à fixer cette part.

B. — *Avances en argent. Le livret ouvrier.* — La question des avances en argent, fréquemment employées, au cours du XIXe siècle, par la grande industrie naissante comme un moyen d'attacher les salariés à l'atelier, se trouve étroitement liée à l'institution du livret ouvrier créé par la loi du 22 germinal an XI. Occupons-nous successivement : *a*) De l'avantage que ce livret procurait aux patrons pour le remboursement de leurs avances ; b) De la compensation.

a) *Le livret ouvrier.* — Le livret ouvrier avait été conçu comme un moyen de contrainte mis à la disposition du chef d'entreprise. Ce dernier demeurait en effet dépositaire du livret et n'était tenu de le rendre à l'ouvrier, avec le congé d'acquit, qu'autant que celui-ci avait accompli ses obligations et, notamment, remboursé les avances. Or, il était interdit à tout chef d'entreprise d'embaucher un ouvrier non porteur de son livret contenant le certificat d'acquit ; bien plus, l'ouvrier sans livret était considéré comme un vagabond. Enfin, si le patron créancier consentait au départ de l'ouvrier, il pouvait inscrire sa créance sur le livret, et, de plein droit, ceux qui employaient ultérieurement l'ouvrier devaient faire des retenues sur le salaire pour rembourser le précédent patron.

Cette institution du livret, amendée par plusieurs lois, n'a jamais été acceptée par les ouvriers, et ils en ont enfin obtenu l'abrogation par une

loi du 2 juillet 1890. Ainsi a disparu le privilège qu'elle créait au profit du patron créancier de l'ouvrier.

b) *Compensation entre les salaires et les avances en argent.* — Bien loin de favoriser les avances en argent, la législation récente cherche au contraire à en restreindre l'excès, afin d'éviter qu'elles n'enchaînent la liberté de l'ouvrier.

En conséquence, l'article 5 de la loi du 12 janvier 1895 (aujourd'hui article 51 du livre 1er du Code du travail) ne permet au patron créancier de se rembourser *qu'au moyen de retenues successives ne dépassant pas un dixième du montant des salaires exigibles.* Il convient de remarquer que ce dixième ne se confond ni avec le dixième saisissable, ni avec le dixième que l'ouvrier peut céder à un tiers. C'est une fraction exclusivement réservée au patron qui a fait des avances en argent, et sur laquelle il n'a pas à craindre le concours des autres créanciers. L'article 51 établit donc au profit du chef d'entreprise, pour cette créance spéciale, un véritable droit de préférence.

C. — *Avances ou fournitures de denrées ou marchandises.* — La vente à crédit de denrées ou marchandises par l'employeur à ses ouvriers et employés peut donner lieu à des abus analogues à ceux du *truck-system.* Le patron peut spéculer sur les objets qu'il vend ; et, d'autre part, l'ouvrier qui achète souvent au delà de ses besoins, contracte une dette qu'il ne peut plus éteindre. Aussi le législateur, dans tous les pays industriels, a-t-il voulu empêcher ce genre d'opérations.

Chez nous, l'article 4, 1er alinéa, de la loi de 1895 (aujourd'hui article 50 du livre 1er du Code du travail) déclare qu'*aucune compensation ne s'opère au profit des patrons entre le montant des salaires et les sommes à eux dues pour fournitures diverses.* Le chef d'entreprise qui a vendu des marchandises à crédit est donc obligé d'en réclamer le paiement à son débiteur.

Complément de la règle précédente : Suppression des économats patronaux. — On comprend combien il est difficile en fait de faire respecter la prohibition précédente.

Comment empêcher, par exemple, que le patron pèse sur la volonté de l'ouvrier et obtienne de lui, au moment du règlement du salaire, qu'il abandonne entre ses mains une partie du salaire à lui payé ? La question de savoir si les prescriptions des articles 50 et 51 du Code du travail ont un caractère d'ordre public et prohibent toute convention contraire, c'est-à-dire si elles font échec, non seulement à la compensation légale, mais à la compensation conventionnelle, s'est notamment posée en pratique à l'occasion d'actions intentées par des ouvriers congédiés, réclamant à leurs patrons les retenues qui leur avaient été faites sur leurs salaires, au cours de leur contrat, et qu'ils avaient acceptées sans protester. Elle a été résolue dans le sens le plus favorable aux ouvriers par deux arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile) du 21 juillet 1909 et du 1er juin 1910, arrêts qui ont assimilé la compensation conventionnelle à la compensation légale (D. P. 1910.1.25, S. 1910.1.113, note de M. Tissier ; D. P. 1910.1.297, S. 1910.

1.417, note de M. Lyon-Caen. V. Ambroise Colin, *Rev. trim de Droit civil*, 1909. p. 817, et Capitant et Cuche, *Cours de législat. industr.* p. 238 et suiv).

Mais cette jurisprudence donne lieu à des critiques doctrinales nombreuses et à d'insolubles difficultés d'application. La véritable solution du problème devait être cherchée ailleurs, dans la suppression des avances de fournitures faites par le patron à l'ouvrier. C'est pourquoi la loi du 25 mars 1910 interdit aux patrons : 1° d'annexer à leur établissement un *économat* où ils vendent directement ou indirectement à leurs ouvriers et employés ou à leurs familles des denrées et marchandises de quelque nature que ce soit ; 2° d'imposer à leurs ouvriers et employés l'obligation de dépenser leurs salaires, en totalité ou en partie, dans des magasins indiqués par eux (art. 75 à 77, 105 à 107 du livre I[er] du Code du travail).

SECTION III. — Extinction du contrat.

Les causes générales d'extinction du contrat de travail sont :

1° La *mort de l'ouvrier* ;

2° Les *cas de force majeure* qui mettent l'une des partie dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations : maladies ou infirmités, destruction de l'établissement par l'effet d'un sinistre, etc.[1]

3° *Le terme convenu*, quand le contrat est conclu pour un temps déterminé ;

4° La volonté de l'une des parties, lorsque le contrat est fait sans détermination de durée.

Il convient d'insister sur cette dernière cause d'extinction qui est la plus fréquente de toutes.

Résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. — « Le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes » (art. 1780, 2[e] al., C. civ., art. 23, livre I, Code du travail). Ainsi, contrairement à ce qui se passe dans les contrats ordinaires, il n'est pas besoin d'un accord nouveau pour dissoudre le contrat de travail, au moins lorsqu'il est conclu — ce qui est le cas ordinaire — sans détermination de durée. Ce mode de résiliation par la volonté unilatérale de l'une des parties n'est d'ailleurs pas spécial au contrat de travail ; il se rencontre dans les contrats successifs conclus sans terme préfixe. Ainsi, la société à durée illimitée se dissout par la volonté de l'une des parties (art. 1869). De même, si une personne donne à une autre mandat de gérer ses affaires, sans indiquer la durée de ce mandat, chacune d'elles peut y mettre fin par sa seule volonté (art. 2004, 2007). Et, en effet, s'il n'en était pas ainsi, ces contrats risqueraient de durer indéfiniment et d'engager à perpétuité les deux parties, contrairement à la prescription de l'article 1780, alinéa 1[er], parce qu'il suffirait du refus de l'une d'elles pour en rendre impossible la résiliation par le *mutuus dissensus*.

1- Voir cependant ce que nous disons ci-dessous au § 2.

Si le droit de résiliation unilatérale est un mode d'extinction inhérent au contrat de travail à durée indéterminée, il est indispensable cependant d'en réglementer l'emploi, afin de prévenir le préjudice qu'il peut, intempestivement exercé, causer à l'autre partie. Ajoutons que c'est surtout au salarié que la rupture peut être préjudiciable, car celui-ci, lorsque l'employeur le congédie, est exposé à ne pas trouver immédiatement un autre emploi qui le fasse vivre.

Nous allons rencontrer ici deux sortes de réglementations.

La première résulte depuis longtemps de l'*usage,* lequel impose aux parties l'obligation de se prévenir de leur intention de résigner, un certain temps avant la rupture effective.

La seconde a été tentée par le législateur moderne, qui s'est efforcé, sans grand succès d'ailleurs, de compléter l'œuvre de la pratique.

§ 1. — Le délai-congé ou délai de préavis.

Caractère coutumier du délai-congé. Depuis la loi du 19 juillet 1928, il est interdit aux parties d'y renoncer. — Cette règle a pour but d'atténuer le dommage que peut causer la brusque rupture du contrat ; elle oblige celui qui veut résilier le contrat à *donner congé*, c'est à dire à prévenir l'autre partie quelque temps d'avance.

L'usage en question existe depuis un temps immémorial dans la plupart des professions, sous le nom de *délai de préavis* ou *délai-congé*. Mais il ne s'agit que d'un usage, et ici apparaît l'infériorité du Droit coutumier sur le Droit écrit. En effet, cet usage n'existe pas dans toutes les professions ; il y en a dans lesquelles il n'a jamais été pratiqué. Bien plus, pour une même profession, il n'est pas usité dans toutes les localités[1]. En outre, la durée du délai varie suivant les métiers et les régions, quelquefois même suivant les ateliers. D'une façon générale, elle est de huit jours pour les gens de service et les ouvriers, de quinze jours ou d'un mois pour les employés.

Enfin il faut ajouter que, dans la grande industrie, les parties abandonnaient volontiers cette pratique. Les chefs d'entreprise inséraient souvent dans leurs règlements d'ateliers une clause stipulant que les parties pourraient se quitter sans observer le délai-congé, clause valable, jusqu'à la loi ci-dessous, car il dépend toujours des intéressés d'écarter une règle qui ne résulte pour elles que d'un simple usage (Civ., 17 juin 1907, D. P. 1908.1.140, S. 1907.1.320 ; 7 mars 1911, D. P. 1911.1.304, S. 1911.1.252 ; 18 décembre 1917, D. P. 1918.1.41). C'est qu'en effet le délai-congé n'offre pas d'utilité pour l'industriel. Le brusque départ de l'ouvrier ne le gêne pas, parce qu'il trouve facilement à le remplacer. De plus, pendant ce délai-congé, l'ouvrier travaille sans entrain ; il a le droit de s'absenter pour chercher un emploi.

Une loi toute récente du 19 juillet 1928 qui a modifié l'article 23 du

1. Le Conseil supérieur du travail a fait, en 1903, une enquête auprès des conseils de prud'hommes, de laquelle il résulte que, dans certaines villes, les quatre cinquièmes des professions ignorent le délai-congé (V. *Bulletin de l'Office du travail*, 1903, p. 824).

livre 1er du Code du travail et, par contrecoup, bien que ses auteurs aient oublié de le dire, l'article 1780, dont le premier n'est que la reproduction, a heureusement mis un terme à ce détestable abus en enlevant aux parties la faculté de renoncer par avance au droit de demander des dommages-intérêts. Elle frappe en outre de nullité toute clause d'un contrat de travail ou d'un règlement d'atelier fixant un délai-congé inférieur à celui qui est établi par les usages ou par les conventions collectives.

Conséquences de la violation du délai de préavis. — Si l'une des parties rompt le contrat sans prévenir l'autre conformément à l'usage du métier, cette dernière peut réclamer la réparation du préjudice que lui cause la brusque cessation du contrat. Le plus souvent, en fait, l'action est intentée par l'ouvrier qui se plaint de n'avoir pas reçu son congé conformément à l'usage. Si sa demande est fondée, les tribunaux condamnent ordinairement le chef d'entreprise à payer une somme égale au salaire des jours de travail compris dans le délai. Mais les juges peuvent, bien entendu, élever le chiffre de l'indemnité, s'ils estiment que le préjudice causé est plus élevé (Req., 22 mars 1904, D. P. 1904.1.449, note de M. Planiol, S. 1905.1 164).

Il est plus rare que l'action émane des chefs d'entreprise. Cependant, on a vu, à plusieurs reprises, au cours de ces dernières années, et à l'occasion de diverses grèves, des patrons actionner les chefs grévistes en dommages-intérêts pour inobservation du délai-congé (v. Civ., 28 juin 1910, D. P. 1912.1.449, S. 1912, 1.185).

Du cas où le délai-congé cesse de s'appliquer. — Même dans les professions où il est usité, et en dehors d'une dérogation formelle à l'usage insérée dans le contrat ou dans un règlement d'atelier, certaines causes dispensent les contractants de l'observation du délai-congé. Ce sont les suivantes :

1° Lorsqu'une des parties a commis une *faute* grave dans l'exécution de ses obligations, l'autre peut résilier immédiatement le contrat (Civ., 9 juillet 1901, D. P. 1902.1.128, S. 1902.1.114 ; 25 juillet 1910, D. P. 1911.1.446 ; 4 janvier 1910, D. P. 1913.5.5, S. 1911.1.195). L'appréciation de la gravité de la faute est une question de fait tranchée souverainement par le juge du fond (Civ., 6 août 1912, S 1913.1.37).

2° Il est admis que, pendant la *période d'essai* qui suit l'embauchage, et qui est ordinairement de huit ou quinze jours, les parties ne sont pas définitivement liées ; le patron et l'ouvrier peuvent donc se quitter sans se prévenir à l'avance.

3° Lorsqu'un cas de *force majeure* s'oppose à la continuation du contrat, celui qui ne peut plus exécuter la convention est dispensé de l'observation du délai-congé. Mais la cessation de l'entreprise n'est pas, en dehors du cas de force majeure, suffisante pour libérer l'entrepreneur de l'obligation de respecter le délai-congé (v. loi du 19 juillet 1928).

4° La loi du 17 juin 1913 (art. 29, *a*, du Livre I du Code du Travail), dis-

pose que les femmes en état de grossesse apparente peuvent quitter le travail sans délai-congé et sans avoir de ce fait à payer une indemnité de rupture.

§ 2. — Réglementation législative du droit de résiliation unilatérale.

La réglementation législative du droit de résilisation a été l'objet de trois lois qui sont les suivantes :

1° La loi du 27 décembre 1890 destinée à réprimer l'abus du droit de résiliation ;

2° La loi du 18 juillet 1901 garantissant leur emploi aux réservistes et territoriaux appelés à faire leurs périodes d'instruction militaire ;

3° La loi du 27 novembre 1909 garantissant leur emploi aux femmes en couches.

Enonçons brièvement l'objet de ces deux derniers textes, avant d'aborder les difficultés d'interprétation soulevées par la loi de 1890.

1° et 2° **Lois du 18 juillet 1901 et du 27 novembre 1909**. — D'après la *loi du* 18 *juillet* 1901 (aujourd'hui art. 24 à 28 du livre I du Code du travail), lorsque le patron, l'employé ou l'ouvrier est appelé sous les drapeaux comme réserviste ou territorial, pour une période obligatoire d'instruction militaire, le contrat de travail ne peut être rompu à cause de ce fait (art. 25).

Bien plus, si au moment où l'un des contractants est appelé sous les drapeaux, l'autre avait déjà résilié le contrat, la durée de la période militaire est exclue des délais impartis par l'usage pour la validité de la dénonciation (art. 26).

Ces dispositions s'appliquent dans tous les cas, même s'il s'agit d'une profession dans laquelle le délai de préavis n'est pas usité (Civ., 2 août 1911, D. P. 1912.1.76, S. 1912.1.201, note de M. Wahl).

Enfin, elles ont un caractère impératif. Toute stipulation contraire est nulle de plein droit (art. 28).

D'après la *loi du 27 novembre* 1909 (aujourd'hui art. 29 du livre 1er du Code du travail), la suspension du travail par la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture du contrat de travail par l'employeur, et ce à peine de dommages-intérêts au profit de la femme.

3° **La loi du 27 décembre 1890 et l'abus du droit de résiliation** (art. 1780, al. 2 à 5, C. civ., et art. 23 du livre 1er du Code du travail). — S'il appartient à chaque contractant de rompre par sa seule volonté le contrat de travail, à condition de respecter le délai-congé quand il existe, encore faut-il qu'il *n'abuse* pas de ce droit, car, nous l'avons vu, tout droit cesse là où commence l'abus ; celui qui, dans l'exercice d'un droit, se rend coupable d'abus, commet une véritable faute qui engage sa responsabilité (V. ci-dessus, p. 382 et s.). Dans notre matière, il y aura, par exemple, abus du droit de résiliation, si un patron a fait venir un contremaître d'une

autre ville, lui a promis un emploi stable et durable, puis quelques jours après, lui a donné congé sans motif plausif. Abus encore si l'usinier renvoie un ouvrier parce qu'il est syndiqué, ou candidat à une élection politique, ou parce qu'il a réclamé l'application d'une mesure législative concernant le travail [1].

Mais, si le principe ne peut guère faire doute, pratiquement tout est ici question de preuve ; et il s'agit de savoir à laquelle des deux parties on en imposera la charge. Est-ce à l'ouvrier qui se prétend injustement renvoyé à prouver la faute alléguée par lui ? Est-ce, au contraire, au patron à établir qu'il avait un juste motif de congédier l'ouvrier ? De cette solution dépendra presque toujours l'issue du procès. Il est bien évident, en effet, que l'ouvrier aura grand'peine à prouver qu'il a été renvoyé pour telle ou telle cause constitutive d'un abus du droit.

Or, si nous appliquons ici les principes généraux, la réponse ne peut faire doute ; elle découle de l'adage *Actori incumbit probatio*. C'est donc à l'ouvrier demandeur qu'il appartient de prouver la faute qu'il reproche au patron. Telle est la solution que la Cour de cassation a toujours appliquée. Toutes les fois que les tribunux ont accordé des dommages-intérêts à des salariés, sans fonder cette condamnation sur la constatation d'une faute commise par l'employeur, elle a cassé leurs décisions (Civ., 5 février 1872, 2 arrêts, D. 73.1.63, S. 72.1.132; 21 juillet 1873, 2 arrêts, S. 73.1.470 ; 5 août 1873, D. P. 74.1.65, S. 73 1.470 ; 4 août 1879, D. P. 80.1.272, S. 80.1.35).

Presque tous les arrêts que nous venons de citer avaient été rendus dans des procès intentés contre les Compagnies de chemins de fer par des agents révoqués, qui se plaignaient d'avoir été renvoyés sans motifs, et de perdre par l'effet de leur renvoi les versements qu'ils avaient faits en vue de leur pension de retraite. Aussi, à la suite de pétitions adressées par les employés des Compagnies au Parlement, celui ci élabora une loi qui fut promulguée le 27 décembre 1890 et insérée dans l'article 1780 du Code civil.

Malheureusement, c'est une loi fort mal faite : elle ne résout pas la question qui l'a motivée ; elle ne tranche pas en termes clairs le problème qu'elle devait résoudre.

En effet, elle commence par déclarer que le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Elle reconnaît donc le droit pour chaque contractant de résilier le contrat. Puis elle ajoute dans l'alinéa suivant : « Néanmoins la résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts ». Mais elle omet de nous dire, ce qui était pourtant le point essentiel, dans quels cas, à quelles conditions ces dommages-intérêts seront dus. Et, ce qu'il y a de plus grave, c'est qu'il n'y a pas eu là oubli du législateur. C'est sciemment qu'il a laissé cette question sans réponse ; il ne l'a pas tranchée, parce qu'il

(1) Bien entendu, cette nouvelle cause de responsabilité ne se confond pas avec celle résultant de la non observation du délai congé. La loi du 19 juillet 1928 l'a dit expressément. C'est une utile précision, car les tribunaux ne faisaient pas toujours la distinction.

n'a pas pu trouver une solution satisfaisante. Tous les efforts qu'il a faits pour aboutir ont échoué. On avait proposé plusieurs textes, notamment les suivants : « il y aura lieu à des dommages-intérêts lorsque le renvoi sera fait *sans justes motifs* », ou encore « lorsque le congé sera donné *de mauvaise foi et à contretemps* ». Ces formules ont été écartées comme insuffisantes ou dangereuses, et finalement, le législateur a décidé de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier quand il y aurait lieu d'accorder une indemnité.

Controverse sur l'interprétation de la loi. — Aussi la loi de 1890 a-t-elle été une grande désillusion pour la classe ouvrière et notamment pour les agents des Compagnies de chemins de fer, qui croyaient avoir cause gagnée. A peine était-elle promulguée qu'une controverse s'élevait sur le point de savoir si elle avait ou non modifié l'état du droit antérieur. Et deux systèmes opposés, invoquant l'un et l'autre les déclarations faites dans les travaux préparatoires, furent aussitôt soutenus.

Le premier semblait le plus logique, car il disait : la loi de 1890 a certainement modifié le droit antérieur ; elle a été faite contre la jurisprudence de la Cour suprême, pour donner satisfaction aux doléances des salariés en permettant aux tribunaux de leur allouer des dommages-intérêts, lorsqu'ils sont l'objet d'un renvoi injustifié. En conséquence, il faut décider que la résiliation expose son auteur à des dommages-intérêts, quand il agit sans motifs légitimes et par pur caprice. Celui qui résilie devra dorénavant prouver qu'il avait des raisons plausibles de le faire, établir, par exemple, qu'il n'avait plus besoin des services de l'autre partie, ou que celle-ci remplissait mal ses obligations. Ainsi, la loi nouvelle aurait modifié le droit antérieur, en ce sens que le contrat de travail ne pourrait plus être résilié *ad nutum*, par chacune des parties, mais seulement pour un motif légitime.

Ce premier système n'a cependant pas triomphé, et c'est l'opinion contraire qui l'a emporté. Elle consiste à décider que la loi de 1890 n'a fait que consacrer la jurisprudence antérieure. En effet, dit-on, le texte nouveau consacre expressément le droit de résiliation, et l'exercice d'un droit ne peut exposer son titulaire à l'obligation de payer une indemnité que s'il dégénère en délit ou quasi-délit. C'est donc au demandeur à prouver l'abus du droit commis par l'autre partie.

Cette seconde interprétation trouve un appui dans les déclarations de M. Poincaré, rapporteur à la Chambre des députés, lequel avait affirmé que « *la loi n'entendait innover que relativement à la détermination des éléments d'appréciation du quantum des dommages intérêts*, mais qu'elle se référait à la jurisprudence antérieure pour la détermination des cas dans lesquels ces dommages-intérêts seraient dus » (Séance de la Chambre du 29 décembre 1888). Aussi a-t-elle été adoptée par la Jurisprudence. La Cour de cassation annule invariablement toutes les décisions des tribunaux qui prononcent contre le chef d'entreprise des dommages-intérêts, sous le prétexte que le chef d'entreprise n'avait pas de motifs sérieux de congédier l'ouvrier. « L'auteur de la résiliation, d'après la Cour suprême, n'a pas à justifier le congé-

diement ; il ne peut être condamné à des dommages-intérêts que si l'on prouve contre lui, outre un préjudice subi, l'existence d'une faute légalement imputable. » Ce sont les mêmes considérants que ceux qu'invoquaient déjà les arrêts précités de 1872 et 1873 (Civ., 23 mars 1904, D. P. 1904.1.192, S. 1904.1.264 ; 22 décembre 1909, D. P. 1910.1.416, S. 1910.1.136 ; 19 juin 1911, D. P. 1912.1.543, S. 1911.1.444 ; 27 décembre 1911, D. P. 1912.1.136, S. 1913.1.126 ; 25 mai 1918, D. P. 1918.1.54, 3e espèce ; 22 décembre 1920, *Gaz. Pal.*, 1921.1.116 ; 13 février 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.1.683).

Le tribunal n'apprécie pas d'ailleurs sans contrôle s'il y a faute de la part du patron. La Cour de cassation se réserve « le droit de vérifier et de déclarer si, des circonstances relevées par les juges du fond, résultent soit l'existence, soit l'inexistence de la faute » (Civ., 28 novembre 1910, *Bull. Office du travail*, 1911, p. 47).

Conséquence de la jurisprudence ; loi du 19 juillet 1928. — Il résulte de la jurisprudence que nous venons d'analyser que bien rares sont les cas où l'ouvrier congédié peut obtenir des dommages-intérêts, car il lui est fort difficile de prouver que le patron a abusé de son droit. Ni la longue durée de ses services, ni le fait même qu'il aurait été empêché de reprendre son travail par l'effet d'une maladie ou d'un accident ne suffiront à justifier l'allocation d'une indemnité[1]. (Voir Civ., 27 décembre 1911 précité ; note de M. Lalou sous Civ., 7 décembre 1909, D. P. 1910.1.65).

Aussi a-t-on proposé de reprendre la réforme avortée en 1890, et de réglementer d'une façon plus étroite l'exercice du droit de résiliation. Mais l'œuvre est plus difficile qu'on ne pense, et il est probable que le législateur ne réussirait pas mieux aujourd'hui qu'en 1890. La preuve en est dans la loi déjà citée (p. 599) du 19 juillet 1928. Les rédacteurs de cette loi ont, en effet, maintenu dans l'article 23 du livre 1er du Code du travail la formule vague adoptée en 1890 : « la résiliation du contrat, par la volonté d'un seul des contractants, peut donner lieu à des dommages-intérêts. » Ils se sont contentés d'y ajouter quelques utiles précisions en décidant que le tribunal pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture et que le jugement devra, en tous cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat.

Fixation des dommages-intérêts dus en cas de congé abusif. — La loi du 27 décembre 1890, complétée par celle du 19 juillet 1928, a indiqué aux juges les divers éléments dont ils doivent tenir compte pour évaluer des dommages-intérêts. Ce sont les suivants :

1° *Les usages :* ce mot fait allusion sans doute au cas où il y aurait à la fois inobservation du délai-congé et abus du droit de résiliation ;

1. La Cour de cassation a admis qu'il y avait faute dans le fait de congédier un ouvrier pour le motif qu'il était secrétaire d'un syndicat ou conseiller prud'homme (Civ , 27 mai 1910, D. P, 1911 1.223 S. 1910.1.424) , dans le fait de laisser croire à l'ouvrier que son emploi serait durable et de le congédier ensuite sans motif (Civ. 18 mai 1909, S. 1909.1.428. Voir aussi Req., 16 avril 1907, D P. 1907.1.445 ; Civ., 28 janvier 1908, D P. 1908.1.195, S. 1908.1.241 ; Req., 8 décembre 1918. *Gaz. Pal.* 8 septembre 1919).

2° *La nature des services engagés* : il est juste, en effet, que l'indemnité varie suivant la difficulté du travail, l'importance de la situation occupée, le genre d'industrie ou de commerce ;

3° *L'ancienneté des services combinés avec l'âge de l'ouvrier ou de l'employé*,

4° *Les retenues opérées et versements effectués en vue d'une pension de retraite.*

Ce dernier point mérite de retenir notre attention. Jusqu'à ces dernières années, un ouvrier ou employé au service d'une administration publique ou d'un patron ayant organisé une caisse de retraite, perdait tous ses versements, à moins qu'il n'obtînt une condamnation pour renvoi abusif. On a peine à comprendre comment une solution aussi injuste a pu être si longtemps tolérée. Il n'est pas douteux, en effet, que les retenues opérées sur le salaire appartiennent à l'ouvrier et devraient lui être restituées. Et pourtant, cette injustice n'avait pas attiré l'attention du législateur[1]. Les deux lois récentes du 29 juillet 1909, sur les retraites du personnel des grands réseaux de chemins de fer, et du 5 avril 1910, sur les retraites ouvrières et paysannes, y ont enfin mis un terme.

D'après l'article 5 de la loi de 1909, l'agent qui quitte le service de la Compagnie pour quelque cause que ce soit, a toujours droit, soit au remboursement de ses retenues et de leurs intérêts, soit à sa pension de retraite.

Quant aux salariés soumis au régime des retraites ouvrières et paysannes, tous les versements effectués pour leur compte restent définitivement affectés à la constitution de leurs pensions.

5° Enfin, la loi nouvelle ajoute qu'il sera tenu compte de *toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.*

Le droit à indemnisation pour congé abusif peut-il être éludé ? — En principe, ce droit est intangible ; il tient à l'ordre public. L'article 1780, al. 5, décide qu'il est interdit d'y renoncer à l'avance.

Cependant, la pratique a trouvé moyen de tourner la règle. Celle-ci, en effet, n'est édictée que pour les contrats passés avec indétermination de durée. Les contrats à durée fixe prennent fin naturellement au terme stipulé : il est alors loisible à chaque contractant de ne pas renouveler l'engagement expiré. Il arrive donc souvent que, dans le règlement d'atelier, on insère cette clause que l'engagement de chaque ouvrier est fait *à la journée.* Dès lors, à l'expiration de chaque journée, le patron peut signifier au salarié qu'il ne sera pas embauché le lendemain ; et celui-ci, bien que congédié en fait, n'a droit à aucune indemnité. Une telle clause est considérée comme parfaitement valable (Civ., 20 mars 1895, D. P. 95.1 249, S. 95.1.313 ; 18 décembre

1. Fort heureusement, un grand nombre d'établissements et d'administrations, au lieu de créer des caisses particulières, ont pris depuis longtemps l'habitude de verser les fonds à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Grâce à ce mode de constitution de la retraite, l'ouvrier conserve le bénéfice de ses versements et de ceux du patron, même s'il quitte l'établissement.

1907, D. P. 1908.1.168, S. 1908.1.241). Elle nous paraît, cependant, fort contestable. N'est-il pas évident, en effet, que la cause en question a pour but de tourner une loi d'ordre public et, dès lors, ne tombe-t-elle pas sous le coup de la prohibition de l'article 6 du Code civil?

La grève met-elle fin au contrat de travail ou n'en est-elle qu'une suspension momentanée[1]? — Cette question a été vivement discutée dans le cours de ces dernières années. Elle a été soulevée, tantôt par les patrons qui réclamaient des dommages-intérêts aux grévistes, pour inobservation du délai-congé, ou abus du droit de résiliation, tantôt par les ouvriers que le patron refusait de reprendre après la grève, et qui soutenaient que le contrat continuait, tant qu'il n'avait pas été expressément résilié.

A plusieurs reprises, la Cour de cassation a décidé que la grève résilie le contrat (V. en dernier lieu, Civ. 29 déc. 1925, D. P. 1927.1.87). Les ouvriers, en quittant le travail, manifestent en effet, estime-t-elle, leur intention de rompre le contrat, puisqu'ils demandent à en modifier les conditions. Et de là la Cour a conclu :

1° Que le chef d'entreprise peut réclamer des dommages-intérêts aux grévistes pour violation du délai-congé, ou même pour abus du droit de résiliation (Req. 18 mars 1902, D. P. 1902.1.323, S. 1903.1.465, note ; Civ., 4 mai 1904, D. P. 1904.1.289, S. 1906.1,497, note de M. Wahl; 28 juin 1910, D. P. 1912.1.449, S. 1912.1.185, note de M. Lyon-Caen) ;

2° Que les ouvriers non repris par l'employeur, après la cessation de la grève, ne peuvent pas lui demander une indemnité pour rupture sans préavis du contrat (Civ. 15 mai 1907, D. P. 1907.1.360, note de M. Ambroise Colin, S. 1908.1.417, note de M. Wahl ; 15 mai 1922, 2 arrêts, S. 22.1.207).

Ce système a été combattu par quelques auteurs, qui ont soutenu que la grève laisse subsister le lien contractuel, mais en en suspendant provisoirement l'effet (en ce sens Trib. civ. Lille, 27 février 1907, sous Cass., D. P. 1907.1.369, S. 1908.1.417). Les ouvriers qui se mettent en grève, dit-on dans ce système, ne *veulent pas* rompre le contrat, quitter définitivement le patron. Celui-ci, de son côté, ne considère pas non plus comme brisés les rapports qui l'unissent à son personnel. Dans la pensée des uns et des autres, la grève est une crise passagère, qui sera suivie de la reprise du travail. La preuve en est que les parties restent en contact, échangent des propositions, cherchent un terrain d'entente. Dans certains métiers même, on convient que les travaux urgents concernant l'entretien de la mine, des machines, les matières périssables, seront exécutés malgré l'arrêt du travail. Tout cela prouve que les parties se considèrent comme demeurant engagées. Au surplus, les lois du 18 juillet 1901 sur les périodes des réservistes et territoriaux, et du 27 novembre 1909 sur le repos des femmes en couches, ne prouvent-elles pas que le contrat peut subsister bien que le travail soit arrêté? De là on conclut que la simple suspension du travail,

1. Cons. Pierre Bayart, *Caractère juridique de la grève, Revue crit de législ. et de jurispr.* 1909.

avec intention de le reprendre, n'est pas soumise à l'observation d'un délai de préavis, car ce délai ne se rattache qu'à une résiliation proprement dite, et que, d'autre part, le chef d'entreprise doit congédier, en se conformant à l'usage, ceux des grévistes qu'il ne veut pas reprendre.

On voit combien il est difficile de prendre parti dans cette question. Même si on admet le système de la Jurisprudence, il faut y introduire, nous semble-t-il, une distinction nécessaire entre les ouvriers qui font grève volontairement et ceux qui n'abandonnent le travail que contraints et forcés, car, pour ces derniers, la volonté de résilier fait certainement défaut (En ce sens, Trib. civ. Montbéliard, 25 juillet 1900, sous Cass., S. 1903.1.465). La vérité, c'est qu'il est irrationnel d'appliquer à ces *conflits collectifs* que sont les grèves des dispositions écrites pour des rapports d'individu à individu. La vraie solution — mais elle serait très difficile à organiser — consisterait, croyons-nous, à réglementer l'exercice du droit de grève, en imposant aux parties l'obligation de recourir à une tentative de conciliation, avant d'en arriver à la cessation du travail.

QUATRIÈME PARTIE

CONTRATS DIVERS[1]

Nous traitons, sous cette rubrique, toute une série de contrats usuels (société, dépôt, prêt, contrats aléatoires), parfois d'une grande importance pratique, mais auxquels le Code consacre un nombre relativement réduit de dispositions, et que pour cette raison on qualifie quelquefois de *petits contrats*, par opposition aux contrats te's que la vente, le louage, le contrat de travail, auxquels le Code consacre des dispositions nombreuses et développées.

Chacun de ces contrats fera l'objet d'un chapitre distinct.

CHAPITRE PREMIER

SOCIÉTÉ[2]

Définition. — L'article 1832 définit la société « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

Cette définition, dont les termes sont empruntés en partie à Pothier (*Société*, n° 1), appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, nous remarquons que *la société est un contrat*. En effet, elle suppose l'accord des volontés des personnes qui décident de se grouper en vue du but à atteindre. Mais ordinairement, dans les contrats intéressés, chaque partie ne considère que son intérêt propre dont elle poursuit la satisfaction. Il y a donc une opposition d'intérêts entre les contractants, chacun cherchant à obtenir de l'autre les conditions les plus avantageuses pour lui. Dans la société, au contraire, les contractants sont inspirés par une même pensée : ils s'associent afin de réaliser un bénéfice qu'ils se partageront. Le contrat crée entre eux un *communauté d'intérêts* que les Romains désignaient sous le nom de *confraternité*. On retrouve, du reste, le même caractère dans tous les groupements formés par des hommes qui unissent leurs efforts en vue d'atteindre un but commun, c'est-à-dire dans tout con-

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl *De la Société, du prêt et du dépôt*; Pont, *Traité des petits contrats*; Guillouard, *Du prêt, du dépôt, du séquestre*.

2. Cons. Hayem, *Etude historique et critique de la législation et de la Jurisprudence concernant les sociétés civiles*, Paris, 1911.

trat d'association. Mais, ainsi que nous le verrons, il y a lieu de distinguer soigneusement la *société* du contrat d'*association*.

Ajoutons que si, en principe, la société est un contrat, en ce qu'elle suppose l'assentiment des divers associés au pacte social, il faut bien reconnaître que c'est un contrat d'un genre tout spécial, quand il s'agit de groupements nombreux tels que les sociétés anonymes. En effet, les souscripteurs d'actions n'ont aucune part à la rédaction des statuts de la société. Bien souvent même, ils n'en prennent pas connaissance au moment de leur souscription. Les statuts sont l'œuvre exclusive des fondateurs. Aussi, la formation de sociétés de ce genre rentre-t-elle dans cette catégorie particulière de contrats que l'on désigne sous le nom de *contrats d'adhésion*.

Insuffisance des règles du Code civil. Leur archaïsme. — La société est un contrat fort employé; le nombre des sociétés est considérable. Il semble donc que les règles du Code civil relatives à leur réglementation présentent un très haut intérêt. Pourtant, plusieurs raisons viennent en diminuer la portée d'application :

1° Sans doute, les dispositions contenues dans le titre *du Contrat de Société* s'appliquent à toutes les sociétés, commerciales ou civiles (art. 1873), mais, pour les premières, elles n'ont presque plus jamais d'application, parce que ces sociétés ont été réglementées par le Code de commerce et diverses lois postérieures.

2° Les sociétés civiles les plus importantes empruntent les formes de constitution des sociétés commerciales, et elles sont, par ce fait, depuis la loi du 1er août 1893, soumises aux règles du Droit commercial.

Néanmoins, il existe encore beaucoup de sociétés civiles proprement dites. Un grand nombre d'entre elles fonctionnent à titre d'*annexe* d'un groupement de caractère différent. C'est ainsi qu'il se forme parfois des sociétés entre personnes ayant à défendre des intérêts communs, par exemple, entre obligataires d'une entreprise financière ou industrielle, entre abonnés d'une société concessionnaire d'un service public, etc. Beaucoup de sociétés civiles se sont de même fondées au cours du XIXe siècle, pour constituer et gérer un patrimoine destiné à alimenter des congrégations non reconnues ou des œuvres d'enseignement privé. Il arrive aussi que des héritiers, voulant éviter le partage et échapper en même temps aux inconvénients de l'indivision, mettent les biens héréditaires en société. De plus, le nombre des sociétés civiles tient aussi à ce que notre Code de commerce limite d'une façon assez étroite le domaine des opérations commerciales, et laisse notamment en dehors de ses prévisions toutes les opérations de spéculation ayant pour objet des immeubles. Enfin, parmi les sociétés civiles à forme commerciale, toutes celles dont la constitution est antérieure à la loi précitée de 1893, restent soumises aux règles du Code civil, à moins que, par une décision de leur assemblée générale, elles ne se soumettent au nouveau régime établi par cette loi.

Les sociétés civiles sont donc une matière très pratique. Malheureusement, les règles qui les concernent, écrites dans le titre IX du livre III du

Code civil, ont été empruntées par ses rédacteurs à nos anciens jurisconsultes qui les tenaient eux-mêmes des textes romains. Elles sont donc d'ordre plus théorique que pratique, et conviennent mal, pour la plupart, au bon fonctionnement d'une société. En conséquence, les personnes qui font un acte de société ont soin ordinairement d'y suppléer par les clauses de leur contrat.

SECTION I. — Eléments caractéristiques de la société. Sociétés diverses.

§ 1. — Traits essentiels de la société.

La définition de l'article 1832 se trouve complétée par l'article suivant : Art. 1833. « Toute société doit... être contractée pour l'intérêt commun des parties. — Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. »

De ces dispositions, il résulte que les traits essentiels de notre contrat sont au nombre de quatre :

1° Chaque associé doit faire un apport ;

2° La société est faite en vue de réaliser des bénéfices ;

3° Les bénéfices doivent être partagés entre les associés ;

4° Chacun des associés doit participer aux bénéfices, de même qu'il doit supporter les pertes.

Il nous faut étudier successivement ces quatre éléments dont la réunion est nécessaire pour qu'il y ait contrat de société.

1° **Apports des associés.** — Chaque associé doit faire un *apport*. L'apport peut consister, soit en une somme d'argent, soit en une chose, meuble ou immeuble, corporelle ou incorporelle, par exemple, une idée nouvelle susceptible d'être appliquée et exploitée, un brevet d'invention, une marque de fabrique, une clientèle, etc. L'apport peut enfin avoir pour objet l'*industrie de l'associé*, c'est-à-dire ses aptitudes commerciales ou industrielles, ses connaissances techniques, son expérience des affaires, son crédit, son nom.

En résumé, toute chose présentant une utilité pour les associés est susceptible d'être mise en société. Il n'y a qu'une condition requise : c'est que cette chose n'ait pas un caractère illicite. Nous reviendrons bientôt sur ce point.

2° **But lucratif de la société. Comparaison de la société et de l'association.** — La société est constituée dans l'intention de réaliser des bénéfices à l'aide des apports faits par les associés. *C'est là le caractère essentiel de la société, celui qui la distingue de l'association.* (Cass. Ch. réun. 11 mars 1914, D. P. 1914.1.257, note L. S.). L'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association, définit en effet ce contrat de la façon suivante : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs con-

naissances ou leur activité *dans un but autre que de partager des bénéfices.* » On le voit, les deux définitions de la société et de l'association se correspondent et se complètent. Tout groupement volontaire et permanent d'individus constitue nécessairement, soit une société, soit une association, et il importe d'ailleurs grandement de déterminer dans laquelle de ces deux catégories il doit entrer. C'est qu'en effet les dispositions législatives qui s'y appliquent constituent des régimes absolument différents. L'association a toujours été vue avec défaveur par le législateur ; la liberté d'association n'a été consacrée qu'en 1901. Jusque-là, on ne pouvait s'associer qu'avec l'autorisation du gouvernement (art. 291, C. pén., abrogé par la loi du 1er juillet 1901 ; voir notre tome 1er, p. 653 et s.). La société, au contraire, n'a jamais suscité les mêmes défiances, les mêmes mesures restrictives : elle a toujours été permise. Mais on comprend aussi que le législateur ait cru nécessaire d'en circonscrire avec soin le domaine, afin d'empêcher que des associations ne se dissimulent sous le nom de sociétés.

Le critérium de la distinction a-t-il été très rationnellement déterminé ? On peut en douter. En exigeant que la société ait pour but de *réaliser des bénéfices*, le Code, il est permis de le dire, s'est montré trop rigoureux. Nous verrons en effet qu'il y a des associations qui, tout en ne se proposant pas à proprement parler ce but, sont cependant faites dans l'intérêt pécuniaire de leurs adhérents. Il est peu logique de leur refuser le régime de faveur accordé aux sociétés. Tel est notamment le cas des *sociétés coopératives de consommation* et des *sociétés mutuelles d'assurances*. Aussi, le législateur a-t-il fini par assimiler ces groupements aux sociétés. Nous les avons pris comme exemple, mais bien d'autres organismes encore, ne remplissant pas à la lettre la condition requise par l'article 1832, se sont cependant constitués en sociétés au cours du XIXe siècle. Jusqu'à la loi du 1er juillet 1901, ils vivaient d'une vie précaire, risquant toujours d'être dissous comme constituant des associations.

Intérêts pratiques actuels de la distinction des sociétés et des associations. — En proclamant la liberté d'association, la loi du 1er juillet 1901 a enlevé une grande partie de son intérêt à la question de savoir si un groupement constitue une société ou une association. Cependant, cet intérêt subsiste encore, et voici les principales différences qui frappent à première vue dans le régime juridique des unes et des autres.

A. — Nous verrons plus loin que la Jurisprudence reconnaît aux sociétés tant civiles que commerciales, la personnalité juridique et une capacité sans limite. Elle admet notamment qu'elles sont aptes à recevoir des libéralités (Req., 2 janvier 1894 (motifs), D. P. 94.1.84, S. 94.1.129 ; 29 octobre 1894 (motifs), D. P. 96.1.145, note de M. Thaller, S. 95.1.65, note de M. Lyon-Caen ; Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, D. P. 83.3.31, S. 81.2.249). De même, elles peuvent acquérir des immeubles. La loi ne prend aucune mesure pour limiter le patrimoine immobilier des sociétés, parce qu'elles ne sont pas des personnes de mainmorte, et parce que, d'autre part, le but lucratif qu'elles poursuivent ne présente aucun danger pour l'Etat.

Les associations, au contraire, n'acquièrent la personnalité qu'à la condition de remplir les formalités prescrites par l'article 5 de la loi de 1901. Encore leur capacité subit-elle plusieurs restrictions. Elles ne peuvent posséder que les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent (art. 6, dernier al.) ; elles ne sont pas capables de recevoir par dons ou par legs (art. 11, 2e al., *a contrario*). Même quand elles sont reconnues d'utilité publique, elles demeurent soumises à la restriction limitative de leur patrimoine immobilier ; et, si une libéralite leur est adressée, elles ne peuvent l'accepter qu'avec l'autorisation du gouvernement (art. 11, 2e al.).

B. — Nous avons dit ci-dessus qu'il y a beaucoup de sociétés civiles qui prennent la forme de *sociétés par actions*, afin de pouvoir réunir les capitaux dont elles ont besoin pour atteindre leur but. Or, s'il est permis aux sociétés proprement dites d'émettre des actions, cela est, semble-t-il, interdit aux associations. On rencontre, il est vrai, parfois en pratique des associations sans but lucratif revêtant la forme anonyme (V. Trib. Seine, 27 juillet 1906, S, 1908.2.55), mais la régularité de leur constitution est très contestable.

C. — La constitution des sociétés est soumise à un droit d'enregistrement, auquel ne donne pas lieu la formation d'une association (art. 68, § 3-4°, de la loi du 22 frimaire an VII).

Groupements intéressés exclus de la catégorie juridique des sociétés. — Pour élargir les cadres un peu étroits que le Code trace à la société, il suffirait, remarquons-le aussitôt, de donner à l'expression de « bénéfice à réaliser » une signification un peu plus large que celle que lui attachaient les premiers interprètes du Code civil. Or, cet élargissement paraît tout à fait rationnel. *Faire un bénéfice*, ce n'est pas seulement *gagner de l'argent*, mais *réaliser un gain*, quelle qu'en soit la nature, qu'il consiste en une somme d'argent ou en un profit d'une autre espèce. Ainsi, faire une économie en achetant moins cher, c'est certainement réaliser un bénéfice. Comme on l'a justement fait observer, l'article 1841 confirme cette interprétation, car il admet que la société peut avoir pour objet *l'usage d'une chose*, par exemple, la jouissance en commun d'un immeuble. Or, cette jouissance en commun ne se traduit pas nécessairement par un bénéfice pécuniaire. De même, les *sociétés universelles de tous biens présents*, que le Code civil autorise, sont des sociétés dans lesquelles les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement et les profits qu'elles peuvent en tirer (art. 1837, 1er al.). Mais une telle communauté ne peut avoir pour but d'aboutir à des bénéfices pécuniaires proprement dits.

Toutefois, il subsiste toujours de la conception étroite du Code civil que, en dehors des deux cas ci-dessus, un groupement qui ne poursuit pas la réalisation d'un gain quelconque, ne rentre pas dans la catégorie des sociétés. Or, c'est le cas pour de nombreuses associations qu'il y aurait cependant tout avantage à comprendre parmi les sociétés. En voici les exemples principaux :

A. — Les sociétés d'*assurances mutuelles* qui ont pour objet de réunir

chaque année un capital pour indemniser ceux des assurés qui seront frappés par un sinistre, maladie, incendie, grêle, etc., ne sont pas des sociétés, mais des associations, parce qu'elles ne visent pas à procurer un bénéfice aux assurés, mais simplement à les indemniser de la perte que leur cause le sinistre. Ajoutons néanmoins que jamais ces assurances mutuelles n'ont été traitées comme les associations ordinaires. La jurisprudence les a toujours assimilées à des sociétés (Civ., 13 mai 1857, D. P. 57.1.201, S. 58.1.129). Le décret du 22 janvier 1868, et celui du 8 mars 1922, qui ont réglé leur situation, semblent bien s'être placés au même point de vue et se mettre, par conséquent, en contradiction avec les conceptions strictes du Code civil.

B. — On peut aussi contester la qualité de sociétés aux *syndicats d'obligataires* créés en vue de défendre les intérêts de ceux-ci à l'égard de la société débitrice (V. Lacour et Bouteron, *Précis du droit commercial*, t. Ier, n° 648 ; V. Besançon, 11 décembre 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.391).

C. — *A fortiori*, on doit en dire autant des *cercles*, groupement destinés à procurer aux adhérents un lieu de réunion et de distraction, des sociétés de *chasse* et de *courses* (V. note de M. Wahl sous Douai, 25 janvier 1899, S. 1900.2.25 ; Poitiers, 20 janvier 1909, D. P. 1909 2.157, S. 1909 2.55 ; pour les sociétés de courses, Req., 2 janvier 1894, D. P. 94.1.81, S. 94.1 129). Cependant la Cour de cassation (Req., 25 avril 1910, D. P. 1911.1.473, note de M. Nast, S. 1913.1.481, note de M. Gaudemet) a reconnu le caractère de société à un groupement formé entre abonnés d'une société d'éclairage électrique, pour défendre les intérêts sociaux, réaliser les réformes utiles et partager les bénéfices à provenir des amendes et indemnités payées par le concessionnaire de l'éclairage.

D. — Les *sociétés coopératives de consommation* ne sont pas non plus de véritables sociétés, car elles se proposent, non pas un bénéfice, mais simplement de procurer certains produits à leurs membres au meilleur compte possible. Il en est ainsi même quand, au lieu de vendre des denrées à leurs adhérents pour un prix égal au prix d'achat majoré simplement des frais généraux, elles les leur vendent au prix du détail, sauf à répartir entre eux en fin d'exercice les bénéfices réalisés au prorata de leurs achats. Il ne s'agit pas là de véritables bénéfices, mais de la restitution des sommes perçues en trop (Civ., 4 août 1909, D. P. 1910.1.153, note de M. Louis Durand, S. 1910.1.393, note de M. Wahl). Il faut en dire autant des *coopératives de crédit* qui cherchent à procurer à leurs membres, au meilleur compte, le crédit dont ils ont besoin (V. Cass., ch. réun., 11 mars 1914, précité).

Il en est toutefois autrement lorsque les sociétés coopératives promettent en même temps un intérêt au capital social, lequel est prélevé sur les résultats des opérations. Cet intérêt constitue une rémunération, un bénéfice par conséquent, et dès lors, il y a véritable société (Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, nos 799-800. Cf. note signée L. S., D. P. 1914.1.257).

3° Partage des bénéfices entre les associés. — Il ne suffit pas, pour qu'il y ait société, que l'association se propose de réaliser des bénéfices ; il faut encore que ces bénéfices profitent aux associés, soit en étant distribués entre eux, soit en augmentant la valeur de leurs parts sociales. L'article 1832 indique cette condition, quand il dit « *dans la vue de partager le bénéfice* qui pourra en résulter ». Et l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 l'énonce également : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité *dans un but autre que de partager les bénéfices*. » Ainsi, une association à but idéal qui réalise des bénéfices, mais les emploie intégralement au but qu'elle se propose, n'est pas une société. Telle est, par exemple, la Société nationale des Beaux-Arts qui organise chaque année un salon de peinture et de sculpture, perçoit un droit d'entrée, mais emploie toutes ses ressources à des achats ou subsides aux artistes. Telle est encore une société formée pour fonder des établissements d'enseignement supérieur (Voir aussi à propos d'une société de spirites, Req., 29 octobre 1894, D. P. 96.1.145, note de M. Thaller, S. 95.1.65, note de M. Lyon-Caen ; *adde* : Cass., ch. réun., 11 mars 1914 précité).

4° Participation de chaque associé aux bénéfices et aux pertes — C'est là une condition que le Code énonce à deux reprises. Elle est d'abord indiquée dans la définition de l'article 1832, puis elle est développée dans l'article 1855. « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. — Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

Le Code exige donc que chaque associé partage les bonnes chances et les mauvaises. Il interdit de stipuler que tous les bénéfices seront attribués à certains associés à l'exclusion des autres. On appelle *société léonine*, le contrat qui contiendrait une telle clause.

Le Code interdit également la clause qui dispenserait un des associés de la contribution aux dettes. Il se montre sur ce point plus sévère que le Droit romain (2, Inst. Just., *de Societate*, III, 25) et que notre ancien Droit qui avait suivi la tradition romaine (Pothier, *Société*, nos 19, 20 et 75, éd. Bugnet, t. 4, p. 247, 266).

La sanction de cette double prohibition est la nullité, non seulement de la clause illicite, mais du contrat de société, car il s'agit d'un de ses éléments essentiels (V. cep. Paris, 17 juin 1901, S. 1901.2.304).

Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il y ait proportionnalité entre les apports et la répartition des bénéfices et des pertes. Il est également permis d'attribuer à chaque associé des parts différentes dans les bénéfices et dans les pertes.

L'article 1853 prévoit le cas où les parties n'ont pas prévu la répartition des bénéfices et des pertes. et décide qu'elle se fera alors en proportion de la mise de chacun en société.

Cette obligation pour chaque associé de contribuer aux pertes permet

de distinguer la société de certains contrats qui, tout en établissant une participation des parties aux bénéfices réalisés, ne constituent pas des sociétés. Tel est le *contrat de travail dans lequel un employé reçoit en dehors de ses appointements un tantième sur les bénéfices*. De même, le *contrat d'édition*, par lequel un éditeur promet à un auteur une part dans les produits de la publication, n'est pas une société (Voir aussi, pour la distinction du prêt et de la société, Req., 10 juillet 1905, D. P. 1906.1.191).

§ 2. — Diverses espèces de sociétés.

On peut classer les sociétés en plusieurs groupes :
1° Quant au but poursuivi : *sociétés civiles et sociétés commerciales ;*
2° Quant à leur composition : *sociétés de personnes et sociétés de capitaux ;*
3° Quant à leur étendue : *sociétés universelles et sociétés particulières.*

1° **Sociétés civiles et sociétés commerciales.** — Une société est commerciale *quand elle a été créée pour faire des opérations commerciales* (art. 1er C. com.), civile dans le cas contraire.

Les sociétés commerciales sont susceptibles d'être déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire. Elles relèvent, pour leurs contestations, de la compétence des tribunaux de commerce. Elles sont soumises à des règles spéciales énoncées dans le Code de commerce, art. 18 et suiv., et dans la loi du 24 juillet 1867. Ainsi, notamment, elles sont astreintes à des formalités de publicité au moment de leur constitution (titre 4 de la loi du 24 juillet 1867). Mais les sociétés civiles peuvent, nous l'avons dit, bénéficier des dispositions de cette dernière loi.

2° **Sociétés de personnes et sociétés de capitaux, ou sociétés par intérêt et sociétés par actions. Sociétés à responsabilité limitée.** — Il y a des sociétés formées entre deux ou quelques personnes qui s'associent, parce que, se connaissant, elles ont réciproquement confiance les unes en les autres. On les appelle des *sociétés par intérêts, ou sociétés de personnes*, car elles sont constituées *intuitu personarum*. Elles peuvent être, soit des sociétés civiles, soit des sociétés de commerce (en *nom collectif* ou en *commandite simple*, art. 20, 23, C. com.).

Il y a d'autres sociétés dans lesquelles les fondateurs se préoccupent, non pas de la personne des associés, mais uniquement de la masse de capitaux qu'il s'agit de réunir. Ce sont les *sociétés par actions* (*sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions*, loi du 24 juillet 1867, titres 1 et 2).

Dans les sociétés de personnes, les parts sociales sont intransmissibles et incessibles. Sauf convention contraire, la mort d'un associé dissout la société (art. 1865-3°). En outre, chacun des associés répond des dettes sociales sur son patrimoine propre (à l'exception des commanditaires, dans la société en commandite simple).

Au contraire, dans les sociétés de capitaux, les actions sont négociables. L'actionnaire transmet son droit à ses héritiers ; il peut le céder à un tiers

qui prend sa place. De plus, il n'est tenu des dettes sociales que dans la mesure de son apport.

La loi du 7 mars 1925, enfin, par imitation du droit local en Alsace-Lorraine, a introduit dans notre législation un type nouveau et intermédiaire, à savoir les *sociétés à responsabilité limitée*, lesquelles tiennent des sociétés de personnes en ce que les noms des associés sont connus et des sociétés de capitaux en ce qu'aucun associé n'est tenu au-delà de sa mise.

Des sociétés civiles à forme commerciale. — On rencontre beaucoup de sociétés qui prennent la forme des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, bien qu'elles ne fassent pas d'opérations commerciales. C'est que la forme ordinaire et normale de la société civile ne saurait convenir aux sociétés qui sont appelées à avoir une longue durée et à réunir des capitaux considérables. Ces sociétés, même lorsqu'elles ne doivent pas se livrer à des opérations commerciales, sont obligées de faire appel au public et, pour cela, d'émettre des actions. Aussi, c'est à cette forme qu'ont eu recours toutes les *sociétés de mines* constituées au cours du XIX^e^ siècle, et les *sociétés d'opérations immobilières*. On n'a jamais mis en doute que cet emprunt d'une forme, établie cependant par le Code de commerce pour les sociétés commerciales seulement, ne fût licite. Mais on s'est demandé quelles conséquences il entraînait. Les sociétés civiles à forme commerciale demeurent-elles exclusivement régies par le Code civil, ou sont-elles soumises aux mêmes règles que les sociétés commerciales (possibilité de mise en faillite, limitation de la responsabilité des actionnaires, etc.) ?

La question a été vivement discutée après la loi du 24 juillet 1867. La jurisprudence avait décidé que les sociétés civiles empruntant la forme commerciale demeuraient, aux deux points de vues indiqués, sous l'empire du Droit civil. Cette solution avait de grands inconvénients. La loi du 1^er^ août 1893 a donc ajouté à la loi du 24 juillet 1867 un article 68 disant : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

Mais cette loi ne s'applique qu'aux sociétés fondées postérieurement à sa publication. Le régime juridique applicable aux sociétés qui remontent à une date antérieure reste donc conforme à la jurisprudence ancienne. Par conséquent, elles ne sont pas soumises au Code de commerce et, d'autre part, leurs actionnaires demeurent responsables *in infinitum* envers les créanciers sociaux (Civ., 13 juin 1904, D. P. 1905.1.25, note de M. Percerou, S. 1906.1.385, note de M. Wahl). Ces sociétés peuvent du reste, comme nous l'avons déjà dit, se soumettre aux règles du Droit commercial, par une décision de l'assemblée générale extraordinaire [1].

Sociétés civiles qui divisent leur capital en actions sans prendre la forme commerciale. — Il y a encore des sociétés civiles qui créent des

1 La loi du 9 septembre 1919, art. 5, a donné le caractère commercial à toutes les sociétés de mines existantes.

actions parce qu'elles ont besoin de gros capitaux, mais sans se soumettre aux formes de la loi de 1867. Ces sociétés sont-elles valables? Ne doivent-elles pas être annulées comme contraires aux dispositions de cette loi? La question a été controversée. Il semble peu rationnel qu'une société puisse bénéficier des avantages réservés aux sociétés commerciales, et échapper cependant aux règles de forme auxquelles ces sociétés ont été soumises pour des raisons d'intérêt général.

Néanmoins, il faut reconnaître qu'aucune loi n'a interdit aux sociétés civiles de diviser leur capital en actions tout en demeurant sociétés civiles. En outre, les travaux préparatoires de la loi de 1893 et le texte de cette loi prouvent que celle-ci a entendu soumettre aux lois du commerce, non pas toutes les sociétés civiles par actions, mais seulement les sociétés en commandite ou anonymes (En ce sens, Montpellier, 20 mai 1903, D. P. 1904.2. 241, note de M. Percerou. S. 1904.2.89, note de M. Houpin; Besançon, 27 mars 1903, D. P. 1904.2.241, S. 1904.2.89; Civ., 7 janvier 1908, D. P. 1908.1.126, S. 1910.1.313, note de M. Wahl; Civ., 16 novembre 1910, D. P. 1911.1.321, note de M. Percerou. S. 1911.1.300). En conséquence, les sociétés civiles par actions, fondées depuis 1893, qui ne prennent pas la forme commerciale, ne sont pas soumises aux règles du Droit commercial.

On comprend cependant combien ces sociétés, qui échappent ainsi aux règles de publicité et de constitution établies par la loi de 1867 dans l'intérêt des tiers, présentent de danger pour le public. Par exemple, les actionnaires auxquels elles font appel vont se trouver tenus *in infinitum*, alors que sans doute ils ne pensaient être engagés que jusqu'à concurrence du montant de leurs actions. La Jurisprudence actuelle cherche donc à restreindre le plus qu'elle peut ce genre de sociétés. La Cour de cassation a décidé que, si la société a divisé son capital en actions et a limité la responsabilité des associés au montant de leurs parts, elle devient nécessairement commerciale, bien que son objet soit civil, parce qu'elle emprunte une forme exclusivement réservée aux sociétés commerciales (Civ., 7 janvier 1908, 16 novembre 1910 précités). Il en résulte que ces sociétés sont nulles, si, lors de leur formation, les formalités prescrites par la loi de 1867, pour la constitutions des sociétés par actions, n'ont pas été observées.

3° **Sociétés universelles et sociétés particulières.** — Cette distinction enoncée par l'article 1835, a beaucoup moins d'intérêt que les précédentes. Les sociétés universelles ne sont plus connues aujourd'hui. Elles étaient très fréquentes autrefois sous le nom de *sociétés taisibles*. Elles ne se formaient qu'entre parents, et supposaient une communauté de vie que les mœurs actuelles ne permettent plus. Un tel genre de société ne pourrait guère se comprendre actuellement qu'entre époux. Or, précisément, la Jurisprudence interdit aux époux de s'associer. Il ne reste donc guère comme application de la société universelle que le régime matrimonial de la communauté de biens entre époux, laquelle peut comprendre tous les biens présents et à venir (art. 1526) mais est soumise à des règles bien différentes de celles des sociétés.

La société universelle prévue par le Code civil dans les articles 1836, 1837 ne peut comprendre que les biens présents des associés, meubles et immeubles, et tous leurs gains, y compris les revenus de leurs biens futurs. Mais elle ne saurait s'appliquer aux biens qui adviendraient aux associés dans la suite par succession, donation ou legs.

SECTION II. — Régime juridique des sociétés.

§ 1. — Personnalité juridique de la Société.

Le trait le plus caractéristique du régime juridique des sociétés, c'est leur personnification. Ce trait se rencontre-t-il dans toutes les sociétés? A cet égard, il convient de parler successivement des sociétés commerciales et des sociétés civiles.

Sociétés commerciales. — Depuis le Code civil, la Doctrine et la Jurisprudence admettent que les sociétés de commerce sont des personnes juridiques, c'est-à-dire constituent des sujets de droit distincts des êtres humains dont elles sont composées. C'est la société qui est propriétaire des biens sociaux, c'est elle qui, par l'intermédiaire de ses gérants, contracte avec les tiers, devient créancière, débitrice (Voir notre t. Ier, p. 668).

Deux articles de nos Codes paraissent, en effet, être une application de cette conception. C'est d'abord l'article 529, 1er alinéa, du Code civil, ainsi conçu : « Sont meubles.... les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. » Si le droit de l'associé d'une société possédant des immeubles est mobilier, c'est parce que les immeubles sont la propriété, non pas des associés, mais d'un être juridique qui est la société.

C'est ensuite l'article 69,6° du Code de procédure civile. Les sociétés de commerce sont assignées, « tant qu'elles existent, en leur maison sociale ». Ce texte prouve également que la société est une personne juridique, car, si elle ne l'était pas, il faudrait assigner spécialement chacun des associés, en vertu du vieil adage qui veut que *nul en France ne plaide par procureur*.

Sociétés civiles. — Les deux articles précédents ne visent que les sociétés de commerce. La Doctrine en a longtemps conclu que les sociétés civiles n'avaient pas été considérées par le législateur comme des personnes juridiques, et constituaient par conséquent de simples indivisions soumises à la réglementation édictée par les articles 1843 et suivants du Code civil. Aucun des articles 1832 à 1873, disaient les auteurs, ne laisse soupçonner l'existence d'un être distinct des associés ; ces textes visent exclusivement des rapports *inter socios*. L'article 1832 ne dit-il pas, du reste, que la société consiste dans la *mise en commun* de quelque chose? Mettre en commun, cela ne signifie-t-il pas mettre en indivision ?

Cette opinion a longtemps été partagée par la Jurisprudence, mais la

Chambre des requêtes de la Cour de cassation l'a abandonnée dans deux arrêts du 23 février 1891 (D. P. 91.1.337, S. 92.1.73) et du 2 mars 1892 (D. P. 93.1.169, S. 92.1.497, notes de M. Meynial ; *Adde*, Req., 2 janvier 1894, D. P. 94.1.81, S. 94.1.129 ; 22 février 1898, D. P. 99.1.593). La Chambre des requêtes a, du reste, affirmé plus que prouvé. Elle s'est bornée à dire qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres. Elle a ajouté que les textes du Code civil, notamment les articles 1850, 1852, 1867, 1845 à 1848, 1855, 1859, personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais de rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société. C'est une façon nouvelle d'entendre ces textes, car jamais auparavant, ni la Doctrine ni les tribunaux n'y avaient rien vu de semblable.

La vraie raison qui a déterminé ce revirement doit être cherchée dans les avantages pratiques de la personnification. Nous allons les apercevoir en étudiant les effets juridiques qu'entraîne la personnalité des sociétés.

Conséquences de la personnalité de la société. — Elles sont les suivantes :

1° *Première conséquence : Les biens mis en société ne sont pas indivis entre les associés. Ils forment un patrimoine distinct de celui de chacun des associés, et appartenant à l'être moral.* D'où les corollaires suivants :

A. — Les biens sociaux sont le gage exclusif des créanciers qui ont traité avec la société. Les créanciers personnels des associés ne peuvent pas les poursuivre. Ainsi, il a été décidé que, si l'un des associés exerce une tutelle, l'hypothèque légale de son pupille ne grève pas l'immeuble faisant partie de la société (Req., 22 février 1898, D. P. 99.1.593).

B. — Il n'y a pas compensation entre les obligations de la société et celles des associés. Si donc un tiers se trouve créancier de la société et débiteur d'un associé, la dette de la société n'est pas éteinte par la créance personnelle de l'associé.

C. — Le droit des associés est mobilier, même quand la société possède des immeubles. La loi du 21 avril 1810 sur les mines l'avait du reste expressément déclaré dans son article 8, dernier alinéa, pour les sociétés minières, lesquelles étaient, avant la loi du 9 septembre 1919, art. 5, des sociétés civiles.

2° *Deuxième conséquence : La société peut ester en justice par ses gérants ou administrateurs.* — Si, au contraire, elle n'était pas douée de la personnalité, il faudrait que chaque associé figurât en nom dans l'instance, car *nul en France ne plaide par procureur* (Req., 2 mars 1892, D. P. 93.1.169, S. 92.1.497).

3° *Troisième conséquence : La société est capable d'acquérir tous les droits du patrimoine.* — Elle peut notamment recevoir des dons et des legs. En effet, aucun texte de nos lois ne restreint la capacité des sociétés. Il faut donc leur reconnaître la même aptitude juridique qu'aux personnes physiques, en ce qui concerne les droits du patrimoine. Au contraire, un grou-

pement qui ne constitue pas une personne morale ne peut pas recevoir une libéralité, parce qu'il ne peut acquérir comme tel aucun bien, n'étant pas sujet de droits (Req., 2 janvier 1894, D. P. 94.1.81, S. 94.1.129, note de M. Lyon-Caen ; 29 octobre 1894, D. P. 96.1.145, note de M. Thaller, S. 95.1.65, note de M. Lyon-Caen ; 29 novembre 1897, D. P. 98.1.108, S. 1902.1.15).

Aptes à recevoir des dons et legs, les sociétés sont également capables de les accepter sans avoir besoin de l'autorisation administrative. Ce dernier point a été, il est vrai, contesté. On a soutenu que les sociétés étaient soumises, comme les établissements d'utilité publique, à l'article 910 du Code civil. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Si la loi subordonne à l'autorisation administrative l'acceptation des libéralités faites aux établissements d'utilité publique, c'est qu'elle redoute l'accroissement du patrimoine des personnes de mainmorte, douées d'une vie indéfinie, acquérant, mais n'aliénant jamais. Au contraire, les sociétés, groupements constitués en vue d'un but lucratif et pour un temps ordinairement assez bref, n'ont jamais été vues avec défaveur[1].

§ 2. — Conditions de validité du contrat de société.

En dehors des traits essentiels relevés ci-dessus, il faut appliquer au contrat de société les règles générales de validité des conventions :

Consentement des parties exempt de tous vices ;

Capacité des contractants ;

Objet et cause réels et licites.

Nous n'avons pas à reprendre l'étude de ces divers éléments. C'est ainsi que nous reportons à notre troisième volume l'étude des sociétés formées entre époux. Nous n'insisterons ici que sur deux points spéciaux :

1° Le caractère illicite de certaines sociétés.

2° La preuve du contrat de société.

1° Caractère illicite de certaines sociétés[2]. — Pour qu'une société

1. Certains auteurs prétendent qu'il est irrationnel de considérer toutes les sociétés, sans distinction, comme des personnes juridiques. La personnalité juridique suppose, disent-ils, un groupe ouvert, composé d'un grand nombre d'adhérents susceptibles de changer, de se remplacer les uns les autres. Tel est le cas pour les sociétés de capitaux. Or ce trait caractéristique ne se rencontre pas dans les sociétés formées *intuitu personæ*, entre un petit nombre d'individus qui se sont choisis et liés pour toute la durée du pacte social. Dans ces sociétés, l'intérêt des associés apparaît au premier plan, et c'est abuser de la fiction que de leur superposer un être juridique ayant un intérêt distinct du leur propre. Mais, tout en admettant que les biens demeurent la copropriété des associés, ces auteurs continuent cependant à appliquer les effets ci-dessus indiqués et que l'on considère comme découlant de la personnalité juridique. Pour justifier cette conclusion, ils font appel à une autre théorie. Les uns se rallient à la notion allemande de *propriété en main commune* (Voir Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. I, n^os^ 231 et suiv.); les autres disent qu'il faut appliquer la charte sociale non seulement aux rapports des associés entre eux, mais aux tiers avec qui ils traitent (Voir Thaller, *Traité élément.*, n^os^ 280 et s. ; cf. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, première partie, n^os^ 68 et s.).

2. Cons. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, n^os^ 25 et s.

soit valable, il faut que le but poursuivi ou l'objet de la société ne soit pas interdit par la loi ou contraire à la morale.

Il ne nous est pas possible d'énumérer ici tous les cas où une société peut être illicite ou immorale ; il nous suffit d'indiquer les principales espèces relevées en jurisprudence. Une société peut être illicite : A) en raison de l'objet même de son exploitation : B) parce que son objet ne peut pas être exploité en société.

A. — *Objet illicite ou immoral.* — Auraient un objet illicite ou immoral les sociétés constituées en vue :

De pratiquer la *traite des nègres*, ou ce qu'on appelle *la traite des blanches* ;

De frauder le trésor, et notamment d'introduire des marchandises en *contrebande* (Douai, 11 novembre 1907, D. P. 1908.2.15, S. 1907.2.308) ;

D'exploiter un *établissement de jeux de hasard* sans l'autorisation administrative, ou d'ouvrir une *maison de tolérance* ;

De publier des livres ou gravures obscènes.

De même, serait nulle la société dont les opérations présenteraient les caractères d'une loterie interdite par la loi du 21 mai 1836 (Lyon, 19 juillet 1898, S. 1901.2.257, note de M. Wahl).

B. — *Choses ne pouvant pas être mises en société.* — a) *Offices ministériels (notaires, avoués, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, huissiers, commissaires-priseurs).* Bien que représentant une partie du patrimoine de leurs titulaires (voir t, I^er^, p. 694), ces offices ne peuvent pas être exploités en société. L'officier ministériel, choisi par l'Etat pour son honorabilité et sa capacité professionnelle, doit être seul titulaire de sa fonction et seul maître de la façon dont elle doit être remplie. En s'adjoignant des associés, il renoncerait en partie à son pouvoir de direction ; l'esprit de lucre l'emporterait sur les considérations d'ordre professionnel.

On applique la même règle aux charges d'*agréés près les tribunaux de commerce*, à celles des *syndics de faillite* et *liquidateurs judiciaires*.

Il y a cependant une exception : elle concerne les *charges d'agents de change*. La loi du 2 juillet 1862, incorporée dans l'article 75 du Code de commerce, a autorisé les agents de change, non pas, à proprement parler, à mettre leur office en société, mais à s'adjoindre des bailleurs de fonds participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur.

b) *Cabinets d'Avocats.* — Il n'est pas permis à des avocats de s'associer en vue de l'exercice de leur profession. Le caractère de spéculation de cette association serait en opposition avec le monopole que la loi accorde aux avocats en considération de leur dignité professionnelle. Au surplus, la question ne paraît pas s'être jamais posée dans la France continentale. Dans les colonies, notamment en Indo-Chine, les fonctions de *défenseurs* font souvent l'objet de contrats de société, sans qu'on ait jamais contesté la validité d'un tel pacte.

c) *Médecins, pharmaciens.* — On discute sur le point de savoir s'il faut imposer la même prohibition aux médecins et pharmaciens (V. en ce qui concerne les sociétés ayant pour objet l'exploitation de pharmacies, Req., 12 juin 1898, D. P. 99.1.63, S. 99.1.71).

Caractères de la nullité. — La société poursuivant un but illicite ou immoral est nulle d'une nullité absolue, qui peut être, en conséquence, invoquée par tous les intéressés, et n'est pas susceptible de se couvrir par la prescription extinctive.

Mais que décider pour les opérations faites par la société? Doit-on les tenir pour nulles et non avenues, ou, au contraire, faut-il les respecter, et liquider la société au jour où la nullité est prononcée, sans toucher au passé?

De ces deux systèmes, le premier doit être rejeté à cause du trouble profond qu'il causerait aux tiers et du préjudice immérité qu'il leur infligerait. C'est pourquoi l'on décide qu'on ne saurait effacer ce qui a été fait, et que l'annulation ne produit pas d'effet rétroactif. Mais, comme le pacte social est inexistant, il n'en sera tenu aucun compte. Les associés sont en état d'indivision ; on fera la liquidation de l'actif et du passif, et le partage du fonds social s'il en existe, d'après la règle de la proportionnalité des apports. On a soutenu cependant qu'il n'y avait pas lieu à la restitution des apports, parce qu'on doit appliquer aux associés l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* En conséquence, les choses devraient rester en l'état où elles sont : le gérant conserverait donc le fonds social, s'enrichirait de tous les bénéfices et s'appauvrirait de toutes les pertes. Mais cette solution est inacceptable ; elle favoriserait les calculs frauduleux ; il dépendrait du gérant de demander la nullité au moment opportun. Aussi, la Doctrine est-elle unanime à décider que les associés d'une société illicite ont le droit de revendiquer leurs apports.

3° Forme et preuve du contrat de société. — Le contrat de société n'est soumis à aucune forme particulière. Il peut être constaté verbalement ou par écrit.

En pratique, les associés ne manquent pas de rédiger un écrit qui règle la question des apports, le fonctionnement de la société, sa durée, les causes de dissolution et le mode de liquidation.

Si l'écrit est sous seing privé, il doit être dressé en autant d'exemplaires qu'il y a d'associés (art. 1325, C. civ.).

Pour les sociétés de commerce, le Code de commerce prescrit en termes absolus la rédaction d'un écrit (art. 39 et 40) [1].

Relativement à la preuve du contrat, il faut appliquer les règles du droit commun. Si l'article 1834 a cru utile de le rappeler, c'est qu'il a voulu proscrire un vieil usage concernant les sociétés taisibles, lesquelles commençaient au bout d'un an et un jour, sans qu'il y fût besoin, ni de convention expresse, ni *a fortiori* d'écrit. Par conséquent, lorsque l'objet de la société est d'une valeur de plus de 150 francs, les associés ne peuvent faire la preuve du contrat que par écrit, ou par témoins, mais à la condition de produire une commencement de preuve par écrit. Les tiers, au contraire,

1. L'article 62 de la loi de finances du 13 juillet 1925, en vue de les soumettre en contrôle du fisc, astreint les sociétés civiles de personnes à une déclaration au bureau de l'enregistrement du lieu où elles ont leur principal établissement.

sont toujours admis à établir l'existence d'une société, soit par témoins, soit par des présomptions, conformément à la règle énoncée par l'article 1348, 1er alinéa (Civ., 25 octobre 1909, D. P. 1910.1.123, S. 1909.1.560).

SECTION III. — Engagements des associés entre eux et a l'égard des tiers.

Cette matière a été longuement réglementée par le Code civil dans le chapitre III, art. 1843 à 1864. Beaucoup de ces règles, copiées chez nos anciens auteurs qui les avaient eux-mêmes empruntées au Droit romain, sont sans intérêt pratique, les parties ayant toujours soin, comme nous l'avons dit, de prévoir les principales questions dans les statuts de la société.

Nous parlerons successivement :

1° De la réalisation des apports ;

2° De l'interdiction pour l'associé de céder son droit à un tiers ;

3° De la gestion de la société ;

4° Des obligations des associés envers les tiers.

1° Réalisation des apports. — Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter (art. 1845, 1er al.). L'étendue de cette obligation varie suivant la nature de l'apport.

Apport d'un corps certain. — Quand l'apport consiste en corps certains, il y a transfert de la propriété à l'être moral au moment même où la convention est conclue. Mais, s'il s'agit d'un immeuble, la société ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription du contrat. S'il s'agit d'une créance, la société devra faire au débiteur la signification prescrite par l'article 1690, ou obtenir son acceptation.

L'associé apporteur est tenu à la garantie, comme le vendeur envers l'acheteur (art. 1845, 2e al.).

Apport d'une somme d'argent. — Lorsque l'associé doit apporter un capital en argent, il devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée (art. 1846, 1er al.). Il n'est pas besoin d'une sommation, comme celle qu'exige l'article 1153, 3e al., pour les dettes ordinaires. La société a, en effet, le plus grand intérêt à ce que les apports soient versés au jour convenu.

Apport en jouissance. — Les choses dont la jouissance seulement a été mise en société demeurent aux risques de l'associé propriétaire lorsqu'il s'agit de corps certains qui ne se consomment pas par l'usage (art. 1851, 1er al.). Si ces choses se consomment, si elles se détériorent à l'user, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises en société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société (art. 1851, 2e al.).

2° Interdiction pour l'associé de céder son droit à un tiers. — Chaque associé s'est engagé pour toute la durée de la société, et comme, sauf dans les sociétés de capitaux, le contrat est formé *intuitu personæ*, il ne peut pas céder son droit et se substituer un tiers.

Cependant, l'article 1861 autorise chaque associé à s'associer, sans le consentement des autres, une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Ce sous-associé porte le nom de *croupier*, par comparaison avec le voyageur qu'un cavalier prend en croupe. Le croupier ne fait pas partie de la société ; il n'a de rapports qu'avec son co-associé. Les autres associés ne le connaissent pas.

3° **Gestion de la société.** — La gestion de la société peut être confiée à un ou plusieurs gérants, ou laissée à tous les associés.

Première hypothèse : Des gérants. — Les gérants sont presque toujours des associés, mais cela n'est pas nécessaire. Les parties pourraient confier l'administration à un tiers.

Le gérant est le mandataire des associés. Cependant, le droit de révocation de ceux-ci varie suivant que la désignation a eu lieu dans l'acte de société ou par acte postérieur.

S'il a été chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, le gérant ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que dure la société (art. 1856), sauf, bien entendu, clause contraire.

Si, au contraire, il ne tient ses pouvoirs que d'un acte postérieur, il est révocable comme un mandataire simple (art. 1856, 2e al.).

Mais la loi omet de nous dire s'il faudra, pour le révoquer, la volonté de tous les associés, ou de la majorité seulement, ou s'il suffira de celle d'un seul. C'est à la règle de la majorité qu'il faut se rallier. Il ne saurait suffire de la mauvaise volonté d'un seul pour troubler la marche de la société. Exiger, d'autre part, l'unanimité serait impossible, car il suffirait de la résistance de l'associé gérant pour faire échec aux autres.

Les *pouvoirs* des gérants sont ordinairement fixés par l'acte de nomination. A défaut de cette fixation, ils consistent dans le droit de faire tous les actes d'administration nécessaires à la bonne conduite des opérations sociales (art. 1856, 1er al., art. 1860, *a contrario*).

Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration (art. 1857).

S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration (art. 1858).

Quant à l'associé qui n'est point administrateur, il ne peut ni aliéner, ni engager les choses mêmes mobilières qui dépendent de la société (art. 1860). Il faut même aller plus loin et dire qu'il ne peut pas s'immiscer dans l'administration. Il n'interviendra donc que pour décider avec les autres des actes dépassant les pouvoirs des administrateurs.

Deuxième hypothèse : Cas où il n'y a pas eu désignation d'administrateur. — Dans ce cas, l'article 1859 délimite ainsi les droits de chacun :

A. — Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir

d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue (art. 1859-1°).

B. — Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit (art. 1859-2°).

C. — Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société (art. 1859-3°).

D. — L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendant de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent (art. 1859-4°). *A fortiori* l'associé ne peut pas aliéner les biens mis en société, ni les grever de droits réels, sans le consentement des autres.

4° Obligations des associés envers les tiers. — Deux questions se posent à nous :

A. — Dans quels cas les associés sont-ils responsables envers les tiers ?

B. — Quelle est l'étendue de leur responsabilité ?

A. — *Dans quels cas les associés sont-ils responsables envers les tiers ?* — L'article 1864 du Code civil répond à cette question par une distinction entre le cas où aucun des associés n'est chargé de la gestion et celui où il y a des gérants désignés.

Dans le premier cas, l'associé qui traite avec un tiers pour le compte de la société, n'engage que lui-même et non les autres associés. Il faut concilier cette solution avec la règle de la personnalité de la société. Donc on ne doit pas décider que l'associé engage à la fois ses biens propres et sa part des biens sociaux. En effet, le fonds social appartient à l'être moral. L'article 1864 doit se combiner avec l'article 1860 d'après lequel « l'associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société ». Il en résulte que les créanciers auront exclusivement pour gage les biens propres de l'associé. Les biens sociaux ne seront pas atteints par l'engagement de l'associé qui a agi sans mandat. Le tiers créancier n'acquerra aucun droit non plus sur les biens personnels des autres associés. Pourtant, la loi lui accorde le bénéfice de l'action *de in rem verso*, pour le cas où la société a tiré profit de l'opération (art. 1864 *in fine*).

Quand il s'agit, au contraire, d'associés chargés de gérer la société, les contrats qu'ils concluent engagent, non seulement les biens sociaux, mais tous les biens personnels des associés.

B. — *Quelle est l'étendue de la responsabilité des associés.* — Dans les *sociétés de personnes*, les associés sont responsables envers les tiers *in infinitum*, sur leurs biens propres (art. 1863). Les créanciers de la société peuvent

donc poursuivre : d'abord les biens mis en société, lesquels forment leur gage exclusif, et, en second lieu, les biens personnels de chaque associé. Il en est ainsi pour toutes les sociétés de ce genre, qu'elles soient commerciales (exception faite pour les commanditaires) ou civiles, avec cette particularité que, lorsqu'il s'agit de sociétés commerciales, les associés sont tenus solidairement (art. 22 et 23, C. Com.) tandis que, dans les sociétés civiles, chaque associé n'est obligé que *pro parte* (art. 1862).

Comment calcule-t-on la part d'obligation de chaque associé ? L'article 1863 répond que chacun est tenu pour une somme égale, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre. Et la jurisprudence décide que cette règle s'applique aux sociétés civiles par actions, antérieures à 1893, et que chaque actionnaire y est tenu envers les créanciers, en raison, non du nombre de ses actions, mais du nombre ds ses co-associés (Civ., 13 juin 1904, D. P. 1905.1.25 note de M. Percerou, S. 1906.1.385, note de M. Wahl; Nancy, 6 avril 1905, D. P. 1908 2.1, note de M. Percerou).

Quant aux biens sociaux, ils répondent pour le tout des dettes sociales, puisqu'ils sont la propriété de la personne juridique.

Dans les *sociétés de capitaux*, chaque associé n'est tenu que jusqu'à concurrence de son apport, et non sur son patrimoine. Les créanciers n'ont donc action que sur les biens sociaux.

Les tribunaux décident que l'on ne pourrait pas, dans une société civile ordinaire, introduire une clause limitant les droits des créanciers au fonds social (Req., 21 février 1883, D. P. 83.1.217, S. 84.1.361, note de M. Labbé ; Civ , 13 juin 1904, D. P. 1905 1.25 note de M. Percerou, S. 1906.1.385, note de M. Wahl). Cette clause ne serait pas opposable aux tiers, parce qu'elle emporterait de leur part une renonciation à laquelle ils n'ont pas consenti. Les associés ne peuvent pas enlever à ceux avec qui ils traitent, et sans leur consentement, un droit que ces derniers tiennent de la loi. En conséquence, pour que l'action du créancier soit réduite aux biens sociaux, il faut que cette limitation résulte du contrat conclu avec ce créancier. La loi du 7 mars 1925 nous paraît fortifier cette manière de voir. La loi autorise, en effet, la clause litigieuse, mais seulement en matière commerciale et à la condition que les parties, en adoptant le type de la société à responsabilité limitée, se soumettent aux conditions requises pour cette variété de sociétés.

Mais la clause de limitation serait-elle valable au moins entre les parties, au cas où elle aurait été stipulée au profit de quelques-uns des associés, de ceux, par exemple, qui ne prennent aucune part à l'administration de la société ? L'affirmative nous paraît certaine. Aucun article, aucun principe ne s'y opposent. L'article 1855 du Code civil fournit du reste un argument décisif, car il annule la convention qui affranchirait de *toute contribution* aux pertes les biens ou effets apportés dans la société par un associé. N'est-ce pas reconnaître, par *a contrario*, la validité de la clause limitant la contribution aux biens mis en société ?

SECTION IV. — Fin de la société.

1° Causes de dissolution. — L'article 1865 énumère les principales causes de dissolution de la société :

A. — *L'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ;*

B. — *La perte du fonds social ;*

C. — *La consommation de la négociation ;*

D. — *La mort de l'un des associés ;* la société est en effet un contrat fait *intuitu personarum*, au moins quand il s'agit des sociétés de personnes. Il est du reste permis aux parties d'écarter cette règle et de stipuler que la société continuera soit entre les survivants, soit entre eux et les héritiers du prédécédé (art 1868).

E. — *L'interdiction*, la *déconfiture*, à quoi il faut ajouter *la faillite de l'un des associés.*

Il convient d'adjoindre trois autres causes de dissolution à cette énumération :

F. — *La volonté de l'un des associés*, quand la société est faite pour une durée illimitée (art. 1869) ;

G. — *L'impossibilité pour un des associés de réaliser son apport* (art. 1867). — Mais cette cause est sans application pratique, car cette impossibilité ne peut se rencontrer qu'au cas où l'apport promis consisterait en un corps certain, et où ce corps certain aurait péri fortuitement. Or, nous avons vu que la société devient propriétaire de ce genre d'apport au jour même du contrat. C'est donc elle et non l'associé qui supporte la perte (art. 1867, 3e al.). Par conséquent, le cas prévu par l'article 1867 ne pourra se présenter que dans des hypothèses exceptionnelles.

H. — *La dissolution prononcée par le tribunal*, à la demande de l'un des associés, quand il y a de justes motifs, « comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges » (art. 1871).

2° Conséquences de la dissolution. — A. — *Survie de la personnalité juridique.* — La dissolution de la société n'emporte pas disparition immédiate de la personnalité juridique et naissance d'une indivision entre les associés. Il est nécessaire, en effet, que le patrimoine social garde son individualité jusqu'à ce que la liquidation en soit terminée ; sinon, les créanciers sociaux perdraient le bénéfice de leur droit de gage exclusif. La personnalité survit donc à la société, pour les besoins de la liquidation (Req., 27 juillet 1863, D. P. 63.1.460, S. 63.1.457).

B. — *Partage du fonds.* — Une fois les opérations de liquidation terminées, il y a lieu de partager entre les associés tous les biens constituant le patrimoine social. D'après l'article 1872, « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés ». Chaque as-

socié peut donc réclamer sa part en nature dans tous les biens sociaux. Mais, en pratique, on procède presque toujours à la vente, et une fois les dettes payées, les créances recouvrées, on distribue l'actif net entre les associés.

Contrairement à la formule de l'article 1872, il y a certaines règles spéciales au partage des successions qui ne s'appliquent pas aux sociétés. Ce sont :

a. — L'article 841, établissant le retrait successoral au profit des cohéritiers, quand l'un d'eux a vendu ses droits successifs à un étranger ,

b. — L'article 882, d'après lequel les créanciers des copartageants ne sont pas recevables à attaquer par l'action Paulienne le partage une fois consommé. La Jurisprudence décide que cette règle exceptionnelle ne doit pas s'étendre aux sociétés (Req., 28 mai 1895, D. P. 96.1.154, S. 95.1.385. Cf. Req., 18 juillet 1899, D. P. 1900.1.17, note de M. de Loynes, S. 1900.1.27).

APPENDICE

DU CONTRAT D'ASSOCIATION.

Nous avons exposé déjà (T. Ier, p. 655 et s.) l'histoire du régime de surveillance administrative sous lequel ont vécu les associations en France jusqu'à la loi du 1er juillet 1901, qui a enfin proclamé la liberté d'association. Nous nous contenterons par conséquent ici d'indiquer brièvement quelle est la condition juridique actuelle des associations.

Distinction entre les associations ordinaires et les congrégations. — Si la loi de 1901 a permis de former librement des associations, sans autorisation ni déclaration préalables, elle a cependant excepté de cette règle les congrégations religieuses, que le titre III soumet à un régime tout différent caractérisé en ces termes par l'article 13 : « Aucune congrégation religieuse ne peut se former sans une autorisation donnée par une loi qui déterminera les conditions de son fonctionnement. — Elle ne pourra fonder aucun nouvel établissement qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil d'Etat. — La dissolution de la congrégation ou la fermeture de tout établissement pourront être prononcées par décret rendu en conseil des ministres. »

Nous ne nous occuperons ici que des associations ordinaires. Nous laisserons également de côté les associations soumises à une législation spéciale : syndicats professionnels, sociétés de secours mutuels, associations syndicales entre propriétaires, etc.

Définition de l'association. — L'article 1er de la loi définit ainsi notre contrat : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. »

Deux traits caractérisent donc l'association :

1° *Le groupement permanent des personnes.* — C'est ce qui distingue l'association de la coalition soit de patrons, soit d'ouvriers, en vue de modifier

les conditions du travail, laquelle présente un caractère passager, et conduit ordinairement soit à la grève, soit au lock-out [1].

2° *L'association poursuit un but autre que de partager des bénéfices entre ses adhérents.* — Nous avons suffisamment insisté sur ce deuxième caractère, en comparant ci-dessus la société et l'association.

§ 1. — Formation du contrat d'association. Conditions de la personnalité.

1° Formation du contrat. — A. *Forme.* — Le contrat d'association n'est soumis à aucune forme. Il suffit donc de l'accord des volontés des adhérents pour qu'il prenne naissance. Mais, en pratique, aucune association ne se constitue sans rédiger des statuts qui énoncent le but de l'association, les conditions d'admission des sociétaires, le mode de nomination et les pouvoirs des représentants, ceux de l'assemblée générale, les causes de dissolution, etc... La rédaction de ces statuts est en effet exigée par la loi pour l'acquisition de la personnalité.

B. *Fond.* — Le contrat n'est soumis non plus à aucune condition spéciale de fond. Il est régi, quant à sa validité, dit l'article 1er, 1er al. *in fine* de la loi de 1901, par les principes généraux du droit applicables aux contrats. L'article 3 fait application de cette règle, en nous disant que toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet.

On remarquera que l'article 3 ne mentionne pas l'*atteinte à l'ordre public* parmi les causes qui s'opposent à la validité d'une association. Cette omission semble bien avoir été volontaire, car le projet d'où la loi est sortie comprenait cette cause dans son texte. Il faudrait donc en conclure qu'une association dont l'objet serait contraire à l'ordre public n'est pas frappée de nullité (Voir en ce sens, note de M. Chavegrin, S. 1912.2.266, 3e colonne). Mais cette solution nous laisse des doutes. Comment admettre que des particuliers puissent valablement rien faire qui menace l'ordre public [2] ?

2° Conditions requises pour l'acquisition de la personnalité. — Une association n'acquiert la personnalité juridique qu'à la condition de

1. On s'est demandé si les trusts formés entre producteurs d'une même marchandise pour en limiter la production et empêcher l'abaissement du prix de vente sont des associations. Nous nous prononcerions pour l'affirmative. car ils présentent bien le caractère de durée requis par la définition ci-dessus. La question est controversée (Voir dans le sens de l'affirmative note 1, D. P. 1910.2.338, et en faveur de la négative, Paris, 7 mai 1908, D. P. 1910.2.337. — Cons. la note de M. Lévy-Ullmann, § 5, sous Bordeaux, 2 janvier 1900, S. 1901.2.225).

2. Voir, sur la validité d'une association de pères de famille pour la défense de la neutralité religieuse dans les écoles, Trib. Pau, 9 décembre 1910, Saint-Palais, 7 mai 1910, Bayonne, 10 mai 1910, D. P. 1911.2.33, note de M. Lalou, S. 1912.2.265 ; Pau, 13 mai 1912, 4 arrêts, D. P. 1912.2.243, S. 1912.2.265, et la note de M. Chavegrin, se prononçant pour leur illégalité ;

remplir les formalités de publicité requises par l'article 5 de la loi et le titre premier du décret du 16 août 1901. Elle doit :

A. — Faire une *déclaration* écrite à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association a son siège social. Cette déclaration fera connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements, et les noms, professions et domiciles de ceux qui, à an titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction.

B. — Joindre à la déclaration deux exemplaires des statuts.

C. — Dans le délai d'un mois, faire insérer, au *Journal officiel*, un extrait contenant la date de la déclaration, le titre et l'objet de l'association, ainsi que l'indication de son siège social (art. 1er, 2e al., du décret du 16 août 1901).

D. — Faire connaître, dans les trois mois, tous les changements survenus dans l'administration ou la direction de l'association, ainsi que toutes les modifications apportées à ses statuts

Ces formalités ont été jugées nécessaires pour permettre de vérifier si l'association est licite. D'autre part, la connaissance des noms des administrateurs permet les poursuites au cas d'infraction à la loi.

§ 2. — Capacité des associations.

Il y a trois degrés dans la capacité des associations, suivant qu'elles ont ou non rempli les formalités de publicité ci-dessus indiquées, et, pour celles qui les ont remplies, suivant qu'elles ont ou non obtenu la reconnaissance d'utilité publique.

1° **Associations qui n'ont pas fait de déclaration.** — Ces associations ne jouissent pas de la personnalité, ce qui veut dire qu'elles n'ont pas la capacité juridique (art. 2). Elles ne peuvent donc acquérir aucun droit, ni s'obliger, ni ester en justice. La loi sanctionne cette incapacité en frappant de nullité tous actes entre vifs ou testamentaires, à titre onéreux ou gratuit, accomplis soit directement, soit par personne interposée, ou toute autre voie indirecte, ayant pour objet de permettre à ces associations d'acquérir des droits (art. 17, 1er al.). Ainsi, serait nulle la libéralité adressée à l'un des sociétaires et destinée à l'association ; il en serait de même de l'acquisition faite sous le nom des adhérents, mais en réalité pour servir au but poursuivi en commun.

Mais, si l'association non déclarée n'a aucune personnalité, il n'en suit pas que le contrat formé entre les sociétaires soit nul et de nul effet. Tout au contraire, le contrat d'association est aujourd'hui licite ; les parties qui y adhèrent sont donc obligées d'en respecter les clauses. En conséquence, si l'association est faite pour un temps déterminé, chaque sociétaire est lié pour la période convenue et ne peut se retirer avant le terme fixé. L'article 4 consacre implicitement cette règle, car il décide que tout membre d'une association qui *n'est pas formée pour un temps déterminé* peut s'en retirer en tout temps. De même, chacun est tenu d'acquitter sa cotisation,

tant qu'il fait partie de l'association, et de payer les pénalités prononcées par les statuts, s'il viole l'une de leurs prescriptions.

Il faut également admettre que les représentants du groupe peuvent valablement louer un local pour les réunions.

Enfin, si quelque litige surgit entre le groupe et un des adhérents ou un tiers, les sociétaires pourront plaider, mais à la condition de paraître tous en nom dans la procédure, conformément à la vieille règle toujours en vigueur « Nul en France ne plaide pas procureur[1]. »

Reste à savoir si les sociétaires pourront constituer un patrimoine commun en vue d'augmenter la force de leur association. On se trouve fort embarrassé pour répondre. Comment, en effet, refuser aux représentants du groupe le droit de faire des économies sur les cotisations et de les placer ? Cependant, admettre l'affirmative n'est-ce pas reconnaître l'existence d'un patrimoine de mainmorte sans propriétaire ? On peut dire, il est vrai, que ces économies seront la copropriété des adhérents. Mais il faut bien reconnaître que ce n'est pas une copropriété ordinaire, donnant à chaque adhérent le droit de demander le partage, conformément au principe de l'article 815 ; car les statuts s'opposent à ce partage, et, en entrant dans le groupe, les sociétaires ont renoncé à exercer tout droit privatif sur le fonds social. Ce fonds est donc nécessairement un bien de mainmorte. Or la loi n'interdit-elle pas la constitution d'un tel bien en faveur d'un groupement qui n'a pas la personnalité ?[2].

2° Associations qui ont rempli les formalités de la déclaration.

Elles ont la personnalité juridique et, par conséquent, l'aptitude à acquérir tous les droits. Cependant la loi a édicté trois mesures pour limiter l'étendue de leur patrimoine.

A. — Le rachat des cotisations des adhérents ne peut pas être fixé à une somme supérieure à cinq cents francs (art. 6-1°) ;

B. — Les associations ne peuvent pas recevoir des dons ou des legs, même simplement mobiliers (art. 6 et 11, 2e al., rapprochés) ;

C. — Elles ne peuvent acquérir comme immeubles que le local destiné à l'administration de l'œuvre et à la réunion de leurs membres, et ceux qui sont strictement nécessaires à l'accomplissement de leur but (art. 6, 2° et 3°). Il leur est donc interdit de faire des placements immobiliers.

1. Cette règle traditionnelle qui s'est maintenue dans notre Droit moderne, mais n'a plus beaucoup de raisons d'être, n'interdit pas de plaider par mandataire ; seulement elle exige que le nom du mandant figure dans tous les actes de procédure. Quand il s'agit d'une association non douée de la personnalité, il faut donc que tous les adhérents plaident en leur nom. Cette obligation fort coûteuse peut aboutir à une véritable impossibilité, si l'association comprend de nombreux membres. Aussi, les associations ne doivent-elles pas hésiter à faire la déclaration requise pour l'acquisition de la personnalité.

Avant la loi de 1901, la Jurisprudence avait fini par admettre que les associations simplement autorisées, bien que n'étant pas des personnes juridiques, pouvaient cependant ester en justice par l'intermédiaire de leurs représentants.

2. Cons. Margat, *De la condition juridique des associations non déclarées*, Revue trim. de Droit civil, 1905, p. 235 ; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2e édit., par Trotabas, 1re partie, p. 420 et s.

En dehors de ces restrictions, la capacité des associations déclarées est complète. Il est bien certain qu'elles sont aptes à faire tout ce que la loi ne leur interdit pas. Ainsi, la loi ne fixe pas de limite maxima à leurs placements en valeurs mobilières : elle n'exige même pas que ces valeurs soient nominatives.

Il est également permis à ces associations de s'associer entre elles et de former des unions, lesquelles acquerront aussi la personnalité à condition de remplir les formalités de publicité de l'article 5. La loi du 1er juillet 1901 n'a pas prévu la constitution de ces unions, mais le décret réglementaire du 16 août 1901, article 7, reconnaît formellement leur validité.

3° **Associations reconnues d'utilité publique.** — La reconnaissance d'utilité publique est prononcée par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique (art. 10 de la loi. et art. 8 à 13 du décret du 16 août 1901).

Elle confère à l'association le *droit de recevoir des dons et legs* (art. 11, 2e al.).

Les associations reconnues d'utilité publique demeurent soumises à certaines incapacités :

A. — D'abord, elles ne peuvent acquérir d'autres immeubles que ceux qui sont nécessaires au but qu'elles se proposent. En conséquence, s'il leur est fait une donation ou un legs d'immeubles qui ne soient pas nécessaires à leur fonctionnement, elles doivent les aliéner et les transformer en valeurs mobilières (art. 11, 2e al.).

B. — Elles ne peuveut accepter une donation mobilière ou immobilière avec réserve d'usufruit au profit du donateur (art. 11, 3e al.).

C. — Leurs valeurs mobilières doivent être placées en titres nominatifs. La loi ne veut pas que ces associations dissimulent leur patrimoine sous la forme de titres au porteur.

D. — Il reste enfin une dernière incapacité, celle-là d'exercice et non plus de jouissance, prononcée par les articles 910 et 937 du Code civil. Les associations reconnues d'utilité publique ne peuvent accepter un don ou un legs qu'avec l'autorisation du gouvernement. Cette disposition s'explique, à la fois, par l'intérêt de la famille du donateur ou du testateur que la loi veut protéger contre les excès d'une générosité inspirée parfois par des sentiments de pure vanité, et par la crainte du développement excessif des patrimoines de mainmorte. Le spectre de la mainmorte a toujours hanté le législateur, et c'est son influence qui explique aujourd'hui encore toutes les incapacités prononcées par la loi de 1901.

Du principe de la spécialité des personnes juridiques. — Nous avons dit que les associations ont la capacité de faire tous les actes juridiques qui ne leur sont pas expressément interdits par la loi. Il y a néanmoins entre leur capacité et celle qui appartient à une personne physique, une différence essentielle. Les associations sont constituées en vue d'un but déterminé, spécifié par leurs statuts, et leur activité se trouve par là même

canalisée vers la poursuite de ce but. Elle doit être tout entière dirigée vers cette fin. Les associations en conséquence ne peuvent pas, à moins de modifier leurs statuts et de remplir de nouvelles formalités, donner à leurs efforts un autre objet que celui qui résulte de leurs statuts ou de leur nature. Ainsi, une société de secours mutuels, un syndicat professionnel ne sont pas aptes à fonder des écoles, à faire de la propagande politique, à organiser une entreprise commerciale. C'est la règle connue sous le nom de *principe de la spécialité.*

La jurisprudence a été fréquemment appelée à faire application de ce principe aux actions en justice intentées par les associations contre des tiers. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 juin 1908 (D. P. 1909.1.21, S. 1910.1.57) a décidé qu'un syndicat professionnel ne peut pas posséder une marque de fabrique et poursuivre en justice la réparation des atteintes portées à la propriété de cette marque (Voir aussi Req., 3 avril 1912, D. P. 1913.1.71, S. 1913.1.489). De même, le Conseil d'Etat décide qu'une société de secours mutuels formée entre fonctionnaires ne peut pas attaquer des nominations qui lui semblent illégales (Cons. d'Etat, 10 novembre 1911, D. P. 1913.3.119, S. 1913.3.33).

La question spéciale de savoir dans quels cas les syndicats professionnels et les associations de fonctionnaires peuvent ester en justice a donné lieu à de vifs débats. Ces divergences ont été tranchées pour les syndicats professionnels par un arrêt des Chambres réunies du 5 avril 1913 (D P. 1914.1.65). A l'inverse, un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 15 juin 1923 (D. P. 1923.1.153, note de M. L. Rolland) décide à propos d'une poursuite en dommages-intérêts intentée par des associations d'instituteurs contre les évêques de France, signataires d'une lettre pastorale dirigée contre les écoles publiques, qu'à la différence des syndicats professionnels, les associations ne représentent pas de plein droit tous ceux qui appartiennent à la profession de leurs membres.

§ 3. — Dissolution des associations.

1° Causes de dissolution. — La dissolution d'une association peut être volontaire ou forcée.

A. — *Dissolution volontaire.* — Les statuts prévoient ordinairement les causes qui peuvent entraîner la dissolution de la société. Mais s'il n'y a pas de statuts, ou s'ils ne disent rien à ce sujet, l'assemblée générale des sociétaires a le droit de voter la dissolution quand elle la juge nécessaire.

B. — *Dissolution forcée.* — La dissolution forcée est une peine édictée contre l'association qui a violé la loi. Elle est prononcée, non par l'Administration, car la loi a soustrait les associations à l'arbitraire du Gouvernement, mais par le tribunal civil, à la requête du ministère public ou même de tout intéressé.

Les fautes qui emportent cette sanction sont énumérées limitativement par l'article 7 de la loi de 1901.

a) L'objet ou le but de l'association est contraire aux prescriptions de

l'article 3. Dans ce cas, le tribunal qui constate l'infraction doit nécessairement prononcer la dissolution.

b) L'association a fait une déclaration incomplète ou inexacte, ou elle a omis de déclarer les modifications apportées à ses statuts ou les changements survenus dans son administration. Comme la faute commise est beaucoup moins grave, le tribunal a un pouvoir d'appréciation : il n'est pas obligé de dissoudre l'association. La loi prévoit du reste pour ces infractions des amendes contre les administrateurs (art. 8, 1er al.).

Par exception, l'article 12 de la loi permet au gouvernement de dissoudre par décret les associations composées en majeure partie d'étrangers, ou ayant des administrateurs étrangers, ou dont le siège est à l'étranger, quand leurs agissements sont de nature soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat.

Quand un jugement ou un décret a prononcé la dissolution d'une association, il lui est interdit de se maintenir ou de se reconstituer. La loi sanctionne cette interdiction en édictant une amende de 16 à 5.000 francs et un emprisonnement de six jours à un an contre les fondateurs, directeurs ou administrateurs, et contre toutes les personnes qui auraient favorisé la réunion des membres de l'association dissoute, en lui consentant l'usage d'un local (art. 8, 2e et 3e al., et art. 12, 2e al.).

2° Retrait de la reconnaissance d'utilité publique. — La reconnaissance d'utilité publique ayant le caractère d'un privilège peut être retirée par voie de décret, quand l'œuvre sort de ses attributions, ou ne présente plus le même intérêt d'ordre général.

L'association contre laquelle elle est édictée n'est pas tenue de se dissoudre, tant que sa dissolution n'est pas prononcée par le tribunal. Elle peut continuer à vivre comme association simplement déclarée.

3° Dévolution des biens. — L'article 9 de la loi de 1901 permet à l'association de régler la dévolution de ses biens par une disposition insérée dans ses statuts, ou, à défaut, par une décision de l'assemblée générale. Cet article n'énonce aucune restriction, et on pourrait en conclure que l'association a le droit de disposer de son patrimoine comme elle l'entend, et notamment, de le partager entre les sociétaires au jour de la dissolution. Tel n'a pas été l'avis des auteurs du décret du 16 août 1901 (art. 15). Se fondant sur l'article 1er de la loi, ils ont donné une autre interprétation, et déclaré que l'assemblée générale peut bien restituer aux associés leurs apports, mais non partager entre eux les biens de l'association.

Cette solution déduite de la définition de l'association donnée par l'article 1er est fort contestable. De ce que l'association se propose un but autre que le partage de bénéfices, on ne saurait tirer une pareille conclusion. A côté des groupements à but purement désintéressé ou altruiste, il y en a d'autres qui ne visent que l'intérêt personnel des adhérents, tels un cercle, une société de sport, etc. Or ces derniers ne supposent pas du tout que

les associés renoncent à tout droit sur le fonds social. Tout dépend donc ici, à notre avis, du but même de l'association. C'est lui qui doit régler la dévolution des biens comme il réglait leur emploi. Les associés pourront se partager les biens sociaux, s'il s'agit d'une association créée dans leur intérêt exclusif ; ils ne le pourront pas, si l'association poursuit un but désintéressé ; dans ce dernier cas, le fonds social devra être attribué à une œuvre du même genre que l'association en question .

1. Cons. sur cette question Michoud, *op. cit.*, 2e partie, nos 371 377, 382 ; Margat, ***De la dévolution des biens d'une association personne morale en cas de dissolution***, Revue trimestrielle de Droit civil, 1908, p. 427.

CHAPITRE II

CONTRAT DE PRÊT

Définition. Diverses espèces de prêt. — Le prêt est le contrat par lequel une personne (prêteur) livre une chose à une autre (emprunteur) pour qu'elle s'en serve, et par lequel l'emprunteur s'oblige à restituer cette chose après s'en être servi.

Il y a deux sortes de prêt, suivant l'usage dont l'objet prêté est susceptible (V. art. 1874, 1875, 1892).

Si cet objet est tel que l'emprunteur puisse l'utiliser sans le consommer ou le détruire, de telle sorte qu'il soit tenu de le restituer dans son individualité même, il y a *prêt à usage* ou *commodat*.

Si, au contraire, la chose prêtée est telle que l'emprunteur ne puisse en faire usage sans la consommer, il en deviendra propriétaire, et ne sera tenu de restituer que des choses de même espèce et qualité. Il y a alors prêt de consommation ou *mutuum*.

Dans le premier cas, le prêt ne transfère pas à l'emprunteur la propriété de la chose prêtée, ni même sa possession, au sens technique du mot. Il n'en devient que *détenteur précaire*. C'est le prêteur qui conserve la possession, possession qu'il exerce par l'intermédiaire de l'emprunteur. En conséquence, les risques sont pour le prêteur. Si la chose prêtée vient à périr par cas fortuit, l'emprunteur est libéré.

Dans le cas de *mutuum*, au contraire, les risques sont pour l'emprunteur, puisque celui-ci, devenu propriétaire par le fait de la prestation, n'est que débiteur d'un genre ; *genera non pereunt* (art. 1893). Par exemple, supposons que le notaire chargé de négocier un acte d'emprunt, mandataire par conséquent de l'emprunteur, vienne à tomber en déconfiture aussitôt après avoir reçu les fonds prêtés ; l'emprunteur n'en sera pas moins tenu de les restituer au prêteur.

Dans quel cas y a-t-il *commodat*, dans quel cas *mutuum* ? C'est en général la nature de la chose prêtée qui détermine celle du contrat. Cependant, le critérium n'a pas une portée absolue et il comporte deux dérogations.

En premier lieu, des choses même non consomptibles peuvent faire l'objet d'un *mutuum*, lorsqu'elles sont *fongibles*. On cite l'exemple du libraire qui, manquant d'exemplaires d'un livre réclamé par des acheteurs, en emprunte un ou plusieurs à un confrère. Il est évident qu'il ne rendra pas les mêmes exemplaires, mais d'autres volumes identiques, lorsqu'il aura reçu un nouvel envoi de l'éditeur.

En second lieu, la *volonté des parties* peut imprimer au contrat un caractère différent de celui qui résulterait de la nature des choses prêtées. Par exemple, un marchand de comestibles peut prêter des fruits précieux à un entrepreneur de banquets pour qu'il en décore sa table, mais sans les faire découper et servir aux banqueteurs. La réunion terminée, ce sont les fruits eux-mêmes qui seront restitués au prêteur.

Caractères juridiques du contrat du prêt. — Il est de tradition de dire que le prêt (à usage ou de consommation) est un contrat *réel*. En effet, il ne se forme que par la remise de la chose prêtée. Etymologiquement, prêter c'est *prestare*, fournir.

On a cependant contesté cette caractéristique du contrat de prêt, en signalant que, dans notre Droit, un contrat obligatoire peut se former entre emprunteur et prêteur, avant la remise de la chose prêtée. C'est le cas, notamment, lorsqu'un banquier consent à un client une *ouverture de crédit*. L'objection n'a pas de valeur. Autre chose en effet est le *prêt*, autre chose la *promesse de prêt*. Les obligations principales qui naissent de ces deux opérations ne sont pas à la charge de la même personne. Celui qui s'oblige par la promesse de prêt, c'est, non l'emprunteur, mais le *futur prêteur*. A quoi s'oblige-t-il ? A prêter. C'est seulement lorsqu'il aura fourni les choses ou deniers promis qu'il y aura prêt. Alors, la personne engagée sera l'emprunteur (V. ; en sens contraire, Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd. n° 23 p. 57 et s.).

Bien entendu, la remise de la chose à un autre que l'emprunteur serait opérante, si l'*accipiens* était le mandataire de l'emprunteur, comme, par exemple, le notaire rédacteur de l'acte de prêt (Req., 5 décembre 1906, D. P. 1908.1.45, note de M. Poncet).

Le prêt rentre encore dans la catégorie des contrats *unilatéraux*. En effet, au moment où il se forme, il n'engendre d'obligation qu'à la charge de l'emprunteur qui est astreint à restituer. Toutefois, nous verrons que, par suite de circonstances ultérieures, certaines obligations peuvent naître à la charge du prêteur (art. 1890-1891). Le prêt fait donc partie de cette classe de contrats unilatéraux qu'on appelle quelquefois *synallagmatiques imparfaits*.

Dans trois sections successives, nous nous occuperons : 1° Du prêt à usage ou commodat ; 2° du prêt de consommation ordinaire ; 3° Du prêt d'argent à intérêt.

SECTION I. — Du prêt a usage ou commodat (art. 1775 à 1891).

Caractère gratuit du commodat. — Le prêt à usage est un contrat de bienfaisance. Il est *essentiellement gratuit* (art. 1876). La prestation, faite moyennant rétribution, d'une chose à une personne pour qu'elle s'en serve, serait, non un prêt, mais un louage.

Plusieurs conséquences se rattachent à ce caractère gratuit du contrat de prêt.

1° *Responsabilité du commodataire.* — L'emprunteur est astreint à une di-

ligence particulière, d'où il résulte que la perte de la chose par cas fortuit ne le libère pas toujours. Il en est ainsi, non seulement lorsque l'emprunteur est *en demeure* de restituer, ce qui est l'application du droit commun, mais encore dans les trois cas suivants :

A. — Si la chose a péri par un cas fortuit « dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne » (art. 1882) ;

B. — « Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait » (art. 1881) ; hypothèse à laquelle on doit assimiler, croyons-nous, celle où l'emprunteur conserve la chose prêtée, même sans s'en servir, au delà du temps prescrit ;

C. — Si la chose a été *estimée* au moment du prêt (art. 1883). Cependant, nous croyons qu'il dépendrait des parties de conférer à l'estimation de la chose qui accompagnerait le prêt une autre signification. Elles pourraient, par exemple, convenir que cette estimation n'a pas pour but de mettre le risque de perte fortuite à la charge de l'emprunteur, mais seulement de déterminer d'avance le montant de l'indemnité à laquelle il serait tenu en cas de perte arrivée par sa faute ou après sa mise en demeure.

2° *Dérogation aux principes généraux en matière de terme.* — On se souvient que, de droit commun, le terme ne peut jamais être devancé par le créancier, lorsqu'il est stipulé au profit du débiteur. Tel est bien le cas en matière de prêt à usage. Cependant, l'article 1889 porte que, « si, pendant ce délai..., il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre. »

3° *Dérogation aux principes en matière de solidarité.* — Bien qu'en principe la solidarité ne se présume pas, l'article 1887, pour augmenter les garanties du prêteur qui a agi par simple bienveillance, décide que, « si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur ».

Obligations créées par le commodat. — Le prêt à usage fait toujours naître des obligations à la charge de l'emprunteur. Eventuellement et accidentellement il peut en produire à la charge du prêteur.

1° *Obligations de l'emprunteur.* — L'emprunteur s'oblige par le seul fait du prêt

A. — A ne se servir de la chose que suivant « l'usage déterminé par sa nature ou par la convention » (art. 1880, 2e phrase). Par exemple, celui à qui on prête une automobile ne peut la louer à des tiers.

B. — A veiller à la garde et à la conservation de la chose prêtée, en bon père de famille (art. 1880, 1re phrase). Nous avons vu que ce n'est pas là assez dire, car l'emprunteur est tenu d'une diligence qui dépasse la mesure ordinaire et qui peut l'astreindre même, le cas échéant, au sacrifice de sa propre chose.

C. — A restituer la chose (art. 1888). A quel moment doit se faire la restitution ? Au moment fixé par la convention soit expressément, soit tacitement, ou par le juge au cas sus-indiqué de l'article 1889. Il y aura con-

vention tacite lorsque la chose a été prêtée pour un usage déterminé. Alors le prêt est censé fait pour le temps nécessaire à cet usage. A défaut de convention expresse ou tacite, la restitution se fera à première réquisition du prêteur. On dit parfois alors qu'il y a *précaire*.

Le prêteur a deux actions pour obtenir la restitution. D'abord, l'action personnelle née du contrat, laquelle se prescrit par trente ans. Cette action est la seule qui appartienne au prêteur, lorsqu'il a prêté la chose d'autrui, ce qui est parfaitement licite de sa part s'il a droit de se servir de cette chose, comme usufruitier, par exemple. De plus, le prêteur, s'il est propriétaire, a l'action en revendication, laquelle ne s'éteint point par prescription.

Il est vrai que le propriétaire pourrait se heurter à la prescription acquisitive (s'il y a eu prêt d'immeuble) ou à la règle de l'article 2279 (s'il y a eu prêt de meuble), mais seulement au cas où la chose prêtée se trouverait parvenue entre les mains d'un tier détenteur. L'emprunteur, lui, ne pourra jamais opposer aucune de ces prescription ou exception, étant, non pas possesseur, mais détenteur pour le compte d'autrui.

2° *Obligations du prêteur.* — Les obligations éventuelles qui peuvent après coup incomber au prêteur sont au nombre de deux.

A. — « Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur » (art. 1891) ;

B. — « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser » (art. 1890). On remarquera que la loi ne parle que de *dépense extraordinaire*. En effet, s'il s'agissait de frais ordinaires (par exemple, les dépenses d'essence pour l'usage d'une automobile prêtée, la nourriture d'un cheval prêté), le prêteur ne serait tenu à aucun remboursement (art. 1886). C'est qu'on peut considérer comme ayant été implicitement convenu entre les parties que l'emprunteur supporterait les menues charges nécessaires pour l'usage de la chose.

On pourrait soutenir que ces obligations accidentelles du prêteur ne se rattachent pas au contrat de prêt (que, dès lors, on ne devrait pas considérer comme synallagmatique imparfait), mais à d'autres causes génératrices d'obligation : le délit ou le quasi-délit du prêteur dans le cas de l'article 1891, la gestion d'affaires dans celui de l'article 1890. Nous croyons préférable de rattacher ces obligations au contrat qui lie les parties. En effet, la division du chapitre consacré par le Code à notre contrat prouve qu'il fait découler de ce contrat aussi bien les engagements du prêteur que ceux de l'emprunteur.

L'intérêt de la question c'est que, dans notre système, on devra sans hésiter accorder à l'emprunteur un *droit de rétention* sur la chose prêtée, droit qui lui permettra d'en différer la restitution jusqu'à ce que le prêteur ait versé les indemnités qu'il lui doit. Cette garantie, nous le verrons, appartient d'après l'opinion générale, à tout créancier, détenteur d'une chose

de son débiteur, du moment que sa créance est née à l'occasion de la chose qu'il détient (*debitum cum re junctum*); mais la solution est encore plus certaine lorsque le droit de rétention apparaît comme une application de l'exception *non adimpleti contractus*, c'est-à-dire lorsque l'obligation de restituer du détenteur lui est imposée par le contrat même dont découle sa créance à l'encontre du propriétaire de la chose.

On remarquera cependant que l'article 1885 semble à première vue exclure ici le droit de rétention. Il nous dit que « l'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit ». Mais il n'y a là qu'une apparence. L'article 1885 vise le cas où la créance de l'emprunteur ne se rattacherait aucunement au contrat de prêt, ni même à la détention de la chose. Par exemple, ayant prêté 1.000 francs à un de mes amis, je lui emprunte son argenterie pour donner un dîner. Je ne pourrai prétendre retenir cette argenterie jusqu'au remboursement des 1.000 francs qui me sont dus. En ce cas, il n'y a pas même *debitum cum re junctum*..

SECTION II. — Prêt de consommation, ou simple prêt.

Les textes consacrés par le Code à ce contrat (art. 1892 à 1904), n'ont, en somme, qu'une utilité restreinte, étant seulement la reproduction des principes généraux, ou des définitions et distinctions que nous avons précédemment fournies à propos du prêt en général. D'ailleurs, le prêt de consommation simple, c'est-à-dire gratuit, ne donne pas lieu à difficultés ni à jurisprudence. Toute l'attention se concentre sur le *prêt d'argent à intérêt* dont nous traiterons à la section suivante. Nous ne retiendrons ici que les questions ci-après.

Conditions requises des contractants. — Il faut les rechercher, et dans la personne du prêteur, et dans celle de l'emprunteur.

1° *Conditions requises chez le prêteur.* — Ces conditions découlent de ce fait que le prêt de consommation rend l'emprunteur propriétaire de la chose prêtée (art. 1893). Il en résulte que, pour pouvoir prêter, il faut: A) Etre propriétaire de cette chose ; B) Etre capable de l'aliéner.

A. — La condition que le prêteur soit propriétaire différencie le prêt de consommation du prêt à usage. Celui qui a prêté à usage la chose d'autrui peut cependant devenir créancier ; il a le droit de réclamer la restitution de cette chose, nous l'avons vu. Au contraire, celui qui a prêté pour la consommation la chose d'autrui, ne devient pas prêteur, car, n'ayant pu transférer la propriété de la chose d'autrui, il n'a pas fait de prêt valable. Dès lors, il n'aura que l'action *de in rem verso* et non l'action née du contrat pour se faire restituer la chose.

Bien entendu, le *verus dominus* pourrait revendiquer la chose, à moins qu'il ne se heurtât à l'exception de l'article 2279 (En fait de meubles possession vaut titre), que l'emprunteur pourrait invoquer s'il était de bonne foi.

B. — Le prêt de consommation est un acte d'aliénation. Ceux qui n'ont que des pouvoirs ou une capacité restreints aux actes d'administration ne

peuvent donc l'effectuer valablement. Nous croyons inutile d'entrer dans l'examen détaillé des hypothèses où la question peut se poser. Nous n'en examinerons que deux, relatives à la situation de la femme mariée.

D'abord, la femme mariée séparée de biens, ou la femme dotale agissant sur ses paraphernaux, peut-elle faire un prêt de consommation ? Il y a lieu de distinguer. S'il s'agit d'un *prêt gratuit*, c'est-à-dire sans intérêt, la femme séparée de biens n'est pas capable de l'effectuer, car ce prêt constitue une véritable libéralité. Le prêt à intérêt au contraire est un acte de *placement*, c'est-à-dire un *acte d'administration* qui rentre dans les pouvoirs de la femme séparée de biens. L'article 1449, ne porte-t-il pas qu'elle a le droit d'*aliéner son mobilier* (dans la limite, il est vrai, de sa capacité d'administration) ?

La même question se pose également pour la femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari. Pour elle, il est bien certain qu'elle peut prêter à intérêt ses économies, car l'article 1er, 3e alinéa de la loi du 13 juillet 1907 lui permet d'en disposer à titre onéreux. Mais il faut lui refuser à elle aussi le droit de prêter ses capitaux sans intérêt, bien que sa capacité soit plus étendue que celle de la femme séparée de biens. En effet, ce prêt, nous l'avons dit, constitue un acte de bienfaisance, et les actes de ce genre ne sont pas autorisés par la loi de 1907.

2° *Conditions requises chez l'emprunteur.* — Le prêt de consommation oblige l'emprunteur. Il faut donc que celui-ci ait la capacité de s'obliger. Pour ce qui est des mandataires légaux, ils n'ont pas le droit d'emprunter pour le compte de celui qu'ils représentent, sans être spécialement autorisés à cet effet (voir art. 457 pour le tuteur, et 389, 8e al. pour l'administrateur légal).

Obligations de l'emprunteur. — « L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu » (art. 1902).

Il convient de reprendre les divers termes de cette disposition.

D'abord ce ne sont pas « les choses prêtées » que l'emprunteur s'oblige à restituer, car il les a consommées, mais des choses de même qualité et quantité.

En second lieu, la restitution doit avoir lieu « au terme convenu », le créancier n'ayant pas ici, sauf dans les cas de déchéance du terme (faillite, liquidation judiciaire, etc...), la même faculté qu'en matière de commodat de devancer parfois le terme (Cf. art. 1889 et 1899). Et, inversement, le terme étant ici en général réputé stipulé aussi bien dans l'intérêt du créancier que dans celui de l'emprunteur, il est de jurisprudence que celui-ci ne peut, de son côté, devancer le moment fixé pour le remboursement par la convention, par exemple, par le tableau d'amortissement annexé aux actes d'emprunt (Req., 21 avril 1896, D. P. 96.1.484, S. 97.1.481 ; Civ., 20 juillet 1904, S. 1906.1.25 ; Cons. d'Et., 7 décembre 1894, D. P. 95.3.89, S. 96.3.89). Que si aucun terme n'a été convenu, la loi donne au juge un certain pouvoir pour fixer la date du remboursement suivant les circonstances (art. 1900 et 1901).

Enfin, on remarquera que la jurisprudence interprète assez étroitement cette expression « en même quantité et qualité ». Supposons que le prêt de consommation ait porté sur des valeurs de Bourse, l'emprunteur ne sera tenu que de restituer des titres de même nature, en nombre égal et *du même montant nominal*. Ainsi, fût-elle énorme, la dépréciation que ces titres auraient subie en Bourse dans l'intervalle, sera à la charge du prêteur (Req., 13 juillet 1897, D. P. 98 1.353). Du moins en sera-t-il ainsi lorsque la restitution aura lieu au terme convenu. Car, si le remboursement avait été différé par l'emprunteur et que la dépréciation fût survenue entre temps, l'emprunteur ne se libérerait qu'en restituant la valeur que les titres auraient eue, s'il les avait remboursés exactement au terme convenu (V. cep. Req., 31 mars 1879, D. P. 79.1.469, S 80.1.77.) Nous renvoyons en ce qui concerne le remboursement des sommes prêtées et l'effet de la dépréciation de la monnaie à ce que nous avons dit plus haut en traitant du paiement (V. p. 81 et s.).

SECTION III. — PRÊT A INTÉRÊT.

§ 1. — Notions générales. Histoire du prêt à intérêt.

Notions générales. Article 1906. — Ordinairement celui qui emprunte de l'argent ne s'oblige pas seulement à le rendre au terme convenu ; il s'engage en outre à payer chaque année, tant que durera le prêt, une somme calculée à tant pour cent du capital, laquelle représente le sacrifice fait par le prêteur, le prix du service rendu par lui. Cette somme porte le nom d'*intérêt*.

Cependant, le prêt d'argent n'emporte pas par lui-même production d'intérêts, quoique ce soit, en fait, le cas le plus fréquent. L'intérêt n'est dû par l'emprunteur qu'autant qu'il a été stipulé (art. 1905), c'est-à-dire qu'autant qu'une clause d'intérêts a été spécialement insérée dans le contrat. La conception traditionnelle du prêt *mutuum* qui nous vient du Droit romain n'a donc pas changé. Le prêt est en principe un contrat désintéressé, à moins que le contraire n'ait été expressément convenu.

Il est vrai que l'article 1906 apporte aussitôt à la règle précédente un tempérament assez difficile à expliquer. D'après ce texte, l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital. Il faut supposer, croyons-nous, que l'emprunteur a payé en connaissance de cause, et non par erreur. Il n'est pas douteux pour nous que, s'il s'était trompé, il pourrait réclamer les intérêts indûment versés. Voici, dès lors, comment nous expliquons l'article 1906. Ce texte, à notre avis, présume qu'il y a eu *convention tacite* d'intérêts entre les parties. Cette convention n'est pas obligatoire, en ce sens qu'elle ne permet pas au créancier d'exiger le paiement des intérêts ; mais, si le débiteur les a volontairement acquittés, il ne peut plus les réclamer. En d'autres termes, la convention tacite présumée par la loi n'engendre ici qu'une obligation naturelle.

Histoire du prêt à intérêt. Sa prohibition dans l'ancien Droit. — Le prêt à intérêt a souvent appelé l'intervention du législateur, à cause des conflits qu'il a soulevés entre les manieurs d'argent et les emprunteurs

obligés de subir leurs conditions. Pour défendre les débiteurs contre l'âpreté des prêteurs, divers procédés ont été employés au cours de l'histoire.

Le premier, pratiqué depuis l'antiquité, a consisté à fixer une limite maxima et à interdire aux créanciers de stipuler un taux supérieur.

C'est le système qu'a employé, pendant tout le cours de son histoire, le Droit romain. Ce maximum, qui paraît avoir été établi pour la première fois à Rome par la loi des Douze Tables, a beaucoup varié, depuis cette époque jusqu'à celle de Justinien (Voir pour les détails, Girard, *op. cit.*, 6e édit., p. 525 à 527). La sanction était, du reste, purement civile : elle consistait dans la restitution des intérêts illégalement perçus. Le fait de prêter à gros intérêts n'était pas un délit puni par la loi pénale.

L'Eglise catholique a usé d'un procédé plus efficace. Dès son origine, *elle a prohibé la stipulation d'intérêts*. Elle tirait cette interdiction, d'abord « des préceptes mosaïques, d'après lesquels les Hébreux, quand ils prêtaient de l'argent, n'étaient autorisés à exiger des intérêts que si le prêt était fait à des étrangers ; entre eux, ils devaient se traiter en frères et se contenter de la restitution du capital » ; ensuite des paroles de l'Evangile de saint Luc, (VI, 35) *Mutuum date, nihil inde sperantes*. A ces textes, on ajouta plus tard l'autorité du grand docteur de l'antiquité, Aristote, qui avait déclaré que l'argent ne peut pas engendrer de l'argent (*Nummus nummum non parit*), ce qui n'est qu'un pauvre argument, car on pourrait dire aussi bien que les maisons ne peuvent pas produire de loyers (V. Brissaud, *Manuel*, 1907, p. 471). Quoi qu'il en soit, contre le prêt à intérêt, l'Eglise a prononcé les sanctions les plus rigoureuses, tant civiles (nullité de la stipulation d'intérêts) que pénales (excommunication). Le pouvoir séculier y a ajouté ses propres sanctions.

Cependant, malgré ces efforts combinés, l'esprit de lucre, inhérent à la nature humaine, a triomphé de l'interdiction. On peut dire que jamais on n'a cessé de prêter de l'argent à intérêt. Tout d'abord, les Juifs ont toujours pu pratiquer ouvertement ce genre de prêt, car leur religion ne leur défendait pas de s'en servir à l'égard d'autres que leurs coreligionnaires. Le commerce de l'argent devint ainsi pour eux un véritable monopole, qu'ils partagèrent plus tard avec les Lombards. Mais même entre chrétiens, le prêt à intérêt fut toujours pratiqué. On usait, en effet, de toutes sortes de subterfuges pour faire produire un revenu à l'argent prêté[1].

La rigueur de la répression ne tarda pas du reste à se relâcher, et, en fait, on ne poursuivait que l'usure énorme et non l'usure modérée. Au XVIIIe siècle, on peut même dire que la prohibition n'existait plus qu'en théorie[2].

1. La rente constituée (Voir t. Ier, p. 699), présentait à peu près les mêmes avantages que le prêt à intérêt. Depuis le XVIe siècle, les ordonnances royales fixent un taux maximum que la rente ne peut dépasser sous peine d'être infectée d'usure (Voir Brissaud, *Manuel*, p. 482).

2. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, Ve *Intérêts*, dit à ce sujet : « La Sorbonne a décidé que le prêt à intérêt est un péché mortel. Il n'y a aucun de ces raisonneurs qui ne fasse valoir son argent, quand il le peut, à 5 ou 6 °/o en achetant sur la place des billets des fermes, des actions de la Compagnie des Indes, des billets du Canada. »

Il faut voir sur cette question de la prohibition, le *Traité de l'usure* de Pothier (éd.

Suppression de la prohibition par l'Assemblée Constituante. — Les économistes et les philosophes du XVIII[e] siècle demandaient non seulement qu'il fût permis de stipuler des intérêts, mais réclamaient en outre la liberté d'en fixer librement le taux. L'argent est une marchandise, disaient-ils, dont on peut trafiquer comme de toutes les autres ; il est juste que le prix de cette marchandise puisse varier suivant la loi de l'offre et de la demande (V. Cauwès, *Cours d'économie politique*, 3[e] édit., t. 3, p. 833 et s.).

Sans aller aussi loin que ces théoriciens, l'Assemblée Constituante décréta le 3 octobre 1789, qu'à l'avenir tous les particuliers, corps, communautés et gens de mainmorte, pourraient prêter de l'argent à terme fixe, avec stipulation d'intérêts, suivant le taux déterminé par la loi. Ce décret laissait donc prévoir qu'une loi fixerait le maximum de l'intérêt, mais on ne donna pas suite à cette idée. On passa ainsi du régime de la prohibition à celui de la liberté complète. Ce régime n'allait pas tarder d'ailleurs à être faussé par la création des assignats, qui amena une élévation considérable du taux de l'intérêt [1].

Le Code civil et la loi du 3 septembre 1807. — Le Code civil décide à son tour, dans l'article 1905, qu'il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

Puis l'article 1907, posant la distinction de l'intérêt légal et de l'intérêt conventionnel, se borne à déclarer qu'il appartient au législateur de limiter le taux de ce dernier, sans prononcer lui-même cette limitation.

La loi qu'annonçait ce dernier article fut promulguée le 3 septembre 1807. Elle marque une étape nouvelle, car elle ne se contente pas de déterminer l'intérêt légal qui sera, dit-elle, de 5 °/₀ en matière civile, de 6 °/₀ en matière de commerce ; elle limite, en outre, le taux de l'intérêt conventionnel, lequel ne pourra excéder en matière civile 5 °/₀, ni en matière de commerce 6 °/₀. Ces chiffres furent empruntés à la législation de l'ancien régime en matière de rentes.

Pour justifier la limitation de l'intérêt conventionnel, l'Exposé des motifs invoque les maux produits par la liberté : « Il est reconnu, dit-il, que le

Bugnet, t. 5, p. 63 et s.), dans lequel l'auteur expose longuement la prohibition de l'usure par l'Écriture sainte et la tradition, et par les lois du royaume. Pothier, respectueux interprète des lois, se prononce contre la validité de l'intérêt, même dans les prêts commerciaux. Mais, plus loin, il s'efforce de justifier l'opération de la Compagnie des Indes qui avait été autorisée à emprunter 10 millions sous forme de billets de 1.000 ou 500 livres, produisant un intérêt de 5 °/₀ l'an, jusqu'au remboursement qu'elle ferait de ces sommes, lequel devait s'opérer par voie de tirage au sort annuel des billets à rembourser. Ces billets, dit-il, renferment une constitution de rente très légitime : « La raison en est que ce n'est pas envers les créanciers de ces billets que la compagnie s'oblige au rachat ; elle ne contracte cette obligation qu'envers le roi, qui met cette condition à la permission qu'il lui accorde de faire l'emprunt », L'argument n'est qu'un mauvais *distinguo*.

1. Quelle a été l'attitude de l'Eglise en présence de ce changement dans la législation? « L'Eglise, dit M. Brissaud (*Manuel*, p. 477), s'est refusée à déclarer l'intérêt légitime en lui-même ; mais elle a recommandé aux autorités ecclésiastiques de ne pas inquiéter les prêteurs qui se conformeraient aux lois, jusqu'à ce que le Saint-Siège émit une sentence définitive. On attend encore cette sentence. »

taux excessif de l'intérêt de l'argent attaque la propriété dans ses fondements ; qu'il mène l'agriculture à sa perte, qu'il empêche les propriétaires de faire des améliorations utiles ; qu'il corrompt les véritables sources de l'industrie ; que, par sa pernicieuse facilité de procurer des gains considérables, il détourne les citoyens des professions utiles et modestes ; enfin qu'il tend à ruiner des familles entières et à y porter le désespoir. Le commerce lui-même est bien loin de réclamer une exception à ces principes. »

Attaques dirigées contre la loi de 1807. Premières restrictions. Lois du 12 janvier 1886 et du 18 avril 1918. — Cette loi de 1807 n'a pas cessé d'être, au cours du XIX^e^ siècle, l'objet des attaques de l'Ecole économique libérale, laquelle condamne l'intervention du législateur dans les rapports des capitalistes et des emprunteurs, comme inopportune, gênante et inefficace. Et il faut bien reconnaître, en effet, qu'il n'est pas difficile aux usuriers de se soustraire à la prohibition. Ils n'ont qu'à remettre à l'emprunteur une somme inférieure à celle qui est portée sur le billet. La preuve de la fraude est presque impossible. A maintes reprises, en 1836, 1857, 1871, 1876, 1881, des propositions furent donc déposées au Parlement en vue de rétablir la liberté du taux de l'intérêt. Mais ces efforts n'ont que partiellement abouti.

On remarquera qu'une grande enquête, ouverte sur la question sous le second Empire en 1861, parut favorable au maintien de la prohibition. On avait fait valoir alors avec force les motifs qu'il y avait de protéger contre l'usure les paysans et le petit commerce. Néanmoins, la loi de 1807 subit, durant tout le second Empire, une série d'exceptions qui en atténuèrent sensiblement l'effet. Déjà, on avait autorisé les Monts-de-Piété à dépasser le taux de 5 %, qui ne leur permettait pas de couvrir leurs frais. La Jurisprudence, de son côté, avait exempté de la limitation l'escompte du papier commercial, en reconnaissant que les banquiers avaient le droit de prélever un droit de commission au-delà du taux de 6 %. Enfin, la loi du 9 juin 1857 autorisait la Banque de France à élever le taux de son escompte au-dessus de 6 %. On tendait ainsi à ne plus appliquer la loi en matière de commerce.

En somme, l'autorité de la loi de 1807 avait été bien ébranlée déjà par ces diverses mesures. D'autres lois postérieures l'ont encore plus directement attaquée. Ce sont la loi *du 10 juillet* 1885 *sur l'hypothèque maritime*, la ***loi du*** 12 *janvier* 1886, et enfin celle du 18 *avril* 1918.

La première a rétabli la liberté de l'intérêt conventionnel en matière de prêts hypothécaires sur navires (art. 38).

La seconde (loi du 12 janvier 1886) a définitivement abrogé, *en matière de commerce*, la loi du 3 septembre 1807. Celle-ci ne demeurait donc plus en vigueur qu'en matière civile.

Pour justifier cette distinction, au premier abord singulière, le législateur a donné les raisons suivantes. Le commerçant, a-t-il dit, est plus apte à se défendre qu'un particulier ordinaire ; il connaît mieux les affaires. Mieux vaut, pour lui, trouver de l'argent à un taux élevé que d'être obligé

de sacrifier à bas prix ses marchandises. En outre, les bénéfices qu'il espère réaliser lui permettent de supporter le taux élevé qu'on lui réclame.

Enfin, la loi du 18 avril 1918, a suspendu la limitation de l'intérét conventionnel en matière civile *pendant toute la durée de la guerre et une période qui ne pourra être inférieure à cinq années à partir de la cessation des hostilités*. Un décret déterminera la fin de cette suspension. Ainsi, qu'on le remarque bien, cette dernière loi n'a pas un caractère purement provisoire. La suspension qu'elle prononce durera tant qu'un décret ne viendra pas y mettre fin, et il n'est pas téméraire de penser que ce décret ne sera peut-être jamais promulgué.

Au surplus, tout le monde reconnaît aujourd'hui que la limitation du taux de l'intérêt est une mesure inefficace. C'est par un autre procédé que le législateur cherche actuellement à procurer aux emprunteurs dignes de faveur de l'argent à bon compte. Ce procédé consiste dans l'organisation du crédit à bon marché au profit des agriculteurs, des petits commerçants, des marins, et cela par la création et l'encouragement de caisses mutuelles de crédit formées entre les intéressés.

Législations étrangères. — La plupart des législations étrangères ont, au cours du XIX^e^ siècle, définitivement abandonné le système de la limitation du taux de l'intérêt.

Il en a été ainsi en Espagne (loi du 14 mars 1856), en Italie (art. 1831 C. civ.), en Autriche et en Hongrie (1868), en Allemagne (loi du 14 novembre 1867 pour la confédération de l'Allemagne du Nord, et du 1^er^ janvier 1871, cf. l'art. 247 C. civ. allemand) ; en Belgique (loi du 5 mai 1875).

Il n'est pas impossible, du reste, de concilier la liberté du taux de l'intérêt avec la répression de l'usure. La législation allemande s'y est efforcée. Elle a complètement transformé notre conception si simpliste et si imparfaite de l'usure. Chez nous, l'usure consiste dans le fait de prêter de l'argent en exigeant un intérêt supérieur au taux légal[1]. Dans la conception allemande, ce n'est pas le taux de l'intérêt qui constitue l'usure, mais le fait d'exploiter les besoins ou l'ignorance de l'emprunteur. En conséquence, la loi donne au juge un pouvoir souverain d'appréciation. D'autre part, ce n'est pas seulement dans le prêt d'argent qu'il peut y avoir usure, mais dans tout contrat quel qu'il soit.

§ 2. — Limitation de l'intérêt conventionnel en matière civile[2].

Distinction du prêt commercial et du prêt civil. — Il résulte de nos explications précédentes que le taux de l'intérêt conventionnel était,

1. Nous nous plaçons au point de vue civil seul. L'usure n'est réprimée par la loi pénale qu'autant qu'elle est *habituelle* (art. 4, loi du 3 septembre 1807, et art. 2, loi du 19 décembre 1850).

2. Les observations présentées dans ce paragraphe perdent une partie de leur intérêt depuis la loi du 18 avril 1918. Néanmoins nous ne croyons pas devoir les supprimer, d'abord à cause de leur application aux prêts antérieurs, ensuite parce que cette loi n'a fait, *in terminis*, que suspendre la limitation de l'intérêt conventionnel.

limité avant la loi du 18 avril 1918 qui a suspendu cette limitation pour un temps indéterminé, à 5 % en matière civile, tandis qu'il est libre en matière commerciale.

A quel signe reconnaîtra-t-on que l'on est en matière civile ou en matière commerciale ? La question a de l'importance, car il ne peut y avoir délit d'usure qu'autant que le prêt dépasse le maximum fixé par la loi.

Les auteurs de la loi de 1886 n'ont pas tranché la question ; ils ont déclaré qu'ils s'en rapportaient à la jurisprudence. La Doctrine décide ordinairement qu'il faut considérer exclusivement la *destination* des fonds prêtés. S'ils doivent être employés par l'emprunteur dans le commerce, le prêt est commercial ; il est civil, au contraire, si les capitaux doivent être affectés à un emploi non commercial. Cette solution est logique et concorde bien avec la pensée du législateur. Elle n'est pas cependant admise par les tribunaux. Ceux-ci se montrent encore plus favorables à la liberté. Ils décident, en effet, que tout prêt consenti par un banquier est commercial, quand même il est fait à un non commerçant et pour un but purement civil (Req., 25 juillet 1895, D. P. 96.1.193, S. 99.1.326). Il n'y a pas de raison, disent les arrêts, de distinguer suivant que les banquiers prêtent à des commerçants ou à des non-commerçants, car ils perçoivent le même intérêt. Ils ne peuvent pas faire des conditions différentes suivant la qualité des clients ou la destination de l'argent.

Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation se rapproche ici de la Doctrine. Ses arrêts du 9 novembre 1888 (D. P. 89.1 272, S. 89.1.393, note de M. Lyon-Caen) et du 19 septembre 1907 (D. P. 1907 1.519), ont, en effet, décidé que les avances faites sur titres de pension à des fonctionnaires retraités constituent des prêts civils, même lorsqu'elles sont faites par un banquier, et deviennent dès lors des actes d'usure, lorsqu'elles comportent un intérêt dépassant le taux maximum fixé par la loi (V. aussi Req., 4 juillet 1904, D. P. 1904 1.547, S. 1904.1.519).

Contrats auxquels s'applique la limitation. — La loi du 3 septembre 1807 se contente de fixer le taux maximum de l'intérêt conventionnel, sans spécifier que cette limitation s'applique à tel genre de contrat plutôt qu'à tel autre. Il faudrait donc, semble-t-il, l'étendre à tous les contrats dans lesquels il y a stipulation d'intérêts, qu'il s'agisse d'un prêt d'argent, du prix d'une vente, d'un capital constitué en dot, etc. (En ce sens Boistel, notes D. P. 93.2.305, 97.2.203, 1900.1.5).

Tel n'est pas cependant l'avis de la jurisprudence. Elle décide que la limitation ne vise que le *prêt d'argent* et ne concerne pas les intérêts stipulés dans un autre contrat (Paris, 20 janvier 1892, D. P. 93.2.305, S. 94.2.169, note de M. Tissier ; Civ., 13 mars 1899, D. P. 1900.1.5, concl. de M. l'avoc. gén. Desjardins, S. 99.1.216). Cette solution, il faut le reconnaître, a pour elle toute la tradition de notre ancien Droit. Autrefois, en effet, les stipulations d'intérêts étaient permises dans les contrats autres que le prêt. Pothier enseignait que ce n'était que dans le prêt que se commettait l'usure proprement dite (*Prêt de consommation*, n° 88, éd. Bugnet, t. 5, p. 81). On ajoute, spécialement pour la vente à crédit, que les intérêts y sont un élé-

ment du prix ; or, les parties sont libres de fixer ce dernier au chiffre qu'elles veulent. Ainsi donc, dans tout contrat autre que le prêt d'argent, la stipulation d'intérêt est libre. Par conséquent, le délit d'usure ne peut se commettre que dans le prêt (Alger, 19 mai 1909, D. P. 1909.2.368, S. 1909.2.112).

D'autre part, on est d'accord pour admettre que la loi de 1807 ne concerne que le prêt d'argent et non le prêt de denrées, car elle ne vise que le *taux de l'intérêt de l'argent*.

Enfin, même quand il s'agit de prêt d'argent, la limitation cesse de s'appliquer, lorsque le contrat présente un caractère aléatoire. Ce caractère ne permet pas, en effet, de dire à première vue quelle est celle des deux parties qui fait une bonne affaire (Req., 6 décembre 1886, D. P. 87.1.312, S. 87.1.419 ; Crim., 2 juin 1888, D. P 89.1.272, S. 89.1.393, note de M. Lyon-Caen).

On voit, en somme, combien le champ d'application de la loi de 1807 se trouve limité, et combien, par conséquent, notre conception française du délit d'usure est étroite et insuffisante.

Sanction de la limitation. — La sanction de la limitation prononcée par la loi de 1807 est double : elle est à la fois *civile* et *pénale*. Mais l'une et l'autre sont presque toujours inopérantes.

1° *Sanction civile.* — La sanction la plus efficace eût été de frapper le prêt usuraire de nullité, et de ne laisser à l'usurier que l'action *de in rem verso*. Mais tel n'est pas le système de la loi. Elle se contente d'une règle plus douce. Les perceptions excessives sont imputées de plein droit, aux époques où elles ont lieu, sur les intérêts alors échus, et subsidiairement sur le capital de la créance. Au cas où elles dépasseraient le capital et les intérêts, le prêteur est condamné à restituer les sommes indûment perçues, avec intérêt du jour où elles lui ont été payées (loi du 19 décembre 1850, art. 1er).

Ainsi, celui qui stipule des intérêts usuraires ne court pas grand risque ; car son contrat est traité comme s'il avait été passé conformément à la loi.

Il n'en court d'ailleurs guère plus au point de vue pénal, nous allons le voir.

2° *Sanction pénale.* — L'usure ne devient un délit qu'autant qu'elle est *habituelle*. « Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure... », porte l'article 4 de la loi de 1807. Un contrat isolé contenant stipulation d'intérêts usuraires n'est donc pas puni par la loi pénale (loi du 19 décembre 1850, art. 2 et 3). On comprend que, dans ces conditions, la preuve du délit soit fort difficile à faire. Ajoutons que les usuriers ne manquent pas de moyens pour dissimuler leurs opérations et échapper à la loi.

§ 3. — Le taux légal de l'intérêt.

Même si la liberté de l'intérêt conventionnel devenait définitive, le législateur devrait continuer à fixer le taux *légal* de l'intérêt. Cette fixation présente en effet la plus grande importance pour le commerce juridique. C'est le taux fixé par la loi qui s'applique au calcul des *intérêts moratoires*.

C'est lui aussi qui s'applique à toute dette ayant sa source dans la loi, lorsque celle-ci impose au débiteur le paiement d'intérêts de plein droit (ex. : art. 2001). Enfin, bien souvent, dans leurs conventions, les parties se contentent de stipuler que le débiteur devra payer les intérêts calculés d'après le taux légal.

Quel doit donc être le taux de l'intérêt légal ? Il est évident qu'en principe il doit se rapprocher le plus possible du taux conventionnel normal. C'est pourquoi la loi du 3 septembre 1807 avait choisi pour l'un et l'autre les mêmes quotités, 5 °/₀ en matière civile, 6 °/₀ en matière de commerce.

La loi du 7 avril 1900, tenant compte de la baisse du loyer des capitaux qui s'est produite dans les dernières années du XIX^e^ siècle, a diminué le taux légal d'une unité et l'a fixée à 4 °/₀ en matière civile, 5 °/₀ en matière commerciale. Cette loi n'a pas été heureuse, car le taux de l'intérêt s'est presque immédiatement relevé ensuite. Les partisans du *statu quo*, qui, en 1900, s'opposaient à la réforme, en déclarant que la baisse pouvait n'être que temporaire, avaient eu, en somme, absolument raison.

La loi précitée du 18 avril 1918 tenant compte de l'élévation considérable qui s'est produite dans le loyer de l'argent depuis la guerre de 1914, a, comme nous l'avons dit déjà (*supra*, p. 28), rétabli le taux légal antérieur. L'article 2 de cette loi décide, en effet, que le taux de l'intérêt légal est porté à 5 °/₀ en matière civile et à 6 °/₀ en matière commerciale. Pour l'Algérie, la même loi (art. 3, 2^e^ al.), fixe le taux de l'intérêt légal à 6 °/₀, aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale.

CHAPITRE III

DEPOT ET SÉQUESTRE

Définition. Caractères du contrat. — Le dépôt est le contrat par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature au déposant quand il la réclamera. A cette définition l'article 1915 n'apporte qu'un correctif ; il n'emploie pas le mot de *contrat*, mais celui d'*acte*. Si, pour les rédacteurs du Code, le dépôt n'est pas toujours un *contrat*, c'est, sans doute, pour deux raisons. D'abord, le Code, commettant d'ailleurs en cela une erreur, a voulu faire entrer le *séquestre* dans la catégorie des dépôts, alors qu'il y a entre les deux opérations une simple analogie, très sensible à la vérité, mais non une similitude complète. En second lieu, il y a une variété de dépôt, le dépôt *nécessaire* ou *misérable*, dans lequel le contrat peut paraître imparfait, incomplet, parce que la volonté de l'une des parties, voir même de l'une et de l'autre, apparaît comme n'ayant pas toujours été parfaitement libre et réfléchie.

Comme contrat, le dépôt offre les caractéristiques suivantes :

1° C'est un contrat *réel* : il ne se forme que par la tradition réelle ou feinte (tradition *brevi manu*) de la chose déposée (art. 1919). En effet, l'obligation principale qu'engendre le dépôt est celle de restituer la chose déposée. Cette obligation ne peut prendre naissance que si le dépositaire a reçu cette chose.

2° C'est un contrat *synallagmatique imparfait*. Le dépôt n'engendre en principe d'autres obligations que celles qui pèsent sur le dépositaire, et qui consistent à conserver la chose et à la restituer à la première réquisition du déposant. Cependant, si le dépôt occasionnait au dépositaire des pertes et des dépenses, par exemple, à raison de la conservation de la chose, une obligation prendrait naissance à la charge du déposant, celle d'en indemniser le dépositaire (art. 1947) ; et la loi accorde à celui-ci le droit de retenir la chose déposée jusqu'à l'entier paiement de cette indemnité (art. 1948).

3° Enfin, le dépôt est un contrat *essentiellement gratuit*. Aucune rémunération ne peut être stipulée pour le dépositaire (art. 1917). Le dépositaire rend au déposant un service d'ami. C'est là une caractéristique *essentielle* du contrat. C'est pour cela que le *séquestre* n'est pas à proprement parler un dépôt. En effet, il peut comporter et comporte en général, en fait, une rémunération (art. 1957).

Signalons ici une antinomie apparente entre l article 1917, portant que le dépôt est essentiellement gratuit, et l'article 1928, d où il semble bien résulter qu'un salaire peut être stipulé pour la garde du dépôt. La contradic-

tion, disons-nous, n'est qu'*apparente*. En effet, lorsqu'il y a stipulation de salaire, le contrat n'est plus un dépôt, c'est un *louage de services*, de quelque nom qu'on l'ait désigné. C'est le cas, par exemple, pour les dépôts effectués dans les *vestiaires* des théâtres, dans les *consignes* des gares, dans les banques, etc... Et c'est précisément pour cela que l'article 1928 impose au gardien rémunéré de la chose d'autrui (*locator* de ses offices) une responsabilité différente de celle qui pèse sur le dépositaire et sensiblement plus lourde.

SECTION I. — DÉPÔT PROPREMENT DIT (art. 1917 à 1954).

Conditions de formation du contrat. — Le dépôt proprement dit comporte les conditions de formation suivantes :

1° Il ne peut porter que sur des *choses mobilières corporelles* (art. 1918). En effet, on dépose une chose pour la garder à l'abri des chances de perte ou de vol, et afin d'être sûr de la retrouver. Or un immeuble, une créance se gardent tout seuls. Comme le faisait remarquer Pothier, celui qui confie à un ami son immeuble, en lui en remettant les clés, dépose les clés et les meubles gardés sous clé, mais non l'immeuble lui-même.

2° La *capacité* requise pour passer un contrat de dépôt, soit comme déposant, soit comme dépositaire, est celle du droit commun (art. 1925, 1er al.) Si donc un incapable, un mineur, un interdit, une femme mariée non régulièrement habilités prennent part à ce contrat, il est annulable, d'une nullité *relative*, c'est-à-dire laissée à leur option. Et, en fait, il est bien évident que la nullité ne sera invoquée du côté de l'incapable que s'il est dépositaire. car c'est dans ce cas seulement que le contrat constitue pour lui une charge S'il est déposant, il a tout intérêt au maintien du contrat. Supposons un déposant incapable ; si son représentant ne demande pas la nullité, le dépositaire capable sera tenu de toutes les obligations du contrat (art. 1925, 2e al.). Supposons un dépositaire incapable ; si son représentant invoque la nullité, le dépositaire sera dispensé de conserver la chose ; il ne sera tenu que de la restitution de la chose ou des fruits qui auront tourné à son profit, et cela par l'action *de in rem verso* (art. 1926).

3° La *preuve* du dépôt obéit aux règles du droit commun (art. 1923) ; il faut donc un écrit au-dessus de 500 francs (Rouen, 26 janvier 1898, D. P. 98.2.251). Cependant, l'absence d'écrit pourrait être suppléée par la preuve testimoniale et les présomptions simples, s'il y avait *commencement de preuve par écrit*. De plus, le *serment*, l'*aveu* du dépositaire feraient la preuve du contrat. Spécialement, en cas de serment du dépositaire, il y aurait lieu d'appliquer la règle de l'indivisibilité de l'aveu, d'où il résulte, comme le dit l'article 1924, que le dépositaire sera cru sur sa déclaration si, tout en avouant avoir reçu en dépôt la chose réclamée, il ajoute qu'il l'a depuis restituée à son propriétaire.

Il va de soi d'ailleurs — et ceci est encore conforme au droit commun — que l'affirmation, disons l'aveu, du dépositaire n'a d'effet que dans ses rapports avec le déposant et non à l'encontre des tiers. Il ne serait pas oppo-

sable, par exemple, aux créanciers du déclarant qui saisiraient entre ses mains des fonds qu'il prétendrait lui avoir été confiés par un ami à titre de dépôt (Req., 15 juillet 1878, D. 79.1.179).

Ces conditions de formation sont suffisantes. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le déposant soit *propriétaire* de la chose déposée; on peut valablement déposer la chose d'autrui (art. 1938, 1er al.). Le dépositaire n'en est pas moins tenu de la restituer au déposant. Cependant, si le dépositaire découvre que la chose déposée a été volée, l'article 1938, alinéa 2, lui enjoint, à supposer qu'il connaisse le véritable propriétaire, de « dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant ». Comme ce texte constitue manifestement une dérogation au principe général formulé dans le 1er alinéa de l'article 1938, et d'après lequel le dépositaire n'a aucune justification de propriété à exiger du déposant, on décide en général que, visant uniquement les choses *volées*, il ne s'applique pas aux choses *perdues*.

Effets du contrat. Obligations du dépositaire. — Les obligations du dépositaire sont au nombre de deux. Il doit :

1° Veiller à la conservation de la chose ;

2° La restituer au déposant lorsque celui-ci la réclame.

1° Première obligation : Garde et conservation de la chose. — Cette première obligation du dépositaire emprunte sa physionomie à ce trait que le dépôt est, de la part du dépositaire, un contrat de bienfaisance, un office d'ami rendu au déposant. Il en résulte les conséquences suivantes :

A. — Le dépositaire « ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée » (art. 1931).

B. — « Il ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant » (art. 1930).

C. — Il « doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent » (art. 1927). Nous avons déjà rencontré et expliqué cette disposition, d'où il résulte que, contrairement à la règle ordinaire, la diligence imposée au débiteur dans l'exécution de son obligation n'est pas ici appréciée *in abstracto*, par comparaison avec le type moyen du *bonus pater familias*, mais *in concreto*, par comparaison avec les soins qu'il apporte à la gestion de ses propres affaires. On ne peut pas, en effet, exiger d'un ami qui vous rend un service gratuit, qu'il fasse plus pour vous qu'il ne fait pour lui-même.

L'article 1928 apporte à la règle précédente plusieurs dérogations, dont l'effet commun est de restaurer le principe de la responsabilité *calculée in abstracto* dans les deux séries d'hypothèses suivantes :

a) Lorsqu'il y a convention formelle ou implicite imposant au dépositaire une responsabilité plus étendue, ce qui est le cas : d'abord lorsqu'« il a été convenu... que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute »

(art. 1928-4°) ; en second lieu, lorsque « le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt » (art. 1928-1°).

b) Lorsqu'on se trouve en face, non d'un dépôt, au sens technique du mot, mais d'un autre contrat. C'est le cas, d'abord si le dépositaire « a stipulé un salaire pour la garde du dépôt » (art. 1928-2°) (alors, le prétendu dépositaire est un *locator operis*), en second lieu, « si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire » (art. 1928-3°) (alors, le soi-disant dépôt ne peut être qu'un contrat de *nantissement* ou de *prêt à usage*).

2° Seconde obligation : Restitution de la chose. — Cette seconde obligation du dépositaire donne lieu à diverses questions.

A. — *Quand et où doit se faire la restitution ?* — Au moment où il plaît au déposant de la réclamer (art. 1944), et cela quand bien même il y aurait eu un terme déterminé pour la restitution. En effet, le terme étant ici nécessairement stipulé dans l'intérêt du créancier, il dépend toujours de celui-ci de le devancer. Naturellement, une saisie arrêt effectuée entre les mains du dépositaire pourrait cependant mettre obstacle à la restitution.

Quant au lieu de la restitution, c'est celui où le dépôt a été effectué (art. 1943), ou le lieu différent qui aurait été fixé par le contrat (art. 1942), auquel cas, pour les mêmes raisons que précédemment, il dépendrait toujours du déposant de dispenser le dépositaire du transport à effectuer par lui, et de reprendre la chose déposée là où elle se trouverait.

B. — *Que doit comprendre la restitution ?* Ce qui doit être restitué, c'est la chose même déposée (art. 1932), dans l'état où elle se trouve lors de la restitution (art. 1933). Que si la chose a été enlevée au dépositaire par un cas de force majeure, dont il ne doive pas répondre, et s'il a touché une somme à la place, par exemple, au cas de réquisition de guerre, le dépositaire devra restituer la somme reçue par lui en échange de la chose déposée (art. 1934). Autrement, s'il conservait cette somme, il s'enrichirait injustement aux dépens d'autrui.

C. — *A qui doit être faite la restitution ?* — A celui qui a fait le dépôt, ou à son représentant légal ou conventionnel. Tel est le principe très simple qui résulte des articles 1937 à 1940, textes d'une inutile prolixité, principe qu'il était d'ailleurs inutile d'énoncer, car il allait de soi. Cependant, à ce principe la loi apporte diverses exceptions.

a) Nous connaissons déjà la première. En cas de dépôt d'une *chose volée*, nous avons déjà vu que le dépositaire peut avoir à la restituer, non au déposant, mais au *verus dominus* (art. 1938).

b) En cas de *mort du déposant*, l'article 1939 porte que la chose déposée ne peut être restituée qu'aux *héritiers* du déposant. Ainsi, même dans le cas où le déposant aurait désigné une autre personne entre les mains de qui la restitution devrait être faite, le dépositaire devrait rendre la chose à l'héritier et non à la personne désignée. Pourquoi cette dérogation au principe que les conventions font la loi des parties ? Il résulte des travaux préparatoires que le législateur a voulu ici prohiber une fraude qui consisterait de la part d'une personne à se servir d'un prétendu dépôt resti-

tuable *post mortem* à *X* ou *Y* pour tourner la loi, soit en faisant une libéralité prohibée à une personne déclarée incapable par la loi, soit en éludant le paiement des droits de mutation (V. Fenet, t. XIV, p. 515).

Si telle est la raison de la règle de l'article 1939, elle doit être écartée lorsqu'il résulte des circonstances que le déposant n'a certainement pas visé le but qu'on pouvait craindre. Par exemple, si le déposant a valablement et ostensiblement, par un acte de dernière volonté, disposé de sa chose en faveur d'un légataire capable de la recevoir, et n'a eu recours au dépôt que pour assurer l'exécution de sa volonté, le dépositaire sera tenu de restituer la chose, non à l'héritier, mais au légataire désigné pour la recevoir dans l'acte de dépôt (Civ., 28 juillet 1909, D. P. 1910.1.44, S. 1912.1.81, note de M. Naquet).

c) En cas de *vente* ou de *donation* de la chose déposée, le droit d'exiger la restitution du dépôt et, plus généralement, les droits naissant du contrat de dépôt au profit du déposant passent-ils au tiers acquéreur ? On l'a nié, en alléguant ce principe que le contrat de dépôt est, à l'égard du tiers acquéreur, *res inter alios acta*, et que le dépositaire n'est lié qu'envers le déposant et ses héritiers. Mais il ne faut pas oublier que tout contrat translatif de propriété confère implicitement à l'acquéreur tous les droits et actions qui appartenaient à l'aliénateur sur la chose aliénée. Par conséquent, et pour prendre un exemple, l'acquéreur de marchandises déposées dans un magasin général est recevable à agir en restitution à l'encontre du dépositaire, comme aussi en dommages-intérêts à raison des avaries survenues aux marchandises déposées par son vendeur (Douai, 10 décembre 1907, D. P. 1909.2.21 : Req., 27 juillet 1909, D. P 1910.1.187).

D. — *Dans quels cas le dépositaire est-il dispensé de restitution ?* Conformément au droit commun, le dépositaire est libéré de son obligation lorsque la chose déposée a péri par cas fortuit ou force majeure, ou, à plus forte raison, par suite de son vice propre (art. 1933, 1934). S'il y a eu simple détérioration fortuite ou destruction partielle, il restitue ce qui reste de la chose.

Nous rappelons ici la disposition de l'article 1935, en vertu de laquelle « l'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas reçu le prix ». Cette règle s'explique par cette considération que l'inexécution de l'obligation, bien qu'imputable en apparence au *fait du débiteur*, tient en réalité, vu les circonstances indiquées par le texte, à la *faute du créancier*. On s'expose toujours, quand on fait un dépôt secret, à des incidents du genre de celui que vise l'article 1935 ; et le déposant ne peut, en une telle hypothèse, s'en prendre qu'à lui-même du préjudice qu'il a encouru.

Du dépôt irrégulier. — Le contrat ainsi dénommé diffère du dépôt ordinaire à deux points de vue :

1° En ce que le dépositaire est autorisé à se servir de la chose déposée, voire même à la consommer et à la détruire. En un mot le dépositaire devient propriétaire des choses déposées (généralement de l'argent).

2° En ce que le dépositaire, au lieu d'être astreint à restituer identiquement la chose même déposée, ne doit rendre au déposant que des choses de même espèce, qualité et quantité.

Le Code ne consacre aucune disposition au dépôt irrégulier. Et cela se comprend sans peine. C'est que ce contrat n'a souvent du dépôt que le nom. Fait en général dans l'intérêt, non du seul déposant, mais du dépositaire autant que du déposant, c'est alors en réalité un prêt, soit d'*usage*, soit *de consommation*. Ce caractère est très apparent dans les dépôts d'argent faits dans les banques. Les banques emploient les fonds des déposants à leurs opérations d'escompte, de report ou autres. Ce sont des emprunteurs et même des emprunteurs à intérêt, car elles versent le plus souvent un léger intérêt au soi-disant déposant. Il y a, pourra-t-on dire, entre les rapports de la banque avec le déposant et ceux qui naissent d'un *mutuum*, cette différence que le dépôt est remboursable à première réquisition. Mais, d'une part, rien n'empêche de concevoir un prêt d'argent affecté de cette condition ; et, d'autre part, il est très fréquent que les dépôts d'argent faits dans les banques ne soient stipulés remboursables qu'au bout d'une certaine date de préavis, trois mois, six mois, un an. L'intérêt à verser par le banquier croît naturellement avec le délai stipulé (Req. 11 juin 1929, Gaz. Pal, 1929.2.479).

Du dépôt nécessaire et du dépôt d'hôtellerie (art. 1949 à 1954). — Le dépôt nécessaire », nous dit l'article 1949, « est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu ». Dans un tel contrat, il y a lieu de déroger aux règles ordinaires concernant la preuve à produire par le déposant. Celui-ci en effet n'a pas eu le temps de se faire délivrer un reçu par le dépositaire. D'où cette règle formulée par l'article 1950 (reproduisant l'al. 2 de l'art. 1348), que la « preuve par témoins peut être reçue... même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cinq cents francs ».

Au dépôt nécessaire le Code (art. 1952) assimile le dépôt d'hôtellerie, c'est-à-dire le dépôt fait dans un hôtel ou une auberge. La preuve testimoniale est donc reçue de la part du voyageur, quant à l'existence et quant à l'importance du dépôt à lui restituer, sans autre restriction que celle qui résulte des pouvoirs d'appréciation souverains réservés au juge par l'article 1348, 2°, *in fine*, « suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ». La raison de cette assimilation est évidemment qu'il y a, sinon impossibilité matérielle absolue, au moins impossibilité morale, pour le voyageur, à réclamer de l'hôtelier un reçu de ses effets, l'usage s'y opposant.

Pour ce qui est du sens qu'il faut donner aux expressions d' « aubergistes et hôteliers », la jurisprudence est assez indécise. D'une part, elle se montre extensive en appliquant les textes relatifs au dépôt nécessaire aux *logeurs en garni* (Civ., 6 novembre 1907, D. P. 1909.1.13, S. 1910.1.431) et aux *directeurs de théâtres* quant aux dépôts faits par les artistes dans leurs loges (Trib. Marseille, 26 février 1903, D. P. 1905.2.185, S. 1905.2.251). D'autre part, elle se montre restrictive en refusant d'appliquer les mêmes textes aux compagnies de *wagons-lits* (Req., 3 février 1896, D. P. 98.1.502),

bien que ces wagons puissent être considérés comme des hôtels roulants.

Deux particularités relatives à la responsabilité du dépositaire caractérisent le dépôt d'hôtellerie, l'une aggravant, l'autre atténuant cette responsabilité.

1° *Première particularité : Responsabilité du cas fortuit.* — La responsabilité de l'hôtelier est *aggravée*, en ce qu'elle n'est pas seulement calculée, comme celle du dépositaire ordinaire, sur la diligence concrète dont il fait preuve pour ses propres affaires (1927). Cela allait de soi. On peut dire ici, d'une part, que « le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt » et, d'autre part, qu'il a « stipulé un salaire pour la garde du dépôt », salaire inclus dans le prix de l'appartement. Donc, aux termes de l'article 1928 1° et 2°, la responsabilité du débiteur doit être ici appréciée plus rigoureusement.

En somme, l'hôtelier n'est pas un vrai dépositaire, c'est un loueur, *locator domus* quant au logement, *locator operis* quant à la garde des effets du locataire (V. Poitiers, 14 janvier 1925, S. 1925.2.25).

Mais il y a plus. L'hôtelier n'est pas quitte en apportant à la garde des effets remis dans son établissement la diligence moyenne du *bonus pater familias*, considéré *in abstracto*. Nous avons déjà indiqué que, conformément à une tradition remontant au Droit romain, le Code lui impose la charge du *cas fortuit* ; il n'est exonéré que si la non-représentation des objets déposés est imputable à un cas *de force majeure*. C'est ce qui résulte des articles 1953, 1er alinéa, et 1954, aux termes desquels les hôteliers « sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie », et, en revanche, « ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure ». Nous avons également indiqué la raison de cette sévérité de la loi à l'égard des hôteliers. Elle tient à ce que le voyageur, leur client, les choisit forcément de confiance, sans les connaître, sans avoir pu mesurer l'étendue des moyens de garde et de surveillance dont ils disposent ; l'aubergiste doit donc être présumé disposer du maximum de ces moyens.

Cette explication justifie la Jurisprudence dans les décisions où, s'appuyant sur le mot « voyageurs » employé par les articles 1952 et 1953, elle refuse d'appliquer ces textes aux personnes logeant dans des hôtels de la localité où elles résident habituellement. En pareil cas, en effet, le créancier a pu choisir son hôte en connaissance de cause, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il a choisi une maison peu sûre et mal gardée (Civ., 6 novembre 1907, D. P. 1909.1.13, S. 1910.1.431).

2° *Deuxième particularité : Limitation maxima de la responsabilité pour certains effets.* — La responsabilité des hôteliers envisagés comme dépositaires s'étend sans distinction à tous les *effets*, c'est-à-dire à tous les objets mobiliers, quels qu'ils soient apportés par les voyageurs. Or, certains de ces objets peuvent avoir une valeur considérable, ce qui rendrait trop lourde cette responsabilité. Sur les réclamations des hôteliers, le légis-

lateur est donc intervenu. La loi du 18 avril 1899, complétée par celle du 8 avril 1911, a introduit dans l'article 1953 un nouvel alinéa ainsi conçu : « Cette responsabilité est limitée à 1.000 francs pour les espèces monnayées, les valeurs, les titres, les bijoux et les objets précieux de toute nature non déposés réellement entre les mains des aubergistes ou hôteliers. » Ainsi, les voyageurs, s'ils veulent conserver l'intégralité de leur recours contre l'hôtelier, doivent ne pas laisser dans leur appartement, mais confier à l'hôtelier en personne ou à son préposé, les objets précieux dont ils seraient porteurs. Les indications données par la loi n'ont d'ailleurs rien de limitatif. Ainsi, le tribunal pourrait considérer comme objets précieux de simples effets d'habillement, tels que dentelles et fourrures, lorsqu'ils offrent une valeur exceptionnelle et ne font point partie de la garde-robe indispensable que le voyageur ne peut se dispenser de conserver dans son appartement. Que si le voyageur manque à faire aux mains de son hôte ce dépôt spécial de ses effets précieux, la responsabilité de celui-ci ne peut dépasser le maximum forfaitaire de 1.000 francs.

Cette réglementation que les hôteliers trouvent encore trop rigoureuse nécessite deux observations.

A. — La restriction apportée par l'article 1953, alinéa 2, au droit commun n'a trait qu'au *chiffre* de la responsabilité. Rien n'est modifié quant aux règles de *preuve*. Donc, même pour les objets précieux confiés aux mains de l'hôtelier, la règle de l'article 1950, permettant l'emploi de la preuve testimoniale et des simples présomptions au-dessus de 500 francs, continuera à s'appliquer.

B. — La Jurisprudence décide que la règle du maximum forfaitaire de 1.000 francs, pour les objets précieux conservés par le voyageur dans son appartement, cesse de s'appliquer dans l'hypothèse où le voyageur prouverait l'existence d'une *faute* commise par l'hôtelier. Par exemple, celui-ci pourrait voir sa responsabilité engagée pour une somme supérieure à 1.000 francs, si, exerçant sa profession dans une région où les vols sont fréquents, il avait négligé d'organiser pour la nuit un service de surveillance suffisant, ou de garnir les portes des chambres de verrous intérieurs (V. Req., 30 mars 1909, D. P. 1909.1.351, S. 1910.1.83 ; 8 mars 1926, D. H. 1926 p. 203).

Nous trouvons cette jurisprudence très contestable. Les arrêts précités allèguent qu'il s'agit, en cas de faute démontrée, de la responsabilité des articles 1382, 1383. Cela est inadmissible. Entre deux contractants, et à propos de l'inexécution d'une obligation imposée par le contrat, il ne peut s'agir que de faute contractuelle. Or, les principes de la faute contractuelle auraient dû, dans les espèces visées, atténuer considérablement la responsabilité de l'hôtelier. D'une part, à propos d'objets précieux et dépassant la valeur habituelle des effets apportés par les voyageurs, l'hôtelier est en droit d'invoquer l'article 1150 qui, sauf pour le cas de dol, limite l'obligation du débiteur aux dommages qu'il pouvait prévoir. De plus, le fait, de la part du voyageur, de conserver des objets précieux dans sa chambre constitue une grave imprudence ; il y a dès lors faute commune, de la part du créancier et du débiteur à la fois.

SECTION II. — Du séquestre (art. 1955 à 1963).

Le séquestre est le dépôt fait, entre les mains d'un tiers, d'une chose sur laquelle deux personnes ont ou prétendent avoir respectivement des droits en attendant le règlement définitif de ces droits.

Ordinairement, la chose ainsi déposée est une chose *contentieuse* ou *litigieuse*. C'est l'hypothèse unique que prévoient les textes (V. art. 1956 et 1961), et ils décident que le tiers désigné comme séquestre ne pourra restituer la chose qu'aux mains de la personne qui sera jugée devoir l'obtenir (art. 1956). Mais il peut y avoir séquestre d'une chose non litigieuse. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 602, les immeubles soumis à usufruit doivent être mis sous séquestre lorsque l'usufruitier ne peut pas trouver de caution.

Le séquestre diffère à deux points de vue du dépôt.

1° Il peut porter sur les meubles et sur les immeubles et non sur les meubles seulement (art. 1959)

2° Il peut n'être pas gratuit (art. 1957), mais comporter un salaire pour le dépositaire. Le séquestre est donc en général plutôt une *locatio operis* qu'un dépôt.

Le séquestre est, soit *conventionnnel*, soit *judiciaire*. L'article 1961 nous dit que le juge peut ordonner le séquestre :

1° Des meubles saisis sur un débiteur ;

2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ;

3° Des choses qu un débiteur offre pour sa libération.

Cette énumération est elle limitative ? La Jurisprudence paraît incliner à admettre que non (Paris, 21 avril 1886, D. P. 87.2.52, S. 87.2.203). Mais la question est très discutée. On se demande notamment si la mise sous séquestre peut figurer au nombre des mesures conservatoires qu'il appartient au juge d'ordonner, pour la préservation des biens de la femme ou de ceux de la communauté, en cas d'instance en divorce, ou pour la sauvegarde des intérêts des créanciers, en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire.

CHAPITRE IV

CONTRATS ALÉATOIRES

Définition. — Il y a, dans le Code, deux définitions du contrat aléatoire. D'après l'article 1964, on appelle ainsi « une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, *soit pour toutes les parties*, *soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles*, dépendent d'un événement incertain ». D'après l'article 1104, le contrat est aléatoire « lorsque l'équivalent (de ce que chaque partie donne et reçoit) consiste dans la chance de gain ou de perte *pour chacune des parties,* d'après un événement incertain ».

De ces deux définitions, c'est celle de l'article 1104 qui doit être en principe préférée. Il ne peut y avoir chance de gain ou de perte pour une des parties au moins dans les contrats entre deux particuliers, sans qu'il y ait une chance correspondante et inverse pour l'autre partie. Un contrat ne peut être aléatoire *ab una parte* (voir cependant notre observation p. 267). Le sens prêté à l'article 1964 par certains de ses défenseurs, c'est que l'événement incertain envisagé dans le contrat peut avoir pour effet de suspendre les obligations soit de l'une et de l'autre des deux parties, soit d'une seule d'entre elles. Ainsi, dans l'aliénation à charge de rente viagère, ce qui peut être suspendu par la mort du rentier, c'est seulement l'obligation du débiteur de la rente viagère. Mais celle du rentier qui consiste à verser une somme d'argent ou à livrer une chose au débirentier est dès à présent fixée et ne variera pas. Cependant, dans ce contrat, il y a chance de gain et de perte pour les deux parties.

On voit aussitôt la différence qu'il y a entre un contrat aléatoire (prenons comme exemple un pari) et un contrat conditionnel. Ce qui est suspendu par l'événement incertain dans le contrat conditionnel, c'est l'*existence même du contrat*. Au contraire, dans un pari, le contrat a *une existence ferme*. Ce qui dépend de l'événement incertain envisagé, c'est uniquement le point de savoir lequel des contractants réalisera un gain, lequel subira une perte. De plus, dans le contrat conditionnel, l'événement incertain envisagé est nécessairement futur. Dans le pari, il peut être futur ou déjà passé.

Comme exemples de contrats aléatoires, l'article 1964 cite : le *contrat d'assurance*, le *prêt à grosse aventure*, le *jeu et le pari*, le *contrat de rente viagère*. Mais cette énumération n'est pas limitative. Par exemple, les ventes

1. Guillouard, *Des contrats aléatoires et du mandat* ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement et de la transaction* ; Frérejouan du Saint, *Jeu et pari*.

de droits litigieux, d'usufruit, de nue-propriété, sont des contrats aléatoires, bien que non énumérées dans l'article 1964. En somme, le caractère aléatoire peut être imprimé à tous les contrats à titre onéreux : il suffit pour cela que les prestations à fournir dépendent dans leur existence ou leur quotité d'un événement incertain.

Le *prêt à grosse aventure* appartient au Droit maritime. Nous ne traiterons donc ici que de trois contrats aléatoires : 1° le *contrat d'assurance*; 2° le *jeu et le pari* ; 3° la *constitution de rente viagère*. Encore deux observations sont-elles nécessaires :

1° Le caractère aléatoire qui appartient certainement au pari ne se rencontre pas toujours dans les jeux, ou ne s'y rencontre qu'à peine, lorsqu'il s'agit de jeux d'adresse ou de combinaisons. Supposons une partie d'échecs engagée entre un bon joueur et un apprenti. Peut-on dire que la perte et le gain y dépendent d'un événement incertain ?

2° La constitution de rente viagère n'est pas non plus toujours un contrat aléatoire. En effet, les contrats aléatoires ne sont qu'une subdivision des contrats à titre onéreux. Les constitutions de rente viagère à titre gratuit ne sont donc pas des contrats aléatoires.

SECTION I. — CONTRAT D'ASSURANCE[1].

Objet du contrat. Assurances de choses. Assurances de personnes. — Il ne nous paraît pas possible d'enfermer dans une définition unique tout le champ du contrat d'assurance. Voici cependant celle que l'on donne ordinairement : « L'assurance est un contrat par lequel l'assureur s'oblige, moyennant une rémunération appelée prime ou cotisation, à indemniser l'assuré des pertes ou dommages que peut éprouver celui-ci par suite de la réalisation de certains risques relatifs à ses biens ou à sa personne. »

Cette définition embrasse la plupart des applications de l'assurance : assurances contre l'incendie, contre les accidents, contre le risque de mort du père de famille. Mais elle ne s'applique pas à toutes les variétés de l'assurance sur la vie. Dans ce dernier genre d'opérations, en effet, l'assuré n'a pas toujours en vue un risque qui peut l'atteindre. Il vise souvent à se procurer des ressources pour la vieillesse, ou encore à constituer une dot à un enfant qui vient de naître.

D'autre part, il est inexact de poser en principe que l'assureur s'oblige à *indemniser l'assuré des pertes ou dommages qu'il peut éprouver*, car le contrat d'assurance n'est pas toujours un *contrat d'indemnité*.

Il nous semble donc préférable de répartir les diverses assurances en deux groupes et de considérer séparément chacun d'eux.

C'est qu'en effet il y a entre ces opérations de prévoyance une distinction fondamentale qui domine toute la matière. Il faut étudier successivement : 1° les *assurances de choses*, 2° les *assurances de personnes*.

1. P. Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres et de la réassurance*, 2e éd. ; Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, t. I et II parus, 1924

1° Assurances de choses[1]. — Les assurances de choses qu'on désigne parfois aussi par le terme d'*assurances-indemnités*, ou assurances contre les dommages, comprennent tous les contrats par lesquels une personne s'assure contre les conséquences d'un événement pouvant causer un dommage à son patrimoine: incendie, grêle, mortalité des bestiaux, vol, faits engageant sa responsabilité (délits ou quasi-délits, risque professionnel), etc. Ce genre d'assurances a pour objet d'indemniser l'assuré de la perte matérielle que lui causerait l'arrivée du risque contre lequel il s'assure.

Dans ces assurances, la somme due par l'assureur, au cas où le risque se réalise, ne peut jamais dépasser le montant de la perte subie. *L'assurance ne peut pas être une source d'enrichissement pour l'assuré.* Cette règle est d'ordre public (Civ., 12 février 1913, D. P. 1914.1.137). La raison qui la justifie est en effet qu'il ne faut pas donner à l'assuré un intérêt à l'arrivée du sinistre, afin de ne pas lui inspirer la coupable pensée de le provoquer lui-même, pour réaliser un bénéfice. Spécialement, en matière d'assurance de responsabilité, c'est-à-dire d'assurance contre la faute ou le risque professionnel, la prudence de l'assuré se relâcherait certainement, si le dommage qu'il cause aux tiers pouvait devenir pour lui une cause d'enrichissement.

Ce n'est pas dire, du reste, que, dans les assurances de choses, l'assureur doive nécessairement réparer la *totalité* du dommage subi. Le contrat peut être limité à une partie du risque. Par exemple, on peut assurer un immeuble contre l'incendie, un navire contre le risque de mer, pour les deux tiers de leur valeur, soit que l'assuré, pour éviter de payer une prime trop élevée, veuille conserver un découvert, soit que l'assureur, vu l'importance de l'objet, refuse de l'assurer tout entier. Dans ce cas, l'assuré n'aura droit qu'aux deux tiers du dommage total ou partiel causé par le sinistre.

De même, dans l'assurance de responsabilité, presque toujours l'assureur fixe à l'avance le chiffre maximum qu'il consent à verser à la victime de la faute de l'assuré. Si donc ce dernier est condamné à une somme supérieure, il demeure seul tenu de l'excédent.

2° Assurances de personnes. — Dans cette deuxième série d'opérations, c'est la *personne* même de l'assuré qui fait l'objet du contrat.

On comprend parmi les *assurances de personnes* les diverses formes de l'*assurance sur la vie*, assurance en cas de décès ou assurance à terme ; l'*assurance contre les accidents qui peuvent frapper l'assuré ;* l'*assurance contre la maladie, ou l'invalidité*. L'assuré stipule de l'assureur le versement d'un capital ou d'une rente, après la survenance de l'événement, mort, accident, maladie, invalidité, majorité, vieillesse, en vue duquel il a contracté.

1. V. Weens, *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité*, thèse Paris 1927.

Ces assurances, à la différence des précédentes, ne sont pas des contrats d'indemnité. Les parties fixent librement le montant de la prestation que l'assureur devra payer à l'assuré. Cette somme est indépendante d'un préjudice subi. Et voici la raison de cette différence avec les assurances de choses. C'est que, d'abord, dans certaines formes de l'assurance sur la vie, assurance dotale, somme payable au cas de survie de l'assuré à l'âge indiqué par la police, l'idée d'indemnité fait complètement défaut, car on ne peut considérer comme un dommage le fait que l'assuré atteindra l'âge fixé, ou que son enfant arrivera à sa majorité. Pour ce qui est des autres assurances de personnes, assurance contre la *maladie*, l'*invalidité*, l'*accident*, le *décès*, l'assuré a bien en vue le dommage que causera, soit à lui-même, soit à ses proches, l'événement redouté, mais la détermination exacte du préjudice est trop difficile ou impossible. C'est pourquoi on laisse aux parties le soin de fixer elles-mêmes le montant de la somme assurée. Il n'y a pas à craindre ici le même calcul que dans les assurances de choses ; l'instinct de conservation est un frein suffisant.

Etant donné les explications qui précèdent, on pourrait se demander en quoi les assurances de personnes diffèrent du *pari*. En ceci, répondra-t-on, qu'elles ont pour but de garantir l'assuré contre les conséquences d'un fait, mort, maladie, accidents, vieillesse, etc., *qui concerne sa personne elle-même*. Dans le pari, au contraire, le fait incertain qui sert de base au contrat est un fait extérieur. De plus, la pensée qui pousse l'assuré est bien différente de celle qui anime le parieur. L'assuré fait un *acte de prévoyance* à son profit ou au profit de ses héritiers ; le parieur n'est animé que par l'appât du gain ; il joue sur une chance.

Utilité que présenterait une réglementation législative du contrat d'assurance. — Le contrat d'assurance, qui ne s'est développé qu'au XIX^e^ siècle, au moins en ce qui concerne les assurances terrestres, ne fait, sauf une brève mention dans l'article 1964, l'objet d'aucune disposition du Code civil. La pratique seule en a fixé les règles. Cela est d'autant plus fâcheux et insuffisant que chez nous comme dans presque tous les pays, les diverses branches d'assurances sont exploitées par de puissantes sociétés qui font la loi du contrat, et imposent aux assurés des polices contenant des clauses stipulées dans leur seul intérêt, afin de donner plus de solidité à leurs opérations et de se défendre contre les fraudes possibles. Ces clauses sont trop souvent défavorables à l'assuré, et restreignent trop pour lui les avantages du contrat. L'assuré les accepte cependant parce qu'il n'est pas en situation de les discuter. On a pu dire avec raison que dans les affaires d'assurance, la liberté des conventions n'existe en réalité que pour l'assureur et que « l'assuré ne peut se soustraire à sa pression ».

Le besoin d'une réglementation législative se fait donc grandement sentir en cette matière. Il n'a jusqu'ici reçu complète satisfaction qu'en Suisse et en Allemagne. La Suisse a promulgué une loi sur le contrat d'assurance le 2 avril 1908, et l'Allemagne en possède une du 30 mai 1908. Ces deux

lois, fort complètes et fort bien étudiées, peuvent être données comme modèles aux autres pays. En France au contraire, la question de la réglementation législative de l'assurance terrestre traîne depuis longtemps. Une commission extra-parlementaire nommée en 1902 a élaboré un premier texte. Un nouveau projet a été déposé par le Gouvernement le 7 avril 1925 sur le bureau de la Chambre et adopté par cette assemblée.

Mécanisme de l'assurance. Mutualité, calcul des probabilités. — En apparence, l'assurance se présente comme un contrat n'intéressant que deux personnes : l'assureur et l'assuré. L'assureur, moyennant le paiement d'une prime par l'assuré, prend à sa charge un risque qui menace ce dernier, et s'engage à lui payer une certaine somme, si ce risque vient à se produire.

Mais ce n'est là qu'une apparence. Si l'assureur opérait ainsi, il ferait un métier fort dangereux qui serait tout simplement une opération de jeu et rien de plus.

En réalité, l'assurance est tout autre chose. Jamais elle ne se présente à l'état de contrat isolé conclu entre deux personnes. Elle suppose toujours et nécessairement deux éléments essentiels.

1° *Le groupement des assurés en mutualité ;* 2° *Le calcul des probabilités.*

1° *Mutualité des assurés.* — Le mot de mutualité veut dire que ce sont les assurés qui se garantissent eux-mêmes, réciproquement, contre le risque considéré. En effet, *les cotisations ou primes versées par eux chaque année constituent le capital qui sert à indemniser ceux d'entre eux qui, dans le cours de ladite année, sont atteints par le risque.*

C'est ainsi que les choses se passent dans toute entreprise d'assurance.

Ce n'est donc pas l'assureur qui paye en réalité de ses deniers personnels la somme par lui promise. Il la prélève sur le montant des primes qui lui sont remises par les assurés. Ce sont les assurés eux-mêmes qui fournissent les deniers nécessaires au versement des sommes ou indemnités dues. Ils sont respectivement les assureurs les uns des autres. Cette caractéristique essentielle des opérations d'assurances se rencontre dans toutes les entreprises qui les effectuent, entreprises qu'on doit répartir en deux catégories.

A. — *Les sociétés d'assurances mutuelles.* — Ces sociétés sont celles où la mutualité des assurés *est visible* et *patente*. Il en est ainsi, qu'il s'agisse d'une petite société de secours mutuels contre la maladie, ou d'un grande mutualité d'assurance contre l'incendie ou sur la vie. Dans les unes et les autres, il y a ostensiblement association volontaire d'un certain nombre de personnes en vue de se garantir mutuellement, par des versements annuels, contre un risque déterminé. Aussi la cotisation que ces personnes s'engagent à verser est-elle, en principe, variable[1]. Elle dépend de l'importance

1. En fait, pour éviter les inconvénients de la variabilité, les societés d'assurances mutuelles demandent une cotisation fixe à leurs adhérents, soit qu'elles la calculent à un chiffre assez élevé pour couvrir tous les risques et mettent l'excédent en réserve soit qu'elles limitent à l'avance à ce chiffre global le maximum des sommes qu'elles répartiront entre les assurés atteints par le risque.

des sommes que la société devra payer, dans le cours de l'année, aux assurés atteints par le risque.

B. — *Les compagnies d'assurances à primes fixes.* — Les choses semblent à première vue se passer autrement dans les compagnies d'assurances *à primes fixes*, sociétés anonymes formées en vue de faire le commerce de l'assurance. On pourrait croire que ces sociétés comptent sur leur capital-actions pour payer les indemnités. Il n'en est rien cependant. Le mécanisme de l'opération est toujours le même. Il consiste toujours à grouper un nombre suffisant de personnes et à répartir entre elles le risque sous forme de primes, c'est-à-dire à constituer avec ces primes le capital suffisant pour verser les indemnités ou les sommes promises. *La compagnie n'est donc qu'un intermédiaire qui groupe les assurés* ; elle est une véritable *entreprise de gestion d'une mutualité*. « L'assuré, dans la prime fixe, ne cesse pas en réalité de faire partie d'une association mutuelle, mais il n'a plus à se préoccuper de ses coassociés qu'il ne connaît pas, qu'il ne connaîtra jamais, et que l'assureur prend soin de recruter lui-même. »

La compagnie est la gérante de cette mutualité de fait ; elle s'arrange de façon que cette gérance lui laisse un bénéfice personnel destiné à rémunérer ses actionnaires. Et tel est bien le critérium qui différencie vraiment les deux catégories d'entreprises. En effet, dans les grandes sociétés d'assurances mutuelles qui opèrent sur toute l'étendue du territoire, les assurés, on le conçoit, ne se choisissent et ne se connaissent pas plus que ceux des compagnies à primes fixes. La différence fondamentale entre les deux espèces de sociétés, c'est que les mutuelles n'ont pas d'actionnaires à rémunérer. Elles ne sont pas des commerçants qui cherchent à réaliser des bénéfices.

2° *Le calcul des probabilités.* — Le premier élément que nous venons d'étudier pourrait suffire à la rigueur pour caractériser les opérations d'assurance. On peut concevoir un groupement, dans lequel on ferait, à la fin de chaque année, le compte des indemnités à payer, et où l'on demanderait à chaque associé la contribution nécessaire pour le versement de cette somme. Mais il n'y aurait là, on le comprend vite, qu'une forme rudimentaire de l'assurance, laquelle ne donnerait pas satisfaction au besoin de sécurité de l'assuré, puisque celui-ci ne saurait jamais à l'avance ce qu'il aurait à débourser. « L'assurance n'aurait pas donné de bien grands résultats, si elle s'était bornée à créer une communauté de risques entre des personnes menacées par un même événement. » Elle ne contiendrait rien de plus que l'idée d'association, laquelle se retrouve dans beaucoup d'autres institutions de la vie économique.

Aussi trouve-t-on dans l'assurance un second élément qui lui est propre, et complète sa base technique : *le calcul des probabilités.* Cet élément permet de calculer à l'avance, en se fondant sur l'observation des faits passés, les chances de réalisation du risque, et de fixer en conséquence d'une façon suffisamment approximative la cotisation de chaque assuré. La statistique nous prouve, en effet, que le retour des événements qui nous paraissen fortuits, morts, accidents, maladies, incendies, se produit avec une régu-

larité sensible quand on fait porter ses observations sur un nombre suffisamment élevé d'individus ou d'objets placés dans des conditions analogues.

En résumé, on a pu dire, et nous souscrivons à cette excellente définition, que « l'assurance est la compensation des effets du hasard par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique ».

§ 1. — Les assurances en général.

I. — Bases fondamentales du contrat.

Nous étudierons successivement les éléments constitutifs du contrat qui sont au nombre de trois : le *risque*, la *prime*, l'*indemnité*, et ensuite la formation du contrat.

1° Le risque. — Diverses acceptions de ce mot. — Le mot *risque* comporte, en notre matière, deux significations différentes, suivant qu'on considère la technique de l'assurance, ou le fait même contre lequel l'assuré veut se prémunir.

Au premier point de vue, le risque est le *degré de probabilité* de l'arrivée de l'événement et son importance. Pour chaque contrat qu'il passe, l'assureur évalue combien il y a de chances pour que le sinistre se produise, et quelle somme il devra débourser en cas de sinistre. Il calcule la prime en conséquence.

Au second point de vue, d'où l'on envisage non plus l'assureur, mais l'assuré, le risque est soit le sinistre envisagé, lequel, s'il se produit, entraînera pour l'assuré une perte matérielle, soit l'événement incertain en vue duquel l'assuré veut se procurer une somme d'argent.

C'est à ce second point de vue que nous nous placerons désormais. Nous définirons donc le risque *un événement futur, incertain, soit quant à sa réalisation* (incendie, accident, grêle, etc.), *soit quant au moment où il se produira* (décès).

Quand le risque est un événement incertain quant à sa réalisation, l'obligation de l'assureur est conditionnelle ; elle ne prendra naissance que si cet événement se produit. L'obligation de l'assuré, au contraire, est pure et simple ; elle consiste à payer la prime convenue.

Nous avons dit que le risque est un événement *futur*. Les auteurs en concluent que, si le sinistre en prévision duquel l'assurance a été conclue, s'est déjà produit à l'insu des parties, au moment où elles signent le contrat, celui-ci ne peut pas se former. Mais c'est pousser trop loin l'esprit de logique. Rationnellement, rien ne s'oppose à ce qu'une personne s'assure contre les conséquences d'un sinistre qu'elle redoute et qui, peut-être, s'est déjà produit, à son insu. Ainsi, les articles 365 à 367 du Code de commerce autorisent l'assurance *sur bonnes on mauvaises nouvelles*, c'est-à-dire l'assurance relative à un navire ou à une cargaison dont le sort est incertain. C'est que les conditions mêmes dans lesquelles se fait souvent ce contrat ne permettent pas aux intéressés de connaître avec certitude le sort du navire ou des marchandises, au moment où ils traitent. Cette

faculté de s'assurer contre un événement qui peut être arrivé au moment où l'on contracte n'existe pas pour les assurances terrestres, du moins en France. Et pourtant, il serait facile de signaler des cas où les parties peuvent ne pas être en état de connaître le sort de l'objet assuré, par exemple pour l'assurance de transport terrestre.

Du cas où le risque se réalise par la faute de l'assuré. — Le contrat d'assurance couvre-t-il, non seulement les pertes et dommages causés par des cas fortuits, mais même ceux qui résultent de la *faute de l'assuré?* La question est fort intéressante, car elle montre l'évolution qui s'est produite dans les idées, à mesure que se développait la pratique des assurances. Elle ne se présente guère, remarquons-le tout d'abord, que pour les assurances de choses. En effet, dans l'assurance en cas de décès, ou contre les accidents, il est admis sans discussion que l'assureur est tenu de payer la somme promise, même s'il y a eu faute de l'assuré, à moins que la police n'écarte expressément certains faits, par exemple, le duel ou le suicide dans l'assurance-décès.

Abstraction faite de ces hypothèses, la question de savoir si l'assurance peut couvrir les fautes de l'assuré a été résolue pendant longtemps par la négative. « Il est évident, disait Pothier (*Contrat d'assurance*, n° 64), que je ne peux convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai. Ce serait une convention qui inviterait *ad delinquendum.* » « Il serait intolérable, disait de son côté Emerigon, que l'assuré s'indemnisât sur autrui d'une perte dont il serait l'auteur. » Aussi le Code de commerce, dans les quelques dispositions qu'il consacre aux assurances maritimes, décide-t-il que les pertes et dommages provenant du fait de l'assuré ne sont point à la charge de l'assureur (art. 351). Il admet cependant que l'armateur peut s'assurer contre la faute de son préposé, c'est-à-dire de son capitaine, à condition de s'en être formellement expliqué dans la police (art. 352 et 353).

Cette conception archaïque, contraire au besoin de sécurité que développe la pratique de l'assurance, n'a pas pu s'implanter dans les assurances terrestres. L'assurance ne procurerait pas à l'assuré la sécurité qu'il recherche, si elle ne le couvrait que contre les cas fortuits ; il faut qu'elle le protège également contre le dommage qui peut provenir de ses fautes, suite presque inévitable de son activité. C'est pourquoi l'assurance contre les fautes a pénétré très rapidement dans les mœurs. Elle porte, nous le savons, le nom d'*assurance de responsabilité*. Il y a déjà longtemps que sa validité n'est plus mise en doute [1].

1. Cependant, avant 1868, alors que les sociétés d'assurances étaient soumises au régime de l'autorisation préalable, le Conseil d'Etat refusait d'homologuer tous les statuts ayant pour objet de garantir la responsabilité civile des industriels à l'occasion des accidents survenus à leurs ouvriers, sous prétexte qu'une telle assurance eût risqué de rendre les chefs d'établissement moins soucieux de la sécurité de leurs ouvriers.

Aujourd'hui, on admet que, même en dehors de l'assurance-responsabilité, notamment dans l'assurance contre l'incendie, l'assureur doit payer l'indemnité à l'assuré lorsque le sinistre a été provoqué par la faute de ce dernier; solution nécessaire en présence de la présomption fameuse : *plerumque fiunt culpa inhabitantium.*

On comprend néanmoins que l'on finirait par relâcher à l'excès le ressort de la prudence humaine, si l'on permettait à l'individu de se garantir contre les conséquences pécuniaires de ses fautes, quelle qu'en fût la gravité. Aussi, la Doctrine a-t-elle toujours maintenu une barrière, en faisant ici, comme en matière de clause d'irresponsabilité, une distinction entre la *faute légère* et la *faute lourde*, laquelle est, suivant la tradition romaine, assimilée au dol. Elle décide donc que, s'il est permis de s'assurer contre les conséquences d'une faute légère, il est interdit de faire une convention ayant pour but d'exonérer l'assuré de sa *faute lourde* (Civ., 15 mars 1876, D. P. 76.1.449, S. 76.1.337, note de M. Labbé). « L'ordre public, dit la Cour de cassation, s'oppose à la validité d'un tel pacte ».

Mais voici que cette barrière fléchit elle-même déjà sur certains points, sous la poussée du besoin de sécurité. Tout d'abord, la Jurisprudence actuelle, après avoir longtemps hésité, admet aujourd'hui que l'assureur répond du sinistre quand il a été causé par une faute lourde d'un *préposé* de l'assuré (Req., 18 avril 1882, D. P. 83.1.260, S. 82.1.245 ; 12 décembre 1893, D. P. 94.1.340, S. 2e arrêt, 96.1.91). D'autre part, depuis la loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, les compagnies qui assurent le chef d'entreprise contre ce risque, ont modifié leurs polices antérieures et prennent à leur charge la responsabilité entière que cette loi impose au patron, même pour le cas où l'accident aurait sa cause dans une faute inexcusable de ce dernier.

Enfin, on trouve aujourd'hui, dans les polices d'assurances contre les accidents causés aux tiers par les voitures automobiles, des clauses stipulant que la garantie de l'assureur est étendue aux accidents occasionnés alors même que le conducteur aurait été endormi ou en état d'ivresse, ou qu'il y aurait eu de sa part infraction aux lois et règlements sur la police du roulage [1].

2° **La prime.** — La prime représente la contrepartie du risque que l'assureur prend à sa charge. Dans l'assurance-mutuelle, elle porte le nom de *cotisation.*

On conçoit deux façons de calculer la prime. On peut la diviser en fractions périodiques, dont chacune sera payable au terme convenu. On peut aussi la fixer en bloc pour toute la durée du contrat, et stipuler qu'elle sera acquittée en un seul versement.

1. Le projet de loi français sur le contrat d'assurance supprime définitivement la distinction entre les deux fautes. L'article 12 est en effet ainsi conçu : « Les pertes et dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur. Toutefois, l'assureur ne répond pas, *nonobstant toute convention contraire*, des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Ainsi, l'assurance de la faute lourde est admise ; ne reste exclue que celle de la faute intentionnelle.

Presque toujours, on emploie la prime périodique, et l'unité de temps adoptée est l'année. En effet, les statisticiens prennent l'année comme base de leurs calculs de probabilités.

La prime annuelle est *indivisible*. Cela signifie que du moment que le risque a été à la charge de l'assureur pendant une période de l'année, si brève soit-elle, il *a droit à la totalité de la prime*, et n'est tenu, en conséquence, à aucune restitution, bien que le contrat prenne fin dans le cours de l'année (art. 351, C. com.). On donne de cette règle, considérée comme un axiome, cette raison que le risque aurait pu se produire pendant le temps où il a été assumé par l'assureur, et qu'il n'est pas possible de calculer la part exacte de ce risque qui revient à chaque fraction de l'année.

3° **L'indemnité.** — Envisageons successivement : A. les assurances de personnes ; B. les assurances de choses.

A. *Assurances de personnes.* — Nous savons que, dans les assurances de personnes, le montant de la prestation que l'assureur doit acquitter au cas de réalisation du risque est librement fixé par les parties. Cette prestation consistera, suivant les cas, soit en une indemnité journalière, soit en une rente viagère, soit en un capital.

B. *Assurances de choses.* — Dans les assurances de choses, l'obligation de l'assureur ne peut jamais, nous l'avons vu, dépasser le montant de la perte éprouvée par l'assuré. Mais il faut évaluer le chiffre de cette perte. Deux éléments serviront à faire cette évaluation : *a*) la valeur de l'objet assuré ; *b*) la somme jusqu'à concurrence de laquelle cet objet a été assuré.

a) *Valeur de l'objet assuré.* — Pour calculer cette valeur, il faut se placer au *jour du sinistre*, et non au moment de la conclusion du contrat. Si donc il s'agit d'objets soumis à usure, matériel industriel, machines, on tiendra compte de la diminution résultant des années de service.

En vertu du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité, la valeur au jour du sinistre marque le *maximum* de l'indemnité due. Il en résulte que l'assuré ne peut pas faire entrer en ligne la *perte indirecte* que lui cause le sinistre : chômage du commerce, perte des locations pendant la reconstruction de l'immeuble, etc. Néanmoins, aucune raison d'ordre public ne s'oppose à ce que l'assureur, par une clause spéciale de la police, prenne à sa charge ces dommages qui ne sont que la conséquence du sinistre. Une clause de ce genre se rencontre même couramment.

On refuse au contraire de reconnaître la validité de la clause qui comprendrait dans l'indemnité le *lucrum cessans*, c'est-à-dire le profit espéré, par exemple, le bénéfice qu'aurait pu fournir la vente des marchandises sinistrées. Il s'agit bien là cependant aussi d'une perte ; mais on soutient qu une telle assurance donnerait naissance à des pensées coupables, car la destruction des objets permettrait à l'assuré de réaliser un profit à coup sûr.

b) *La somme assurée.* — Le contrat contient toujours l'indication de la somme assurée, car l'assureur a besoin de la connaître pour calculer exactement l'importance du risque qu'il assume et fixer la prime en conséquence.

La somme assurée ne sert pas de base pour l'évaluation du dommage, mais elle constitue un second maximum que l'indemnité ne pourra jamais dépasser.

Ordinairemement, la somme assurée est déterminée par les seules déclarations de l'assuré sans contrôle de l'assureur. Il se peut donc qu'elle soit supérieure ou inférieure à la valeur de la chose assurée. Dans le premier cas, il y a *surassurance*, dans le second, *sous-assurance*.

α) *Surassurance*. — Si l'exagération de la valeur de l'objet assuré a été faite de mauvaise foi par l'assuré, pour tromper l'assureur, le contrat est nul *à l'égard de l'assuré seulement*. C'est ce que décide l'article 357 du Code de commerce, que l'on applique par analogie aux assurances terrestres. L'assureur qui fait prononcer la nullité conserve donc les primes reçues et a droit à indemnité pour le temps restant à courir.

Si l'assuré a été de bonne foi, le contrat reste valable jusqu'à concurrence de la valeur des objets assurés, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue (art. 358, C. com.). L'assuré peut donc demander que la prime soit réduite pour l'avenir à la valeur exacte de la chose assurée. Mais l'assureur a droit à indemnité pour l'excédent de valeur (art. 358 *in fine*).

β) *Sous-assurance*. — La somme indiquée au contrat formant toujours le maximum de l'indemnite due, une règle connue sous le nom de *règle proportionnelle* décide que l'*assuré reste son propre assureur pour ce qui n'est pas couvert par l'assurance. En conséquence, en cas de sinistre, il n'a droit qu'à une indemnité proportionnelle.* Par exemple, si la somme assurée ne représente que les deux tiers de la valeur de la chose, l'assuré n'aura droit qu'aux deux tiers du dommage réellement subi. Si donc nous supposons qu'une maison valant 100.000 francs ait été assurée pour 50.000 francs, et que le dommage causé par l'incendie s'élève à 60.000 francs, l'indemnité sera fixée aux trois cinquièmes de 50.000 francs, c'est-à-dire à 30.000 francs[1].

4° **Formation du contrat. Absence de formes.** — Le contrat d'assurance est valable par le seul accord des volontés ; il n'est soumis par la loi à aucune forme.

L'article 332 du Code de commerce décide, il est vrai, que le contrat d'assurance maritime doit être rédigé *par écrit*, mais cette règle ne concerne que la preuve du contrat. Elle signifie simplement que, contrairement à l'ar-

1. Dans les assurances de responsabilité, l'application de cette règle ne se conçoit pas en principe, car on ne sait pas à l'avance quel dommage l'assuré peut éprouver. L'assureur est donc tenu jusqu'à concurrence de la somme assurée.

Cependant, il en est autrement lorsque l'assurance de responsabilité a pour objet le dommage qui peut être causé par l'assuré à une chose déterminée, ce qui est le cas de l'assurance du locataire contre le risque locatif. Rien n'empêche alors de calculer à l'avance la valeur de l'immeuble loué, et d'appliquer la règle proportionnelle. Les Compagnies françaises d'assurances en écartent cependant l'application, lorsqu'il s'agit d'immeubles habités par plusieurs locataires. Si le locataire a fait assurer une somme égale à quinze fois au moins le montant annuel de son loyer, elles répondent du dommage jusqu'à concurrence de ladite somme. Si, au contraire, le locataire n'a fait assurer qu'une somme moindre, la Compagnie ne garantit le dommage que dans la proportion existant entre la somme assurée et le montant de quinze années de loyers.

ticle 109 du même Code, l'assurance maritime ne peut pas être prouvée par témoins, lorsque la valeur de l'objet assuré excède cinq cents francs. Elle a été d'ailleurs étendue, par la jurisprudence, aux assurances terrestres (Civ., 2 mars 1903, D. P. 1904.1.142, S. 1903.1.216).

De la police. — En pratique, le contrat est toujours constaté par un acte sous-seings privés, qui porte le nom de *police*, et, d'après une clause de style, la convention n'est formée que lorsque l'assuré a payé la première prime à la Compagnie, et qu'en échange celle-ci ou son représentant lui a fait signer et remis une police. Ces deux conditions deviennent donc, par la volonté des parties, des éléments essentiels de la conclusion de l'accord.

La police renferme deux sortes de clauses :

1° *Les clauses manuscrites*, contenant les indications et stipulations spéciales au contrat qu'elle constate ;

2° *Les clauses imprimées*, qui renferment les règles communes à tous les contrats d'assurance conclus par la Compagnie et ayant pour objet le même risque. Elles portent le nom de *conditions générales*.

Ce sont ces dernières qui énumèrent notamment toutes les obligations de l'assuré, soit au moment de la formation, soit au cours du contrat, soit à l'arrivée de l'événement ; les causes de déchéances ; les délais de la prescription des obligations de chaque partie. L'assuré ne participe pas à leur rédaction ; il n'est pas appelé à les discuter et ne se trouve presque jamais en situation de les faire modifier. Le plus souvent, il n'en a connaissance qu'au moment où, ayant payé la première prime, la police lui est présentée pour la signature. Il y a donc là pour lui un danger indéniable, car certaines de ces clauses lui sont très défavorables et lui imposent des obligations que souvent il ne soupçonne pas[1].

On a quelquefois contesté le caractère obligatoire de ces clauses imprimées, en soutenant qu'elles n'étaient pas le résultat d'un accord des deux volontés (Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. 2, n° 628, p. 166. Voir aussi Paris, 17 décembre 1849, D. P. 50.2.40. S. 50.2.42). Mais cette thèse a été condamnée par la Cour suprême : « La signature apposée par

1. Voir Guionin, *Les clauses de déchéance dans les polices d'assurance contre l'incendie*, thèse Paris, 1905.

Le texte de ces conditions générales, aujourd'hui uniforme chez les grandes Compagnies, est discuté et rédigé avec le plus grand soin par leur contentieux. Elles y poursuivent un double but : 1° Connaître très exactement les particularités du risque assuré, et déjouer les fraudes que pourraient commettre les assurés malhonnêtes, soit au moment de la conclusion du contrat pour dissimuler le risque, soit après le sinistre ; 2° Imposer certaines conditions destinées à assurer la perception des primes, la déclaration rapide du sinistre, à faciliter les poursuites en cas de procès, et à accélérer le règlement des indemnités. On a pu dire avec raison que les polices sont rédigées comme si tous les assurés étaient des gens de mauvaise foi.

C'est surtout en matière d'assurance contre l'incendie que les clauses imprimées sont dangereuses pour l'assuré. A la suite des efforts de la *Ligue des assurés* constituée par les chambres et syndicats de propriétaires, les grandes compagnies ont accepté de modifier la rédaction de leurs polices d'assurances contre l'incendie, et ont renoncé à certaines stipulations par trop onéreuses pour les assurés (V. *Commentaire des polices d'assurance contre le risque d'incendie*, par Alfred Droz, avec une préface de M. Thaller, Paris, 1913).

les contractants au bas de la police implique de leur part la connaissance et l'acceptation de toutes les stipulations qui l'ont précédée, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre celle qui ont été exprimées en caractères imprimés et celles qui se trouvaient tracées à la main [1] » (Civ., 1er février 1853, D. P. 54.1.77, S. 55.1.892).

II. — Effets du contrat.

Le contrat engendre des obligations à la charge de l'assureur et à celle de l'assuré. Etudions-les successivement.

1° Obligations de l'assureur. — La principale obligation de l'assureur consiste à payer la somme convenue (assurances de personnes), ou à réparer le dommage causé par le sinistre (assurances de choses), au cas où se produit l'événement prévu par le contrat. Nous avons indiqué ci-dessus comment se détermine l'étendue de cette obligation dans les assurances de choses. Contentons-nous d'ajouter que l'assureur peut acquitter cette obligation en faisant remettre en état les choses partiellement détériorées, et en remplaçant en nature celles qui ont été détruites.

Recours de l'assureur contre le tiers auteur du dommage. — Il peut arriver que le risque qui a frappé l'assuré ait pour cause la faute d'un tiers. Par exemple, l'individu qui s'est assuré contre les accidents ou sur la vie a été blessé ou tué par la faute d'un transporteur ou d'une autre personne ; l'incendie de l'immeuble assuré a été provoqué par l'imprudence ou la négligence d'un locataire, d'un voisin, d'un tiers quelconque.

L'assureur a-t-il, dans ces divers cas, un recours contre l'auteur responsable de l'accident ou du sinistre ?

Deux hypothèses sont à distinguer :

1° La police contient un clause de subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré contre les tiers ;

2° Il n'y a pas de clause de subrogation.

Première situation : Clause de subrogation au profit de l'assureur. — Cette clause est de style dans les polices d'assurance contre l'incendie, et elle se rencontre presque toujours dans les autres assurances de choses. Elle

1. Il paraît bien difficile d'interdire l'usage des clauses imprimées. Exiger que la police toute entière soit manuscrite ne serait pas une grande garantie pour l'assuré. L'assureur continuerait à rédiger les conditions générales ; il les écrirait au lieu de les faire imprimer. Elles seraient un peu moins lisibles et voilà tout. Cependant, la *Société d'études législatives* avait proposé un texte stipulant que les clauses contenant des nullités ou déchéances non prévues par la loi devraient être *manuscriles*. Mais cela reviendrait presque à exiger la police manuscrite, car, si on enlève des conditions générales les déchéances et nullités, il n'y reste pas grand'chose.

On peut espérer que le jour, trop long à venir, où une loi aura enfin sérieusement réglementé le contrat, les polices se simplifieront beaucoup. Les causes de déchéance seront inscrites dans la loi, et celle-ci devra interdire toutes les clauses trop défavorables aux assurés. C'est du reste ce qui s'est produit pour l'assurance des chefs d'entreprise contre le risque des accidents du travail. Il est à remarquer que, depuis la loi de 1898, ce genre d'assurance soulève peu de contestations entre assureurs et assurés.

porte que, « par le seul fait de la police et sans qu'il soit besoin d'aucune autre cession ou transport, la Compagnie est subrogée dans tous les droits, recours et actions de l'assuré contre les tiers responsables du sinistre ou de l'accident ».

Elle est beaucoup moins fréquente dans les assurances de personnes, où on ne la trouve guère qu'à propos des assurances contre les accidents. Dans l'assurance du risque professionnel enfin, l'assureur se fait subroger dans tous les droits et actions du chef d'entreprise contre les tiers responsables de l'accident du travail, aux termes de l'article 7 de la loi du 9 avril 1898.

Nous avons déjà signalé que l'expression de *subrogation* employée par les polices est inexacte. En effet, la subrogation suppose *un tiers* qui paye le créancier en l'acquit du débiteur. Or l'assureur n'est pas un tiers ; c'est un débiteur qui acquitte sa propre dette en payant l'indemnité. Quelques tribunaux, se fondant sur cette considération, ont refusé tout effet à la clause (Trib. com. Seine, 9 avril 1903, P. F. 1904.2.133), mais cette solution est certainement inexacte. Une simple erreur de dénomination ne saurait entraîner la nullité d'une convention. Il faut rechercher ce que les parties ont voulu ; toute clause est licite, pourvu qu'elle ne viole ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs.

La vérité, c'est que la convention intervenue entre l'assureur et l'assuré est une *cession de créance* éventuelle, laquelle est certainement licite (Civ., 3 février et 5 août 1885, D. P. 86.1.173, S. 86.1.273, note sous Civ., 2 juillet 1878, D. P. 78.1.345 ; Civ. 13 nov. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.2.881). En conséquence, elle sera soumise aux règles relatives à la cession de créance, et, notamment, à la nécessité d'une signification à faire au débiteur cédé, en l'espèce, à l'auteur responsable du sinistre, conformément à l'article 1690.

Seconde situation : Il n'y a pas clause de subrogation. — L'assureur peut-il dans ce cas exercer un recours contre le tiers auteur du dommage en se fondant sur les articles 1382 et 1383 et sur ce fait que, par son dol ou sa négligence, l'auteur du sinistre lui a causé un dommage, à savoir, la dépense résultant du paiement de l'indemnité versée à l'assuré ? La question est très vivement controversée.

Nous pensons qu'il n'y a pas de recours possible de la part de l'assureur. En effet, son obligation envers l'assuré est contractuelle, et on ne peut invoquer contre les tiers un contrat auquel ils n'ont pas été parties. En vain objecterait-on que c'est la faute commise par l'auteur responsable qui oblige l'assureur à payer une indemnité à l'assuré. Il suffit de répondre, que, si l'assureur n'avait pas contracté, il ne devrait rien (Civ., 6 janvier 1914, D. P. 1918.1.57, note de M. Dupuich, S. 1921.1.217, note de M. Perreau).

La solution que nous venons de donner suscite logiquement une seconde question. L'assuré, peut-il, indépendamment du bénéfice de l'assurance, intenter une action en dommages-intérêts contre le tiers responsable du sinistre ?

On a prétendu que non, parce que l'assuré a déjà été indemnisé par l'assureur, et qu'il n'a plus droit, en conséquence à aucune réparation. Mais

c'était mal raisonner. En effet, l'auteur du dommage ne peut pas se prévaloir du contrat d'assurance passé par la victime ; il faut appliquer ici encore l'article 1165 qui nous dit que les contrats ne profitent point aux tiers, et décider que l'assuré a le droit de demander réparation à l'auteur du dommage. C'est en ce sens que se prononce la Jurisprudence la plus récente. (Amiens, 4 décembre 1902, D. P. 1903.2.313, S. 1903.2.257 ; Paris, 2 mars 1905, D P. 1906 2.185, note de M. Capitant ; Bordeaux, 13 janvier 1913, S. 1914.2.3 ; Cf. Civ., 15 janvier 1923, Gaz. Pal. 23 février 1923).[1]

2° **Obligations de l assuré.** — Les obligations de l'assuré peuvent se diviser en deux catégories :

1° Obligations avant l'arrivée du risque ;

2° Obligations au moment où le risque se produit.

A. — Obligations avant l'arrivée du risque. — Ces obligations sont au nombre de trois :

1° Le paiement de la prime ;

2° La déclaration, au moment du contrat, de toutes les circonstances qui influent sur le risque que l'assureur prend à sa charge ;

3° La déclaration, au cours du contrat, des circonstances nouvelles qui ont pour effet d'aggraver le risque.

Première obligation : le paiement de la prime. — a). *Epoque du paiement.* — L'assuré est obligé de payer la prime aux époques convenues. Dans la pratique des assurances, la prime est toujours payée à l'avance, contrairement aux règles du droit commun. La raison en est que l'assureur a besoin du capital constitué par la totalité des primes pour payer les assurés qui seront, au cours de l'année, atteints par le risque.

b). *Lieu de paiement de la prime.* — Toutes les polices stipulent que les primes d'assurances sont payables au siège de la compagnie, ou au bureau de l'agence où la police a été souscrite. Elles ajoutent que la seule échéance du terme constitue l'assuré en demeure, sans qu'il soit besoin d'aucun acte, et que l'assuré en demeure n'a droit, en cas de sinistre, à aucune indemnité[2]. Mais, en pratique, les choses se passent autrement. L'assureur fait percevoir les primes par ses agents au domicile des assurés, afin d'éviter des retards dans les versements. La Jurisprudence décide, en conséquence, que cette pratique, contraire à la clause insérée dans les conditions générales, a pour résultat d'en détruire l'effet, et de replacer les contractants sous l'empire du droit commun. *La dette stipulée portable devient donc quérable*, et la mise en demeure de l'assuré n'a plus lieu de plein droit, mais ne peut résulter que d'une sommation ou autre acte équivalent. Si donc le risque vient à se produire après l'échéance, mais avant la

1. Cons. Capitant, *Du recours, soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené le risque prévu au contrat d'assurance*, Revue trimest. de droit civil, 1906, p. 37.

2. La nouvelle police d'assurance contre l'incendie a abandonné cette clause rigoureuse, et décide que, quel que soit le lieu adopté pour le paiement, l'effet de l'assurance pourra être suspendu quinze jours après la mise en demeure de l'assuré.

mise en demeure, l'assuré, qui n'a pas encore payé sa prime, n'encourt pas la déchéance énoncée par la police (Civ. 8 juin 1875, D. P. 75 1.420, S. 75.1.423 ; Req., 25 janvier 1888, D. P 88 1.432, S. 88.1.353 ; Civ., 19 octobre 1904, D. P. 1905.1.91, S. 1904.1.485 ; Req., 28 février 1911, S. 1911.1.389).

Pour écarter cette solution, les compagnies ont eu recours à une nouvelle rédaction de leurs polices. Elles y ont inséré une disposition déclarant que l'assuré renonce expressément à invoquer le fait que les primes auraient été perçues à son domicile, comme constituant une dérogation à la clause précitée. Quelques décisions isolées ont bien essayé de maintenir, malgré cette nouvelle formule, la jurisprudence antérieure (Chambéry, 13 juin 1888 sous Civ. 4 novembre 1891, D. P. 92.1.313, S. 91.1.532), mais les tribunaux dans leur ensemble ont fini par reconnaître la validité de la renonciation consentie par l'assuré (Civ , 4 novembre 1891 précité ; Grenoble, 6 février 1912, S. 1913.2.10 ; Civ. 11 février 1921, Gaz. Pal. 23 avril 1921).

La créance de la prime n'est pas privilégiée. — Le Code de commerce accorde à l'assureur maritime, pour le montant des primes qui lui sont dues, un privilège qui porte sur le navire ou les marchandises assurés (art. 191-10°). Les privilèges étant de droit étroit, il est certain que cette disposition ne s'applique pas aux assurances terrestres. C'est une solution qui n'est pas contestée. On pourrait objecter, il est vrai, que l'assurance est contractée dans l'intérêt des créanciers de l'assuré, car elle a pour but de conserver leur gage, mais cette raison ne suffirait pas. Il n'y a pas de privilège sans texte. De plus, l'assureur ne peut être assimilé à un conservateur de la chose, car il n'a fait aucun déboursé pour cette conservation. C'est l'assuré seul qui y a pourvu en payant les primes.

Deuxième obligation : Déclarer, au moment du contrat, toutes les circonstances qui sont de nature à influer sur le risque. — Il est indispensable que l'assureur connaisse exactement l'étendue du risque qu'il assure. Or, il ne lui est matériellement pas possible de se procurer par lui-même les renseignements nécessaires, de savoir, par exemple, si l'assuré a déjà subi antérieurement un sinistre, si l'immeuble est construit avec des matériaux particulièrement inflammables, ou s'il contient des produits dangereux. De même, en matière d'assurance sur la vie, l'assureur ne peut pas connaître les circonstances antérieures susceptibles de le renseigner sur l'état de santé de l'assuré. Celui-ci est donc tenu de lui donner toutes les indications dont il a besoin.

L'article 348 du Code de commerce, relatif aux assurances maritimes, sanctionne en ces termes cette obligation : « Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminuerait l'opinion du risque ou en changerait le sujet, annulent l'assurance. — L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de la chose assurée. » Et les auteurs sont d'accord pour reconnaître qu'il faut, à cause de l'identité des

situations, étendre par analogie cet article aux assurances terrestres (Cf. Rouen (motifs) 21 janvier 1876, D. P. 77.2.16, S. 78.2.337).

En matière d'assurances maritimes, on admet que la nullité est encourue, non seulement dans le cas où l'assuré a été de mauvaise foi, mais alors qu'il a été de bonne foi, croyant qu'il s'agissait d'un fait sans importance, et même s'il a ignoré l'existence de ce fait. Cette solution rigoureuse se trouve, en effet, confirmée par l'exposé des motifs du Code de commerce. La nullité, a-t-on dit, est alors la conséquence, non pas du dol de l'assuré, mais de l'erreur dont l'assureur a été victime. On s'est demandé s'il fallait appliquer la même règle aux assurances terrestres. C'est un point discuté (Voir Labbé, note, S. 80.2.225). La majorité des arrêts se prononce pour l'affirmative (Civ., 30 mars 1892, D. P. 92.1.295, S. 93.1.13, pour l'assurance contre l'incendie ; Paris, 17 février 1881, S. 82.2.25, note de M. Labbé ; Civ. 22 novembre 1921, Gaz. Pal. 22 décembre 1921, pour l'assurance sur la vie).

Du reste, la nullité n'est encourue qu'autant que le fait omis est de nature à modifier l'opinion du risque, ce qui est une affaire d'appréciation confiée aux tribunaux (Req., 14 novembre 1905, S. 1908.1.235 ; 6 juin 1910, D. P. 1912.1.191, S. 1913 1.7; 20 juillet 1908, D. P. 1909.1.56, S. 1909.1.127, pour l'assurance contre les accidents).

En pratique d'ailleurs, les polices énumèrent le plus souvent les diverses circonstances qui doivent faire l'objet d'une déclaration expresse de la part de l'assuré. Si donc l'assuré omet l'un ou l'autre des faits énoncés, il encourt nécessairement la déchéance prononcée par la clause, même si son oubli a été involontaire et si le fait omis n'a pas influé sur l'opinion du risque. En effet, il y a lieu alors à application de l'article 1184 (Civ., 30 mars 1892, D. P. 92.1.295, S. 93.1.13). Le contrat se trouvant annulé, l'assureur a droit à la restitution des indemnités qu'il a versées, mais, de son côté, l'assuré peut demander le remboursement de ses primes, à moins que le contraire ne soit stipulé au contrat à titre de peine (Civ., 22 novembre 1921, Gaz. Pal., 22 décembre 1921).

Cas où l'assureur a eu connaissance du fait omis. — Ordinairement, quand il s'agit d'assurance contre l'incendie, c'est l'agent de l'assureur qui rédige lui-même la police, après avoir visité les lieux. L'omission est alors imputable au préposé de l'assureur et non plus à l'assuré. C'est pourquoi la Jurisprudence décide que, dans ce cas, l'assureur ne peut plus se prévaloir du défaut de déclaration (Req., 24 mars 1896, D. P. 97.1.461, S. 96.1.488).

Pour échapper à cette jurisprudence, les compagnies ont eu recours à une nouvelle clause stipulant que l'assuré ne pourrait, en aucun cas, exciper de ce que la police serait l'œuvre de l'agent de l'assureur, ni demander à faire aucune preuve outre ou contre le contenu à l'acte. Et la Cour de cassation a décidé que l'assuré se trouve lié par l'effet de cette disposition (Civ., 16 janvier 1895, D. P. 95 1.87, S. 95.1 137 ; Req ; 13 juillet 1896, S. 1901.1.481, note de M. Chavegrin ; Civ., 30 novembre 1903, D. P. 1904.1.214, S. 1904.1.327).

Troisième obligation de l'assuré : Déclarer à l'assureur, dans le cours du contrat, les circonstances nouvelles de nature à aggraver

le risque. — Lorsque les éléments du risque sont variables, par exemple, au cas d'assurance contre l'incendie, ou d'assurance du chef d'entreprise contre le risque professionnel, l'assureur doit être tenu au courant des faits nouveaux qui peuvent aggraver le risque de sinistre. De là l'obligation pour l'assuré de déclarer ces faits. Les polices d'assurances ont soin d'énoncer les diverses circonstances qui doivent faire l'objet d'une déclaration. Cette obligation donne lieu, dans la pratique, à de nombreux conflits entre assureurs et assurés.

Il convient de noter cependant qu'elle ne s'applique pas aux assurances sur la vie. En effet, la question d'aggravation du risque soulèverait en cette matière trop de difficultés. C'est pourquoi l'assureur calcule à l'avance les chances d'aggravation qui peuvent se produire dans l'état de santé de l'assuré, et fixe la prime en conséquence. En outre, il a soin d'exclure de l'assurance certains événements tels que les risques de guerre, ceux d'un voyage d'exploration, le fait par l'assuré d'embrasser certaines professions dangereuses, etc.

B. — **Obligations de l'assuré au moment de la réalisation du risque.** — Lorsque le risque vient à se produire, deux obligations incombent à l'assuré :

a) Faire tout ce qu'il peut pour en diminuer les conséquences dommageables ;

b) Donner avis à l'assureur, dans un délai très bref, de tout sinistre de nature à entraîner sa responsabilité.

a) **Première obligation : Faire tout ce qu'il peut pour diminuer les conséquences dommageables du sinistre** (Comp. art. 381, C. com.). — C'est l'obligation du *sauvetage* ; elle n'existe, bien entendu, que dans les assurances de choses. Cette obligation ne doit pas être trop rigoureusement appliquée ; car, comme le disait l'Exposé des motifs du projet de la loi suisse, « l'expérience montre qu'en cas de danger, beaucoup de gens ne savent plus que faire ».

Si l'assuré ne remplit pas l'obligation du sauvetage, il peut être condamné à des dommages-intérêts qui se compenseront jusqu'à due concurrence avec l'indemnité à laquelle il a droit. Mais il ne saurait encourir en principe la déchéance (V. cependant Caen, 24 mars 1862, D. *J. G.*, *Assur. terrestres*, S. 169 *in fine*).

b) **Seconde obligation : Donner avis à l'assureur, dans un délai très bref, de tout sinistre de nature à engager la responsabilité de celui-ci.** — La rapide déclaration du sinistre est nécessaire. Il faut que l'assureur puisse faire le plus tôt possible, en vue de son recours possible contre les tiers, les recherches sur les causes du sinistre, sur son importance, car ces recherches ne sont efficaces que si elles ont lieu presque immédiatement. Il faut aussi qu'il puisse prendre les mesures propres à restreindre le dommage.

Les polices d'assurance contre l'incendie stipulent que l'assuré doit

donner avis du sinistre dès qu'il en a eu connaissance. Dans l'assurance contre les accidents, soit personnels à l'assuré, soit par lui causés aux tiers, le délai est ordinairement de deux jours. En cas d'assurance sur la vie, les polices déclarent que le décès doit être notifié à la Compagnie dans un délai de trois mois à compter de sa date.

Très fréquemment, les polices sanctionnent par la déchéance l'inobservation de ce délai, stipulation vraiment excessive, l'assuré ne pouvant échapper à la déchéance qu'en démontrant qu'il a été empêché de faire sa notification par un cas de force majeure. Pourrait-on du moins considérer comme tel le fait que les héritiers de l'assuré, mort victime du sinistre, ignorèrent l'assurance contractée par leur auteur ? L'affirmative nous paraît plus équitable et conforme à la règle de l'article 1147 du Code civil (V. en ce sens, Paris 22 juin 1907, S. 1908.2.309). Il y a cependant une décision en sens contraire (Alger, 19 novembre 1908, D. P. 1908.2.244, S. 1908.2.309).

3° **De la prescription. — Non-application de l'article 432 du Code de commerce.** — L'article 432 du Code de commerce décide que toute action dérivant d'une police d'assurance est prescrite par *cinq ans* à compter de la date du contrat. Mais on est d'accord pour ne pas appliquer cet article aux assurances terrestres, parce que c'est un texte qui déroge au droit commun.

Ce sont donc les règles ordinaires de la prescription qui, théoriquement, s'appliquent à ces assurances ; c'est-à-dire que l'action en paiement de l'indemnité devrait se prescrire par trente ans (art. 2262, C. civ.), et l'action en paiement des primes par cinq ans (art. 2277, C. civ).

Restriction par les polices du délai de prescription. — Mais ces délais ne conviennent pas au contrat d'assurance ; ils sont beaucoup trop longs. Il ne faut pas que l'assureur demeure exposé aux poursuites de l'assuré pendant trente ans ; il est nécessaire que le règlement du sinistre se fasse rapidement. Il ne faut pas non plus que l'assuré en retard de ses primes en reste débiteur durant cinq ans. C'est pourquoi, en pratique, les délais sont considérablement diminués par les polices.

Mais les compagnies, abusant ici de leur puissance, comme dans bien d'autres cas, restreignent à l'excès la durée de la prescription de l'action de l'assuré. Ainsi les polices d'assurances contre les accidents ou contre l'incendie stipulent que l'action en paiement de la prime ne s'éteint qu'un an et demi après le dernier acte de poursuite ; quant à la durée de l'action en indemnité, elles la limitent à six mois ou un an. La validité de cette clause ne saurait être mise en doute ; l'article 2220 du Code civil, que l'on a invoqué quelquefois à son encontre, n'interdit pas en effet aux parties de diminuer le temps de la prescription, mais seulement de l'augmenter.

Cette abréviation du délai de la prescription est dangereuse pour l'assuré, car les négociations qui, en fait, suivent le sinistre n'interrompent pas le cours de la prescription, étant donné qu'elles ne constituent pas de la part de l'assureur une reconnaissance de sa dette. La prescription s'accom-

plit donc trop souvent avant que tout soit réglé, et sans que l'assuré, comptant sur une solution amiable, ait songé à l'interrompre par une action en justice[1].

Point de départ du délai. — Les polices décident en général que le délai de la prescription commence à courir à compter du jour de la réalisation du risque. On rencontre cette clause même dans les assurances de responsabilité, par exemple, dans les assurances contre les accidents causés aux tiers par l'assuré, dans l'assurance du risque locatif ou du recours des voisins au cas d'incendie. Elle présente, dans ce genre d'assurances, un grave danger pour l'assuré, qui ne peut pas actionner l'assureur avant d'avoir été poursuivi lui-même par le tiers auquel il a causé un dommage. Or, il peut arriver que ce tiers n'intente son action qu'au bout d'un certain temps, à un moment où le délai de prescription fixé par la police est expiré. L'assuré va-t-il alors se trouver privé de tout recours contre l'assureur? La question s'est posée bien souvent devant les tribunaux, avant la loi du 9 avril 1898, au cas où le chef d'entreprise assurait sa responsabilité pour les accidents du travail provenant de sa faute ou de celle de ses préposés. Si rigoureuse, si illogique que fût la solution indiquée, la Jurisprudence l'avait cependant consacrée par de nombreux arrêts, parce que, disait-elle, la convention fait la loi des parties, et doit être respectée du moment qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public (Civ., 25 octobre 1893, D. P. 97.1.5, S. 94.1.361 ; Req., 26 octobre 1896, D. P. 97.1.5, note de M. Kœhler, S. 98.1.330). La loi du 9 avril 1898 a mis un terme à cette difficulté, en ce qui concerne l'assurance contre les accidents du travail, mais elle subsiste pour les autres genres d'assurance de responsabilité[2].

III. — Extinction du contrat d'assurance.

Les causes d'extinction du contrat sont, en outre du terme fixé par les parties :

1° La faillite ou la liquidation judiciaire de l'assureur ou de l'assuré ;
2°. La perte de la chose assurée ;
3° La mort de l'assuré ;
4° L'aliénation de la chose assurée.

Ces trois dernières causes ne concernent que l'assurance de choses

1° Faillite ou liquidation judiciaire. — La faillite ou la liquidation judiciaire n'emporte pas de plein droit la résiliation des contrats successifs

1. La nouvelle police incendie contient ici encore une amélioration sensible. Elle décide que l'action de l'assuré se prescrit par un an, à compter, soit de l'événement qui y donne naissance, si celui-ci n'a pas été déclaré, soit de la clôture de l'opération d'expertise.

2. Ici encore la nouvelle police incendie donne satisfaction aux assurés. Elle stipule en effet que, quand l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, le délai de le prescription ne court que du jour où ce tiers exerce une action en justice contre l'assuré, ou a été indemnisé par ce dernier.

antérieurement conclus par le débiteur (Civ., 15 janvier 1900, D. P. 1901.1.25, note de M. Lacour, S. 1900.1.433, note de M. Lyon-Caen). Mais elle aboutit au même résultat, en ce qu'elle empêche le débiteur d'exécuter ses obligations. Aussi, l'article 346 du Code de commerce, relatif aux assurances maritimes, donne-t-il à l'autre partie, en cas de faillite de son cocontractant, le droit de demander soit une caution, soit la résiliation du contrat.

On est d'accord pour appliquer cette disposition aux assurances terrestres, car il y a les mêmes raisons (Paris, 31 mai 1905, S. 1906.2.204). C'est au contractant *in bonis* que l'article 346 confère l'option entre les deux partis à prendre. Le failli ne pourrait donc pas s'opposer à la résiliation en offrant une caution.

2° **Perte de la chose assurée.** — La *perte totale* de la chose assurée emporte naturellement cessation du contrat, puisqu'il n'a plus d'objet.

Il en est autrement de la *perte partielle*. Mais les polices donnent toujours à l'assureur le droit de résiliation, après tout sinistre même partiel.

3° **Décès de l'assuré.** — Dans l'assurance de choses, la seule dont il soit ici question, le décès de l'assuré est-il une cause de résiliation du contrat ?

On admet ordinairement l'affirmative, parce que, dit-on, la personnalité de l'assuré joue un rôle important et constitue un facteur essentiel de l'opinion du risque. L'assureur prend en considération la diligence, la moralité, la solvabilité de la personne avec laquelle il traite. Mais cette affirmation est fort exagérée. En réalité, la personne de l'assuré constitue un élément d'appréciation tout à fait accessoire ; ce sont les qualités de la chose assurée qui forment l'élément décisif de la détermination de l'assureur (V. note de M. Hémard, S. 1908.1.337).

En pratique, les polices d'assurances contre l'incendie écartent donc cette cause de résiliation, et décident que l'assurance continuera de plein droit en faveur des héritiers qui seront en revanche tenus solidairement du paiement des primes, tant que l'héritier dans le lot duquel tomberont les objets assurés n'aura pas fait transférer la police à son nom.

4° **Aliénation de la chose assurée.** — Il est généralement admis en Doctrine et en Jurisprudence que le contrat prend fin, à défaut de stipulation contraire, par l'aliénation de la chose assurée, parce que, dit-on encore ici, le contrat est formé *intuitu personæ* ; l'assureur ne peut donc pas se voir imposer un nouvel assuré contre son gré.

Cette solution a de grands inconvénients pratiques. Elle entrave la circulation des biens. En effet, l'assuré qui vend l'immeuble assuré s'expose à une demande en dommages-intérêts de la part de l'assureur pour résiliation du contrat. De plus, elle prive l'acquéreur du bénéfice de l'assurance à dater du jour même du transfert de propriété, ce qui est fort dangereux pour lui. Enfin, elle n'est pas moins dommageable à l'assureur qui a intérêt au maintien de son contrat.

Aussi, toutes les polices réglementent-elles cette situation. La clause la plus fréquente impose à l'assuré l'obligation de faire prendre à l'acquéreur l'engagement de continuer l'assurance, et de notifier cet engagement à l'assureur dans un délai déterminé ; faute de quoi, le contrat est résilié de plein droit (Req., 4 novembre 1907, D. P. 1908.1.287, S. 1908.1.337, note de M. Hémard).

Appendice : Compétence en matière de contrats d'assurance. — Loi du 2 janvier 1902. — La loi du 2 janvier 1902, relative à la compétence en matière de contrats d'assurance, a été motivée par une de ces clauses léonines que les compagnies insèrent trop souvent dans leurs contrats. Cette clause attribuait compétence au tribunal de la Seine pour tous leurs litiges avec leurs assurés. Elle avait pour les compagnies un double avantage. Elle leur permettait de suivre plus aisément les instances. Surtout elle raréfiait les actions intentées par les assurés habitant dans le ressort d'un autre tribunal ; car la difficulté d'aller plaider au loin, devant un tribunal aussi surchargé que celui de la Seine, et les frais qu'une telle instance entraînait, décourageaient bien des assurés, et les contraignaient à subir les conditions de la compagnie. C'est pour éliminer cette clause qu'a été rédigée la loi de 1902. La proposition primitive contenait d'ailleurs différentes autres dispositions destinées à défendre les assurés contre la puissance des compagnies, mais elles ont été malheureusement abandonnées par la commission de la Chambre des députés, sous prétexte d'alléger la poposition et d'en accélérer le vote.

La loi nouvelle décide, dans son article 1er, que le défendeur doit être assigné devant la *juridiction du domicile de l'assuré, de quelque espèce d'assurance qu'il s'agisse.*

En conséquence, l'assuré qui veut actionner la compagnie est autorisé à porter l'action devant le tribunal de son domicile ; et c'est devant le même tribunal qu'il doit être poursuivi par elle.

L'article 1er admet deux exceptions :

1° Quand il s'agit de l'assurance contre un risque concernant un immeuble ou un meuble par nature, c'est le tribunal du lieu de la situation qui est compétent ;

2° S'il s'agit d'assurances contre les accidents de toute nature dont sont victimes les personnes ou les animaux, c'est celui du lieu de l'accident, du moins lorsque l'instance est relative à la fixation et au règlement des indemnités.

Toute convention, antérieure à la naissance du litige, contraire à la règle de compétence nouvelle, est nulle de plein droit (art. 2).

Les compagnies d'assurances ont cherché à paralyser cette prohibition par un procédé assez habile, sinon très moral. En cas d'assurance contre l'incendie, les parties, à la suite du sinistre, désignent chacune un expert pour estimer les dommages. Les compagnies ont imaginé d'exiger, *dans l'acte ayant pour objet cette désignation d'experts*, l'insertion d'une clause attribuant compétence exclusive au tribunal civil de leur siège, c'est-à-dire

à celui de Paris, pour statuer sur tous les litiges à naître à raison du sinistre. Les compagnies espéraient que cette clause, *postérieure à la conclusion du contrat*, échapperait à la nullité. Fort heureusement, ce raisonnement a été jusqu'à présent repoussé, par cette raison que la clause en question n'en est pas moins *antérieure à la naissance du litige* (Pau, 15 décembre 1905, S. 1906.2.75 ; Chambéry, 27 décembre 1905, S. 1906.2.272).

§ 2. — L'Assurance de responsabilité[1].

Définition. — L'*assurance de responsabilité* a pour objet de garantir l'assuré contre les réclamations pécuniaires des tiers à l'égard desquels sa responsabilité peut être engagée à raison d'un fait dommageable déterminé (accident causé à autrui, incendie, faute commise dans l'exercice des fonctions, risque professionnel, etc.).

Droits de la victime du dommage sur l'indemnité d'assurance. — La plus intéressante à coup sûr des questions soulevées par cette variété d'assurance est celle de savoir si le tiers, victime d'un dommage occasionné par l'assuré, possède sur l'indemnité un droit de préférence opposable aux autres créanciers de l'auteur du dommage, à supposer que celui-ci se trouve en état de faillite ou d'insolvabilité ? Ou, ce qui reviendrait au même, le tiers peut-il exercer une *action directe* contre l'assureur ?

Si l'on ne consultait que l'équité, on n'hésiterait pas à répondre affirmativement : il paraît tout naturel d'employer exclusivement l'indemnité à désintéresser la victime du délit ou du quasi-délit. Il est injuste d'en faire profiter les autres créanciers de l'assuré. Ce n'est pas évidemment dans leur intérêt que l'assurance a été contractée.

Et pourtant, c'est cette dernière solution que la Jurisprudence a été contrainte d'admettre, en l'absence d'un texte créant un privilège exprès au profit de la victime. Il ne faut pas en effet se laisser égarer par cette idée que l'assuré aurait fait *une stipulation pour autrui*. Ce serait analyser l'opération d'une façon inexacte. L'assuré ne stipule pas pour autrui, mais bien dans son intérêt propre ; il veut se garantir contre les conséquences pécuniaires d'une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts. Pour alimenter l'assurance, il prélève le montant des primes annuelles sur le gage commun de ses créanciers. Par conséquent, la créance née du contrat d'assurance tombe dans son patrimoine, et forme le gage de ses créanciers, y compris, il est vrai, la victime de son délit ou quasi-délit. Mais celle-ci vient au marc le franc en concurrence avec tous les autres créanciers (Civ., 30 octobre 1906, D. P. 1908.1.265, note de M. Dupuich, S. 1908.1.441, note de M. Lyon-Caen. V. cependant, Labbé, *Rev. crit.*, 1886, p. 571, 665, note S. 86 2.49).

Toutefois, s'il n'y a pas encore de loi générale attribuant pour tous es

1. Ancey, *Les assurances de responsabilité concernant les objets, personnes et les faits dont on est responsable*, Paris, 1905 ; Stefani, *L'assurance des fautes*, thèse, Paris, 1923.

cas d'assurances de responsabilité un privilège à la victime, divers textes spéciaux ont créé ce privilège pour les applications les plus fréquentes de cette assurance. Ces textes sont les suivants :

1° La loi du 18 février 1889, relative à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances (art. 3, 2e al.) ;

2° La loi du 9 avril 1898, concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail (art. 16, dernier alinéa) ;

3° La loi du 28 mai 1913, créant un privilège, au profit de la victime d'un accident sur l'indemnité d'assurance due à l'auteur de l'accident.

Nous étudierons plus loin ces trois lois à propos des privilèges spéciaux sur les meubles, et nous n'avons qu'à renvoyer le lecteur à nos explications ultérieures à ce sujet.

§ 3. — Les assurances sur la vie.

I. — Notions générales.

Définition. Historique. — L'assurance sur la vie est un contrat par lequel l'assureur, en retour d'une *prime* ou *cotisation*, laquelle peut être soit unique, soit annuelle, s'engage à payer à l'assuré, ou à toute autre personne désignée par lui, une somme d'argent (capital ou rente), lorsque se réalisera l'événement prévu au contrat (mort de l'assuré, mort d'un tiers, survie de l'assuré ou du tiers désigné au bout d'un délai déterminé)

Le contrat d'assurance sur la vie est tout récent. Il n'est guère pratiqué que depuis quarante ans. A lépoque de la rédaction de nos Codes, on le considérait comme une spéculation immorale qu'il fallait proscrire. Il n'a commencé vraiment à se répandre en France qu'à partir de 1870, mais il est bien vite entré dans les mœurs, quoiqu'il demeure encore chez nous presque exclusivement pratiqué par la classe aisée.

En même temps que ce contrat se vulgarisait, les questions que faisait naître son emploi surgissaient en grand nombre devant les tribunaux. De là, une jurisprudence fort abondante qui en a peu à peu déterminé les effets juridiques.

Diverses variétés d'assurances sur la vie. — L'assurance sur la vie se prête à de nombreuses combinaisons. On peut les classer en deux groupes :

Les assurances en cas de décès ;

Les assurances en cas de vie.

1° **Assurances en cas de décès.** — L'assureur s'engage à payer la somme stipulée ou bien au décès soit de l'assuré, soit d'un tiers à quelque époque qu'il se produise (*assurance vie entière*), ou bien audit décès, s'il survient dans un délai déterminé (*assurance temporaire*).

1. De Courcy, *Précis de l'assurance sur la vie*, 3e édit. ; Lefort, *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie* ; Paul Dupuich, *L'assurance vie*, Paris, 1922.

Lorsque la somme est payable à l'assuré au décès d'un tiers, on dit qu'il y a *assurance sur la tête d'un tiers*. On a longtemps mis en doute la validité de ce genre d'assurance, car, disait-on, elle fait naître chez l'assuré un intérêt à la mort du tiers désigné. Aussi, pour éviter un calcul criminel, un avis du Conseil d'Etat du 28 mai 1818 déclarait-il qu'il ne doit être permis de contracter une assurance sur la vie d'un tiers, qu'autant que celui-ci y a donné son consentement. Pendant tout le cours du XIX^{e} siècle, les ordonnances ou décrets d'autorisation des sociétés d'assurances sur la vie ont exigé cette condition. Elle s'imposait d'ailleurs d'elle-même, car il faut toujours, en cas de conclusion d'une assurance de ce genre, que le tiers se soumette à un examen médical, examen duquel dépend la signature du contrat.

Malheureusement, il n'était pas toujours possible de déférer à la condition légale. Il arrivait souvent en effet que des assurances étaient contractées sur la tête d'un enfant venant de naître ou encore en bas âge. Le contrat stipulait que le capital serait payable, soit à la majorité de l'enfant, soit à son décès, s'il venait à mourir auparavant. Naturellement, il ne pouvait être question, en pareil cas, du consentement de l'enfant. Ce genre d'opération, on se l'explique aisément, donnait lieu à de graves abus. On a vu, dans les départements du Nord, certaines compagnies faire des assurances en cas de décès d'enfants simplement conçus, si bien que l'avortement de la mère devenait une source de profit pour elle. L'assurance était parfois contractée par des gardiens de nourrissons à l'insu des parents. On devine à quelles criminelles pensées de tels contrats pouvaient donner naissance. Une enquête faite en Belgique a montré que, dans ce pays, sur 141 enfants assurés en bas âge, 121 étaient morts avant d'avoir atteint un an et qu'aucun n'avait dépassé quatre ans. Bien plus, 140 sur 141 étaient décédés dans l'année même qui avait suivi le contrat. Aussi, en France, la loi du 8 décembre 1904 a-t-elle sagement interdit de tels contrats. Elle *déclare contraire à l'ordre public toute assurance au décès reposant sur la tête d'enfants de moins de douze ans.*

2° **Assurances en cas de vie.** — Dans ce genre d'opérations, l'assureur promet de payer la somme stipulée, si l'assuré ou un tiers est encore vivant au terme convenu.

Combinaisons des deux types précédents. Assurances mixtes. Les deux types précédents d'assurances sont fréquemment combinés dans un même contrat, qui porte le nom d'*assurance mixte*. Par exemple, l'assureur s'engage à payer la somme convenue, soit à l'assuré lui-même, s'il est encore vivant au terme fixé (dans vingt, dans trente ans), soit à sa femme, ou à ses enfants, où à telle autre personne, aussitôt après son décès, s'il meurt avant ce terme.

Assurance au profit d'un tiers. — Dans les premiers temps où l'assurance était pratiquée, lorsqu'une personne contractait une assurance pour le moment de son décès, elle se contentait de stipuler que le capital

serait payé à sa succession. Il en résultait que ce capital, fruit des efforts d'épargne de l'assuré, devenait souvent le gage de ses créanciers et ne profitait pas à ses proches, femme, enfants, parents. Or, ce n'est pas là ce que veut l'assuré ; il fait évidemment acte de prévoyance au profit des êtres qui lui sont chers, en vue de leur procurer les ressources dont ils seront privés par son décès. C'est pourquoi les polices actuelles stipulent toujours que le capital sera payable lors du décès de l'assuré, à telle personne déterminée.

Cette désignation ne lie pas du reste définitivement l'assuré. Celui ci entend se réserver la faculté de la modifier, car les circonstances ultérieures (prédécès du tiers bénéficiaire, naissance d'un enfant, obligation de se procurer du crédit en disposant de la police) peuvent le contraindre à désigner un autre ayant droit.

II. — La prime. La réserve mathématique.

1° La prime. — L'assurance sur la vie repose, comme les autres assurances, sur les deux bases ci-dessus indiquées : la mutualité, le calcul des probabilités, calcul qui se fait en notre matière à l'aide *des tables de mortalité*.

Supposons qu'une personne propose à une compagnie de contracter une assurance en cas de décès. Celle-ci, pour établir la prime, raisonnera comme si elle réunissait dès maintenant un grand nombre d'assurés présentant le même risque que l'intéressé, c'est-à-dire ayant atteint le même âge, jouissant d'une santé normale (ce que constatera, pour le contractant, la visite médicale à laquelle il devra se soumettre), et concluant une police identique.

La table de mortalité lui indiquera quelle est la prime annuelle que devrait verser chacun de ces assurés, pour constituer le capital destiné à faire face aux paiements qu'entraîneront les décès survenus dans le cours de l'année ; et c'est cette somme qu'elle demandera comme prime à son contractant.

La prime annuelle constante. — Comme les risques de mort du groupe assuré augmentent à mesure que vieillissent ceux qui le composent, la prime devrait suivre une marche ascendante, d'année en année. Mais ce procédé présente un vice radical qui pourrait détourner de l'assurance un grand nombre de personnes : c'est qu'il exagère encore le caractère aléatoire de l'assurance, à savoir le bénéfice de ceux qui viennent à décéder dans les premières années, et la charge de ceux des assurés qui vivent le plus longtemps. Il était donc indispensable de procéder autrement.

Ceci posé, deux façons d'opérer se présentent à l'esprit : ou bien calculer une *prime unique* pour toute la durée du contrat, mais ce premier procédé n'est pas pratique, car il oblige l'assuré à verser dès le début un capital important, supérieur à sa capacité d'économie ; ou bien diviser cette prime unique en un certain nombre de *primes annuelles constantes*, nombre correspondant à la durée probable du contrat. C'est ce second procédé qui est employé en pratique. L'assureur calcule la valeur actuelle de toutes les in-

demnités qu'il aura à payer jusqu'à l'extinction de la mutualité, et recherche quelle est la prime constante que doit verser chaque assuré pour balancer exactement cette somme. Grâce à cette façon d'opérer, on obtient un double résultat : d'abord la prime annuelle est assez faible pour qu'elle puisse être prélevée par l'assuré sur ses revenus ; et, en second lieu, son chiffre demeure invariable pendant toute la durée du contrat[1].

Indivisibilité de l'opération. Droit de résiliation annuelle. — Il faut remarquer que, en payant une prime annuelle constante, l'assuré ne passe pas chaque année un nouveau contrat avec l'assureur. Il n'en serait ainsi que si l'on faisait suivre à la prime une marche ascendante correspondant au risque de chaque année. Au contraire, la prime, étant constante, est calculée sur la durée totale de l'assurance, laquelle est considérée comme une opération unique devant durer jusqu'au décès de l'assuré.

Cette constatation est importante ; elle est contraire à une opinion courante d'après laquelle le contrat d'assurance sur la vie se renouvellerait

1. Supposons qu'une personne âgée de 30 ans veuille s'assurer une somme de 1.000 fr. payable à son décès. La table de mortalité employée par les compagnies françaises apprend à l'assureur que, si 771.075 individus du même âge signaient la même police, les choses se passeraient de la façon suivante :

La première année, il y aurait 5.385 décès et, par conséquent, l'assureur aurait à payer aux décédés 5.385.000 fr. La seconde année, le chiffre des décès s'élèverait à 5.487 et nécessiterait un second versement de 5.487.000 fr. Le nombre des assurés irait ainsi en diminuant d'année en année... Au bout de 73 ans, il n'en resterait plus que 9, et sur ces 9, 6 mourraient dans le cours de la dite année, ce qui exigerait un versement de 6.000 francs. La 74e année, 2 des assurés subsistants mourraient à leur tour, d'où un versement de 2.000 francs, et enfin le dernier survivant décéderait au cours de la 75e année, recevant la dernière indemnité, soit 1.000 fr.

Il faut donc que l'ensemble des primes versées par les 771.075 individus considérés soit suffisant pour faire face à tous les paiements annuels additionnés.

Si on employait le système de la prime ascendante, voici quel en serait successivement le chiffre :

Pour la première année, il y aurait 5.385.000 francs à payer ; la prime à demander à chaque assuré serait donc de $\frac{5.385\ 000}{771.075} = 6$ fr. 98. Pour la seconde année, il y aurait 5.487.000 francs à verser ; mais le groupe ne comprendrait plus que 765.690 individus ; il faudrait donc demander à chacun d'eux $\frac{5.487.000}{765.690} = 7$ fr. 16... Pour la 73e année, le nombre des assurés vivants n'étant plus que de 9, la prime que chacun d'eux devrait payer serait de $\frac{6.000}{9} = 666$ fr. 66. Pour la 74e année, elle serait de $\frac{2.000}{3} = 666$ fr. 66, et enfin, pour la 75e année, elle serait de 1.000 francs, c'est-à-dire du chiffre exact de l'indemnité à verser au dernier survivant

Ces chiffres prouvent d'une façon évidente qu'il est impossible de calculer les primes de cette façon ascendante, car personne ne consentirait à courir l'aléa d'une pareille charge. On voit, en effet, que le dernier assuré survivant paierait, rien que dans les trois dernières années, plus du double de la somme qu'il doit recevoir.

Si, au lieu de suivre ce procédé, on voulait répartir immédiatement entre les 771.075 assurés le total des indemnités que l'assureur aura à payer durant tout le cours de l'opération, la prime unique que chacun d'eux devrait acquitter serait de 539 fr. 87.

Enfin, si on emploie le procédé de la prime annuelle constante, il suffira de demander à chaque assuré 38 fr. 90 par an.

Nous parlons ici de la prime pure. Il va de soi que l'assureur *chargera* cette prime pure pour tenir compte des frais que lui coûte chaque contrat, et aussi pour se réserver un bénéfice (Cons. l'excellente thèse de M. Julliot de la Morandière, *De la réserve mathématique des primes* **Paris, 1909, p. 75 et s., à laquelle les chiffres précédents sont empruntés).**

d'année en année par tacite reconduction. Il n'est exact pas de dire que les parties ne s'engagent que pour un an. L'assuré a en vue, dès le jour où il contracte, le capital qu'il stipule pour le terme fixé.

Cependant, il y a lieu d'ajouter que les conditions usuelles des polices donnent à l'assuré, mais à l'assuré seul, la faculté de *résilier* le contrat chaque année, en cessant de payer la prime. Ce droit de résiliation lui a été concédé sous l'empire de considérations impérieuses. L'assuré hésiterait à traiter, s'il était obligé dès à présent d'acquitter les primes pendant toute la durée du contrat. Ses ressources peuvent diminuer, ou l'intérêt qu'il avait à contracter disparaître. Il faut donc lui permettre de reprendre sa liberté.

2° **La Réserve mathématique**[1]. — **Réserve globale et réserve individuelle.** — Il résulte des explications qui précédent que la prime annuelle constante est, pendant les premières années, supérieure à ce qu'elle devrait être pour que les recettes et les dépenses annuelles coïncident, tandis que, pendant les dernières années, elle est inférieure.

On donne le nom de *réserve mathématique globale* à la masse formée par l'excédent des recettes fournies par les primes sur les dépenses correspondantes. Pendant les premières années, cette réserve globale va croître Ensuite, à partir du moment où le chiffre des indemnités deviendra supérieur à celui des primes, elle commencera à décroître, et finira par disparaître le jour où le dernier assuré du groupe sera décédé. A ce moment, le solde de la réserve, ajouté à la dernière prime versée par cet assuré, sera égal à la dernière indemnité qui est due à celui-ci.

On appelle *réserve individuelle* la fraction de la réserve globale que l'on obtient en divisant cette dernière par le nombre des assurés survivants à la fin de chaque année. Dans l'assurance vie entière, comme ce nombre va sans cesse en diminuant, la réserve individuelle de chaque survivant va constamment en grossissant, à mesure qu'il avance en âge, tandis que la réserve globale diminue. La *réserve individuelle se trouve en effet constituée à la fois par les excédents versés par l'assuré et par une fraction des excédents versés par les prédécédés*[2].

Nature juridique de la réserve. — On a soutenu que la réserve mathématique appartient exclusivement à l'assureur, et que les assurés n'ont sur elle aucun droit. En effet, a-t-on dit, si l'assureur constitue une réserve, « ce n'est pas parce qu'il y est obligé contractuellement envers ses assurés, mais parce qu'il désire conduire son entreprise d'une manière stable et fructueuse ». Il s'inspire, en ce faisant, de raisons commerciales, économiques, et non de considérations juridiques. Le calcul des réserves mathématiques n'est qu' « une mesure intérieure de gestion de l'assureur ». Et

1. Julliot de la Morandière, thèse précitée ; Hans, *Théorie juridique de la réserve mathématique*, Annales de droit commercial, 1906, p. 213.

2. La réserve ne suit pas la même marche dans toutes les variétés d'assurances. Supposons, par exemple, une assurance différée, par laquelle l'assureur s'engage à payer une somme, si l'assuré est vivant au bout de 20 ou 30 ans. Dans ce cas, la réserve

la preuve, dit-on, c'est que, si l'on considère une assurance isolée, on ne peut faire intervenir la notion de réserve. Pour la voir apparaître, il faut embrasser l'ensemble des opérations de la Compagnie, envisager la mutualité formée par ses assurés. Or, l'idée de mutualité doit rester étrangère aux rapports des deux parties en cause ; ce n'est pas un des éléments juridiques du contrat.

Nous croyons ce système indéfendable. Il n'est pas possible de faire abstraction de la notion de mutualité, puisqu'elle forme la base des opérations d'assurance. L'écarter, c'est dénaturer chacun des contrats passés par l'assureur. Et il nous paraît déraisonnable de régler les effets juridiques d'un contrat sur l'apparence et non sur la réalité des faits. Peu importe que l'assuré connaisse ou non le véritable mécanisme de l'assurance. Ce qui n'est pas douteux, c'est que la réserve est constituée par les excédents de primes versés par tous les assurés. Donc, elle appartient au groupe des assurés et non pas à l'assureur.

Mais comment expliquer, doit-on alors se demander, que l'assuré acquière un droit, non seulement sur les excédents par lui personnellement versés, mais sur ceux qui proviennent des assurés prédécédés ? Car il ne faut pas oublier que la réserve individuelle se compose de ces deux éléments. La réponse à l'objection est la suivante. Quiconque fait un contrat d'assurance adhère par ce fait à une mutualité constituée par tous les assurés du même ordre que lui. *C'est cette mutualité qui est propriétaire de la réserve globale*. Par conséquent, chaque mutualiste qui se retire du groupe en résiliant son contrat, peut demander que ses droits dans cette mutualité soient liquidés, et que sa part du fonds commun lui soit remboursée[1].

A quelles conditions l'assuré qui cesse de payer la prime peut-il invoquer son droit sur la réserve individuelle ? Réduction et rachat. — Toutes les compagnies d'assurances reconnaissent à l'assuré qui

globale est formée par la capitalisation à intérêts composés des primes versées, car, pendant les vingt ou trente ans du contrat, la Compagnie n'a aucun capital à débourser. En conséquence, la *réserve globale croît constamment*. Il est en de même *a fortiori* de la réserve individuelle.

Supposons, au contraire, l'assurance d'une somme payable pour le cas où l'assuré mourrait avant le terme fixé. Dans cette assurance, la réserve globale commence par croître, arrive à un maximum, puis décroît lentement à partir du moment où les primes versées deviennent inférieures aux dépenses annuelles. Quant à la réserve individuelle, contrairement à l'exemple pris au texte, elle ne croit pas constamment ; elle suit ici la même trajectoire que la réserve globale. Au début, elle augmente, parce que la réserve globale augmente et que le nombre des assurés diminue. Mais ensuite elle décroît, *parce que la réserve globale baisse et baisse plus vite que ne diminue le nombre des assurés*. En effet, à la fin du contrat il restera un certain nombre d'assurés survivants qui n'auront droit à rien (Cons. Julliot de la Morandière, *op. cit.* p. 15 et s.).

1. Pour bien comprendre l'importance de cette question, il faut savoir que plus de la moitié des contrats d'assurances sur la vie ne se prolonge pas jusqu'au terme normal, mais sont résiliés prématurément pour des causes très diverses. Il résulte d'un statistique dressée en Suisse que les contrats d'assurances sur la vie passés par les Compagnies suisses, qui ont pris fin dans la période de 1891 à 1900, représentaient 3 milliards 900 millions de francs de sommes assurées. Or, parmi ces contrats, ceux qui ont pris fin normalement représentaient un milliard 600 millions, et ceux qui ont pris fin prématurément, par renonciation, rachat ou réduction, 2 milliards 300 millions.

cesse de payer la prime un droit sur sa réverve individuelle[1], mais elles refusent de la lui rembourser en totalité, parce que, disent-elles, la résiliation de l'assurance cause un préjudice à l'assureur. Celui-ci, en effet, a fait des frais pour conclure le contrat ; notamment, il a payé une commission à l'agent, commission qui se trouve répartie sur la durée totale du contrat. De plus, en cessant de payer ses primes, l'assuré diminue le nombre des membres de la mutualité, il augmente les chances d'inexactitude des calculs, car, moins il y a d'assurés, plus les chances d'écart grandissent.

L'assureur retient donc une partie de la réserve à titre de dédommagement, et applique la distinction suivante :

Si au moment de la résiliation, l'assuré n'a pas intégralement payé les primes des trois premières années, la compagnie conserve la totalité des primes versées, parce qu'elle estime que la réserve est absorbée par ses frais.

Si l'assuré a payé intégralement les primes des trois premières années, la compagnie fait un prélèvement sur la réserve pour se couvrir du dommage que lui cause la résiliation, et l'assuré a droit à l'excédent.

Reste à savoir comment cet excédent est payé à l'assuré. En principe, il ne lui est pas remis. D'après les termes des polices, une nouvelle opération d'assurance se conclut de plein droit entre l'assureur et l'assuré, dans les conditions prévues par la police primitive, moyennant une prime unique représentée par la réserve individuelle de l'assuré. Il y a donc *réduction* du contrat primitif. Cependant, cette solution ne s'impose pas. L'assuré a le droit de la refuser. S'il use de ce droit, il peut demander le remboursement de sa réserve Mais, dans ce cas, les polices ne lui reconnaissent pas le pouvoir d'en exiger la totalité. C'est le conseil d'administration de la compagnie qui fixe les bases d'après lesquelles on déterminera la somme à rembourser. L'opération porte le nom de *rachat*[2].

III. — L'assurance sur la vie au profit d'un tiers[3].

Nous avons déjà dit que l'assurance en cas de décès était presque toujours faite au profit d'un tiers bénéficiaire. L'assuré se préoccupe moins d'enrichir sa succession que de procurer un capital, soit à ceux que sa mort

1. Il en est ainsi du moins quand il s'agit d'assurances décès vie entière, ou d'assurances différées (capital payable à un terme fixé si l'assuré vit encore), ou enfin d'assurances mixtes.

Au contraire, les polices d'assurance temporaire en cas de décès (si l'assuré meurt avant le terme fixé), ou en cas de survie, ne donnent à l'assuré aucun droit sur la réserve, parce qu'elle y est de fort peu d'importance.

2. Les compagnies agissent ainsi pour décourager les demandes de rachat dont a multiplicité, disent-elles risquerait de troubler leurs opérations. Ce sont les assurés les plus robustes, les mieux portants qui cessent de payer les primes, tandis que ceux de complexion moins vigoureuse continuent le contrat. Il se produit donc un phénomène d'antisélection. De plus l'afflux des demandes de rachat en période de crise menacerait d'ébranler la situation des compagnies.

3. Balleydier et Capitant, *l'Assurance sur la vie au profit des tiers et la jurisprudence*, Livre du Centenaire du Code civil, t. 1er, p. 515.

laissera sans ressources, son conjoint, ses enfants, ses père et mère, etc., soit à un créancier qu'il n'a pas pu désintéresser de son vivant. Or, s'il se contentait de stipuler pour le jour de son décès, sans désigner de bénéficiaire, la somme assurée tomberait dans sa succession et deviendrait, au cas où il mourrait insolvable, le gage de ses créanciers. Le but de prévoyance qu'il poursuit serait donc manqué.

Le conflit de ces deux intérêts opposés, celui des créanciers du défunt, celui du bénéficiaire, est une des principales difficultés qu'a soulevées l'assurance-vie au profit d'un tiers. Les principes du Droit civil semblaient s'opposer au développement de ce genre d'opération. La Jurisprudence s'est efforcée néanmoins de donner satisfaction au sentiment de prévoyance qui l'inspire en général. Et nous avons déjà montré en partie, en étudiant la stipulation pour autrui, comment elle y était parvenue[1] (V. ci-dessus, p. 326 et s.)

1° Désignation du tiers bénéficiaire et analyse juridique de son droit. — La façon dont est désigné le tiers bénéficiaire joue en notre matière un rôle important. Il importe ici de distinguer trois hypothèses :

A) L'assuré a stipulé que le capital serait payable à telles personnes déterminées, par exemple à sa femme, à ses enfants, à ses père et mère, etc.

B) Il a déclaré que le capital serait payable à ses héritiers ou à sa succession.

C) Enfin il a stipulé au profit de ses enfants nés ou à naître.

A. — **Première hypothèse : l'assuré a stipulé au profit de personnes déterminées.** — Nous avons déjà examiné cette hypothèse précédemment (V. ci-dessus, p. 326 et s.). On se souvient que la stipulation pour autrui contenue dans l'assurance fait naître *directement* au profit du bénéficiaire un *droit propre* sur le capital assuré. C'est ce qui a été décidé par six arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation rendus au cours de l'année 1888 (Civ., 16 janvier 1888, D. P. 88.1.77, S. 88.1.121 ; 6, 8 et 22 février, 27 mars 1888, D. P. 88 1.193, S. 88.1.121 ; 7 août 1888, D. P. 89.1.118, S. 89.1.97). La somme versée par l'assurance est une *valeur créée* qui n'a jamais appartenu à l'assuré.

De là, la Chambre civile conclut que cette somme ne fait pas partie de la succession de l'assuré, et que les créanciers de celle-ci ne peuvent pas s'opposer au paiement de ce capital entre les mains du tiers dénommé. Un nouvel arrêt de la Chambre civile du 29 juin 1896 (D. P. 97.1.73, S. 96.1.361) a également décidé que ce capital, ne constituant pas une valeur successorale, ne doit pas entrer en compte pour calculer le montant de la réserve des héritiers. Enfin, un arrêt de la même Chambre en date du 4 août 1908 (D. P. 1909.1.185, note de M. Dupuich, S. 1909.1.5 note de M. Lyon-Caen) a décidé que l'héritier au profit duquel l'assurance a été conclue n'est pas

1. Nous nous occuperons dans le troisième volume des questions que soulève l'assurance au profit d'un tiers dans le cas où l'assuré et le bénéficiaire sont mariés sous le régime de la communauté.

obligé de rapporter le capital à la succession du stipulant, parce que ce capital n'a jamais fait partie du patrimoine de ce dernier (*Adde* : Civ., 19 novembre 1907, D. P. 1908.1.129, note de M. Dupuich, S. 1907.1.481, note de M. Lyon-Caen ; 2 août 1909, D. P. 1910.1.328, S. 1910.1.540).

Le plus souvent, la désignation du bénéficiaire se rencontre dans la police, mais elle peut résulter d'un acte postérieur, et notamment d'un *avenant*, soit que l'acte primitif ne nommât aucun bénéficiaire, soit que l'assuré révoque ou change la première stipulation. Il n'y a aucune distinction à faire entre ces deux cas. Le bénéficiaire désigné au cours du contrat acquiert un droit propre *au jour même où la police a été signée*, puisque l'assureur s'engage à payer la somme entre ses mains. Tout se passe donc comme s'il avait été désigné dans la police. En effet, l'assuré se réserve implicitement mais nécessairement le droit d'indiquer ultérieurement la personne à qui le capital sera versé, et cette désignation produit le même effet que si elle avait été insérée dans la police primitive. Elle détruit l'effet de la clause portée au premier contrat (Civ., 16 janvier 1888, D. P. 88.1.77, S. 88.1.121 ; 19 novembre 1907, D. P. 1908.1.129, S. 1907.1.481).

La Jurisprudence a conclu de ce qui précède que le droit du tiers bénéficiaire ne peut être attaqué par les créanciers de l'assuré, quand bien même l'avenant aurait été souscrit dans les dix jours qui ont précédé la date de la cessation des paiements de l'assuré tombé en faillite (Grenoble, 22 janvier 1901, D. P. 1901.2.337, S. 1903. 2.17. Pour le cas de désignation dans une lettre missive, V. Req., 17 juillet 1906, D. P. 1907.1.121, note de M. Dupuich, S. 1909.1.28).

Faudrait-il maintenir la même solution dans le cas où le stipulant désignerait, pour la première fois, un bénéficiaire, non plus dans un avenant, mais *dans son testament* ? L'affirmative nous paraît découler du raisonnement précédent ; la révocation de la première désignation produit un effet rétroactif. Et pourtant la Chambre civile n'a pas osé appliquer ici la théorie du droit direct (Civ., 24 février 1902, D. P. 1903.1.433 note de M. Dupuich, S. 1902.1.165. — Cf. note de M. Dupuich, D. P. 1908.1.129). Elle a déclaré que le droit au capital assuré fait partie du patrimoine de l'assuré jusqu'à son décès, et que le tiers le recueille dans sa succession, à titre de légataire. Mais cette manière de voir est contestable. Toute clause insérée dans un testament n'a pas nécessairement trait à la succession du testateur. D'autre part, l'assuré peut jusqu'à sa mort exercer la faculté de révocation qu'il tient du contrat d'assurance ; en l'exerçant, il anéantit le droit du premier titulaire désigné. Le fait que sa manifestation de volonté est écrite dans son testament ne modifie pas le caractère de l'opération.

B. — **Deuxième hypothèse : l'assuré a stipulé que le capital serait payable à sa succession ou à ses ayants droit.** — Lorsque l'assuré a déclaré que le capital serait payable à sa succession, cas pratiquement assez rare, il n'est pas douteux que c'est lui qui devient créancier et que le capital fait partie de l'actif héréditaire ; il devient donc le gage de ses créanciers. Faut-il en dire autant dans le cas où il a stipulé au *pro-*

fit de ses héritiers ou *ayants droit*? C'est plus douteux. Il y a tout lieu de présumer en ce cas que l'assuré a voulu conférer un droit propre et indépendant de son hérédité à ceux qui seront appelés à la recueillir. Il n'en serait autrement que si l'intention de l'assuré de stipuler au profit de sa succession elle-même ressortait clairement des circonstances de fait (V. Paris, 8 juillet 1904, D. P. 1906.2.13).

C. — **Troisième hypothèse : l'assuré a stipulé au profit de ses enfants nés et à naître.** — Lorsque l'assuré stipule au prcfit de ses enfants, nul doute qu'il entende leur attribuer un droit direct contre l'assureur. S'il prévoit qu'il peut lui naître des enfants postérieurement, il ne manque pas de les viser également dans la police, car il ne veut pas avantager ceux qui sont déjà nés à leur détriment.

Malheureusement, cette désignation se heurte à l'article 906 de notre Code civil, d'après lequel, pour être capable de recevoir par donation entre vifs, il faut être né ou conçu au moment de la donation. La Jurisprudence en a conclu qu'une personne non encore née ne peut pas devenir titulaire d'un droit. En conséquence, elle annule la stipulation pour le tout, et déclare que le capital doit tomber purement et simplement dans la succession de l'assuré (Req., 7 mars 1893, D. P. 94.1.77, S. 94.1.161 ; Civ., 24 février 1902, D. P. 1903.1.433, note de M. Dupuich, S. 1902.1.165).

Cette solution est regrettable, car le capital devient la proie des créanciers, lorsque l'assuré meurt en état d'insolvabilité. Elle est, du reste, fort contestable. L'article 906 vise en effet spécialement le cas d'une donation directe. Or, dans notre espèce, il ne s'agit pas d'une donation directe. En vertu de l'assurance, ce n'est pas l'assuré, mais l'assureur qui s'oblige à l'égard des bénéficiaires ; la prestation dont bénéficiera l'enfant à naître ne sort pas du patrimoine de l'assuré. La question qui se pose reste donc uniquement celle de savoir s'il est impossible qu'une obligation prenne naissance avant qu'existe celui qui en sera créancier. Non certes, et nous en avons plusieurs exemples dans le Code lui-même (art. 1048 et 1082). Il n'est donc pas interdit de stipuler une assurance au profit d'une personne future (V. Dupuich, note, D. P. 1903.2.379, et 380. Cf. ci-dessus. p. 333 et s.).

2° **Rapports juridiques de l'assuré et du tiers bénéficiaire.** — Les rapports du souscripteur de la police et du tiers bénéficiaire peuvent se résumer en trois propositions :

A. — Le souscripteur de la police est libre de révoquer la désignation primitivement faite par lui ;

B. — Lorsque le tiers bénéficiaire a accepté le bénéfice du droit né à son profit, ce droit devient définitif, irrévocable ;

C. — Le tiers bénéficiaire est, suivant les cas, un donataire ou un ayant cause à titre onéreux de l'assuré.

A. — **Droit de révocation du souscripteur de la police.** — Le droit, pour le souscripteur de la police, de révoquer la désignation faite

par lui et de la remplacer par une autre est inhérent au contrat d'assurance sur la vie. En effet, comme nous l'avons dit, des événements qu'il ne saurait prévoir peuvent le contraindre à transporter à de nouveaux intéressés le bénéfice du contrat (prédécès du conjoint, d'un enfant, divorce, actes d'ingratitude), ou bien à tirer crédit de la police pour sortir d'une situation embarrassée.

La faculté de révocation se trouve du reste en accord avec la théorie de la stipulation pour autrui, par laquelle on explique le mécanisme de l'opération, car, d'après l'article 1121 du Code civil, celui qui a fait la stipulation peut la révoquer jusqu'à ce que le bénéficiaire ait déclaré vouloir en profiter.

Ce droit de révocation est un droit strictement personnel à l'assuré. Lui seul est juge des considérations qui peuvent en justifier l'exercice. Ni ses créanciers, ni ses héritiers ne peuvent donc prétendre l'exercer.

La Cour de cassation a cependant admis par deux arrêts, déjà anciens, il est vrai (Req., 22 juin 1859, D. P. 59.1.385, S. 61.1.151 ; 27 février 1884, D. P. 84.1.389, S. 86 1.422), que la faculté de révocation appartient, en général, aux héritiers du stipulant pour autrui ; mais jamais elle n'a été appelée à statuer à l'occasion de l'assurance sur la vie. Il est donc permis de présumer (V. note de M. Crépon, S. 88.1.123) que, dans la pensée de la Cour de cassation, le décès de l'assuré rend irrévocable le droit du bénéficiaire d'une assurance sur la vie (Cf. Bordeaux, 27 octobre 1908, D. P. 1910.2.56).

B. — **Acceptation du tiers bénéficiaire.** — L'acceptation du tiers bénéficiaire n'est pas constitutive du droit de créance qui existe au profit de celui-ci contre l'assureur. Ce droit est né au jour de la signature de la police ; l'acceptation ne fait que le consolider. Aussi, doit-on admettre que le tiers peut accepter, soit du vivant de l'assuré (par exemple, l'assuré contracte une assurance au profit d'un créancier qui accepte sur-le-champ), soit après son décès. Ce dernier cas est le plus fréquent.

L'acceptation rend irrévocable le droit du tiers ; l'assuré ne peut plus désormais le révoquer. Ceci est conforme à l'article 1121 et à la plus élémentaire équité. Le droit du tiers serait sans valeur, si, même après son acceptation, il était subordonné au bon plaisir de l'assuré.

C. — **Qualité du tiers bénéficiaire à l'égard du souscripteur de la police.** — Le tiers bénéficiaire peut être, suivant les cas, un donataire ou un ayant-cause à titre onéreux. Il est un donataire, s'il acquiert le droit stipulé à son profit, sans faire aucune contre-prestation au profit de l'assuré. Il est un ayant-cause à titre onéreux, si, au contraire, l'assurance a été souscrite pour le rembourser d'une créance dont l'assuré était son débiteur (Amiens, 4 août 1898, D. P. 1902.2.24 ; S. 1901.2.11 ; Douai, 16 janvier 1897, D. P. 97.2.425, note de M. Dupuich, S. 1901.2.9).

Mais quel est, dans le premier cas, l'objet de la donation ? Ce n'est certainement pas la somme versée par l'assureur au tiers, puisque cette somme ne sort pas du patrimoine de l'assuré. Le lien juridique qui unit ici

le donateur et le donataire présente cette particularité, qu'aucune valeur ne passe du patrimoine du donateur dans celui du donataire. Néanmoins, il y a certainement donation, mais *donation indirecte*. En effet, le donateur agit *animo donandi*, en vue de procurer un bénéfice purement gratuit au bénéficiaire, et il s'appauvrit en sa faveur des primes qu'il paye à l'assureur. *Ce sont ces primes qui représentent l'appauvrissement du disposant*, et, par conséquent, ce sont elles qui déterminent l'importance de la donation. Si donc le tiers bénéficiaire est obligé, comme héritier de l'assuré, de rapporter à sa succession la libéralité résultant de l'assurance conclue à son profit, la somme à rapporter sera déterminée par le montant des primes payées par l'assuré (V. Civ., 4 août 1908, D. P. 1909.1.185, note de M. Dupuich, S. 1909.1.5, note de M. Lyon-Caen).

Il pourrait arriver que le total des primes fût supérieur au capital assuré. Dans ce cas, c'est ce capital qui marquera la limite de la donation, car il ne peut y avoir donation que de ce que le donataire a reçu. Quand donc l'appauvrissement du donateur dépasse l'enrichissement du donataire, c'est ce dernier élément qui détermine le montant de la libéralité (Civ., 4 août 1908 précité ; 2 août 1909, D. P. 1910.1.328, S. 1910.1.540 ; Req., 30 mai 1911, D. P. 1912.1.172, S. 1911.1.560).

SECTION II. — Jeu et pari.

Règle fondamentale : Pas d'action pour le jeu et le pari. — *Le jeu* est un contrat par lequel les parties assurent à l'une d'elles un gain déterminé qui dépend du plus ou moins d'adresse ou d'agilité des joueurs, de leurs combinaisons, ou, dans une mesure plus ou moins large, du hasard. Même dans les jeux dits de hasard, roulette, baccarat, il y a toujours place pour certaines combinaisons. Même dans les jeux dits d'adresse ou de combinaisons, il y a une certaine place pour le hasard, car le meilleur joueur peut être desservi par les circonstances ou avoir une défaillance qui lui fasse perdre la partie.

Le pari est une convention par laquelle deux parties, l'une affirmant, l'autre niant un événement déterminé, assurent un gain déterminé à celle d'entre elles qui, vérification faite, se trouvera avoir eu raison.

La règle commune qui domine ces deux contrats (ce qui justifie leur réunion sous une même rubrique), est formulée dans l'article 1965. « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. » Néanmoins, ajoute l'article 1967, « dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ».

Nous avons indiqué plus haut (p. 68 et s.) la portée de cette règle. Nous avons vu que la loi refuse aux contrats de jeu et de pari de donner naissance à des *obligations civiles*, et cela à cause du caractère démoralisateur qui s'attache aux gains provenant d'une source pareille. Mais, en revanche, les dettes résultant d'un jeu ou d'un pari sont des *obligations natu-*

relles. C'est pour cela que le paiement volontaire ne peut pas être répété. Tel n'est pas cependant le système de la Jurisprudence. Celle-ci considère le jeu ou le pari comme un acte immoral qui ne peut être invoqué devant les tribunaux, ni comme cause d'obligation, ni comme motif de répétition. Et de là, la Jurisprudence tire deux conséquences intéressantes :

1° Tandis que la promesse de payer une obligation naturelle lie définitivement le débiteur, la Cour de cassation décide, au contraire, que les billets souscrits en reconnaissance d'une dette de jeu ou d'un pari, n'empêchent pas d'opposer l'exception de jeu au gagnant (Civ., 27 avril 1870, D. P. 70.1.258).

Cependant, il en serait autrement si le perdant avait souscrit un billet à ordre au gagnant, et si celui-ci l'avait endossé à un porteur de bonne foi qui en réclamerait le montant au souscripteur (Paris, 27 juillet 1896, D. P. 97.2.122). Mais cela tient au régime propre des billets à ordre, en vertu duquel les exceptions opposables au créancier ne le sont pas au porteur de bonne foi.

2° L'*exception de jeu*, opposable par le perdant à l'action du gagnant, est, vu les motifs qui l'ont dictée, d'ordre public. Elle doit donc être suppléée au besoin par le juge, et pourrait être opposée en tout état de cause, fût-ce, pour la première fois, devant la Cour de cassation (Civ., 15 novembre 1864, D. P. 65.1.224, S. 65.1.77 ; Paris, 13 mai 1873, D. P. 73.2.240).

Quel que soit le motif de l'article 1965, il faut admettre que la propriété de l'enjeu mis sur table est acquise au gagnant par le seul gain de la partie (Cass. crim., 26 février 1892, D. P. 92.1.472 S. 92.1.601 . En effet, dans ce cas, il y a eu paiement volontaire, fait d'avance. L'article 1967 doit donc s'appliquer.

Exceptions à l'inefficacité des dettes de jeu. — Le Code lui-même apporte une exception au principe de l'article 1967. Il décide (art. 1966) que « les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente ».

Cette exception tient, d'abord, à ce que l'intérêt public commande d'encourager les jeux de cette espèce, et, de plus, à ce que la part du hasard y est si faible qu'on ne peut, en bonne logique, leur appliquer la définition du jeu envisagé comme opération aléatoire. Ajoutons ici deux observations :

1° Il est inutile de dire — le texte de l'article 1966 est explicite en ce sens — que l'énumération du texte n'est pas limitative. Ainsi, il n'est pas douteux que le jeu de *foot-ball* rentre dans la catégorie des jeux favorisés par la loi. En est-il de même du jeu de *billard* ? Sur ce point il y a controverse et la Jurisprudence est contradictoire (Cf. Aix, 25 mai 1892, S. 93.1.19 ; - Paris, 10 juillet 1902, S. 1902.2.301).

2° La règle de faveur de l'article 1966 ne s'applique qu'à l'action des joueurs l'un contre l'autre, ou, ce qui revient au même, contre le *manager*

qui les représente l'un et l'autre. Ainsi, le champion de boxe à qui on refuserait de payer l'enjeu de la partie qu'il aurait gagnée, pourrait s'adresser aux tribunaux pour en réclamer le paiement. De même, les paris échangés entre joueurs, par exemple, entre propriétaires de chevaux engagés les uns contre les autres dans une course, peuvent donner naissance à une action en justice (Paris, 27 juillet 1896, D. P. 97.2.122).

Cependant, les tribunaux possèdent ici un certain pouvoir d'appréciation. L'article 1966, al. 2, dispose en effet qu'ils peuvent « rejeter la demande, quand la somme leur paraît excessive ». Mais les paris engagés entre personnes étrangères aux jeux de force et d'adresse, bien qu'ils le soient à propos de ces actes de sport, retombent sous le coup de l'article 1965 ; aucune action ne peut en résulter. Ainsi, les parieurs soit aux courses, soit aux jeux tels que la paume ou le tennis, autres que les propriétaires ou les joueurs, n'ont aucune action pour réclamer le gain qu'ils auraient fait, soit contre les perdants, soit contre les intermédiaires, tels que les agences de course ou les cercles, qui recueilleraient et contrôleraient les paris (Cass. crim., 16 mars 1905, D. P. 1905.1.533, S. 1905.1.424).

On notera ici qu'une législation spéciale (Loi du 2 juin 1891, modifiée par celles des 1er avril 1900 et 4 juin 1909) érige en délit le fait de servir d'intermédiaire aux parieurs de courses de chevaux. Par exception, il est concédé aux sociétés de courses régulièrement autorisées d'organiser *le pari mutuel* sur leurs hippodromes, en vertu d'une autorisation toujours révocable du Ministre de l'Agriculture, et sauf un prélèvement sur leurs recettes destiné à être employé en faveur de l'élevage ou réparti au profit d'œuvres de bienfaisance (Loi du 2 juin 1891, art. 5).

De l'exception de jeu en matière de marché à terme[1]. — Une des variétés les plus importantes et les plus dangereuses du jeu consiste dans les *jeux de bourse* qui s'effectuent sous forme de *marchés à terme*. On appelle ainsi des marchés intervenant entre spéculateurs, à la Bourse des valeurs ou à celle des marchandises, et dans lesquels le vendeur et l'acheteur stipulent, l'un qu'il ne livrera l'objet vendu, l'autre qu'il n'en prendra livraison, qu'à une date ultérieure.

Une telle convention apparaît comme très licite, comme indispensable même pour les industriels et les négociants qui veulent, soit régulariser l'écoulement de leur production, soit s'assurer le stock des matières nécessaires à leur fabrication. Mais il n'en est ainsi que lorsqu'il s'agit de marchés sérieux. Tels sont les *marchés fermes*, c'est-à-dire destinés, dans la pensée des contractants, à être exécutés purement et simplement au jour convenu, quelle que soit la baisse ou la hausse survenue à l'époque du terme. Même, l'insertion d'une clause de *prime*, c'est-à-dire la faculté accordée au stipulant d'abandonner le marché moyennant le paiement d'une prime, au cas où les cours lui deviendraient défavorables, ne modifie pas le caractère licite et parfois même bienfaisant des marchés à terme

1. V. Lacoste, *Explication de la loi du* 28 *mars* 1885 dans Rev. crit., 1889 ; note de M. Lacour, D. P. 99.1.5.

sérieux et sincères. Il n'y a nul inconvénient non plus à ce que les contractants, s'ils voient les circonstances et la situation du marché se modifier, conviennent d'abandonner leurs positions primitives et de régler l'opération par le simple versement d'une différence.

Mais on aperçoit aussitôt que, sous le couvert d'un marché à terme, il est facile à des spéculateurs de se livrer à de véritables *paris* sur les chances de hausse ou de baisse. Entre contractants de ce genre, dont les opérations portent généralement sur des quantités énormes, il est dès l'abord bien entendu ou plutôt sous-entendu qu'il n'y aura jamais livraison réelle, effective des titres de bourse ou des marchandises vendues et achetées. Tout, dans l'intention commune des contractants, doit se ramener, l'échéance arrivée, au paiement d'une différence.

Depuis longtemps le législateur s'est préoccupé de ces jeux de bourse et des dangers qu'ils entraînent. Des arrêts du Conseil du Roi en date de 1724, 1785, 1786, une loi du 28 vendémiaire an IV, l'article 422 du Code pénal, s'étaient efforcés de mettre obstacle à ceux des marchés à terme qui ne faisaient que couvrir un pari sur la hausse et la baisse. Au point de vue civil, la Jurisprudence, après avoir beaucoup et souvent varié, avait fini par se fixer en ce sens qu'il appartenait aux tribunaux, lorsque l'exécution d'un marché à terme était réclamée devant eux (en général par l'agent de change, le coulissier, ou autre intermédiaire), de décider, par une appréciation souveraine des faits de la cause, si l'on se trouvait en présence d'un *marché réel*, c'est-à-dire ayant été contracté en vue d'une livraison effective de titres ou de marchandises, ou d'un *marché fictif*. Dans le premier cas, ils devaient repousser l'exception de jeu, l'admettre au contraire dans le second (Req., 21 août 1882, D. P. 83.1.258, S. 84.1.425).

Cette jurisprudence avait suscité les plus vives réclamations de la part des agents de change et des coulissiers. Elles aboutirent, à une époque où l'influence de la finance sur le Parlement, toujours si redoutable dans les démocraties, se faisait particulièrement sentir, à la loi du 28 mars 1885, rapportée par M. Naquet au Sénat, loi dont l'article 1er est ainsi conçu : « Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. — Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »

Théoriquement, cette loi n'a pas, cela nous paraît certain, répondu entièrement à l'attente de ses promoteurs, ni supprimé complètement l'exception de jeu en matière de marchés à terme ou à livrer. Elle a seulement restreint le domaine de l'exception. En principe, elle laisse subsister la distinction entre les *marchés réels* et les *marchés fictifs*. Ceux-ci restent de simples *paris* soumis à l'article 1965 et à l'exception de jeu. Et il n'est pas douteux qu'on doit considérer comme tels les marchés qui, *au moment de leur passation*, sont destinés, d'après la volonté des parties, à se résoudre par le paiement d'une simple différence. C'est pour consacrer cette solution que le Sénat a substitué au texte initial qui lui était proposé « lors même

qu'ils *devraient* se résoudre », le texte définitif ainsi conçu : « lors même *qu'ils se résoudraient*, etc... » La distinction antérieurement établie par la Jurisprudence est en somme maintenue.

Sur quoi donc a porté l'innovation de la loi de 1885 ? Uniquement sur la *preuve* à administrer en justice. Nous avons vu qu'avant 1885, les tribunaux appréciaient si le marché était réel ou fictif. Ils pouvaient fonder leur appréciation *sur tous les éléments de conviction possibles*, y compris la simple présomption tirée des habitudes des parties, ce qui était conforme au droit commun, d'après lequel les détours et simulations employés pour faire fraude à la loi peuvent s'établir par tous les moyens. Depuis la loi de 1885, il y a, au contraire, une *présomption de réalité, de sincérité*, établie par la loi en faveur de tout marché à terme.

Mais quels sont au juste les caractères, la force de cette présomption ? Là-dessus les avis ont beaucoup varié.

D'après un premier système, cette présomption de légalité pourrait être combattue *par toute preuve contraire* (V. notes de MM. Labbé, S. 86.2.1 ; Sarrut, D. P. 85.2.121 ; Paul Pic, D. P. 97.1.177 ; Wahl, S. 95.2.257 ; Paris, 30 juin 1894, D. P. 95.2.52, S. 95.2.257 ; 15 et 19 décembre 1896, D. P. 97.2.291 ; S. 97.2.69). Mais cette opinion est, en Jurisprudence, tenue pour inexacte, bien qu'elle soit la plus conforme à la moralité publique et aux principes généraux du Droit. Elle aboutirait en effet à rendre la loi de 1885 lettre-morte.

L'opinion de la Cour de cassation — et les travaux préparatoires militent en ce sens — est que la présomption de la régularité des marchés à terme peut être combattue, mais seulement au moyen de la production d'une *preuve écrite*, établissant chez les contractants, *dès le moment de leur contrat*, la volonté commune qu'il n'y ait jamais livraison de titres ou de marchandises, mais simple paiement de différences (Paris, 12 mars et 23 juillet 1896, D. P. 96.2.528, S. 97.2.69 ; Rouen, 5 mai 1897, sous Req., 19 mars 1900, D. P. 1901.1.437, S. 97.2.238 ; Cf. Civ., 22 juin 1898, D. P. 99.1.5, S. 98.1.313 ; Req., 1e août 1904, D. P. 1904.1.583, S, 1905.1.79). On conçoit, dès lors, que, la rédaction d'écrits de ce genre étant en fait extrêmement rare, la loi de 1885 aboutit le plus souvent à la suppression pure et simple de l'exception de jeu en cas de marchés à terme.

Autres exceptions opposables par le perdant. — La loi de 1885 n'a pas touché à d'autres exceptions que la Jurisprudence accordait et accorde encore, en certains cas, à un spéculateur malheureux.

L'une est l'exception dite de *coulisse*. Elle repose sur l'institution du *monopole des agents de change*, et permet de repousser la demande du coulissier qui a servi d'intermédiaire à des négociations portant sur des valeurs admises à la côte officielle. Ces valeurs, en effet, ne peuvent être régulièrement négociées que par l'entremise des agents de change.

L'autre exception, dite de *contre partie*, peut être opposée aux intermédiaires (coulissier, commissionnaire, etc...), qui, chargés d'effectuer une opération pour un client, l'auraient passée avec lui pour leur propre

compte, au lieu de la faire pour le compte d'un tiers. La Jurisprudence considère que de tels agissements, contraires au rôle normal et apparent de l'intermédiaire, font peser sur l'opération, à moins d'avoir été spécialement autorisés par une clause du contrat, une présomption de fraude, le contrepartiste étant trop souvent enclin à jouer à coup sûr en fournissant de faux renseignements au client contre lequel il spécule (Paris, 16 juin 1900 sous Cass., D. P. 1902.1.316, S. 1903 1.209 ; Civ., 6 mai 1902, D. P. 1903.1. 99, S. 1903.1.220 ; note de M. Lacour, D. P. 1905 1.65). D'où la possibilité pour le client de tenir le contrat pour nul et de se refuser à payer ses différences.

SECTION III. — Constitution de rente viagère (art. 1968 à 1983).

Constitution à titre gratuit et à titre onéreux. — Il résulte de la définition même des contrats aléatoires que la constitution de rente viagère ne rentre dans cette catégorie qu'autant qu'elle est faite *à titre onéreux*. Lorsqu'elle est faite *à titre gratuit*, c'est-à-dire sans que le crédit rentier ait rien fourni en échange de la rente dont il bénéficiera, le contrat n'est pas un aléatoire, c'est une *donation*. De plus, la constitution de rente viagère peut résulter et résulte souvent en fait, non pas d'un contrat, mais d'un *testament*.

Ce point de vue est bien celui auquel se placent les textes relatifs aux constitutions de rente à titre gratuit, textes que, par une évidente erreur de méthode, les rédacteurs du Code ont intercalés sous la rubrique des contrats aléatoires. Les articles 1969 et 1970 décident en substance que ces constitutions sont soumises aux règles *de fond* relatives aux donations et testaments. Ainsi, elles peuvent faire l'objet d'une réduction lorsqu'elles portent atteinte à la réserve des héritiers réservataires du constituant (art. 1970). Pour ce qui est plus spécialement des *règles de forme* des libéralités, il y a lieu de distinguer.

Tantôt, la constitution de rente viagère est faite directement par le constituant à sa propre charge ou à celle de ses héritiers ; c'est le constituant lui même ou ses héritiers qui feront le service des arrérages. Dans ce cas, il y a donation directe ou legs, et la forme de ces actes doit être respectée (art. 1969).

Tantôt, au contraire — et c'est là l'hypothèse le plus fréquente — le service de la rente devra être assuré par un tiers, généralement une compagnie d'assurance sur la vie, à qui le constituant fournit un capital à cet effet. En ce cas, nous nous trouvons en présence d'une donation *indirecte* qui, à ce titre, échappe aux règles de forme des donations. Dès lors, il n'y aura pas besoin de l'intervention d'un notaire pour la régularité du contrat (art. 1973, 2e al.).

Ajoutons que, même dans le cas où le constituant s'engage, lui et ses héritiers, à servir personnellement la rente viagère, on trouve des décisions qui dispensent le titre des conditions de forme des donations, lorsque la

libéralité présente un caractère *rémunératoire*, par exemple quand elle est destinée à rémunérer les longs et loyaux services d'un domestique. En ce cas il y a, non pas donation, mais paiement d'une obligation naturelle (Paris, 8 novembre 1891, D. P. 94.2.191).

Pour en finir avec la constitution de rente à titre gratuit et ses différences avec la constitution à titre onéreux, signalons une disposition importante, celle de l'article 1981, aux termes duquel « la rente viagère ne peut être stipulée insaisissable, que lorsqu'elle a été stipulée à titre gratuit ». D'après l'article 581-4° du Code de procédure, cette stipulation est même sous-entendue dans les constitutions gratuites faites *à titre d'aliment*. Ajoutons que, d'après la Jurisprudence, il faut appliquer la même solution aux stipulations d'incessibilité (Paris, 5 avril 1905, D. P. 1905.2.225, S. 1905.2.297).

Cette différence entre les constitutions à titre onéreux et celles à titre gratuit se justifie d'elle-même. Les créanciers d'un donataire ne peuvent se plaindre que celui-ci reçoive des biens insaisissables. Leur gage n'est pas diminué, puisque leur débiteur n'a rien fourni en échange de la rente qui lui est désormais assurée. Au contraire, on ne saurait admettre qu'un débiteur ait le droit de détourner une partie du gage de ses créanciers, pour se ménager des ressources viagères soustraites à leur droit de saisie. Une telle opération est *à priori*, et par définition même, frauduleuse.

Notons cependant que les rentes viagères constituées au moyen de versements à la Caisse nationale des retraites sont incessibles et insaisissables jusqu'à concurrence de 360 francs (Loi du 20 juillet 1886, art. 8). Il y a là une exception qui s'explique par la modicité de la portion insaisissable et par des considérations d'humanité.

Conditions de formation du contrat de rente viagère. — La rente viagère peut être constituée à titre onéreux de deux façons (art. 1968) :

1° Tantôt, moyennant une somme d'argent ;

2° Tantôt, moyennant l'aliénation d'un corps certain, mobilier ou immobilier.

Dans le premier cas, le contrat se rapproche du *prêt*. Dans le second, c'est une variété de *vente* ou d'*échange*. D'où cette différence que, dans le premier cas, le contrat ne se forme que *re*, c'est-à-dire par la remise de la somme convenue, et qu'étant unilatéral, il peut être constitué par un acte sous seing privé dressé en un seul original, tandis que, dans le second cas, le contrat se forme dès l'échange des consentements, et requiert la rédaction d'un écrit en double original (art. 1325). De plus, le paiement de la rente sera garanti par le privilège du vendeur (art. 2102, 4°, 2103, 1°) ; enfin, le crédirentier sera garant du débirentier, si celui-ci vient à être évincé de la chose reçue par lui.

Notons que, lorsque la constitution de la rente viagère est faite comme contre-partie d'un prêt d'argent, elle présente cette particularité qu'elle échappe, vu son caractère aléatoire, à la limitation du taux de l'intérêt conventionnel (art. 1976).

Généralement, la rente viagère est constituée sur la tête du rentier, et dure

autant que la vie de celui-ci. Quelquefois, elle est constituée sur la tête de deux ou plusieurs personnes, et reversible sur celle du survivant (art. 1972). Enfin, l'article 1971 nous dit qu'on pourrait la constituer sur la tête d'un tiers autre que le rentier, de telle façon qu'elle cessât d'être due à la mort de ce tiers. Mais il y a là une combinaison que la pratique ignore absolument.

Conditions spéciales des articles 1974 et 1975. — Aux termes des articles 1974 et 1975, » tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet ». « Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. » Cette seconde disposition nous vient, comme du reste, la première, de l'ancien Droit, avec cette seule différence que, pour nos anciens auteurs, le délai durant lequel devait mourir le crédirentier, pour rendre le contrat nul, était abandonné à l'appréciation des magistrats (Pothier, *Constitution de rente*, n° 225 ; Merlin, *Répertoire*, V° *Rente viagère* n° 3). Le Code a établi un délai fixe, et il est certain que ce délai est de rigueur. Il y a là une présomption absolue. Si le crédirentier mourait le vingt et unième jour, le contrat resterait parfaitement valable (Trib. Seine, 9 mars 1903, *Gaz. Trib.*, 1er août 1903).

Mais quels sont au juste le fondement et le caractère de la nullité prononcée par les articles 1974 et 1975 ?

En ce qui concerne le premier de ces textes, c'est-à-dire le cas où le crédirentier est décédé au jour du contrat, on a toujours admis, aussi bien dans notre ancien Droit (V. Pothier *loc. cit.* n° 224) que de nos jours, que le contrat est nul pour *défaut de cause*, puisque l'obligation contractée par chaque partie avait pour équivalent, comme dit l'article 1104, une chance de gain ou de perte qui en réalité n'existait pas (Capitant, *De la cause des obligations*, n° 100 ; *contra*, note de M. Planiol, D. P. 1905.1.89).

Quant au cas prévu par l'article 1975, celui dans lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat, Pothier expliquait autrement la raison de la nullité (*op cit.*, n° 225) Ici, disait-il, le contrat est nul « parce qu'il y a erreur sur la qualité substantielle de la chose, car la rente que le constituant se proposait de vendre et que l'autre partie se proposait d'acheter était une rente sur la tête d'une personne en santé, et non une rente sur la tête d'un moribond, qui n'était d'aucune valeur ». Mais les rédacteurs du Code ont repoussé cette explication ; l'article 1975 commence, en effet, par ces mots « Il en est de même », qui prouvent que la nullité est, dans ce cas comme dans le précédent, fondée sur l'absence d'aléa, c'est-à-dire sur le défaut de cause des obligations des deux parties. Et ce système est plus exact que celui de Pothier. Car, lorsque le crédirentier est moribond au moment du contrat, il n'y a pas vraiment chance de gain ou de perte.

Il n'est pas sans intérêt de choisir entre l'une ou l'autre des deux explications ci-dessus. Voici les intérêts pratiques engagés dans la question :

1° La nullité de l'article 1975 est *absolue*, si elle repose sur l'absence de

cause, tandis qu'elle est *relative*, si elle est fondée sur une présomption d'erreur. Nous devrons donc décider, vu le système adopté par les rédacteurs du Code, que l'action en nullité est absolue et que, en conséquence, elle se prescrira par trente ans et non par dix ans, et pourra être invoquée par les deux contractants.

2° Dans le système de la présomption d'erreur, la nullité de l'article 1975 doit être écartée, si celui qui fournissait l'équivalent de la rente, a en fait connu la maladie de la personne sur la tête de qui il la constituait ; l'acte vaudra alors à tout le moins comme donation deguisée faite au profit du débirentier. Dans l'autre système, la nullité ne devra pas moins être prononcée. La connaissance de la situation par le contractant ne fait pas que le contrat ait eu un objet ou une cause. C'est en ce deuxième sens que s'est prononcée la Jurisprudence (Angers, 29 juin 1897, D. P. 1901.2.369. S. 1900.2.273).

3° Dans le système de la présomption d'erreur, la règle de l'article 1975 s'applique aussi bien aux constitutions de rente à titre gratuit qu'aux constitutions à titre onéreux. Au contraire, dans l'autre système, le *défaut de cause* résultant de l'absence d'aléa dans le contrat, il faut, pour qu'il y ait lieu à application de la nullité, qu'on se trouve en présence d'un contrat aléatoire, c'est-à-dire d'une constitution de rente à titre onéreux. La Jurisprudence est en ce sens : elle décide que l'article 1975 ne s'applique pas aux constitutions à titre gratuit (Req., 17 février 1904, D. P. 1904.1.526, S. 1904.1.335).

Une dernière question se pose à propos de l'article 1975. C'est de savoir s'il faut l'appliquer au cas où la rente est établie sur la tête de deux ou de plusieurs personnes, et où un seul d'entre les crédirentiers est mort dans les vingt jours de la convention. Nous croyons qu'il y a lieu de distinguer. La rente était-elle réversible pour le tout sur la tête du survivant, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu à nullité. Le caractère aléatoire du contrat subsiste suffisamment. Mais nous donnerons une solution contraire dans l'hypothèse où la part de rente attribuée au défunt n'est pas réversible sur la tête du survivant (V. Civ., 14 novembre 1904, D. P. 1905.1.89, S. 1905.1.5, note de M. Lyon Caen).

Service de la rente. — Les arrérages des rentes viagères, étant des fruits civils, s'acquièrent au jour le jour. D'où l'article 1980 tire cette conséquence que la rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu. Néanmoins, ajoute ce texte, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé, est acquis du jour où le paiement a dû en être fait.

Naturellement, et l'article 1983 qui le décide était inutile, le titulaire de la rente viagère n'en peut réclamer les arrérages qu'en justifiant de son existence, ou de celle de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. Le mode de preuve usité en ce cas est la production d'un *certificat de vie*, délivré par un notaire, par le maire ou par le président du tribunal (Loi 6 mars 1791 ; Ordonnance 6 juin 1839, art. 1).

Différences entre les rentes viagères et les rentes perpétuelles. — Il y a, entre les rentes perpétuelles (V. notre t. Ier, p. 701) et les rentes viagères, des différences importantes.

1° *Quant à la faculté de rachat.* — On se souvient que les rentes perpétuelles sont toujours *rachetables* (art. 1911). Au contraire, l'article 1979 porte que « le constituant (d'une rente viagère) ne peut se libérer du paiement de la rente en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés ; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente. »

2° *Quant au taux de la rente.* — Nous avons vu que la rente viagère est soustraite, quant à son montant, à la limitation du taux de l'intérêt conventionnel établie par la loi du 3 septembre 1807. Au contraire, les rentes perpétuelles constituées à prix d'argent sont soumises à ce maximum légal.

3° *Quant à la résolution du contrat.* — Nous avons vu précédemment (*supra*, p. 349) que la constitution de rente perpétuelle est soumise au droit commun quant à la résolution pour cause d'inexécution des conventions. Tout au plus, l'article 1912 y apporte-t-il cette dérogation que, pour entraîner résolution, le défaut de paiement des arrérages doit s'être prolongé pendant deux années.

Pour ce qui est de la constitution de rente viagère, il y a lieu de distinguer.

A. — Le manquement du débirentier à ses obligations consiste-t-il en ce qu'il n'a pas fourni au crédirentier les *sûretés stipulées* pour la garantie du service de la rente, alors le droit commun s'applique, et le crédirentier peut demander la résolution du contrat (art. 1977). Cette résolution entraînera la restitution du capital ou de la chose fournie au débirentier. En revanche, le crédirentier devra rembourser les arrérages déjà reçus.

B. — Le manquement à l'obligation consiste-t-il dans le *défaut de paiement des arrérages*, l'article 1978 écarte l'action en résolution ; il décide que le crédirentier ne peut « demander le remboursement du capital ; il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ». Malheureusement, cette disposition, dictée par une pensée de faveur pour le rentier, se retourne contre lui, lorsque, le débirentier étant insolvable, il se trouve exposé au concours des autres créanciers. L'action en résolution l'aurait fait échapper à ce concours.

La disposition de l'article 1978 n'étant pas d'ordre public, il est certainement loisible aux contractants d'insérer dans le contrat cette clause que le défaut de paiement des arrérages entraînera résolution. De plus, qu'il y ait ou non résolution, le crédirentier a certainement droit à réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice qui lui cause la cessation du service des arrérages. Et ces dommages-intérêts peuvent être fixés d'avance, comme

le permet le droit commun, par la convention des parties (V. Dijon, 9 décembre 1903, S. 1907.2.73, note de M. Demogue).

4° *Contrôle de l'Etat.* — Les constitutions de rente perpétuelle, très rares en fait, se font librement et sans contrôle. Au contraire, les constitutions de rente viagère ne sont libres que quand elles sont contractées entre particuliers. Effectuées par des *sociétés* (ce qui est le cas le plus fréquent), elles tombent sous le coup de la loi du 17 mars 1905 qui établit un contrôle et une surveillance de caractère administratif, sur les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine. Cette loi, qui organise pour le crédirentier une protection autrement efficace que celle de la loi de 1807 sur la limitation du taux de l'intérêt légal, soumet, notamment, à un contrôle organisé par le Ministère du Travail le taux des rentes et les tables de mortalité sur lesquelles les compagnies se fondent pour fixer ce taux, lequel cesse ainsi de dépendre du jeu de l'offre et de la demande.

Du bail à nourriture[1]. — *Le bail à nourriture* est un autre contrat *à fonds perdu* qui présente de grandes analogies avec le contrat de constitution de rente viagère. Il consiste en ce qu'une personne, recevant d'une autre un capital ou un bien déterminé, s'oblige à la loger, nourrir et entretenir sa vie durant. Ce contrat, que l'on rencontre en fait assez fréquemment à la campagne entre des parents âgés et leurs enfants, est soumis au droit commun ; il échappe dès lors aux règles spécifiques qui caractérisent la constitution de rente viagère, notamment aux articles 1975 et 1978. Ainsi, il n'est pas annulé lorsque le stipulant vient à mourir dans les vingt jours d'une maladie existant déjà au moment du contrat. Et, au cas où le débiteur manquerait à exécuter son obligation de nourrir et loger le stipulant, ce dernier pourrait exercer l'action en résolution de l'article 1184 (Rennes, 21 mai 1883, D. P. 84.2.130, S. 85.2.184 ; Grenoble, 19 février 1907, S. 1907.2.230.

[1] Jalou, *Du bail à nourriture.* Thèse Paris, 1960.

CHAPITRE V

MANDAT ET GESTION D'AFFAIRES

SECTION I. — Du mandat (art. 1984 à 2010).

§ 1. — Généralités.

Définition du mandat. — « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. — Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » (art. 1984).

Cette définition de l'article 1984 correspond à la façon dont se conclut ordinairement dans la pratique le contrat de mandat. Le mandant donne au mandataire un pouvoir écrit, lequel porte le nom de *procuration*, lui enjoignant d'accomplir en son lieu et place, et généralement en son nom, une ou plusieurs opérations juridiques. Ordinairement, cette procuration ne contient pas l'acceptation du mandataire ; elle ne constate donc pas la formation du contrat ; l'acceptation sera tacite, et résultera du fait, de la part du mandataire, d'accomplir les actes dont il a été chargé (art. 1985, 2e al.).

Le mandataire représente-t-il toujours le mandant ? — A lire l'article 1984, on croirait que le mandataire agit toujours comme représentant, c'est-à-dire au nom du mandant [1]. Mais, si c'est là un caractère *ordinaire* de notre contrat, ce n'en est pas un caractère *essentiel*, bien qu'on l'ait quelquefois prétendu. Rien n'empêche les parties de décider que le mandataire traitera avec les tiers en son nom propre, et sans leur faire connaître sa véritable qualité. Sans doute, en pareil cas, c'est lui qui s'obligera et deviendra créancier, tandis que, quand il agit comme représentant, les rapports juridiques se forment directement entre le mandant et les tiers. Mais, qu'il traite en l'une ou l'autre qualité, cela ne modifie pas le caractère du contrat qui s'est formé entre lui et le véritable intéressé ; ce contrat est toujours un mandat [2].

1. Sur la représentation, ses caractères distinctifs, sur sa nature juridique, voir notre t. Ier, p. 88 et s. ; René Demogue, *Traité des obligations*, t. 1, p. 173 et s. ; Popesco Ramnicenao, *La représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse, Paris, 1927.

2. Un arrêt de la Chambre civile du 14 avril 1886 (D. P. 86.2.220 (1er arrêt), S. 87 1 76) semble contraire à notre opinion. Il déclare que le caractère essentiel du mandat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant ; mais il résulte de l'espèce réglée par cet arrêt qu'il prend ces mots comme synonymes de *pouvoir d'agir pour le compte du mandant*. En effet, il s'agissait dans l'espèce, de dire si l'agent d'une compagnie de chemins de fer qui avait exécuté un ordre à lui donné, avait agi comme employé de la compagnie, en vertu du contrat de travail qui l'unissait à elle, ou comme son mandataire.

Il est rare, il est vrai, qu'en matière civile, le mandataire ne fasse pas connaître sa qualité aux tiers. En effet, en la leur révélant, il évite de s'engager personnellement. Pourtant, le mandant peut avoir intérêt à ne pas faire savoir aux tiers que l'opération est conclue pour son compte. On dit alors qu'il y a convention de *prête-nom*[1].

Dans les opérations commerciales, au contraire de ce qui se passe habituellement en matière civile, le mandataire ou commissionnaire s'engage presque toujours personnellement, sans indiquer le nom de son commettant (art. 94, C. com.). Cette façon de procéder est, en effet, plus commode pour les vendeurs qui n'ont pas à s'inquiéter de la solvabilité des acheteurs, lesquels se trouvent sur d'autres places, quelquefois dans d'autres pays. Le plus souvent ils ne veulent avoir affaire qu'au commissionnaire, dont ils connaissent la solvabilité, l'honorabilité. Enfin, le commissionnaire a intérêt également à ne pas dévoiler à son commettant le nom de ses clients. De cette façon, il évite que, pour l'avenir, on ne se passe de son intermédiaire.

En résumé, on voit qu'il peut y avoir mandat sans représentation, de même aussi qu'il peut y avoir représentation sans mandat (représentation légale, gestion d'affaire).

Mandat gratuit ; mandat salarié. — L'article 1986 dispose que le mandat est *gratuit*, s'il n'y a convention contraire.

D'après la conception traditionnelle, le *mandat* est, en effet, *un contrat de bienfaisance ;* le mandataire agit pour rendre service au mandant, et non poussé par un mobile intéressé. Le Droit romain ancien décidait même qu'aucun salaire ne pouvait être stipulé par le mandataire. Pourtant, à la fin de l'époque classique, on admettait que les parties pouvaient convenir d'avance d'une rémunération (*salarium, honor*), et que le mandataire pouvait en exiger judiciairement le paiement. L'action qui lui était donnée à cet effet n'était pas l'action *mandati*, mais une *persecutio extra ordinem.* Le magistrat avait le droit de modifier le montant de l'allocation convenue, de même qu'il pouvait en allouer une en l'absence même de toute convention.

Cette doctrine s'est conservée au cours des siècles, et l'article 1886 reproduit la règle traditionnelle.

D'après ce texte, le mandataire n'a droit à une rémunération qu'autant qu'elle a été convenue. C'est donc à lui à en faire la preuve, et à défaut de cette preuve, il ne pourra exiger aucun émolument (Req., 1er décembre 1891, D. P. 92.1.209, S. 93.1.497 ; 15 juillet 1896, D. P. 96.1.561, S. 97.1.269). Il n'est pas nécessaire, du reste, que cette convention ait fait l'objet d'une déclaration expresse ; elle peut être tacite, c'est-à-dire résulter, soit de la profession du mandataire, soit des circonstances mêmes dans lesquelles le mandat a été donné. En fait, le mandat salarié est plus fréquent que le mandat gratuit. Il y a, en effet, des personnes dont la profession consiste à faire des actes pour le compte d'autrui. Tels sont les avoués qui sont les représentants légaux des parties pour tous les actes de la procédure, les huissiers dont la fonction consiste à rédiger certains actes, à les signifier et

1. Cons. Lerebours-Pigeonnière, Thèse Caen, 1898.

à les exécuter, les avocats, les agents d'affaires, les agents de change, les banquiers qui se chargent d'ordres de bourse, du paiement des coupons, etc. De même, il est d'usage que les administrateurs des sociétés anonymes, représentants des actionnaires, touchent une rémunération.

Droit d'appréciation des tribunaux sur le chiffre de la rémunération du mandat salarié. — De l article 1986 qui proclame la gratuité du mandat, la Jurisprudence a déduit une fort intéressante solution, déjà admise du reste par les jurisconsultes romains. Elle consiste en ce que les tribunaux s'arrogent le droit de réviser la rémunération stipulée par le mandataire et acceptée par le mandant, lorsque celui-ci démontre qu'elle est exagérée et excède de beaucoup les services rendus. Les tribunaux trouvent un argument en faveur de leur intervention dans le deuxième alinéa de l'article 1999. Ce texte, parlant à la fois des avances faites par le mandataire et de ses salaires, décide que le mandant ne peut se dispenser d'en faire le remboursement et le paiement, lors méme que l'affaire n'aurait pas réussi. Puis il ajoute, ne visant plus cette fois que les avances : « le mandant ne peut faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ». Cette dernière disposition, qui ne concerne plus que les avances, prouve, dit-on, qu'au contraire les salaires peuvent être réduits quand ils sont excessifs

Cette solution, consacrée par une longue suite de décisions, mérite d'autant plus d'être relevée, qu'en toute autre matière, nous l'avons vu, la Jurisprudence se montre profondément respectueuse du principe que les conventions sont la loi des parties (art. 1134), et applique des clauses, quelquefois injustes et abusives, du moment qu'elles ont été stipulées au moment du contrat. La Doctrine presque tout entière s'est élevée contre l'atteinte que les tribunaux portent ici aux principes, mais ses critiques sont demeurées sans écho, parce que, aux yeux des tribunaux, la rémunération du mandataire n'a de raison d'être qu'autant qu'elle est proportionnée au service rendu, le mandat étant en principe un acte désintéressé (Civ., 29 janvier 1887, D. P. 67.1.53, S 67.1.245 ; Req., 12 décembre 1911, D. P. 1913. 1.129, note de M. Feuilloley, S. 1912.1.374 ; 11 mars 1913, D. P. 1913.1.408, S. 1913.1,240).

Distinction entre le mandat d'une part et le contrat de travail ou louage de services et le louage d'ouvrage (locatio operis) de l'autre. — Cette distinction, nous l'avons déjà signalé en traitant du louage d'ouvrage (p. 564 et s.), est souvent délicate à faire. Elle présente de nombreux intérêts (v. p. 565) auxquels il y a lieu d'ajouter les suivants :

1° Lorsque plusieurs personnes donnent un mandat pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers le mandataire (art. 2002). Ainsi le notaire, s'il est considéré comme un mandataire, aura une action solidaire contre les personnes qui l'ont chargé de faire, pour leur compte commun, une opération. Il n'y aura pas, au contraire, solidarité, si on décide que le notaire est un *locator operis*.

2° Lorsqu'il y a mandat salarié, les tribunaux s'arrogent le droit, nous l'avons vu, de réduire le montant du salaire promis au mandataire, s'ils jugent qu'il dépasse la valeur des services rendus. Dans le louage de service et dans celui d'ouvrage au contraire, la convention fait la loi des parties.

3° Le mandataire, qui traite au nom du mandant, ne s'oblige pas personnellement, tandis que le *locator operis* s'engage personnellement envers les tiers par les actes qu'il fait avec eux.

On a proposé bien des critériums. Certains doivent être purement et simplement écartés comme celui d'après lequel le mandat aurait pour objet l'accomplissement d'*actes juridiques*, tandis que le louage de services consisterait à faire des actes non juridiques, plaider, faire les plans d'une maison, chercher un placement de fonds, etc. Cette dernière distinction est contredite par l'article 1984, 1er alinéa, qui définit le mandat d'une façon plus large, et dit qu'il consiste dans le *pouvoir de faire quelque chose* pour le mandant.

En réalité, *entre le mandat et le contrat de travail*, la différence consiste en ce que le contrat de travail établit une subordination du salarié à l'employeur auquel appartient la direction du travail, tandis que le mandataire conserve son indépendance, la liberté de conduire comme il l'entend l'affaire dont il s'est chargé. Economiquement, il convient d'ajouter que le contrat de travail absorbe ordinairement l'activité entière du salarié et le place ainsi dans la dépendance de son patron ; le mandat, au contraire, n'a pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées.

Au surplus, il peut y avoir en même temps mandat et contrat de travail. Un employé peut agir dans tel cas comme salarié, dans tel autre comme mandataire de son patron (V. Civ. 24 juillet 1900, D. P. 1905.1.261, S. 1901.1.9, note de M. Tissier. Voir, au sujet des agents d'assurances et de leur rapport avec les compagnies qui les emploient, Toulouse, 16 novembre 1887, D. P. 88.1.611, S. 83.2.28; Req. 26 octobre 1891, D. P. 92.1.411. S. 92.1.551)[1].

La distinction *entre le mandat et le louage d'ouvrage* ou *locatio operis* est plus difficile à faire, car le *locator operis* conserve son indépendance dans l'accomplissement de son travail comme le mandataire. Il convient, comme nous l'avons dit, de s'attacher à l'idée de *représentation*. Le man-

1. La loi du 16 décembre 1927, décide que l'article 1780 s'applique au contrat passé entre les compagnies d'assurances et leurs agents. Ceux-ci, ayant droit à des dommages-intérêts en cas de résiliation abusive de leur engagement, ne sont donc pas des mandataires. Le contrat qui les lie à la compagnie est, à ce point de vue, assimilé à un contrat de travail.

dataire représente le mandant, le *locator operis*, en principe, ne représente pas le maître de l'ouvrage qu'il s'est engagé à accomplir (Civ. 14 avril 1886, 1er arrêt, D. P. 86.1.220, S. 87.1.76).

Ni les notaires, ni les avocats ne sont donc des mandataires. L'avoué, au contraire, en est un, car il représente son client. Il en est de même de l'architecte, qui dans ses rapports avec l'entrepreneur, parle et contracte au nom du client (Civ. 3 novembre 1926, D. P. 1927.1.77).

En ce qui concerne les avocats, la jurisprudence marque cependant quelque hésitation. Elle semble parfois les considérer comme des mandataires (Agen, 4 mai 1889, D. P. 90.2,281, note de M. Glasson, S. 89.2.139). Mais un arrêt de la Cour de Cassation du 19 décembre 1899 se prononce en sens contraire (D. P. 1900.1.105, note de M. Claro, S. 1901.1.275, note de M. Wahl, v. également Labbé, note S. 93.1.497).

Quant aux médecins, ils sont liés par un contrat de *locatio operis* et non par un contrat de travail, et cela même quand ils reçoivent de la maison qui les emploie à soigner son personnel une rémunération fixe annuelle: aucun lien de subordination ne les attache en effet à la maison (Civ. 3 mars 1926, D. P. 27.1.93, note de M. Falcimaigne).

§ 2. — Conditions de formation du mandat.

1° Consentement des parties. Procuration authentique. — Le mandat est un contrat consensuel. Il n'est donc soumis à aucune forme; il peut être donné par écrit ou verbalement. Mais la preuve testimoniale n'en est reçue que dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire sous les restrictions prescrites par les articles 1341 et 1347 (art. 1985, C. civ.).

Il arrive fréquemment, nous l'avons déjà dit, que la procuration donnée au mandataire ne porte que la signature du mandant. Le mandataire accepte tacitement, en exécutant l'acte dont il est chargé. L'écrit ne forme, en ce cas, qu'un commencement de preuve ; le contrat n'est conclu qu'après son exécution.

Lorsque le mandat a pour objet d'accomplir un acte authentique, la procuration doit, en principe, être donnée dans la même forme, c'est-à-dire devant notaire. En effet, l'authenticité étant requise par la loi dans l'intérêt des contractants, pour appeler leur attention sur l'acte, il est logique d'exiger que le mandant, qui veut passer un acte solennel, manifeste de la même façon son intention de le faire accomplir par un mandataire. La loi fait maintes applications de cette idée qu'il faut, sans aucun doute, généraliser (voir articles 36, pour les actes de l'état civil, 66 pour les actes d'opposition à mariage, 933 pour l'acceptation d'une donation ; 9 de la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, modifié par la loi du 12 août 1902).

A la règle il convient d'apporter cependant une dérogation, pour les cas dans lesquels la raison ci-dessus donnée cesse d'être vraie. Il y a des hypothèses en effet, où la solennité est requise, non plus pour protéger les contractants, mais uniquement pour prévenir les tiers, ou dans leur intérêt.

Il en est ainsi du cas où un débiteur *emprunte des fonds* en vue de payer son créancier, et *subroge le prêteur* dans les droits de celui-ci, conformément à l'article 1250-2° ; ici, l'acte authentique a pour but exclusif de protéger les tiers. Donc le mandat donné par le débiteur d'emprunter et de payer le créancier n'a pas besoin d'être constaté par acte authentique (Civ., 5 août 1891, D. P. 92.1.217, S. 92.1.57. Cf. Civ., 29 juillet 1892. D. P. 93.1.42, S. 92.1.415, pour le mandat du débiteur d'accepter une cession de créance).

Du mandat tacite. — La volonté du mandant n'a pas besoin d'être manifestée par écrit ou par parole ; elle peut être exprimée tacitement, c'est-à-dire résulter d'une façon certaine des conditions mêmes dans lesquelles le mandataire agit. C'est par cette idée du mandat tacite que l'on explique, on s'en souvient, la validité des actes passés par la femme mariée pour les besoins quotidiens de la famille (V. tome Ier, p. 637). La même idée reçoit encore d'autres applications. Ainsi, la domestique qui fait chaque jour les achats nécessaires à l'alimentation de ses maîtres, le clerc d'un officier ministériel chargé de recevoir des paiements, et d'en donner quittance, agissent en vertu d'un mandat tacite.

La jurisprudence admet également que le notaire qui reçoit en son étude les intérêts d'un prêt hypothécaire pour le compte du créancier, agit en vertu d'un mandat tacite de celui-ci. Pareillement, l'huissier auquel un titre a été remis pour en poursuivre l'exécution, est réputé avoir reçu le mandat tacite de toucher la somme due et d'en donner quittance. Le débiteur se libère donc valablement entre ses mains, comme l'emprunteur entre celles du notaire.

Reste à savoir comment se fera la preuve du mandat tacite. Jurisprudence et Doctrine sont d'accord pour admettre qu'il faut appliquer ici les articles 1341 et suivants du Code civil. Si donc il s'agit d'une opération dont la valeur excède 500 francs, la preuve ne pourra être faite que par écrit, ou au moins à l'aide d'un commencement de preuve par écrit (Civ., 29 décembre 1875, D. P. 76.1.149, S. 76.1.401, note de M. Labbé ; Req., 7 novembre 1899, D. P. 99.1.563, S. 1901.1.25 ; Civ., 4 novembre 1902, D. P. 1902.1.520, S. 1902.1.488 ; 22 juin 1903, S. 1903.1.463 ; Req., 2 janvier 1907, D. P. 1910.1.262, S. 1911.1.19).

Il nous paraît cependant nécessaire d'apporter un tempérament à cette solution. Il y a des cas où le tiers qui invoque le mandat tacite, se trouve dans l'impossibilité de produire aucun écrit à l'appui de sa demande, parce qu'il n'a pas dépendu de lui de s'en procurer un. Tel est notamment le cas du fournisseur qui a traité avec une femme mariée, du débiteur qui paie entre les mains du clerc encaisseur de l'officier ministériel. Il faut nécessairement permettre à de tels débiteurs de prouver le mandat tacite à l'aide de simples présomptions ou de témoins. Et, en de pareilles hypothèses, nous sommes convaincus que la jurisprudence n'écarterait pas l'offre de preuve du demandeur. Il est bon de constater, en effet, que dans les arrêts précités, il s'agissait d'espèces dans lesquelles le demandeur aurait été à

même de se procurer une preuve écrite du mandat (Cf. Dijon, 22 novembr 1895, D. P. 96.2.523, S. 97.2.204; Req., 13 novembre 1901, D. P. 1902.1.489 note de M. Guénée). Du reste, la jurisprudence admet que le mandan qui a donné procuration au mandataire, peut prouver par tous moyens les faits d'où résulte l'acceptation tacite de celui-ci (Civ., 20 novembre 1888, S. 89.1.9).

2° Capacité des parties. — Pour que le mandat soit valable, il faut que le mandant ait la capacité exigée pour faire l'acte dont il confie l'accomplissement au mandataire, car c'est lui qui profitera ou souffrira de cet acte.

Au contraire, le mandataire, qui traite au nom du mandant, n'a pas besoin d'être capable, car il ne s'oblige pas personnellement.

En conséquence, les femmes mariées et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires (art. 1990), ainsi du reste que les autres incapables [1]. Si la loi cite spécialement les femmes et les mineurs émancipés, c'est parce qu'en pratique on ne donne guère de mandat à d'autres incapables qu'à ceux-là. Et il faut ajouter que l'incapable choisi comme mandataire n'a pas besoin d'être habilité comme il devrait l'être, s'il agissait pour son propre compte.

Dans ses rapports personnels avec le mandant, au contraire, l'incapable conserve le droit de se prévaloir de son incapacité, du moment qu'il a accepté le mandat sans être régulièrement habilité. Néanmoins, il ne pourrait pas invoquer la nullité de l'acte pour refuser de restituer les sommes qu'il aurait touchées pour le compte du mandant, car ce serait un dol de les retenir, et la loi ne le protège pas contre ses actes dolosifs (art. 1310).

3° Objet du mandat. — Il suffit de rappeler ici, sans avoir besoin d'insister, que conformément aux règles applicables à tous les contrats, l'objet du mandant doit être déterminé, possible, licite. C'est par application de cette idée qu'il y a discussion sur le point de savoir si le mandat donné à une agence matrimoniale de négocier un mariage est licite. La jurisprudence qui le considérait ordinairement comme contraire aux mœurs, se relâche depuis quelques années de sa rigueur, et de nombreuses décisions se prononcent actuellement en faveur de la validité (V. Lyon, 15 octobre 1913, *Gaz. Pal.*, 20 janvier 1914).

Etendue du mandat. — Les articles du Code n'insistent que sur un point : celui de l'étendue du mandat (art. 1987 à 1989).

Ils font, à ce point de vue, une double distinction :

A. — Le mandat est ou *spécial* et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou *général* et pour toutes les affaires du mandant (art. 1987). Cette première distinction vise l'étendue des affaires comprises dans le mandat.

B. — Le mandat peut être conçu *en termes généraux* ou viser *expressément un acte déterminé* (art 1988).

Cette seconde distinction, plus importante que la première, concerne

1. Par exception, cependant celui qui ne peut s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire (art. 1028).

les opérations que le mandataire est autorisé à faire. Le mandat conçu en termes généraux peut s'appliquer, soit à une affaire déterminée : par exemple, je vous donne mandat pour tout ce qui concerne tel immeuble ; soit à l'ensemble des affaires du mandant, tel le mandat donné à un régisseur d'immeubles, ou par les statuts d'une société à son directeur ou administrateur délégué.

Le mandat conçu en termes généraux sera, par exemple, donné de la façon suivante : faire tous les actes nécessaires, tout ce qui paraîtra utile et nécessaire, et tout ce que les circonstances exigeront. Un tel mandat présente, par le fait même de son imprécision, quelque danger. Nos anciens auteurs discutaient donc sur les limites de ce genre de procuration, et l'étendue des pouvoirs qu'elle confère au mandataire (Voir Pothier, *Mandat*, nos 144-145). Pour mettre un terme à cette difficulté, l'article 1988 décide que le mandat conçu en termes généraux n'entraîne que le pouvoir d'accomplir les actes d'administration. S'il s'agit, ajoute le texte, d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de disposition, le mandat doit être exprès. « Un homme ne confie un mandat général, disait le tribun Tarrible, que lorsque une longue absence l'empêche de gouverner lui-même ses affaires. Cet homme, dans une pareille position, n'est censé avoir en vue de pourvoir qu'à la simple administration de ses affaires. La loi présume que, s'il eût eu l'intention de conférer le pouvoir d'aliéner, d'hypothéquer, ou de faire des actes de propriété, il n'aurait pas manqué d'exprimer sa volonté sur des objets d'une si haute importance. Cette interprétation de la loi a le double avantage d'être la plus judicieuse et de fixer toutes les incertitudes ».

Quant au *mandat exprès*, il se limite aux actes qui y sont énoncés. Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat (art. 1989) : ainsi, le pouvoir de *transiger* ne renferme pas celui de *compromettre* (art. 1989, 2e phrase). De même, le pouvoir d'*aliéner un immeuble* ne comporte pas celui d'en *toucher le prix*.

§ 3. — Des obligations du mandataire (art. 1991-1997).

Les obligations du mandataire consistent :
1° A exécuter son mandat ;
2° A rendre compte de sa gestion.

1° Exécution du mandat. — « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution » (art. 1991, 1er al.).

C'est là en effet la première et principale obligation que le mandataire a contractée. S'il ne la remplit pas, le mandant sera autorisé à lui demander réparation du préjudice que lui cause sa négligence.

De même, le mandataire doit accomplir sa mission en *bon père de famille*. Il *est donc responsable des fautes qu'il peut commettre* (art. 1992, 1er al.). Mais, dans l'appréciation du degré de diligence dont il est redevable, il faudra se montrer moins sévère envers le mandataire gratuit qu'envers celui qui reçoit un salaire (art. 1992, 2e al.).

La responsabilité du mandataire peut d'ailleurs être atténuée ou augmentée par la convention. Ainsi, en matière commerciale, le commissionnaire peut prendre à sa charge les risques d'insolvabilité des acheteurs (commissionnaire *ducroire*). En revanche, le mandataire peut stipuler qu'il ne répondra pas des fautes qu'il viendrait à commettre.

Droit du mandataire de se substituer un tiers. — Le mandataire peut-il se substituer un tiers, lorsqu'il ne s'est pas réservé ce droit dans le contrat? Non, semble-t-il à première vue, car le mandant choisit le mandataire à cause de la confiance qu'il a en lui ; il prend donc en considération principale les aptitudes, les qualités de celui qu'il choisit. Telle était bien l'opinion admise par nos anciens auteurs. Seul, Pothier (*Mandat*, n° 99), déclare que la question se pose de savoir si, en cas de silence de la procuration, le pouvoir de se substituer quelqu'un doit être présumé accordé au mandataire.

Les rédacteurs du Code civil ont adopté un autre point de vue ; ils ont conféré au mandataire le droit de se substituer un tiers, dans tous les cas, sauf, bien entendu, si la convention le lui interdit formellement. Ils ont estimé, en effet, qu'il suffit, pour donner toute garantie au mandant, de décider que le mandataire sera responsable des actes de son substitué, comme s'il les avait accomplis lui-même (art. 1994, 1er al.). Cependant, ce pouvoir de substitution n'est pas sans danger pour le mandant. Et il faut bien admettre qu'il cesse d'appartenir au mandataire, quand il s'agit d'un mandat salarié, et que le mandant a eu spécialement en vue l'habileté, le talent de celui qu'il a choisi. Comment admettre, par exemple, qu'un avocat, un avoué puissent se substituer un confrère pour défendre une cause ou faire les actes de la procédure? (V. Req., 8 janvier 1912, D. P. 1913.1. 185, note de M. Lalou, S. 1912.1.359) Il y a, en pareil cas, un engagement tacite du mandataire d'exécuter lui-même le mandat.

En cas de substitution, la responsabilité du substituant varie suivant que la substitution a été ou non autorisée par sa procuration (art. 1994) :

A. — Lorsque la procuration reconnaît expressément au mandataire le droit de se substituer quelqu'un, sans désignation de personne, le mandataire n'est pas responsable des fautes de celui qu'il choisit, à moins qu'il n'ait fait choix d'une personne notoirement incapable et insolvable.

Si ce tiers est nommément désigné dans le contrat, le mandataire n'est pas responsable de sa gestion, et cela sans aucune réserve ni distinction.

B. — Quand la procuration reste muette sur la substitution, il n'est pas douteux que, dans tous les cas, le mandataire est responsable de tous les actes de celui qu'il s'est substitué.

En ce qui concerne les rapports du mandant et du substitué, on doit décider que les actes du substitué obligent le mandant, comme s'ils avaient été faits par le mandataire, sauf dans le cas où la substitution est expressément ou tacitement interdite.

Dans tous les cas, l'article 1994, 2e alinéa, donne au mandant une *action directe* contre le substitué. Grâce à cette action, il est garanti contre l'insolvabilité éventuelle du mandataire et, par conséquent aussi, contre le

concours des créanciers de celui-ci sur les sommes dont le substitué est comptable.

Cas où il y a plusieurs mandataires. — Le Droit romain et l'ancien Droit admettaient que les co-mandataires chargés d'une même affaire étaient responsables *solidairement* de leur gestion (60 § 2, *D, mandati*, XVII, 1 ; Pothier, *Mandat*, n° 63).

L'article 1995 du Code civil a supprimé cette solidarité, parce que les obligations des mandataires prennent « leur source dans un service officieux » (Fenet, t. 14, p. 599). « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires nommés par le même acte, dit cet article, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée ».

Il en résulte que chaque mandataire est seul tenu de la faute qu'il a personnellement commise. S'il s'agit d'une faute commune aux divers mandataires, la responsabilité se divise entre eux.

Par exception, les co-mandataires sont responsables solidairement envers le mandant :

A. — Quand la *solidarité a été expressément stipulée* (art. 1202, 1er al.) ;

B. — *Quand les mandataires ont commis une faute commune et concertée, c'est-à-dire ont agi dolosivement.* C'est une application de la jurisprudence d'après laquelle les co-auteurs d'un délit civil sont solidairement responsables à l'égard de la victime de leur faute (V. *supra*, p. 183 ; Req., 3 mai 1865, D. P. 65.1.379).

C. — Lorsque *le mandat est commercial* ; car en matière commerciale, la solidarité des co-débiteurs est de droit.

D. — Lorsqu'il s'agit d'*exécuteurs testamentaires* (art. 1003).

2° Obligation de rendre compte. — « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant » (art. 1993). Ainsi, tout mandataire, qu'il soit légal, judiciaire, conventionnel. est tenu de rendre compte de sa gestion. Cette reddition de comptes peut se faire, soit à la fin des opérations entreprises, soit périodiquement. Par exemple, le clerc qui reçoit des paiements et verse des sommes pour l'officier ministériel rendra ses comptes, soit tous les jours, soit à intervalles plus éloignés.

Le compte doit comprendre :

A. — *Tout ce que le mandataire a reçu à ce titre.* Ainsi, le mandataire chargé par un concessionnaire de placer des billets de loterie ne peut prétendre conserver le lot gagné par un des billets qu'il n'a pas vendus. Il en doit compte à son mandant (Req., 17 février 1913, S. 1913.1.358 ; V. un autre cas de responsabilité dans Civ., 22 juillet 1918, Gaz. Trib., 11 octobre 1918).

Le mandataire est comptable, ajoute l'article 1993, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. En effet, ce n'est pas contre lui que le tiers dirigera son action en répétition, mais contre le mandant lui-même. Il en serait autrement cependant dans le cas où il s'agirait, non d'un paiement indu, mais d'une erreur purement matérielle commise dans

la numération des espèces (Civ., 24 juillet 1900, D. P. 1905.1.261, S. 1901. 1.9, note de M. Tissier).

B. — Le compte comprend, en second lieu, *les intérêts des sommes que le mandataire a touchées* (art. 1996). La loi fait ici une distinction :

Les intérêts des sommes que le mandataires a employées à son usage sont dus *à compter de cet emploi ;*

Ceux des sommes dont il est reliquataire après la reddition de compte, *à dater du jour où il est mis en demeure.*

Aux dépenses, le mandataire fera figurer :

A'. — Les avances et frais nécessités par l'exécution du mandat (art. 1999) ;

B'. — Les intérêts de ces avances *à dater du jour où elles ont été constatées* (art. 2001) ;

C'. — Les honoraires, s'il y a lieu.

§ 4. — Des obligations du mandant (art. 1998 à 2002).

Les obligations du mandant sont les suivantes : 1° Rembourser au mandataire les dépenses qu'il a faites pour l'exécution du mandat ; 2° Lui verser le salaire convenu ; 3° L'indemniser des pertes essuyées à raison de sa gestion.

1° Remboursement des dépenses faites pour l'exécution du mandat (art. 1999, 1er al.). — Le mandant doit rembourser au mandataire le *montant intégral de ses avances et frais*, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. Il ne peut pas non plus en faire réduire le montant sous le prétexte qu'ils auraient pu être moindres (art. 1999, 2e al.).

Nous verrons, au contraire, que, dans le cas de gestion d'affaires, le maître ne rembourse que les dépenses utiles ou nécessaires du gérant. La raison de cette différence tient à ce que le gérant intervient *proprio motu,* sans en être chargé, tandis que le mandataire agit sur la prière du mandant. Il est donc juste qu'il soit complètement indemnisé.

La règle subit du reste une exception pour le cas où les frais ont eu pour cause une *faute imputable* au mandataire (art. 1999, 2e al. *in principio*).

Le mandant doit, non seulement le capital, mais encore les *intérêts* des avances du mandataire, et cela à compter du jour où elles ont été constatées (art. 2001 . Ajoutons que le mandataire jouit du *droit de rétention* pour le remboursement de ses avances (Civ., 25 janvier 1904, D. P 1904.1.601, S.1910.1.142).

Cependant, la jurisprudence refuse d'appliquer l'article 2001 aux notaires pour les intérêts des droits d'enregistrement dont ils font l'avance ; elle décide que ces intérêts ne courent qu'à compter du jour de la sommation de payer (Civ., 18 mars 1850, D. P. 50.1.101, S. 50.1.381). Elle fonde cette solution sur l'article 30 de la loi du 22 frimaire an VII, qui donne aux notaires un moyen d'assurer leur remboursement en prenant exécutoire contre le débiteur, mais ne fait pas courir les intérêts de plein droit.

La même solution est appliquée aux avances des avoués (Civ., 21 août 1872, D. P. 73.1.113, S. 72.1.379), parce que le tarif légal qui fixe leur rémunération ne comporte pas d'allocation d'intérêts.

2° **Paiement du salaire.** — Cette obligation est visée par l'article 1999, 1er al. *in fine*. Le deuxième alinéa ajoute que le salaire doit être payé, même si l'affaire n'a pas réussi, pourvu que ce ne soit pas la faute du mandataire.

3° **Indemnisation des pertes subies par le mandataire.** — Ici encore, l'indemnisation n'a lieu qu'autant que les pertes du mandataire ne proviennent pas de sa faute (art. 2000 ; Req., 10 mai 1905, D. P. 1905.1. 428).

Solidarité entre les co-mandants. — « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat » (art. 2002).

Cette solidarité vient de l'ancien Droit ; elle était la juste contrepartie de la solidarité imposée aux mandataires. Tout en supprimant celle-ci, les rédacteurs du Code ont maintenu celle-là. « Il est juste, ont-ils dit, que celui qui rend un service souvent gratuit ait une action solidaire contre ceux qui tirent de cet acte un profit commun. » Mais cette explication ne vaut que pour le mandat gratuit. Les rédacteurs du Code ont raisonné d'après la conception ancienne qui tenait le mandat pour un acte essentiellement gratuit Or, le mandat salarié est devenu la règle, et cependant l'article 2002, ne faisant aucune distinction, s'applique à ce mandat comme à celui qui est gratuit, ce qui n'a pas de raison d'être.

Il faut cependant conclure de l'article 2002 que les officiers ministériels, avoués, notaires, ont une action solidaire contre les parties qui recourent ensemble à leur ministère.

§ 5. — Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.

La question que nous abordons ne se pose qu'autant que le mandataire a traité au nom du mandant.

Les rapports qui se forment entre le mandant et les tiers avec lesquels le mandataire a traité peuvent ainsi se résumer :

1° *Les contrats passés par le mandataire, dans la limite de ses pouvoirs, produisent leurs effets dans la personne du mandant.* Ainsi, les droits et les obligations qui naissent des conventions passées par le mandataire, sont directement acquis au mandant, et le lient personnellement envers les tiers avec lesquels le mandataire a traité.

Deux conséquences intéressantes de cette règle méritent d'être signalées :

A. — Les actes sous-seing privé passés par le mandataire font foi de leur date à l'égard du mandant, bien qu'ils n'aient pas date certaine.

B. — La contre-lettre faite par le mandataire est opposable au mandant, comme s'il l'avait signée.

2° *Au contraire, le mandant n'est pas lié par les actes qui dépassent les pouvoirs du mandataire* (art. 1998, 2e al.), *à moins qu'il ne les ait ratifiés expressément ou tacitement.*

Mais cette proposition ne s'applique qu'autant que les tiers ont pu con-

naître l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire. Si donc, soit par les termes obscurs de la procuration, soit par ses actes, le mandant leur avait donné des motifs raisonnables de croire que le mandataire agissait dans la limite de ses pouvoirs, le mandant ne pourrait pas se prévaloir de l'abus commis par celui-ci. (Req. 14 janvier 1920, *Gaz. Pal.*, 2 avril 1920).

Lorsque le mandant ratifie l'opération excédant les pouvoirs du mandataire, il la prend pour son compte comme s'il y avait eu mandat. Les choses se passent alors comme au cas de gestion d'affaires.

3° *Le mandataire qui dépasse ses pouvoirs ne s'oblige pas personnellement envers les tiers avec qui il contracte, puisqu'il n'agit pas en son propre nom, mais il est tenu à la garantie à l'égard de ceux-ci.*

Toutefois, si le mandataire avait donné à son co contractant une suffisante connaissance de ses pouvoirs, il ne serait plus garant de ce qui a été fait au-delà, car l'autre partie aurait alors traité à ses risques et périls (art. 1997).

Délits ou quasi-délits du mandataire. — Si le mandataire qui traite au nom du mandant ne s'oblige pas, il en est autrement cependant quand il cause par sa faute un préjudice à ceux avec qui il contracte, par exemple, s'il se livre à des manœuvres dolosives. Il est alors personnellement responsable du dommage qu'il a causé (Req., 12 novembre 1907, D. P. 1908.1.87, S. 1910.1.498 ; 11 mai 1909, D. P. 1910.1.47, S. 1910.1.500). De son côté, le mandant est également tenu en vertu de l'article 1384, 3e al. envers les victimes des délits en question, si le mandataire présente le caractère d'un commis ou préposé.

§ 6. — Extinction du mandat (art. 2003 à 2010).

Les causes qui peuvent emporter l'extinction du mandat sont assez nombreuses :

Il faut mettre en première ligne *l'expiration du temps pour lequel il avait été donné*, ou la *consommation de l'affaire*.

Les autres causes sont :

Le changement de volonté du mandant ou du mandataire ;

La mort du mandant ou du mandataire ;

La faillite ou déconfiture de l'un ou de l'autre ;

Leur *interdiction*.

Nous n'avons rien à dire de la première cause d'extinction et nous nous occuperons seulement des suivantes.

1° Changement de volonté du mandant ou du mandataire. — Chacun des contractants peut mettre fin au mandat par sa seule volonté (art. 2004, 2007).

Ordinairement, il n'en est pas ainsi pour les contrats à durée déterminée. Mais l'exception se justifie aisément. Le mandat suppose en effet que le mandant a confiance dans la personne du mandataire ; il faut donc per-

mettre au mandant de le révoquer, le jour où il n'est pas satisfait de la conduite du mandataire. De son côté, ce dernier est censé rendre un service gratuit. C'est pourquoi il doit être autorisé à se décharger, le jour où il trouve la charge trop lourde. Mais cette faculté de renonciation se comprend moins de sa part, lorsqu'il s'agit d'un mandat salarié.

La règle de la libre résiliation unilatérale cesse d'ailleurs de s'appliquer lorsque le mandat concerne à la fois l'intérêt du mandant et celui du mandataire, par exemple, s'il s'agit de deux copropriétaires d'un immeuble qui chargent l'un d'eux de l'administration de cet immeuble pendant cinq ans. Dans ce cas, en effet, le mandat devient un véritable contrat synallagmatique (Civ., 11 février 1891, D. P. 91.1.197, S. 91.1.121).

Ceci dit, distinguons entre la révocation qui vient du mandant et la renonciation du mandataire.

A. — *Révocation de la part du mandant.* — « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous-seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute » (art. 2004).

La Jurisprudence applique ici la même règle qu'en matière de contrat de travail, et décide que, si la révocation est faite de telle sorte qu'elle constitue un abus du droit, c'est-à-dire une faute, le mandataire a droit à des dommages-intérêts (Req., 10 juillet 1865, S. 65.1.350 ; Nancy, 2 février 1909, D. P. 1910.2.268, S. 1909.2.246).

Ajoutons qu'il faut que le mandant notifie aux intéressés la révocation ; sinon, il continuera à être obligé par les actes que les tiers auront passés de bonne foi avec le mandataire (art. 2005).

B. — *Renonciation du mandataire.* — « Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa révocation. — Néanmoins si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable » (art. 2007).

Ainsi, la faculté de renonciation du mandataire est moins large que le droit de révocation du mandant. Le mandataire qui renonce est toujours responsable du préjudice que cette renonciation peut causer au mandant, sauf la réserve indiquée par la fin de l'article.

2° Mort de l'une des parties. — La mort du mandant ou celle du mandataire doit naturellement entraîner la cessation d'un contrat fait *intuitu personæ*.

Toutefois, malgré la mort du mandant, le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure (art. 1991, 2e al.).

En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (art. 2010).

La mort du mandant ne met pas fin au mandat lorsqu'il a été dans l'intention des parties qu'il s'exécute ou continue après le décès. Tel est le cas de l'exécution testamentaire (art. 1025 et suiv.).

3° **Faillite, déconfiture ou interdiction** (art. 2003, 3e al.). — Ces événements, qu'ils se produisent en la personne du mandant ou du mandataire, emportent cessation de la confiance réciproque qui est à la source du mandat.

De plus, et spécialement, l'interdiction rend le mandant incapable de manifester sa volonté de continuer le mandat, et le mandataire incapable de l'exécuter.

Il convient de remarquer ici que la mort, la faillite ou l'interdiction du mandant n'emportent pas extinction du mandat, lorsque celui-ci a été donné dans l'intérêt de plusieurs personnes, par exemple, du mandant et d'un tiers, ou du mandant et du mandataire. C'est par application de cette idée que le mandat donné à un notaire par le vendeur, l'acquéreur d'un immeuble et les créanciers inscrits de distribuer le prix auxdits créanciers, ne disparaît pas avec la faillite du vendeur, et reste opposable au syndic de la faillite (Civ., 31 juillet 1912, D. P. 1913.1.81, note de M. Percerou, S. 1913.1.84).

SECTION II. — Gestion d'affaires (art. 1372-1375) (1).

§ 1. — Notions générales.

Comparaison avec le mandat. — La gestion d'affaires ressemble au mandat en ce qu'elle consiste à faire quelque chose dans l'intérêt d'autrui, mais elle en diffère en ce que le gérant agit de son propre mouvement, sans en avoir reçu l'ordre.

La *gestion d'affaires* n'est donc pas un contrat, car il n'y a pas accord de volontés. Suivant l'opinion traditionnelle dont on sait que nous nous écartons (*supra*, p. 253), elle est un *quasi-contrat*. On veut dire par là que, bien qu'étant l'œuvre d'une seule volonté, l'acte accompli par le gérant engendre des obligations réciproques à la charge des deux intéressés. Le *gérant* est obligé de continuer la gestion qu'il a commencée et même de l'achever. Il se soumet, en outre, à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès (art. 1372). De son côté, le *géré* ou *maître*, dont l'affaire a été bien administrée, doit exécuter les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites (art. 1375).

Origine historique et applications actuelles de la gestion d'affaires. — Cette institution de la gestion d'affaires vient du Droit romain. Elle a sa source dans l'équité. L'équité veut en effet que l'individu qui intervient en faveur d'autrui, pour lui éviter un préjudice, soit indemnisé par ce der-

(1) Maurice Picard *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, Revue trim. de droit civil, 1921-1922.

nier des dépenses qu'il est obligé de faire. L'action *de in rem verso* ne suffirait pas toujours à assurer son remboursement, car elle ne peut être invoquée qu'autant que l'affaire a procuré un enrichissement au maître ; or il se peut que la gestion même habilement conduite n'aboutisse pas à ce résultat.

Il faut, d'autre part, prendre en considération l'intérêt du maître de l'affaire, qui pourrait être compromis par les opérations du gérant, s'il les conduisait négligemment ou les abandonnait avant de les avoir terminées.

Pour protéger ce double intérêt, le Droit romain avait créé deux actions, l'action *negotiorum gestorum directa* au profit du géré, l'action *negotiorum gestorum contraria* au profit du gérant. Ces deux actions avaient été instituées à l'imitation de celles du mandat. Toutefois, à la différence du mandataire, qui avait droit au remboursement de toutes ses dépenses, le gérant, en Droit romain, ne pouvait réclamer que les dépenses qui présentaient une utilité pour le maître. Cette distinction, maintenue par notre Droit moderne, avait pour but de garantir le maître contre les ingérences inopportunes d'un tiers indiscret ou étourdi dans ses affaires.

Actuellement, les auteurs, encore imbus des exemples fournis par les jurisconsultes romains, citent ordinairement, comme principale application de la gestion d'affaires, le cas d'une personne qui, voulant rendre service à un ami absent, prend en mains l'administration de ses biens, fait une réparation urgente, ou paye sa dette pour arrêter une saisie. La preuve que telle est bien l'hypothèse qu'ont eu en vue les rédacteurs du Code, c'est que l'article 1372 impose au gérant l'obligation de *continuer* la gestion commencée, jusqu'à ce que le *propriétaire* soit en état d'y pourvoir lui-même.

C'est parce qu'ils s'attachent à cette conception traditionnelle que quelques auteurs soutiennent encore que la gestion d'affaires ne peut avoir pour objet que des actes d'administration (Naquet, note sous Req., 20 décembre 1910, S. 1912.1.305). Mais il est trop évident que l'hypothèse classique envisagée est, en fait, bien peu fréquente. Et la gestion d'affaires ne jouerait pas un rôle important si elle n'intervenait que dans des espèces de ce genre. Or, tout au contraire, les applications de la gestion d'affaires sont très nombreuses en pratique. L'action *negotiorum gestorum* est donnée en effet toutes les fois qu'une personne accomplit un *acte juridique quelconque* d'administration ou autre, dans l'intérêt d'autrui. Ainsi, le co-propriétaire qui fait des travaux sur l'immeuble indivis est censé agir comme gérant d'affaires, et jouit, comme tel, d'un recours contre ses co-indivisaires (Civ., 1er juillet 1901, S. 1905.1.510 ; Paris, 1er février 1910 sous Req., 20 décembre 1910, D. P. 1911.1.377, note de M. Planiol, S. 1912.1.305. V. aussi Req., 16 juillet 1890, D. P. 91.1.49, note de M. Planiol, S. 94.1.19. — *Contrà*, note, S. 94.1.19). De même, la Jurisprudence fait souvent application des règles de la gestion d'affaires aux rapports de l'officier ministériel, spécialement du notaire, qui agit pour le compte de son client, sans avoir reçu de lui un mandat (V. Req., 2 mai 1892, D. P. 93.1.316, S. 92.1.304 ;

Bordeaux, 26 novembre 1895, D. P. 96.2.103, S. 96.2.165). Le codébiteur solidaire qui paye la dette au créancier commun peut également être traité comme un gérant d'affaires.

La gestion d'affaires ne suppose pas forcément, d'ailleurs, qu'il s'agit de *l'accomplissement d'un acte juridique*, car nulle part cette restriction ne se trouve indiquée dans les articles 1372 et suivants. Aussi, la Jurisprudence accorde-t elle la qualité de gérant d'affaires à celui qui a fait un acte matériel utile dans l'intérêt d'une autre personne (V. cep. note de M. Planiol, D. P. 1911. 1.377). Ainsi l'aubergiste qui, sur les conseils du médecin, reçoit et héberge pendant quelques jours un ouvrier victime d'un accident survenu sur la voie publique, peut invoquer l'action *negotiorum gestorum* contre le chef d'entreprise auquel incombe la responsabilité de l'accident (Req., 28 février 1910, D. P. 1911.1.137, note de M. Dupuich. Cf. Aix, 20 décembre 1888, S. 90.2.25, note de M. Naquet. Voir aussi Trib. com. Seine, 3 janvier 1900, S. 1902.2.217, note de M. Perreau).

De l'intention de gérer l'affaire d'autrui. — Pour qu'il y ait gestion d'affaires, est-il nécessaire que l'intéressé ait *l'intention d'agir pour le compte d'un tiers* ? Certains arrêts se sont prononcés pour la négative et ont décidé que celui qui, croyant faire son affaire propre, a en réalité rendu service à autrui, peut invoquer contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum* (Voir Req., 18 juin 1872, D. P. 72.1.471, S. 90.2.25, en sous-note ; 16 juillet 1890, D. P. 91.1.49, S. 94.1.19. Cf. Civ. 25 juin 1919, D. P. 1923.1.223, S. 1921.1.12). Ainsi comprise, la gestion d'affaires se rapproche sensiblement de l'action *de in rem verso*, au point qu'il est parfois difficile de les distinguer l'un de l'autre (V. note sous Dijon, 17 juillet 1905, D. P. 1907.2 369).

A l'inverse des décisions qui précèdent, les auteurs admettent volontiers qu'il ne faut pas appliquer les règles de la gestion d'affaires au cas où une personne croit agir pour son propre compte, dans son seul intérêt, et rend sans le vouloir, service à un tiers. Mais ils donnent à l'appui de cette solution un argument qui nous paraît peu acceptable. Raisonnant, en effet, par analogie de ce qui se passe en matière de contrats, ils disent que les obligations attachées à la gestion d'affaires ont leur source dans la volonté du gérant. Cette manière de voir, à laquelle les auteurs ont été conduits par l'expression inexacte de quasi-contrat, est erronée. En matière de gestion d'affaires, ce n'est pas la volonté du gérant qui est la cause génératrice des conséquences juridiques attachées à l'acte. Comment, en effet, la volonté d'une personne pourrait-elle faire naître des obligations à la charge d'une autre ? Comment la volonté seule du gérant pourrait-elle obliger le maître de l'affaire ? En réalité, c'est *la loi* qui, pour les raisons d'équité ci-dessus indiquées, fait produire certains effets juridiques à l'acte de gestion. Ce que l'on peut soutenir avec quelque raison, c'est que ces raisons d'équité ne se rencontrent que dans le cas où l'acte accompli a été inspiré par le désir de rendre service à autrui. Il est juste que le législateur vienne au secours de celui qui est mû par un sentiment désintéressé, mais on ne compren-

drait plus qu'il accordât les mêmes avantages à la personne qui n'agit que dans des vues d'intérêt personnel et purement égoïstes.

Telle est la raison pour laquelle il convient, croyons-nous, de refuser l'action *negotiorum gestorum* à la personne qui fait, *sans le vouloir*, l'affaire d'autrui. Au surplus, cette solution trouve sa consécration dans les termes de l'article 1372 qui suppose que le gérant a géré *volontairement* l'affaire d'autrui.

Il ne résulterait pas de là du reste que le gérant involontaire n'aurait pas de recours contre le tiers. S'il n'a pas à sa disposition l'action *negotiorum gestorum*, du moins peut-il intenter l'action *de in rem verso* ; mais la différence entre les deux actions est grande. En effet, d'après l'article 1375, le maître doit indemniser le gérant d'affaires de *tous* les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser *toutes* les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. Au contraire, l'action *de in rem verso* ne permet de réclamer que le *bénéfice* effectivement réalisé par le tiers.

L'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 18 juin 1872, objecte « que les obligations réciproques qui peuvent naître d'un quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties ». La considération invoquée par cet arrêt est exacte. Il est bien vrai de dire que c'est l'acte de gestion lui-même, et non la volonté de son auteur, qui engendre les obligations : mais ce que la Cour de cassation néglige de démontrer, c'est que la loi ait attaché cet effet à un acte qui n'a pas été inspiré par le désir de rendre service à autrui.

Du reste, un arrêt de la Chambre civile du 25 juin 1919, D. P. 23.1.223, s'est prononcé dans le même sens que la doctrine et a décidé que la personne qui administre dans son intérêt personnel, se croyant propriétaire, n'est pas un gérant d'affaire.

Capacité du gérant et du géré. — 1° Les obligations que l'acte de gestion fait naître à la charge du *gérant*, et qui sont énumérées dans les articles 1372 à 1374, ne prennent pas naissance quand c'est un incapable, mineur, interdit, femme mariée, prodigue, qui fait pour le compte d'autrui un acte qu'il ne pourrait pas accomplir pour son propre compte sans être habilité. En effet, les actes juridiques passés par les incapables ne les obligent pas.

Il en est autrement, en pareils cas, du *maître* de l'affaire. Celui-ci se trouve obligé de rembourser à l'incapable les dépenses qu'il a faites et de l'indemniser de ses engagements personnels, dans les termes de l'article 1375.

2° Au contraire, l'incapable pour le compte duquel un acte de gestion a été utilement accompli se trouve obligé envers le gérant dans les mêmes conditions qu'une personne capable. La raison en est que ses obligations prennent naissance, sans qu'il y ait eu aucun acte juridique accompli par lui. Or, l'incapacité protège l'intéressé contre ses propres actes, mais non contre les obligations qui naissent à sa charge indépendamment de sa volonté.

§ 2. — Obligations du gérant d'affaires.

Le gérant d'affaires est tenu des mêmes obligations que le mandataire. L'article 1372, 2e alinéa, dit qu'il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. En conséquence, il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille (art. 1374, 1er al.). Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient de ses fautes ou de sa négligence (art. 1374, 2e al.).

Le gérant est également tenu de rendre compte de sa gestion, comme le mandataire. Mais il faut admettre comme contre-partie : d'abord, qu'il a, comme le mandataire, droit aux intérêts de ses avances à compter du jour où elles ont été constatées (art. 2001), et non seulement à dater de la sommation de payer, conformément au droit commun (art. 1153) (Civ., 20 mars 1900, D. P. 1901.1.477, S. 1902.2.321); et, en second lieu, qu'il peut, comme le mandataire, retenir la chose gérée jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû à raison de sa gestion (Civ., 25 janvier 1904, D. P. 1904.1.601, S. 1910.1.142).

Sur un point, la loi traite le gérant *plus rigoureusement* que le mandataire. Ce dernier peut *renoncer* au mandat (art. 2007). Le gérant, au contraire, est tenu de continuer la gestion qu'il a commencée et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. Il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire (art. 1372, 1er al.).

De plus, dans le cas où le maître vient à décéder avant que l'affaire soit consommée, le gérant est obligé de continuer sa gestion jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction (Cf. art. 1373 et 1991, 2e al.).

§ 3. — Obligations du maître.

Le maître est tenu, en principe, des mêmes obligations que le mandant.

Pourtant il y a entre les deux situations des différences importantes :

1° Le maître n'est obligé, soit envers les tiers, soit à l'égard du gérant d'affaires, qu'*autant que l'affaire a été bien administrée* (art. 1375) (Civ., 12 mars 1889 D. P. 90.1.15, S. 89.1.249). Ainsi, le maître n'est obligé par les actes du gérant qu'autant que ceux-ci ont été utiles. Cette disposition est fort importante. Elle constitue la garantie du maître contre les interventions inopportunes d'un tiers dans ses affaires. C'est le tribunal qui sera chargé d'apprécier si l'opération faite présente une réelle utilité.

Il n'y a rien de semblable, on le conçoit, en matière de mandat, puisqu'il y a eu accord des volontés sur l'objet même des actes à accomplir.

D'ailleurs, lorsque le gérant a traité avec les tiers au nom du maître de l'affaire, et que les opérations par lui faites présentent une utilité pour ce dernier, les effets de ces opérations se produisent directement sur la tête

du maître, comme en matière de mandat. C'est donc lui qui devient créancier ou débiteur (Req., 16 juillet 1890, D. P. 91.1.49, note de M. Planiol, S. 94.1.19).

De plus, lorsque le maître ratifie la gestion faite pour son compte, l'opération se transforme en un mandat, et ce sont les règles du mandat qui s'appliquent. *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Il n'y a donc plus alors à tenir compte des différences ci dessus signalées entre le mandat et la gestion d'affaires.

2° *Le maître n'est tenu de rembourser au gérant que les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites* (art. 1375 *in fine*). Nous supposons que les opérations faites par le gérant ont été utiles. Il se peut cependant que le gérant ait dépensé des sommes excessives Le maître ne sera pas obligé d'en rembourser la totalité. Au contraire, le mandant y serait obligé (art. 1999, 2e al.).

Une observation essentielle trouve ici sa place. Lorsque la gestion d'affaires est entreprise dans l'intérêt de plusieurs personnes, celles-ci ne sont pas engagées solidairement à l'égard du gérant. En effet, il n'est pas possible d'étendre en dehors du mandat la règle édictée par l'article 2002.

CHAPITRE VI

TRANSACTION[1]

Les textes dans lesquels le Code traite de la transaction sont assurément au nombre des plus mal venus. C'est qu'en effet ses rédacteurs ont été, en cette matière, privés de leur guide habituel, Pothier, ce grand jurisconsulte qui avait promis d'écrire un traité sur ce contrat, étant mort avant d'avoir rempli sa promesse. Mieux aurait valu assurément que l'on suivît le plan primitif des auteurs du Code qui ne comportait aucune disposition spéciale sur la transaction, et la laissait, par conséquent, soumise aux règles du droit commun. Plusieurs tribunaux ayant réclamé qu'un titre spécial fût consacré à la matière, on déféra à leur désir et l'on eut tort.

Définition. — L'article 2044 définit la transaction « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Cette définition, on l'a maintes fois fait observer, est tout à fait insuffisante. En effet, bien d'autres opérations partagent, avec la transaction, cet effet de prévenir ou de terminer une contestation. C'est le cas pour l'*acquiescement*, pour le *désistement*, pour la *confirmation*, pour le *compromis*, pour la *délation de serment*, etc. En réalité, ce qu'il y a de spécifique dans la transaction, c'est qu'elle termine ou prévient une contestation *grâce à un sacrifice réciproque* des parties, sacrifice qui peut d'ailleurs aussi bien consister dans une renonciation à un droit prétendu que dans une prestation ou dans la promesse d'une prestation étrangère au litige. Il a été jugé à plusieurs reprises que ce sacrifice réciproque est indispensable pour qu'on se trouve en présence d'une transaction (V. notamment Req., 8 novembre 1892, D. P. 93.1.92).

Il convient d'indiquer ici que, dans la pratique, les contractants déguisent fréquemment sous le nom de transactions des actes ayant en réalité un but et un caractère tout différents, comme une vente, une donation, un partage. Le but de ce déguisement est le plus souvent de faire fraude aux droits d'enregistrement. Naturellement, le contrat n'est pas nul dans ce cas par le seul effet du déguisement, mais il est traité suivant sa nature réelle et non suivant son étiquette. D'où cette double conséquence. D'abord, qu'il donne lieu à une perception supplémentaire de droits fiscaux ; en second lieu,

1. V. Accarias, *De la transaction*, thèse, 1863 ; et les traités précités de MM. Guillouard, Baudry-Lacantinerie et Wahl.

qu'il cesse d'être valable si le déguisement a pour but de masquer un acte interdit, par exemple une donation à un incapable.

Caractères de la transaction. — Les caractères de la transaction qui découlent de sa définition même sont les suivants :

1° C'est un *contrat d'aliénation à titre onéreux*. Dès lors, la capacité nécessaire pour l'effectuer est celle qui est requise pour disposer (V. art. 2045). De plus, la transaction ne peut porter que sur des objets susceptibles d'aliénation. Par conséquent, on ne pourra transiger sur des litiges intéressant l'état des personnes ou sur la répression d'une infraction donnant lieu à l'action publique (art. 2046 *a contr.*), etc... Des règles spéciales sont établies çà et là par la loi en ce qui concerne la *capacité* ou les *pouvoirs* nécessaires pour transiger. Nous en avons déjà traité ou en traiterons à propos de chaque catégorie particulière d'incapables ou de mandataires. Il est donc inutile d'en parler ici.

Ajoutons cette autre conséquence du caractère d'acte de disposition appartenant à la transaction qu'elle peut être attaquée par les créanciers dont le débiteur a transigé en fraude de leurs droits (Nancy, 12 février 1898, D. P. 99.2.86).

2° La transaction est un contrat *synallagmatique*. D'où les deux conséquences suivantes :

A. — Lorsque la transaction est constatée par un écrit sous-seing privé, cet écrit doit être rédigé en *double original*, avec la mention de l'accomplissement de cette formalité (Paris, 31 décembre 1895, D. P. 96.2.360 ; Civ., 8 janvier 1900, D. P. 1904.1.606, S. 1902.1.311). Pourtant, il n'en est ainsi, vu le motif qui a dicté la règle de l'article 1325, applicable sur ce point, qu'autant que les deux parties ont intérêt à posséder chacune un original. Ainsi, l'acte instrumentaire pourra être rédigé en un seul original dans le cas où, l'une des parties ayant pleinement exécuté sa propre obligation avant la rédaction de l'écrit, l'autre partie n'a dès lors aucun intérêt à la possession d'une preuve.

B. — On doit appliquer à la transaction l'article 1184. Et, par conséquent, la résolution pourra en être demandée si l'une des parties n'exécute pas la prestation à laquelle elle s'est engagée.

3° La transaction est un contrat *consensuel*. Elle n'est donc soumise à aucune forme déterminée. Il est vrai que, d'après l'article 2044, al. 2, elle doit être rédigée par écrit. Mais il n'y a là qu'une règle relative à la preuve et non pas l'indication d'une solennité requise à peine de nullité. D'où cette conséquence que, si la rédaction d'un écrit est nécessaire pour les transactions portant sur un intérêt même inférieur à 150 francs (Civ., 28 novembre 1864, D. P. 65.1.105, S. 65.1.5), l'existence de ce contrat peut être établie par l'*aveu* et le *serment*, voire même par témoins lorsqu'il en existe un commencement de preuve par écrit (Civ., 8 janvier 1879, D. P. 79.1.128, S. 79.1.216 ; Bordeaux, 11 juillet 1898, D. P. 99.2.149, S. 99.2.206), ou lorsqu'on se trouve en matière commerciale (Paris, 13 juin 1894, D. P. 94.2.498, S. 95.2.19).

Caractère déclaratif de la transaction. — Une caractéristique essentielle de la transaction, c'est qu'elle est un acte non pas *translatif*, *mais déclaratif* de droits.

Si l'on suppose, par exemple, que deux parties qui se disputent un héritage conviennent de l'abandonner à l'une d'elles moyennant une somme d'argent que l'attributaire versera au renonçant, le bénéficiaire de l'abandon est considéré comme ayant toujours été l'unique propriétaire. Ce que la transaction lui a procuré, ce n'est pas l'héritage, mais le désistement de son adversaire.

Cette manière de voir nous vient de l'ancien Droit, où elle paraît avoir été adoptée dans une pensée de défaveur contre les droits fiscaux qui frappaient les mutations. La loi du 22 frimaire de l'an VII sur l'Enregistrement a adopté ce point de vue en décidant (art. 68 § 1, n. 45 et art. 69, § 3, n. 3) que la transaction n'est soumise qu'au droit fixe, et non, par conséquent, au droit proportionnel beaucoup plus onéreux qui frappe la mutation (V. Code de l'enregistrement, art. 270 § 6, 10° et art. 271, § 11, VI). Il est cependant à remarquer que l'Administration de l'Enregistrement a réussi à rendre ce texte à peu près lettre morte en obtenant de la Cour de cassation un arrêt de principe (Ch. réunies, 12 décembre 1865, D. P. 65.1.457, S. 66.1.73), en vertu duquel le droit afférent aux mutations à titre onéreux est perçu sur toute la partie des biens abandonnée à celui des contractants qui n'en était pas en possession.

Cependant, abstraction faite de cette solution, où se manifeste l'opposition qu'on peut relever si fréquemment entre le point de vue du Droit civil et celui du Droit fiscal, le caractère déclaratif des transactions est encore consacré par certains arrêts qui en tirent les conséquences ci-après :

1° La *transcription* de la transaction n'est pas requise quand elle porte sur des *droits immobiliers*, et alors même qu'il y a déplacement dans la possession de l'objet litigieux (Bordeaux, 17 mars 1892, D. P. 93.2.182, S. 94.2.9 ; Orléans, 23 novembre 1893, D. P. 94.2.287, S. 94.2.9).

2° Une transaction ne peut jamais servir de *juste titre* pour la *prescription de dix ou vingt ans* de l'article 2265.

3° Les contractants ne sont pas tenus de se *garantir* les droits qu'ils se reconnaissent.

Naturellement, ces diverses solutions ne s'appliqueraient point dans le cas où l'une des clauses de la transaction porterait sur le transfert d'un *objet étranger à la contestation*. Si, par exemple, vous abandonnez vos prétentions sur une succession à la condition que le bénéficiaire de ce désistement vous donnera tel ou tel immeuble, on se trouve en présence, en ce qui concerne le transfert de cet immeuble, d'une opération translative, sujette à transcription, pouvant servir de juste titre à une prescription, et obligeant le cédant à la garantie envers son contractant.

Rapprochement entre la transaction et le jugement. — Le double fait que la transaction termine une contestation et qu'elle rentre dans la catégorie des actes déclaratifs, appelle une comparaison entre cet acte et le jugement. L'article 2052, exagérant une simple analogie jusqu'à en tirer

une assimilation, nous dit que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la *chose jugée en dernier ressort* ». Mais, en réalité, des différences nombreuses distinguent le jugement, décision de l'autorité publique, de la transaction qui n'est qu'un simple contrat. S'il est vrai que la transaction, comme un jugement, permet d'opposer à la demande de celle des parties qui voudrait renouveler en justice la contestation qu'elle a terminée, une exception analogue à l'exception *rei judicatæ* (Nancy, 12 février 1898, D. P. 99.2.86), cela tient uniquement à l'*effet obligatoire* qui s'attache à la transaction comme à tout contrat. Ce qui fait que l'action du demandeur n'est pas recevable, c'est que, par la transaction, il s'est engagé à ne pas l'exercer ; il a assumé une obligation de ne pas faire qu'il ne peut être admis à enfreindre. Pour plus de précision, voici les différences qu'il convient de relever entre la transaction et le jugement :

1° La transaction, à la différence du jugement, n'a pas *force exécutoire,* à moins d'avoir été passée par un acte notarié, et elle n'emporte pas *hypothèque judiciaire.* Cependant, bien entendu, il en serait autrement si la transaction avait fait l'objet d'un jugement *convenu ou d'expédient.*

2° Le jugement ne peut intervenir que sur une contestation *déjà née* ; la transaction peut être conclue sur une difficulté *née ou à naître.*

3° Un jugement obscur ou ambigu doit être *interprété* par la juridiction de qui il émane. Au contraire, l'interprétation d'une transaction, comme celle de tout contrat, appartient, non pas aux parties contractantes, mais à la justice. Les juges l'interprètent *souverainement*, sans que leur décision puisse donner lieu au contrôle de la Cour de cassation, pourvu toutefois que sous prétexte d'interprétation, ils n'aient point dénaturé le sens et la portée du contrat (Req., 24 janvier 1898, D. P. 99.1.109 ; Civ., 23 février 1892, D. P. 92.1.150, S. 92.1.313).

4° Un jugement est susceptible de *voies de recours* à la suite desquelles il peut tomber en totalité ou en partie. Une transaction ne peut être infirmée par une autorité supérieure à celle des parties, sauf quand la *nullité* en est demandée et obtenue. En ce cas, la transaction annulée tombe pour le tout, l'ensemble de ses clauses formant un tout indivisible (Req., 3 décembre 1889, D. P. 91.1.7, S. 90.1.160).

Nullité de la transaction [1]. — Le Code consacre à cette matière plusieurs articles (art. 2052, al. 2, à 2057) à la fois obscurs et inutiles, car ils ne font, en somme, telle est du moins l'opinion généralement admise aujourd'hui, que confirmer le droit commun. Ainsi, lorsque l'article 2053 nous dit que la transaction peut être annulée pour cause *d'erreur sur la personne*, on est d'accord pour décider qu'il doit se combiner avec l'article 1110, et que, par conséquent, l'erreur n'est une cause de nullité que si « la considération de la personne a été la cause principale de la convention », et si l'erreur a porté sur la qualité de la personne que l'on avait en vue en contractant. Par exemple, serait nulle la transaction passée avec un individu que l'on croit héritier et qui ne l'est pas en réalité.

La seule dérogation au droit commun que semble ici consacrer le Code

1. Capitant, *De la cause des Obligations,* n° 105.

civil, est celle de l'article 2052, alinéa 2, aux termes duquel les transactions « ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ». Ce texte a donné lieu à de grandes difficultés, soit quant à la découverte de la raison qui le justifie, soit quant à sa portée. Notamment, comment peut-on le concilier avec l'article 2054, aux termes duquel il y a lieu à action en rescision contre une transaction « lorsqu'elle a été faite en exécution d'un *titre nul*, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité ? ». La Jurisprudence a eu beau proclamer que les deux textes doivent se concilier (Req., 19 décembre 1865, D. P. 66 1.182, S. 66.1.301 ; 28 février 1905, D. P. 1905.1.168, S. 1905.1.212. Cf. note de M. Guénée, D. P. 1904.1.209), il nous paraît manifestement impossible d'appliquer le second sans déroger au premier.

Il y aurait, croyons-nous, un moyen très simple d'expliquer et de justifier la disposition de l'article 2052, alinéa 2. Ce serait de comprendre que la loi a eu en vue l'erreur juridique que les parties commettraient *sur le caractère litigieux* des droits qu'elles ont déduits dans la transaction. Ainsi, quand bien même la transaction aurait porté sur un point non douteux pour des jurisconsultes, mais que les parties ont considéré comme tel, leur transaction n'en serait pas moins valable. On ne pourrait l'attaquer en se fondant sur l'erreur de droit que les contractants ont commise en regardant *la question comme douteuse.* Et en effet, celui qui possède un droit certain, mais qu'on lui conteste ou qu'on le menace de contester, peut considérer comme étant de son avantage de transiger, fût-ce au prix d'une concession, pour éviter le scandale, l'ennui et les frais d'un procès, même gagné d'avance. C'est ce que le bon sens populaire traduit par l'adage « mauvais accommodement vaut mieux que bon procès ». La transaction ainsi consentie n'est pas dénuée de cause. Mais, en dehors de ce sens, on ne peut trouver de bonne raison pour expliquer le refus de l'action en nullité à celle des parties qui démontrerait avoir été induite à la transaction par une erreur de droit, alors qu'on l'accorderait à celle qui justifierait d'une erreur de fait. Dans les deux cas, ne peut-on pas dire : *qui errat non consentire videtur?* Aussi, la Jurisprudence s'arrange-t-elle pour assurer un recours à la victime de l'erreur de droit, lorsque le refus de ce recours serait par trop choquant. Par exemple, en matière d'accidents du travail, la Cour de cassation a jugé que l'ouvrier qui, atteint d'une incapacité permanente, a consenti à se contenter de l'indemnité temporaire, dans la fausse croyance que sa blessure ne lui donnait pas droit à une rente, peut attaquer la transaction en invoquant l'erreur qu'il a commise et qui a porté *sur la substance de la chose, objet du contrat* (Req., 23 décembre 1907, D. P. 1912.1.70). Et cependant, en pareil cas, l'erreur invoquée était bien évidemment une *erreur de droit.*

LIVRE III

SURETÉS PERSONNELLES ET RÉELLES

Classification des sûretés. — Dans ce livre, nous traiterons des *garanties contre l'insolvabilité du débiteur*. C'est, autrement dit, une théorie **du** *Crédit* que nous allons exposer.

Dans notre Livre premier, nous avons étudié, avec les *Effets des obligations*, les moyens mis par la loi à la disposition du créancier pour obtenir, en nature ou par équivalent, la satisfaction à laquelle il a droit. Mais toute cette théorie suppose un débiteur capable de s'exécuter et qu'il s'agit seulement d'y contraindre. Or, le créancier court un bien autre péril que celui de la mauvaise volonté de son débiteur. C'est que celui-ci soit *insolvable*, c'est-à-dire ne possède pas un actif suffisant pour le payer, ou que, possédant cet actif, il ait d'autres créanciers en trop grand nombre, ce qui revient exactement au même, puisque les créanciers réduisent mutuellement leurs créances par le concours qui s'établit entre elles (art. 2092).

Quels seront les moyens à employer pour garantir le créancier contre ce péril, et pour assurer par là du crédit au débiteur en lui permettant de trouver l'avance qu'il sollicite ?

Ces moyens, ce sont les *sûretés*. Elles sont de deux sortes : *personnelles* ou *réelles*.

Les *sûretés personnelles* consistent dans l'adjonction d'autres débiteurs, dont les ressources s'ajoutent à celles de l'obligé pour garantir l'exécution de l'obligation. Nous en avons vu un exemple dans la *solidarité*. Le *cautionnement* est une autre sûreté personnelle. Solidarité, cautionnement, ces garanties reposent toujours sur la confiance du créancier en quelqu'un ou en quelques-uns. Ces sûretés personnelles sont les plus usitées, les seules usitées même à l'enfance des sociétés. Il y a de cela plusieurs raisons : la pauvreté des débiteurs, l'impossibilité où ils sont d'engager les biens les plus importants du patrimoine, les immeubles, considérés longtemps comme étant moins la propriété de leur détenteur que celle de la famille dont celui-ci est le représentant actuel ; enfin, la solidarité qui existe entre les membres du groupe, *domus*, *gens*, auquel appartient le débiteur, solidarité lui permettant de trouver aisément des répondants. La survivance plus ou moins latente de ces raisons, jointe aux imperfections du régime hypothécaire romain, voilà ce qui explique la fréquence et l'importance des sûretés personnelles en Droit romain.

La disparition de ces diverses causes a amené de nos jours la prédominance des *sûretés réelles*. consistant dans l'affectation spéciale d'un bien du débiteur au paiement de la dette à garantir. Ces sûretés sont considérées aujourd'hui comme préférables aux sûretés personnelles. En effet, elles ne font pas courir au créancier le risque de l'insolvabilité des cautions ou des codébiteurs solidaires, insolvabilité qui viendrait s'ajouter à celle du débiteur dont il se défie spécialement.

Les sûretés réelles de notre législation sont au nombre de quatre :

1° Le *nantissement* ou remise de la possession d'une chose du débiteur au créancier, pour qu'il la garde jusqu'au paiement et, au besoin, se paie par préférence à tous autres sur le prix de cette chose ;

2° *Le droit de rétention*, ou droit pour le détenteur d'une chose, qui est devenu créancier à l'occasion de cette détention, de la retenir, c'est-à-dire de refuser de la restituer au débiteur. tant qu'il n'est pas désintéressé ;

3° *Le privilège*, ou droit de préférence accordé par la loi à certaines créances sur tous les biens ou sur certains biens du débiteur ;

4° *L'hypothèque* ou affectation d'un immeuble ou de tous les immeubles du débiteur à la garantie de la créance.

Nous ferons sur ces sûretés réelles diverses observations.

1° Elles sont de deux sortes. Les unes, comme le *gage*, entraînent le dessaisissement du débiteur, dont la chose se trouve remise aux mains du créancier.

Dans les autres, dont le type est l'*hypothèque* ou le *privilège*, la chose affectée à la sûreté du créancier reste aux mains du débiteur. Le créancier n'a cependant, si la valeur de cette chose est suffisante, absolument rien à craindre. En effet, au regard des autres créanciers, ses concurrents, il est armé d'un *droit de préférence* lui permettant de se faire payer le premier. Et il n'a pas à redouter non plus que le bien hypothéqué ou frappé de son privilège disparaisse, car, du moins quand il s'agit d'immeubles, il est armé d'un *droit de suite* qui lui permet de saisir le bien en quelques mains qu'il parvienne, pour se payer par préférence sur le prix.

2° Les *sûretés réelles* sont exorbitantes du droit commun qui consacre l'égalité des créanciers (art. 2092). Une bonne législation doit cependant les admettre. Car, en leur absence, il ne manquerait pas de s'établir entre créanciers des causes de préférence accidentelles, moins admissibles encore. Ce serait le caprice. la faveur du débiteur, la proximité, ou la rigueur plus grande du créancier qui lui permettrait d'avoir vent des moments de crise et, par une poursuite opportune, de se faire payer avant les autres. Mieux vaut organiser pour le débiteur la faculté d'offrir des sûretés particulières à ses créanciers, et d'obtenir par là le crédit dont il a besoin. Une condition est cependant indispensable : c'est que ces sûretés soient entourées d'une publicité bien comprise, afin que les autres personnes appelées à traiter avec le même débiteur puissent se rendre un compte exact de la diminution déjà subie par les gages qui leur sont offerts.

3° Enfin, il n'est pas sans intérêt de constater qu'à raison des imperfections du crédit réel, tel que le régit notre loi française, le crédit personnel

paraît tendre depuis quelques années à revenir en honneur. Un peu partout on s'efforce de l'organiser sous la forme de mutualités de crédit. S'il se développe, comme on l'espère, surtout au profit des agriculteurs, ce sera par les mêmes raisons que dans le très ancien Droit romain, c'est-à-dire grâce à l'idée d'une solidarité étroite entre membres des mêmes groupements, groupements à la vérité non plus familiaux, mais volontaires, et résultant des progrès de l'esprit d'association.

TITRE PREMIER.

SURETÉS PERSONNELLES. CAUTIONNEMENT

Nous n'avons plus rien à dire de la sûreté personnelle qui résulte, en cas de pluralité de débiteurs, de la stipulation de *solidarité* ou de celle d'*indivisibilité*. Nous ne nous occuperons ici que du *cautionnement*.

Le Code civil consacre à ce sujet le titre XIV du livre III (art. 2011 à 2043), qu'il divise en quatre chapitres, division que nous suivrons dans nos explications, tout en nous limitant aux trois premiers chapitres, car les dispositions du chapitre IV sont peu importantes, et nous nous contenterons de les signaler[1].

SECTION I. — Nature, étendue et formation du cautionnement.

I — Notions générales

Double sens du mot cautionnement. — Le mot *cautionnement* est employé, aujourd'hui, dans une double acception.

1° Dans le langage courant, il signifie le *dépôt d'une somme d'argent ou de valeurs*, fait par une personne en vue de garantir la bonne exécution des devoirs de sa profession et de réparer les conséquences des fautes qu'elle pourrait commettre. Ainsi, les conservateurs des hypothèques, les officiers ministériels sont tenus de verser un cautionnement qui est affecté par privilège au paiement des condamnations qu'ils pourraient encourir pour abus et prévarications (art. 2102 7°, C. civ.). La même garantie est également exigée des comptables de deniers publics. Enfin, elle est aussi fréquemment requise, dans l'industrie privée, des caissiers ou des représentants de commerce, dépositaires de marchandises (voir la loi du 18 octobre 1917 sur la garantie des cautionnements des ouvriers et employés).

Dans cette première acception, le mot de cautionnement est synonyme de gage. Nous la laissons de côté pour le moment.

2° Dans un second sens, le seul auquel nous nous attachons ici, le cautionnement est un *contrat par lequel un tiers appelé caution promet à un créancier de le payer, si le débiteur n'exécute pas son obligation*. L'ar-

1 Nos anciens auteurs traitaient longuement cette matière. On consultera, pour les précédents du Code civil, Pothier, *Traité des obligations*, 2e partie, chap. VI, nos 365 et suiv.; pour le Droit actuel, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction* ; Guillouard, *Traité du cautionnement* ; Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*.

ticle 2011 du Code civil, au titre du Cautionnement, décrit ainsi l'opération : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

Une dernière explication reste à fournir, celle du mot *caution réelle*. On appelle ainsi le tiers qui intervient pour garantir la dette du débiteur principal, non pas en s'obligeant personnellement, mais en hypothéquant à cet effet, jusqu'à due concurrence, un immeuble lui appartenant.

Notions historiques. — Le cautionnement, qui jouait un grand rôle en Droit romain à une époque où les traditions de l'ancienne solidarité de la famille et de la *gens* n'étaient pas complètement perdues, se réalisait alors par divers procédés : la *sponsio*, la *fidepromissio*, puis la *fidejussio*, formes d'engagement par contrat verbal, et plus tard, le *mandatum pecuniæ credendæ* et le *pacte de constitut*. A l'origine, la caution était tenue à titre de débiteur principal et pour la totalité ; mais, par la suite, deux bénéfices, celui de division et celui de discussion, lui furent accordés.

Il convient encore de rappeler que le Droit romain avait, par le sénatus-consulte Velléien, frappé les femmes de l'incapacité d'intercéder pour autrui, c'est-à-dire de cautionner. Cette incapacité qui, depuis Justinien, visait surtout les engagements de la femme en faveur de son mari, a joué un grand rôle dans notre ancien Droit, en pays de Droit écrit, et même en pays coutumiers, jusqu'à un édit de 1606 qui la supprima.

De nos jours, l'incapacité Velléienne, même restreinte aux rapports de la femme et de son mari, a disparu.

Il en est de même d'une autre caractéristique du cautionnement en Droit romain, à savoir son *caractère gratuit*. Certes, ordinairement, la caution s'oblige pour rendre service au débiteur, et dans une pensée désintéressée. Mais il peut arriver que la caution exige une rémunération, soit du débiteur (Req., 2 mai 1906, S. 1908.1.286), soit du créancier lui-même, ou qu'elle soit déterminée par la considération de son propre intérêt. Tel est évidemment le cas pour les administrateurs d'une société anonyme, intéressés à la prospérité de celle-ci, lorsqu'ils cautionnent personnellement une dette contractée par la société (V. Bordeaux, 30 mai 1904, S. 1905.2.64).

Caractère accessoire du cautionnement. — Il résulte de notre définition du cautionnement que c'est un *contrat accessoire*, c'est-à-dire supposant l'existence d'une obligation principale. Plusieurs conséquences de ce caractère accessoire méritent d'être signalées :

1° *Première conséquence : L'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté à des conditions plus onéreuses* (art. 2013, 1er al.). — Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté à des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (art. 2013, 3e al.). Par exemple, si la caution s'était obligée à la capitalisation des intérêts de la

dette, alors que le débiteur ne doit payer que les intérêts simples, cette clause serait non avenue comme excédant l'engagement principal (Civ., 2 février 1886, D. P 86.1.233, S. 87.1.5, 2e arrêt).

En revanche, le cautionnement peut s'appliquer à une partie seulement de l'obligation, ou être contracté à des conditions moins onéreuses (art. 2013, 2e al.). Ainsi, celui qui cautionne jusqu'à concurrence d'un chiffre déterminé une ouverture de crédit, ne peut être tenu au delà (Civ., 12 novembre 1890, D. P. 92.1.19, S. 91.1.55).

2° *Deuxième conséquence : Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* (art. 2012, 1er al.) — Si donc l'obligation principale est entachée d'une cause de nullité, la caution pourra se prévaloir de cette nullité. On ne comprendrait pas en effet que la caution fût obligée, alors qu'il n'y a pas de débiteur principal. Cette règle s'applique non seulement au cas de nullité absolue, mais à celui de nullité relative.

Cependant, il y a, au principe que nous venons d'énoncer, une exception traditionnelle concernant l'obligation contractée par un incapable, par exemple, par un mineur non habilité conformément à la loi. Nos anciens auteurs décidaient, et l'article 2012, 2e alinéa, déclare à son tour que cette obligation peut être cautionnée par un tiers. La caution demeurera donc obligée, même si l'incapable fait annuler son obligation. Cette solution repose, d'après les Travaux préparatoires, sur une interprétation de volonté. La caution est réputée s'être engagée en connaissance de cause et en vue de garantir le créancier contre le risque de l'annulation. Mais on ne voit pas bien pourquoi on n'appliquerait pas le même raisonnement aux autres causes de nullité relative.

On a pourtant essayé d'expliquer cette différence, en disant que l'annulation de l'engagement de l'incapable laisse subsister à sa charge une obligation naturelle, *laquelle suffirait à servir de soutien au cautionnement.* Dans le cas de nullité prononcée pour vice du consentement, au contraire, l'engagement annulé est complètement anéanti ; aucune obligation naturelle ne survit à la charge du débiteur. Mais cette explication est inexacte, comme nous l'avons déjà dit (*suprà*, p. 73). En effet, comment la survie d'une obligation naturelle pourrait-elle servir de support valable au cautionnement, puisqu'elle ne permet pas à la caution de recourir contre l'incapable? Or, il est de l'essence du cautionnement que la caution ait un recours contre le débiteur principal. La solution de l'article 2012, 2e al. demeure donc une anomalie juridiquement inexplicable.

3° *Troisième conséquence.* — La caution peut opposer la *compensation* de ce que doit le débiteur principal (art. 1294). La compensation ayant éteint *parte in qua* la dette principale, supprime du même coup dans la même proportion la dette de la caution.

4° *Quatrième conséquence.* — Enfin, on peut rattacher au caractère accessoire de l'obligation de la caution une certaine interdépendance établie entre cette obligation et la dette principale par l'article 2250, aux termes duquel l'*interruption de la prescription* au regard du débiteur produit ses effets à l'encontre de la caution. On remarquera cependant que l'inverse ne serait

pas vrai, et que l'acte interruptif dirigé contre la caution n'aurait pas effet à l'encontre du débiteur principal.

Caractère consensuel du cautionnement. Tempérament au principe. — Le cautionnement est un contrat *consensuel*. Donc, il n'est soumis à aucune forme particulière ; il se conclut par le seul accord des volontés. Cependant la loi exige que l'intention de cautionner soit expressément énoncée : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès » (art. 2015). Cette exigence se comprend aisément. Le cautionnement est un acte grave, qui fait courir un risque sérieux sans aucune compensation, puisqu'il est ordinairement gratuit. *Qui cautionne paie*, dit un vieux proverbe. Il faut donc que l'intention du contractant soit exprimée d'une façon non douteuse, par écrit, ou par une déclaration verbale. Une manifestation tacite de volonté ne suffirait pas, parce qu'elle ne serait pas assez claire, assez formelle. Les juges ne pourraient donc pas conclure des circonstances de la cause qu'une personne a eu l'intention de se porter caution, si cette intention n'avait pas été expressément énoncée par elle (Civ., 10 mai 1909, D. P. 1911.1.439, S. 1912.1.169).

De la règle qu'il édicte, l'article 2015 tire cette conséquence qu'*on ne peut pas étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté*. En d'autres termes, le cautionnement doit être interprété restrictivement.

En revanche, lorsque la caution s'est engagée *sans aucune limitation*, elle est tenue *comme le débiteur lui-même*. Elle doit donc, non seulement acquitter l'obligation, mais encore supporter certaines prestations accessoires, comme les intérêts non payés, et « les frais de la première demande », c'est-à-dire ceux de la poursuite dirigée par le créancier contre le débiteur, ainsi que « tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution » (art. 2016).

II. — Des obligations qui peuvent être cautionnées.

Le cautionnement peut s'appliquer à toutes les obligations quel qu'en soit l'objet ; aussi bien à une *dette future*, par exemple, à celle qui résulte d'une ouverture de crédit non encore réalisée, qu'à une dette présente.

Peut-on cautionner une obligation naturelle ? Nous avons déjà répondu négativement à cette question (V. *supra*, p. 73). Le cautionnement suppose nécessairement un débiteur principal que le créancier a le droit de poursuivre, et contre lequel la caution pourra exercer un recours. Or, l'obligation naturelle n'est pas susceptible d'exécution forcée. Un tel cautionnement manquerait donc de cause, puisque le cautionnement a pour but de rendre service au débiteur, et qu'ici il n'y a pas en réalité de débiteur principal.

La majorité des auteurs se prononce cependant pour l'affirmative, en se fondant sur l'article 2012, 2e alinéa, qui décide, nous le savons, que le cautionnement de l'obligation d'un incapable survit à son annulation. Mais nous nous sommes déjà expliqués au sujet de ce texte, lequel suppose du reste que le cautionnement a été donné à un moment où l'obligation de

l'incapable n'était pas encore annulée. Or, il n'est pas possible d'étendre la solution anormale de cet article au cas où la dette à cautionner est simplement naturelle.

Certificateur de caution. — L'engagement de la caution peut être lui-même garanti par un tiers, auquel on donne le nom de *certificateur de caution*. Le créancier jouit dans ce cas d'une garantie à deux degrés, puisqu'il est assuré contre l'insolvabilité de la caution.

III. — Diverses espèces de cautionnement. Conditions auxquelles doit satisfaire toute caution.

Sources du cautionnement — Le cautionnement a le plus souvent pour origine une convention librement conclue entre les parties ; on dit dans ce cas qu'il y a cautionnement *volontaire* ou *conventionnel*. Il y a des cas cependant où l'obligation de fournir une caution résulte : 1° soit d'une prescription de la loi (*caution légale*) ; 2° soit d'une sentence du juge (*caution judiciaire*).

1° *Caution légale.* — Les cas dans lesquels la loi oblige un débiteur a donner caution sont assez nombreux. Ainsi, l'étranger, demandeur principal ou intervenant devant un tribunal français, doit donner une caution, dite caution *judicatum solvi*, pour le paiement des frais et dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné (art.16) ; l'usufruitier est tenu de donner caution de jouir en bon père de famille (art.601). (Voir aussi les articles 120, 626, 771, 807, 1613, 1653, 2185-5°).

2° *Caution judiciaire.* — Le juge peut imposer, dans certains cas, à l'une des parties l'obligation de donner caution, par exemple quand il ordonne l'exécution provisoire d'un jugement (art. 135 et 439, C. proc. civ.).

Notons aussitôt qu'à la différence des deux autres, la caution judiciaire ne jouit pas du bénéfice de discussion (art.2042).

Conditions que doit remplir la caution offerte par le débiteur. — Le débiteur obligé de fournir une caution, en vertu de la loi, d'un jugement ou d'un contrat, doit en présenter une qui réunisse les trois qualités suivantes (art.2018) :

1° *Etre domiciliée dans le ressort de la cour d'appel*, et cela afin de permettre au créancier de la surveiller et de la poursuivre plus aisément ;

2° *Etre capable de s'obliger valablement* ; car à quoi servirait l'engagement d'un incapable ?

3° *Avoir un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation.* L'article 2019 ajoute à ce propos que la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la somme est modique. On retrouve dans cet article la prédominance dont jouissait au début du XIX° siècle la propriété immobilière.

Si la caution ne remplit pas ces conditions, elle peut être refusée par le créancier

De même, lorsque la caution devient insolvable, il doit en être donné une autre (art. 2020, 1er al.). Il n'en serait autrement que si le créancier avait désigné lui-même dans la convention la personne qu'il veut pour caution (art. 2020, 2e al.). Dans cette dernière hypothèse, il y a *intuitus personæ* de la part du créancier. Dès lors, nulle autre caution ne doit être fournie que celle qui est désignée au contrat. Dans les autres cas, au contraire, ce que le créancier demande, ce n'est pas telle ou telle caution, c'est une caution quelconque, pourvu qu'elle soit solvable.

Sûretés admises à la place d'une caution. — Aux termes de l'article 2041, « celui qui ne peut pas trouver une caution (qu'il est obligé de fournir), est reçu à donner à sa place un gage ou nantissement suffisant ». L'interprétation de ce texte a donné lieu à de grandes controverses. Faut-il l'interpréter restrictivement, et, dès lors, repousser les sûretés autres qu'un gage, telles, par exemple, qu'une *hypothèque* ou une *antichrèse* que le débiteur offrirait de fournir ? La Jurisprudence a fini par se fixer dans le sens le plus libéral. Elle admet notamment l'équivalence d'une garantie hypothécaire (Civ., 7 août 1882, D. P. 83.1.220, S. 82.1.457 ; 3 février 1897, D. P. 97.1.601, S. 97.1.137). En effet, l'hypothèque ou l'antichrèse peuvent être considérées *lato sensu* comme comprises dans l'expression de gage. Cependant il y a ici deux restrictions à remarquer :

1° En dépit de la généralité des termes de l'article 2041, on décide couramment que les facilités qu'il accorde au débiteur tenu de fournir une caution n'existent qu'en cas de caution *légale* ou *judiciaire* et non en cas de caution *conventionnelle*. En effet, il ne saurait dépendre du législateur de modifier l'effet d'une convention librement arrêtée. Du moment que les parties sont convenues qu'il y aurait caution fournie, peu importe qu'un gage ou une hypothèque soient aussi ou même plus avantageux pour le créancier. Le débiteur ne s'exécutera qu'en fournissant une caution.

2° Il y a même un cas de caution légale où l'interprétation large donnée à l'article 2041 ne saurait s'appliquer. C'est lorsqu'il s'agit de la caution exigée du *surenchérisseur*. En effet, l'article 832 du Code de procédure civile (modifié par la loi du 2 juin 1841) qui exige de lui une caution, et ajoute qu'il lui est permis de substituer un gage à cette caution, porte formellement que le gage doit consister en *argent* ou en *rentes sur l'Etat*. Dès lors, le surenchérisseur ne serait pas admis à fournir à la place une *hypothèque*, ni même un gage consistant en *bons du Trésor*, malgré l'analogie qu'il y a entre cette sorte de valeurs et les rentes sur l'Etat (Bordeaux, 23 novembre 1888, D. P. 90.2.149).

SECTION II. — Effets du cautionnement.

I. — Effets du cautionnement entre le créancier et la caution.

Idées générales. Comparaison avec la solidarité. — La condition de la caution ressemble à celle d'un codébiteur solidaire. En effet, la caution s'oblige à payer toute la dette, et peut en conséquence être poursuivie pour

la totalité. Elle subit « le péril de l'avance », car lorsqu'elle paye, son recours contre le débiteur principal risque de rester illusoire en cas d'insolvabilité de celui-ci.

De plus, s'il y a plusieurs cautions d'une même obligation, chacune d'elles s'engage pour le tout envers le créancier, et non seulement pour une part divise.

Enfin, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (art. 2036, 1er al.). Au contraire, elle ne peut opposer celles qui sont purement personnelles au débiteur, notamment celles qui tiennent à l'incapacité de celui-ci (art. 2036, 2e al.). C'est encore un trait qui la rapproche du codébiteur solidaire (comp. art. 1208).

Mais la caution diffère du codébiteur solidaire, en ce qu'elle jouit, à l'égard du créancier, de deux bénéfices qui lui sont propres : le *bénéfice de discussion*, ou droit d'obliger le créancier à saisir et vendre les biens du débiteur, avant de la poursuivre elle-même, et le *bénéfice de division*. Ce dernier suppose qu'il y a plusieurs cautions. Chacune d'elles, nous le savons, est obligée pour le tout, mais elle peut exiger que le créancier divise son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Les deux avantages que nous venons d'indiquer ont été institués par le Droit romain classique. Ni l'un ni l'autre n'existait dans le Droit primitif. Les cautions étaient alors assimilées, dans leurs rapports avec le créancier, à des codébiteurs solidaires. Le créancier pouvait poursuivre une quelconque d'entre elles pour le tout, sans être obligé de s'adresser d'abord au débiteur principal. Mais ces règles rigoureuses furent ensuite tempérées, d'abord par l'introduction du bénéfice de division, puis par celle du bénéfice de discussion opposable par voie d'exception à l'action du créancier (V. Girard, *Manuel*, 6e édit., p. 767 et s.).

Le Code civil a consacré à son tour ces deux bénéfices. Et il est à remarquer qu'il a, dans leur fonctionnement, continué à s'inspirer, dans une large mesure, des traditions formalistes du Droit romain. Il serait en effet plus naturel et plus simple que la loi opérât de plein droit la division de la dette accessoire entre les co-cautions, et qu'elle décidât *à priori* que le recours du créancier ne doit s'exercer que *subsidiairement* contre la caution, plutôt que de faire, comme elle le fait, dépendre ces solutions équitables d'une exception opposée par la caution à la poursuite du créancier.

Retour de la pratique à l'engagement solidaire des cautions. — Les deux bénéfices de discussion et de division diminuent, cela se conçoit aisément, la sécurité que le cautionnement procure au créancier. Aussi, en pratique, celui-ci cherche-t-il à les écarter pour augmenter sa garantie.

A cet effet, il ne se contente pas de l'engagement ordinaire de la caution, mais il exige qu'elle s'oblige *solidairement avec le débiteur*. La caution se trouve ainsi transformée, en ce qui le concerne, en un véritable *codébiteur*

solidaire, car elle ne peut plus lui opposer ni l'une ni l'autre des deux exceptions précédentes (art. 2021, 2e phrase et art. 2026, 1er al.). Il y a là un phénomène de circuit remarquable. La pratique moderne a en somme ressuscité sous nos yeux les caractères rigoureux du très ancien cautionnement romain. C'est un fait qu'il ne faut pas perdre de vue quand on étudie notre matière.

Ceci dit, nous allons, pour entrer dans les détails, distinguer selon qu'il y a cautionnement non solidaire ou cautionnement solidaire.

1° Cautionnement non solidaire. — Les cautions qui ne sont pas engagées solidairement, ce qui est le cas des cautions légales et aussi, en principe, mais rarement en fait, des cautions conventionnelles, jouissent des deux bénéfices susénoncés, qu'il importe d'étudier successivement. Quant à la caution judiciaire, elle ne profite, ainsi que nous le verrons, que du second.

A. — **Bénéfice de discussion.** — A l'échéance de la dette, le créancier n'est pas obligé de poursuivre d'abord le débiteur principal (Civ., 31 juillet 1900, D. P. 1901.1.275, S. 1902.1.119); il n'est même pas obligé de le mettre en demeure. Il a le droit de s'adresser directement à la caution. Mais la loi permet à celle-ci d'arrêter le poursuivant en lui opposant le bénéfice de discussion, et, par là, de le contraindre à s'adresser d'abord au débiteur. C'est ce que dit le début de l'article 2021 : « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens ».

Le Code subordonne le bénéfice de discussion à trois conditions :

a) Il faut que la caution le requière *sur les premières poursuites dirigées contre elle* (art. 2022). En effet, la caution qui laisse continuer les poursuites sans opposer ce bénéfice, est présumée y avoir renoncé, comme ne présentant pas d'intérêt.

b) Il faut qu'elle *indique au créancier les biens du débiteur principal* à discuter (art. 2023, 1er al.).

Il est probable, en effet, que le créancier ne connaît pas de biens à saisir ; sinon, il n'aurait pas agi directement contre la caution. Du reste, l'article 2023, 2e alinéa, ajoute que la caution ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux ; les difficultés de la poursuite doivent en pareil cas être laissées à la charge de la caution, puisqu'elle s'est engagée à payer le créancier. Pour la même raison, elle ne pourrait pas non plus indiquer des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. En effet, le tiers détenteur a le droit de procéder à la purge, procédure qui oblige le créancier à accepter son offre ou à faire surenchère. L'exécution et la réalisation de ces biens risqueraient donc de se heurter à un obstacle péremptoire.

c) Enfin, il faut que la caution *avance les deniers suffisants pour la discussion* (art. 2023, 1er al.). Solution équitable, puisque ces frais peuvent

être inutiles, et doivent en ce cas retomber à la charge de la caution.

Quant à l'effet du bénéfice de discussion, c'est que le créancier est obligé de *discuter*, c'est-à-dire de saisir les biens indiqués. S'il néglige de le faire, et si, faute de poursuites, le débiteur devient insolvable, le créancier est responsable de cette insolvabilité, à l'égard de la caution, jusqu'à concurrence des biens indiqués (art. 2024).

Si la discussion des biens a procuré au créancier un paiement partiel, la caution est libérée jusqu'à concurrence de ce paiement.

Rappelons ici que la *caution judiciaire* ne peut point demander la discussion du débiteur principal (art. 2042). De même, le *certificateur*, c'est-à-dire celui qui a cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal ni de la caution (art. 2043). Ces deux dispositions s'expliquent par le respect dû aux jugements dont l'exécution ne doit être retardée par aucun moyen dilatoire.

B. — **Bénéfice de division**. — « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, elles sont obligées chacune à toute la dette » (art. 2025). Néanmoins, si le créancier poursuit l'une d'elles, elle peut exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution (art. 2026).

Il y a deux raisons pour expliquer cette faveur. La première, qui ne s'applique qu'aux cautions conventionnelles, c'est l'interprétation de la volonté présumée des cautions. En s'obligeant plusieurs ensemble pour garantir la même dette, les cautions ont compté les unes sur les autres. Chacune d'elles entendait que l'intervention des autres réduirait à une fraction de la dette sa responsabilité éventuelle. En second lieu — et cette seconde raison s'applique à toutes les variétés du cautionnement — il ne faut pas oublier que la division de la dette constitue le droit commun des obligations plurales. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, et que rien de contraire n'a été dit dans l'engagement commun, la dette se divise de plein droit en autant de portions qu'il y a de débiteurs (art. 1220).

Cependant, il ne faut pas que la sûreté du créancier se trouve diminuée par le bénéfice de division. Aussi, la division ne s'opérera qu'entre des cautions solvables. Si donc, au jour de la poursuite, il y en a une d'insolvable, on divisera la totalité de la dette entre les autres, sans tenir compte de celle qui est insolvable (art 2026, 2e al.).

La caution qui invoque le bénéfice de division n'est condamnée que pour sa part, fixée comme nous venons de le dire. Si postérieurement, l'une des cautions devient insolvable, cette insolvabilité reste à la charge du créancier, car elle est imputable à sa négligence (art. 2026, 2e al.). Il n'en aurait pas souffert s'il avait poursuivi immédiatement la caution devenue depuis insolvable.

A la différence du bénéfice de discussion, le bénéfice de division peut être invoqué *en tout état de cause* et non seulement *in limine litis*. En effet, ce n'est pas une exception qui ait pour but d'arrêter la poursuite ; elle tend seulement à limiter la condamnation.

2° Cautionnement solidaire[1]. — Nous savons que, dans la pratique, le créancier, auquel le débiteur offre une caution, demande le plus souvent à celle-ci de s'engager solidairement. En matière de dettes constatées par *effets de commerce*, la solidarité de la caution, ou *donneur d'aval*, est même établie de plein droit par l'article 142 du Code de commerce. Nous avons déjà dit que cette solidarité a pour effet d'enlever à la caution le droit de se prévaloir du bénéfice de discussion et du bénéfice de division. Mais la caution solidaire doit-elle être, dans ses rapports avec le créancier, complètement assimilée à un codébiteur solidaire ordinaire ; et dès lors, faut-il lui appliquer les règles des articles 1200 et suivants, à l'exclusion de celles du titre du Cautionnement ? Ou bien, au contraire, la caution solidaire peut-elle encore, à d'autres points de vue, se prévaloir envers le créancier de sa qualité de fidéjusseur ?

La question présente plusieurs intérêts. Voici notamment deux points sur lesquels les règles de la solidarité et du cautionnement diffèrent.

A. — D'après l'article 2027, lorsque le créancier a divisé lui-même et volontairement son action entre les cautions, il ne peut revenir sur cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a consentie, des cautions insolvables. C'est donc lui qui supporte cette insolvabilité. Au contraire, l'article 1215 donne une solution opposée pour le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des codébiteurs solidaires, et il décide que, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier. Quel est de ces deux textes celui qu'il faut appliquer à la caution solidaire ? D'après la Jurisprudence (Req., 7 juin 1882, D. P. 82.1.441, S. 82.1.321), c'est l'article 1215 relatif à la solidarité. En effet, disent les arrêts, l'article 2021 *in fine* déclare que l'effet de l'engagement de la caution solidaire « *se règle par les principes établis pour les dettes solidaires* ». Solution rigoureuse pour la caution, mais qui paraît bien conforme à l'intention des parties. Le créancier qui a imposé aux cautions un engagement solidaire, et manifesté par là son intention d'exiger le maximum des garanties possibles, ne doit pas être présumé avoir renoncé au droit de les poursuivre pour le tout, par le seul fait qu'il a consenti à diviser sa poursuite.

B. — L'article 2037, nous le verrons bientôt, décharge la caution de son obligation, lorsque la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur par le fait du créancier. Cette disposition, spécialement édictée au profit de la caution, ne saurait être étendue au codébiteur solidaire, débiteur principal, tenu dans tous les cas d'acquitter la dette qui pèse sur lui comme sur ses coobligés. Faut-il donc permettre à la caution solidaire de l'invoquer, ou lui en refuser le bénéfice ? Ici, la Jurisprudence et la Doctrine sont d'accord. L'une et l'autre admettent que l'article 2037 doit s'appliquer à la caution solidaire, parce que le cautionnement.

1 Cons. Marcel Fournier, *Du cautionnement solidaire*, Rev. crit. de lég. et de jur., 1887 ; Tartari, *Du cautionnement solidaire*, Ann. de l'enseign. sup. de Grenoble, t. 2 (1890) p. 423 ; Thaller, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1883, p. 367.

quelles que soient ses modalités, impose au créancier l'obligation de conserver ses garanties à la caution (Pau, 21 janvier 1884, D. P. 85.2.77, S. 86.2.90 ; Req. 19 décembre 1927, *Gaz. Pal.*, 1928.1.312).

Ainsi, la solidarité n'enlève pas à la caution sa qualité de codébiteur accessoire, dans la mesure où celle-ci est compatible avec l'engagement solidaire contracté par elle. Par conséquent la caution solidaire pourra invoquer la compensation acquise au débiteur principal, faculté que n'aurait pas un codébiteur solidaire (Cf. art. 1294, al. 1 et 2036) ; et les actes interruptifs de prescription dirigés contre elle n'auront pas d'effet à l'encontre du débiteur principal (V. cependant en sens contraire, Req. 23 juillet 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.784).

II. — Effets du cautionnement entre le débiteur et la caution.

Les articles 2028 à 2032 distinguent deux hypothèses :

1° La caution a payé la dette ;

2° Elle n'a pas encore payé :

1° Première hypothèse : La caution a payé la dette. — Lorsqu'il en est ainsi, la caution possède un recours contre le débiteur principal pour se faire rembourser par lui (art. 2028, 1er al.).

Elle doit être, par l'effet de ce recours, complètement indemnisée de toutes les conséquences dommageables que le paiement a entraînées pour elle. Elle peut donc se faire rembourser :

A. — *Le principal de la dette*, c'est-à-dire tout ce qu'elle a payé pour le compte du débiteur, *capital*, *intérêts* et *frais* dus par celui-ci au créancier ;

B. — Les *intérêts de ce principal*, à compter du jour du paiement (art. 2028, 2e al.). Ainsi, les intérêts de ses déboursés *courent de plein droit* à son profit. Elle est, à ce point de vue, traitée comme un mandataire.

C. — *Les frais*. Ces mots de l'article 2028 visent les frais de la poursuite dirigée contre elle. Cependant, comme ces frais pourraient être inutiles, la loi exige que la caution dénonce la poursuite au débiteur, afin que celui-ci puisse l'arrêter en payant. Aussi la caution n'a-t-elle de recours que pour les frais par elle faits *depuis la dénonciation* (art. 2028, 3e al.).

D. — Elle peut enfin demander des *dommages-intérêts*, s'il y a lieu (art. 2028-3°). En effet la caution, privée de l'argent qu'elle a dû verser au créancier, peut avoir subi de ce chef un préjudice : par exemple, elle n'a pas pu payer elle-même une dette personnelle et a été condamnée en conséquence à des dommages-intérêts ; ou encore, ses biens ont été saisis par ses créanciers ; ou enfin, elle a été mise en faillite. De ces divers préjudices, le débiteur principal doit l'indemniser.

Pour recouvrer ces diverses sommes, la caution a deux actions :

A'. — *Une action personnelle*, dérivant du *mandat*, quand elle s'est obligée à la demande du débiteur, de *la gestion d'affaires*, quand elle a agi spontanément.

B'. — Elle est *subrogée*, en vertu de l'article 1251-3°, dont l'article 2029

lui applique expressément la disposition, *à tous les droits du créancier*. Elle peut donc exercer les privilèges, hypothèques et autres garanties, attachés à la créance par elle acquittée.

Recours de la caution contre le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. — Quand la créance est garantie, en outre du cautionnement, par une hypothèque, et que l'immeuble grevé se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, la subrogation permet-elle à la caution d'exercer l'action hypothécaire et de rejeter sur ce tiers le fardeau de la dette, ou, pour mieux dire, le *péril de l'avance* à recouvrer ensuite du débiteur principal ?

La difficulté tient à ce que le tiers détenteur est, lui aussi, subrogé dans les droits du créancier. Il semble donc que, s'il avait été poursuivi le premier, il aurait pu se retourner contre la caution. Certains estiment que celle-ci est plus étroitement tenue de la dette que le tiers détenteur, puisqu'elle s'est personnellement obligée. Néanmoins, il ne faut pas hésiter à donner la préférence à la caution, car elle a certainement compté sur l'hypothèque pour garantir son recours, et l'aliénation de l'immeuble par le débiteur ne saurait la priver de cette garantie. Le tiers acquéreur, au contraire, savait bien qu'il courait le risque d'être poursuivi, et il avait, du reste, un moyen de se libérer de l'obligation : c'était de procéder à la *purge* de l'hypothèque (art. 2181 et s.) ; il a eu tort de ne pas l'employer.

Effets de la subrogation au cas où les débiteurs principaux sont tenus solidairement. — Lorsque l'obligation principale lie solidairement plusieurs débiteurs, dans quelle mesure la caution qui a payé peut-elle recourir contre eux ? Pour répondre à cette question, il importe de distinguer deux hypothèses :

a) *Première hypothèse* : *La caution s'est engagée pour tous les codébiteurs solidaires.* — Elle a, dans ce cas, en vertu de la subrogation, le droit de recourir contre chacun des codébiteurs, pour la répétition du total de ce qu'elle a payé (art. 2030).

b) *Deuxième hypothèse* : *Elle n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires.* — Peut-elle encore, pour son recours contre les autres codébiteurs, se prévaloir de la subrogation légale dans les droits du créancier ? Voici la raison de douter. Si le codébiteur cautionné avait payé lui-même la dette, il n'aurait pu répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux (art. 1214 1er al.) ; or la caution ne saurait avoir plus de droits que lui. Ne convient-il pas de dire, en conséquence, qu'elle agira, dans son recours, non pas comme subrogée *au créancier*, mais comme subrogée *au débiteur* qu'elle a cautionné, c'est-à-dire pour la part de chacun des autres codébiteurs ? L'article 2030 semble confirmer par *a contrario* cette deuxième solution. Aussi est-elle généralement admise par les auteurs et par certains arrêts (Req., 19 avril 1854, D. P. 54.1.293, S. 55.1.17 ; Amiens, 29 novembre 1894, D. P. 95.2.271, S. 95.2.276).

On peut répondre cependant à cette argumentation que nulle part une telle exception à la règle formelle de l'article 2029 n'est écrite dans la loi.

Comment donc refuser ici à la caution le bénéfice de la subrogation *dans les droits du créancier*? Qu'y a-t-il d'étonnant au surplus à ce qu'elle soit mieux traitée que le codébiteur cautionné? A la différence de ce dernier, elle ne s'est pas obligée solidairement *avec les autres débiteurs*. C'est pourquoi la Cour de cassation a abandonné le système précédent. Elle reconnaît aujourd'hui que la caution est, dans ce cas comme dans les autres, subrogée *au créancier*.

Doit-on en conclure qu'elle pourra réclamer *à l'un quelconque* des autres codébiteurs la totalité de ce qu'elle a payé, moins la part incombant au codébiteur par elle cautionnée ; ou, au contraire, devra-t-elle diviser son recours? C'est encore un point controversé. Là encore, la Cour de cassation a varié. Après avoir décidé que la caution ne peut réclamer à chaque codébiteur que sa part dans la dette (Req., 10 juin 1861, D. P. 61.1.361, S. 61.1.577 et Civ., 7 mars 1887, D. P. 87.1.271, S. 87.1.265), elle s'est prononcée pour le recours total dans un arrêt du 7 juillet 1896 (Civ., 6 juillet 1896, D. P. 96.1.455, S. 97.1.5, note de M. Lyon-Caen. Dans le même sens, Poitiers, 29 janvier 1913, *Gaz. Pal.*, 8 avril 1913).

C'est la dernière solution qui nous paraît la mieux fondée. En effet, du moment que l'on reconnaît à la caution le droit d'exercer l'action *du créancier*, aucun texte ne limite son recours, si ce n'est pourtant l'obligation qui lui incombe de supporter la part de la dette incombant en dernière analyse à celui des débiteurs principaux en faveur duquel elle était intervenue.

Cas exceptionnels dans lesquels la caution solvens est privée de son recours. — L'article 2031 indique deux fautes de la caution qui la privent de tout recours contre le débiteur :

A. — Elle n'a pas averti le débiteur du paiement par elle fait, si bien que celui-ci, l'ignorant, a payé une seconde fois. La caution négligente n'a alors qu'une action en répétition contre le créancier (art. 2031, 1er al.)

B. — La caution a payé sans être poursuivie et sans avertir le débiteur principal, lequel aurait eu, au moment du paiement, des moyens pour faire déclarer la dette éteinte. Ici encore, la caution n'aura qu'une action en répétition contre le créancier (art. 2031, 2e al.).

En dehors de ces deux cas, il peut arriver que, même sans avoir commis de faute, la caution se trouve privée de tout recours. C'est ce qui se produit quand il y a cautionnement partiel d'une dette, et que le débiteur a fait faillite et a obtenu son concordat (Voir Req., 15 janvier 1901, D. P. 1901.1.325, S. 1902.1.41).

2° **Deuxième hypothèse : La caution n'a pas encore payé la dette.** — Bien que la caution n'ait pas encore payé la dette, la loi lui donne cependant, dans certains cas exceptionnels, le droit d'intenter *à l'avance* l'action de mandat ou de gestion d'affaires contre le débiteur principal, afin d'obliger celui-ci à la décharger ou à la garantir contre la condamnation qu'elle est sur le point d'encourir.

Il en est ainsi dans les cas suivants, énumérés par l'article 2032 :

A. — La caution est poursuivie en justice pour le paiement ;

B. — Le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ;

C. — Le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

D. — La dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

E. — Enfin, la caution peut encore exercer un recours anticipé, après un délai de dix ans, quand l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, quand il s'agit par exemple de l'obligation d'un débirentier astreint à servir une rente perpétuelle. L'éventualité qui pèse sur la caution est trop lourde alors pour pouvoir durer indéfiniment.

III. — Effets du cautionnement entre les codéfijusseurs.

Recours de la caution contre ses cofidéjusseurs. — Aux termes de l'article 2033, « lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ; — mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent ».

Ce texte repose sur une raison d'équité : il est juste que chacune des cautions supporte une part de la dette, au cas d'insolvabilité du débiteur cautionné. Quant au fondement juridique du recours de la caution qui a payé, on peut dire qu'il est le même que pour le recours du codébiteur solidaire à l'encontre de ses coobligés. La caution a contre ses cofidéjusseurs une double action :

1° Une action de gestion d'affaires, car, en payant, elle a libéré les autres ;

2° L'action du créancier, car elle bénéficie de la subrogation légale en vertu de l'article 1251-3°.

La caution ne jouit d'ailleurs de ce recours qu'autant qu'elle a payé sur la poursuite du créancier, ou au cas de faillite ou déconfiture du débiteur, ou dans l'un des autres cas énumérés par l'article 2032, et qu'elle n'a pas négligé d'invoquer un moyen de libération qu'elle aurait pu opposer aux poursuites du créancier.

L'effet du recours est que chaque fidéjusseur peut être poursuivi jusqu'à concurrence de sa part et portion. Il y a lieu de noter ici que le recours du *solvens* présente la même étendue quand il s'exerce contre une *caution réelle*, c'est-à-dire contre un garant qui a hypothéqué son immeuble à la dette du codébiteur principal. La caution réelle doit être entièrement assimilée au point de vue du recours à une caution personnelle. Ainsi, la caution ordinaire qui, ayant payé, se retournerait contre elle, pourrait lui demander la totalité de sa part et portion, quand bien même la valeur de l'immeuble hypothéqué serait inférieure à cette part (Toulouse, 27 décembre 1911, D. P. 1913.2.65, note de M. Donnedieu de Vabres).

SECTION III. — Extinction du cautionnement.

Les causes d'extinction du cautionnement peuvent se diviser en deux groupes.

Premier groupe : Causes éteignant l'obligation principale, et en même temps celle de la caution. — L'obligation de la caution, étant accessoire, ne peut subsister une fois que l'obligation qu'elle garantit a disparu. C'est pour cela, nous l'avons déjà montré, que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (art. 2036, 1er al.). Il n'y a, on s'en souvient, qu'une exception qu'elle ne pourrait invoquer, c'est celle qui est fondée sur l'incapacité du contractant (art. 2036, 2e al. et 2012, 2e al.).

Une mention particulière est due ici à la *dation en paiement*. Celle-ci, à la supposer faite par le débiteur principal, éteint l'obligation de la caution comme le paiement lui-même. L'article 2038 décide même que si, plus tard, le créancier est évincé de la chose qu'il a reçue en paiement, la caution n'en demeure pas moins déchargée. C'est là une mesure de faveur édictée dans l'intérêt de la caution, car le créancier évincé de la chose reçue en paiement recouvre certainement son action primitive contre le débiteur. Il devrait donc, logiquement, étant donné le lien étroit qu'il y a entre la dette principale et celle de la caution, recouvrer aussi son action contre cette dernière. La réviviscence du principal devrait faire renaître l'accessoire. Mais la loi a considéré que, l'engagement d'une caution étant très lourd, il importe qu'on ne puisse la remettre en cause, lorsqu'elle a dû légitimement penser qu'elle était définitivement libérée.

Cas où l'obligation de la caution survit à l'extinction de la dette principale. — Cette survie se produit dans deux cas exceptionnels :

1° *La dette a été payée par un tiers autre que le débiteur*, et ce tiers *solvens* s'est fait subroger dans les droits du créancier. La caution peut alors être poursuivie par ce tiers *solvens*.

Cette solution s'explique aisément, puisque le tiers subrogé conserve le droit de poursuivre le débiteur principal pour se faire rembourser de son avance. L'obligation de ce dernier subsistant à son profit, celle de la caution continue à la garantir.

2° *Le débiteur principal a fait faillite et ses créanciers lui ont fait remise d'une partie de ses dettes*. Le concordat accordé au failli ne dispense pas la caution de payer le montant intégral de la dette. L'article 545 du Code de commerce dispose, en effet, que, nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli (V. Req., 6 février 1906, D. P. 1908.1.225, note de M. Valéry, S. 1906.1.481, note de M. Lyon-Caen).

Deuxième groupe : Causes éteignant l'obligation de la caution mais non l'obligation principale. — On peut subdiviser ces hypothèses elles-mêmes en deux classes :

1° *Causes d'extinction dérivant du droit commun.* — Ces causes sont les suivantes :

A. — La *confusion* qui s'opère entre la personne du créancier et celle de la caution (art. 1301, 2e al.) ;

B. — La *remise de dette* faite par le créancier à la caution (art. 1287 2e al.) ;

C. — La *compensation*, quand la caution devient créancière du créancier.

2° *Cause d'extinction spéciale au cautionnement.* — La caution est libérée lorsque *la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* (art. 2037). Ainsi, le créancier est tenu, sous peine de perdre la garantie résultant pour lui de l'intervention de la caution, de conserver, au profit de celle-ci, les autres sûretés de la créance qui, en vertu de la subrogation, doivent éventuellement garantir le recours de la caution contre le débiteur principal. C'est ce qu'on appelle l'*exception de cession d'actions* ou *de subrogation*.

La disposition de l'article 2037 a son origine dans le *mandatum pecuniæ credendæ*. A Rome, la caution qui s'obligeait par fidéjussion ou par simple convention ne jouissait pas d'un tel bénéfice ; le créancier n'était pas obligé de conserver ses sûretés afin de les lui céder. Il en était autrement dans le cas où la caution, pour s'engager envers le créancier, avait usé du procédé consistant à lui donner mandat de prêter au débiteur. Dans ce cas, en effet, le créancier devait, en tant que mandataire, tenu comme tel de veiller aux intérêts du mandant, prendre soin de lui conserver les sûretés existantes afin d'assurer son recours ultérieur contre le débiteur cautionné. D'où le bénéfice de *cession d'actions* que la caution-mandant pouvait opposer aux poursuites du créancier-mandataire négligent.

Ce bénéfice ayant passé dans notre vieux Droit français, nos anciens auteurs discutaient encore le point de savoir s'il devait être étendu en dehors de ce cas spécial du *mandatum pecuniæ credendæ*, cas qu'ils continuaient de distinguer des autres modes de cautionnement. Mais ils résolvaient en général la discussion par l'affirmative (Voir la longue discussion de Pothier, *Obligations*, 557). C'est l'opinion de Pothier qui a été en somme consacrée par l'article 2037 du Code civil.

On peut d'ailleurs encore expliquer cette disposition par la même idée qui avait inspiré les jurisconsultes romains à propos du *mandatum pecuniæ credendæ*. Le créancier, envers lequel la caution s'engage, doit être considéré, de nos jours, comme s'obligeant de son côté à conserver, au profit de la caution et en vue du recours éventuel de celle-ci, les autres sûretés de sa créance. Le cautionnement revêt donc dans notre Droit un caractère synallagmatique ; et c'est là ce qui explique que le défaut d'exécution de l'obligation du créancier emporte extinction de l'obligation de la caution (Cf. note de M. Guénée, donnant une explication différente, D. P. 97.1.569).

Conditions requises pour que la caution puisse invoquer l'exception de subrogation. — Ces conditions sont au nombre de deux :

1° *Il faut que le créancier ait manqué à son obligation de conserver les sûretés qui garantissaient la créance.* — Peu importe, du reste, que la perte de la sûreté provienne, soit d'un fait actif de sa part, par exemple, s'il a donné mainlevée d'une inscription hypothécaire avant d'être complètement payé, ou s'il a renoncé à son privilège (Civ., 6 février 1911, D. P. 1911.1.253, S. 1911.1.501), soit d'une simple négligence, telle que le non-renouvellement d'une inscription. La distinction que l'on a voulu faire entre les deux cas (V. note de M. Labbé, S. 87.1.5) est sans fondement (V. Req., 2 décembre 1895, D. P. 96.1.255, S. 96.1.65, note de M. Lyon-Caen ; Nancy, 22 décembre 1900, D. P. 1901.2.434). Cependant, si générale que soit la disposition de l'article 2037, son application, reposant sur le manquement du créancier à une certaine obligation déterminée, est subordonnée aux deux circonstances ci-dessous.

A. — D'après la Jurisprudence, et malgré l'avis contraire de nombreux auteurs, le créancier n'est en faute que s'il s'agit d'une sûreté existant *au moment du cautionnement*, car c'est sur celle-là seulement que la caution pouvait compter. Le créancier ne serait donc pas responsable s'il avait laissé périr une sûreté née postérieurement (Civ., 10 décembre 1866, D. P. 66.1.425, S. 67.1.15). Pourtant, le créancier serait responsable s'il n'avait pas usé du droit de rétention, bien que celui-ci n'existât pas encore à la date du cautionnement, car la règle en vertu de laquelle l'article 2037 ne concerne que les sûretés existant au jour du cautionnement *est inapplicable aux garanties qui sont la conséquence légale, bien que seulement éventuelle*, du contrat intervenu entre les parties (Civ. 8 juillet 1913, D. P. 1914.1.241).

B. — Le créancier n'est responsable qu'autant que sa négligence consiste à avoir *laissé éteindre une sûreté*, privilège, hypothèque, nantissement, droit de rétention, cautionnement. Le simple fait de ne pas poursuivre le débiteur à l'échéance, ou de lui accorder une prorogation du terme primitif ou même de ne pas produire à la faillite de celui-ci, ne prive pas le créancier de son recours contre la caution (Req., 6 février 1906, D. P. 1908.1.225 note de M. Valéry, S. 1906 1.481, note de M. Lyon-Caen)[1]. L'article 2039, en effet, déclare expressément que la simple prorogation du terme ne décharge point la caution. Il est vrai que, cette convention de prorogation, passée en dehors d'elle, ne pouvant aggraver la situation de la caution, l'article 2039 porte, *in fine*, que la caution peut (une fois l'échéance primitive arrivée) recourir aussitôt contre le débiteur principal pour le forcer au paiement. Une telle faculté va rendre entièrement illusoire le bénéfice de la prorogation du terme accordé par le créancier au débiteur.

2° *Il faut que la faute du créancier ait causé un préjudice à la caution.* — Si donc il était établi que les sûretés auxquelles le créancier a renoncé eussent été inefficaces, l'article 2037 ne s'appliquerait pas. C'est d'ailleurs

1. Certaines decisions cependant interprètent plus largement le texte. Ainsi, un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 décembre 1895 (D. P. 96.1.255, S. 96.16.5) a appliqué l'article 2037 au créancier qui n'a pas prévenu les cautions du risque d'annulation menaçant l'hypothèque, ou qui ne les a pas appelées à défendre à la demande en report de la faillite du débiteur, laquelle demande avait pour but d'emporter cette annulation.

à la caution à faire la preuve du préjudice dont elle se plaint (V. note de M. Lyon-Caen, S. 96.1.65 , Req., 18 mars 1901, D. P. 1903.1.345, S. 1903.1.137, note de M. Wahl ; 2 décembre 1903, D. P. 1905.1.9. S. 1908.1.138).

Qui peut se prévaloir de l'article 2037 ? — Notre ancien Droit accordait le bénéfice de cession d'actions, non seulement à la caution, mais aux codébiteurs solidaires (Pothier, *Traité des obligations*, n° 275) ; et cette solution était logique. Car, comme le dit Pothier, « les débiteurs solidaires ne se seraient pas obligés solidairement, mais seulement pour leurs parts, s'ils n'eussent compté qu'en payant le total, ils auraient recours contre leurs codébiteurs, et qu'ils auraient pour cet effet la cession des actions du créancier pour les autres parties ».

Le Code civil s'est montré plus rigoureux. L'article 2037 ne s'applique qu'à la caution, et on ne saurait l'étendre aux débiteurs solidaires (Civ., 3 avril 1861, D. P. 61.1.153, S. 61.1.586).

En revanche, on admet que le bénéfice de l'article 2037 appartient à toute caution, même à celle qui s'est obligée solidairement, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

Comparaison entre la situation créée par le cautionnement et d'autres situations analogues. — Résumons les caractères spécifiques de l'obligation de la caution en la comparant avec celle de certains obligés analogues.

1° La caution diffère d'un *codébiteur solidaire* à beaucoup de points de vue.

A. — Le codébiteur solidaire, débiteur principal et non accessoire à l'égard du créancier commun, ne peut invoquer à son encontre aucun des trois bénéfices dont jouit la caution (discussion, division, cession d'actions).

B. — Le codébiteur solidaire ne peut invoquer la *compensation* opérée au profit d'un de ses codébiteurs, tandis que la caution peut se prévaloir de celle qui s'est opérée au profit du débiteur principal.

C. — Aucun des *effets secondaires* de la solidarité ne se produit dans les rapports entre débiteur principal et caution, sauf que les actes interruptifs de prescription accomplis à l'encontre du débiteur principal ont effet à l'encontre de la caution, la réciproque n'ayant d'ailleurs pas lieu.

Ces différences s'atténuent en cas de *cautionnement solidaire*. La caution solidaire ne peut, pas plus qu'un codébiteur solidaire, invoquer les bénéfices de *discussion* et de *division*, et elle ressemble encore au débiteur solidaire au point de vue de l'application de l'article 1215.

2° On peut encore rapprocher le cautionnement et la *délégation* (V. *suprà*, p. 111).

La différence est profonde en cas de *délégation parfaite* ou novatoire. Le délégué devient débiteur principal ; le précédent débiteur ou déléguant est complètement déchargé. Ni le délégué, ni le déléguant ne peuvent être rapprochés de la caution.

Au cas de *délégation imparfaite* au contraire, on a quelquefois comparé le déléguant à une caution du délégué. Mais nous avons vu qu'il ne peut opposer aux poursuites du délégataire le bénéfice de discussion (V. *supra*, p. 113). Restant codébiteur principal, il ne pourrait pas non plus opposer la compensation qui se serait produite dans les rapports du délégataire et du délégué.

3° Le *cédant* d'une créance ressemble à une caution lorsqu'il *garantit la solvabilité actuelle et future du débiteur cédé*. Cependant il en diffère à plusieurs points de vue. Il est garant et non caution. Dès lors, le cessionnaire de la créance ne peut recourir contre lui qu'à charge de démontrer qu'il n'a pu obtenir paiement du cédé, tandis que la caution peut être poursuivie dès l'échéance par le créancier, et doit invoquer formellement le bénéfice de discussion. De plus, le cédant, garant de solvabilité, ne peut pas invoquer le bénéfice de subrogation de l'article 2037.

4° On ne doit pas confondre non plus le *porte-fort* et la caution. Le porte fort promet que le débiteur *s'engagera* et non qu'il *paiera* ; il est libéré dès que le débiteur a contracté l'engagement qu'il avait promis de lui faire prendre. Il ne répond point de sa solvabilité.

TITRE II

SURETÈS RÉELLES

Nous diviserons ce titre en deux parties. Dans la première, nous étudierons les sûretés réelles qui entraînent la dépossession du débiteur, c'est-à-dire le *Nantissement* et le *Droit de rétention*. Dans la seconde partie, nous traiterons des sûretés réelles, plus perfectionnées et plus pratiques, qui laissent la chose affectée à la garantie du créancier entre les mains du débiteur, c'est-à-dire les *Privilèges* et les *Hypothèques*.

PREMIÈRE PARTIE

SURETÉS DÉPOSSÉDANT LE DÉBITEUR

CHAPITRE PREMIER

NANTISSEMENT

Définition. Variétés du nantissement. Gage et antichrèse. — « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (art. 2071).

Il y a deux variétés de nantissement, *le gage et l'antichrèse*. Le gage est le nantissement d'une *chose mobilière* ; l'antichrèse est le nantissement d'une *chose immobilière* (art. 2072).

De ces deux opérations, l'une, la première, est fort usitée. La mise en gage des objets mobiliers, corporels ou incorporels, est un mode de crédit auquel le débiteur recourt volontiers, et qui est devenu plus fréquent encore avec le développement des actions et obligations des sociétés commerciales ou industrielles. Le propriétaire de ces titres se procure en effet aisément une avance de fonds en les donnant en gage à un établissement de crédit.

Il n'en est pas de même de l'antichrèse. Elle est beaucoup moins usitée[1]. Aussi ne lui consacrerons-nous que d'assez brèves explications.

1. Voici une statistique des contrats d'antichrèse portant sur trois années comparées.

Années	Nombre des actes	Valeur des créances garanties
1896	212	827.500 fr.
1900	70	270.800
1901	70	358.000

SECTION I. — ANTICHRÈSE (art. 2085 à 2091).

Définition. Inconvénients de l'antichrèse. — En vertu de l'antichrèse, le créancier acquiert le droit de se mettre en possession d'un immeuble appartenant à son débiteur jusqu'au paiement de sa créance, et, en attendant, celui d'en percevoir les fruits et revenus, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance (art. 2085).

Un tel contrat est, on le conçoit aisément, un procédé rudimentaire de crédit. En effet, il enlève au débiteur la possession et la jouissance de l'immeuble, et le prive en même temps de la faculté de l'aliéner, car l'antichrèse, droit réel, est opposable à tous les acquéreurs jusqu'à parfait paiement de la créance garantie. De plus, l'antichrèse ne permet pas de *proportionner* la sûreté au crédit recherché. La valeur de crédit incluse dans l'immeuble est épuisée en une fois pour la sûreté d'une seule dette. L'hypothèque est bien supérieure, car elle laisse l'immeuble entre les mains du débiteur, et permet à celui-ci de n'en utiliser la valeur que dans la mesure de ses besoins. Aussi, le débiteur préfère-t-il ce second mode de crédit. Quant au créancier, sans doute l'antichrèse constitue pour lui une garantie plus complète, en ce sens qu'elle le met à l'abri des conséquences d'une aliénation, et par suite de la purge ; mais elle l'oblige à percevoir lui-même les fruits, à rendre compte de l'excédent au débiteur, à moins qu'il ne l'impute sur le capital, ce qui est un mode de remboursement partiel peu avantageux, et enfin à administrer l'immeuble. Pour toutes ces raisons, l'antichrèse est peu employée. Elle a été supplantée par l'hypothèque. Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas même jugé utile d'en parler. Ce n'est qu'à la suite des observations de plusieurs tribunaux d'appel du Midi, où l'antichrèse se pratiquait encore, qu'ils se sont décidés à la réglementer dans les articles 2085 à 2091.

On se méprendrait cependant si l'on croyait que l'antichrèse est abandonnée par la pratique. Les espèces relevées dans les recueils de jurisprudence nous montrent qu'on en rencontre encore certaines applications. Tantôt c'est le créancier qui exige cette garantie, sans doute pour se protéger contre les suites d'une aliénation éventuelle de l'immeuble ; tantôt c'est un débiteur surchargé d'hypothèques qui l'offre à un créancier trop confiant, en lui faisant croire que la possession de l'immeuble le protégera contre les hypothèques inscrites ; tantôt enfin, c'est un procédé employé pour tenter de frustrer les créanciers hypothécaires (Voir l'espèce de l'arrêt de la cour de Paris, 25 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 21 octobre 1912).

Comparaison entre l'antichrèse et la cession de loyers ou fermages non échus[1]. — Une autre raison de la désuétude relative de l'antichrèse, c'est que la pratique a imaginé une forme de crédit analogue, plus souple, plus simple, qui donne au créancier à peu près les mêmes avan-

1. Lagarde, *Des cessions et quittances anticipées de loyers ou fermages non échus*, thèse de Paris, 1913.

tages, sans exiger la dépossession du débiteur ; c'est *la cession de loyers ou fermages non échus*, laquelle est parfois désignée dans les actes sous le nom d'antichrèse. Cette cession permet au créancier de toucher lui-même les loyers de l'immeuble, sans lui imposer la gêne de la possession. Aussi s'en contente-t-il ordinairement.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription traite à la fois des deux opérations, et les assujettit l'une et l'autre à la publicité. Mais elle ne les soumet pas à un régime identique. En effet, l'antichrèse doit toujours être transcrite, quelle que soit sa durée (art. 2-1°). Au contraire, la transcription ne s'applique qu'aux cessions de sommes équivalentes au moins à trois années de loyers ou fermages non échus (art. 2-5°).

De cette différence résulte une conséquence regrettable : l'antichrèse n'est jamais opposable aux créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, au contraire, ceux-ci doivent supporter l'effet d'une cession consentie par leur débiteur, quand elle est *inférieure à trois années de loyers ou fermages non échus*. Or, ces cessions anticipées constituent un amoindrissement de la valeur de l'immeuble susceptible de préjudicier aux créanciers inscrits ; car un débiteur aux abois recourt parfois à ce procédé pour se procurer encore de l'argent à leur détriment.

On cherche donc vainement les motifs qui peuvent justifier la solution légale. Les rédacteurs de la loi de 1855 et, après eux, la Jurisprudence, ont émis cette appréciation que les cessions anticipées de loyers, quand elles portent sur moins de trois années, sont des actes de simple administration. Singulière administration que celle qui consiste à engager d'avance les revenus ! Ajoutons que la Jurisprudence a encore trouvé le moyen d'aggraver l'erreur des rédacteurs de la loi de 1855. En effet, elle décide qu'une cession égale ou supérieure à trois ans est opposable aux créanciers antérieurement inscrits, pour une durée de *trois ans moins un jour* (Civ., 12 février 1902, D. P. 1902.1.337, note de M. Ambroise Colin, S. 1903.1.169, note de M. Naquet).

I. — Formes du contrat d'antichrèse.

L'antichrèse doit toujours être constatée *par écrit* (art. 2085, 1er al.). Ce n'est pas cependant un contrat solennel ; l'écrit n'est exigé par la loi que *ad probationem*. Donc, le seul effet de la disposition de l'article 2085, 1er alinéa, est que la preuve par témoins n'est pas admise même au-dessous de 500 francs (V. Fenet, t. 15, p. 211). Cela était peu utile à dire, car jamais une constitution d'antichrèse ne se fera pour une somme aussi peu importante. D'autre part, l'écrit est, par la force même des choses, nécessaire pour la transcription, car on ne peut pas transcrire un acte non constaté par écrit.

En somme, au point de vue des formes de constitution, deux points sont à signaler dans l'antichrèse :

1° A la différence de l'hypothèque elle n'exige pas la rédaction d'un acte notarié ;

2° Elle requiert la remise effective de l'immeuble entre les mains du créancier. C'est donc un *contrat réel*.

II. — Droits et obligations du créancier antichrésiste.

L'antichrèse confère quatre prérogatives au créancier : 1° Le droit aux fruits et revenus de l'immeuble ; 2° Le droit de le retenir jusqu'à paiement du prix ; 3° Le droit de le faire vendre à échéance pour se payer de son dû ; 4° Un droit de préférence sur le prix de cette vente.

1° Droit aux fruits et revenus. — Le créancier a le droit de toucher les fruits et revenus de l'immeuble, à charge de les imputer sur les intérêts de la créance et ensuite sur le capital (art. 2085).

A titre de contrepartie, l'article 2086 lui impose l'obligation, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, et de pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets.

2° Droit de rétention. — Le créancier a le droit de conserver la possession de l'immeuble, jusqu'à entier acquittement de la dette (art. 2087, 1er al.). Ce droit de rétention est certainement opposable aux tiers, c'est-à-dire aux ayants cause du débiteur, tiers acquéreurs de l'immeuble dont le titre a été postérieurement transcrit, créanciers hypothécaires inscrits après la transcription de l'antichrèse, et créanciers chirographaires. L'antichrèse cesserait d'être une garantie s'il n'en était pas ainsi, et s'il dépendait du débiteur de l'anéantir. C'est un point qui ne fait aucun doute en Jurisprudence, et la tradition de notre ancien Droit est dans le même sens. Pothier considérait bien l'antichrèse comme constituant un droit réel (*Traité de l'hypothèque*, 231, 236) ; les rédacteurs du Code n'ont certainement pas voulu modifier le caractère d'une institution qu'ils n'ont recueillie que par respect pour la tradition.

Naturellement, le droit de rétention de l'antichrésiste n'est pas opposable aux tiers qui auraient acquis sur l'immeuble un droit réel et l'auraient publié *antérieurement à la transcription de l'acte d'antichrèse*. L'article 2091, 1er al., du Code civil édicte cette règle, et la loi du 23 mars 1855, article 3, la consacre de nouveau. Si donc l'immeuble a été vendu par le débiteur, et si l'acheteur a transcrit le premier, celui-ci peut contraindre l'antichrésiste à lui remettre l'immeuble ; de même, les créanciers hypothécaires antérieurement inscrits conservent le droit de saisir l'immeuble entre les mains de l'antichrésiste (Civ., 29 août 1865, D. P. 65.1.329, S. 65.1.433 , Req., 24 janvier 1872, D. P. 72.1 353, S. 72.1 21 ; Paris, 12 janvier 1895, D. P. 96.2.57, S. 98.2.283). En pareil cas, si ces créanciers n'absorbent pas la totalité du prix, l'antichrésiste jouira d'un droit de préférence sur le surplus (Req., 24 janvier 1872, D. P. 72.1.353, S. 72.1.21).

3° Droit de faire vendre l'immeuble. — Au cas de non-paiement à

l'échéance, le créancier antichrésiste peut poursuivre l'expropriation de l'immeuble par les voies légales (art. 2088). Le même article interdit, de même qu'en matière de gage (art. 2078), l'emploi du pacte commissoire, c'est-à-dire de la convention attribuant au créancier la propriété de l'immeuble, au cas de non-paiement au terme convenu. Et on remarquera que la loi ne permet pas au créancier antichrésiste, comme nous allons voir que le peut le gagiste, de se faire attribuer l'immeuble en paiement par une décision de justice.

4° Droit de préférence sur le prix. — Le créancier antichrésiste a enfin un droit de préférence sur le prix, soit quand il fait vendre lui-même l'immeuble, soit quand la vente est poursuivie par les créanciers hypothécaires antérieurs, sauf alors à exercer ce droit de préférence à son rang (Voir les arrêts précédemment cités). Et, en effet, la garantie de l'antichrésiste serait boîteuse si ce droit de préférence n'existait pas. Pourtant, nos anciens auteurs ne lui accordaient pas ce bénéfice. D'après Pothier, l'antichrésiste ne jouissait que du droit de rétention, il n'avait pas le droit de vendre l'héritage (*Traité de l'hypothèque*, 232).

Les rédacteurs du Code civil ont heureusement abandonné cette solution. Nous savons, en effet, que l'article 2088 autorise l'antichrésiste à poursuivre l'expropriation de l'immeuble, d'où résulte évidemment le droit de se faire payer par préférence sur le prix ; en effet, s'il devait perdre sa garantie en se dessaisissant de l'immeuble, l'antichrésiste ne poursuivrait jamais une expropriation dont le premier résultat est de le dessaisir.

SECTION II. — Gage (art. 2073 à 2084).

Notions générales. Définition. — Le gage est le contrat par lequel un débiteur remet à titre de garantie à son créancier la possession d'un meuble corporel ou incorporel, que le créancier pourra retenir jusqu'à l'échéance et faire vendre à défaut de paiement, afin de se payer par privilège et préférence aux autres créanciers (art. 2073, C. civ.).

Nous avons déjà dit que ce mode de crédit joue un rôle important dans la pratique. Cela tient à ce que notre Droit ne permet pas de constituer d'hypothèque sur les meubles (art. 2119, C. civ.). Il en résulte que le seul moyen de tirer profit de leur valeur de crédit est de les remettre en gage au créancier. Cependant, nous verrons plus loin que le législateur moderne a créé, pour certains biens mobiliers (fonds de commerce, denrées agricoles, meubles garnissant un hôtel), un procédé de mise en gage sans déplacement, qui rapproche à certains égards ce genre de gage d'une hypothèque mobilière.

Si nous recherchons les applications pratiques les plus usuelles du gage, nous constaterons que cette sûreté a toujours été fort employée par les commerçants qui, n'ayant pas ordinairement d'immeubles, cherchent à se procurer du crédit à l'aide de leurs fonds de commerce et de leurs marchandises. Or la création des magasins généraux, faits pour recevoir en dé-

pôt des marchandises, a beaucoup facilité et augmenté de nos jours l'emploi de ce contrat. Le gage commercial est d'ailleurs, dans le Code de commerce (art. 91 à 93), l'objet d'une réglementation particulière, plus simple que celle du gage civil.

Celui-ci, de son côté, est également devenu beaucoup plus fréquent de la part des non commerçants. La création des Monts-de-Piété ou caisses de crédit municipal a permis aux gens nécessiteux de se procurer en effet quelques ressources, à un taux d'intérêt d'ailleurs assez élevé, moyennant l'engagement d'objets mobiliers[1].

D'autre part, la multiplication des valeurs mobilières, actions et obligations, sous la forme nominative ou au porteur, a permis de les utiliser comme instruments de crédit. Les avances sur titres couramment négociées par les établissements de crédit représentent chaque année des centaines de millions (plus de 400 millions pour la seule Banque de France).

§ 1. — Conditions de formation du contrat de gage.

Quelles choses peuvent être données en gage. — Il n'y a que les meubles qui puissent être l'objet d'un gage (art. 2072). Pour les immeubles, il y a, nous l'avons vu, une forme spéciale de nantissement qui est l'antichrèse.

Cependant, certains arrêts de cours d'appel ont décidé que les immeubles édifiés et aménagés par un commerçant en vue de son exploitation commerciale devenaient un des éléments du fonds de commerce, et se trouvaient ainsi englobés dans la mise en gage de celui-ci (Pau, 6 novembre 1911, D. P. 1912.2.375, S. 1913.2.193). Mais cette solution, contraire aux termes précis de l'article 2072 du Code civil, a été repoussée par la Cour de cassation (Req., 20 janvier 1913, *Gaz. Pal.*, 12 février 1913), qui a décidé que le contrat de gage ne peut s'appliquer ni aux immeubles compris dans le fonds de commerce, ni à l'outillage et autres objets qui ont revêtu le caractère d'immeubles par destination (V. note de M. Percerou sous Trib. civ , Dijon, 30 mars 1908, D. P. 1909.2.153).

Tous les meubles, en revanche, peuvent être donnés en gage, non seulement les objets corporels, mais les choses incorporelles : créances ordinaires, titres nominatifs, au porteur, à ordre, fonds de commerce, brevets d'invention, et même le droit d'exploitation d'une concession de distribution d'énergie électrique (Toulouse, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 6-7 juillet 1913).

Les rentes sur l'Etat peuvent également être données en nantissement, quoiqu'elles soient insaisissables. Cette insaisissabilité en effet a seulement

1. L'institution des Monts-de-Piété a été réglementée par la loi du 16 pluviôse an XII, le décret du 24 messidor an XII, la loi du 24 juin 1851 et le décret du 24 octobre 1918. Ils jouissent du monopole du prêt sur gage d'objets mobiliers corporels ; aucune autre personne ne peut donc se livrer à ces opérations.

Le décret du 24 octobre 1918 leur permet de recevoir les dépôts de fonds faits à intérêt dans leur caisse, soit à terme, soit à vue.

pour but d'interdire les saisies-arrêts entre les mains du Trésor ; elle n'empêche pas le gagiste de demander la vente de ces rentes, au cas de non paiement à l'échéance.

Du cautionnement en argent. — Le *cautionnement* (au sens vulgaire du mot) ou remise d'une certaine somme d'argent à titre de garantie de la bonne gestion d'une personne, tel qu'il s'emploie, soit pour les fonctionnaires publics, soit entre employés et chefs d'entreprise, est une sûreté analogue à la constitution de gage. Il en diffère cependant en ce que la personne à laquelle l'argent est remis en devient propriétaire, puisqu'il s'agit de choses consomptibles, et non simple possesseur comme dans le gage ; mais l'*accipiens* s'engage à restituer une somme égale au terme convenu, si l'intéressé a bien rempli ses obligations.

Qui peut donner une chose en gage. — Le gage peut être donné, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers pour le débiteur (art. 2077). Le tiers qui consent à donner sa chose en gage pour garantir la dette d'autrui, ne s'oblige pas personnellement, à la différence de la caution. En ce qui le concerne, le droit du créancier se limite à l'objet qui lui a été remis.

Que le constituant soit le débiteur ou un tiers, en tout cas, pour constituer une chose en gage, il faut en être *propriétaire* et être *capable de l'aliéner*.

Le défaut de propriété du constituant expose le créancier gagiste à une *action en revendication* du *verus dominus*. Pourtant, cette action en revendication peut se trouver paralysée par la règle. « En fait de meubles possession vaut titre ». En effet, au regard des tiers autres que le constituant, le créancier gagiste est un possesseur, et peut se prévaloir de cette règle à leur encontre aussi bien qu'un acquéreur.

Si le gage a été constitué par un débiteur n'ayant pas la capacité d'aliéner et non régulièrement habilité, le contrat est entaché d'une *nullité relative*.

Formes de la constitution de gage. — Le contrat de gage ne se forme pas par le seul accord des volontés ; il a toujours été considéré, depuis le Droit romain, comme un *contrat réel*. Il ne produit donc ses effets que par la *remise de la chose* au créancier ou à un tiers convenu (art. 2076).

En dehors de ce premier élément, la loi exige, pour la validité du contrat à l'égard des tiers, deux conditions : d'abord *la rédaction d'un acte écrit* (art. 2074) ; ensuite, quand il s'agit de créances, la *signification de cet acte au débiteur de la créance donnée en gage* (art. 2075).

Il faut étudier successivement ces trois conditions. La première est requise aussi bien pour la validité de la constitution du gage *inter partes*, que pour son efficacité à l'encontre des tiers. Les deux autres sont nécessaires uniquement pour la validité du contrat *à l'égard des tiers*.

I. — Dépossession du débiteur.

La dépossession du débiteur est un élément essentiel à la formation du contrat. Le simple accord de volontés ne crée aucun droit sur l'objet remis

en gage au profit du créancier ; celui ci n'acquiert un droit réel sur cet objet qu'autant qu'il lui en a été fait tradition.

L'accomplissement de cette condition, nous insistons sur ce point, est nécessaire *entre les parties elles-mêmes*. Pour que le créancier puisse se prévaloir du contrat à l'encontre de son débiteur, il faut qu'il soit *nanti*, c'est-à-dire mis en possession effective de la chose engagée (Civ., 18 mai 1898, D. P. 1900.1.481, S. 98.1.433).

On peut s'étonner au premier abord que le Code civil ait maintenu cette règle venue du Droit romain. En effet, elle ne s'accorde pas bien avec le principe en vertu duquel la convention suffit pour transférer la propriété d'un bien, et plus généralement pour engendrer un droit réel (art. 1138). La raison de la solution contraire consacrée par l'article 2076, c'est qu'il faut rendre apparente aux yeux des tiers la constitution du gage, afin de les prévenir qu'ils n'ont plus à compter sur la valeur de l'objet. La dépossession joue donc un rôle de *publicité*. Bien que requise même dans les rapports des parties entre elles, elle bénéficie surtout aux tiers (V. Civ., 19 février 1894, D. P. 94.1.420, S. 94.1.273).

Le but même de la règle nous indique de quelle manière elle doit être appliquée. Comme le dit l'arrêt précité du 19 février 1894, la livraison doit être un fait apparent, de nature à avertir les tiers (V. aussi Req., 29 décembre 1875, D. P. 76.1.219, S. 76.1.109 ; Req., 2 janvier 1912, D P. 1912 1.357, S. 1912.1.200). Par conséquent, une simple *tradition feinte* laissant la chose entre les mains du débiteur à titre de constitut possessoire, ne suffirait pas. Il faut que le débiteur ne reste pas détenteur de la chose. Donc, la remise des clés d'un magasin appartenant au débiteur dans lequel sont déposés les objets engagés, ne donnerait pas efficacité à la constitution du gage (Req., 28 mai 1910, S. 1910.1.488).

Au surplus, comme la mise de la chose à la disposition du créancier dépend de circonstances variables et complexes, l'appréciation du point de savoir si elle a eu lieu réellement, rentre dans les pouvoirs des juges du fond (Req., 29 décembre 1875, D. P. 76.1.219, S. 76.1.109).

Ce n'est pas tout que de mettre le gagiste en possession. L'article 2076 exige que la dépossession du débiteur soit continue, et dure jusqu'à l'expiration du contrat (Req., 26 mars 1907, D. P. 1909.1.58, S. 1911.1.372). Le Code a voulu ainsi couper court aux pratiques anciennes consistant, après la prise de possession par le créancier, à restituer la chose à titre précaire au débiteur. Une telle pratique serait de nature à permettre de frauder les tiers.

De la tradition des choses incorporelles. — La remise au créancier est exigée, non seulement pour les objets corporels, mais même pour les choses incorporelles, créances et autres droits, données en gage. Ce point a cependant été contesté par quelques auteurs, pour la raison que l'article 2075 relatif au gage des meubles incorporels ne fait pas mention de cette condition. Mais cette opinion n'a pas trouvé et ne pouvait trouver faveur. En effet, l'article suivant a soin de nous dire que, *dans tous les cas*, le gage doit être mis en la possession du créancier, et l'article 92 du Code de commerce

révisé en 1863, reproduit la même formule. Aussi, la Jurisprudence a-t-elle toujours exigé la tradition pour tous les droits incorporels, quels qu'ils soient (Civ., 20 janvier 1886, D. P. 86.1.406, S. 86.1.305, note de M. Lyon-Caen ; 18 mai 1898. D. P. 1900.1.481, note de M. Sarrut, S. 98.1.433, note de M. Lyon-Caen ; 24 janvier 1905, D. P. 1905.1.493, S. 1905.1.113).

Reste à savoir comment on pourra effectuer cette tradition. En effet, la remise matérielle des choses incorporelles n'est pas toujours facile à réaliser d'une façon apparente, à moins que le droit donné ne soit un titre au porteur incorporé dans l'acte écrit. Voici les solutions auxquelles on est arrivé :

S'il s'agit de *créances*, la mise en possession se réalise par la *livraison du titre*, c'est-à-dire de l'écrit *constatant la créance* (Civ., 27 janvier 1908, D. P. 1910.1.522, S. 1910.1.537, note de M. Naquet). On comprend du reste que cette livraison ne constitue pas pour le créancier une garantie suffisante, car elle n'est pas connue du débiteur de la créance. C'est pourquoi la loi en complète l'effet par une signification dont nous parlerons plus loin.

S'il s'agit de *droits successifs*, la tradition consiste à remettre au créancier l'acte qui constate l'existence de ces droits, par exemple, le testament (V. Civ., 19 février 1894 précité)[1].

Cette tradition du titre écrit est d'ailleurs parfois très gênante. Elle rend impossible la mise en gage des créances non constatées par écrit, ou des droits successifs *ab intestat* (Voir notamment pour ces derniers, Civ., 19 février 1894, D. P. 94.1.420, S. 94.1.273, note de M. Lyon-Caen). C'est un résultat fâcheux ; l'intérêt du crédit demanderait que chacun pût au besoin affecter à la garantie de ses créanciers n'importe lequel des éléments qui composent son patrimoine.

Remise de la chose à un tiers autre que le créancier. — Il n'est pas nécessaire que l'objet soit livré au créancier lui-même ; il peut être confié à un tiers (art. 2076), qui le possédera pour le compte du gagiste. Ce procédé, désigné par nos anciens auteurs sous le nom d'*entiercement*, est fréquent en matière commerciale. Il offre le double avantage de débarrasser le créancier de la garde d'une chose encombrante, et de permettre au débiteur de tirer de ses marchandises par plusieurs engagements successifs, tout le crédit dont elles sont susceptibles, le tiers détenteur pouvant être chargé de conserver la chose remise en gage pour le compte de plusieurs créanciers à la fois. C'est précisément pour permettre l'emploi de ce procédé qu'ont été créés les *magasins généraux* et qu'a été inventé le titre appelé *warrant*.

II. — Conditions requises pour la validité du contrat à l'égard des tiers.

1° **Rédaction d'un acte écrit.** — L'article 2074 veut que toute convention de gage soit constatée dans un *acte écrit*, public ou sous-seing privé, *dûment enregistré*.

1. Pour les brevets d'invention, Voir Paris, 29 août 1865 (S. 66.2.24) ; pour es droits de ropriété littéraire et artistique, Paris, 15 janvier 1874 (D. P. 75.2.43 S. 76.2.10).

Cet écrit doit contenir deux mentions : A. la déclaration de la somme due ; B. l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

Pour comprendre la raison d'être de cette règle, il faut en connaître l'origine. Elle vient de notre ancien Droit (arrêt de règlement du 25 novembre 1599, confirmé par l'article 148 de l'ordonnance de janvier 1629 et les articles 8 et 9 du titre VI de l'ordonnance sur le commerce de mars 1673). Elle fut édictée pour éviter qu'un débiteur aux abois ne pût faire une constitution de gage frauduleuse au profit d'un tiers, afin de soustraire tout ou partie de son actif aux poursuites de ses créanciers.

Cette raison explique les conditions exigées par l'article 2074.

A. — Il faut que l'écrit soit passé devant notaire, ou, s'il est sous seing privé, qu'il soit enregistré. La loi veut ainsi empêcher le danger d'une antidate.

B. — L'écrit doit contenir la *désignation précise* de la chose donnée en gage, afin de rendre impossible la substitution d'une chose précieuse à un objet de moindre valeur.

C. — Il doit enfin mentionner le *montant de la somme due*, pour éviter que cette somme ne soit modifiée après coup.

Le but même en vue duquel la règle est établie permet d'en déterminer aisément la sanction. La rédaction de l'écrit n'est imposée que dans l'intérêt des tiers. A défaut d'écrit réunissant les conditions prescrites, le contrat reste donc valable entre les parties, mais le créancier ne peut pas opposer son droit aux tiers intéressés (V. Pothier, *Traité du nantissement*, n° 17, éd. Bugnet, t. 5, p. 396).

Quant à la portée exacte de la règle, elle varie quelque peu, suivant qu'il s'agit de *meubles corporels* ou de *meubles incorporels*.

S'agit-il de *meubles ordinaires*, c'est-à-dire *corporels*, l'article 2074, alinéa 2, nous dit que « la rédaction de l'acte écrit et son enregistrement ne sont prescrits qu'en matière excédant la valeur de cinq cents francs. » Cette solution est tout à fait raisonnable, car il serait excessif de requérir la formalité d'un acte écrit pour opérations roulant sur des valeurs inférieures à 500 francs, n'offrant par conséquent que des dangers bien minimes pour les tiers.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de la mise en gage de *meubles incorporels*, en particulier des créances, l'article 2075 porte simplement que le privilège ne s'établit « que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistrés etc... » Comme le texte n'ajoute plus qu'il n'en est ainsi qu'au-dessus de 500 francs, on doit en induire, sans que d'ailleurs on puisse donner de bonnes raisons de cette différence, qu'un acte écrit et enregistré est nécessaire pour tout nantissement, fût-il inférieur à 500 francs.

Dans tous les cas, on doit, croyons-nous, décider que la production d'un écrit ne peut être suppléée par l'*aveu* ou le *serment* ; car de tels modes de preuve, en prêtant à la collusion du débiteur et du créancier gagiste, feraient courir aux tiers le même danger d'antidate qu'un écrit non enregistré.

En revanche, nous estimons que les faits assimilés par l'article 1328 à

l'enregistrement (mort du signataire de l'écrit ou relation de la substance de l'acte dans un titre authentique) doivent avoir la même efficacité que l'enregistrement pour la régularisation du gage, car ces modes d'acquisition d'une date certaine protègent tout autant les tiers contre le danger d'une antidate frauduleuse.

2° Formalité spéciale au nantissement des créances[1]. Signification de l'acte écrit au débiteur de la créance donnée en gage. — Quand le gage a pour objet une créance, l'article 2075 prescrit une deuxième condition qui consiste à signifier l'écrit constatant le contrat de gage au débiteur de la créance.

Cette signification présente ici la même utilité qu'en matière de cession de créance (art. 1690, C. civ.). C'est elle qui rend la constitution de gage opposable aux tiers. Tant qu'elle n'a pas eu lieu, le créancier gagiste ne peut pas se prévaloir de son droit pour exiger le paiement du débiteur de la créance ; celui-ci ne connaît jusque-là que son propre créancier.

Il va de soi que la signification pourrait être suppléée par le mode subsidiaire énoncé dans l'article 1690, 2e alinéa, à savoir l'acceptation de la constitution de gage faite par le débiteur dans un acte authentique (Civ., 27 janvier 1908, D. P. 1910.1.522, S. 1910.1.537).

Règles particulières du gage commercial. Leur application partielle à certains nantissements civils. — Les règles que nous venons d'indiquer sont écartées en ce qui concerne le *gage commercial* (art. 2084).

1° C'est tout d'abord la formalité consistant dans la rédaction d'un écrit, que la loi écarte en matière commerciale (Cf. art. 91, al. 1er, C. com., modifié par la loi du 23 mai 1863), par cette raison que la rapidité des opérations commerciales ne permet pas toujours aux commerçants, lesquels usent beaucoup du prêt sur gage, de recourir à un tel mode de preuve.

2° La signification au débiteur est également supprimée, au moins dans certains cas, et remplacée par d'autres formalités qui varient suivant les créances dont l'engagement est effectué.

L'article 91 du Code de commerce, modifié par la loi du 23 mai 1863, fait à ce sujet la distinction suivante :

A. — Pour les créances *contre personne dénommée*, dont la cession doit être signifiée au débiteur (art. 1690, C. civ.), il n'est pas dérogé aux règles du droit commun (art. 91, 4e al., C. com.). L'acte constitutif de gage doit donc être écrit, enregistré et signifié au débiteur de la créance. En effet, ces formalités présentent ici la même utilité que si le gage était civil.

B. — Il en est autrement pour les *titres au porteur*, les *titres à ordre*, les *valeurs nominatives*.

a) *Titres au porteur.* — Les titres au porteur se transfèrent de la main à la main, comme un objet mobilier ; le droit de créance est incorporé dans l'acte écrit et se transmet avec lui. Dès lors, la remise du titre au créancier

1. Guionin, *De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres.* Thèse Paris, 1907.

gagiste suffit, sans qu'il soit besoin de signification au débiteur, puisque celui-ci s'est engagé à ne payer qu'entre les mains du porteur (art. 91, 1er al , C. com. et Exposé des motifs de la loi de 1863).

Etant donnés ces motifs, il semblerait même que la dispense de signification devrait s'appliquer, lorsqu'il s'agit de titres au porteur, aussi bien à un contrat de gage civil qu'à un gage commercial. Dans les deux cas, la signification est également sans objet. Tel n'est pas cependant l'avis de la Jurisprudence qui maintient, pour le gage civil des titres au porteur, la nécessité de la signification, bien qu'elle ne présente alors aucune utilité (Civ., 30 novembre 1864, D. P. 65.1.55, S. 64.1.503 ; 5 juin 1872, D. P. 72.1.161, S. 72.1.157 ; 28 mars 1888, D. P. 88.1.253, S. 88.1.265).

b) *Titres à ordre et valeurs nominatives.* — D'après l'article 91, 2e alinéa, du Code de commerce, la mise en gage des titres à ordre peut être établie par un *endossement* régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.

A l'égard des valeurs nominatives, le gage est créé par un *transfert de garantie* inscrit sur les registres de la société[1] (art. 91, 3e al).

Ici encore, on doit se demander si les formes édictées par l'article 91 pour le gage commercial ne peuvent être valablement employées, quand la mise en gage des valeurs nominatives ou des titres à ordre a un caractère civil ? La question est controversée. Cela tient à ce que la loi de 1863 ne concerne, d'après son intitulé, que le gage commercial.

Disons tout d'abord que, s'il s'agit d'un gage civil, la *rédaction d'un acte écrit* demeure toujours nécessaire ; c'est un point qui nous paraît certain. Ce que nous nous demandons, c'est si la *signification au débiteur* ne peut pas être remplacée par les formes indiquées dans l'article 91 du Code de commerce. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse pour les valeurs nominatives ; car le transfert sur les registres de la société débitrice équivaut évidemment à une signification à elle faite, ou, mieux encore, à une acceptation de la cession faite par le débiteur.

Quant aux titres à ordre, nous estimons que l'endossement à titre de garantie rend également inutile une signification au débiteur, puisque celui-ci, en souscrivant son obligation, s'est obligé à payer à toute personne qui serait devenue porteur régulier du titre par voie d'endossement. Néanmoins, il y a un arrêt en sens contraire (Paris, 2 juillet 1896, D. P. 98.2.49, note de M Dupuich).

A quoi reconnaît-on le caractère commercial du gage ? — Les explications précédentes montrent combien il importe d'être fixé sur ce point. Le premier alinéa de l'article 91 du Code de commerce nous enseigne qu'il faut réputer commercial « le gage constitué, *soit par un commerçant*,

1. La Jurisprudence admet du reste en se fondant sur les termes de l'article 91, et sur le rapprochement du 1er alinéa et des deux alinéas suivants, que l'emploi de ces formes spéciales est simplement facultatif et non obligatoire. Le gage commercial peut donc s'établir par tous moyens conformément à l'article 109 du Code de commerce, pourvu, bien entendu, qu'il y ait eu mise en possession du créancier gagiste (Civ., 14 mars 1910, D. P. 1911.1.94, S. 1910.1.281, note de M. Lyon-Caen ; Req. 26 juillet 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.766).

soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce ». Pour discerner si un gage est commercial, il faut donc s'attacher au caractère de la dette garantie et notamment, en cas de prêt, à la *destination des deniers* (V. Lacour, *Précis de droit commercial*, 1912, n° 825).

§ 2. — Effets du contrat de gage.

I. — Droits du créancier.

Le créancier a un *droit réel* sur la chose donnée en gage. C'est ce droit réel qui constitue sa garantie. Il lui est donné, non pas pour lui permettre de jouir de la chose, mais pour assurer son paiement préférentiel sur le prix, le jour où la chose sera vendue.

Comme titulaire d'un droit réel, le créancier gagiste est un véritable possesseur. *Il est possesseur à titre de créancier gagiste*. Sans doute, il n'est pas un possesseur *animo domini* ; il ne se considère pas comme propriétaire, il ne peut pas prescrire la propriété de la chose engagée ; mais il est un possesseur en tant que titulaire d'un droit réel, *animo pignoris*, peut-on dire. Il peut donc opposer sa possession aux tiers qui voudraient saisir ou revendiquer le meuble. En tant que possesseur, il peut également se faire remettre en possession, au cas de perte ou de vol. A ce point de vue encore, il faut l'assimiler à celui qui possède un meuble *animo domini*.

Ces explications permettent de comprendre aisément les divers droits que le gage donne au créancier. Ils sont au nombre de cinq :

1° Droit de rétention ; 2° Droit de réclamer l'objet quand il a été perdu ou volé ; 3° Droit de le faire vendre ; 4° Droit de s'en faire attribuer la propriété par justice ; 5° Droit de préférence sur le prix.

1° Droit de rétention. Indivisibilité de ce droit. — Le droit de rétention permet au gagiste de conserver la possession de l'objet, tant que la dette n'a pas été intégralement acquittée, tant en principal qu'intérêts et frais (art. 2082, 1er al.). Jusqu'à ce moment, le débiteur ne peut pas le contraindre à le restituer.

L'article 2083 ajoute que le gage est *indivisible*, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.

Si donc il a pour objet des choses divisibles, l'héritier du débiteur qui a payé sa part dans la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa part de la créance, ne peut restituer le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés (art. 2083, 2e et 3e al).

Survivance possible du droit de rétention au paiement de la dette. — Lorsqu'il existe, de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement et devenue exigible avant le paiement de la première, le créancier n'est pas tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors

même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde (art. 2082, 2e al.).

Cette disposition de faveur nous vient du Droit romain (Const. unique, C. *Etiam ob chirographariam pecun.*, VIII, 27). Elle est fondée sur une interprétation de la volonté présumée des parties. On considère que le créancier, déjà nanti d'un gage, n'a consenti à faire une nouvelle avance au même débiteur que parce qu'il a compté sur la valeur du gage pour garantir à la fois le règlement de ses deux créances.

Opposabilité du droit de rétention aux tiers. — Le droit de rétention issu du gage est opposable aux ayants cause du débiteur, comme au débiteur lui-même. Il est également opposable à ceux qui auraient un privilège sur le meuble donné en gage.

Cela tient à ce que le gagiste, étant en possession, peut invoquer, contre tout recours émanant d'un titulaire de droit réel quelconque sur l'objet mobilier qu'il détient, la règle de l'article 2279 « En fait de meubles possession vaut titre ». Cette raison doit faire décider que le créancier gagiste, pour pouvoir méconnaître le privilège appartenant à un tiers sur l'objet engagé, doit avoir ignoré l'existence de ce privilège au moment de la constitution du gage. Autrement, en effet, il ne serait plus protégé par l'article 2279, puisqu'il lui manquerait la bonne foi. Si donc nous supposons que le meuble donné en gage avait été acheté et non encore payé par le débiteur, le créancier gagiste de bonne foi pourrait opposer son droit au vendeur, et résister à sa poursuite (Arg. art. 2102- 4°, 3e al.). Il ne le pourrait pas au contraire, s'il avait su, en recevant le meuble donné en gage, que ce meuble n'était pas encore payé.

Enfin, le créancier gagiste de bonne foi peut également opposer son droit au propriétaire du meuble, à supposer que le débiteur ait engagé la chose d'autrui, pourvu toutefois que ce meuble n'ait été ni perdu, ni volé (art. 2279, 2e al.).

On remarquera ici que, lorsqu'il s'agit d'un meuble perdu ou volé, le *créancier gagiste de bonne foi* est moins bien protégé que l'*acquéreur de bonne foi*. Ce dernier, en effet, a le droit d'exiger du revendiquant le remboursement de son prix, s'il a acheté la chose dans une foire, un marché, une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280, 1er al.). Au contraire, le créancier gagiste, auquel son débiteur a remis une chose perdue ou volée, ne remplit jamais cette condition, et, dès lors, il ne peut pas réclamer le prix du gage lorsqu'il en est évincé par la revendication du *verus dominus* (Civ., 11 mai 1898, D. P. 98.1.504, S. 98.1.481, note de M. Tissier ; Trib. com. Bruxelles, 18 mai 1910, D. P. 1911.2.209, note de M. de Loynes).

2° Droit de réclamer l'objet au cas de dépossession non volontaire. — Lorsque le créancier gagiste a perdu l'objet remis en gage ou a été victime d'un vol, il peut en demander la restitution au tiers entre les mains duquel il le trouve, comme le ferait le propriétaire lui-même, c'est-à-dire à la charge d'en restituer le prix, si le possesseur actuel l'a acquis de bonne

foi dans une foire ou chez un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280, 1er al.).

3° Droit de faire vendre l'objet. — Si le débiteur ne paie pas la dette à l'échéance, le créancier a le droit de faire vendre le gage afin de se payer sur le prix (art. 2078, 1er al.). On peut se demander en quoi consiste au juste son avantage, étant donné que tout créancier a le droit de faire vendre les biens de son débiteur. La réponse à la question est très simple. La portée de la disposition de l'article 2078, 1er alinéa, c'est que le créancier gagiste se trouve dispensé de l'obligation de procéder à une *saisie mobilière*. Il suffit qu'il s'adresse au tribunal pour lui demander d'ordonner la vente. La vente doit avoir lieu aux enchères, ou à la Bourse, s'il s'agit de valeurs négociables, en tous cas à de bien moindres frais que ceux qu'entraîne une *saisie*.

Ajoutons que l'article 2078, 2e alinéa, frappe de nullité toute clause qui autoriserait le créancier à vendre sans observer les formes prescrites, c'est-à-dire sans avoir obtenu la permission du tribunal.

4° Droit de se faire attribuer le gage en propriété. — Ce droit est un succédané du précédent. Ce n'est qu'un mode de réalisation de l'objet remis en gage, plus simple et plus rapide qu'une mise en vente. Au lieu de requérir la vente, le créancier peut faire ordonner par le tribunal que le gage soit estimé par experts, et lui demeure en paiement jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû. En somme, la loi donne au créancier le droit de se faire attribuer en justice la propriété du meuble par voie de dation en paiement [1].

On remarquera que, d'après l'article 2078, l'option entre la vente et l'attribution en nature appartient au créancier et non à la justice. Le tribunal, lorsqu'il est saisi d'une demande d'attribution en propriété, est donc tenu de déférer au désir du créancier.

Si la valeur du meuble est supérieure au montant de la créance, le créancier attributaire du gage devra payer une soulte au débiteur.

Interdiction du pacte commissoire. — Si la loi autorise cette attribution judiciaire de propriété, elle interdit d'insérer dans le contrat une clause en vertu de laquelle le créancier, non payé à l'échéance, demeurerait *de plein droit* propriétaire du gage (art. 2078, al. 2).

Cette clause, dite *pacte commissoire*, a toujours été interdite, parce qu'elle présente trop de danger pour le débiteur qui, poussé par le besoin d'argent et remettant un objet de valeur supérieure au montant du prêt, s'y soumettrait cependant dans l'espérance de pouvoir rembourser le prêteur à l'échéance. Le pacte commissoire est un moyen d'échapper aux restrictions

1. La loi du 17 mars 1909 relative au nantissement des fonds de commerce, art. 8 2e al., enlève au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement jusqu'à due concurrence. C'est qu'il s'agit ici d'un bien qui peut avoir une grande valeur, et l'expertise n'offre pas les mêmes garanties pour les autres créanciers qu'une vente aux enchères.

légales de l'usure que les prêteurs connaissent bien. Aussi s'ingénient-ils à tourner la prohibition de la loi, notamment, comme nous l'avons vu, en masquant leurs opérations sous l'apparence d'une vente à réméré (V. *suprà*, p. 496).

Il ne faut pas d'ailleurs s'égarer sur la portée de la prohibition. Elle ne vise que le pacte commissoire conclu *au moment de la constitution du gage*, mais non la convention postérieure intervenue, soit après l'échéance de la dette, soit même avant l'échéance, convention par laquelle le débiteur conviendrait de laisser au créancier gagiste la propriété de la chose au cas de non-paiement. Une telle convention est parfaitement licite (Req., 17 octobre 1906, D. P. 1907.1.79, S. 1911.1.572). La Jurisprudence fonde cette tolérance sur les termes de l'article 2078, 2e alinéa, qui, dit-on, suppose une clause insérée dans l'acte constitutif du gage. Le texte est pourtant moins formel qu'on ne le prétend ; ce qu'il y a de vrai, c'est qu'une fois le prêt réalisée le débiteur est libre de se défendre ; il n'est plus à la merci du prêteur. Il peut donc refuser d'accéder à une stipulation trop onéreuse pour lui.

D'ailleurs, il y aurait lieu d'annuler la convention, s'il apparaissait qu'elle a été convenue dès le moment du prêt, et retardée de quelques jours dans le seul dessein de faire fraude à la loi.

Quant à la *sanction de la prohibition*, elle a varié avec les époques. En Droit romain et dans notre ancien Droit, la nullité frappait l'acte tout entier ; le créancier était obligé de restituer le gage, mais, en même temps, il pouvait immédiatement réclamer son remboursement (Pothier, *Traité du nantissement*, 18). Le Code civil a préféré une sanction moins radicale, qui suffit à la défense du débiteur. Le pacte commissoire est nul, mais la constitution de gage subsiste.

5° **Droit de préférence sur le prix.** — Au cas où il fait vendre le meuble, le créancier jouit d'un *privilège* ou droit de préférence sur le prix (art. 2073, 2102-2°). Il est donc payé sur cette valeur avant tous les autres créanciers du débiteur.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers gagistes successifs pour un même objet (ce qui suppose évidemment que cette chose a été remise entre les mains d'un tiers convenu), l'ordre de préférence se règle d'après la date des constitutions de gage, en vertu de la règle *Prior tempore, potior jure*.

II. — Obligations du créancier gagiste.

Les obligations du créancier gagiste sont au nombre de trois : 1° Veiller sur la chose en bon père de famille ; 2° ne pas s'en servir pour son usage personnel, ni en jouir si elle produit des revenus ; 3° la restituer après paiement total de la dette.

1° **Veiller sur la chose en bon père de famille.** — Le créancier nanti doit faire les frais nécessaires pour assurer la conservation de la chose, frais que le débiteur sera tenu de lui rembourser (art. 2080, 2e al.).

Si la chose vient à périr ou à se détériorer par sa négligence, il est tenu

de réparer la perte subie par le débiteur (art. 2080, 1er al.). C'est ainsi que le créancier serait responsable s'il avait négligé de faire renouveler en temps utile l'inscription de l'hypothèque garantissant une créance par lui reçue en gage (Civ., 29 juin 1904, D. P. 1905.1.331, S. 1904.1.416).

En pareil cas, le débiteur pourrait en outre demander, en vertu de l'article 2082, 1er alinéa, l'annulation du gage et la restitution de l'objet, sans être tenu cependant de payer sa dette avant qu'elle ne fût échue.

2° **Ne pas se servir de la chose pour son usage personnel.** — Le créancier gagiste ne peut se servir de la chose ; il n'a pas le droit d'en percevoir les fruits ou les revenus, si elle en produit (art. 2079, 2081 *a contrario*). En cela, il diffère grandement du créancier antichrésiste.

Que si le créancier contrevient à cette obligation, le débiteur peut demander la restitution immédiate de l'objet donné en gage (art. 2082, 1er al.), sans que, pour cela, l'échéance de sa dette se trouve modifiée. La sanctiou consiste donc dans l'annulation de la constitution de gage.

Quand il s'agit de mise en gage d'une créance productive d'intérêts, l'article 2081 fait exception à la prohibition précédente. Il décide, en effet, que le créancier touchera lui-même les intérêts, et les imputera sur ceux qui peuvent lui être dus. Bien plus, si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette (art. 2081, 2e al.). Ce qui justifie cette solution, c'est qu'elle simplifie les rapports des parties. A quoi servirait-il que le débiteur touchât lui-même les intérêts de sa créance pour les reverser ensuite au gagiste ? Ajoutons que les intérêts de la créance remise en gage forment un élément de garantie que le gagiste a dû prendre en considération au moment de la constitution du gage.

Supposons enfin que la créance donnée en gage vienne à échéance pendant la durée du contrat. Ni le créancier gagiste, ni le débiteur ne peuvent en toucher le montant, le premier, parce qu'il ne peut pas disposer du gage, le second, parce qu'il a donné la créance en garantie et ne peut plus, dès lors, en disposer. La loi n'a pas prévu cette difficulté. Il n'y a qu'une solution possible : décider que le paiement sera fait du consentement des deux intéressés, et consigné ou employé immédiatement (Voir l'article 1281 du Code civil allemand). Ajoutons qu'en pratique, l'acte constitutif de gage ne manque jamais de prévoir cette éventualité.

3° **Restituer la chose après paiement.** — Lorsque la dette a été totalement acquittée, tant en principal qu'en intérêts et frais, le créancier doit restituer le gage avec tous ses accessoires (art. 2082, 1er al.).

§ 3. — Du gage sans déplacement.

Lois récentes admettant le gage sans déplacement. — Nous avons vu que la mise en possession du créancier constitue l'élément essentiel de la formation du contrat de gage. Cependant, des lois récentes ont fait échec

à ce principe traditionnel, et admis la constitution de gage sans dépossession du débiteur pour trois sortes de meubles :

1° Les fonds de commerce (Loi du 1er mars 1898 et loi du 17 mars 1909, modifiée par celle du 31 juillet 1913) ;

2° Les produits agricoles (Lois du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906) ;

3° Le mobilier commercial, le matériel et l'outillage des hôtels à voyageurs (Loi du 8 août 1913).

Pour ces trois catégories de meubles, le législateur a remplacé la dépossession par *des formalités de publicité destinées à prévenir les tiers.*

Véritable nature de ce gage. — Y a-t-il vraiment constitution de gage dans ces trois cas ? On a prétendu que non. Le législateur, a-t-on dit, peut bien changer les conditions de validité d'un acte ; il ne lui appartient pas de méconnaître des définitions scientifiques qui dépendent du seul raisonnement. Or le gage est un contrat *réel*, c'est-à-dire un contrat qui se forme par la remise de l'objet ; on ne saurait concevoir un gage sans déplacement. Le législateur moderne s'est donc mépris ; il a, sans s'en douter, créé de *véritables hypothèques mobilières*, ne conférant au créancier, étant donné qu'elles portent sur des meubles *non susceptibles de droit de suite*, qu'un simple droit de préférence.

Nous ne partageons pas une telle manière de voir. Rien ne s'oppose en somme à la création du gage sans déplacement. Nous dirons plus : la constitution d'un droit réel sur un objet, sans tradition, est conforme aux principes du Droit. Sans doute, le Code civil a conservé la conception ancienne du gage, mais c'est uniquement parce que la dépossession du débiteur donne à l'opération la publicité nécessaire. Si donc cette publicité peut être obtenue par un autre procédé, pourquoi ne pourrait-on pas renoncer à la dépossession qui est parfois si gênante et voire même impossible ? Il n'est en effet nullement contraire à l'essence même de notre contrat d'en faire disparaître la condition de dépossession. Le contrat de gage a pour but essentiel de faire acquérir un droit de préférence sur la chose engagée ; or ce but peut être atteint, que la chose soit mise ou non entre les mains du créancier.

Du reste, nous verrons en étudiant la loi de 1906 sur le warrant agricole, que plusieurs de ses dispositions sont incompatibles avec les effets de l'hypothèque, et se rattachent d'une façon incontestable à la notion de gage.

Nous laissons de côté le nantissement des fonds de commerce qui relève du Droit commercial, et nous ne parlerons que des warrants agricoles et du warrant hôtelier.

I. — Des warrants agricoles.

Définition du mot warrant. — Le mot *warrant* vient de la langue commerciale. Il sert à désigner l'écrit constatant la mise en gage de marchandises déposées dans des magasins généraux ou docks[1]. Quand un commer-

1. Voir la loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux (Cons. Lacour, *Précis de droit commercial*, 1912, nos 859 et s.).

çant dépose des marchandises dans un dock, l'établissement lui délivre un double titre détaché d'un registre à souche : le *récépissé* et le *warrant*. L'un et l'autre sont à ordre et se transmettent par endossement. Le premier constate le dépôt ; le second permet la mise en gage des marchandises. Le commerçant mentionne sur le warrant la dette qu'il veut garantir, et l'endosse à son créancier. On l'a dit avec raison, « le warrant est un billet à ordre au paiement duquel les marchandises déposées sont affectées en garantie. Une fois créé, il circule comme tout effet de commerce et peut faire l'objet d'un nombre illimité d'endossements » (Lacour, *op. cit.*, n° 864).

Tel est le titre que les lois récentes ont voulu introduire dans notre Droit civil, pour en faire bénéficier les agriculteurs et les hôteliers.

Mais la question ne se présentait pas pour ces débiteurs d'une façon aussi simple que pour les commerçants. En effet, les choses que les agriculteurs et les hôteliers peuvent donner en gage, c'est-à-dire les produits agricoles ou le mobilier des hôtels, ne sont pas susceptibles d'être, comme les marchandises auxquelles s'applique la loi de 1858, transportées dans des magasins généraux. Cela va de soi pour le mobilier de l'hôtel ; quant aux récoltes, la remise à un tiers est sans doute possible, mais elle est assez rare ; les frais de déplacement grèveraient trop lourdement l'opération. Il faut donc permettre au débiteur de conserver lui-même les objets par lui donnés en gage. De là, un risque pour le créancier, risque que le législateur a cherché à pallier de son mieux, en menaçant de peines sévères le débiteur infidèle. De là aussi la nécessité d'organiser une publicité efficace, de manière à prévenir les tiers qui pourraient être trompés par la possession du débiteur. De là enfin, l'obligation de régler le conflit possible des droits du créancier gagiste et du bailleur d'immeubles, conflit qui ne se présente pas au cas de warrant commercial, puisque les marchandises warrantées, étant hors des magasins du commerçant, ne sont pas grevées du privilège du bailleur.

But de l'institution du warrant agricole. — L'agriculteur qui a besoin d'argent pour la culture et l'amélioration de ses terres ne peut s'en procurer qu'en vendant ses produits, et, comme il doit acheter ses semences et ses engrais fort peu de temps après sa récolte, il est obligé de vendre celle-ci rapidement. Il en résulte un afflux de marchandises sur le marché et une dépréciation des cours. Le législateur a voulu remédier à cette situation en donnant à l'agriculteur un moyen pratique d'emprunter sur ses produits, c'est-à-dire de les engager sans s'en dessaisir. De là l'institution du warrant agricole organisée par la loi du 18 juillet 1898. Mais, comme celle-ci n'avait pas donné de résultat, et comme on lui reprochait justement d'avoir établi des formalités trop compliquées et trop coûteuses, tant au point de vue de la constitution que de la réalisation du gage, la loi du 30 avril 1906 l'a abrogée, et a édicté en remplacement des dispositions plus heureuses.

1° Constitution du warrantage. — Nous rencontrons sur ce premier point un grand nombre de questions.

A. — *Qui peut user du warrantage?* — La loi a été édictée en faveur des *agriculteurs* (propriétaires, usufruitiers, fermiers, métayers), des *sociétés cooperatives agricoles* (art. 1er, al. 1 et 2 et des *ostréiculteurs* (art. 18).

B. — *Quels produits peuvent être warrantés ?* — Le warrantage peut s'appliquer à *tous les produits agricoles ou industriels* de l'exploitation, y compris le *sel marin* et *les animaux* appartenant à l'agriculteur.

C. — *Comment se fait le warrantage.* — Deux règles doivent être ici dégagées.

a) *Rédaction du warrant.* — Le warrant est un titre à ordre, transmissible par voie d'endossement. Il est établi par les parties elles-mêmes, au moyen d'un acte sous seing privé (art. 4) ; ou bien il peut être rédigé par le greffier de la justice de paix du canton (art. 3).

b) *Publicité.* — Le warrant doit être *transcrit* sur un *registre spécial*, tenu au chef-lieu du canton par le greffier de la justice de paix dans le ressort duquel l'emprunteur est domicilié (art. 3, 2e al.). Toute personne peut se faire délivrer, avec l'autorisation de l'emprunteur, un état des warrants inscrits au nom de ce dernier, ou un certificat établissant qu'il n'existe pas d'inscription (art. 6).

D. — *Interdiction faite au débiteur de vendre les produits warrantés.* — Le danger que présente le gage sans déplacement, c'est que le débiteur de mauvaise foi vende les objets engagés à un tiers, et supprime ainsi la garantie qu'il a donnée. Le warrant est donc, à ce point de vue, bien inférieur au gage avec dépossession. C'est pourquoi la loi a senti le besoin de protéger le créancier, en menaçant le débiteur infidèle de pénalités rigoureuses, celles qui frappent l'escroquerie (art. 405, C. pén.), ou l'abus de confiance (art. 406 et 408, C. pén.) (V. art. 14 de la loi).

E. — *Transmissibilité du warrant.* — Le warrant présente cet avantage que, vu sa forme de titre à ordre, le créancier peut le transmettre à un tiers par voie d'endossement. A mesure qu'il circule, la force du warrant augmente, car tous ceux qui l'ont signé ou endossé sont tenus, nous le verrons, à la garantie solidaire envers le porteur (art. 10, al. 1).

2° **Droits du porteur du warrant.** — Le porteur du warrant jouit d'un quadruple droit :

A. — Le droit de s'opposer à la livraison de la chose, au cas où elle aurait été vendue par le débiteur ;

B. — Le droit de faire vendre l'objet au cas de non-paiement ;

C. — Le droit de préférence sur le prix de la vente ;

D. — En cas d'insuffisance du prix, le droit de recourir contre les endosseurs et contre l'emprunteur.

A. — *Droit de s'opposer à la livraison de la chose, au cas où elle aurait été vendue par le débiteur.* — Cette faculté est écrite dans l'article 8, 1er alinéa. *Il en résulte que le créancier est un véritable créancier gagiste, et non, comme on l'a prétendu, un créancier hypothécaire.* En effet, ce dernier ne peut pas empêcher le débiteur de disposer de la chose hypothéquée, tandis que le gagiste jouit du droit de rétention (art. 2082, 1er al.). Bien plus si l'agri-

culteur a warranté des produits qu'il avait déjà vendus, mais dont l'acheteur n'avait pas pris livraison, les droits de cet acheteur ne seraient pas opposables au créancier. (Civ. 23 avril 1918, D. P. 1919.1.33, note de M. Capitant ; 3 décembre 1919, *Gaz. Pal.*, 30 décembre 1919). La solution contraire s'imposerait évidemment si l'on devait considérer l'opération du warrantage comme une hypothèque mobilière, car l'hypothèque constituée *a non domino* ne peut produire aucun effet.

B. — *Droit de faire vendre l'objet au cas de non-paiement* (art. 11). — Au cas de non-paiement à l'échéance, le porteur doit adresser à l'emprunteur une lettre recommandée. S'il n'est pas payé dans les cinq jours de l'envoi, il est tenu de prévenir les endosseurs par l'intermédiaire du greffier de la justice de paix. Quinze jours après la lettre recommandée, il peut faire procéder par un officier public ou ministériel à la vente publique de la marchandise engagée. Une ordonnance du juge de paix rendue sur requête fixe les jours, lieu et heure de la vente. Ainsi, les formalités de vente sont simplifiées ; car la loi donne au juge de paix la compétence qui, de droit commun (art. 2078, C. civ.), appartient au tribunal de première instance.

C. — *Droit de préférence sur le prix.* — Le porteur est payé directement de sa créance sur le prix de vente, par privilège et préférence à tous créanciers ; seulement, il peut être primé dans certains cas par le privilège du bailleur, ainsi que nous l'expliquerons ci-dessous (art. 12).

Ainsi, en principe, le porteur prime tous autres créanciers, notamment les ouvriers qui ont aidé à faire la récolte, le vendeur de semences, le bailleur. Cette faveur concédée au porteur prouve bien encore qu'il est un gagiste, et non un simple créancier hypothécaire. S'il n'avait qu'une hypothèque, il viendrait à son rang. La loi, au contraire, le considère comme un vrai gagiste, préférable à tous, même aux créanciers antérieurs, à raison de sa possession.

D. — *Recours contre les endosseurs et l'emprunteur.* — Enfin, en cas d'insuffisance du prix pour le désintéresser, le porteur a un recours subsidiaire contre les endosseurs et contre l'emprunteur. (art. 13).

Condition spéciale imposée au fermier emprunteur dans l'intérêt du bailleur. — L'article 2102-1°, nous le verrons, donne au bailleur d'un fonds rural un privilège qui porte notamment sur les récoltes. Le législateur a tenté de concilier le maintien de ce privilège avec le besoin de crédit du fermier ou du métayer. Il a, à cet effet, établi les règles suivantes :

1° Le fermier est obligé, avant tout emprunt, d'*aviser le propriétaire* de la nature, valeur et quantité des marchandises qui doivent servir de gage pour l'emprunt, ainsi que du montant des sommes à emprunter (art. 2, 1er al.). Cet avis doit être donné par l'intermédiaire du greffier de la justice de paix du canton dans lequel sont situés les objets warrantés (art. 2, 2e al).

2° Si le fermier ne remplit pas cette obligation, le privilège du bailleur

prime celui du créancier gagiste. Celui-ci sera donc intéressé à veiller à l'observation de cette formalité. Quand, au contraire, l'avis a été donné, la situation varie suivant les cas :

A. — Si le fermier a payé *tous les termes échus* au bailleur, celui-ci ne peut pas s'opposer au warrantage, ni invoquer son privilège, au préjudice du prêteur, sur les objets warrantés.

B. — Si, au contraire, *des termes échus lui sont encore dus*, le bailleur peut, dans un délai de huit jours, s'opposer au prêt par une lettre envoyée au greffier (art. 2, 3e al.).

En édictant ces dispositions, le législateur s'est préoccupé à l'excès des intérêts du bailleur, et a encore exagéré la protection déjà si grande qui lui est accordée par nos lois. En effet, tout fermier a le droit de vendre ses récoltes sans prévenir son propriétaire, quand même il devrait des termes arriérés, et cette vente est toujours opposable au bailleur, qui, de l'avis unanime de la Doctrine, ne jouit pas, en ce qui concerne les récoltes, du droit de revendication de l'article 2102-1°, 5e al. Dès lors, il n'y avait aucune raison pour contraindre le preneur à aviser le bailleur de son intention d'emprunter, ni pour autoriser celui-ci à s'opposer au warrant.

Cette obligation d'aviser le propriétaire est d'ailleurs une des causes qui empêchent le développement de l'institution, en raison de la répugnance qu'éprouve le cultivateur, lorsqu'il emprunte, à en informer son bailleur.

De l'emploi du warrant agricole dans la pratique. — La réforme de 1906 a produit un assez bon résultat. L'usage du warrant, jusque-là presque inconnu, s'est un peu répandu dans les milieux agricoles, mais il n'y est pas encore aussi développé qu'on pourrait l'espérer. Le rapport du Ministre de l'Agriculture sur le fonctionnement des caisses de crédit agricole, en 1908, constatait que ces caisses avaient reçu, au cours de cette année, 7.668 warrants correspondant à des emprunts s'élevant à 9.092.145 fr. D'un nouveau rapport publié au *Journal officiel* du 31 décembre 1913, il résulte que le nombre des warrants délivrés jusqu'au 31 décembre 1912 s'élevait pour toute la France à 45.892, et le montant des sommes empruntées à 91.430.425 francs. « Si la pratique des warrants agricoles, dit ce rapport, s'est généralisée d'une façon satisfaisante dans le ressort de certaines cours d'appel, il n'en est pas moins certain que l'agriculteur français ne s'est pas encore complètement familiarisé avec l'utilisation de ce crédit sur gage. »

II. — Le warrant-hôtelier.

But de cette institution. Comparaison avec le nantissement des fonds de commerce. — Le warrant hôtelier a été créé par la loi du 8 août 1913, en vue de permettre aux exploitants d'hôtel de se procurer les fonds nécessaires pour l'exploitation et l'amélioration de leurs établissements, en donnant en gage à leurs prêteurs et fournisseurs le matériel et l'outillage servant à leur exploitation.

Il convient de remarquer aussitôt que les hôteliers sont des commer-

çants, et que, dès avant cette loi, ils pouvaient donner leurs fonds en gage conformément à la loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. Ajoutons que, d'après l'article 27 de ladite loi, la créance du gagiste peut être incorporée dans un titre à ordre, dont la négociation par voie d'endossement emporte translation du privilège.

Il semble donc que le besoin d'une réforme ne se faisait guère sentir. Mais, en fait, les hôteliers ne se servaient pas du mode de crédit que leur offrait la loi de 1909. C'est qu'en effet ils payent presque toujours d'énormes loyers, et la créance de leur bailleur absorbe la valeur de leur actif. Or, comme la loi de 1909 ne limite aucunement le privilège du bailleur, on conçoit qu'un capitaliste ne consente pas à se contenter d'un gage déjà si lourdement grevé.

La loi de 1913 a donc été faite pour restreindre le privilège du bailleur au profit du prêteur d'argent. Mais, comme elle était loin d'atteindre l'objet qu'elle avait en vue, le législateur a dû la modifier par une nouvelle loi du 17 mars 1915.

Constitution du warrant hôtelier. — Et d'abord, demandons-nous quels objets peuvent être donnés en gage.

L'exploitant d'hôtel peut engager le *mobilier commercial*, le *matériel* et l'*outillage* servant à l'exploitation (art. 1). Il en est ainsi même quand ces objets sont *immeubles par destination*. Cette règle, introduite par la loi de 1915, était indispensable pour permettre l'usage des warrants aux exploitants qui sont en même temps propriétaires de l'hôtel. En effet, lorsque, du moins, le bâtiment révèle par son origine et son genre de construction le but spécial pour lequel il a été édifié, les objets mobiliers qui y ont été placés par *le propriétaire* pour l'exploitation sont considérés comme ayant été immobilisés. (Req., 2 août 1886, D. P. 87.1.293). Et la loi de 1913 en tirait cette conséquence qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un warrant.

Pour ce qui est des *formes de rédaction du warrant*, la loi de 1913 a heureusement simplifié et perfectionné l'institution du warrant, telle que l'avait organisée la loi de 1906 pour l'agriculture. Elle décide qu'il est tenu dans chaque greffe de tribunal de commerce un registre à souche dont le volant et la souche portent chacun, d'après les déclarations de l'emprunteur, les indications nécessaires à la formation du contrat (art. 3). Le volant constitue le warrant hôtelier. Il est remis par le greffier à l'hôtelier emprunteur ; celui-ci le transfère au prêteur par voie d'endossement daté et signé.

Réalisation du gage. — Au cas de non-paiement à l'échéance, les droits du porteur du warrant sont les mêmes que ceux du créancier auquel un fonds de commerce a été donné en gage (art. 11, 2e al.)

Mais le point sur lequel il importe d'insister, c'est la *réserve des droits du bailleur*. Le législateur a cherché en effet à concilier le besoin de crédit de l'hôtelier avec le privilège du bailleur. Le problème ne se posait pas dans

les mêmes termes que pour les warrants agricoles, car les récoltes du fermier ne forment qu'une partie des biens grevés du privilège du propriétaire et sont destinées à être vendues, tandis que le mobilier de l'hôtel représente toute la garantie du bailleur. De plus le prêt sur warrant agricole est toujours un prêt à court terme, puisqu'il est garanti par des récoltes destinées à être rapidement aliénées, tandis que le prêt fait à l'hôtelier pour améliorer son hôtel sera naturellement un prêt à long terme.

La loi a donc imposé à l'exploitant l'obligation d'aviser, avant tout emprunt, par acte extrajudiciaire, le propriétaire ou l'usufruitier de l'immeuble, de la quantité, de la nature et de la valeur des objets qu'il veut engager, ainsi que du montant des sommes à emprunter.

Le propriétaire peut s'opposer à l'emprunt lorsque l'emprunteur n'a pas payé les loyers échus, six mois de loyers en cours et six mois à échoir. On le voit, le droit du propriétaire de l'immeuble loué à un hôtelier est beaucoup plus étendu en notre matière que celui du bailleur d'un fonds rural. L'opposition du propriétaire, lorsqu'elle se produit, doit être notifiée dans un délai de quinze jours (art. 2, 2e al.).

Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque l'hôtelier a payé les loyers échus, six mois de loyers en cours et six mois à échoir, le bailleur ne peut pas s'opposer à la mise en gage, mais il conserve son droit de préférence, qui s'exercera dans la même mesure, au cas où ultérieurement le fonds serait mis en vente (V. art 3. de la loi du 17 mars 1915).

La loi du 17 mars 1915 a (art. 2 nouveau de la loi du 8 août 1913) prévu également le conflit du créancier porteur de warrant avec le *créancier ayant hypothèque sur l'immeuble* et, par conséquent, sur les objets mobiliers qui s'y rattachent comme *immeubles par destination*. Elle décide que le rang respectif des ayants droit est déterminé par les dates respectives de la transcription du premier endossement du warrant et des inscriptions d'hypothèques sauf l'application des dispositions de l'article 2135 du Code civil en ce qui concerne les hypothèques dispensées d'inscription.

Nullité des clauses contraires. — La loi de 1913 a fait disparaître un obstacle facile à pronostiquer à l'application de la législation nouvelle, à savoir l'abus des clauses de renonciation au droit de l'utiliser que, lors du renouvellement des baux, les propriétaires ne pouvaient manquer d'imposer aux exploitants, leurs locataires Elle déclare (art. 4) nulles et non avenues toutes conventions contraires aux dispositions de la loi, et notamment toutes stipulations « portant atteinte au droit des locataires d'instituer le warrant hôtelier ».

Disposition transitoire. — Enfin la loi de 1913 contient une disposition transitoire qui respecte les droits résultant des baux en cours. Elle

est écrite dans l'article 16 : « Sauf dans les cas où le bailleur donnerait son consentement exprès, la constitution du warrant ne peut être appliquée aux objets mobiliers se trouvant dans des immeubles dont les baux auront date certaine au jour de la promulgation de la présente loi [1] ».

Cette disposition est fort mal rédigée. Il semblerait à la lire, qu'un hôtelier n'aurait pas le droit de warranter son matériel avant l'expiration de son bail en cours. Mais cette solution est inacceptable. En effet, la loi du 17 mars 1909 a donné à tout commerçant, donc aux hôteliers comme aux autres, et sans aucune réserve, le droit de mettre en gage leur fonds de commerce, y compris naturellement le mobilier servant à l'exploitation. Or, ce droit n'a pu être détruit par le législateur du 1913. Tout ce qu'a voulu dire ce dernier, c'est que le warrantage ne serait pas opposable au bailleur. L'article 16 signifie donc simplement qu'un hôtelier, dont le bail a eu date certaine avant la promulgation de la loi de 1913, ne peut pas, en utilisant le procédé du warrantage de préférence à celui du nantissement du fonds, restreindre les droits de son propriétaire aux limites indiquées par cette loi.

Il n'est pas douteux que cette disposition a pu retarder pendant quelque temps l'effet de la loi nouvelle, les baux d'hôtels étant en fait toujours de très longue durée.

1. C'est le Sénat qui a ajouté cet article. Le projet voté par la Chambre ne contenait rien à ce sujet ; mais le silence du texte n'eût pas empêché la question de se poser, et à notre avis, il aurait fallu la trancher dans le même sens que l'a fait le Sénat.

CHAPITRE II

DROIT DE RÉTENTION[1]

Définition. — Le droit de rétention est le droit en vertu duquel le détenteur d'une chose appartenant à autrui est autorisé à la retenir jusqu'au paiement d'une dette qui lui est due par le propriétaire de cette chose.

Cette sûreté diffère de l'hypothèque et du privilège, d'abord en ce qu'elle exige, comme le nantissement, la détention de la chose par le créancier, et frustre, par conséquent, le débiteur de son usage. En second lieu, elle ne confère pas au créancier le droit de faire vendre la chose retenue et de se payer par préférence sur le prix. Du moment que le créancier se dessaisit de la chose qu'il détient, il n'a plus aucun droit. C'est là, en somme, la forme la plus rudimentaire des sûretés réelles ; quelque chose d'analogue à l'hypothèque romaine primitive, lorsqu'elle ne comportait pas de *jus distrahendi*.

Historique. — C'est au Droit romain que remonte le droit de rétention. Aux Institutes de Justinien, il en est question (30 *De rerum divisione*, II. 1) à propos de la revendication intentée par le propriétaire du sol contre un possesseur qui a, sur ce sol, élevé des constructions devenues l'accessoire de l'immeuble et appartenant dès lors au revendiquant. Il est décidé que le possesseur peut opposer l'exception de dol, tant qu'on ne lui a pas remboursé le montant de sa dépense, au moins lorsqu'il est de bonne foi (Cf. 4, § 9, D. *de doli mali except.*, XLIV, 4 ; 6, C. *de rei vind.*, III, 32).

Le droit de rétention passa dans notre ancien Droit français. La Coutume de Paris (art. 175, 305) l'accorde à l'hôtelier sur les chevaux et bagages du pèlerin, au cohéritier sur l'immeuble dont il doit le rapport à la succession, pour le remboursement de ses impenses. L'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539, art. 97) le concède aussi au constructeur, auteur de réparations ou d'améliorations sur le sol d'autrui. Toutefois, ce droit que les auteurs ont tendance à généraliser encore davantage, est assez mal vu par la Doctrine, car il constitue une *voie de fait*. Les ordonnances interviennent pour mettre obstacle à ce qu'il se perpétue indéfiniment. L'ordonnance de Moulins (1566, art. 52), l'ordonnance de 1667 (tit. 27, art. 9) emploient à cet effet deux moyens. Le premier consiste à permettre au propriétaire d'exiger la restitution de sa chose en fournissant caution (Cf. art. 273, 3e al., C civ. allemand). Le second consiste à enjoindre au possesseur de faire liquider promptement sa créance.

1. Rene Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse Paris 1914 p. 139 et suiv.

Le Code civil, à son tour, a fait une place au droit de rétention. Il l'accorde nommément à plusieurs créanciers, soit munis, en outre, d'un privilège, comme le gagiste et le vendeur, soit privés de tout droit de préférence. Mais, nulle part, à la différence du Code civil allemand (art. 273 et s.) et du Code civil suisse (art. 895 à 898), il ne nous donne une réglementation d'ensemble de ce droit. Cette lacune a causé dans la Jurisprudence une véritable anarchie. C'est là une des matières où la Doctrine a eu le plus à faire pour suppléer au silence du législateur.

§ 1. — Caractères et effets du droit de rétention.

Le droit de rétention est-il opposable aux tiers ? — La question qui domine la matière est de savoir si le droit de rétention est ou non *opposable aux tiers*, ce que beaucoup d'auteurs expriment assez inexactement en se demandant si le droit de rétention est ou non un *droit réel*.

Si le droit de rétention est opposable à d'autres que le propriétaire, par exemple, à ses créanciers, il produira des effets *analogues à ceux d'un privilège*. En effet, en cas d'insolvabilité du propriétaire, ses créanciers, pour réaliser et se distribuer la valeur de la chose retenue par l'un d'entre eux, seront forcés de composer avec ce rétenteur qui ne consentira à se dessaisir de l'objet qu'après avoir été payé intégralement. Si, au contraire, le droit de rétention n'est opposable qu'au débiteur propriétaire, il est, sinon sans intérêt, du moins sans grand intérêt. Son seul avantage sera, en privant le débiteur de la possession d'une chose qui lui est utile, de le pousser à se libérer plus vite, afin de pouvoir rentrer en possession.

Sans revenir à ce sujet sur l'étude de la tradition romaine qui est ici trouble et équivoque, nous croyons qu'il faut diviser le problème.

S'agit-il des *créanciers chirographaires* du propriétaire, le droit de rétention leur est certainement opposable, car ils ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur. L'article 1613 ne dispose-t-il pas d'ailleurs que le vendeur d'un meuble non payé peut opposer son droit de rétention à la faillite de l'acheteur ?

Inversement, le droit de rétention portant sur un immeuble est certainement inopposable à des *créanciers privilégiés ou hypothécaires antérieurs* à la prise de possession de la chose par le rétenteur. En effet, celui-ci n'a reçu l'immeuble qu'il détient que *cum onere suo*.

Le débat se restreint donc aux rapports du rétenteur avec les créanciers *privilégiés ou hypothécaires*, ou avec *les tiers acquéreurs*, dont le titre est *postérieur* à la prise de possession de la chose. Que si le droit de rétention porte sur un meuble, le conflit naîtra entre le rétenteur et les créanciers ayant postérieurement acquis un privilège sur ce meuble.

La Jurisprudence et la majorité de la Doctrine n'ont jamais hésité à se prononcer en faveur de l'opposabilité du droit de rétention (Civ., 8 décembre 1868, D. P. 69.1.76, S. 69.1.272). La tradition de nos anciens auteurs est en ce sens. Et en effet, la solution contraire restreindrait vraiment à l'excès l'effet utile du droit de rétention. De plus, on peut invoquer l'article 1749, d'où il

résulte que le locataire expulsé par un nouvel acquéreur peut lui opposer son droit de rétention jusqu'à paiement des dommages-intérêts qui peuvent lui être dus par le bailleur, sous la seule condition que l'antériorité de son titre soit établie.

On objecte à la solution admise par la Jurisprudence le texte de l'article 2094, aux termes duquel les seules causes légitimes de préférence sont les *privilèges* et les *hypothèques*. Il est facile de répondre que, bien qu'arrivant en fait à un résultat très sensiblement analogue, le droit de rétention ne constitue pas un droit de préférence, le droit de préférence consistant dans l'avantage d'être payé en premier, lors de la distribution aux créanciers des sommes provenant d'une saisie. Le créancier rétenteur a si peu un droit de ce genre que, nous l'avons vu, son droit consiste précisément à mettre obstacle à la saisie. S'il la laisse pratiquer, il a perdu sa garantie[1].

On remarquera ici que, la Jurisprudence admettant l'opposabilité du droit de rétention aux tiers, même en cas de *faillite* (Douai. 17 déc. 1877, D. P. 78.5.412 ; 25 nov. 1921, Gaz. Pal. 28 déc. 1921 , il en résulte que ce droit présente une supériorité marquée sur la sûreté de fait résultant d'une *compensation*, puisque, nous l'avons vu, la compensation cesse de pouvoir être opposée en cas de faillite. Rien d'ailleurs ne justifie cette différence entre des sûretés qui présentent entre elles la plus grande analogie, la compensation consistant à *retenir* ce que l'on doit, pour s'assurer le règlement de ce qui vous est dû De même que la compensation, le droit de rétention peut être comparé à une *saisie-arrêt sur soi même*. On ne voit dès lors pas pourquoi l'une de ces sûretés subsiste en cas de faillite, tandis que l'autre disparaît

§ 2. — Quels sont les créanciers armés du droit de rétention

Conceptions rationnelles dominant la matière. — A quels créanciers doit appartenir le droit de rétention ? La solution de cette question dépend évidemment du fondement rationnel et législatif sur lequel on fait reposer cette sûreté.

Le fondement le plus étroit consisterait à voir dans le Droit de rétention une garantie tacite résultant de la *volonté commune du débiteur et du créancier*. En passant une convention relative à une chose lui appartenant et qu'il remet à son créancier, lequel s'oblige à la restituer, le débiteur, dira-t-on, a consenti à ce que cette chose ne lui soit rendue que lorsqu'il exécutera sa propre obligation. Dans une telle conception, il n'y a lieu à droit de rétention que *lorsque la possession de la chose se lie à un rapport contractuel synallagmatique relatif à cette chose*. Et le droit de rétention n'est qu'une ap-

1. Il est bon de constater que, pratiquement, on évite le plus souvent les complications inutiles auxquelles donne lieu le mécanisme suranné de notre droit de rétention. Le syndic d'une faillite, pour comprendre dans l'actif les objets détenus par un créancier rétenteur, s'oblige envers lui à le désintéresser intégralement, moyennant quoi le créancier consent à se dessaisir de la chose. On n'a jamais contesté la validité d'un tel arrangement. La pratique ici, comme en maintes autres circonstances, a montré la voie à suivre au législateur. Il serait évidemment à désirer que celui-ci accordât à tous les créanciers actuellement investis du droit de rétention le *jus distrahendi* avec un véritable privilège, à l'instar du Code civil suisse (art. 898).

plication de l'exception *non adimpleti contractus*, admissible seulement dans le cas où cette exception pourrait être invoquée.

A cette conception s'en oppose une infiniment plus large qui fait reposer le droit de rétention uniquement sur *l'équité*. N'est-il pas injuste et choquant qu'une personne, tenue d'une obligation de restitution envers une autre, qui est en même temps sa débitrice, *pour quelque cause que ce soit*, puisse être astreinte à s'exécuter, alors que sa propre créance n'aura pas encore été réglée ? Dans cette conception, le droit de rétention sera, au moins en principe, accordé à tout créancier se trouvant en possession d'une chose appartenant à son débiteur. C'est vers ce système qu'incline le législateur allemand, en ce qui concerne les *rapports entre commerçants*, l'article 369 du Code de commerce allemand admettant le droit de rétention, sous cette seule condition que la possession de la chose appartenant au débiteur, ainsi que l'obligation de celui-ci, se rattachent aux rapports d'affaires existant entre les deux intéressés. Dans un tel système, le droit de rétention serait d'une application aussi générale que la *compensation* avec laquelle on ne saurait trop souligner ses analogies.

Entre ces deux conceptions antagonistes, une solution mixte admettra le droit de rétention chaque fois qu'il y a *connexité* entre la créance et la chose retenue, *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire *lorsque la créance a pris naissance à l'occasion de la chose retenue*, même en dehors de tout rapport contractuel, par exemple parce que le possesseur a fait des dépenses sur la chose d'autrui, ou parce que cette chose lui a causé un préjudice dont il lui est dû réparation. C'est ce système mixte qui est consacré, pour les rapports entre non-commerçants, par le Code civil allemand (art. 273), et par le Code civil suisse (art. 895).

Textes positifs du Droit français établissant un droit de rétention. — Si l'on cherche quel est le système adopté par le Droit français, il importe d'abord de déterminer dans quels cas la législation positive établit formellement un droit de rétention. Ces cas sont assez nombreux. Il suffira de les examiner pour se rendre compte qu'aucune conception doctrinale d'ensemble ne peut être déduite de leur énumération.

1° Tout d'abord, nous rencontrons deux cas de *droit de rétention conventionnel*, c'est-à-dire résultant d'une convention ayant formellement pour objet de constituer ce droit au profit du créancier. Ce sont les hypothèses du *gage* (art. 2082) et de l'*antichrèse* (art. 2087).

2° En second lieu, il y a des hypothèses assez nombreuses où un *droit de rétention légal* résulte de rapports contractuels noués entre le rétenteur et le propriétaire au sujet de la chose retenue, et où, dès lors, le droit de rétention peut être considéré comme une variante de l'exception non *adimpleti contractus* fondée sur la règle générale de l'interdépendance des obligations réciproques des parties liées par une convention synallagmatique. Ces hypothèses sont les suivantes :

A. — Droit de rétention du *vendeur* au comptant jusqu'à paiement du prix (art. 1612, 1613) ;

B. — Droit de rétention de l'*acheteur à réméré*, en cas d'exercice du réméré, jusqu'au remboursement du prix et des dépenses dont il doit être indemnisé (art. 1673, 1er al. *in fine*) ;

C. — Droit de rétention du propriétaire *exproprié pour cause d'utilité publique* jusqu'au paiement de la juste indemnité qui lui est due (art. 545) ;

D. — Droit de rétention du *dépositaire* jusqu'au paiement de ce que le déposant lui doit à raison du dépôt (art. 1948, C. civ., 851, C. proc. civ.) ;

E. — Droit de rétention du *capitaine* de navire sur la cargaison jusqu'à paiement du fret (art. 306, C. com.).

3° On trouve encore dans le Code civil des cas de droit de rétention où il est impossible de relever entre le rétenteur et le propriétaire un rapport contractuel relatif à la chose, mais où, en revanche, il y a *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire connexité entre la créance et la chose retenue. Ce sont les suivants :

A. — Droit de rétention accordé à l'*ouvrier spécificateur* qui a façonné des matières appartenant à autrui, pour lui permettre d'obtenir, lors de la revendication, le paiement de son travail (art. 570) ;

B. — Droit de rétention du *cohéritier tenu au rapport* des objets reçus du défunt en avancement d'hoirie, jusqu'au remboursement de ses impenses par ses cohéritiers (art. 867) ;

C. — Droit de rétention du possesseur d'une *chose volée ou perdue* qui, l'ayant achetée dans une foire ou un marché, a droit d'exiger du revendiquant le remboursement du prix (art. 2280).

4° Enfin, on trouve dans le Code une hypothèse de droit de rétention tout à fait étrangère aux catégories précédentes. C'est celle de l'article 1749 précité, aux termes duquel le locataire ou fermier, expulsé par un tiers acquéreur, est autorisé à retenir la maison ou la ferme jusqu'à ce qu'il ait été indemnisé par le bailleur du dommage que lui cause son expulsion. Ici, on ne peut même pas dire qu'il y ait *debitum cum re junctum*, puisque le tiers acquéreur ne doit rien au rétenteur ; c'est le bailleur qui doit l'indemnité. Le législateur a employé ici le procédé du droit de rétention, sans aucune justification rationnelle, sous l'empire de considérations purement pratiques, parce que c'était le moyen le plus efficace pour faire indemniser le fermier ou locataire, en intéressant l'acquéreur à son indemnisation par le bailleur.

Extensions jurisprudentielles du droit de rétention. — Le droit de rétention peut-il être étendu au delà de ces textes positifs, c'est-à-dire accordé à certains créanciers auxquels la loi ne le concède point formellement ? La question a été naguère très controversée. Certains interprètes se refusaient à toute extension, en se fondant sur le texte de l'article 2094, et en assimilant le droit de rétention à une *cause de préférence*, inadmissible, dès lors, en dehors d'un texte formel. Nous ne nous attarderons pas à réfuter cette argumentation déjà critiquée plus haut et toujours repoussée par la Jurisprudence française (V. en sens contraire, Cass. Naples, 31 juillet 1908, S. 1909.4.8).

Il n'est plus contesté aujourd'hui que les textes du Code relatifs au droit de rétention ont une portée *énonciative* et non *restrictive,* que ce sont des applications d'une *institution générale* dont le Code a eu le tort de *sous-entendre* la consécration de principe, mais dont il appartient aux interprètes d'assurer le fonctionnement dans toutes les hypothèses où il est commandé par les principes généraux de notre Droit.

La seule question qui reste douteuse, est de savoir quels sont au juste le critérium et la mesure de l'extension qu'il convient de donner à l'institution. A cet égard, les solutions de la Jurisprudence se rattachent à deux séries distinctes d'hypothèses.

1° Première série. — Dans tous les cas où il y a *rapport contractuel*, synallagmatique ou autre, entre le propriétaire et le rétenteur, relativement à la possession de l'objet, le droit de rétention s'exerce sans difficulté. Il repose alors sur le fondement du principe d'équité supérieur dont l'action en résolution et l'exception *non adimpleti contractus* sont les corollaires. Voici les principales applications de cette idée :

A. — Droit de rétention de l'emprunteur à usage ou *commodataire* à l'effet d'obtenir, avant de restituer la chose au commodant, l'indemnité à laquelle lui donnent droit les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose prêtée, ou le préjudice qui lui a été causé par les vices de cette chose ;

B. — Droit de rétention du *mandataire* (ou *gérant d'affaires*) qui a fait des dépenses sur les choses par lui détenues à raison de son mandat (Civ., 25 janvier 1904, D. P. 1904.1.601, S. 1910.1.142), ou qui est créancier du salaire à lui promis (Civ., 17 janvier 1866, S. 66.1.92) ;

C. — Droit de rétention des *architectes* sur les mémoires réglés par leurs soins (Req., 19 juillet 1904, D. P. 1906.1.9, note de M. Glasson, S. 1909.1.133) ;

D. — Du *chef d'orchestre* sur une partition qui lui a été remise pour procéder à des répétitions (Amiens, 13 juin 1901, D. P. 1901.2.412, S, 1902.2.283) ;

E. — De l'*officier ministériel* sur les pièces et actes qu'il a dressés pour le compte de son client (Civ., 10 août 1870, D. P. 71.1.40, S. 70.1.398 ; 28 juillet 1924, *Gaz. Pal.*, 6 nov. 1924).

F. — Du *façonnier* qui a reçu des matières premières (Douai, 25 nov. 1921, Gaz. Pal. 28 déc. 1921) ou de *l'ouvrier* qui a *réparé* ou *transformé* un objet, (Req. 13 mai 1861, D. P. 61.1.328, S. 61.1.865 ; Trib. Nancy, 3 juillet 1908, D. P. 1908.5.64). On remarquera, à propos de ce dernier créancier, que, s'il avait fait des frais, non point pour réparer ou transformer la chose, mais pour la *conserver*, la loi lui donnerait une sûreté supérieure au droit de rétention, à savoir un *privilège* sur la chose conservée (art. 2102-3°).

Nous ferons la même remarque pour deux autres créanciers, le *voiturier* à l'égard des marchandises transportées, et l'*hôtelier*, à l'égard des bagages des voyageurs. L'un et l'autre ont un privilège pour obtenir paiement du prix du transport ou de la note d'auberge (art. 2102-5° et 6°), c'est-à-dire le

droit, non seulement de retenir la chose, mais encore celui de la faire vendre pour se payer, par préférence, sur le prix.

2° **Deuxième série** — En dehors de ces cas, la Jurisprudence accorde le droit de rétention à certains créanciers qu'aucun lien contractuel n'unit au propriétaire, leur débiteur, dans différentes hypothèses qu'on peut elles-mêmes subdiviser en deux groupes :

A. — Parfois, il n'y a pas *actuellement* lien contractuel, mais il a existé entre les intéressés un *contrat originaire*, aujourd'hui éteint. C'est le cas d'un *prêteur sur gage* qui a prêté de l'argent à une *femme mariée non autorisée* ; d'où annulation du contrat. Il a été jugé que le prêteur, qui est en droit de réclamer à la femme ce dont elle s'est enrichie par l'action *de in rem verso*, aura, jusqu'à remboursement, le droit de retenir le gage (Req., 26 avril 1900, D. P. 1900.1.455, S. 1901.1.193. note de M. Ferron . Ici, le fondement du droit de rétention peut être cherché dans l'analogie qui existe avec les situations de la série précédente. Il n'y a pas *actuellement* de lien contractuel, *mais ce lien a existé*..

B. — Dans d'autres hypothèses, la caractéristique du droit de rétention accordé par les tribunaux réside dans ce qu'il y a *debitum cum re junctum*. Le rétenteur est créancier du propriétaire, sans contrat, il est vrai, mais *à l'occasion de la chose retenue*.

C'est à ce titre que le *possesseur de bonne foi* d'un immeuble revendiqué par le *verus dominus* est autorisé à retenir l'immeuble, jusqu'à remboursement des impenses auxquelles il a droit en vertu de l'article 555 (Besançon, 17 mars 1897, D. P. 98.2.211). Et nous croyons, nonobstant certaines décisions en sens contraire (Chambéry, 8 février 1875, S. 76.2.323), qu'il faut appliquer la même solution à l'*héritier apparent* qui serait évincé par la pétition d'hérédité du véritable héritier. Ici, le fondement du droit de rétention ne peut être cherché dans aucun texte positif, mais dans l'esprit général de notre Droit, dont les articles 570, 867, 2280, sont l'expression, et, en dernière analyse, dans la tradition. Nous avons vu que le droit de rétention a fait son apparition dans l'histoire à propos de la situation du possesseur de bonne foi, défendeur à une revendication. Etant donné que l'institution a été conservée par notre Droit moderne, il n'est point permis de supposer qu'il l'écarte dans celle de toutes les hypothèses traditionnelles où son application se justifie le mieux et le plus anciennement par des raisons d'impérieuse équité.

En somme, on le voit, notre Jurisprudence aboutit à des solutions tout à fait analogues à celles que consacrent d'une façon positive le Droit suisse et le Droit allemand.

Toutefois, elle refuse au créancier le droit de rétention — et il y a lieu de s'en étonner — dans deux hypothèses où on peut cependant relever un lien de connexité entre la créance et la possession de la chose, un *debitum cum re junctum*. Il en est ainsi en ce qui concerne le *possesseur de mauvaise foi* et le *tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué*.

Pour ce qui est du possesseur de mauvaise foi, défendeur à une revendica-

tion, nous ne voyons pas pourquoi on lui refuse le droit de rétention pour le paiement de ce que lui est dû, lorsque le propriétaire conserve les constructions qu'il a faites (Req., 13 juillet 1903, D. P. 1904.1.22, S. 1904.1.21). Tout au plus peut-on alléguer contre lui la défaveur que mérite sa mauvaise foi, ce qui est une raison de pur sentiment, et d'ailleurs tombant à faux, car, lorsqu'il réclame le paiement d'une construction qu'il dépendait de sor adversaire de ne pas reprendre, le possesseur ne se montre pas de mauvaise foi.

En ce qui concerne, au contraire, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué qui a fait des dépenses sur la chose, les tribunaux (Civ., 14 novembre 1881, D. P. 82.1.168, S. 82.1.257 ; Bordeaux, 12 août 1902, D. P. 1906.2.409) font valoir à l'appui de son exclusion des raisons particulières de quelque poids. D'une part, le droit de rétention, si on le lui accordait, entraverait l'exercice de l'action hypothécaire, en contraignant le créancier poursuivant à faire une avance de fonds. Et, de plus, ses intérêts ne sont pas en réalité compromis par le refus qu'on lui fait du droit de rétention ; car il pourra se faire rembourser de ses impenses par voie de distraction sur le prix obtenu dans l'adjudication consécutive à la saisie hypothécaire[1].

1. Aucun auteur n'a jamais soutenu que la Jurisprudence dût aller encore plus loin et admettre le droit de rétention dans le cas où il n'y a pas *debitum cum re junctum*, mais simple réunion, sur la tête d'une même personne, d'une créance contre le propriétaire et d'une obligation de restitution envers ce même propriétaire.

Nous croyons cependant que c'est vers ce système, le seul complètement équitable, que la Jurisprudence devrait s'orienter. Et, pour lui trouver une base textuelle, il suffirait de s'appuyer sur l'article 1293-1° et 2°, texte applicable *in terminis* à la compensation, mais presque énigmatique si on le comprend de la sorte, et qui, au contraire, deviendrait d'une clarté limpide si on lisait *droit de rétention* là où le législateur a écrit compensation. D'après cet article, le débiteur ne peut opposer la compensation : 1° lorsqu'il s'agit d'une demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ; 2° lorsqu'il s'agit d'une demande en restitution d'un dépôt ou d'un commodat.

Si nous comprenions ce texte comme s'appliquant au droit de rétention, il en résulterait deux solutions. D'abord que le rétenteur ne peut exercer le droit de rétention contre le propriétaire dans les deux cas indiqués au texte, ce qui s'explique très bien, car le droit de rétention, reposant sur l'équité, doit être refusé à celui qui s'est mis en possession d'une manière irrégulière, ou s'est vu confier la chose dans des conditions qui lui font un devoir étroit de la restituer à première réquisition. Et en second lieu, il résulterait *a contrario* de l'article 1293 ainsi compris, que le créancier aurait le droit d'opposer le droit de rétention *dans toutes les autres hypothèses*. Cette interprétation, qui aurait le grand avantage de donner au droit de rétention un fondement positif dans les textes du Code, repose sur le postulat d'une assimilation toute rationnelle à admettre entre le droit de *rétention* et la *compensation*. Or, cette assimilation est d'autant plus admissible qu'elle a été faite déjà par les rédacteurs du Code dans un texte, doublet de l'article 1293-2°, l'article 1885, où nous lisons justement : « L'emprunteur ne peut pas ***retenir*** la chose *par compensation* de ce que le prêteur lui doit. »

DEUXIÈME PARTIE

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES[1]

Généralités. — Il y a deux sortes de sûretés réelles n'entraînant pas la dépossession du débiteur ; ce sont les *privilèges* et les *hypothèques*.

Le trait commun de ces deux sûretés, c'est qu'elles emportent l'affectation spéciale au paiement d'une dette d'un bien déterminé, meuble ou immeuble, lequel n'en demeure pas moins entre les mains du débiteur. Ajoutons que ce bien, à raison de son affectation à la garantie d'une dette particulière, n'est point soustrait pour cela au gage commun de tous les créanciers (art. 2092). Il est toujours saisissable par les créanciers chirographaires. Seulement, sur le prix obtenu en cas de réalisation du bien en question, les créanciers privilégiés et hypothécaires sont payés *par préférence* ; et les créanciers ordinaires ou chirographaires n'ont à se distribuer que le surplus du prix.

C'est ce *droit de préférence* qui constitue la caractéristique essentielle et le trait commun des privilèges et hypothèques. Mais il faut remarquer que nous avons déjà rencontré le même droit à propos de certaines des sûretés appartenant à la catégorie différente, étudiée dans notre première partie, à savoir celles qui entraînent dépossession du débiteur. Nous avons vu que le *gage* et même, d'après la Jurisprudence, l'*antichrèse* confèrent au créancier gagiste ou antichrésiste le droit d'être payé, sur le montant de la saisie, par préférence aux autres créanciers du propriétaire de la chose remise en nantissement. Ce que l'on exprime en disant que le créancier gagiste (ou antichrésiste) possède un *privilège* sur le gage dont il est saisi (V. art. 2102-2°).

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 3e édit. (3 vol.) ; Beudant, *Sûretés personnelles et réelles* (2 vol) ; Guillouard, *Traité des privilèges et des hypothèques* (4 vol.) ; André, *Traité pratique du régime hypothécaire, 1898* ; de Loynes, *Le Code civil et le crédit, régime hypothécaire, régime de la transmission de la propriété*, Livre du centenaire du Code civil, t. 1er, p. 383 s. ; Guillouard, *La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil*, *ibid.*, p. 415 s.

CHAPITRE PREMIER

LES PRIVILÈGES[1]

Notions générales.

Définition et traits caractéristiques. — L'article 2095 définit le privilège *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.* Les articles 2099 et 2100 complètent cette définition en ajoutant que le privilège porte tantôt sur *tous les biens* du débiteur, tantôt sur *certains meubles*, tantôt sur *certains immeubles.*

Les traits caractéristiques du privilège qui ressortent de ces textes sont au nombre de quatre : 1° le privilège est *une faveur concédée par la loi*; 2° en considération de la *qualité de la créance* et non de la personne du créancier ; 3° le privilège porte, soit sur *tous les biens* du débiteur, soit sur *certains meubles*, soit sur *certains immeubles* ; 4° enfin, les créances privilégiées sont *payées avant toutes les autres* sur le prix des biens désignés par la loi.

Reprenons ces traits divers :

1° *Le privilège est une faveur concédée par la loi.* — Tel est, en effet, le sens étymologique du mot *privilegium* (*lex privata*) ; il signifie « *loi établie au profit d'un intérêt privé* ». Il en résulte que les privilèges ne peuvent exister qu'autant qu'ils ont été formellement créés par le législateur ; *il n'y a pas de privilège sans texte.* La volonté des individus est impuissante à faire naître un droit de cette nature, quand la loi ne l'a pas établi.

On remarquera cependant que cela n'est pas tout à fait exact quand il s'agit du *privilège du gagiste* sur la chose qui lui a été donnée en gage (art. 2102-2°). Sans doute, ce privilège est bien institué par la loi, mais il résulte en première ligne de la *volonté des particuliers*, puisque la constitution de gage est un acte volontaire. On peut même dire qu'en établissant ce privilège, la loi ne fait que confirmer la volonté des parties, car la constitution de gage n'a pas d'autre but que de conférer au créancier un droit de préférence sur l'objet remis en gage.

2° *Pour concéder un privilège, la loi prend en considération la qualité de la créance et non la personne du créancier.* — Il y a, en effet, certaines créances qui, par elles-mêmes, et pour des raisons variables qu'il est

1. Poplawski, *La notion du privilège en Droit romain et en Droit civil français*, thèse Bordeaux, 1913.

impossible d'énumérer toutes dès à présent, méritent d'être payées avant les autres. Deux exemples vont nous permettre d'apprécier certaines de ces raisons :

A. — En cas de faillite d'un commerçant, les *salaires* dus par lui à ses *employés et ouvriers* jouissent d'un privilège, parce que ces salaires sont indispensables à la subsistance des intéressés (art. 2101-4°, C. civ., 549, C. com.).

B. — Le *vendeur* d'un meuble ou d'un immeuble a un privilège sur la chose vendue, pour le paiement du prix (art. 2102-4°, 2103-1°), parce que c'est lui qui a mis cet objet dans le patrimoine de l'acheteur, et qu'il est équitable, dès lors, qu'il soit payé sur le prix de cette chose avant les autres créanciers qui, autrement, s'enrichiraient sans cause à ses dépens.

On le voit, quand elle crée un privilège, la loi ne s'inquiète pas de savoir quelle est la personne du créancier ; elle est exclusivement déterminée par la *nature de la créance*.

Cette proposition n'est pourtant pas toujours exacte. Il y a d'abord tout un groupe de privilèges qui ont été institués *intuitu personæ* ; ce sont ceux que des lois spéciales ont établis *au profit du Trésor public*, en vue de garantir le paiement de ses créances. L'article 2098 du Code civil mentionne du reste cette exception, et il déclare que ces privilèges sont réglés par des lois spéciales.

Parmi les privilèges mobiliers du Code civil, il y en a également un qui ne se justifie point par la qualité de la créance ; c'est celui du *créancier gagiste sur la chose donnée en gage* (art. 2102-2°). En effet, un créancier peut exiger un gage de son débiteur, quelle que soit la cause de sa créance.

Mais, en dehors de ces exceptions, le trait caractéristique que nous avons relevé se rencontre dans tous les autres cas. C'est même là ce qui distingue le privilège de l'*hypothèque légale* (hypothèques des femmes mariées, des mineurs, des interdits sur les biens des maris et des tuteurs). Ces hypothèques sont assimilables à de véritables privilèges, si l'on prend ce dernier mot dans son sens étymologique. Mais, si on les analyse de près, elles diffèrent des privilèges par divers côtés ; et la principale différence, c'est justement qu'*elles sont toujours établies au profit de certaines catégories de créanciers*.

3° *Le privilège porte, soit sur tous les biens du débiteur, soit sur certains meubles, soit sur certains immeubles.* — Il y a donc trois sortes de privilèges :

A. — Les privilèges *généraux* qui s'étendent sur tous les meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur tous les immeubles du débiteur (art. 2101, 2104) ;

B. — Les privilèges *sur certains meubles*, ou *spéciaux sur les meubles* (art. 2102) ;

C. — Les privilèges sur *certains immeubles*, ou *spéciaux sur les immeubles* (art. 2103).

4° *Les créances privilégiées sont payées avant toutes les autres*, même avant les créances hypothécaires, sur le prix des biens grevés. C'est là l'effet essentiel du privilège ; il assure à la créance qu'il accompagne un droit de pré-

férence par rapport à tous les autres créanciers du débiteur. Quand donc, sur le prix d'un immeuble, il y a concurrence entre des privilèges et des hypothèques, ce sont les premiers qui l'emportent. Ainsi, dans les deux exemples que nous avons cités plus haut, les salaires des ouvriers et employés du failli priment les créances hypothécaires ; de même, le vendeur de l'immeuble est préféré aux créanciers ayant hypothèque sur ledit immeuble du chef de l'acheteur.

Notions historiques. — 1° *Droit romain.* — L'institution des privilèges vient du Droit romain, mais elle n'y occupait qu'une place restreinte et exceptionnelle, beaucoup moins importante par conséquent que celle qu'elle a prise dans notre Droit français. D'une part, en effet, il y avait à Rome moins de privilèges que dans notre Droit, et, d'autre part, leurs effets étaient moins étendus que de nos jours.

A l'époque classique, le privilège était un simple droit de préférence accordé par la loi à certains créanciers du débiteur insolvable, grâce auquel ils étaient payés avant les autres chirographaires sur le prix provenant de la *venditio bonorum.* Le privilège présentait donc trois caractères : A. Il s'exerçait sur la masse des biens de l'insolvable ; B. Il n'était opposable qu'aux créanciers chirographaires, et non aux créanciers hypothécaires ou gagistes, lesquels primaient tous les autres sur les biens grevés de l'hypothèque ou remis en gage ; C. Enfin, il ne conférait pas de droit de suite ; il ne donnait pas au créancier privilégié le pouvoir de saisir, entre les mains des tiers, les biens aliénés par le débiteur. *En un mot, le privilège n'était pas un droit réel, mais un simple droit de préférence.* Aussi, les textes l'appelaient-ils *privilegium inter personales actiones* (74 D. *de jure dotium*, XXIII, 3 ; 9 C. *qui potiores*, VIII, 17).

Quant au nombre des privilèges, il était assez limité. Les uns avaient été créés au profit de certaines personnes (mineurs en tutelle ou en curatelle, femmes mariées, fisc...), les autres, à raison de la qualité des créances (frais funéraires, deniers prêtés pour l'achat, la construction ou la réparation d'un navire, pour la construction d'un édifice...).

Plus tard, au Bas-Empire, certains de ces privilèges se transformèrent en hypothèques tacites générales, c'est-à-dire grevant tous les biens du débiteur, et quelques-uns même, tel celui de la femme mariée pour la restitution de sa dot, en hypothèques privilégiées, qui primaient toutes les autres hypothèques, quelle que fût leur date.

2° *Ancien Droit français.* — La conception romaine a subi dans le cours des siècles de profondes modifications que l'on peut ainsi résumer :

A. — D'abord, la classe des privilèges généraux du Droit romain s'est enrichie de nouvelles créances (V. Denisart, V° *Privilèges*, n^os^ 12 et suiv.), En même temps, la garantie attachée à ces privilèges a été sensiblement renforcée. A Rome ils n'étaient opposables qu'aux créanciers chirographaires, mais non aux hypothèques.

Nos anciens auteurs nous disent, au contraire, que les créanciers privilégiés doivent être payés les premiers, même avant les créanciers hypothi-

caires. Domat le déclare expressément : « De tous les privilèges des créanciers, les moindres donnent la préférence contre les créanciers chirographaires, hypothécaires et autres qui n'ont aucun privilège » (*Loix civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 5, § 3). Et Pothier donne la même solution (*Traité de la Procédure civile*, nos 644 à 651, éd. Bugnet, t. X, p. 292). Il est probable que cette règle nouvelle s'introduisit sous l'influence d'une double cause : d'abord le rétrécissement de la classe des biens meubles et leur faible valeur ; en second lieu, la fréquence des hypothèques qui, dans notre ancien Droit, grevaient en général tous les immeubles du débiteur. En présence de ces deux faits, les privilèges seraient devenus illusoires, si l'on n'avait fortifié leur effet.

B. — A côté de ces privilèges qui donnaient au créancier droit de préférence sur tous les biens du débiteur, l'ancien Droit a créé des privilèges affectant spécialement un bien déterminé, meuble ou immeuble. Ainsi, sont nées deux catégories nouvelles : les *privilèges spéciaux sur les immeubles* et les *privilèges spéciaux sur les meubles*. Les premiers étaient de véritables *hypothèques privilégiées*, créées à l'instar du Droit romain, mais pour des cas nouveaux. C'est ainsi qu'apparurent le privilège du *vendeur d'immeubles*, celui du *copartageant*, celui du *constructeur*.

Quant aux privilèges portant sur certains meubles, ils furent créés, pour des raisons très diverses, au profit de certaines créances qui paraissaient mériter cette faveur. Les principaux furent le privilège du *bailleur d'immeubles* sur les meubles du locataire ou du fermier (art. 161 cout. de Paris), celui du *vendeur d'effets mobiliers* (art. 176 et 177 cout de Paris), celui du *conservateur* de la chose, etc.

En résumé, on voit que les rédacteurs du Code civil ont trouvé tout tracé chez les auteurs coutumiers, le cadre de leur théorie moderne des privilèges. Ils n'ont eu qu'à en réviser et à en modifier, sur certains points, le contenu, pour faire disparaître certains privilèges qui n'avaient plus de raison de subsister, ou pour en créér quelques nouveaux.

Nature juridique des privilèges. — Il n'y a aucun doute sur la nature juridique des *privilèges immobiliers*, énoncés dans l'article 2103. Ce sont des *hypothèques privilégiées* (argument art. 2113), par conséquent, des droits réels donnant aux créances qu'ils accompagnent, non seulement le droit d'être payées en première ligne sur le prix de l'immeuble, mais le pouvoir de saisir l'immeuble en quelques mains qu'il se trouve.

Il n'en est pas de même pour les deux autres catégories, c'est-à-dire pour les *privilèges mobiliers spéciaux* et pour les *privilèges généraux* portant, en premier lieu, sur tous les meubles, et, subsidiairement, sur tous les immeubles du débiteur. Une vieille controverse, qui date du Code civil, divise encore les auteurs et même la Jurisprudence à leur sujet. Elle roule sur le point de savoir si ces privilèges sont, eux aussi, des droits réels ou simplement des causes de préférence à l'égard des autres créanciers.

L intérêt de cette question est double :

1° Si ces privilèges sont des droits réels, ils donnent au créancier le *droit*

de suite, c'est-à-dire le droit de poursuivre le bien grevé même entre les mains des tiers détenteurs.

Il en résultera que les créanciers armés d'un *privilège général* pourront non seulement se faire payer sur le prix des immeubles, mais les saisir contre les tiers acquéreurs.

De même, si les privilèges sont des droits réels, les privilèges spéciaux sur les meubles donneront également naissance en principe au droit de suite. Il est vrai que ce droit de suite sera presque toujours paralysé par la maxime « *En fait de meubles possession vaut titre* », que le tiers détenteur pourra opposer à l'action du créancier. Mais il reprendra sa vigueur dans les cas où ce détenteur ne sera pas en situation d'invoquer l'exception, soit parce qu'il n'aura pas été mis en possession réelle, soit parce que sa mauvaise foi sera prouvée, soit parce que le meuble aura été volé ou trouvé, soit enfin parce qu'il s'agira de meubles incorporels.

On remarquera ici que la question ne se pose pas pour deux des privilèges mobiliers spéciaux, à savoir celui du créancier gagiste sur le gage, lequel est certainement un droit réel, et celui du bailleur sur les meubles du preneur, privilège auquel, nous le verrons, l'article 2102-1°, 5e al. attache expressément un certain droit de suite, d'ailleurs limité. Mais le problème et l'intérêt qu'il suscite apparaissent à propos de tous les autres privilèges mobiliers.

2° Si les privilèges sont des droits réels, ils sont *indivisibles*, c'est-à-dire que les meubles qui en sont grevés répondent du paiement total de la créance privilégiée. Il en résulte qu'au cas de mort du débiteur, le créancier pourra réclamer la totalité de sa créance à celui des héritiers dans les mains duquel se trouveront les meubles grevés du privilège (V. en ce sens Bordeaux, 5 août 1896, D. P. 97.2.400).

Les solutions du problème proposées par les auteurs sont fort variées. Pour les uns, les privilèges généraux et les privilèges mobiliers sont des droits réels ; pour les autres, ils sont de simples droits de préférence. Un système intermédiaire, tout en se ralliant à la première opinion, propose cependant une distinction en ce qui concerne les privilèges généraux de l'article 2101, qui, prétend-il, constituent bien des droits réels, en tant qu'ils grèvent les immeubles, mais sont de simples droits de préférence et n'emportent pas de droit de suite, quand ils s'exercent sur les meubles. Et on fait observer qu'en effet ces privilèges généraux ne sont que le droit de gage général du créancier sur l'ensemble des biens du débiteur, complété et renforcé par un droit de préférence sur le prix des meubles réalisés.

De ces opinions, c'est la seconde qui nous paraît devoir être adoptée. A notre avis, privilèges généraux et privilèges spéciaux ont toujours été et sont demeurés de simples droits de préférence entre créanciers.

Telle était d'abord incontestablement le caractère des privilèges généraux du Droit romain, et rien, dans nos anciens auteurs, ne permet de dire que ce caractère ait été modifié. Au surplus, ces privilèges qui portent sur la totalité des biens, ne concordent-ils pas exactement avec le droit de gage général et imparfait que l'article 2092 donne aux créanciers sur le patri-

moine du débiteur ? Les créances privilégiées jouissent d'un tour de faveur, par rapport aux autres créances, et voilà tout.

Quant aux privilèges spéciaux sur les meubles, notre ancien Droit, qui les a créés, a justement aboli le droit de suite en matière mobilière, en proclamant la règle *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, que l'article 2119 du Code civil énonce encore aujourd'hui et que nous expliquerons plus loin. Le droit de suite des créanciers privilégiés sur certains meubles du débiteur présenterait encore plus d'inconvénients économiques que le droit de revendication du propriétaire. C'est pourquoi l'ancien Droit l'avait proscrit dans tous les cas, sauf dans des hypothèses exceptionnelles que nous rencontrerons chemin faisant. Le Code civil n'a certainement pas entendu le rétablir.

La Jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer sur cette question, en ce qui concerne les privilèges spéciaux sur les meubles ; mais il n'y a pas plus d'accord dans ses décisions que dans la Doctrine. Certaines décisions (Bordeaux, 3 août 1896 précité et Trib. civ. Châteauroux, 19 juin 1899, S. 1900.2.217, *contrà* note de M. Tissier ; Bourges, 9 mai 1900, D. P. 1902.2.161) ont admis le système de la réalité, mais seulement pour en conclure que le privilège mobilier constitue une *garantie réelle indivisible*, et qu'en conséquence le créancier peut poursuivre, pour la totalité de sa dette, et non seulement pour sa part divise, l'héritier détenteur d'objets mobiliers grevés de ce droit.

Quant à la Cour de cassation, elle s'est prononcée plusieurs fois contre le droit de suite, et l'on peut dire qu'elle considère les privilèges spéciaux sur les meubles comme de simples droits de préférence dépourvus du droit de suite (Civ., 19 février 1894, D. P. 94.1.413, S. 95 1.457, note de M. Wahl ; Req., 21 décembre 1910, D. P. 1912,1.23, S. 1912.1.189).

Nous traiterons donc dans ce chapitre, des privilèges *proprement dits*, c'est-à-dire des droits ainsi qualifiés par le Code qui (exception faite pour le gagiste et le bailleur d'immeubles) *n'entraînent pas de droit de suite au profit du créancier*. Ce sont : en premier lieu, les *privilèges généraux* ; en second lieu, les *privilèges spéciaux sur les meubles*.

Au contraire, les *privilèges spéciaux sur les immeubles*, qui emportent droit de suite, et que, pour cette raison, nous considérons comme des hypothèques privilégiées, feront l'objet d'un chapitre spécial.

SECTION. I — Privilèges généraux.

Les privilèges généraux s'étendent à tous les biens du débiteur. Ils portent, en effet, nous dit l'article 2101, « sur la généralité des meubles » du débiteur. De plus, il résulte des articles 2104 et 2105 que, à défaut de mobilier, ou, ce qui revient au même, en cas d'insuffisance dans le produit de la saisie et de la vente de ce mobilier, ils s'étendent sur tous les immeubles et sont payés sur le prix de ces derniers par préférence aux privilèges immobiliers.

Ils constituent donc la garantie la plus étendue qui puisse appartenir à des créanciers. Mais on comprend aussitôt qu'une garantie de ce genre emporte un grave inconvénient, à savoir de grever lourdement le patrimoine du débiteur. Si donc la loi accordait inconsidérément à un trop grand nombre de créances et à des créances d'un chiffre élevé, une faveur de ce genre, le débiteur, surtout le commerçant, ne trouverait plus aucun crédit, car les tiers seraient trop inquiétés par la menace de privilèges qui, en cas de déconfiture ou de faillite, absorberaient tout son actif. Aussi, le législateur n'a-t-il concédé ce bénéfice qu'à un nombre restreint de créances et à des créances d'une importance relativement modique[1].

Quels sont les privilèges généraux. — Les créances investies d'un privilège général font l'objet d'une longue énumération dans l'article 2101, complété par quelques lois postérieures.

On peut, abstraction faite des privilèges du fisc dont nous n'avons pas à parler, diviser ces créances en trois groupes :

1° Les créances pour *frais de justice*, c'est-à-dire celles qui se réfèrent aux frais nécessaires pour conserver et liquider l'actif du débiteur insolvable. Etant faits dans l'intérêt commun des créanciers, il est naturel que ces frais soient prélevés sur le prix des biens réalisés au profit de tous. On a dit avec raison que les frais de justice sont une dette des créanciers plutôt que du débiteur.

2° Certaines créances présentant *un caractère alimentaire ou analogue pour le débiteur et les membres de sa famille : ce sont les créances pour frais funéraires, frais de maladie, fournitures de subsistances.* En concédant à ces créances un rang privilégié, la loi vient en aide au débiteur malheureux, et lui procure le crédit dont il a besoin pour trouver un tiers qui consentira à lui faire les avances indispensables.

3° Certaines créances ayant *un caractère alimentaire,* non plus pour le débiteur, mais *pour le créancier lui-même* (*salaires des gens de service, des ouvriers et des employés, créance de la victime d'un accident du travail ou de ses ayants droit* relative aux frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires et à l'indemnité de demi-salaire accordée pendant le traitement nécessité par la blessure). Ici, c'est la considération de l'intérêt du créancier, et non plus de celui du débiteur, qui détermine la loi à donner à ces créances un rang privilégié. Les sommes qu'elles doivent assurer au créancier sont tellement indispensables à sa subsistance, que l'humanité commande de leur accorder un traitement de faveur qui assure leur paiement avant celui de toutes les autres dettes du débiteur.

Reprenons maintenant en détail les différentes créances énumérées par l'article 2101.

1. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, qui a remplacé en Belgique le Titre des privilèges et hypothèques du Code civil, décide que les privilèges généraux ne sont payés sur le prix des immeubles qu'après les privilèges immobiliers et les hypothèques. Elle a pensé qu'il fallait assurer une garantie complète aux créanciers hypothécaires, et ne pas les exposer à voir une partie de leur gage leur échapper pour servir à désintéresser d'autres créanciers.

1° **Les frais de justice** (art. 2101-1°). — Cette expression comprend toutes les avances relatives aux actes de procédure qu'il a fallu faire pour conserver, liquider ou réaliser les biens du débiteur, à savoir : les frais de saisie, de vente et de distribution du prix ; les frais nécessités par l'exercice des droits et actions du débiteur (art. 1166). Il faut y ajouter également certains frais extrajudiciaires, qui sont également nécessaires pour conserver le gage des créanciers : apposition des scellés sur les biens du failli ou du défunt, inventaire des biens, dépenses d'administration du syndic de la faillite, du liquidateur judiciaire, du séquestre judiciaire, ou de l'héritier bénéficiaire. (Req., 14 février 1894, D. P. 94.1.296, S. 96.1.145, note de M. Wahl).

Nous avons indiqué ci-dessus la raison d'être de ce privilège : les frais en question sont faits dans l'intérêt de tous les créanciers. Cette raison d'être permet d'en délimiter aisément le champ d'application.

Tout d'abord, les poursuites dirigées par un créancier contre le débiteur, *exclusivement dans son intérêt particulier*, par exemple, pour faire reconnaître le droit dont il se prévaut, ou pour se procurer un titre exécutoire, n'ont pas le caractére de frais privilégiés, parce qu'elles ne profitent pas aux autres créanciers. L'article 766 du Code de procédure civile, 1er alinéa, fait application de cette idée à la procédure d'ordre, c'est-à-dire de distribution du prix des immeubles hypothéqués entre les créanciers inscrits : ce texte nous dit que les dépens des contestations auxquelles donne lieu cette distribution ne peuvent être pris sur les deniers provenant de l'adjudication (Req., 8 janvier 1912, D. P. 1912.1.403).

On trouve une autre application de la même règle dans l'article 662 du Code de procédure civile, application plus intéressante, parce qu'il s'agit ici de frais faits dans l'intérêt de tous les créanciers sauf un. Pour comprendre ce texte, il faut savoir que le bailleur d'un immeuble peut, en cas de saisie mobilière exercée sur le locataire, se faire payer de ses loyers ou fermages par une procédure simplifiée ; il n'a qu'à appeler son locataire insolvable devant le juge-commissaire pour faire statuer par celui-ci sur son privilège pour les sommes qui lui sont dues. Les autres créanciers, au contraire, ne sont payés qu'à la suite d'une procédure dite de distribution par contribution réglée par les articles 656 et suivants du Code de procédure civile. Or, l'article 662 du même Code porte que les frais nécessités par cette procédure de distribution seront prélevés avant toutes autres créances, *à l'exception de celle du bailleur.* C'est qu'en effet, les frais en question ne profitent pas à ce dernier.

Par conséquent si, par exception, le bailleur n'avait pas usé de l'avantage que lui donnait la loi, et s'était borné à produire dans la contribution ouverte sur les biens du locataire, il devrait supporter, comme les autres créanciers, les frais de la procédure (Civ., 5 juillet 1911, D. P. 1912.1.513, note de M. de Loynes).

Signalons un dernier corollaire du principe : les frais faits dans l'intérêt de la masse des créanciers chirographaires ne peuvent pas être prélevés au préjudice des créanciers hypothécaires.

2° Les frais funéraires (art. 2101-2°). — Ce privilège garantit au débiteur insolvable une sépulture décente, car il assure aux créanciers le remboursement des frais qu'ils ont avancés. Il était déjà connu en Droit romain (17, D. *de rebus auctoritate judicis*, XLII, 5 ; 45, D. *de relig. et sumpt. funer.*, XI, 7.)

L'expression de *frais funéraires* comprend tous les frais se rapportant à l'inhumation du défunt, cérémonie religieuse, dépenses d'enterrement, de sépulture (Civ., 15 mars 1897, D P. 97.1.280, S. 97.1.438). Naturellement, ces dépenses ne jouissent du privilège qu'autant qu'elles sont réduites au minimum. On admet pourtant qu'elles peuvent varier suivant la condition sociale du défunt. Mais, ni les frais de construction d'un monument funèbre, ni le prix d'acquisition d'une concession de terrain dans un cimetière, ni les dépenses de deuil de la veuve, des enfants, des domestiques ne peuvent être considérés comme frais funéraires.

En revanche, il ne faut pas limiter le privilège aux frais concernant le décès du débiteur lui-même, mais l'appliquer également au cas de mort des personnes qui vivaient avec lui et dont il a la charge, conjoint, enfants mineurs, ascendants.

3° Les frais quelconques de la dernière maladie (art. 2101-3°).

Ce privilège doit son origine à une fausse interprétation de deux fragments du Code de Justinien (4, C. *de petit. heredit.*, III, 31, et 3, C. *de relig. et sumpt. funer.*, III, 44). lesquels, contrairement à ce qu'ont cru nos anciens auteurs, donnaient au créancier, non pas un privilège, mais simplement une action en répétition contre la succession. Quoi qu'il en soit, le privilège de la créance correspondante aux soins donnés au défunt dans sa dernière maladie était admis par la pratique de l'ancien Droit, et Tarrible nous dit que, d'après l'usage du Châtelet de Paris, attesté par un acte de notoriété du 4 août 1692, il venait après le privilège des frais funéraires et celui des loyers de la maison du défunt (Merlin, *Répertoire*, V° *Privilège de créance*, sect. 2, § 1).

Reproduit par l'article 2101, ce privilège s'applique à tous les frais que nécessite la maladie : honoraires du médecin ou chirurgien, médicaments, salaires des gardes-malades, sommes dues à la maison de santé dans laquelle l'intéressé a été soigné, etc.

Mais il appartient aux tribunaux de déterminer l'importance des dépenses faites, eu égard à la situation du débiteur. Ainsi, les tribunaux ont parfois refusé de considérer comme privilégiés, les honoraires dus à un médecin ou chirurgien en renom, parce qu'ils étaient disproportionnés avec la position de fortune du débiteur.

Tous ces frais viennent en concours.

Les commentateurs ont discuté pendant longtemps sur la signification qu'il fallait donner aux mots « *la dernière maladie* ». Les uns soutenaient qu'ils visaient la maladie qui précède la déconfiture ou la faillite du débiteur. Les autres, au contraire, prétendaient que la loi ne considérait que la maladie ayant occasionné le décès. C'était cette dernière interprétation, con-

forme du reste à la tradition, qui avait été admise par la Jurisprudence (Civ., 27 juin 1892, D. P. 92. 1.376, S. 92.1.360). Comme elle était trop rigoureuse et vraiment illogique, puisqu'elle aboulissait à traiter moins favorablement le médecin qui avait guéri que celui qui n'avait pu guérir, la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine (art. 12), a donné satisfaction aux réclamations des praticiens, en consacrant la première interprétation par l'adjonction au texte de l'article 2101-3° des mots « *quelle qu'en ait été la terminaison* ».

Quand il s'agit d'une maladie chronique, il faut admettre que tous les frais sont privilégiés, tant qu'ils ne sont pas couverts par la prescription de deux ans édictée par l'article 2272, 5e alinéa.

Il serait équitable ici, de même que dans le cas des frais funéraires, de considérer comme privilégiés les frais concernant, non seulement le débiteur, mais encore les personnes dont il a la charge. Pourtant, la Jurisprudence interprète restrictivement le texte, et ne l'applique qu'au cas où il s'agit d'une maladie du débiteur lui-même (Civ., 3 août 1897, D. P. 98.1.394, S. 1900.1.39).

4° **Les mois de nourrice.** — Ce privilège a été créé et classé au quatrième rang, dans l'énumération de l'article 2101, par la loi du 23 décembre 1874, relative à la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons (art. 14). Cette loi a voulu faire disparaître l'inégalité de traitement qui existait entre les nourrices placées chez les parents de l'enfant, lesquelles jouissent d'un privilège pour leurs gages, en qualité de gens de service (art. 2101-4°), et les nourrices qui, recevant l'enfant à leur domicile, n'avaient droit à aucun privilège Ce sont ces dernières que la loi a eues en vue. Le privilège qu'elle leur accorde prend rang avant celui des gens de service. Elles sont donc mieux traitées que les nourrices en place.

5° **Les salaires des personnes qui louent leurs services et les indemnités dues au salarié par le patron au cas de non observation du délai-congé ou d'abus du droit de résiliation** (art. 2101, 4°, C. civ., 549, C. com. ; loi 19 juillet 1928 . — Pour déterminer l'application de ce privilège, que plusieurs lois ont étendu à de nouveaux salariés et à de nouvelles créances, il faut envisager :

A) les personnes qui en jouissent ;

B) les créances qu'il garantit.

A. — *Personnes qui jouissent de ce privilège.* Le Code civil ne l'accordait qu'*aux gens de service*, mais la liste des bénéficiaires a été successivement étendue :

a) Par la loi du 28 mai 1838, modificatrice du livre troisième du Code

de commerce sur les faillites et banqueroutes, aux *ouvriers et commis des commerçants faillis* (art. 549, C. com.) ;

b) Par la loi du 5 février 1895, aux *commis attachés à plusieurs maisons de commerce*, soit à titre sédentaire comme les *comptables*, soit à titre de *voyageurs*, auxquels la jurisprudence refusait d'appliquer l'article 549 ;

c) Enfin par la loi du 17 juin 1919, aux *artistes dramatiques et autres personnes employées dans une entreprise de spectacles publics*, aux *placiers et représentants de commerce, de fabrique ou d'industrie* et, d'une façon générale, à *tous ceux qui louent leurs services.*

Ainsi, actuellement, *tous les salariés sans distinction*, qu'ils soient employés par un commerçant ou un non commerçant, bénéficient de ce privilège : mais il n'est donné qu'aux salariés, c'est à-dire à ceux qui ont passé un contrat de travail (*locatio operarum*) ; il n'appartient pas à ceux qui louent leur industrie (*locatio operis*).

B. — *Créances garanties.* Elles sont de deux sortes : a) : Les salaires ; b) les indemnités pour inobservation du délai-congé ou abus du droit de résiliation.

a) *Salaires.* Le salaire est la rémunération en argent due par le patron en vertu du contrat de travail. Il faut y comprendre les *remises proportionnelles* au chiffre des ventes allouées à titre d'appointements ou de supplément d'appointements par certaines maisons de commerce à leur personnel (art. 549, C. com.).

Pour quelle durée de temps la créance des salaires est-elle privilégiée ? Notre législation fait encore en cette matière une distinction qui n'a plus de raison d'être entre les gens de service et les autres salariés.

a) *Les gens de service* bénéficient du privilège pour le salaire de *l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante.* Cette disposition s'expliquait par cette considération qu'autrefois les gages des gens de service étaient payés à intervalles fort éloignés, souvent même une seule fois l'an.

Le point de départ du délai est marqué par la date d'entrée en service. On remarquera que l'étendue du privilège correspond exactement au délai de la prescription. En effet, d'après l'article 2272, 3e alinéa, l'action des domestiques qui se louent à l'année se prescrit par un an ; or la prescription ne commence à courir qu'à l'expiration de l'année, si bien que les domestiques peuvent toujours au maximum réclamer deux ans de gages.

Mais le privilège ne cadre plus avec la durée de la prescription pour les serviteurs payés au mois, ce qui est aujourd'hui le cas habituel. En effet, d'après l'article 2271, 3e al., l'action de ces derniers se prescrit par six mois. Par conséquent, si le maître leur oppose la prescription, ils ne

peuvent pas réclamer plus de sept mois de gages, et, par suite, c'est a cette durée que se limite leur privilège. Il n'en serait autrement que si la prescription avait été interrompue par les poursuites du domestique ou par un aveu du maître.

L'expression de gens de service comprend les personnes attachées au service personnel ou à la maison d'un maître soit à la ville, soit à la campagne, et qui font à ce titre partie de la domesticité : valets et femmes de chambre, cuisiniers et cuisinières, portiers, cochers, chauffeurs, jardiniers, et les domestiques employés aux travaux des champs : garçons et filles de ferme, charretiers, bergers, pâtres,[1] (Civ., 26 juin 1878, D. P. 78.1.343, S. 78.1.460 ; 5 juillet 1886, D. P. 86.1.463, S. 86.1.462 . Il est certain, en revanche, qu'elle ne vise ni les précepteurs, secrétaires, bibliothécaires, ni les clercs des officiers ministériels ; ces personnes rentrent dans la seconde catégorie.

b) Pour tous les *autres salariés*, le privilège garantit la créance des salaires des *six derniers mois*, c'est-à-dire des six mois qui ont précédé la déclaration de faillite, la liquidation judiciaire ou la déconfiture. Avant la loi du 17 juin 1919, l'article 549 C. com. faisait une distinction entre les ouvriers et les employés. Il n'accordait privilège aux ouvriers que pour les salaires du dernier mois. pour la raison qu'ils sont payés à intervalles plus rapprochés que les employés. Cette différence a été effacée par la loi précitée[2].

b) *Indemnités dues au salarié pour non observation du délai-congé ou abus du droit de résiliation.* La loi du 19 juillet 1928, qui a modifié l'article 23 du livre 1er du Code du travail, a étendu le privilège de l'article 2101, 4°, aux indemnités dues par le patron lorsqu'il a congédié le salarié sans observer le délai-congé, ou lorsqu'il a abusé du droit de résiliation (v. *supra*, p. 601 et suiv.).

6° Retenues ou autres sommes affectées à des caisses de retraite, de secours ou de prévoyance fondées au profit des employés ou ouvriers, et non effectivement versées à l'une de ces caisses lors de la faillite ou de la liquidation judiciaire du chef d'entreprise. — Ce privilège date de la loi du 27 décembre 1895, art. 4, 2e al., loi motivée par la situation irrégulière des caisses de prévoyance fondées par la grande industrie. A la suite de la déclaration de faillite de plusieurs sociétés industrielles, les tribunaux avaient déclaré que les sommes retenues par ces sociétés sur les salaires de leur personnel, en vue d'alimenter les insti-

1. Il convient de signaler dès maintenant que les *ouvriers agricoles* jouissent en outre d'un privilège spécial sur le prix de la récolte (art. 2102-1e, 4e al.)

2. Pour les sommes dues aux employés attachés à plusieurs maisons et les remises proportionnelles au chiffre des ventes, l'article 549, C com., indique dans quelle mesure le privilège est accordé.

tutions de prévoyance fondées au profit de ce personnel, faisaient partie de la masse de la faillite, et devenaient le gage commun de tous les créanciers.

La loi du 27 décembre 1895 a pris certaines mesures pour éviter une solution aussi injuste. Elle a notamment établi un privilège général sur les biens du patron, pour garantir la restitution des sommes affectées aux institutions de prévoyance qui, lors de la faillite ou de la liquidation judiciaire, n'auraient pas encore été effectivement versées à la caisse de retraite ou de secours. Ce privilège s'étend à toutes les sommes se rapportant soit à l'année échue, soit à l'année courante. Il prend rang concurremment avec le précédent.

7° Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille (art. 2101-5°). — Ce privilège était déjà connu dans notre ancien Droit (V. Brodeau sur Louet, lettre C, sommaire XXIX, n° 3 ; Denisart, *Recueil de décisions nouvelles*, V° *Privilèges*, n° 14). Il n'est pourtant signalé ni par Pothier, ni par l'Acte de notoriété du 4 août 1692 attestant l'usage du Châtelet de Paris. La loi du 11 brumaire an VII sur le régime hypothécaire n'en parlait pas non plus. Il se justifie par le crédit dont a besoin le débiteur, pour se procurer les choses nécessaires à sa subsistance. C'est pourquoi le Code l'a consacré.

L'expression de *fournitures de subsistances* employée par l'article 2101 est large. Elle comprend toutes les choses nécessaires à l'alimentation et à la consommation journalières de la famille du débiteur : denrées alimentaires, chauffage, éclairage, blanchissage. On est cependant généralement d'accord pour n'y pas comprendre le vêtement.

Si les enfants du débiteur sont dans un pensionnat, le maître de pension peut se prévaloir du privilège pour l'entretien des enfants, mais non pour les frais d'instruction.

Les fournitures visées par l'article 2101-5° ne sont d'ailleurs privilégiées qu'autant qu'elles sont nécessaires ; elles cessent de l'être quand elles présentent le caractère de dépenses superflues. C'est ainsi qu'on ne doit pas considérer comme privilégiées des fournitures de liqueurs et notamment d'eau-de-vie (Civ., 1er février 1893, D. P. 93.1.184, S. 93.1.188).

Pour ce qui est de l'*étendue du privilège*, on remarquera que la loi la fait varier suivant qu'il s'agit de fournitures faites par les *marchands en détail* tels que boulangers, bouchers et autres, ou par les *maîtres de pension* et *marchands en gros*. En effet, les fournitures de détail se payent à intervalles plus rapprochés que les fournitures en gros. Pour les premières, le privilège s'étend donc aux fournitures des *six derniers mois*, et, pour les autres, à celles de la *dernière année*. Le point d'arrivée du délai est, en tous cas, l'événement qui donne lieu à la distribution du prix des biens, c'est-à-dire suivant les hypothèses, la faillite, la liquidation judiciaire ou la déconfiture constatée par la saisie des biens du débiteur.

Pour savoir si les fournitures rentrent dans la catégorie du gros ou du détail, il faudrait, à lire l'article 2101, s'attacher à la qualité du fournisseur.

Pourtant cette solution serait peu logique. La loi a jugé qu'un boucher, un boulanger font ordinairement des ventes au détail, et une maison de gros des ventes en gros. Mais le contraire peut arriver. Il faut donc résoudre la question, si elle se pose, d'après la nature même des fournitures (Civ., 1er février 1893 précité).

Il convient d'observer que la prescription de l'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands est fixée à deux ans, depuis la loi du 26 février 1911 (art. 2272 C civ , dernier al.). Il en résulte que la créance du marchand contre son débiteur n'est quelquefois privilégiée que pour partie.

8° **La créance de la victime d'un accident du travail ou de ses ayants droit** (art. 2101 6°). — Cette créance est privilégiée sur tout le patrimoine de l'employeur, pour ce qui concerne les frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires, et l'indemnité de demi-salaire alloué pendant le traitement du blessé.

Ce huitième privilège a été ajouté au texte de l'article 2101 par l'article 23 de la loi du 9 avril 1898. Il vient au dernier rang. On remarquera qu'il ne protège pas les rentes ou pensions dues à la victime ou à ses ayants droit en cas d'incapacité permanente ou de mort. C'est que ces pensions peuvent représenter un capital assez élevé, et, en leur accordant une telle garantie, on eût nui gravement au crédit dont a besoin le chef d'entreprise. C est pourquoi le législateur a organisé, en ce qui les concerne, un autre mode de garantie (V. les art. 23 *in fine* et 24 de la loi).

9° **Créances des assurés contre les sociétés d'assurances sur la vie.** — La loi du 17 mars 1905, relative à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances sur la vie (art. 7, 2e al.), a affecté au règlement des opérations d'assurances l'actif des compagnies d'assurances, jusqu'à concurrence du montant des réserves mathématiques et de la réserve de garantie, ainsi que du montant des comptes individuels de participation aux bénéfices. Ce privilège prend rang à la suite des précédents[1].

SECTION II. — Privilèges spéciaux sur les meubles.

Notions générales. Quatre groupes de privilèges mobiliers spéciaux. — A la différence des précédents, ces privilèges sont localisés sur *certains meubles* du débiteur, objets corporels ou droit de créance.

Les raisons qui en déterminent la création varient suivant les cas. Et l'on peut, à ce point de vue classer ces privilèges en quatre groupes :

1° *Privilèges tenant à une constitution de gage expresse ou tacite.* — Lorsqu'un débiteur donne certains objets en nantissement, le créancier jouit, au cas de non-paiement à l'échéance, du droit de faire vendre l'objet et de se payer sur le prix avant les autres créanciers.

1. La loi du 25 juin 1920. article 20, a accordé au Trésor un privilège portant sur tous les biens du contribuable pour le paiement de la contribution extraordinaire sur les bénéfices exceptionnels supplémentaires réalisés pendant la guerre. Ce privilège s'exerce après ceux de l'article 2101, et après les privilèges spéciaux sur les immeubles de l'article 2103. La loi du 10 août 1922 en a prescrit l'inscription (art. 1, 3, 7, 11 à 14).

Le Code civil qualifie ce droit de privilège (art. 2073 à 2076, 2102-2°). L'expression n'est peut être pas techniquement tout à fait exacte, puisqu'un privilège est un droit de préférence accordé *par la loi*, d'après la qualité de la créance, et qu'ici c'est la volonté des parties qui le crée, et pour n'importe quelle créance. Domat en faisait justement la remarque (*Loix civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 5) : « On ne met pas au nombre des priviléges, disait-il, la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage et qui sont en sa puissance : car cette préférence n'est pas fondée sur la qualité de la créance, mais sur la sûreté que le créancier a prise en se saisissant du gage. » Néanmoins, il était déjà d'usage dans notre ancien Droit de considérer la créance du gagiste comme privilégiée. Dans son *Traité de la procédure civile*, (n° 482), Pothier la cite précisément dans son énumération des privilèges.

Le Code civil s'est inspiré de la tradition de Pothier, car, au nombre des privilèges sur certains meubles, énumérés par l'article 2102, il comprend : « 2° la créance sur le gage dont le créancier est saisi ». Et, pratiquement, cette manière de voir se comprend d'elle-même. Le créancier gagiste peut bien être assimilé à un créancier privilégié, puisque, parmi les avantages qui résultent pour lui du nantissement créé par la volonté du débiteur, le principal est de pouvoir se comporter exactement comme un créancier investi par la loi d'un privilège.

Ce n'est pas tout. Le législateur a considéré que, dans certains cas, il y a lieu de conférer un privilège au créancier, parce qu'il résulte des circonstances qu'il y a eu affectation d'un bien du débiteur à la sûreté du créancier, *constitution tacite de gage* en un mot.

C'est ainsi du moins que la Doctrine explique les privilèges suivants : A. — Privilège du *bailleur d'immeubles* sur les *meubles apportés par le preneur* dans les lieux par lui loués (art. 2102-1°) ; B. — Privilège des parties lésées sur le *cautionnement* imposé aux *officiers ministériels* et aux *fonctionnaires*, pour les créances résultant d'abus et prévarications commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions (art. 2102-7°) ; C. — Privilège de l'*aubergiste* sur les *effets du voyageur* (art. 2102-5°) ; D. — Privilège du *voiturier* sur la *chose transportée* (art. 2102-6°)[1].

2° *Privilèges tenant à la mise de la chose dans le patrimoine.* — Un second groupe de privilèges se justifie par cette idée que, par le fait du créancier, *une valeur a été mise dans le patrimoine du débiteur.* C'est l'idée qui justifie notamment le privilège du *vendeur d'effets mobiliers* (art. 2102-4°). Il est équitable que ce vendeur, qui a mis l'objet vendu dans le patrimoine de l'acheteur, soit payé sur son prix avant les autres créanciers de ce dernier. Même raison d'être pour le privilège du *bailleur d'un fonds rural* sur les fruits de la *récolte de l'année* (art. 2102-1°, 1er al.), et pour celui du *vendeur de semences* sur la même récolte (art. 2102-1°, 4e al.)

3° *Privilèges tenant à la conservation de la chose.* — Le créancier qui a

1. Le privilège de la *séparation des patrimoines* s'explique par une idée analogue. Le patrimoine du défunt forme le gage commun de ses créanciers et de ses légataires.

fait des frais pour conserver une chose du débiteur mérite, lui aussi, d'être payé avant tous les autres sur la valeur de cet objet, parce que c'est grâce à lui que le gage commun subsiste encore.

L'article 2102-3° établit en termes généraux ce privilège des *frais de conservation*, et l'article 2102-1°, 4° alinéa, en fait spécialement application en accordant un privilège aux sommes dues pour les *frais de la récolte de l'année*.

4° *Certains privilèges sur des créances du débiteur.* — On rencontre enfin un quatrième groupe de privilèges, ceux qui portent *sur une créance du débiteur contre un tiers*. Ces privilèges s'expliquent par une raison d'équité consistant en ce que la créance du débiteur contre le tiers trouve sa raison d'être dans le contrat conclu entre le créancier privilégié et le débiteur, ou dans le droit né au profit du créancier contre le débiteur. Citons, comme exemple, le privilège accordé à la victime d'un dommage sur l'indemnité d'assurance due à l'auteur de ce dommage par l'assureur de responsabilité.

De tous ces privilèges, les uns ont une origine ancienne, les autres, au contraire, sont de création moderne. Nous les étudierons séparément en nous occupant successivement :

1° Du privilège du bailleur sur les meubles du preneur ; 2° Du privilège du vendeur ; 3° Des autres privilèges spéciaux sur les meubles ; 4° Enfin, nous étudierons le classement respectif de ces divers privilèges.

§ 1. — Privilège du bailleur d'immeuble (art. 2102-1°).

Généralités. Historique. — La créance des loyers ou fermages dus au bailleur d'immeuble a toujours été l'objet de la sollicitude du législateur. Cela tient en partie sans doute à ce que les propriétaires du sol et des immeubles bâtis ont de tout temps formé la classe la plus puissante de la nation, et se sont fait attribuer par la loi les plus solides garanties contre leurs tenanciers ou leurs locataires. Aussi rencontre-t-on leur privilège sous une forme ou sous une autre dans toutes les législations.

Le Droit romain, tout d'abord, concédait au bailleur d'une maison une hypothèque tacite sur tous les meubles apportés par le locataire, hypothèque qui lui donnait le droit de saisir ces meubles, même quand ils avaient été par la suite déplacés ou aliénés par le locataire (4 D. *in quibus causis pignus*, XX, 2). Quant au bailleur d'un *prædium rusticum*, il jouissait d'une hypothèque tacite, non pas sur les objets introduits par le fermier, mais seulement sur les fruits produits par le fonds (7 pr. D. *hoc tit.*).

Les pays de Droit écrit ont conservé la distinction romaine ; mais elle a disparu dans nos pays de coutume, qui ont étendu le privilège du propriétaire aux meubles et instruments aratoires du fermier (art. 421, Cout. d'Orléans ; art. 161, Cout. de Paris ; Pothier, *Traité de la procédure civile*, n° 482-3°, 520, 521 ; *Traité du contrat de louage*, n^os^ 227, 228, 229). D'autre part, le droit de suite du bailleur sur les meubles s'est restreint sensi-

blement, en vertu de cette règle de notre ancien Droit que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (V. Pothier, *Contrat de louage*, nos 229, 257, éd. Bugnet, t. 4, p. 84 et 92).

Dans quelle mesure le bailleur pouvait-il se prévaloir de sa garantie ? Sur ce point, l'usage constaté par des actes de notoriété du Châtelet de Paris de 1688, 1702, 1716, avait introduit une distinction que nous relate Pothier (*Contrat de louage*, n° 253), et qui a été conservée par les rédacteurs du Code civil, suivant que le bail avait été passé devant notaires ou simplement sous signature privée. Dans le premier cas, le bailleur était préféré aux créanciers de son locataire pour tous les termes échus et pour tous ceux qui restaient à courir du bail ; dans le second, au contraire, seulement pour trois termes échus et le terme courant.

Le Code civil de 1804 a suivi la tradition des pays de coutume. En cas de faillite ou de déconfiture du preneur, le bailleur passe le premier ; il est désintéressé avant les créanciers les plus dignes d'intérêt, tels que les gens de service, les employés et ouvriers. Son privilège garantit tous les loyers qui lui sont dus, tant dans le passé que dans l'avenir. Il est vrai que des lois postérieures au Code ont restreint l'étendue des droits du propriétaire quand le preneur est un commerçant en faillite, ou un fermier ; mais, même après ces réformes, le privilège du bailleur a continué à susciter, en raison de son étendue, des critiques assez vives.

Quoi qu'il en soit, la Doctrine donne, nous l'avons vu, du privilège du bailleur cette explication juridique qu'il résulte d'un nantissement tacite, le preneur étant censé remettre en gage au bailleur les objets qu'il apporte dans les lieux loués. On ne peut pas dire que ce soit là un gage sans déplacement, puisque, si, à la vérité, le preneur conserve la jouissance des objets sur lequel il porte, il n'en est pas moins obligé de les maintenir dans les locaux appartenant au propriétaire, lequel, comme nous le verrons plus loin, possède sur eux un droit de rétention et peut même les revendiquer s'ils sont déplacés sans son consentement.

I. — A qui appartient le privilège ?

A tout *bailleur d'immeubles*, qu'ils soient urbains ou ruraux.

Il n'y a sur ce point aucune distinction à faire. Même si l'immeuble loué est un terrain sur lequel ne s'élève aucune construction, par exemple, un herbage dans lequel le locataire place des bestiaux pour les engraisser (Caen, 3 avril 1894, D. P. 95.2.170, S. 94.2.312 ; Douai, 16 février 1898, S. 99.2.5), un terrain vague sur lequel il construit des échafaudages pour une fête publique, le bailleur jouit du privilège de l'article 2102 (Cf. Req., 8 juillet 1901, D. P. 1901.1.500, S. 1902.1.81, note de M. Tissier ; Civ., 22 mars 1893, D. P. 94. 1.129, S. 93.1.353, note de M. Tissier).

Le bail à colonat partiaire ou métayage, mode de location des terres avec partage des fruits entre le propriétaire et celui qui cultive, tout comme le bail à ferme, confère le privilège de l'article 2102-1° au bailleur. Cette solution, jadis contestée, à cause de la nature spéciale du métayage qui se rap-

proche de la société, a été consacrée par l'article 10 de la loi du 18 juillet 1889 sur le Code rural.

Enfin, le locataire, qui *sous-loue* les lieux par lui loués, jouit également de la même garantie (art 819, C. proc. civ.).

Lorsque le propriétaire loue *en garni*, peut-il se prévaloir du privilège sur les objets que le locataire peut occasionnellement apporter dans les lieux loués ? Les tribunaux résolvent ordinairement cette question par la négative, parce que, d'une part, les privilèges sont de droit étroit et que l'article 2102 ne vise pas cette hypothèse, et que, d'autre part, le bailleur en garni ne prend pas en considération, au moment du contrat, les meubles que le locataire pourra introduire dans l'appartement (Trib. civ. Bruxelles, 10 décembre 1866, D. P. 67.3.79 ; Trib. civ. Seine, 17 janvier 1910, D. P. 1910.5.30, S. 1910.2.189).

II. — Objets sur lesquels porte le privilège

L'article 2102 nous dit que la créance du bailleur est privilégiée, en premier lieu, « sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme », et, en outre, quand il s'agit de biens ruraux, « sur tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme et sur les fruits de la récolte de l'année ».

Reprenons ces trois éléments :

1° Tout ce qui garnit les lieux loués. — Il ne faut pas, comme ont voulu le faire quelques interprètes s'attacher à la lettre du mot *garnir*, pour délimiter les objets grevés du privilège. Dans notre ancien Droit, en effet, l'article 161 de la coutume de Paris visait tous les biens *étant dans la maison louée*, et Pothier nous dit (*Contrat de louage*, n° 248, que tous les meubles placés dans la maison pour y demeurer, qu'ils y soient en évidence ou que ce soient des effets renfermés dans d'autres meubles, tels que des bijoux et autres choses semblables, sont affectés à la garantie du bailleur. Or, il est certain que le Code n'a pas voulu modifier l'assiette du privilège. Il faut donc y comprendre tous les meubles apportés par le locataire pour rester dans les lieux loués, meubles meublants, tableaux, livres, collections, voitures, automobiles, linge, vêtements, vaisselle, argenterie, bijoux, encore qu'il y ait controverse pour ces derniers objets.

La Jurisprudence applique notamment notre règle au cas où il s'agit de locations d'herbages sur lesquels le preneur a placé des animaux. Si les bestiaux y ont été introduits accidentellement, ils ne sont pas affectés à la garantie du bailleur, tandis qu'ils deviennent son gage quand ils y sont attachés à demeure et affectés à sa mise en valeur (V. Civ., 22 mars 1893, précité).

En revanche, l'argent comptant et les valeurs mobilières, nominatives ou au porteur, qui se trouveraient dans l'immeuble loué, ne sont pas grevés du privilège. La raison en est, pour les deniers, qu'ils ne sont pas destinés à rester dans la maison, mais à être dépensés ; le propriétaire n'a donc pu compter qu'ils resteraient affectés à sa garantie. Quant aux valeurs mobi-

lières, ce sont des créances, et jamais celles-ci n'ont été comprises dans le privilège du bailleur (Pothier, *op. cit* , nos 250-251).

On remarquera que, lorsque le locataire est un commerçant ou un industriel, le privilège porte non seulement sur le mobilier du fonds de commerce et sur l'outillage, mais aussi sur les marchandises, bien qu'elles soient pourtant destinées à être vendues. Mais, comme le disait Pothier (*op. cit.*, n° 249), elles sont le *garnissement naturel* d'une boutique et d'un magasin, et forment le principal gage du bailleur [1].

Les deux autre éléments du gage du bailleur ont trait exclusivement au cas où l'immeuble loué est un *bien rural.* Ce sont les suivants :

2° Objets servant à l'exploitation de la ferme. — Est affecté au privilège du bailleur, « tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme », c'est-à-dire les ustensiles aratoires, les animaux attachés à la culture. Cette énonciation semble faire double emploi avec la précédente, car les objets en question rentrent dans le groupe des meubles garnissant les lieux loués. Peut-être le législateur, en les visant, a-t-il voulu signifier que les ustensiles aratoires sont grevés du privilège, même lorsque, servant à l'exploitation d'une terre, ils sont logés dans des bâtiments placés en dehors. Ceci aurait grand intérêt pour la location de terres sans constructions, qu'un fermier exploite avec du matériel remisé dans des locaux situés sur d'autres terrains lui appartenant ou par lui affermés ; le bailleur des terres non construites aurait privilège sur le matériel. C'est en ce sens que s'est prononcé, après la Cour de Douai, un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 juillet 1901 (D. P. 1901.1.500, S. 1902.1 81, note de M. Tissier). Mais cette solution a été généralement critiquée, et avec raison. Car on ne voit pas sur quoi fonder dans ce cas le privilège, puisque l'idée de gage tacite fait défaut. Peut-être pourrait-on répondre, il est vrai, que cette idée de gage tacite est un concept juridique imaginé par la Doctrine, et ne se trouve nulle part énoncée par la loi.

3° Fruits de la récolte de l'année. — Il ne faudrait pas conclure de la formule, restrictive en apparence, employée par l'article 2102-1°, 4e alinéa, que les récoltes des années précédentes ne sont pas affectées au privilège du bailleur. Tant qu'elles demeurent dans les lieux loués, elles restent son gage, en tant qu'objets garnissant la ferme. Mais, lorsqu'elles sont transportées ailleurs par le fermier, elles cessent, comme tous les objets appartenant au locataire, d'être grevées du privilège, sauf le droit de revendication, dont nous parlerons plus loin, accordé par la loi au bailleur pour le cas où le déplacement aurait été opéré sans son consentement.

Pour la récolte de l'année, au contraire, on admet que la base du privi-

1. La loi du 9 mars 1918 sur les loyers permet aux commissions arbitrales qu'elle institue pour statuer sur les litiges nés de la guerre entre propriétaires et locataires de limiter le privilège du bailleur « à une partie déterminée et suffisante du mobilier garnissant les lieux loués et servant de gage à sa créance » (art. 23). L'article 24 énumère diverses parties indispensables du mobilier qui ne peuvent être comprises dans ce gage.

lège est autre. Ce n'est plus une idée de *gage tacite* qui explique le droit du propriétaire, mais l'idée d'une *valeur mise par lui dans le patrimoine* du fermier. Aussi décide-t-on que le privilège peut s'exercer méme si la récolte a été engrangée par le fermier hors des lieux loués. Cela a grand intérêt encore pour le cas où il s'agit de terrains de culture non construits.

Ajoutons qu'en cas de bail à colonat partiaire, la loi du 18 juillet 1889 (art. 10) affecte expressément au privilège, outre les meubles, effets et bestiaux du colon, les portions de récolte lui appartenant.

Hypothèse où les meubles apportés par le preneur ne sont pas sa propriété. — Bien que les meubles placés dans les lieux loués n'appartiennent pas au preneur, le bailleur *de bonne foi*, c'est-à-dire le bailleur qui ignore ce défaut de titre, conserve néanmoins son privilège sur ces meubles (V. application de la règle dans l'article 1813). En effet, le bailleur est assimilé à un créancier gagiste, et ce dernier, nous l'avons vu, peut se prévaloir de la maxime de l'article 2279, 1er alinéa, et, comme tout possesseur de bonne foi, repousser toute action en restitution émanée d'un tiers. Son droit de gage ne cédera, conformément à la règle de l'article 2279, 2e alinéa, que devant le droit du propriétaire qui réclame un objet *volé ou perdu*, et pendant le délai de *trois ans* accordé par la loi à ce dernier pour faire valoir sa revendication.

Si, au contraire, le bailleur est de *mauvaise foi*, c'est-à-dire s'il a connu le défaut de droit du locataire, il n'est plus couvert par la règle. « En fait de meubles possession vaut titre », et dès lors, le tiers propriétaire, qui a prêté des objets au locataire ou les a déposés chez lui, pourra les revendiquer. Il faut en dire autant du vendeur qui aurait vendu un meuble au locataire, au vu et au su du bailleur, ou qui aurait prévenu celui-ci que le prix lui est encore dû. Son privilège primerait celui du bailleur (art. 2102-4°, 3e al.).

Naturellement, la bonne foi du bailleur est présumée, comme le veut la règle générale, sauf pour son adversaire à renverser cette présomption, ce qu'il peut faire par tous les moyens de preuve. Cependant, quand le locataire est un commerçant (par exemple, l'exploitant d'un garage d'automobiles), dont la profession consiste à recevoir en dépôt des objets appartenant à des tiers, pour les réparer ou les conserver, la présomption n'a plus de raison d'être, car le bailleur ne peut pas ignorer la véritable situation. Elle doit même faire place à une présomption contraire : le bailleur est réputé *a priori* de mauvaise foi.

C'est, d'après certains auteurs, par application de cette idée que l'article 2102-1°, 4e alinéa, donne au vendeur d'ustensiles le droit d'être payé, de préférence au propriétaire, sur le prix des ustensiles vendus au fermier ; on supposerait en effet *a priori* que le propriétaire n'ignore pas la dette du fermier à l'égard de ce vendeur.

Droit du bailleur sur les indemnités d'assurances dues au locataire. — Lorsque les meubles, les bestiaux ou les récoltes du preneur ont été détruits par un sinistre, contre les conséquences duquel celui-ci les

avait assurés, le bailleur exerce son droit de préférence sur les indemnités dues par la Compagnie d'assurances au preneur (art. 2 de la loi du 19 février 1889)

Cette disposition exceptionnelle ne doit pas être étendue aux autres hypothèses dans lesquelles le locataire pourrait avoir droit à indemnité pour perte de ses meubles ou de ses récoltes. Ainsi, le bailleur ne peut pas invoquer son privilège pour se faire attribuer, au détriment des autres créanciers, l'indemnité allouée par le Département ou l'Etat à un fermier dont les récoltes ont été détruites par la grêle, non plus que l'indemnité accordée pour le cas où des animaux atteints de maladies contagieuses sont abattus conformément aux dispositions de la loi du 21 juin 1898 sur le Code rural (art. 46), ou de la loi du 14 janvier 1905.

III. — Droit de revendication du bailleur.

Le privilège du bailleur étant, théoriquement au moins, fondé sur une constitution tacite de gage, ne doit durer qu'autant que les objets apportés par le locataire n'ont pas été par lui transportés dans un autre lieu. Mais la loi, pour protéger le bailleur contre le danger d'un déplacement de son gage, a mis à sa disposition deux moyens de défense :

1° Un mode de saisie très rapide ;

2° Un droit de revendication, limité à une courte durée, tendant à reprendre les meubles déplacés sans son consentement.

1° Saisie. — Le bailleur, créancier des loyers ou fermages échus, a à son service un mode spécial de saisie à procédure simplifiée, qui porte le nom de *saisie-gagerie* (art. 819 à 825, C. proc. civ.), et dont l'origine remonte à notre ancien Droit (art. 161 de la Coutume de Paris). Il fait signifier un commandement au preneur, et il peut, un jour après, sans avoir besoin d'un titre exécutoire ni même d'une permission du juge, faire saisir-gager les meubles du locataire ou du fermier. Au cas d'urgence, et s'il craint que le preneur ne déménage secrètement, il peut même demander par requête au président du tribunal la permission de saisir-gager à l'instant et sans commandement préalable.

La saisie-gagerie ne peut avoir lieu que si les loyers ou fermages échus n'ont pas été payés à l'échéance. Ce n'est donc pas un remède préventif. Mais, dans la pratique, les propriétaires d'immeubles s'attribuent une garantie supplémentaire, en stipulant, dans les contrats passés avec leurs locataires que les loyers seront payés, non pas aux échéances convenues, mais à l'avance, c'est-à-dire au commencement de chaque période correspondante. De la sorte, la saisie-gagerie peut être exercée avant que le propriétaire ait encore subi aucun mécompte.

2° Droit de revendication du bailleur (art. 2102-1°, 5e al.). — Lorsque les meubles garnissant les lieux loués ont été déplacés par le preneur *sans le consentement du bailleur*, celui-ci conserve sur eux son privilège, même

s'ils se trouvent entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi, pourvu qu'il en fasse la revendication, savoir : « lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de *quarante jours* ; et dans celui de *quinzaine*, s'il s'agit de meubles garnissant une maison ».

On le voit, le bailleur jouit d'un véritable droit de suite, dans les limites sus-indiquées. Cette solution n'est d'ailleurs qu'une application des règles applicables au créancier gagiste. Tout créancier gagiste dépossédé *contre son gré* a, en effet, nous l'avons vu, le droit de revendiquer l'objet contre les tiers, comme pourrait le faire le propriétaire d'un meuble dessaisi non volontairement, en vertu de l'article 2279, 2e alinéa.

Seulement, en ce qui concerne le bailleur, la revendication est limitée à un délai spécial qui est de quarante ou de quinze jours.

Cas où les meubles ont été vendus par le preneur. — Le bailleur peut exercer son privilège, soit que le meuble ait été déposé chez un tiers, prêté ou donné en gage, soit qu'il ait été aliéné par le preneur.

Mais si l'aliénation a eu lieu à titre onéreux, l'acheteur de bonne foi ne pourra-t-il pas exiger du bailleur le remboursement de son prix, comme il pourrait le faire en vertu de l'article 2280 du Code civil, s'il était en face du véritable propriétaire de l'objet aliéné ? On sait en effet que, d'après ce texte, lorsque l'acheteur a acquis l'objet dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le *verus dominus* ne peut se le faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'il lui a coûté. Ne faut-il pas appliquer la même solution au bailleur ? La difficulté a été tranchée affirmativement par la loi du 11 juillet 1892 qui a ajouté, à cet effet, un paragraphe à l'article 2280. Auparavant la question était discutée, et si logique que fût la solution favorable à l'acheteur de bonne foi, la Jurisprudence refusait pourtant de l'admettre à cause du silence de l'article 2102, si bien qu'elle traitait plus favorablement le bailleur que le propriétaire. Elle avait décidé notamment que le bailleur qui revendiquait des bestiaux vendus en foire par le fermier, n'était pas tenu de rembourser le prix à l'acheteur de bonne foi ! (Civ., 10 juillet 1889. D. P. 90.1.392, S. 89.1.424). C'est avec raison que la loi de 1892 a consacré une solution contraire.

Cas où la revendication n'est pas permise. — Ces cas sont au nombre de deux :

1° Lorsque le preneur est un commerçant ou un fermier et que les choses déplacées sont des marchandises ou des récoltes, on admet qu'il n'y a pas de revendication possible. En effet, le bailleur sait que ces choses sont destinées à être vendues, et, par conséquent, il doit être considéré comme ayant donné à l'avance, au moment même de la conclusion du contrat, son consentement à leur aliénation.

2° Le bailleur n'aurait pas non plus le droit d'exercer la revendication, s'il restait dans les lieux loués des meubles suffisants pour garantir sa créance. En effet, le droit de revendication n'a pour but que de garantir le paiement

des loyers et fermages ; or, il n'a plus de raison d'être quand ce paiement est assuré par les objets garnissant l'immeuble. On peut objecter, il est vrai, que l'article 2102 ne fait pas de distinction de ce genre, et que le privilège grève tous les effets mobiliers, quelle qu'en soit l'importance. Mais, il faut répondre que seul un intérêt sérieux peut justifier l'exercice du droit de suite concédé au bailleur (Lyon, 28 mai 1891, D. P. 93.2.210 ; Trib. civ. Rennes, 9 décembre 1892, D. P. 95.2.497, note de M. de Loynes).

Meubles vendus et non déplacés. — Lorsque le preneur a vendu les objets placés dans les lieux loués, mais ne les a pas encore livrés, ceux-ci restent incontestablement grevés du privilège du bailleur. Cette solution résulte par *a fortiori* des explications précédentes, puisque le bailleur peut exercer le droit de suite même quand les meubles ont été transmis à l'acquéreur.

De là, la Chambre civile a conclu, dans un arrêt du 20 février 1911 (D. P. 1912.1.425, note de M. de Loynes, S. 1913.1.193, note de M. Hugueney), que, si un commerçant a cédé son fonds de commerce et le mobilier y attaché, en même temps que le droit au bail, le bailleur demeuré créancier du cédant pour loyers non payés, peut exercer son privilège sur les meubles garnissant les lieux loués, bien qu'ils appartiennent maintenant au cessionnaire, et bien que celui-ci ait payé régulièrement les loyers par lui dus. Le cessionnaire ne peut pas, en pareil cas, invoquer l'article 1753 du Code civil, lequel dispose que le bailleur n'a d'action contre le sous-locataire que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location. En effet, le bailleur agit ici en vertu de son droit propre contre le cédant, et invoque le privilège qu'il possède, du chef de ce dernier, sur les meubles garnissant les lieux loués.

IV. — Créances garanties par le privilège.

D'après l'article 2102-1° le privilège du bailleur garantit :

1° *La créance des loyers et fermages* ;

2° *Les créances accessoires que le bailleur peut avoir contre le preneur à l'occasion du bail.* Ces créances seront, par exemple, les indemnités dues pour défaut de réparations locatives ou dégradations causées à l'immeuble, ou pour l'inexécution des clauses du bail, les avances d'argent que le bailleur a pu consentir au preneur pour lui permettre de s'installer dans l'immeuble. Ainsi, un propriétaire louant un magasin à un commerçant lui a fait une avance d'argent en vue de l'aménagement des locaux, ou bien encore, le propriétaire d'un fonds rural a prêté au fermier les sommes nécessaires à l'achat des ustensiles aratoires ou des bestiaux. Ces créances sont garanties par le privilège du bailleur (Req., 19 janvier 1880, D. P. 82.1.79, S. 80.1,249). De même, si un bailleur loue à un industriel une usine, et, en même temps s'engage à lui fournir la force motrice nécessaire à la marché des machines, son privilège garantit à la fois les loyers de l'usine

et la location de la force motrice (Civ., 21 juin 1899, D. P. 99.1.320, S. 99.1.392).

Dans quelle mesure la créance des loyers et fermages est-elle garantie par le privilège ? — Il se peut que le bailleur n'ait pas exigé du preneur le paiement régulier du loyer ou du fermage, et qu'au jour où le preneur devient insolvable, celui-ci soit débiteur de plusieurs termes échus. Il se peut, d'autre part, qu'il reste encore, à ce jour, plusieurs années à courir avant l'expiration du bail. Cela est fréquent en matière de commerce, car les baux des locaux affectés au commerce se font pour une longue durée, vingt ans et plus, à cause de l'intérêt primordial qu'ont les commerçants à ne pas déplacer leur exploitation. Le bailleur pourra-t-il invoquer son privilège pour tous les loyers échus et pour tous les loyers à échoir ?

Une telle solution paraît à première vue abusive. Et pourtant c'est celle que consacre en principe le Code civil, suivant sur ce point les errements de notre ancienne pratique. Aucune raison vraiment acceptable ne peut justifier la concession d'une faveur aussi excessive ; elle ne peut s'expliquer que par la puissance dont a toujours joui la classe des propriétaires du sol. Il n'y a pas besoin de dire qu'un privilège aussi exorbitant est funeste au locataire, quand il s'agit d'un homme qui, par sa profession, commerçant ou agriculteur, ne peut offrir comme crédit à ses créanciers que ses marchandises, son outillage, ses récoltes. Ce gage courant le risque d'être tout entier absorbé par le bailleur, le commerçant et le fermier ne pourraient donner aucune garantie à leurs autres créanciers ; ils seraient privés de tout crédit.

Deux lois postérieures au Code civil, l'une du 12 février 1872 pour les commerçants, l'autre du 19 février 1889 pour les fermiers, ont enfin remédié, mais dans une mesure encore insuffisante, à l'excès de la protection concédée par le Code aux propriétaires d'immeubles[1].

Ces lois n'ont pas modifié le système du Code civil en ce qui concerne les locataires de maisons non commerçants, pour lesquels, du reste, il présente moins d'inconvénients. Il en résulte qu'il y a actuellement trois régimes différents quant à l'importance de la créance des loyers garantie par le privilège.

1° Régime du Code civil applicable aux locataires autres que les commerçants et les fermiers. — L'article 2102-1°, 1er et 2e al., a reproduit une distinction admise par la pratique du Châtelet de Paris et rapportée par Pothier (*Contrat de Louage*. n° 253, éd. Bugnet, t. 4, p. 90), mais en en modifiant un peu les termes.

Voici quel est le système qu'il a adopté :

A. *Loyers échus*. — Quelle que soit la forme du bail, qu'il soit fait devant notaire ou sous seing privé, ou simplement verbal, le privilège garantit

1. Il faut ajouter à ces lois la loi plus spéciale du 8 août 1913, sur les warrants hôteliers, dont nous avons déjà parlé à propos du gage, *suprà*, p. 773.

toujours le paiement de *tous les loyers échus*, au moment où intervient le fait qui donne lieu à la vente des meubles du preneur. Seule, la prescription de cinq ans, établie par l'article 2277 du Code civil, limite le droit du bailleur résultant des termes arriérés demeurés impayés.

Cette première règle est beaucoup trop large. Elle pousse le bailleur à faire au preneur un trop long crédit, qui sera désastreux pour ce dernier, et surtout pour ses autres créanciers, lesquels ignoreront l'étendue de la créance du bailleur.

B. *Loyers à échoir.* — Ici, le Code civil distingue *suivant que le bail a ou non date certaine.*

Premier cas. — *Si le bail à date certaine*, c'est-à-dire s'il a été passé devant notaire, ou si, ayant été fait par acte sous seing privé, il a été enregistré, le privilège garantit *tous les loyers et fermages à échoir* jusqu'à la fin du bail. On remarquera que c'est là ce qui, en fait, arrivera presque toujours. En effet, tous les baux écrits de quelque importance sont enregistrés, l'article 22 de la loi du 22 frimaire an VII ordonnant de faire enregistrer les baux dans les trois mois de leur date (*Adde* : art. 14 de la loi du 23 août 1871).

Cela étant, on doit reconnaître que le système du Code est vraiment insoutenable. Au moment de la déconfiture du locataire, le bailleur pourra se faire payer, dès maintenant, sur le prix des meubles, tous les loyers futurs, jusqu'à la date d'expiration du contrat. Comment expliquer une solution qui aboutit à lui conférer un avantage aussi exorbitant ? On a dit que la créance des loyers était à terme, et que le débiteur en faillite ou en déconfiture est déchu du bénéfice du terme (art. 1188, C. civ.). Mais c'est là un raisonnement contestable, car à chaque période de loyers doit correspondre une période de jouissance, et c'est seulement quand celle-ci a eu lieu que le loyer est dû [1]. Quoi qu'il en soit, et quand même l'explication fournie serait exacte, la solution n'en reste pas moins mauvaise au point de vue législatif. Payer au bailleur dès à présent tous les loyers à échoir, c'est lui donner plus que ce à quoi il a droit ; le malheur du débiteur enrichit le bailleur, qui gagne tout l'escompte des loyers futurs. La seule solution logique consisterait à résilier le bail, sauf à accorder au bailleur des dommages-intérêts pour compenser le préjudice que peut lui causer cette résiliation.

On comprend, en particulier, combien le système du Code civil était désastreux pour la masse de la faillite, quand il s'agissait d'un fonds de com

1. Cons. Thiercelin, note, D. P. 62.2.1, nos 1-3 ; Mourlon, note, D. P. 65.1.201, nos 1-5. — A la différence des tribunaux civils, les tribunaux de commerce s'élèvent avec force contre la thèse qui considère les loyers à échoir comme une créance à terme (Trib. com. Lille, 23 avril 1912 ; Grenoble, 6 décembre 1912, *Rép. gén. du Notariat*, 10 février 1913 ; Trib. com. Paris, 7 et 14 janvier 1913, *La Loi*, 6 février et 1er mars 1913). La question s'est, en effet, posée fréquemment devant eux au cas de vente d'un fonds de commerce. Ils ont eu alors à se demander si le bailleur pouvait faire opposition au paiement du prix, pour la garantie de ses loyers à échoir (V. en faveur de l'affirmative, Req., 12 juin 1914, *Gaz. Pdl.*, 4 juillet 1914). La loi du 31 juillet 1913, modifiant l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, relative à la vente des fonds de commerce, a depuis tranché cette question par la négative (art. 1er, al. 4, 2e phrase), conformément à la jurisprudence commerciale.

merce jouissant d'un bail conclu pour de longues années. Il n'était pas rare en pareil cas, que le bailleur absorbât à lui seul tout l'actif du failli [1]. Ce sont ces faits scandaleux qui finirent par soulever les protestations unanimes du commerce, et par déterminer les modifications partielles du régime du Code civil que nous verrons plus loin.

Notons toutefois un tempérament à la rigueur de la situation faite par la loi à la masse des créanciers. Une fois les loyers à venir versés, le preneur conserve, bien entendu, le droit au bail. Les créanciers pourront donc relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail et faire leur profit des baux et fermages, « à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû » (art. 2102-1°), y compris par conséquent les loyers à échoir. Que si la masse ne peut acquitter la totalité de ces derniers, elle ne peut relouer que pour les termes touchés d'avance par le bailleur.

En revanche, il faut ajouter un autre droit à la prérogative du bailleur, à savoir le droit de *résiliation*. En effet, si la vente des meubles du locataire ne suffit pas à payer les loyers échus et à échoir, la Jurisprudence admet depuis longtemps que le bailleur peut demander la résiliation du contrat (Civ., 28 mars 1865, D. P. 65.1.201, note de M. Mourlon, S. 65.1.201). C'est l'application du principe de l'article 1184.

Deuxième cas. — Le bail n'a pas date certaine. — Il en est ainsi pour les baux verbaux, au sens vulgaire du mot, et pour les baux sous seings privés non enregistrés. Dans ce cas, le privilège du bailleur ne garantit plus, en outre des *loyers échus*, que ceux de *l'année courante et d'une année à partir de l'expiration de celle-ci* (art. 2102-1°, 2e al.).

Cette différence de traitement a été établie en vue de prévenir la possibilité d'une fraude concertée entre le bailleur et le preneur au détriment des autres créanciers, fraude qui aurait consisté à faire un nouveau bail d'une durée plus longue que le premier, et à le substituer au premier par une antidate. C'eût été un moyen, si le privilège avait garanti tous les loyers à échoir, de faire absorber en apparence par le bailleur tout l'actif du locataire. Les deux fraudeurs se seraient ensuite réparti le montant de leur rapine.

2° Régime applicable au cas de faillite ou de liquidation judiciaire du preneur. — Nous avons déjà dit que, sur la demande des commerçants, l'article 2102-1° avait été partiellement modifié. Cette réforme a été accomplie par la loi du 12 février 1872, qui a été insérée dans deux textes du Titre des Faillites au Code de commerce, les articles 450 et 550.

Nous avons dit aussi quelles raisons avaient déterminé le vote de la loi. Sous le régime du Code civil, les créanciers de la faillite étaient obligés, soit de payer au bailleur tous les loyers à échoir, soit de subir la résiliation

1. Lors de la discussion de la loi de 1872, M. Louvet avait cité à la tribune le cas de la faillite du *Factage parisien*, entreprise qui avait un bail de 30 années à raison de 55.000 fr. par an. La faillite ayant été déclarée au bout de deux ans, le propriétaire demandait le paiement de tous les loyers à venir, soit 1.500.000 fr. S'il y avait eu de quoi les lui donner, le propriétaire aurait pu, en plaçant cette somme à 5 %, se procurer un revenu annuel de 75.000 fr., c'est-à-dire 20.000 fr. de plus que n'aurait produit l'exécution de son bail.

du bail; et cette seconde alternative était souvent aussi désastreuse pour eux que la première, car elle ne leur permettait pas de laisser le failli à la tête de son exploitation.

Il fallait donc, à tout prix, soustraire la masse des créanciers de la faillite tant à l'une qu'à l'autre de ces deux alternatives, et lui permettre de continuer le bail, si elle le juge à propos, sans être obligée de payer à l'avance les loyers à venir. Telle a été la pensée directrice de la loi du 12 février 1872.

En vertu de cette loi, la masse est substituée au failli, quant aux obligations résultant du bail. Si elle veut continuer le bail, elle peut le faire, moyennant une simple notification adressée au propriétaire (art. 450, C. com.), à la seule condition de payer les loyers échus et de respecter les clauses du bail, c'est-à-dire de maintenir dans les lieux loués des marchandises suffisantes pour la garantie du bailleur. En pareil cas, ce dernier ne peut pas demander la résiliation du contrat, parce que la masse, respectant les conditions du bail, est un débiteur solvable.

Ainsi, premier résultat fort appréciable, la faillite ne permet plus au bailleur de faire résilier le bail et d'empêcher la continuation de l'exploitation commerciale.

D'autre part, second résultat non moins utile, le bailleur ne peut plus réclamer le paiement anticipé des loyers à venir, et absorber ainsi le plus clair peut-être de l'actif au détriment des autres créanciers (art. 550, 2e al. C. com.).

Mais si le syndic, ne voulant pas continuer le bail, dégarnit les lieux loués, en vendant et enlevant les marchandises, le propriétaire peut exercer son privilège sur le prix et le faire valoir, *que le bail ait ou non date certaine, jusqu à concurrence de deux années échues, de l'année courante et d'une année à échoir* (art. 550, 3e al.) (V. la note de M. Levillain, sous Paris, 22 mars 1906, D. P. 1908.2.377). Le privilège se trouve limité à la fois dans le passé et dans l'avenir ; dans le passé, ce qui est logique, car le bailleur est en faute d'être resté plusieurs années sans exiger le paiement des loyers ; et dans l'avenir, ce qui se comprend encore mieux, le propriétaire reprenant son immeuble qu'il pourra louer à d'autres. Si la loi de 1872 lui donne privilège pour une année à venir, c'est à titre de dommages-intérêts, et parce que le bail n'est pas respecté.

Supposons maintenant que le propriétaire demande lui-même et obtienne la résiliation du bail, pour des causes antérieures à la faillite (abus de jouissance, loyers en retard, etc.). Alors, son privilège est encore plus restreint que dans le cas précédent. Il ne garantit que *deux années échues et l'année courante*, plus, il est vrai, *les dommages-intérêts qui peuvent lui être alloués par le tribunal* (art. 550, 1er al., C. com.).

Enfin, au cas de continuation du bail, l'article 550 du Code de commerce, 4e et 5e al., complète la série des réformes accomplies en 1872 dans l'intérêt des créanciers, en autorisant le syndic à céder le droit au bail à un tiers, même au cas où le contrat interdit de céder ou sous-louer, mais à la charge alors de payer les loyers par anticipation.

Une observation commune à toutes ces dispositions, c'est qu'elles con-

cernent seulement les *locaux affectés à l'industrie ou au commerce et les locaux dépendant de ces immeubles même s'ils servent à l'habitation du failli et de sa famille.* Si, au contraire, l'habitation du failli se trouve séparée de son industrie ou de son commerce, le Code civil continue à s'appliquer en ce qui concerne l'habitation.

Telles sont, brièvement résumées, les règles de la loi de 1872, étendues du cas de faillite à celui de liquidation judiciaire par la loi du 4 mars 1889 (art. 18 et 24). Ces règles sont infiniment supérieures à celles du Code civil, mais elles ne donnent pas encore une satisfaction suffisante aux besoins du commerce. « Les prétentions du bailleur, écrit M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial,* 4e édit., p. 1009, note 1), pèsent encore trop lourdement sur la masse, et une nouvelle limitation de la mesure des loyers garantis est encore souhaitable. Dans les faillites des petits magasins, l'actif en marchandises sert trop souvent à couvrir le bailleur, sans laisser d'excédent à la masse, et, de là, tant de clôtures pour insuffisance d'actif. »

3° Régime applicable aux biens ruraux. — La loi du 19 février 1889, art. 1er, inspirée par la pensée de favoriser le crédit agricole, a, en gros, réalisé, au profit des fermiers, la réforme qui avait été faite en 1872 en faveur des commerçants. Mais, à la différence de ce qui avait été fait alors, elle s'est contentée de restreindre la créance privilégiée, sans toucher au droit de résiliation. C'est qu'en effet le fermier n'est pas un commerçant, et ses créanciers ne sont pas organisés en masse comme dans la faillite ; ils ne peuvent continuer son exploitation. En conséquence, quand un fermier devient insolvable, le bailleur ne peut exercer son privilège que pour les fermages des *deux dernières années échues, de l'année courante* et *d'une année à partir de l'expiration de l'année courante*, ainsi que pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être accordés par les tribunaux, au cas notamment de détérioration de l'immeuble.

On le voit, en cas de déconfiture du fermier, le bailleur se trouve garanti pour *quatre années* de fermages, tandis que, en matière de faillite, le bailleur qui demande la résiliation n'est privilégié que pour *trois années* (deux années échues et l'année courante). La raison qu'on a donnée de cette différence est que les biens ruraux sont plus difficiles à louer que les maisons. Mais cette solution est encore beaucoup trop dure pour le crédit du fermier. Un privilège portant sur quatre années de fermages suffira presque toujours à absorber son actif.

La réforme de 1889 n'a donc pas sérieusement dégagé le crédit du fermier. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle restreint une prérogative dont rien ne pouvait justifier l'excessive étendue.

Conclusion. Desideratum législatif. — Si nous voulons résumer l'état actuel de notre législation en ce qui concerne le privilège du bailleur, nous dirons que le système de protection exorbitante du Code civil reste encore

en vigueur pour toutes les maisons non affectées au commerce, ou ne faisant pas partie d'une exploitation agricole. Pour les autres cas, la prérogative du bailleur, bien qu'entamée, est encore considérable, voire même excessive. Il serait grand temps de remplacer les règles en vigueur par un régime plus acceptable.

Le Code suisse des obligations de 1912 ne donne au bailleur d'immeubles qu'un droit de rétention sur les meubles qui garnissent les lieux loués, et ce droit ne fonctionne que pour garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant (art. 272). C'est dans cette limite qu'il conviendrait également d'enfermer chez nous le privilège du bailleur.

Quelques auteurs vont plus loin encore, et se demandent s'il ne serait pas préférable de laisser le bailleur dans la condition commune des créanciers : « La prétendue nécessité qu'il y a de ménager à chacun le crédit suffisant pour devenir locataire ou fermier, a-t-on écrit (Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*, t. Ier, p. 375), n'est qu'un lieu commun ; l'idée d'un gage tacite n'est qu'une fiction. Toute cette théorie a vieilli et appelle une réforme. » Et la réforme pourrait évidemment consister dans l'application du droit commun au bailleur comme à tout autre créancier.

§ 2. — Privilège du vendeur de meubles.

Garanties que la loi donne au vendeur pour le paiement du prix. — Nous savons que dans notre législation, la propriété de l'objet vendu est transférée à l'acheteur au moment même de la conclusion du contrat. Il importe donc de donner au vendeur non payé des garanties contre l'insolvabilité de l'acheteur. Celles que notre loi lui accorde sont les suivantes :

1° *Le droit de rétention* ou droit de refuser la livraison, quand la vente est au comptant (art. 1612) (ce qui est le cas ordinaire pour les ventes de meubles, du moins quand elles sont faites à un non-commerçant) ; et même quand le vendeur a accordé un délai pour le paiement si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture (art. 1613) ;

2° *Le privilège*, c'est-à-dire le droit de se faire payer sur la valeur de l'objet vendu avant tous autres créanciers de l'acheteur (art. 2102-4°) ;

3° *L'action en résolution du contrat* (art. 1184, 1654) ;

4° Enfin, dans les ventes de meubles faites au comptant, l'*action en revendication de l'objet vendu*, pour le cas où le vendeur a consenti à livrer la chose sans être payé du prix (art. 2102-4°, 2e al.).

Nous avons traité ailleurs du droit de rétention et de l'action en résolution et il n'y a rien à ajouter de spécial en ce qui concerne l'exercice de ces droits et actions par le vendeur de meubles. Nous nous bornerons donc ici à étudier le *privilège*, qui est la principale des garanties que la loi lui attribue, et l'*action en revendication* spéciale aux ventes mobilières faites sans terme.

Origine historique des droits du vendeur de meubles. — *Droit romain.* — Le Droit romain n'avait pas jugé nécessaire d'accorder un pri-

vilège au vendeur. Celui ci n'en avait pas besoin. En effet, il demeurait propriétaire de la chose, même quand il en avait fait tradition, tant que le prix n'en était pas payé. Il pouvait donc la revendiquer, faute de paiement (4 Inst *de rerum divisione*, II, 1) : « *Venditæ vero et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato.* » Toutefois, le vendeur perdait ce bénéfice de la propriété retenue même après la livraison, quand il avait fait confiance à l'acheteur, en lui accordant un terme pour le paiement. Pour se mettre à couvert, le vendeur devait alors stipuler une garantie telle qu'un gage, une hypothèque, une caution, ou insérer dans le contrat une clause de résolution pour défaut de paiement ; sinon il en était réduit à la situation de simple créancier chirographaire.

Ancien Droit. — Cette distinction entre l'effet de la vente au comptant et celui de la vente à terme a été conservée dans notre ancien Droit, et, jusqu'au XVI^e^ siècle, aucune garantie légale n'a été accordée au vendeur à terme. C'était à lui à en stipuler une, et il ne manquait pas de le faire. Ordinairement, les parties inséraient à cet effet dans l'acte de vente une clause stipulant que l'acheteur tiendrait la chose à *titre de précaire* jusqu'à l'entier paiement du prix. La Jurisprudence décidait, du reste, que cette clause n'empêchait pas la translation de propriété, mais avait pour effet de donner au vendeur un droit de préférence, une *hypothèque de préférence*, sur le prix de la chose vendue (Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurispr. civile*, V° *Clause* et V° *Précaire*. V. aussi d'Olive, *Questions notables*, liv. 4, ch. 10; Despeisses, *Des contrats*, tit. 1, *De l'achat*, sect. 6, n° 19).

Cette solution fut définitivement consacrée lors de la deuxième rédaction de la Coutume de Paris en 1580, par les articles 176 et 177 qui furent reproduits, en 1583, dans l'article 468 de la Coutume d'Orléans.

L'article 176 maintient l'action en revendication au profit du vendeur qui a vendu *sans jour et sans terme*, espérant être payé promptement, mais il ne l'applique qu'aux ventes mobilières, sans doute parce que ce sont presque les seules qui se fassent au comptant. Claude de Ferrière nous dit du reste, dans son *Commentaire* de la Coutume de Paris (art. 176), que la Jurisprudence avait étendu cette disposition aux ventes d'immeubles faites dans les mêmes conditions.

Quant aux ventes à terme, l'article 177 donne au vendeur, non plus la revendication, puisqu'il a cessé d'être propriétaire depuis la tradition, mais un *droit de préférence* sur la chose. Tout naturellement, ce privilège fut étendu par la pratique aux ventes faites au comptant ; mais il ne supprima pas, pour ces dernières, l'action en revendication. Claude de Ferrière nous explique (*Dictionnaire de droit et de pratique*, t. II, V° *Vente faite à crédit*) pourquoi cette action, qui semblait faire double emploi avec le privilège, fut maintenue. C'est, nous dit-il, qu'elle permettait au vendeur de poursuivre sa chose en quelque main qu'elle eût passé, même contre l'acquéreur de bonne foi ou contre un créancier auquel elle aurait été donnée en gage, mais à la condition d'être exercée dans un délai très bref. Au contraire, le droit de préférence donné au *vendeur* à terme ne s'exerçait que sur le prix

(Voir aussi Ferrière, *Nouveau Comment, sur la Coutume de Paris*, art. 176, et Pothier, *Coutume d'Orléans*, art. 458, éd. Bugnet, t. I, p. 686).

Le Code civil. — Le Code civil, dans l'article 2102 4°, a consacré en somme le Droit ancien, et maintenu, à côté du privilège, l'action en revendication pour les ventes mobilières faites sans terme, action qui n'a pourtant plus de raison d'être aujourd'hui puisque le vendeur cesse, dans tous les cas, d'être propriétaire au jour de la vente, et qui, d'autre part, ne constitue pas une meilleure garantie que le privilège, car elle ne permet pas de revendiquer la chose contre un sous-acquéreur.

I. — Du privilège.

Le privilège du vendeur se justifie par cette idée que le vendeur a placé l'objet dans le patrimoine du débiteur. « Sans la vente, disait le tribun Grenier au Tribunat, la chose vendue ne serait pas devenue le gage des autres créanciers. Ceux-ci doivent donc tout d'abord accomplir l'obligation qui pesait sur leur débiteur. » Il serait injuste de leur permettre de se faire payer sur le prix de la chose en concurrence avec le vendeur. Nous étudierons successivement : 1° Les ventes donnant lieu au privilège ; 2° Les causes d'extinction du privilège.

1° Ventes donnant lieu au privilège. — L'article 2102-4° donne un privilège au vendeur pour « le prix d'*effets mobiliers* non payés. » Ces mots *effets mobiliers* sont interprétés de la façon la plus large.

Toutes les ventes mobilières sans distinction, qu'il s'agisse d'*objets corporels ou de biens incorporels*, créances, fonds de commerce, etc., engendrent le droit de préférence sur la chose vendue. Cette solution est aujourd'hui définitivement acceptée par la Doctrine et par la Jurisprudence. En effet, l'article 535 nous dit ailleurs que cette expression d'*effets mobiliers* comprend généralement tout ce qui est censé meuble d'après la loi.

Au surplus, c'est surtout en matière de ventes de fonds de commerce ou de navires que ce privilège présente une utilité pratique. Il en a beaucoup moins pour les ventes d'objets corporels, lesquelles se font presque toujours au comptant, et où le vendeur est protégé par le droit de rétention, et, s'il a livré, par l'action en revendication.

Ventes d'offices ministériels. — Faut-il appliquer le privilège du vendeur de meubles aux cessions d'offices ministériels ? On pourrait être tenté de répondre négativement, car l'office ministériel n'est pas une chose dans le commerce et ne peut être l'objet d'une vente. L'officier ne vend pas sa charge ; il présente simplement son successeur à l'agrément de la Chancellerie (art. 91 de la loi sur les finances du 28 avril 1816). Mais cette distinction est plus théorique que réelle. L'officier se fait payer par son cessionnaire le droit de le présenter à la Chancellerie ; par conséquent, il négocie la valeur de sa charge. L'opération est, sinon identique, du moins très analogue à une vente, et la créance du cédant mérite d'être protégée au

même titre que celle d'un vendeur proprement dit. Aussi la Jurisprudence n'hésite-t-elle pas à lui accorder la garantie du privilège.

Cependant, comme l'office ne peut être saisi ni vendu aux enchères, l'effet du privilège se trouve ici sensiblement restreint. Le cédant ne pourra faire valoir son droit de préférence qu'au cas de cession postérieure sur le prix dû par le nouveau titulaire (Civ., 13 juin 1853, D. P. 53.1.183, S. 53.1 497 ; 18 juillet 1916, D. P. 1921.1.59).

Des particularités inhérentes à la cession d'office ministériel il résulte encore que, si le cessionnaire encourt la *destitution*, le privilège s'éteint, car l'article 91 de la loi de 1816 enlève à l'officier destitué son droit de présentation. Il est vrai qu'en pareil cas, le gouvernement oblige le nouveau titulaire par lui nommé à payer une indemnité *à qui de droit*, ce qui, en l'espèce, signifie que l'indemnité servira à désintéresser les créanciers de l'officier destitué. Mais le cédant, compris parmi ces créanciers, ne peut pas faire valoir son droit de préférence sur l'indemnité en question, parce qu'elle ne constitue pas le prix de l'office. Si rigoureuse que paraisse cette solution, elle est, au point de vue des principes, inattaquable et, depuis longtemps, consacrée par la Jurisprudence (Civ., 7 juillet 1847, D. P. 47.1.257, S. 47.1.496 ; Req., 30 mai 1877, D. P. 79.1.295, S. 77.1.421, V. le rapport du conseiller Babinet ; Civ. 18 juillet 1916, précité).

Au contraire — et il y a là une distinction à la vérité bien subtile — le privilège subsiste, en cas de *démission* volontaire ou forcée, sur la somme mise par le gouvernement à la charge du nouveau titulaire nommé sans présentation, parce que l'article 91 n'enlève pas, dans ce cas, le droit de présentation à l'officier ministériel. En acceptant sa démission et en lui réservant la valeur de sa charge, la Chancellerie reconnaît par là même le droit du démissionnaire (Civ., 30 août 1854. D. P. 54.1.286, S. 54.1. 519; Montpellier, 21 février 1895, D. P. 97.2.281, note de M. Appleton, S. 96.2. 185, note de M. Wahl).

Enfin, il faut admettre qu'au cas où le Gouvernement, usant de la faculté que lui confère l'article 32 de la loi du 25 ventôse an XI, *supprime* un office ministériel, le privilège s'exercera sur l'indemnité mise à la charge des officiers auxquels profite cette suppression. Dans ce cas, en effet, le titulaire de l'office supprimé n'est pas déchu de son droit de présentation, et l'indemnité à lui allouée en représente la valeur (Civ., 11 avril 1865, D. P. 95.1.192, S. 65.1.219. V. cependant la distinction proposée par M. Cohendy, note D. P. 92.2.17, sous Bordeaux, 10 février 1801, S. 92.2.121).

2° Causes d'extinction du privilège. — Les causes d'extinction du privilège sont les suivantes :

A. Première cause : L'acheteur a aliéné l'objet. — Le privilège ne dure qu'autant que la chose est encore entre les mains de l'acheteur

1. Une proposition de loi présentée au Sénat par M. Thézard, pour autoriser en pareil cas l'exercice du privilège sur l'indemnité, n'a pas été adoptée pas l'Assemblée (Séance du 8 mars 1892, *Journ. off.*, 9 mars 1892, *Déb. parl.*, Sénat, p. 165).

(art. 2102-4°). En effet, quand ce dernier l'a aliénée, il cesse d'en être propriétaire, et par conséquent, le vendeur ne peut plus la saisir. Le privilège lui confère un simple droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de son débiteur, mais non un droit de suite : il n'a donc pas le droit de saisir l'immeuble entre les mains d'un tiers.

Cette solution, qui a toujours été admise par nos anciens auteurs, semble bien consacrée par l'article 2119 du Code civil « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque », formule sur le sens de laquelle nous aurons d'ailleurs l'occasion de nous expliquer plus loin. Cependant, elle n'est pas admise sans discussion, et, depuis la promulgation du Code, elle soulève une controverse doctrinale. Certains auteurs soutiennent en effet que, si le vendeur ne peut pas exercer le droit de suite contre les tiers, c'est uniquement lorsque ceux-ci sont protégés par la règle « En fait de meubles possession vaut titre ». En conséquence, le vendeur aurait le droit de saisir le meuble non payé toutes les fois qu'il ne se heurterait pas à cette maxime ; et il en serait ainsi dans les cas suivants : *a*) si le meuble a été revendu, mais est encore entre les mains de l'acheteur ; *b*) si le sous-acquéreur est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il connaissait, au moment de l'acquisition, l'existence du privilège qui grève le meuble ; *c*) si le meuble a été perdu ou volé ; *d*) s'il s'agit d'un meuble incorporel.

Ceux qui, comme nous, au contraire, admettent que le privilège est un simple droit de préférence, dénient au vendeur le pouvoir de saisir le meuble dans ces diverses hypothèses, parce qu'il n'appartient plus à son débiteur, et se trouve dès lors soustrait à son droit de gage général. Et nous donnons la même solution au cas de vente non suivie de tradition ; non seulement, l'acheteur qui a revendu le meuble impayé n'en est plus propriétaire, mais ce n'est pas même un possesseur ; c'est désormais un simple détenteur, possédant *au nom du sous-acquéreur*.

Cette controverse ne présente pas, du reste, grand intérêt pratique. En effet, tant que le prix reste dû, le vendeur n'a aucun intérêt à invoquer un prétendu droit de suite contre le sous-acquéreur ; car il conserve, ainsi que nous allons le voir, son droit de préférence sur le prix. Et, d'autre part, une fois que le prix a été acquitté entre les mains de l'acheteur, il arrive toujours, en fait, que l'objet est parvenu en la possession du sous-acquéreur, et comme il est presque impossible de prouver la mauvaise foi de ce dernier, la faculté d'exercer un droit de suite à son encontre serait purement théorique.

Néanmoins, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la question, et elle a sanctionné le système que nous défendons. L'espèce qui lui était soumise mérite d'être rapportée. Un bailleur avait vendu à son fermier, après estimation contradictoire, un matériel agricole pour l'exploitation du fonds ; puis, après l'expiration du bail, il avait repris ce matériel en paiement de ses créances. Or, parmi les ustensiles ainsi donnés en paiement par le fermier à son ancien bailleur se trouvaient des instruments agricoles achetés à un tiers et non payés, cela au vu et au su du bailleur. La mauvaise foi de ce dernier étant établie, le vendeur des instruments pouvait il les saisir entre les mains de l'ancien bailleur ? La Cour suprême a répondu

négativement, par ce motif que le privilège donne au vendeur le droit de se faire payer par préférence sur le prix des effets vendus, lorsqu'il peut les saisir en la possession de son débiteur ou en arrêter le prix entre les mains des tiers, mais *ne l'autorise pas à poursuivre le recouvrement de sa créance contre les tiers acquéreurs de ces effets* (Civ., 19 février 1894, D. P. 94.1.413, S. 95.1.457, note de M. Wahl).

Il convient d'ajouter qu'il y a exception aux principes de la matière dans la disposition de l'article 22, 1er alinéa, de la loi du 17 mars 1909, relative à la *vente et au nantissement des fonds de commerce*. Ce texte, en effet, décide que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce non payé *suit le fonds en quelques mains qu'il passe*.

Droit de préférence du vendeur sur le prix du meuble revendu. — Quoi qu'il en soit de cette controverse, il faut décider que le vendeur conserve son droit de préférence sur le prix de l'objet revendu par l'acheteur, tant qu'il n'a pas été versé entre les mains de celui-ci. Pourtant, ici encore il y a eu quelque doute, et certains auteurs ont prétendu établir une distinction entre le cas de saisie et celui d'aliénation volontaire ; le privilège ne pouvant d'après eux être invoqué que dans la première situation. Mais cette distinction, contraire à la tradition, n'a aucune raison d'être. Le privilège du vendeur a pour résultat d'assurer le paiement de celui ci sur le prix de l'objet, par préférence aux autres créanciers de l'acheteur, parce que c'est le vendeur qui a mis la chose dans le patrimoine du débiteur. On ne saurait donc lui refuser cette faveur tant que le prix reste dû.

Toutefois, il ne serait pas exact d'affirmer que le privilège subsiste tant que le prix demeure impayé. En réalité, il ne peut être invoqué que sur le prix de la *première revente* et non sur celui des reventes successives. Nous faisons allusion ainsi au cas où le sous-acquéreur aurait revendu à son tour, une troisième fois, l'objet en question. L'hypothèse ne se rencontrera pas souvent pour les ventes d'effets mobiliers, qui se font ordinairement au comptant, mais elle peut se présenter au cas de cession d'office ministériel. On supposera trois transmissions successives de l'office, de *Primus* à *Secundus*, de *Secundus* à *Tertius*, de *Tertius* à *Quartus*, sans qu'aucun prix ait été payé. *Primus* ne peut pas demander à être payé sur le prix dû à *Tertius*, par préférence aux autres créanciers de son débiteur *Secundus*. Cette solution négative résulte du raisonnement suivant. Il n'y a pas de droit de suite en matière de meubles ; donc le privilège du premier cédant ne porte que sur le prix dû à son cessionnaire *Secundus*, mais non sur le prix dû à *Tertius*. Seul, le cessionnaire *Secundus* a privilège sur ce prix. Sans doute *Primus* peut invoquer, en vertu de l'article 1166, le droit de préférence appartenant à son débiteur, mais il doit partager le bénefice de son action avec les autres créanciers de *Secundus*, conformément aux règles de l'action indirecte (Civ., 8 août 1860, D. P. 60.1.377, note de M. Brésillion, S. 60.1 845).

Cas où l'acheteur a remis la chose à un tiers à titre de dépôt, de commodat ou de gage. — Nous avons vu que tant que l'acheteur demeure

propriétaire de l'objet par lui acquis, le vendeur peut invoquer son privilège. Il conserve donc le droit de saisir le meuble, même si celui-ci se trouve entre les mains d'un *détenteur précaire*, dépositaire, commodataire, gagiste, auquel l'acheteur l'aurait remis. En effet, en ce cas, l'objet fait toujours partie du patrimoine du débiteur et reste le gage de ses créanciers.

Cependant, le principe que nous venons de formuler comporte une grave exception. Au cas où l'objet mobilier non payé aurait été remis par l'acheteur, *à titre de nantissement*, à un tiers *ignorant l'existence du privilège du vendeur*, le privilège du créancier gagiste primerait celui du vendeur. En effet, le créancier gagiste, considéré comme tel, est, au regard des tiers, un véritable possesseur, qui peut se prévaloir à leur encontre de la règle « En fait de meubles possession vaut titre ». L'article 2102-4°, 3e al., énonce expressément cette solution dans le cas de conflit entre le bailleur et le vendeur des effets mobiliers introduits par le locataire ou fermier dans les lieux loués (V. note de M. de Loynes, sous Civ., 25 novembre 1907, D. P. 1909.1.57).

B. **Deuxième cause d'extinction : Perte de la chose.** — Evidemment, le privilège du vendeur s'éteint si la chose qui en est grevée vient à disparaître. Cependant, la loi du 19 février 1889, relative à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances, a apporté ici (art. 2) un heureux correctif aux conséquences découlant du principe, en décidant que, si l'objet avait été *assuré* par l'acheteur, le privilège du vendeur s'exercerait sur l'*indemnité d'assurance*.

C. **Troisième cause d'extinction : Transformation matérielle de l'objet vendu.** — Le privilège du vendeur s'éteint encore — cette solution n'est formulée par aucun texte, mais s'impose en vertu d'une véritable nécessité rationnelle — lorsque la chose a perdu son individualité, par suite des transformations qu'elle a subies. En effet, elle cesse alors d'exister juridiquement ; on ne peut dire, suivant les termes de l'article 2101-4°, qu'elle est « encore en la possession du débiteur » ; elle n'y est plus *telle quelle* ; en réalité, la chose sur laquelle portait le privilège a été perdue. Ainsi, le grain est transformé en farine, la farine en pain, la vendange en vin[1]. Le vendeur du grain, de la farine, des raisins a perdu son privilège. Il en est de même des *matériaux de construction* qui ont été employés à l'édification d'une bâtisse, des végétaux qui ont servi à des plantations. Ces matériaux ou végétaux perdent leur individualité et deviennent partie intégrante de l'immeuble. Ils ne sont donc plus le gage spécial de celui qui les avait vendus.

Faut-il en dire autant dans le cas où le propriétaire a donné aux meubles non payés le caractère *d'immeubles par destination*, en les plaçant sur un fonds à perpétuelle demeure, pour servir à son exploitation industrielle, commerciale, agricole ? Non certainement. Le meuble immobilisé par destination, change bien de qualité juridique, mais il demeure matériellement

1. Nous verrons cependant bientôt une exception à la règle en faveur du vendeur de semences (art. 2102-1°, 4e al.).

reconnaissable. Seulement, en pareil cas, si l'immeuble auquel il est attaché est grevé d'un privilège ou d'une hypothèque, le droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires prime celui du vendeur (Req., 11 janvier 1887, D. P. 87.1 394, S. 87.1.154). Cela résulte du texte (art. 2133) d'après lequel « l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué ». A quoi la Cour de cassation ajoute que le vendeur non payé ne pourrait pas non plus, pour éviter le droit de préférence des créanciers inscrits sur l'immeuble, demander la résolution de la vente au préjudice des créanciers susdits. Mais cette dernière solution nous paraît assez difficile à défendre. Il n'y a pas ici de texte, analogue à l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, liant, en matière mobilière, le sort de l'action résolutoire à celui du privilège, et on ne voit pas dès lors sur quel argument décisif se fonde la Cour suprême pour écarter l'application des articles 1184 et 1654.

D. **Quatrième cause d'extinction : Faillite de l'acheteur.** — L'article 550 dernier alinéa du Code de commerce décide que le privilège du vendeur d'effets mobiliers ne peut être exercé contre la faillite. La raison en est que les marchandises du failli forment en général le gage presque unique de ses créanciers, et qu'il serait peu équitable de préférer le vendeur aux autres créanciers sur ce gage qu'ils ont tous escompté.

Pourtant, la loi du 17 mars 1909 a écarté la disposition de l'article 550 pour les fonds de commerce. Le vendeur d'un fonds peut donc opposer son privilège aux autres créanciers de la faillite. Cette loi n'a fait d'ailleurs en somme que consacrer sur ce point l'état de choses préexistant. En effet, en pratique, les vendeurs de fonds de commerce, pour éviter l'application de l'article 550, ne manquaient pas de se faire constituer un droit de gage sur le fonds vendu, droit de gage qui était opposable à la masse. Cette clause, peut-on dire, est dorénavant sous-entendue.

La loi nouvelle a organisé, d'autre part, d'une façon sérieuse, la publicité du privilège, afin de le porter à la connaissance des autres créanciers du commerçant.

On remarquera ici une différence importante entre le privilège du vendeur et celui du bailleur. Contrairement à ce qu'elle décide pour le vendeur, la loi commerciale laisse subsister le privilège du bailleur sur les marchandises du commerçant failli, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus. On ne peut expliquer cette différence de traitement que par la faveur avec laquelle le législateur, en raison de leur influence sociale, a toujours traité les bailleurs d'immeubles.

II. — De l'action en revendication du vendeur de meubles.

Nature juridique de cette action. — Le Code civil, nous l'avons dit, a laissé subsister l'action en revendication que l'ancien Droit accordait au vendeur de meubles au cas de vente faite sans terme (art. 176, Cout. de Paris). « Si la vente a été faite sans terme, dit l'article 2102-4°, 2e alinéa, le

vendeur peut même revendiquer les effets; tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite ».

C'est là une survivance qui n'a guère de raison d'être.

Tout d'abord, en effet, cette action en revendication fait double emploi, semble-t-il, avec le privilège, puisque celui-ci est donné aujourd'hui à tout vendeur avec ou sans terme. L'action en revendication ne prémunit le vendeur que contre un péril tout à fait spécial et rare, à savoir celui d'une revente précipitée de l'objet vendu effectuée par l'acheteur, et accompagnée du règlement immédiat du prix de revente entre ses mains.

D'autre part, la conception nouvelle adoptée par le Code quant au moment où la vente opère transfert de propriété (art. 1138 et 1583) fait que l'action en revendication de l'article 2102-4° se présente aujourd'hui comme une véritable anomalie. Dans notre ancien Droit, elle était une application du principe alors en vigueur ; on suivait, en effet, la règle énoncée par les Institutes (41, *De rerum divisione*, II, 1). La chose vendue et livrée à l'acheteur ne devenait sa propriété qu'au moment où il en payait le prix. Le vendeur restant jusque-là propriétaire, il était logique de lui permettre d'intenter l'action en revendication, s'il n'avait pas concédé de terme à l'acquéreur. Mais aujourd'hui, la propriété est transférée au moment même du contrat, et, par conséquent, le vendeur ne peut pas revendiquer un droit de propriété dont il n'est plus titulaire.

La contradiction que nous signalons a beaucoup intrigué les commentateurs de l'article 2102-4°, 2e alinéa. Vainement certains d'entre eux ont-ils entendu rattacher le droit de revendication du vendeur à une soi-disant résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654). Le texte même de l'article 2102-4° dément cette explication, en nous disant que le vendeur, qui revendique la chose non payée, le fait, non pas pour la reprendre, mais seulement pour « en empêcher la revente » par l'acheteur. De plus, si le droit de revendication était une application de l'action résolutoire de l'article 1654, on ne s'expliquerait pas comment la loi ne l'admettrait que dans l'hypothèse d'une vente au comptant, le principe de la résolution pour inexécution du contrat étant absolument général (art. 1184) et s'appliquant à toutes les ventes sans distinction.

La seule justification plausible qu'on ait pu donner de ce droit de revendication consiste à dire qu'il s'agit ici d'une action analogue à celle que le même article 2102 donne au bailleur d'immeubles, lorsque le locataire ou fermier a déplacé les meubles garnissant les lieux loués, et que le 1° de l'article désigne aussi sous le nom de « revendication ». Or, ce que le bailleur revendique, ce n'est pas, bien entendu, la propriété des meubles, mais leur *possession*. De même, dit-on, ce que le vendeur revendique, ce n'est pas, non plus, la propriété de l'objet vendu, mais la *possession matérielle* de la chose, qu'il a imprudemment abandonnée en renonçant au droit de rétention que lui donnait l'article 1612 du Code civil, application de ce principe général, indiqué plus haut, que l'exécution des obligations corrélatives issues

d'un contrat synallagmatique doit être simultanée. Il demande à rentrer dans sa situation de vendeur sans terme, à recouvrer, par conséquent, la détention de la chose jusqu'au jour où il sera payé. En un mot, *il revendique le droit de rétention*.

L'explication proposée est ingénieuse, et elle est rendue très vraisemblable par le sens donnée au mot *revendication* dans l'article 2102-1°, 4e alinéa. On objecte, il est vrai, que le bailleur est un gagiste, jouissant d'un droit réel sur la chose, tandis que le vendeur n'a pas de droit semblable ; que jamais le droit tout exceptionnel de rétention n'a autorisé la revendication. Mais on peut répondre à l'objection que le bailleur n'est pas un vrai créancier gagiste ; car il n'a pas la possession effective de la chose. L'idée d'une constitution de gage tacite, par laquelle on justifie le privilège du bailleur, n'est en somme qu'une explication purement doctrinale. Au fond, le droit de revendication du bailleur et celui du vendeur de meubles ne s'expliquent ni plus mal ni mieux l'un que l'autre. La seule justification technique qu'on puisse en donner consiste à y voir une *vindicatio possessionis*.

Conditions d'exercice de la revendication. — Les conditions requises pour l'exercice de la revendication en rendent l'utilisation peu fréquente. Elles sont, en effet, assez sévères :

A. — Il faut que la vente ait été faite *sans terme*. On se souvient que c'est aussi à cette condition seulement que le vendeur bénéficie du droit de rétention (art. 1612) (argument de plus en faveur de l'explication donnée ci-dessus).

B. — Il faut que la chose *soit encore en la possession de l'acheteur*. La revendication a, en effet, pour but, comme le dit l'article 2102, *d'empêcher la revente de la chose*. Rappelons que notre ancien Droit se montrait plus large, et permettait au vendeur de revendiquer même entre les mains des tiers acquéreurs (ce qui tenait à ce qu'il était resté propriétaire).

C. — Il faut que la chose se trouve « *dans le même état* dans lequel la livraison a été faite ». Si donc, elle a été l'objet d'une transformation matérielle, qui en a fait un objet nouveau, la revendication n'est plus possible.

D. — Il faut enfin que la revendication soit faite « *dans la huitaine de la livraison*. » La brièveté de ce délai se comprend aisément. Si le vendeur reste plus longtemps sans agir, c'est qu'il a confiance dans la solvabilité de l'acheteur, c'est qu'il accorde à celui-ci terme et délai. Il ne peut donc plus se prévaloir d'un bénéfice réservé exclusivement au vendeur au comptant.

Effet de la revendication. — La revendication remet le vendeur dans la position où il se trouvait avant d'avoir livré la chose. Il recouvre le droit de rétention, et peut refuser de se dessaisir jusqu'au versement du prix. Mais la vente n'est pas résolue ; le vendeur peut donc, s'il le veut, contraindre l'acheteur, par toutes les voies de droit, à prendre livraison moyennant paiement. Mais, bien entendu, s'il le préférait, le vendeur pourrait demander la résolution du contrat (art. 1654).

Suppression de la revendication au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur. — De même qu'il écarte le privilège du vendeur de meubles en matière de faillite, l'article 550 *in fine* du Code de commerce exclut dans ce cas l'action en revendication de l'article 2102-4°. La raison en est la même. Les marchandises du commerçant sont l'élément principal de son crédit ; ceux qui ont traité avec lui ont donc compté sur ce gage. Le fournisseur, qui a commis l'imprudence de ne pas se faire payer, ne peut soustraire les marchandises par lui livrées aux créanciers qui seraient en droit de lui reprocher d'avoir causé leur déconvenue, en créant au débiteur commun un crédit apparent sur la foi duquel ils ont traité.

§ 3. — Autres privilèges mobiliers spéciaux.

Nous avons consacré des paragraphes spéciaux aux deux importants privilèges du *bailleur d'immeubles* et du *vendeur de meubles* : ce sont en effet les plus représentatifs, l'un d'un privilège fondé sur l'enrichissement du débiteur par le créancier, l'autre d'un privilège fondé sur une idée de nantissement tacite. Nous rassemblons maintenant en un paragraphe unique les autres privilèges mobiliers spéciaux, dont l'importance doctrinale est loin d'égaler celle des précédents.

Ajoutons que, parmi ceux de ces privilèges qu'énumère le Code civil, nous ne parlerons pas de celui du créancier gagiste sur le gage dont il est saisi (art. 2102-2°). Nous nous contentons, en ce qui le concerne, de renvoyer à nos développements antérieurs relatifs au gage.

I. — Privilège des sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année (art. 2102-1°, 4e al.).

Les sommes dues *pour les semences ou les frais de la récolte de l'année* sont privilégiées sur le prix de cette récolte et payées avant toutes autres créances, même avant celle du bailleur de l'immeuble, si le débiteur est un fermier.

La raison de ce privilège est que les créanciers de ces sommes *ont fait naître ou conservé la récolte* dans le patrimoine du débiteur ; il est donc juste qu'ils soient payés les premiers sur son prix.

Les expressions employées par la loi comprennent :

1° La créance du *vendeur de semences*, lequel est privilégié, on le voit, non pas seulement comme un vendeur ordinaire, sur la chose vendue, mais sur la récolte que ces semences ont produite. Il y a là une exception remarquable au principe que le privilège du vendeur disparaît en cas de transformation de la chose vendue.

2° La créance des *travailleurs* qui ont participé au labour et à l'ensemencement des terres, aux soins exigés pour la préparation de la récolte, et enfin à la levée et à la rentrée de celle-ci, y compris le battage des grains (Req., 27 juillet 1897, D. P. 98.1.334, S. 1902.1.23). Plusieurs décisions (Bordeaux, 1er janvier 1872, D. P. 73.2.14 ; 5 août 1896, D. P. 97.2.400) ont même con-

cédé le privilège au vendeur de barriques destinées à loger le vin de l'année, solution que donnait déjà Pothier, dans notre ancien Droit, car, disait-il, les tonneaux servent à conserver le vin à tous les créanciers (*Traité de la procédure civile*, n° 483-4°).

On refuse au contraire le privilège aux *vendeurs d'engrais*, parce que, dit-on, ils enrichissent le sol pour plusieurs récoltes, et qu'on ne doit pas faire supporter le prix de leur fourniture à la seule récolte de l'année (Req., 9 novembre 1857, D. P. 58.1.30, S. 58.1.49).

Lorsque les travailleurs employés aux travaux de la terre sont des gens de service de l'agriculteur, ils jouissent déjà d'un privilège général sur les biens de celui-ci (art. 2101-4°). Le privilège sur la récolte de l'année s'ajoute donc à leur privilège général. Nous verrons bientôt qu'il constitue une garantie supérieure, parce que, dans le classement des privilèges, les privilèges spéciaux passent avant les généraux.

Comme les autres privilèges mobiliers, celui des fournisseurs de semences et des créanciers pour frais de récolte n'emporte pas de droit de suite. Il s'éteint dès que la récolte est sortie de la possession de l'agriculteur (Req., 6 mai 1901, D. P. 1902.1.494, S. 1902.1.275 ; 21 décembre 1910, D. P. 1912. 1.23, S. 1912.1.189). Mais, tant que la récolte, même vendue, est encore entre les mains de l'agriculteur, la Jurisprudence admet que rien ne s'oppose à l'exercice du privilège (Civ., 11 juillet 1864, D. P. 64.1.488, S. 64.1.311 ; Trib. Châteauroux, 19 juin 1899, S. 1900.2.217 note de M. Tissier). Nous croyons cette solution plus que contestable, car les privilèges mobiliers, nous l'avons vu, ne sont pas, sauf celui du gagiste, des droits réels, et ne confèrent aucun droit de suite (V. note de M. Tissier précitée ; Req., 17 juillet 1897, motifs, précité).

Notre privilège appelle une dernière observation. Certains auteurs, arguant de la place où il se trouve énoncé, soutiennent qu'il n'existe que dans le cas où l'immeuble est exploité *par un fermier*, et où il y a conflit entre le bailleur et les créanciers pour semences ou frais de récolte. Ils refusent de l'appliquer lorsque le fonds appartient *à un propriétaire* qui le cultive, ou le fait cultiver pour son compte. Cette interprétation purement littérale nous paraît inacceptable, parce qu'elle aboutit à une distinction absolument illogique, étant donnés les motifs sur lesquels le privilège est fondé.

II. — Frais faits pour la conservation de la chose (Art. 2102-3°).

Origine et caractère mobilier de ce privilège. — L'origine de ce privilège remonte au Droit romain ; mais il n'y existait que pour les réparations ou reconstructions faites aux navires ou aux maisons (24, § 1, 26 D. *de rebus auctoritate judicis*, XLII, 5).

Dans notre ancien Droit, on trouve diverses applications de ce privilège du conservateur de la chose (V. notamment Pothier, *Traité de la procédure civile*, nos 467, 483-4°, 486 ; *Traité du prêt à la grosse aventure*, n° 53 ; Domat,

liv. 3, tit. I, sect. 5, n° 6), mais, nulle part, de règle générale comme celle qu'énonce aujourd'hui l'article 2102-3°. Dans tous les cas, cependant, nos anciens auteurs admettaient que celui qui avait fait des impenses pour la conservation d'une chose se trouvant en sa possession avait sur elle un droit de rétention pour se faire rembourser (Pothier, *Traité du prêt à usage*, n° 43).

Le projet de Code civil ne mentionnait pas le privilège des frais de conservation. C'est le Tribunat qui l'introduisit, en cas de déconfiture du débiteur, en faisant remarquer combien il est juste de préférer aux autres le créancier qui a conservé à la masse un des éléments du gage commun.

Ce privilège ne s'applique aujourd'hui qu'aux meubles et non aux immeubles, différence assez difficile à expliquer. Il est vrai que cette solution se trouve atténuée par l'article 2110 qui donne un privilège aux architectes, entrepreneurs et maçons, pour les travaux de construction *ou de réparation* des bâtiments ou autres ouvrages. Il n'en subsiste pas moins que les travaux de réparations faits sur un immeuble par un tiers, par exemple, par le syndic d'une faillite dans l'intérêt de la masse, ne constituent pas une créance privilégiée opposable aux créanciers hypothécaires (Civ., 23 juin 1862, D. P. 63. 1.243, S. 63.1.205 ; Paris, 15 novembre 1875, D. P. 77.2.99, S. 77.2.208).

Le privilège de l'article 2102 3° s'applique en revanche à *tous les meubles* sans distinction, animés ou inanimés, corporels ou incorporels.

Que faut-il entendre par frais de conservation ? — Ces mots comprennent tontes les dépenses faites pour empêcher la chose de périr, de tomber en ruines, de s'éteindre. Ainsi, il faut y comprendre les sommes dues à un vétérinaire pour les soins et la nourriture d'un cheval malade (Civ. 15 février 1900, D. P. 1900.1.175, S. 1900.1.176 ; à un fournisseur de produits alimentaires destinés à l'entretien d'animaux (Paris, 16 nov. 1926, *Gaz. Pal.* 19 février 1927) ; à un maréchal ferrant pour le ferrage d'un cheval (Paris, 6 avril 1900, D. P. 1901.2.95, S. 1900.2.191) ; à un constructeur pour le travail effectué sur un navire échoué pour le remettre en état de flottabilité (Paris, 3 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, 6 mars 1926). De même, le mandataire qui a fait des frais pour le recouvrement d'une créance jouit du privilège, lequel garantit aussi les frais d'administration du séquestre auquel des biens ont été remis (Trib. civ., Seine, 19 déc. 1906, D. P. 1907.2.72).

Mais ici trois observations sont nécessaires :

1° Il ne suffit pas que les fournitures aient eu pour but la conservation de la chose ; il faut qu'elles l'aient effectivement conservée (Req., 1er décembre 1908, D. P. 1909.1.56, S. 1909.1.78).

2° A la différence des frais nécessaires à la conservation, les dépenses *d'amélioration* d'une chose ne sont pas privilégiées. Ainsi, l'ouvrier qui a donné à un objet sa forme et en a augmenté la valeur, l'industriel, dit *façonnier*, qui a peigné des laines ou transformé en laiton des cuivres et zincs bruts, ne jouit pas du privilège de l'article 2102-3° (Req., 25 février 1878, D. P. 78.1.302, S. 78.1.470 ; Paris, 4 janvier 1901, D. P. 1902.2.273, note de M. Dupuich). Il est vrai, nous l'avons vu, qu'il bénéficie d'un droit

de rétention qui, pratiquement, aboutit dans la plupart des cas à un résultat identique.

3° Les compagnies d'assurances terrestres ont souvent émis la prétention de se prévaloir, sur l'objet assuré, pour le paiement des primes d'assurances, du privilège de l'article 2102-3°, sous le prétexte que l'assurance a pour but de conserver la valeur de la chose dans le patrimoine de l'assuré. Mais la Jurisprudence a repoussé avec raison cette prétention. En effet, la compagnie *n'a fait aucun frais* pour la conservation de la chose (Note de M. Wahl, S. 1909.2.297).

Effets du privilège. — Le privilège des frais de conservation, quand il existe sur une chose détenue par le créancier, vient compléter le droit de rétention qui appartient à celui-ci. Il lui permet de saïsir le bien et d'invoquer son droit de préférence, même quand il est sorti de ses mains et a été remis par lui au propriétaire. Il ne s'éteint que si la chose a été aliénée par ce dernier et livrée à un tiers. Encore peut-il s'exercer sur le prix, tant que celui-ci n'est pas payé.

III. — Privilège de l'aubergiste (art. 2102-5°).

L'aubergiste, créancier des fournitures qu'il a faites aux voyageurs et du loyer du logement qu'il leur a fourni, a un privilège sur les effets transportés par ceux-ci dans son auberge. Diverses questions seront ici examinées.

1° Fondement et origine du privilège. — Le privilège de l'aubergiste est fondé sur une idée de gage tacite ; le voyageur donne en gage à l'hôtelier, comme garantie de ses dépenses, les effets qu'il apporte avec lui. « C'est une espèce de nantissement », disaient nos anciens auteurs Pothier, *Traité de la procédure civile*, n° 432-2°). Son origine remonte en effet à notre ancien Droit. Il était consacré par l'article 175 de la Coutume de Paris : « Dépens d'hostelage livrés par hostes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiés, et viennent à préférer devant tout autre, sur les biens et chevaux hostelés, et les peut l'hostelier retenir jusqu'à payement : et si aucun autre créancier les voulait enlever, l'hostelier a juste cause de soy opposer. » A lire ce texte, il semblerait que ce prétendu privilège se ramenât à un simple droit de rétention. Et, en effet, il s'éteignait lorsque l'aubergiste, bien que non payé, avait laissé le voyageur emporter ses effets. Mais il subsistait au cas où les effets avaient été furtivement enlevés (V. Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. 6, tit. 8 ch. 2, n° 39). De nos jours, au contraire, il n'y a pas de doute ; l'hôtelier jouit d'un véritable privilège, mais sans droit de suite, naturellement.

2° A qui appartient le privilège ? — A l'*aubergiste*. Cette expression comprend tous ceux qui font profession de loger les voyageurs, hôteliers, logeurs en garni. Au contraire, les cabaretiers et restaurateurs chez lesquels

leurs clients auraient déposé des effets ne jouiraient d'aucun privilège. Leur créance ne mérite pas la même faveur que celle de l'hôtelier ; et ce n'est pas sur la garantie de son dépôt qu'ils ont fait crédit au consommateur, leur client.

3° **Créances garanties.** — Le privilège garantit toutes les fournitures faites au voyageur, frais de nourriture et de logement, ainsi que toutes fournitures d'ordre divers qui se rattachent à la même cause.

4° **Assiette du privilège** — Il porte sur les *effets apportés* par le voyageur, non seulement sur ses vêtements, bijoux, voitures, chevaux, automobiles, mais même sur l'argent comptant qui se trouve en sa possession.

L'hôtelier, pourvu qu'il soit de bonne foi, peut s'en prévaloir alors même que les objets n'appartiennent pas au voyageur, car sa possession est protégée par l'article 2279, 1er alinéa. Le propriétaire ne pourrait les revendiquer contre lui, conformément à l'article 2279, 2e alinéa, que s'il s'agissait d'objets volés ou perdus.

5° **Cause d'extinction.** — Le privilège s'éteint lorsque l'aubergiste renonce à son droit de gage, et permet à son débiteur d'emporter ses effets. Mais ne subsiste-t-il pas lorsque les meubles ont été furtivement enlevés ? C'est une question que nous avons déjà étudiée à propos du créancier gagiste. Il n'y a qu'à appliquer ici la solution donnée en ce qui concerne ce dernier. Mais on ne rencontre dans les recueils de Jurisprudence aucune décision à ce sujet.

IV. — **Privilège du voiturier** (art. 2102-6°).

Les frais de voiture et les dépenses accessoires sont privilégiés sur la chose voiturée.

Ce privilège existait déjà dans notre ancien Droit (Pothier, *Traité de la procédure civile*, n° 486 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. 6, tit. 8, ch. 2, n° 41).

Fondement juridique. — Quel est le fondement juridique de ce privilège ? Sur ce point, les auteurs ne sont pas d'accord. D'après les uns, il reposerait sur une constitution tacite de gage ; d'après les autres, sur la plus-value que le voiturier aurait donnée à la chose, en la transportant en un lieu où elle est demandée.

Il y a le plus grand intérêt à choisir entre ces deux explications. Si l'on adopte la première, le privilège s'éteint avec la remise de la chose au destinataire. D'après la seconde, au contraire, le privilège subsisterait même après la livraison. Or, c'est la première qui est généralement préférée comme étant plus simple, plus logique que la seconde. En effet, on ne trouve pas d'exemple dans notre Droit de privilège fondé sur l'idée d'une augmentation de valeur procurée à un meuble. On admet donc que le pri-

vilège s'éteint au moment où le voiturier se dessaisit de la chose (Paris, 29 août 1855, S. 56.2.109). Pothier, qui ne s'embarrassait pas de ces explications théoriques, donnait une solution contraire, et décidait (*loc. cit.*) que le voiturier pouvait se prévaloir de son privilège, même quand les marchandises se trouvaient dans la maison de leur débiteur, mais, ajoutait-il, « son privilège ne va qu'après celui du bailleur ».

Par dérogation aux principes ci-dessus, le Code de commerce décide (art. 307) que le capitaine de navire peut exercer son privilège sur les marchandises qu'il a transportées dans la quinzaine qui suit leur délivrance, si elles n'ont passé en mains tierces.

V. — Privilège sur le cautionnement des fonctionnaires publics pour les créances résultant d'abus et de prévarications commis par eux. (art. 2102-7°).

L'Etat peut exiger le versement d'un cautionnement de la part de certains fonctionnaires, soit en vue de sauvegarder son propre intérêt, quand il s'agit de comptables de deniers publics[1], c'est-à-dire de fonctionnaires qui ont le maniement des deniers de l'Etat, tels que les trésoriers-payeurs généraux, les receveurs particuliers des finances, soit en vue de garantir les particuliers qui sont obligés de s'adresser pour l'accomplissement de certains actes à des fonctionnaires publics désignés par la loi.

C'est de cette seconde sorte de cautionnement, établi dans l'intérêt des particuliers, qu'il est ici question.

Les officiers publics qui sont astreints à ce cautionnement sont : les avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, les notaires, les avoués, huissiers, greffiers, agents de change, commissaires-priseurs et les conservateurs des hypothèques (L. du 25 ventôse an XI, art. 33, et loi du 25 nivôse an XIII). Le cautionnement constitue un gage affecté à la sûreté des créances résultant d'abus et prévarications commis par ces officiers dans l'exercice de leurs fonctions au détriment des particuliers. Cette formule comprend toutes les fautes dommageables commises à l'occasion des *faits de charge*. Par exemple, un huissier chargé de signifier un commandement à un débiteur ou de saisir ses biens détourne les fonds qui lui ont été remis par lui.

Au contraire, le privilège n'est pas accordé quand il s'agit d'actes pour lesquels le ministère de l'officier n'est pas obligatoire, et qui supposent, de la part du client, une confiance personnelle dans la personne de l'officier ministériel. Par exemple, un particulier confie des fonds à un notaire en le chargeant d'en faire le placement. Si le notaire détourne ces fonds, le client imprudent n'a aucun privilège sur son cautionnement (Civ., 18 janvier

1. Les biens des comptables de deniers publics sont grevés au profit de l'Etat de divers privilèges portant : 1° sur tous leurs biens meubles ; 2° sur certains de leurs immeubles ; 3° sur leur cautionnement (Voir la loi du 5 septembre 1807 relative aux droits du Trésor sur les biens des comptables). En outre, leurs immeubles sont grevés d'une hypothèque légale (art. 2121-3°).

1854, D. P. 54.1.70, S. 54.1.198 ; Civ., 28 juillet 1868, D. P. 68.1.438, S. 68.1.361).

Privilège du bailleur de fonds ou de second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires publics, — Le cautionnement des fonctionnaires publics, officiers ministériels ou comptables (Lois du 25 nivôse an XIII et du 6 ventôse an XIII), est grevé d'un second privilège au profit des *prêteurs* qui leur ont avancé les fonds nécessaires à la constitution dudit cautionnement. Ce privilège s'exerce immédiatement après le précédent, pour le cautionnement des officiers ministériels, et après celui de l'Etat pour le cautionnement des comptables.

VI. — **Privilèges des créanciers héréditaires et des légataires qui demandent la séparation des patrimoines sur les meubles de la succession** (art. 878).

Les créanciers héréditaires et les légataires peuvent demander, contre les créanciers de l'héritier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. Cette demande leur assure le droit d'être payés, par préférence aux créanciers de l'héritier, sur les meubles et sur les immeubles de la succession, prérogative fondée sur cette considération que les biens héréditaires n'entrent dans le patrimoine de l'héritier que sous réserve du paiement des dettes qui les grèvent. Contentons-nous de signaler ici ce droit de préférence en ce qui concerne les meubles. L'article 878 nous dit qu'il doit être demandé relativement aux meubles dans le délai de trois ans.

VII. — **Privilèges portant sur certaines créances.**

Nous réunissons sous une même rubrique, en raison des principes généraux qui dominent toute cette matière, un certain nombre de privilèges dont l'assiette est constituée par une créance du débiteur.

1° **Privilèges des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, sur les sommes dues par l'Etat, le département ou la commune.** — Nous avons déjà rencontré ce privilège en traitant du contrat d'entreprise (*supra*, p. 576). Un décret du 26 pluviôse an II, relatif à l'exécution des travaux publics faits pour le compte de l'Etat, a interdit aux créanciers des adjudicataires de ces travaux de faire aucune saisie-arrêt ni opposition sur les fonds dus par l'Etat aux dits entrepreneurs. Cette mesure édictée dans l'intérêt de l'Etat avait pour but d'éviter que de semblables saisies-arrêts ne vinssent mettre l'entrepreneur dans l'impossibilité d'exécuter les travaux dont il s'était chargé. Le décret (art. 3) faisait exception à cette prohibition au profit des ouvriers de ces entrepreneurs pour le paiement de leur salaire, et au profit de leurs créanciers pour fournitures de matériaux et autres objets servant à la construction des ouvrages. Il

créait ainsi un véritable privilège pour ces deux groupes de créances, afin de faciliter, dans l'intérêt de l'Etat, le recrutement de la main-d'œuvre et la fourniture des matériaux nécessaires. Ces deux catégories de créanciers étaient placées sur le même rang. On se souvient qu'une loi du 25 juillet 1891 a étendu les dispositions de ce décret à tous les travaux publics, exécutés par l'Etat, les départements ou les communes. En outre, elle a décidé que les sommes dues aux ouvriers seraient payées par préférence à celles dues aux fournisseurs[1].

2° **Privilège de la victime d'un dommage sur l'indemnité d'assurance due à l'auteur responsable.** — Ce privilège a été créé par deux textes successifs ;

A. — L'article 3 de la loi du 19 février 1889 ;

B. — La loi du 28 mai 1913, ajoutant un huitième numéro à l'énumération de l'article 2102.

Pour comprendre l'utilité du privilège, il faut supposer qu'une personne a contracté une assurance dite *de responsabilité,* contre les conséquences des actes commis par elle qui pourraient engager sa responsabilité à l'égard des tiers, soit en vertu de l'article 1382 du Code civil, soit, si c'est un chef d'entreprise, en vertu de la loi du 9 avril 1898. L'assureur s'est engagé en conséquence à payer, pour le compte de l'assuré, les indemnités auxquelles celui-ci pourrait être condamné au profit des tiers.

Ceci dit, et à supposer que le risque assuré vienne à se produire, la victime de l'acte dommageable pourra-t-elle se prévaloir, à l'encontre des autres créanciers de l'assuré, d'un droit de préférence sur le montant de l'indemnité due par la Compagnie d'assurances à ce dernier ?

Bien que la solution négative parût contraire à l'équité, elle était cependant naguère imposée par les principes et consacrée par la Jurisprudence (V. notamment Civ. 2 juin 1886, S. 86.1.449, note de M. Labbé ; 30 octobre 1906, D. P. 1908.1.265, 1re espèce, note de M. Dupuich, S. 1908.1.441, note de M. Lyon-Caen). En effet, l'indemnité due par la Compagnie d'assurances a été stipulée par l'assuré à son profit personnel, pour lui permettre de payer les dommages-intérêts auxquels il serait condamné. Le contrat d'assurance passé par lui constitue, non pas une stipulation pour autrui, mais un contrat conclu dans son intérêt propre. L'indemnité tombe donc dans le patrimoine de l'assuré et y devient le gage commun de ses créanciers. Pour que la victime pût opposer à ces derniers un droit de préférence, il faudrait qu'un texte le lui accordât.

Cependant, la solution commandée par la logique juridique était tellement choquante que certains auteurs s'étaient efforcés de s'en affranchir en

1. Il y a deux autres privilèges sur les sommes dues aux adjudicataires de marchés publics : 1° le privilège des sous-traitants, préposés ou agents d'une entreprise de marché de fournitures pour les armées (Décret du 13 décembre 1906, Dalloz. *Nouveau Code civil annoté*, t. 4, p. 1703) ; 2° le privilège des créanciers d'une indemnité due pour occupation temporaire de terrains ou extraction de matériaux en matière de travaux publics (Loi du 29 décembre 1892, art. 18. V. Dalloz, *ibid.*).

construisant en cette matière une théorie demeurée justement célèbre (V. notamment Labbé, *Revue critique*, 1876, p. 571.665, notes sous Civ., 1er juillet 1885, S. 85.1.409 ; Paris, 30 octobre 1885, S. 86.2.49). Cette théorie invoquait, tout d'abord, les articles 1753, 1798 du Code civil et la loi du 26 pluviôse an II, c'est-à-dire les divers textes, qui, sous le nom de privilège ou d'action directe, créent, au profit de tel ou tel créancier (bailleur, ouvriers de l'entrepreneur), un véritable droit de préférence sur une créance appartenant au débiteur contre un tiers (au locataire contre le sous-locataire, à l'entrepreneur contre le client). Ces textes, ajoutait-on, ne constituent que des cas d'application d'une règle plus large, résultant de l'équité et du bon sens, et qu'on peut formuler de la façon suivante : celui qui a fait naître à ses dépens une créance dans le patrimoine de son débiteur possède un privilège sur cette créance. En d'autres termes, quand la cause qui a engendré le droit du créancier (convention, délit, quasi-délit ou disposition de la loi) a, en même temps, fait naître au profit du débiteur un droit de créance contre un tiers, le premier créancier a un privilège sur cette seconde créance. Toutefois, cette théorie ingénieuse et profondément rationnelle n'avait jamais réussi à pénétrer dans la jurisprudence, qui avait toujours reculé devant cette objection, décisive à première vue, qu'on ne saurait admettre de privilège sans texte. C'est le législateur qui devait s'en inspirer le premier dans les deux textes qu'il nous reste à analyser.

A. — **Loi du 19 février 1889, article 3.** — La loi du 19 février 1889, article 3, a visé le cas d'*assurance du risque locatif ou du recours du voisin.* Ce texte décide que l'assuré, qui s'est ainsi garanti contre le dommage qu'un incendie provoqué par lui pourrait causer au propriétaire ou aux voisins, ne pourra toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits (expression qui vise en particulier l'assureur de l'immeuble incendié) aient été désintéressés des conséquences du sinistre.

On l'aperçoit à première vue, l'article 3 de la loi du 19 février 1889 est fort mal rédigé ; il ne nous dit pas si le propriétaire ou le voisin ont un privilège sur l'indemnité, ni s'ils ont une action directe contre l'assureur.

Sur le premier point cependant, le doute n'est guère possible. Le propriétaire de l'immeuble détérioré par l'incendie a certainement un droit de préférence sur l'indemnité. Ce droit résulte du rapprochement des articles 2 et 3 de la loi. L'article 2 décide, en effet, que les indemnités, dues par suite d'assurances contre l'incendie, la grêle ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, ce qui veut dire que ces créanciers ont un droit propre, opposable aux tiers sur ces indemnités. Or, l'article 3 ajoute : « *Il en est de même* des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou le voisin ».

Quant à la question de savoir si la victime de l'incendie a une *action directe* contre l'assureur, elle a été beaucoup discutée. Après l'avoir tranchée par la négative (Civ , 5 décembre 1899, D. P. 1901.1.457, note de M. Thaller, S. 1901.1.455 ; Cf. Paris, 23 juin 1898, D. P. 99.2.256, S. 1900.2.102),

la Cour de cassation a abandonné sa première position et reconnu l'existence de l'action directe par un arrêt du 17 juillet 1911 (D. P. 1912.1.81, note de M. Planiol). Et, en effet, n'était-ce pas, comme on l'a dit, « un véritable non-sens que d'attribuer une indemnité à une personne et de lui refuser la possibilité d'en actionner directement le débiteur ? »

B. — **Loi du 28 mai 1913.** — La loi du 19 février 1889 n'avait fait qu'amorcer une réforme que l'équité commandait de généraliser. Cependant, lors de l'élaboration de la loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité des accidents du travail, on ne songea pas à y insérer un texte donnant aux ouvriers victimes d'accidents et à leurs ayants droit un privilège sur l'indemnité due par la Compagnie d'assurance au chef d'entreprise responsable. Mais, lors de la révision du texte primitif opérée par la loi du 31 mars 1905, cet oubli devait être réparé. L'article 16, dernier alinéa de cette loi, décide que l'ordonnance du président du tribunal ou le jugement fixant la rente allouée doit spécifier que l'assureur est substitué au chef d'entreprise, de façon à éviter tout recours de la victime contre ce dernier C'est donc à l'assureur que s'adresseront les créanciers de pensions pour en obtenir le paiement. Du nouveau texte, il résulte que, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la victime ou ses ayants droit aient assigné l'assureur en justice en même temps que le chef d'entreprise (Civ., 5 janvier 1910, 2e esp., D. P. 1910.1.57, note de M. Dupuich, S. 1910.1.443). Si donc l'assureur n'a pas été assigné, le tribunal ne prononce pas de condamnation contre lui, si bien qu'il n'est plus alors débiteur direct de la victime ou de ses ayants droit (Civ., 27 mai 1910, 2e esp., D. P. 1911.1.307, S. 1912.1.388).

Cette dernière solution ne présente pas, à la vérité, de grave danger pour les créanciers, étant données les garanties subsidiaires qui sont organisées en leur faveur par la loi. Néanmoins, il y avait là une véritable anomalie qu'a seule fait cesser la loi de 1913.

Cette loi a complété la réforme amorcée par celle du 19 février 1889 en donnant un privilège *aux victimes d'un accident ou à leurs ayants droit sur l'indemnité dont l'assureur de la responsabilité civile se reconnaît ou a été judiciairement reconnu débiteur à raison de la convention d'assurance.* Le texte ajoute qu'aucun paiement fait à l'assuré ne sera libératoire tant que les créanciers privilégiés n'auront pas été désintéressés.

On le voit, la disposition de cette loi de 1913 est fort large. Elle vise, non seulement les accidents du travail, mais tous les cas où une personne, chef d'entreprise ou particulier, a contracté une assurance de responsabilité visant les accidents qu'elle peut causer à des tiers.

Insuffisance de la double réforme ci-dessus. — Même après cette nouvelle extension, la règle introduite dans notre législation par les lois précitées ne s'applique pas encore à tous les cas d'assurance-responsabilité. Sans doute, ces lois visent les hypothèses les plus fréquentes, incendie, accidents causés à des tiers. Mais on rencontre, dans la pratique, des assurances de responsabilité ayant pour objet d'autres risques, notamment

l'assurance des officiers ministériels contre les conséquences des fautes par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions, l'assurance des objets déposés souscrite par le dépositaire responsable de leur restitution, etc... A ces assurances la règle ci-dessus devrait également s'appliquer. La créance née d'un acte dommageable devrait être toujours privilégiée sur l'indemnité qu'une assurance de la responsabilité civile conclue par l'auteur de cet acte peut faire toucher à ce dernier. C'est ce qu'a décidé l'article 60 de la loi fédérale suisse du 2 avril 1908 : « En cas d'assurance contre les conséquences de la responsabilité civile, les tiers lésés ont, jusqu'à concurrence de l'indemnité qui leur est due, un droit de gage sur l'indemnité due au preneur d'assurance. L'assureur peut s'acquitter directement entre leurs mains. » De même, l'article 157 de la loi allemande du 30 mai 1908 sur le contrat d'assurance porte : « Si le preneur d'assurance a été déclaré en faillite, le tiers peut demander à être payé, par privilège, sur l'indemnité due à celui-ci, du montant de la somme qu'il est en droit d'exiger de ce dernier » [1].

3° **Privilège de la Caisse nationale des retraites sur l'indemnité due par l'assureur au chef d'entreprise (art. 26, al. 2, de la loi du 9 avril 1898).** — Ce privilège se rapproche beaucoup des précédents : il a pour objet de garantir le remboursement de la Caisse nationale des retraites qui a fait l'avance des arrérages de la pension, à défaut de paiement à l'échéance.

En lui donnant un privilège sur l'indemnité due par l'assureur, la loi a voulu garantir la Caisse contre les créanciers du chef d'entreprise, qui, autrement, auraient pu faire valoir leurs droits sur cette indemnité.

VIII. — Privilèges établis par des lois spéciales [2].

En dehors des privilèges précédents qui sont les principaux du Droit civil, il y en a encore un certain nombre qui ont été créés par des *lois spéciales*. Nous nous contenterons d'énumérer les plus importants :

1° *Privilège en matière de desséchement de marais* (loi du 16 septembre 1807, art. 23) ;

2° *Privilège sur les mines* (loi du 21 avril 1810, art. 20) ;

3° *Privilège en matière de drainage* (loi des 17-23 juillet 1856, art. 3) ;

4° *Privilège pour travaux d'assainissement* au profit des communes, sur les revenus des immeubles assainis (loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique, art. 15) ;

5° *Privilège du Crédit foncier* sur les loyers ou récoltes des immeubles qui lui sont hypothéqués, lorsque le Crédit foncier s'est mis en possession

1. La Cour de Cassation (Civ. 14 juin 1926, D. P. 1927. 1.57, avec le rapport de M. le Conseiller Ambroise Colin et la note de M. Josserand) tire de la loi de 1913 cette conséquence logique et équitable que la victime d'un accident a une *action directe* contre l'assureur pour obtenir de lui le versement de l'indemnité entre ses mains.

2. Voir Dalloz. *Nouveau Code civil annoté,* appendice au titre des privilèges et hypothèques, t. 4, p. 1698.

de l'immeuble, en cas de retard du débiteur (Décret du 28 février 1852, art. 30) ;

6° *Privilège du Trésor pour le recouvrement de l'impôt foncier* sur les loyers, fruits et récoltes de l'immeuble (loi du 12 novembre 1808) ;

7° *Privilège du Trésor pour le paiement des droits de mutation par décès* sur les revenus des biens à déclarer (loi du 22 frimaire an VII, art. 32, 3° al.) ;

8° *Privilège du commissionnaire* sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées (art. 95, C. com.) ;

9° *Privilèges spéciaux au commerce maritime* (art. 191, 271, C. com.) ;

10° Rappelons enfin le privilège du *saisissant* créé par le nouvel article 567 du Code de procédure, modifié par la loi du 17 juillet 1907, sur les sommes que le saisi a été autorisé à consigner par ordonnance du président (V. Civ., 3 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 28 mars 1914, *supra* p. 489).

§ 4. — Classement des privilèges mobiliers.

Les privilèges qui portent sur les meubles sont, on vient de le voir, assez nombreux. Il peut arriver qu'en pratique, plusieurs de ces créances privilégiées se présentent concurremment pour être payées sur le prix des meubles du débiteur. La question se pose alors de savoir dans quel ordre de préférence elles devront être classées. La loi ne l'a pas résolue, sauf dans certaines hypothèses particulières, et a laissé à la Doctrine le soin de résoudre ce délicat problème. Toutefois, elle a pris soin d'édicter deux règles visant les privilèges généraux.

La première a trait au *concours des privilèges généraux entre eux*. L'article 2101 opère le classement de ces privilèges, en même temps qu'il les énumère, de telle sorte que pour eux la question se trouve tranchée. « Les créances privilégiées sur la généralité des meubles, dit ce texte, sont celles ci-après exprimées et *s'exercent dans l'ordre suivant.* »

En second lieu, la loi a également réglé, dans l'article 2105 le conflit des privilèges généraux avec les privilèges spéciaux, *sur le prix des immeubles*. La loi nous dit que ce sont les privilèges généraux qui passeront les premiers.

Voici donc les deux situations qui peuvent se présenter et qui restent à régler :

1° Il y a concurrence *entre plusieurs privilèges spéciaux sur les meubles* ;

2° Il y a concurrence *entre privilèges généraux et privilèges spéciaux sur les meubles*.

I. — Concours entre créanciers à privilèges mobiliers spéciaux.

1° **Première hypothèse : Conflit entre privilèges appartenant à des groupes différents.** — Pour déterminer le rang des privilèges spéciaux portant sur un même meuble, il n'y a pas d'autre moyen que de les diviser par groupes, en les rattachant au fondement juridique sur lequel

repose chacun d'eux. Or, nous savons que les privilèges spéciaux ont pour base l'une ou l'autre des trois notions suivantes :

A. — Constitution de gage expresse ou tacite au profit du créancier ;

B. — Conservation de la chose grevée ;

C. — Mise de cette chose dans le patrimoine du débiteur.

Les privilèges du premier groupe jouissent nécessairement d'un droit de priorité, par rapport à ceux des deux autres catégories, *lorsque le créancier nanti est de bonne foi.* En effet, le créancier gagiste est protégé à l'égard de toutes autres personnes par la règle « En fait de meubles possession vaut titre » ; son droit est donc opposable à tous les autres créanciers.

L'article 2102 fait, du reste, comme nous le savons, application de cette idée au conflit qui peut s'élever entre le privilège du bailleur et celui du vendeur de meubles (art. 2102-4°, 3e al.).

Cependant, il faut faire exception pour les *frais de conservation de la chose* lorsqu'ils ont été faits *postérieurement à la constitution du gage.* Ainsi, le vétérinaire, qui a donné ses soins aux bestiaux du fermier, doit être préféré au bailleur, parce qu'il a conservé la chose soumise au privilège de celui-ci. (Paris, 5 mars 1872, D. P. 73.2.182, S. 73.2.13 ; Aix, 17 octobre 1912, *Gaz. Pal.*, 11 novembre 1913).

Les privilèges fondés sur l'idée de *conservation de la chose* passent d'autre part avant ceux du troisième groupe, pour une raison d'équité facile à comprendre. Les dépenses qu'ils garantissent ont profité aux créanciers de ce dernier groupe, il est donc juste qu'elles soient payées avant eux. Nous trouvons également une application de cette proposition dans l'article 2102-1°, à propos du privilège du bailleur en concours avec le privilège des créanciers pour frais de récolte *sur le prix de la récolte* de l'année. On sait que le privilège du bailleur s'explique, quant à cette récolte, par l'idée de mise de la chose dans le patrimoine du débiteur. Or, l'article 2102-1°, 4e al., décide que les sommes dues pour frais de la récolte (frais de conservation de la chose) sont payées par préférence au propriétaire de la ferme (mise de la chose dans le patrimoine).

Ainsi, les trois groupes de privilèges spéciaux s'exercent dans cet ordre : A. — Derniers frais de conservation de la chose ; B. — Privilèges résultant du nantissement ; C. — Frais de conservation en général ; D. — Privilèges résultant de la mise de la chose dans le patrimoine.

2° Deuxième hypothèse : Conflit entre privilèges du même groupe. — Il nous reste maintenant à prévoir un conflit qui s'élèverait *entre privilèges appartenant au même groupe.*

A. — Ce conflit ne peut guère se présenter entre *créanciers gagistes*, puisque l'existence du gage résulte de la possession effective qui, *a priori*, ne paraît pouvoir appartenir à plus d'une personne à la fois. Si, par exemple, un locataire donne en gage un des meubles garnissant les lieux loués, le privilège du bailleur s'éteint par le fait du déplacement. Cependant, la concurrence serait possible dans deux cas :

a) La chose donnée en gage a été confiée *à un tiers* convenu entre les

parties (art. 2076, C. civ.). Le débiteur peut, en pareil cas, faire plusieurs constitutions successives du même objet. Ici, la solution à donner ne saurait faire doute. L'ordre de préférence se réglera par la date de constitution. *Prior tempore potior jure.* Ainsi, le warrant le plus ancien passera avant le moins ancien sur le prix d'une marchandise déposée dans un magasin général.

b) L'objet a été constitué en gage *sans sortir des mains du débiteur.* C'est le cas pour le fonds de commerce, à propos duquel un conflit est possible entre le créancier auquel il a été donné en gage et le bailleur, ou entre deux créanciers gagistes. Pour ce dernier cas, la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce décide (art. 12) que le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Quant au conflit entre gagiste et bailleur, c'est ce dernier qui l'emporte, à condition que l'inscription du nantissement soit postérieure au commencement du bail (Rouen, 11 décembre 1901, D. P. 1903.2.169, S. 1904.2.225, note de M. Wahl).

B. — Le conflit peut se présenter en second lieu entre deux créanciers qui ont mis une même chose dans le patrimoine du débiteur. Nous en avons un exemple dans l'article 2102-1°, 4° alinéa, à propos du *bailleur* et du *marchand de semences* qui ont, l'un et l'autre, privilège sur la récolte de l'année. En pareil cas, la loi donne le premier rang au vendeur de semences, parce que c'est lui qui a mis l'objet dans le patrimoine du débiteur, d'une façon plus directe encore que le bailleur.

La même question se rencontre en cas de ventes successives d'un même meuble, lorsqu'aucun prix n'a été payé. On dit ordinairement que le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième et ainsi de suite, parce que le premier acheteur, débiteur lui-même du prix, ne saurait, sans blesser l'équité, refuser de laisser son créancier exercer son privilège avant le sien propre. Cette formule n'est pourtant pas toujours exacte. Nous avons vu ci-dessus que s'il y a trois ventes successives, et que *Tertius*, le troisième vendeur, soit insolvable, *Primus* ne peut pas opposer son privilège aux autres créanciers de *Tertius*.

C. — Reste enfin le concours entre privilèges reposant, les uns et les autres, sur la notion de *conservation*. Pour le résoudre, il faut donner la priorité à celui des créanciers qui a fait le *dernier* les dépenses de conservation, car ces dépenses ont profité aux créances antérieures. Ainsi, si les frais de récolte comprennent les frais de labour, l'ensemencement des terres, la levée et la rentrée des fruits, on paiera successivement les divers créanciers en commençant par les plus récents.

II. — Concours entre privilèges généraux et privilèges spéciaux.

Nous supposons que, sur le prix des meubles du débiteur, il se présente plusieurs créanciers dont les uns jouissent d'un privilège général (créanciers pour frais de justice, pour salaires, pour fournitures d'aliments, etc...)

et les autres d'un privilège spécial (gagiste, bailleur d'immeubles, vendeur d'effets mobiliers, etc.).

Deux règles permettent de déterminer l'ordre de préférence entre ces deux groupes de créanciers privilégiés.

1° *Première règle* : *Les frais de justice qui ont été faits dans l'intérêt commun des divers créanciers pour arriver à la répartition entre eux du prix des meubles grevés de leurs privilèges, doivent être payés en première ligne.* — Nous avons déjà donné ci-dessus la raison de cette règle. Les frais en question sont faits dans l'intérêt commun des créanciers. Ce sont eux qui, à proprement parler, en sont les débiteurs.

Contentons-nous de rappeler que la règle ne s'applique qu'aux frais ayant profité à tous les créanciers privilégiés, par exemple, aux frais de saisie et de vente du mobilier. Quant aux actes de procédure qui n'ont été faits que dans l'intérêt de quelques-uns, ceux-ci seuls doivent en supporter le prélèvement. Ainsi, nous savons que le bailleur d'immeubles, qui a fait statuer préliminairement sur sa créance par le juge-commissaire, n'a pas à subir le prélèvement des frais de distribution par contribution (art. 661-662, C. proc. civ.).

2° *Deuxième règle* : *Les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux.* — Voici, à notre avis, ce qui justifie la préférence à attribuer aux privilèges spéciaux :

Tout d'abord, on peut invoquer ici la tradition de notre ancien Droit (V. Pothier, *Traité de la procédure civile*, n^os^ 481 et suiv., notamment n° 491)[1]. D'autre part, il suffit de reprendre les trois notions juridiques explicatives des privilèges spéciaux, pour se convaincre qu'il faut donner à ceux-ci la priorité sur les privilèges généraux.

S'agit-il des créanciers jouissant d'un droit de gage exprès ou tacite, nous savons déjà que leur droit, protégé par l'article 2279, 1^er^ al., est opposable aux tiers, par conséquent à tous les autres créanciers de leur débiteur.

Quant aux privilèges rentrant dans les deux autres groupes, des raisons d'équité, dont on ne saurait méconnaître la valeur, exigent qu'ils soient payés sur l'objet qu'ils grèvent avant les privilèges généraux. Pour le conservateur de la chose, cette raison est évidente. Elle ne l'est pas moins, nous semble-t-il, pour le créancier qui a mis l'objet dans le patrimoine du débiteur. Il nous paraîtrait choquant, en effet, que l'on payât d'autres créanciers sur cet objet, par préférence à celui qui, comme un vendeur, a procuré la propriété de l'objet au débiteur, et auquel le prix est encore dû. Il y aurait là pour les créanciers qui seraient préférés au vendeur une sorte d'enrichissement injuste aux dépens d'autrui.

Les considérations que nous venons de développer n'ont pas cependant emporté l'adhésion de tous les jurisconsultes. Deux autres systèmes ont été soutenus. Le premier se fonde sur l'article 2105 pour soutenir qu'il faut

1. Cependant Pothier mettait au premier rang, immédiatement après les frais de justice, le privilège des frais funéraires, lequel était même préféré « aux loyers sur les meubles qui garnissent l'hôtel » (Id. Domat, *Loix civiles*, liv. 3, t. 1, sect. 5, n° 32).

toujours donner la préférence aux privilèges généraux. En effet, puisqu'ils priment, sur le prix des immeubles, les créanciers ayant privilège spécial sur ceux-ci, les privilèges généraux ne doivent-ils pas aussi primer les privilèges spéciaux sur le prix des meubles ? Mais ce raisonnement est loin d'être décisif, car une raison particulière explique la disposition de l'article 2105. Le législateur a pensé que, vu le peu d'importance des créances par eux garanties, les privilèges généraux ne nuisent pas sérieusement aux privilèges immobiliers, d'autant plus qu'ils n'atteignent les immeubles que subsidiairement et après discussion de tout le mobilier du débiteur. Or, il est bien évident qu'un tel raisonnement ne vaut plus rien quand il s'agit des effets mobiliers.

Un autre système, prétendant qu'il faut comparer les privilèges un à un et déterminer, pour chacun, le rang de faveur qu'il mérite, aboutit en somme, à peu de chose près, aux mêmes conclusions que le nôtre, sauf en ce qui concerne le privilège du vendeur d'effets mobiliers qu'il fait passer après les privilèges généraux. Il est inutile de reproduire les raisons qui nous déterminent à préférer le privilège du vendeur.

Système suivi par la Jurisprudence. — La Jurisprudence a eu à se prononcer fréquemment sur la question que nous venons d'étudier. Les espèces qui se présentaient à elles se référaient presque toutes au conflit du privilège du bailleur avec des privilèges généraux. Quelques anciens arrêts avaient décidé que les privilèges généraux devaient être colloqués les premiers (Poitiers, 30 juillet 1830, S. 31.2.88 ; Rouen, 30 janvier 1851, D. P. 52.2.37, S. 51.2.281).

Mais cette solution fut vite abandonnée, et un arrêt de la Chambre des requêtes du 20 mars 1849 (D. P. 49.1.250, S. 50.1.106) vint, au contraire, affirmer que, d'une façon générale, les privilèges spéciaux l'emportent sur les privilèges généraux, par suite de la règle *Generi per speciem derogatur* (exception faite, bien entendu, pour les frais de justice ayant profité aux créanciers à privilège spécial).

Depuis cette époque, la Chambre civile a statué par les arrêts du 19 janvier 1864 (D. P. 64.1.80, S. 64.1.60), du 15 mars 1875 (D. P. 75.1.273, S. 75.1.311) et du 18 juin 1889 (D. P. 89.1. 399, S. 90.1.68). Elle a évité d'employer la formule précédente, et a déclaré simplement qu'il faut déterminer le rang de préférence par les différentes qualités de la créance. Mais il est bon de remarquer que, dans les espèces qu'elle a eu à trancher, elle a accordé la priorité au privilège du bailleur (privilège spécial) sur celui des gens de service (privilège général). (Dans le même sens, Dijon, 19 mai 1893, S. 93.2.134 ; Montpellier, 10 mai 1897, S. 97.2.244. Voir aussi un jugement bien motivé du tribunal civil de Melle, 11 juin 1881, D. P. 82.2.37, S. 82.2.141, déclarant que le privilège du bailleur et celui du vendeur passent avant le privilège général pour fournitures de subsistances).

CHAPITRE II

PRIVILÈGES SPÉCIAUX SUR LES IMMEUBLES

Nous pourrions réunir, dans un même chapitre, les *privilèges spéciaux sur les immeubles* et les *hypothèques*. Ce sont en effet des droits de même nature, puisque les privilèges spéciaux immobiliers, comme les hypothèques, comportent un *droit de suite* et sont soumis à publicité. Les privilèges immobiliers sont en réalité de véritables hypothèques légales. Nous consacrerons cependant, pour donner plus de clarté à notre exposition, des chapitres distincts aux privilèges immobiliers spéciaux, d'une part, et aux hypothèques, d'autre part.

Définition. Enumération. — Les privilèges spéciaux sur les immeubles donnent aux créances qu'ils garantissent le droit de saisir l'immeuble, même contre les tiers détenteurs, c'est-à-dire contre ceux auxquels le débiteur l'a cédé (droit de suite), et d'être payées sur le prix *par préférence à toutes les hypothèques* qui grèvent ledit immeuble dn chef du débiteur. Il n'y a que les créances munies d'un *privilège général* sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles, qui, en vertu de l'article 2105, et pour les raisons que nous avons indiquées plus haut, passent, le cas échéant, avant ces privilèges spéciaux.

Indiquons aussitôt la condition essentielle nécessaire pour que le créancier puisse se prévaloir de ce droit de suite et de ce droit de préférence. Il faut qu'il ait *publié* son privilège par une *inscription* prise au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement où l'immeuble est situé. Ajoutons que cette inscription, pour conserver son effet à la date où elle est prise, doit être *renouvelée* tous les dix ans (art. 2154).

Les privilèges immobiliers énumérés par le Code civil dans l'article 2103 sont au nombre de quatre :

1° Le privilège du *vendeur d'immeubles* pour le paiement du prix (art. 2103-1°) ;

2° Le privilège des *cohéritiers ou copartageants* sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, des soultes ou retours de lots, et pour le paiement du prix des immeubles licités (art. 2103-3°) ;

3° Le privilège des *architectes*, *entrepreneurs*, *maçons ou autres ouvriers* sur la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux qu'ils y ont effectués (art. 2103-4°) ;

4° Le privilège de la *séparation des patrimoines* au profit des créanciers

de la sucession et des légataires sur les immeubles de la succession (art. 2111).

A lire l'article 2103-2° et 5°, il semblerait qu'il y ait encore deux autres privilèges, mais ce n'est qu'une apparence, car, en réalité, il est seulement question dans ces deux paragraphes de la subrogation : 1° de ceux qui ont prêté des deniers à l'acheteur pour payer le prix, dans le privilège du vendeur ; 2° de ceux qui ont prêté des deniers au propriétaire pour payer l'architecte ou l'entrepreneur, dans le privilège de ces derniers. Il ne s'agit donc pas là de deux privilèges spécifiquement distincts[1].

Comparaison du privilège immobilier et de l'hypothèque. — On dit ordinairement que le privilège immobilier est une *hypothèque privilégiée.* Cela est exact. Le privilège ressemble surtout à l'hypothèque légale, puisque tous deux sont créés par la loi. Il y a néanmoins une différence, constituant, à la vérité, une simple nuance, quant aux motifs qui déterminent le législateur à établir l'une ou l'autre de ces garanties. Pour instituer une hypothèque légale, le législateur prend en considération principale la personne du créancier, la condition particulière dans laquelle il se trouve en face de son débiteur. Ainsi, il donne une hypothèque légale à la femme mariée sur les immeubles de son mari, au pupille et à l'interdit sur ceux du tuteur, en raison de la protection dont il entoure ces deux catégories d'incapables. Au contraire, nous l'avons vu, c'est la *qualité de la créance*, et non plus celle du créancier, qui détermine la création des privilèges.

Il convient de rappeler une seconde différence, plus importante, entre les hypothèques légales et les privilèges immobiliers. Elle consiste en ce que le privilège immobilier est payé par préférence sur le prix de l'immeuble, avant tous les autres créanciers hypothécaires tenant leurs droits du débiteur. Donc, il passe même avant les hypothèques légales de la femme et du pupille du débiteur, bien que celles-ci jouissent déjà d'un rang de faveur à l'encontre des autres créanciers hypothécaires.

§ 1. — Privilège du vendeur d'immeuble (art. 2103, 1° et 2°).

Garanties du vendeur d'immeuble pour le paiement du prix. — La loi donne *trois garanties* au vendeur d'immeuble, créancier du prix :

1° Le *droit de rétention*, quand la vente a été faite sans terme (art. 1612), ou, même si un délai a été accordé pour le paiement, lorsque l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture depuis la vente (art. 1613) ;

2° Le droit de demander la *résolution* du contrat (art. 1654) ;

3° Un *privilège* sur l'immeuble vendu. On remarquera qu'on ne rencontre pas ici de droit de revendication analogue à celui qui est concédé par l'article 2102-4°, 2e alinéa ; ce droit n'existe qu'en matière de vente de meubles.

1. A ces privilèges, la loi du 17 avril 1919, sur les dommages de guerre, art. 5, 7e al., en ajoute un nouveau, au profit de l'Etat, pour le remboursement des avances qu'il fait aux propriétaires d'immeubles bâtis qui consentent à effectuer le remploi, conformément à l'article 5 de la loi.

Origine historique du privilège. — Le privilège du vendeur d'immeuble, comme celui du vendeur de meuble, date de notre ancien Droit. Dans les ventes faites à terme, il était d'usage de stipuler que l'immeuble serait grevé, au profit du vendeur, d'une hypothèque lui donnant un droit de préférence opposable à tous les créanciers de l'acheteur. Deux arrêts du Parlement de Paris du 30 avril et du 8 septembre 1628 consacrèrent cet usage, et décidèrent que, même en l'absence d'une clause expresse, le vendeur jouirait d'une hypothèque tacite privilégiée pour sa créance du prix (Ferrière, *Compilation des commentaires sur la Coutume de Paris*, t. 2, col. 1331 ; Basnage, *Hypothèques*, chap. 14 ; Argou, *Institution au Droit français*, t. 2, p. 407 ; Pothier, *Traité de l'hypohtèque*, n° 145, éd. Bugnet, t. 9, p. 462).

Quant au fondement juridique de ce privilège, il est inutile d'y insister. Ce fondement est de toute évidence le même que celui du privilège du vendeur de meuble.

Nous allons étudier ici l'ensemble des règles relatives au privilège du vendeur d'immeuble, en nous attachant aux points suivants :

I. — Quand y a-t-il lieu au privilège ;
II. — Sur quels biens porte-t-il ;
III. — Quelles créances il garantit ;
IV. — Comment il se conserve ;
V. — Comment se règle le conflit entre vendeurs successifs ;
VI. — Observation finale.

I. — Quand y a-t-il lieu au privilège ?

Le privilège prend naissance *toutes les fois qu'il y a vente d'un immeuble*, sans distinguer s'il s'agit d'un immeuble par nature ou d'un droit immobilier, vente d'un usufruit ou d'une action immobilisée de la Banque de France, constitution d'une servitude, cession de la mitoyenneté d'un mur de séparation.

Pour ces deux dernières hypothèses, le doute est cependant possible. Une servitude, un droit de mitoyenneté ne peuvent pas être saisis et vendus aux enchères. D'autre part, une fois placés dans le patrimoine de l'acquéreur, ces droits ne peuvent pas non plus faire l'objet d'une cession distincte. Dès lors, il semble à première vue que le vendeur d'une servitude ou d'un droit de mitoyenneté ne pourra jamais user de son privilège. En outre, peut-on ajouter, ces droits ne sont pas susceptibles d'hypothèque art. 2118) ; or, le privilège immobilier n'est pas autre chose qu'une hypothèque privilégiée. Mais ces arguments ne sont pas en somme décisifs. On comprend qu'on ne puisse pas hypothéquer une servitude ni un droit de mitoyenneté indépendamment de l'immeuble auquel ces droits se rattachent ; mais il n'y a pas de raison pour refuser à celui qui les a vendus le bénéfice du privilège. Il est tout à fait faux de prétendre que ce privilège ne lui sera d'aucune utilité. Le constituant n'aura qu'à saisir et faire vendre l'immeuble, tout l'immeuble, en tant que créancier, puis il fera valoir son

droit de préférence sur la partie du prix représentant la valeur de la servitude active ou du droit de copropriété du mur. Rien n'est plus simple.

Cependant, la solution que nous préconisons semble vue peu favorablement par la Jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris du 10 mai 1898 (D. P. 98.2.497, note de M. Planiol, S. 1900 2.137, note de M. Tissier) a décidé, en se fondant sur l'article 2118, qu'une servitude ne peut servir de base à un privilège. Le tribunal civil de la Seine s'est montré moins sévère pour le droit de mitoyenneté, bien qu'il ne soit pas cependant susceptible, lui non plus, d'être hypothéqué comme tel, et a décidé par un jugement du 8 février 1880 que la cession de ce droit était garantie par le privilège du vendeur (D. P. 80.3.119, S. 81.2.23 ; Bordeaux, 21 avril 1890, D. P. 92.2.432).

Application du privilège à certaines opérations analogues à la vente. — On est d'accord pour admettre que le privilège garantit le droit du créancier dans deux opérations qui offrent avec la vente la plus grande analogie :

1° L'échange avec soulte ;

2° La dation en paiement par un débiteur d'un immeuble d'une valeur supérieure au montant de la dette.

1° *Echange avec soulte.* — L'échangiste, qui livre à l'autre un immeuble valant plus que celui qu'il reçoit, jouit du privilège du vendeur sur l'immeuble livré, pour le paiement de sa créance de soulte. Cette solution, qui n'est contestée par personne, résulte d'abord de l'identité de situation qu'il y a entre l'échangiste et le vendeur, lesquels mettent l'un et l'autre une valeur dans le patrimoine de leur débiteur, et ensuite de l'article 1707, qui applique à l'échange les règles prescrites pour la vente (Req., 11 mai 1863, D. P. 64.1.191, S. 64.1.357).

2° *Dation en paiement d'un immeuble d'une valeur supérieure à la dette.* — Dans la mesure où la valeur de l'immeuble dépasse le montant de sa dette, le debiteur est, nous l'avons vu, un véritable vendeur, et en conséquence, sa créance est garantie par le privilège de l'article 2103, (v. *supra*, p. 512).

En revanche, on refuse le privilège au *donateur d'une donation faite avec charges*, ainsi qu'à l'*acquéreur sous condition de remeré*.

II. — Sur quoi porte le privilège.

Le privilège porte *sur l'immeuble vendu*. La Jurisprudence admet qu'il s'étend comme l'hypothèque et par application de l'article 2133, à toutes les *améliorations* survenues à l'immeuble (Req., 15 juillet 1867, D. P. 68. 1 269, S. 68.1.9 ; Trib. civ. Seine, 21 janvier 1902, D. P. 1905.2.145). Mais cette solution, qui s'explique fort bien en ce qui concerne l'hypothèque, cadre mal avec le fondement juridique du privilège, celui-ci ne devant grever que la chose mise par le vendeur dans le patrimoine de l'acheteur. De même qu'un privilège peut porter exclusivement sur la plus-value don-

née à un immeuble, ce qui, d'ailleurs, n'est jamais possible pour l'hypothèque, rien ne devrait s'opposer à ce qu'un privilège grevât l'immeuble, abstraction faite de cette plus-value.

III. — Créance garantie.

Le privilège garantit la créance du *prix de vente*. Et cette créance comprend non seulement le prix principal, mais les intérêts et les charges accessoires stipulées au contrat, telles que pots-de-vin, épingles, etc...

Que faut-il décider pour les *frais et loyaux coûts* du contrat, paiement des honoraires du notaire, droits de mutation et de transcription, etc.? Ordinairement c'est l'acheteur qui les paie (art. 1593) ; mais il se peut que le vendeur en ait fait l'avance. Le remboursement en sera-t-il garanti par le privilège ? La Jurisprudence résout la question affirmativement (Civ., 1er avril 1863, D. P. 63.1.184, S. 63.1.239 ; 9 mars 1898, D. P. 98.1.349, S. 99.1.241, note de M. Wahl). On a objecté que ces frais sont une avance, un prêt fait à l'acheteur, mais ne constituent pas un élément du prix. Il faut répondre, avec la Chambre civile, qu'en réalité ces frais forment, dans la pensée des parties, un supplément du prix ; et que, de plus, ce n'est point par volonté de rendre service à l'*accipiens*, ou pour réaliser un placement comme le fait un prêteur, que le vendeur les avance, mais le plus souvent parce qu'il y est obligé sur les poursuites du créancier commun. La solution de la Jurisprudence est, du reste, tout équitable, car, si l'acheteur avait payé lui-même ces frais, ses créanciers trouveraient en moins cette valeur dans son patrimoine. Ils ne souffrent donc point du privilège attribué au vendeur pour leur recouvrement.

Le privilège du vendeur d'immeuble dure tant que sa créance n'a pas été intégralement payée. Il ne s'éteindrait qu'au cas où le vendeur en aurait fait novation, sans réserver la garantie du privilège au profit de sa nouvelle créance. Mais une telle novation ne doit pas se présumer ; elle ne résulte que de la volonté certaine des parties. Il n'est pas douteux, en particulier, que le fait, de la part du vendeur, d'accepter des billets souscrits par l'acheteur ne constitue pas une novation (Toulouse, 8 mai 1888, D. P. 89.2.208 ; Req., 27 mai 1895, D. P. 95.1.508, S. 99.1.517, v. *supra*, p. 106).

Lorsqu'il est stipulé dans l'acte de vente que le prix sera payé en tout ou en partie *à un tiers*, créancier du vendeur, ou que le vendeur veut gratifier, c'est ce délégataire qui bénéficie du privilège, car celui-ci est attaché à la créance du prix. Si l'on suppose, par exemple, une adjudication d'immeubles héréditaires, avec obligation pour l'adjudicataire de payer, comme prix, une rente viagère léguée par le défunt, le paiement de cette rente se trouve garanti par le privilège du vendeur (Req., 1er août 1904, D. P. 1908. 1.457, S. 1907.1.73).

IV. — Du rang du privilège du vendeur. Comment il se conserve.

Le privilège du vendeur prime toutes les hypothèques nées du chef de l'acheteur, même celles qui ont une date antérieure à la vente. On peut dire

que l'immeuble n'entre dans le patrimoine de l'acheteur que grevé du privilège.

Supposons, par exemple, que l'acheteur soit tuteur d'un mineur. Ses biens sont grevés, *au profit du pupille*, d'une hypothèque légale qui prend rang au jour de l'ouverture de la tutelle. Néanmoins, si, durant la tutelle, le tuteur acquiert un immeuble, le privilège du vendeur primera l'hypothèque légale du pupille. Rien n'est plus rationnel et équitable. Le pupille s'enrichirait injustement aux dépens d'autrui, s'il pouvait se payer sur le prix d'un immeuble acheté par son tuteur et que celui-ci n'aurait point payé.

Mais, pour que le vendeur puisse se prévaloir de son privilège, il faut que celui-ci, comme tout privilège immobilier, ait été porté à la connaissance des tiers par la publicité. Ordinairement, ainsi que nous le verrons plus loin, les privilèges et hypothèques sont publiés au moyen d'une inscription faite au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement où est situé l'immeuble. Mais, comme la vente immobilière est soumise elle-même à la publicité et doit être transcrite sur le registre des transcriptions dudit bureau, le Code civil a jugé inutile d'imposer aux parties les frais d'une inscription, qui aurait fait double emploi avec la transcription. En effet, l'acte de vente transcrit, c'est-à-dire *copié in extenso* sur le registre, ne manquera pas de mentionner que le prix n'a pas été payé comptant, et de stipuler en conséquence les intérêts convenus et le terme fixé pour le paiement. Utilisant cette publicité, l'article 2108 décide donc que *la transcription du contrat vaudra inscription pour le vendeur*. Seulement, pour ne pas obliger les tiers à consulter un acte qui peut être long et compliqué, et pour rendre plus complète encore la publicité, l'article 2108 prescrit au conservateur des hypothèques d'extraire du titre de vente l'indication relative à la créance du vendeur, et *d'en faire d'office l'inscription* sur le registre des inscriptions hypothécaires, aujourd'hui et depuis la loi du 1er mars 1918, supprimant le registre des hypothèques, sur un bordereau de même nature que ceux qui servent à la publicité des hypothèques (V. L. 1er mars 1918, art. 5).

Les frais de la transcription sont à la charge de l'acheteur, mais comme le vendeur a intérêt à la faire pour conserver son privilège, on comprend qu'il en paye lui-même le montant, sauf à s'en faire rembourser ensuite; ce remboursement est garanti par son privilège. Cependant, il n'en est ainsi que si l'acte transcrit contient une énonciation avertissant les tiers que les frais sont encore dus (V. Civ., 9 mars 1898 précité et la note de M. Wahl).

On a toujours admis, du reste, que le vendeur a le droit de remplacer la transcription du titre de vente par une inscription de son privilège prise directement.

Il convient de remarquer, en finissant sur ce point, que l'article 2108 était un des rares articles du Code civil qui, avant la loi du 23 mars 1855, faisaient mention de la transcription de la vente. Cela tient à ce que, au moment où il fut rédigé, les rédacteurs du Code n'avaient pas encore pris parti sur la question de savoir si la transcription serait ou non nécessaire pour transférer la propriété à l'égard des tiers. On sait que, finalement, ils

ne la tranchèrent point, et que la Doctrine et la Jurisprudence avaient conclu de leur silence que l'acheteur d'un immeuble devenait propriétaire définitif, *erga omnes*, du jour du contrat. L'acheteur n'avait donc aucun intérêt à faire la transcription. Mais, on le voit, il n'en était pas de même du vendeur, puisque la transcription (ou l'inscription qui la remplaçait) était une condition nécessaire à la conservation de son privilège. On se souvient aussi que la loi du 23 mars 1855 a rétabli l'harmonie dans les dispositions législatives afférentes aux mutations immobilières, en décidant que, jusqu'à la transcription, l'acquéreur ne pourrait pas opposer son droit aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois. Dès lors et depuis cette loi, l'acheteur est intéressé à faire transcrire son titre d'acquisition, afin de le rendre opposable aux tiers (V. notre t. I^er^, p. 950 et s.). En sauvegardant son propre droit, il conservera en même temps la garantie de son créancier.

A quel moment la transcription doit-elle être faite pour conserver le privilège du vendeur ? — Pour répondre à cette question, il importe de distinguer suivant que l'immeuble est encore entre les mains de l'acheteur, ou a été aliéné par lui.

1° Première hypothèse : L'immeuble est encore entre les mains de l'acheteur. — Aucun délai n'est alors exigé par la loi pour l'accomplissement de la formalité de la transcription. Quel que soit le temps écoulé depuis la vente, le vendeur peut donc toujours, en principe, à condition de faire auparavant la transcription, opposer son privilège aux créanciers de l'acheteur.

Cependant, il y a, nous le verrons, deux événements qui s'opposent d'une façon générale à toute inscription nouvelle de privilèges et hypothèques sur les immeubles du débiteur, et qui marqueront par conséquent le point terminal passé lequel le vendeur cessera de pouvoir, s'il n'a pas fait la transcription auparavant, opposer son privilège aux autres créanciers de l'acheteur. Ces événements énoncés par l'article 2146 sont :

A. — La *faillite de l'acheteur*, à laquelle il faut assimiler la liquidation judiciaire ; plus précisément, le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire[1]. Et en effet, la faillite fixe définitivement les droits des créanciers, et empêche que l'un deux puisse acquérir, aux dépens des autres, un droit de préférence qu'il ne pouvait pas leur opposer auparavant.

B. — *La mort de l'acheteur suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession* (art. 2146, 2^e^ al.). En effet, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ressemble, par certains côtés, à une faillite posthume. En tout cas, elle laisse présumer l'insolvabilité du défunt, et la loi ne veut point, pas plus qu'en matière de faillite, qu'un créancier puisse désormais modifier sa situation

au détriment des autres, et se prévaloir à leur encontre d'un droit de préférence qui ne leur était pas opposable avant la mort du débiteur.

C'est ici le moment du décès qui constitue le point précis auquel se produit l'effet indiqué.

Tels sont les deux seuls événements qui, tant que l'immeuble restera dans le patrimoine de l'acheteur, enlèvent au vendeur le droit de publier son privilège.

Il en résulte que le vendeur peut encore opérer la transcription, même quand l'immeuble a été saisi par d'autres créanciers, même après que le procès-verbal de saisie a été transcrit, conformément à l'art. 678 du Code de procédure civile. Il le pourra enfin, même encore après l'adjudication qui suivra la saisie. Il ne sera privé de la faculté de rendre son privilège opposable aux autres créanciers de l'acquéreur qu'au moment où l'adjudication aura été transcrite. En effet, c'est cette transcription qui marque la sortie définitive de l'immeuble du patrimoine du saisi.

2° **Seconde hypothèse : L'immeuble a été aliéné par l'acquéreur.** — Sous l'empire du Code civil, et avant la loi du 23 mars 1855, la Doctrine et la Jurisprudence admettaient que l'acquéreur devenait propriétaire *erga omnes* à compter du jour du contrat. En conséquence, on décidait que le vendeur ne pouvait saisir l'immeuble entre les mains d'un sous-acquéreur qu'à la condition d'avoir fait la transcription de l'acte de vente *avant la conclusion du second contrat.*

On comprend combien cette règle était dangereuse pour le vendeur qu'elle exposait à perdre son droit de suite, par l'effet d une revente ignorée de lui et qui pouvait avoir lieu fort peu de temps après la première aliénation. Le vendeur n'avait qu'un moyen de se couvrir contre ce risque, c'était de faire sans tarder, transcrire l'acte de vente.

Le Code de procédure civile de 1807 vint parer à cet inconvénient en décidant, dans son article 834, que le vendeur aurait encore le droit de faire utilement la transcription, après la nouvelle aliénation et jusqu'à l'expiration d'un délai de quinzaine à dater de la transcription de cette seconde aliénation (V. tome I^er^, p. 950).

Enfin, la loi du 23 mars 1855 a réglé la situation d'une façon conforme au principe nouveau qu'elle a édicté.

Elle décide, en effet, dans son article 6, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires sur l'immeuble peuvent utilement prendre inscription sur le précédent propriétaire *jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation.* Il en résulte que le vendeur peut opposer son droit de suite au sous-acquéreur, à condition d'avoir fait transcrire son acte de vente *avant la transcription de la seconde aliénation.*

Mais cette nouvelle règle, si elle avait été édictée seule et telle quelle, aurait laissé le vendeur exposé au danger d'une revente précipitée de l'immeuble, suivie d'une transcription opérée par le sous-acquéreur avec une hâte frauduleuse. Supposons en effet que *Secundus*, acheteur et débiteur du prix, se hâte de revendre l'immeuble acheté de *Primus*, et que cette revente

soit transcrite avant que *Primus* ait eu le temps moral de transcrire la première aliénation. *Primus* va se trouver ainsi dépouillé du droit de suite afférent à son privilège à l'égard de *Tertius*, sous-acheteur et probablement complice de *Secundus*, et n'aura d'autre ressource que celle de la très-aléatoire action Paulienne !

Pour protéger le vendeur contre un tel danger l'article 6, 2e al., de la loi du 23 mars 1855 a donc édicté une seconde règle (que nous retrouverons plus loin encore en étudiant le privilège du copartageant). D'après cette disposition, le vendeur peut, quoi qu'il arrive, faire utilement la transcription, *dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente* (de la première vente, bien entendu), *nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai.* Ainsi, le vendeur se met à l'abri de toute surprise, du moment qu'il veille, dans les quarante-cinq jours, à ce que la formalité prescrite par la loi soit accomplie.

Cette nouvelle disposition, protégeant efficacement le vendeur contre le risque d'une seconde aliénation précipitée et frauduleuse, a rendu inutile la règle édictée par l'article 834 du Code de procédure civile, laquelle a été, en conséquence, abrogée.

L'extinction du droit de suite emporte-t-elle celle du droit de préférence ? — Lorsque le vendeur a perdu le droit de suite, pour n'avoir pas fait transcrire son acte de vente en temps utile, peut-il encore invoquer un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers, tant que le prix reste dû à l'acheteur par le sous-acquéreur ? Sans hésiter il faut répondre non. En effet, le vendeur ne peut opposer son privilège aux autres créanciers qu'autant qu'il l'a publié. Or, la transcription de la sous-aliénation met obstacle à ce qu'il puisse désormais transcrire la première vente (ou inscrire son privilège), et, par conséquent, remplir la condition nécessaire à l'exercice dudit privilège.

Effet de l'extinction du privilège sur l'action résolutoire. — Jusqu'ici, nous n'avons parlé que du privilège ; mais on se souvient que le vendeur non payé a, en outre, le droit de demander la résolution du contrat.

Ce droit subsiste-t-il après que le vendeur a perdu son privilège ? Inutile d'insister sur l'importance de cette question à la fois pour le vendeur et pour les tiers. Le vendeur, s'il conserve le droit de faire résoudre le contrat et de recouvrer la propriété de l'immeuble, échappera par ce moyen au risque de l'insolvabilité de l'acheteur. Il retrouvera, sous une nouvelle forme, l'équivalent du privilège que la loi a voulu lui enlever. Quant aux tiers, créanciers ou sous-acquéreurs, auxquels le privilège est devenu non opposable, la survie de l'action résolutoire constituera pour eux une véritable surprise, et rendra inefficace l'extinction du privilège dont la loi entendait les faire bénéficier.

Il est curieux de constater que les rédacteurs du Code semblent n'avoir pas aperçu la gravité de cette question, et l'ont entièrement passée sous silence. Le résultat de cet oubli était déplorable pour les tiers. En effet,

comme l'action résolutoire n'est soumise à aucune mesure de publicité analogue à celle qui est exigée pour le privilège, il en résultait que le vendeur pouvait l'intenter pendant trente ans, quoique la vente n'eût pas été transcrite, même après la faillite de l'acheteur, même après sa mort et l'acceptation bénéficiaire de sa succession, même enfin quand l'immeuble se trouvait aux mains d'un sous-acquéreur ayant transcrit son titre d'acquisition et au préjudice de ce dernier.

Cette situation a duré jusqu'à la loi du 23 mars 1855, laquelle a heureusement réparé la lacune du Code civil, en décidant, dans son article 7, que l'*action résolutoire ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur*. Telle était bien la solution commandée par le régime de publicité institué pour le privilège : il serait évidemment illogique de subordonner à la publicité l'une des garanties accordées au vendeur en en affranchissant l'autre.

Malheureusement, la loi de 1855 n'a pas supprimé, comme elle aurait dû le faire, toute controverse. Elle a eu le tort d'employer une formule équivoque, qui, prise à la lettre, ne vise pas tous les cas où la question peut se présenter. L'article 7 dit, en effet, que l'action résolutoire ne peut plus être exercée au *préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver*. Cette formule vise les tiers qui ont acquis, du chef de l'acheteur, un droit soumis par la loi du 23 mars 1855 à la transcription, et qui ont fait cette transcription : acquéreurs de la pleine propriété, de l'usufruit, d'une servitude, preneur ayant un bail de plus de 18 ans, cessionnaire de trois années de loyers à échoir, etc. Toutes ces personnes qui, par la transcription de l'acte générateur de leur propre droit opérée avant la transcription de la vente, sont protégées contre le privilège du vendeur, se trouvent par là même à l'abri des effets de l'action résolutoire.

La formule de l'article 7 vise également les créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'acheteur qui ont fait inscrire leur privilège ou leur hypothèque, et auxquels le vendeur ne peut plus opposer son privilège, soit parce qu'il y a eu faillite ou liquidation judiciaire de l'acheteur, soit parce que ce dernier est mort et que sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Mais la question se pose encore *à propos du conflit du vendeur avec des créanciers ordinaires* dans les deux hypothèses suivantes :

1° *Faillite ou liquidation judiciaire de l'acquéreur*. — Nous savons que le vendeur, qui n'a pas fait transcrire l'acte de vente avant le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire, ne peut plus opposer son privilège aux autres créanciers de l'acheteur. Mais peut-il encore intenter l'action résolutoire ?

La difficulté vient de ce que les créanciers de la masse ne paraissent pas, à première vue, rentrer dans le groupe des tiers indiqués par l'article 7 précité. Cependant, à la réflexion, on constate qu'il est possible de les y ranger. En effet, les créanciers de la masse jouissent d'une *hypothèque légale* sur tous les immeubles du failli, laquelle doit être inscrite par le syndic (art.

490, 3e al. et 518, C. com.). Dès lors, et du moment que cette inscription a été prise, ils satisfont bien aux deux conditions requises par la loi de 1855. La masse est désormais à l'abri de l'action en résolution du vendeur.

Pourtant, cette solution a été pendant longtemps contestée en doctrine et repoussée par la Jurisprudence (Voir notamment Civ., 1er mai 1860, D. P. 60.1.236, S. 60.1.602). On faisait valoir, en faveur de la survie de l'action en résolution, un argument tiré de la lettre de la loi. L'article 7, disait-on, supprime cette action en cas *d'extinction* du privilège du vendeur. Or, en cas de faillite de l'acheteur, le privilège n'est pas *éteint*, il subsiste, il est encore opposable à l'acheteur, *mais son inscription ne produit plus aucun effet* (ce sont les expressions mêmes de l'article 2146), relativement à la masse de la faillite. Cet argument vraiment trop subtil a été abandonné depuis par la Cour de cassation, et deux arrêts, l'un de la Chambre civile, du 24 mars 1891 (D. P. 91.1.145, note de M. Ambroise Colin, S. 91.1.209, note de M. Lyon-Caen), l'autre de la Chambre des requêtes, du 7 février 1898 (D. P. 98.1.459, S. 99. 1.307), ont décidé que l'action résolutoire ne peut plus être exercée par le vendeur contre la masse, lorsque le syndic a pris inscription au profit de celle-ci. En effet, comme le disent ces arrêts, le sort de l'action résolutoire est intimement lié à celui du privilège.

2° *Acceptation bénéficiaire de la succession de l'acheteur.* — Ici encore, il y a lieu de se demander si le vendeur qui, depuis la mort de l'acheteur, ne peut plus faire la transcription à l'effet de conserver son privilège, est cependant encore admis à invoquer l'action résolutoire contre les autres créanciers de la succession ? L'affirmative semble bien s'imposer, les créanciers héréditaires qui ne sont ni privilégiés, ni hypothécaires ne remplissant pas les conditions exigées par l'article 7 de la loi de 1855 : ils n'ont pas acquis sur l'immeuble du chef de l'acquéreur des droits susceptibles d'être publiés.

On pourrait être tenté cependant de contester cette solution en faisant le raisonnement suivant. L'acceptation bénéficiaire, dirait-on, emporte de plein droit, comme nous le verrons, au profit des créanciers héréditaires, la séparation des patrimoines sur les immeubles, séparation qui, d'après l'article 2111, doit être inscrite dans les six mois. Donc, par l'effet de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, tous les créanciers héréditaires deviennent des tiers au sens de l'article 7. Mais un tel raisonnement reposerait sur une méprise. Car la *séparation des patrimoines est un bénéfice donné exclusivement aux créanciers de la succession contre les créanciers de l'héritier ; elle ne modifie pas la situation des créanciers héréditaires les uns vis-à-vis des autres.* Elle ne peut donc pas être invoquée dans leurs rapports respectifs.

En somme, il résulte de la mauvaise rédaction de l'article 7 que le vendeur privé de son privilège par le fait que la vente n'a pas été transcrite avant la mort de l'acheteur dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, peut néanmoins demander encore la résolution de la vente au préjudice des autres créanciers de l'acheteur défunt (Civ., 27 mars 1861, D. P. 61.1.102, S. 61.1.758).

Appréciation critique du système de publicité établi par le Code pour le privilège du vendeur. — Règles particulières en cas de vente d'un fonds de commerce. — Le système de publicité actuellement organisé pour le privilège du vendeur est beaucoup trop compliqué et fort peu satisfaisant, autant pour le vendeur que pour les tiers.

Pour le vendeur d'abord. Celui-ci, en effet, peut se trouver surpris par la faillite, la liquidation judiciaire ou la mort de l'acheteur suivie d'acceptation bénéficiaire de la succession, survenant peu après l'aliénation, et avant qu'il ait été procédé à la transcription de la vente. Il se trouvera alors privé, fort injustement, du bénéfice de son privilège.

Quant aux tiers, ils ont à redouter le risque auquel les expose la latitude indéfinie accordée au vendeur pour leur rendre son privilège opposable, au moyen d'une transcription de son acte de vente ou d'une inscription du privilège, opérations qui, ni l'une ni l'autre, ne sont incluses dans aucun délai de rigueur.

On éviterait ce double vice si on décidait que le vendeur jouira d'un délai de 45 jours à partir de la signature de l'acte de vente pour publier son privilège, et que, faute de le faire, il ne pourra plus invoquer vis-à-vis des tiers, quels qu'ils soient, même simples créanciers chirographaires de l'acheteur, ni son privilège, ni l'action résolutoire.

On remarquera que la loi du 17 mars 1909 relative à la vente des fonds de commerce a réalisé l'amélioration que nous demandons. L'article 2 décide, en effet, que l'inscription du privilège du vendeur du fonds doit être prise dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Cette inscription est, en ce cas seulement, opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire, même si ces événements se produisaient dans le délai de quinzaine. En revanche, l'action résolutoire doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription (art. 2, 2e al.).

V. — Conflit entre vendeurs successifs.

Il peut arriver qu'un même immeuble soit l'objet de plusieurs ventes successives, et qu'aucun des vendeurs n'ait été payé au moment où le prix de l'immeuble est mis en distribution. Dans quel ordre les vendeurs successifs seront ils alors désintéressés ?

Faisons tout d'abord une remarque préliminaire. Pour que chaque vendeur puisse invoquer son droit de préférence, il faut que l'aliénation par lui faite ait été transcrite ; sinon, son privilège n'est pas opposable aux sous-acquéreurs qui ont eux-mêmes fait transcrire leur propre acquisition. Nous supposons donc que les ventes successives ont été toutes transcrites. Quand il en est ainsi, l'ordre de préférence entre les divers vendeurs s'établit bien simplement. Le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième et ainsi de suite art 2103-1°, 2e al.). Cette solution se comprend aisément. Le premier vendeur, ayant le droit de saisir l'immeuble entre les mains du tiers détenteur, doit être évidemment payé par préfé-

rence à son propre débiteur qui est le vendeur postérieur en date ; celui-ci doit être préféré à son tour au vendeur suivant, etc.

VI. — Observation critique finale.

Nous ne pouvons terminer cette matière sans faire toucher du doigt une fois de plus l'illogisme de notre système de la transcription (Cf. t. Ier, p. 972 s.). Tant que la transcription d'une vente n'a pas été faite, l'acheteur n'est pas propriétaire aux yeux des tiers, c'est-à-dire à l'égard de ceux auxquels le vendeur concéderait encore des droits sur l'immeuble. Ainsi, le vendeur peut, tant que la transcription n'est pas faite, revendre l'immeuble à un tiers, ou le grever d'une hypothèque ; les droits ainsi crées par lui sont opposables au premier acheteur s'ils sont publiés avant le droit de celui-ci.

Au contraire, s'il n'y a pas eu transcription de l'acte de vente, le vendeur ne peut pas opposer son privilège à un sous-acquéreur qui aurait fait transcrire la deuxième acquisition.

Voici donc le résultat singulier auquel on arrive. Le vendeur, qui ne peut plus opposer son privilège aux tiers acquéreurs, peut cependant encore concéder valablement des droits réels à des tiers sur l'immeuble vendu, tant que la vente par lui faite n'a pas été transcrite. *Il n'a plus de droit de préférence sur l'immeuble, mais il peut en créer au profit d'autrui.* Une législation est jugée quand elle produit de tels résultats !

§ 2. — Privilège du copartageant.

Aux termes de l'article 2103-3°, les cohéritiers sont privilégiés « sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soultes ou retours de lots », et pour celle du prix de la licitation, ajoute l'article 2109.

Fondement rationnel de ce privilège. Son historique. — Le privilège du copartageant a pour but de garantir l'exécution des obligations de chaque copartageant à l'égard des autres. Il fait partie d'un ensemble de mesures que le législateur a édictées pour assurer l'*égalité entre les copartageants*, c'est-à-dire pour faire obtenir à chacun d'eux l'intégralité de la part à laquelle il a droit. Ces mesures sont :

1° Le droit pour le copartageant, évincé par un tiers d'un objet mis dans son lot, de poursuivre ses copartageants *en garantie* et de se faire indemniser par eux (art. 884 et s.) ;

2° Le droit pour chacun des copartageants de demander la *rescision du partage*, pour le cas où il subirait une lésion de plus du quart (art. 887, 2e al. et s.).

L'une et l'autre de ces deux mesures ont pour objet d'*établir* l'égalité entre les cohéritiers. Le *privilège*, lui, a pour but de *maintenir* cette égalité en assurant l'exécution des obligations qui, par l'effet du partage, peuvent

naître entre cohéritiers. Il est bien évident, en effet, que, si cette exécution n'était pas garantie par la loi, l'égalité, fût-elle dûment établie par l'acte de partage, risquerait fort de se trouver détruite par la suite. Ce privilège paraît donc fondé sur de solides raisons d'équité.

Pourtant, certains auteurs en ont vivement critiqué le principe. Le privilège du copartageant, ont-ils dit, ne garantit l'égalité qu'au détriment des créanciers du copartageant débiteur : « ce sont eux qui font les frais de l'idée d'égalité, résultat assurément fort étrange ».

Cette critique ne nous paraît point fondée. Il nous semble que le copartageant, créancier de son cohéritier par l'effet du partage, a droit à un traitement de faveur, car, à la différence des autres créanciers de son débiteur, il n'a pas suivi la foi de ce dernier. D'autre part, les biens héréditaires ne doivent devenir le gage des créanciers de l'héritier que dans la mesure des droits de ce dernier : or, les dettes dont celui-ci est tenu envers ses cohéritiers diminuent précisément la part apparente qui lui est attribuée. Loin donc que nous réprouvions le privilège du copartageant sur les immeubles successoraux, il conviendrait plutôt, à notre avis, de l'étendre aux meubles héréditaires.

Ce privilège n'a pas été du reste créé par les rédacteurs du Code civil. Il remonte à notre ancien Droit. Pothier le mentionne au premier rang des hypothèques tacites générales (*Traité de l'hypothèque*, 33. V. aussi Lebrun, *Successions*, liv. 4, ch. 1, n° 34 ; Brodeau sur Louet, H. 2). Sous la Révolution, la loi hypothécaire du 11 brumaire an VII n'en fit pas mention. C'est le Code civil qui l'a rétabli.

Nous examinerons successivement les points suivants :

I. — A qui appartient le privilège du copartageant ;
II. — Quelles créances il garantit ;
III. — Quels biens en sont grevés ;
IV. — Comment est-il publié et conservé.

I. — A qui appartient le privilège?

L'article 2103-3° semble ne l'accorder qu'aux *cohéritiers* pour la garantie du partage des biens héréditaires ; mais l'article 2109 rectifie cette expression et donne le privilège à *tout copartageant*, c'est-à-dire à tous ceux qui, étant dans l'indivision, quelle qu'en soit la cause, communauté entre époux, achat de biens en commun, liquidation d'une société, etc..., procèdent au partage des biens communs.

II. — Créances garanties.

Le privilège garantit *toutes les créances que le copartageant peut acquérir contre ses copartageants par l'effet d'un partage ou d'un acte équivalant à partage*, tel qu'une cession de droits successifs entre cohéritiers ou une licitation faisant cesser l'indivision. Ces créances se trouvent énumérées dans les articles 2103 et 2109. et se ramènent aux trois chefs suivants :

1° Les *soultes* ou *retours de lots* destinés à compenser les inégalités ressortant du partage en nature.

Il faut assimiler à une soulte la créance des cohéritiers contre l'un d'eux résultant de ce que ce dernier est redevable des *fruits* ou *intérêts* produits, depuis le décès, par des objets dont il doit le rapport, et qui ont été perçus par lui (Civ., 15 janvier 1896, D. P. 96.1.441, note de M. de Loynes, S. 96.1.497, note de M. Tissier). Cette créance constitue, en effet, un des éléments de la masse à partager, et rentre, dès lors, dans la catégorie des soultes.

2° La *créance du prix de l'immeuble licité*, lorsque c'est l'un des copropriétaires qui s'est porté adjudicaire. On sait en effet que l'adjudication est alors un simple procédé de partage (t. 1er, p. 954). Quand, au contraire, l'adjudicataire est un étranger, les copropriétaires sont garantis par le privilège du vendeur, car l'adjudication constitue alors une vente pure et simple.

3° La *créance de garantie pour cause d'éviction*, dans le cas où l'un des copartageants est évincé par un tiers de l'un des objets mis dans son lot (art. 884).

III. — Biens grevés.

Le privilège du copartageant porte sur les immeubles mis dans le lot des copartageants dont il est créancier, mais son étendue varie suivant la nature de sa créance.

1° *Premier cas : Adjudication de l'immeuble au profit de l'un des copartageants.* — Le privilège ne porte alors que sur l'immeuble licité, et non sur les autres immeubles mis dans le lot de l'adjudicataire (art. 2109).

Il serait, en effet, inutile de grever ces derniers ; l'immeuble licité suffit évidemment à garantir les créances des copartageants, puisque ces créances ne représentent que la valeur de cet immeuble, diminuée de la quote-part appartenant à l'adjudicataire.

2° *Second cas : Garantie pour cause d'éviction.* — Si l'un des copartageants est évincé de l'un des objets mis dans son lot, il a un recours en garantie contre tous les autres copartageants. En d'autres termes, la perte par lui subie devant se répartir entre tous, chacun d'eux doit en supporter une part, et c'est pour cette part que le copartageant évincé est créancier de chacun des autres (art. 885). Pour garantir cette créance, il a privilège *sur tous les immeubles mis dans les lots de ses copartageants* (art. 2109).

3° *Troisième cas : Soulte ou retour de lot.* — Pas de difficulté, si la soulte est due *par tous les autres copartageants* à l'un deux ; le privilège de celui-ci porte alors sur tous les immeubles mis dans les lots des copartageants débiteurs. Mais que faut-il décider lorsque la soulte est due *par un seul des copartageants à l'un des autres* ? Doit-on admettre, dans ce cas, que le créancier de la soulte a privilège, non seulement sur les immeubles attribués à son débiteur, mais sur ceux des autres copartageants ? Il faut résoudre la question par une distinction. En principe, le créancier n'a privilège que

sur les immeubles de son débiteur, car le privilège est l'accessoire de la créance, et il n'y a de rapport d'obligation qu'entre les deux copartageants dont la soulte doit équilibrer les lots. Toutefois, si le copartageant débiteur était insolvable *au moment du partage*, le créancier pourrait agir en garantie contre les autres, dans les termes de l'article 884. Par conséquent, il aurait alors privilège sur tous les immeubles attribués à ses copartageants, non pas à titre de créancier de la soulte, mais de créancier de la garantie.

IV. — Inscription du privilège du copartageant.

Le privilège du copartageant créancier ne peut être opposé aux créanciers du copartageant débiteur, qu'à la condition d'avoir été l'objet d'une inscription au bureau de la conservation des hypothèques de chaque arrondissement dans lequel est situé un des immeubles grevés. Il ne saurait être ici, en effet, question de transcription, comme pour le privilège du vendeur : le partage, étant déclaratif, n'est pas soumis à la transcription.

L'inscription du privilège doit être prise dans un délai déterminé, mais ce délai varie suivant que l'immeuble est resté entre les mains du débiteur ou a été aliéné par lui. Nous retrouvons donc ici une distinction analogue à celle que nous avons déjà rencontrée à propos du privilège du vendeur.

1° **Première situation : L'immeuble est encore dans le patrimoine du copartageant débiteur.** — Le créancier doit prendre inscription dans les *soixante jours* (art. 2109).

Le délai de soixante jours part *de l'acte de partage*, quand il s'agit de la créance de soulte ou de la créance éventuelle de garantie (art. 2109,[1]. Ce dernier point mérite d'être noté. Lorsque, postérieurement au partage, le copartageant subit une éviction, la créance de garantie ne naît que du jour où il est inquiété, et cependant, le privilège ne subsiste à son profit, en tant que privilège primant toutes les hypothèques, que s'il a été inscrit dans les soixante jours qui ont suivi l'acte de partage. On comprend aisément la raison d'être de cette exigence. La loi ne veut pas que la menace du privilège pèse trop longtemps sur les copartageants, sans avoir été annoncée aux tiers. Il y aurait là une cause d'insécurité trop redoutable pour ces derniers.

Pour la créance du prix de licitation, le délai commence à courir *du jour de l'adjudication sur licitation* (art. 2109) ; c'est en effet cette adjudication qui fait sortir l'immeuble de l'indivision.

Il semble que le délai de soixante jours devrait toujours être réservé au copartageant créancier pour inscrire son privilège. Cependant on peut douter qu'il en soit ainsi. Il résulte, en effet, des termes précis de l'article 2146 du Code civil, que si, dans cet intervalle, le débiteur est déclaré en *faillite*

[1] Rien n'empêcherait du reste d'inscrire le privilège *avant même le partage*, si, durant les opérations du partage, une créance était née au profit des cohéritiers contre l'un d'eux (Civ. 15 janvier 1896, D. P. 96.1.441, note de M. de Loynes, § 1-2, S. 96.1.497, note de M. Tissier, § II).

ou en *liquidation judiciaire*, ou encore s'il meurt et que ses héritiers acceptent sa succession *sous bénéfice d'inventaire*, le privilège ne peut plus être inscrit une fois le jugement rendu ou la mort survenue.

Mais ce résultat est tellement choquant, il y a là un tel danger pour le copartageant, que nous croyons pouvoir nous refuser à l'accepter. A notre avis, le créancier conserve encore, malgré ces événements, le droit d'inscrire son privilège jusqu'à l'expiration des soixante jours. Et, en effet, à quoi servirait d'avoir limité à ce délai le droit d'inscription, si on en privait le créancier précisément dans les cas où il en a le plus besoin ? L'absurdité de ce résultat suffit à le condamner. Il n'y a d'ailleurs pas, à notre connaissance, de décisions de jurisprudence rapportées dans les recueils sur cette question.

Conséquences de l'inscription ou de la non-inscription dans le délai de soixante jours. — Quand il est inscrit dans le délai indiqué par l'article 2109, le privilège du copartageant prime tous les privilèges et hypothèques qui grèvent l'immeuble du chef du débiteur (art. 2109 *in fine*), à l'exception toutefois des privilèges généraux de l'article 2101, au cas d'insuffisance du mobilier (art. 2105).

Ainsi le privilège prime celui du copartageant qui aurait vendu sa part indivise dans les immeubles. De même l'inscription donne au copartageant un droit de préférence à l'encontre du créancier auquel le cohéritier débiteur aurait, durant l'indivision, hypothéqué sa part indivise d'un immeuble qui aurait ensuite été mise dans son lot (Civ., 15 janvier 1896, sol. implic., D. P. 96.1.441, S. 96.1.497, note de M. Tissier). Enfin, il prime les hypothèques légales qui grevaient les immeubles du débiteur au jour du partage.

Quand, au contraire, le privilège n'a pas été inscrit dans les soixante jours, il peut être encore utilement inscrit, mais il perd son rang de faveur, il *dégénère en une simple hypothèque*, ce qui veut dire qu'il ne prend rang, à l'égard des tiers, que du jour où il est inscrit. Il sera donc primé par un privilège ou une hypothèque légale ayant rang à une date antérieure, et par toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire inscrite auparavant (art. 2113).

2° Deuxième situation : Le copartageant débiteur a aliéné l'immeuble grevé du privilège. — Sous l'empire du Code civil, le créancier qui n'avait pas encore pris inscription de son privilège perdait le droit de suite à dater du moment précis de l'aliénation, car, par suite de l'abandon du régime de la loi de brumaire an VII, cette aliénation, même non transcrite, transférait à l'acquéreur la propriété *erga omnes*.

Nous avons dit ci-dessus, à propos du vendeur d'immeubles, comment l'article 834 du Code de procédure civile avait corrigé la rigueur de cette règle, en permettant aux créanciers hypothécaires et privilégiés de l'aliénateur de prendre inscription jusqu'à l'expiration d'un délai de quinzaine à partir de la transcription de l'acte d'aliénation.

La loi du 23 mars 1855 a abrogé cet article et édicté, dans son article 6,

une règle que nous connaissons déjà. En principe, le copartageant doit inscrire son privilège avant la transcription de l'acte d'aliénation. Mais, par mesure de faveur, et pour protéger le copartageant créancier. de même que le vendeur, contre une aliénation précipitée, le deuxième alinéa de l'article lui donne, comme au vendeur, un délai de *quarante-cinq jours à dater de l'acte de partage*, pendant lequel il peut inscrire son privilège, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai. Ainsi, la loi de 1855 protège le copartageant contre le risque que lui ferait courir la transcription d'une aliénation précipitée faite par son débiteur dans les premiers jours qui suivent le partage ou l'adjudication.

Mais pourquoi avoir établi, pour les deux situations qu'il y avait lieu de prévoir, deux délais différents, l'un de soixante, l'autre de quarante-cinq jours ? Il y a là à la fois une anomalie et une complication que rien ne peut justifier.

Le droit de préférence peut-il survivre au droit de suite ? — Supposons que le copartageant débiteur ait aliéné l'immeuble mis dans son lot, entre le quarante-cinquième et le soixantième jour, suivant l'acte de partage, et que la transcription de cette aliénation ait eu lieu avant l'inscription du privilège du copartageant. Celui-ci n'a plus le droit de suite, mais peut-il encore prendre inscription en vue de conserver son droit de préférence sur le prix ?

La question est controversée ; nous croyons qu'il faut la trancher comme pour le vendeur, à propos de qui nous l'avons rencontrée et résolue. Le privilège (et le droit de préférence en est l'élément essentiel) ne peut s'exercer sur un immeuble qu'à la condition qu'une inscription ait été prise en temps utile. Or, comment pourrait-on prendre utilement une inscription sur un immeuble qui n'est plus dans le patrimoine du débiteur ? (V. pourtant en sens contraire, Agen, 11 juin 1894, D. P. 94.2.336, S. 94.2.280.)

§3. — Privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers sur la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux exécutés.

Fondement et historique du privilège. — Ce privilège est fondé sur l'idée de la valeur mise dans le patrimoine du débiteur par les travaux exécutés sur l'immeuble. Aussi ne porte-t-il que *sur la plus-value* produite par ces travaux.

Quant à son origine, elle se trouve dans le Droit romain, lequel accordait un privilège aux reconstructeurs d'une maison détruite (1 D. *in quibus causis pignus*, XX, 2).

C'est notre ancienne jurisprudence qui a étendu la solution du Digeste à tous les travaux effectués sur un immeuble (Brodeau sur Louet, H, *Somm.*, 21, n° 3 ; Basnage, *Des hypothèques*, ch. XIV, p. 63).

De nos jours, ce privilège est, sinon tombé en désuétude, du moins peu utilisé, et cela pour une raison facile à comprendre. L'architecte ou l'en-

trepreneur, choisi par un propriétaire pour édifier ou réparer une construction, n'ose pas, avant même le commencement des travaux, comme le veut la loi, prendre une inscription sur l'immeuble, car cette mesure de défiance déterminerait probablement le propriétaire à lui retirer les travaux.

Examinons les points ci-après :

I. — A qui appartient le privilège ;

II. — Quelles créances il garantit ;

III. — Sur quoi il porte ;

IV. — Quelles sont les formalités exigées pour sa naissance et sa conservation ?

I. — A qui appartient ce privilège.

L'article 2103-4° le donne *à tous ceux, architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, qui édifient, reconstruisent ou réparent des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques.*

Par là, il vise tous ceux qui ont *traité directement* avec le propriétaire pour un travail de construction ou de réparation à faire sur un immeuble. Mais il ne vise que ceux-là, et non les sous-entrepreneurs ou ouvriers avec lesquels l'architecte ou l'entrepreneur a seul traité, et qui ne se trouvent pas être les créanciers du propriétaire. Cette distinction résulte du texte de l'article 2103 qui parle des ouvrages que *le propriétaire déclare avoir l'intention de faire.* Les ouvriers employés par l'entrepreneur jouissent du reste, on s'en souvient, d'une garantie qui leur est propre. L'article 1798 leur concède une *action directe* contre le propriétaire, jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. Cette action équivaut pour eux à un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de leur débiteur. Mais là s'arrête la faveur que leur accorde la loi. Quant au privilège de l'article 2103, c'est un droit qui fait partie du patrimoine de l'entrepreneur, et forme, comme tel, le gage commun de tous ses créanciers sans distinction, ni préférence.

II. — Créances garanties.

Le privilège ne concerne que *les travaux de construction*, entendus au sens le plus large, il est vrai, mais non les travaux purement agricoles, tels que le dessèchement des marais, le drainage des terrains imprégnés d'eau. Des lois spéciales (loi du 16 septembre 1807 sur le dessèchement des marais, art. 23 ; loi du 17 juillet 1856 sur le drainage, art. 3 et 4), ont d'ailleurs créé des privilèges pour ces cas spéciaux. Celui de l'article 2103-4° garantit *toutes les sommes dues par le propriétaire à ceux qu'il a chargés de l'exécution des travaux*, principal et accessoires, intérêts, frais des expertises et des inscriptions.

III. — Assiette du privilège.

Le privilège grève l'immeuble, mais il ne donne au créancier un droit de préférence que *sur la portion du prix représentant la plus-value produite par les travaux effectués.*

Pour fixer l'importance de cette plus-value, on se place, non pas au moment même où les travaux viennent d'être achevés, mais au moment où le créancier fait valoir son droit, c'est-à-dire à l'époque de l'aliénation volontaire ou forcée de l'immeuble. Or, il peut arriver qu'à ce moment la plus-value ait déjà diminué, parce que la valeur globale de l'immeuble aurait subi une dépréciation résultant de causes extérieures, telles, par exemple, que le déplacement du commerce d'un quartier dans l'autre. Cette dépréciation frappe, bien entendu, la plus value comme le reste de l'immeuble ; il faut en tenir compte.

En revanche, il peut arriver que la valeur de l'immeuble ait augmenté postérieurement aux travaux. Cet accroissement de valeur porte à la fois sur les travaux exécutés et sur l'immeuble ; il semble donc, à première vue, qu'il devrait élever le chiffre de la plus-value servant d'assiette au privilège. C'est la contre-partie logique de la règle édictée par l'article 2103. Elle n'est pas admise cependant. Les auteurs s'accordent ordinairement à dire que le privilège doit être limité à la *plus-value résultant des travaux*, formule qu'ils empruntent au 2e alinéa de l'article 2103-4°. Ce texte, en effet, déclare que le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le procès-verbal dressé dans les six mois de l'achèvement des travaux. Ces valeurs représentent donc le gage maximum du créancier. Mais, ajoute la suite du texte, elles peuvent se réduire, et, dans ce cas, le privilège ne porte plus que sur la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble. Le système de la loi paraît sans doute peu équitable, mais il est très clair. Il faut en tout cas l'accepter tel qu'il est.

IV. — Formalités concernant la naissance et la conservation du privilège.

Les formalités établies par la loi sont de deux sortes : les unes ont pour objet de fixer la plus-value sur laquelle s'exercera le droit de préférence ; les autres ont trait à la publicité.

1° **Formalités destinées à déterminer la plus-value.** — Elles consistent dans la *rédaction de deux procès verbaux*, dressés par un expert nommé d'office, sur la demande du constructeur, par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel l'immeuble est situé. La loi ne permet pas au constructeur de choisir lui-même cet expert ; elle ne permet même pas aux deux parties intéressées de le désigner d'un commun accord, parce qu'elle craint des complaisances d'un homme ainsi choisi et qu'elle prend en considération les intérêts des autres creanciers du propriétaire.

Des deux procès verbaux, le premier doit être rédigé *préalablement*, c'est-à-dire *avant le commencement des travaux*, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclare avoir dessein de faire. C'est la pièce indispensable pour permettre de fixer l'étendue du droit que donnera le privilège. Aussi, la Jurisprudence se montre-t-elle très

sévère sur l'observation de la condition requise par le texte. Elle décide que, si le procès-verbal n'est pas dressé *avant les travaux*, mais seulement après leur commencement, et à un moment où l'état primitif des lieux n'est plus reconnaissable, le privilège ne naît point, et que le constructeur ne peut même pas en invoquer le bénéfice pour la valeur des travaux exécutés postérieurement à la rédaction du procès-verbal. La Doctrine, suivie par quelques décisions de cours d'appel, a proposé cependant cette distinction qui paraît équitable (V. notamment, Rouen, 24 juillet 1895, sous Cass., S. 98.1.257, note de M. Demante, et la note de M. de Loynes, D. P. 94.1.225); mais la Cour de cassation l'a toujours repoussée (Civ., 30 décembre 1912 S. 1914.1.134). La solution ainsi consacrée par la Jurisprudence est évidemment rigoureuse. C'est souvent au cours des travaux, et quand il craint l'insolvabilité du propriétaire, que l'entrepreneur aurait le plus d'intérêt à faire dresser le premier procès-verbal, pour se réserver un droit de préférence sur les travaux restant à faire.

Quant au second procès-verbal, c'est un acte de réception des travaux, il est destiné à en constater l'importance. L'article 2103-4°, 1er al., veut qu'il soit dressé dans les six mois au plus de leur perfection.

2° **Formalités de publicité et rang du privilège.** — La publicité du privilège s'effectue par une double inscription au bureau de la conservation des hypothèques : 1° du procès-verbal constatant l'état primitif des lieux 2° du procès-verbal de réception.

L'article 2110, qui édicte cette règle, n'indique pas de délai. Il n'exige point, notamment, comme le faisait l'article 13 de la loi du 11 brumaire an VII, que le premier procès-verbal soit inscrit avant le commencement des travaux. De là est née une question délicate, au sujet de laquelle une divergence, qui s'est produite entre les Cours d'appel et la Cour de cassation, a obligé cette dernière à rendre un arrêt solennel, toutes chambres réunies. Mais avant de l'aborder, commençons par dire quel est le rang du privilège, lorsque la première inscription a été prise préalablement aux travaux et la seconde à la suite de leur achèvement.

A lire le texte de l'article 2110, le privilège prendrait rang à la date de l'inscription du premier procès-verbal ; mais cette formule est incontestablement inexacte. Il faut dire que le constructeur jouit, sur la partie du prix représentant la plus-value produite par l'ouvrage, d'un droit de préférence, *opposable à tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires du propriétaire*, sauf naturellement aux créanciers à privilèges généraux. Ainsi, le constructeur sera payé avant les copartageants créanciers, s'il s'agit d'un immeuble adjugé au propriétaire à la suite d'une licitation, et avant le vendeur de l'immeuble. De même, il sera payé avant les créanciers à hypothèque légale prenant rang à une date antérieure au commencement des travaux.

Mais que décider lorsque l'inscription du premier procès-verbal n'a eu lieu qu'au cours de l'exécution de l'ouvrage ? La question a été fort discutée. Voyons bien d'abord comment elle se pose. Il s'agit de savoir si le construc-

teur conservera son droit de préférence sur la plus-value totale produite par les travaux, ou si, au contraire, il se limitera dans ce cas à la plus-value résultant des travaux postérieurs à l'inscription.

Que le constructeur puisse invoquer son privilège *sur la plus-value postérieure* à l'inscription, à l'encontre de tous les créanciers même antérieurement inscrits, cela ne nous paraît pas discutable. Du jour où l'inscription vient les avertir, les créanciers n'ont plus à compter sur l'augmentation produite par les travaux qui seront faits à partir de ce moment.

La question ne se pose donc que pour les constructions édifiées avant le moment où le procès-verbal a été inscrit. Ici encore, il y a lieu de faire une distinction. Il n'y a pas de doute pour les créanciers hypothécaires dont le droit est né depuis le commencement de l'ouvrage et a été inscrit le premier. Ceux-là ont compté légitimement sur la valeur des travaux en cours comme élément de leur gage ; il serait injuste de les en priver. Il ne peut y avoir hésitation que pour les hypothèques nées et inscrites antérieurement. Pour celles-ci, en effet, on peut dire que les créanciers qu'elles garantissent n'ont pas pris en considération, au moment où leur droit est né, des constructions qui n'étaient pas alors commencées, et que, dès lors, le privilège du constructeur doit les primer pour la totalité de la plus-value résultant de l'ensemble des constructions, tant antérieures que postérieures à l'inscription. La Cour de Paris avait adopté ce système par un arrêt du 2 avril 1890, que la Chambre civile cassa le 12 décembre 1893 (D. P. 94.1.225, note de M. de Loynes, S. 94.1.217). La Cour de Rouen, devant qui l'affaire fut renvoyée, se prononça dans le même sens que la Cour de Paris, le 24 juillet 1895. Mais la Cour de cassation, toutes Chambres réunies, maintint sa première interprétation par un arrêt du 31 janvier 1898 (D. P. 98.1.233. note de M. de Loynes, S. 98.1.257, note de M. Gabriel Demante). Se fondant sur les termes formels de l'article 2110, elle décida que le privilège est conservé *à la date de l'inscription du premier procès-verbal.* On peut ajouter que l'article 2113 vient corroborer cette solution, car il en résulte que, lorsque le privilège n'est pas inscrit au temps fixé, il dégénère en hypothèque et ne date que de l'époque de l'inscription.

En ce qui concerne le second procès-verbal, la question s'est également posée de savoir s'il doit être *inscrit* dans le délai de six mois prescrit pour sa confection par l'article 2103. L'article 2110 ne dit rien de semblable, et on peut interpréter son silence en faveur de la négative. Qu'importe, en effet, peut-on dire, que ce procès-verbal soit inscrit à l'expiration du délai, ou seulement après, puisque les tiers sont déjà avertis de l'existence du privilège par la première inscription ? Il serait bien dur d'enlever son droit de préférence au constructeur, et d'en faire un simple créancier hypothécaire ayant rang au jour où cette seconde inscription aurait lieu. Autant dire qu'on lui enlèverait, pour défaut d'accomplissement d'une formalité d'ordre subsidiaire, tout le bénéfice de son privilège. Une telle rigueur ne saurait se comprendre, alors que l'article 2110 reste muet sur la question.

Pourtant, nous déciderons que la faillite ou la mort du propriétaire suivie d'acceptation bénéficiaire, ou la transcription d'une aliénation de l'immeuble

privent le constructeur du droit de prendre sa seconde inscription, une fois les six mois expirés. Après ces événements, en effet, aucune inscription n'est plus possible. Quelques auteurs se montrent cependant moins rigoureux ; mais c'est, croyons-nous, faire trop bon marché des termes formels de l'article 2146 du Code civil et de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855.

§ 4. — Séparation des patrimoines.

Notion sommaire. — Quand un héritier accepte purement et simplement une succession, les biens héréditaires se confondent avec les siens propres et deviennent le gage de ses créanciers. Cette confusion constitue un grave danger pour les créanciers de la succession et les légataires, car, si l'héritier est insolvable, ils courent le risque de n'être pas intégralement payés par suite du concours des créanciers personnels de celui-ci. Pour parer à ce danger, la loi donne aux créanciers du défunt et à ses légataires le droit de demander la *séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier* ; de cette façon, ils se feront payer, sur le patrimoine héréditaire, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. La séparation des patrimoines est donc essentiellement un bénéfice consistant, pour les créanciers héréditaires et les légataires, en *un droit de préférence sur la valeur des biens héréditaires*. Ce bénéfice porte à la fois sur les meubles et sur les immeubles.

En principe, il doit être demandé par les créanciers et les légataires, au moment même où le prix des biens héréditaires va être distribué. Cependant, d'après une jurisprudence constante, il existe de plein droit, sans qu'il soit besoin que les intéressés le demandent, dans deux cas : 1° Lorsque le défunt est déclaré en faillite ; 2° Lorsque l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire ; en effet cette acceptation empêche la confusion des biens héréditaires avec ceux de l'héritier (art. 802, 3e al.), et comporte la liquidation collective de l'hérédité (art. 805 et s.).

La Jurisprudence décide que la séparation des patrimoines découlant de l'acceptation bénéficiaire se produit même s'il y a plusieurs héritiers, dont quelques-uns acceptent purement et simplement et les autres sous bénéfice d'inventaire. Y eût-il un seul héritier qui eût recours au bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines se réalise au profit des créanciers et légataires pour toute la succession, et subsiste même après que les biens ont été partagés. Elle subsisterait également si l'héritier bénéficiaire venait à être déchu de son bénéfice, parce que, dès le moment où s'est produite l'acceptation de l'héritier, la séparation des patrimoines constitue, pour les créanciers et légataires, un droit acquis dont une faute de l'héritier ne doit point pouvoir les dépouiller (Civ., 18 juin 1833, S. 33.1.730 ; 3 août 1857, D. P. 57.1.336, S. 58.1.286 ; 11 janvier 1882, D. P. 82.1.364, S. 84.1.317 ; 20 juin 1908, D. P. 1908.1.575, S. 1912.1.499).

La séparation des patrimoines perd donc, dans le cas d'acceptation bénéficiaire (et aussi dans celui de faillite), le caractère individuel qui lui appartient en général. Elle devient alors, mais alors seulement, une mesure

collective profitant de plein droit à tous les créanciers de la succession et aux légataires.

Le Code civil traite de la séparation des patrimoines en deux passages différents. D'abord, au titre des *Successions*, dans les articles 878 à 881. Au titre des *Privilèges et hypothèques*, ni l'article 2102, relatif aux privilèges sur les meubles, ni l'article 2103, concernant les privilèges immobiliers, ne parlent de cette institution qui constitue pourtant un droit de préférence ; mais dans la section IV du même titre, où le Code traite de la façon dont se conservent les privilèges sur les immeubles, l'article 2111 cite la séparation des patrimoines comme constituant un privilège, et nous dit quelles sont les formalités requises pour sa conservation.

Nous ne nous occupons ici de cette institution qu'en tant qu'elle constitue un *privilège portant sur les immeubles de la succession*.

I. — A qui appartient ce privilège ?

II. — Quelle est sa nature véritable ?

III. — Formalités requises pour sa conservation, et rang du privilège.

I. — A qui appartient le privilège ?

La loi accorde le bénéfice de la séparation des patrimoines : 1° aux créanciers héréditaires (art. 878) ; 2° aux légataires (art. 2111).

1° Les *créanciers chirographaires* du défunt sont évidemment les plus intéressés à l'invoquer. Cependant, les créanciers ayant une *hypothèque* inscrite sur un des immeubles successoraux ont eux-mêmes intérêt à demander la séparation car ils pourront ainsi jouir d'un droit de préférence sur les autres immeubles et sur les meubles de la succession. Bien plus, ils y ont un double avantage même en ce qui concerne l'immeuble qui leur est affecté comme garantie.

A. — Tout d'abord, à supposer que le créancier hypothécaire prenne inscription après le décès de son débiteur dont la succession a été acceptée purement et simplement, les hypothèques générales nées du chef de l'héritier à une date antérieure à celle de l'inscription, par exemple, l'hypothèque légale de sa femme ou d'un mineur dont il serait tuteur, primeraient celle du créancier du défunt, s'il ne pouvait se prévaloir que de son hypothèque. Au contraire, la séparation des patrimoines lui permet, comme créancier privilégié, de primer l'hypothèque de la femme ou du pupille de l'héritier (Grenoble, 11 mars 1854, S. 54.2.737 ; Aix, 14 mars 1900, D. P. 1902.2.129, note de M. de Loynes, S. 1902.2.303).

B. — Un second intérêt, pour le créancier hypothécaire, à se prévaloir de la séparation des patrimoines, résulte de l'article 2151 du Code civil, aux termes duquel le créancier (hypothécaire) inscrit a le droit d'être colloqué, *pour trois années seulement d'intérêts*, au même rang que pour le capital. Au contraire, la séparation des patrimoines donne au créancier séparatiste comme tel un droit de préférence opposable aux créanciers de l'héritier, *pour tous les intérêts à lui dus par le défunt*, même pour ceux qui ne seraient pas conservés par son inscription hypothécaire.

2° Les *légataires* du défunt ont également le droit d'invoquer la séparation des patrimoines pour éviter que les créanciers personnels de l'héritier n'absorbent l'actif successoral qui doit servir à acquitter leurs legs. Par *légataires* (art. 2111), il faut évidemment entendre les *légataires de sommes d'argent à titre particulier*. Quand il s'agit, en effet, de legs de corps certains, ces objets, devenant la propriété des légataires au jour du décès, ne peuvent pas être saisis par les créanciers de l'héritier. Quant aux légataires universels ou à titre universel, ce sont de véritables héritiers ; ce n'est pas pour eux, par conséquent, que la séparation des patrimoines a été instituée.

II. — Quelle est la nature véritable de la séparation des patrimoines ?

La question de savoir si la séparation des patrimoines constitue un simple *droit de préférence*, opposable seulement aux créanciers de l'héritier, ou un vrai *privilège*, emportant en outre *le droit de suite*, c'est-à-dire le droit de saisir les immeubles héréditaires, même quand ils ont été aliénés par l'héritier, et se trouvent en la possession d'un tiers, est une des plus célèbres de notre matière. Doctrine et Jurisprudence[1] l'ont résolue dans un sens opposé.

La Doctrine soutient en général que la séparation des patrimoines se réduit à un simple droit de préférence ; elle ne permet donc pas aux créanciers séparatistes de poursuivre les immeubles aliénés par l'héritier. Elle invoque en ce sens, à la fois une tradition historique non douteuse, et les textes du Code civil.

Pour comprendre l'argument tiré de la tradition, il faut retracer rapidement l'évolution subie par l'institution, depuis le Droit romain jusqu'à nos jours (note de M. Capitant sous Aix, 4 décembre 1893, P. F. 95.2.321). En Droit romain, la *separatio bonorum* était une *mesure collective* que les créanciers héréditaires pouvaient demander au moment où il était procédé à la vente des biens de l'héritier insolvable, vente qui, à Rome, présentait le caractère d'une procédure d'ensemble, analogue à ce qu'est de nos jours la liquidation des biens d'un failli. Grâce à la *separatio bonorum*, les biens de la succession restaient à l'état de masse distincte, et l'on procédait à leur vente et à la distribution du prix entre les seuls créanciers héréditaires. La *separatio* n'était donc qu'un *mode de liquidation*, organisé pour empêcher le concours des créanciers de l'héritier avec ceux de la succession. Elle cessait d'être possible lorsque l'héritier avait aliéné les immeubles héréditaires, et ne pouvait, par conséquent, être invoquée contre l'acquéreur. Mais cette aliénation n'était pas à craindre, car la procédure de la *venditio bonorum* dépouillait le débiteur du droit de vendre.

En passant dans notre ancien Droit, l'institution avait conservé son carac-

1. La Cour de cassation n'a statué qu'une fois sur cette question par un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 juillet 1870 D. P. 71.1.352, S 72.1.153, note de M. Labbé. V. dans le même sens, Aix, 4 décembre 1893 D. P. 95.2.273, note de M. de Loynes S. 96.2.17, note de M. Tissier, P. F. 95.2.321 ; *contra*, Montpellier, 26 novembre 1923, Gaz.-Pal., 17 janvier 1924).

tère traditionnel ; mais, de collective, elle était devenue une mesure purement individuelle, qui devait être réclamée par chaque créancier. Cela tient à la transformation qui s'était faite dans le mode de liquidation des biens des insolvables non commerçants, la notion de faillite civile ayant complètement disparu de notre ancien Droit. Dès lors, chaque créancier héréditaire était obligé de demander la séparation pour son propre compte, chaque fois qu'un bien héréditaire venait à être saisi et qu'il s'agissait d'en distribuer le prix. La séparation des patrimoines continua au surplus à n'être qu'une mesure de défense contre les créanciers de l'héritier : il est certain qu'elle ne pouvait s'exercer sur les biens vendus par ce dernier (V. Lebrun, *Traité des successions*, liv. 4. ch. 2, sect. 1, n° 4; Pothier, *Traité des successions*, ch. 5, art. 4).

Du reste, la séparation des patrimoines semble avoir été peu employée dans notre ancien Droit. Peut-être faut-il en chercher la raison dans ce fait que la plupart des créanciers jouissaient d'une hypothèque générale sur tous les biens de leur débiteur, parce que leur titre était le plus souvent un acte notarié, et que, d'autre part, les légataires avaient une hypothèque sur les immeubles héréditaires.

Les rédacteurs du Code civil ont-ils voulu modifier le caractère de la séparation des patrimoines, en faire un privilège muni du droit de suite, effet qu'elle n'avait jamais produit auparavant ? Quand on lit les articles 878 et suivants, on peut sans hésiter répondre négativement. L'article 880, 2e al., en particulier, déclare qu'à l'égard des immeubles, l'action ne peut être exercée qu'*autant qu'ils existent dans la main de l'héritier*. Peut-on se montrer plus précis ?

La Jurisprudence, il est vrai, répond que les rédacteurs du Code ont plus tard modifié leur conception, et qu'en écrivant l'article 2111, ils ont manifesté leur changement de point de vue. Cet article qualifie, en effet, la séparation de *privilège* : or, les privilèges immobiliers donnent tous le droit de suite. En outre, l'article 2113 viendrait encore préciser le sens de l'innovation, puisque, d'après ce texte, la séparation des patrimoines, comme tout privilège immobilier, *dégénère en hypothèque* quand elle n'est pas inscrite dans le délai fixé. Comment, dit-on, la séparation *non dégénérée* n'entraînerait-elle pas de droit de suite, alors que, *dégénérée*, elle doit certainement engendrer ce droit, un tel effet devant être nécessairement attaché à une sûreté que la loi assimile à une hypothèque ?

Mais ces deux arguments, dont les arrêts se sont contentés, n'ont qu'une force apparente. Ils perdent toute valeur quand on réfléchit que la section IV, dans laquelle se trouvent les deux articles précités, a trait à la *conservation du droit de préférence* résultant des privilèges immobiliers, et laisse de côté le droit de suite, c'est-à-dire le cas où il y a eu aliénation de l'immeuble grevé. Les textes de cette section n'ont qu'un objet : déterminer la façon dont les créances privilégiées conservent *leur droit de préférence* à l'encontre des créanciers du débiteur, et non pas régler le conflit entre ces créanciers et les tiers acquéreurs, point de vue tout différent dont il n'a été traité que dans la loi du 23 mars 1855. Dès lors, quand l'article 2111 qualifie la sépa-

ration des patrimoines de privilège, quand l'article 2113 la compare à une hypothèque, l'un et l'autre *ne visent que le concours des créanciers héréditaires avec ceux de l'héritier*. Ajoutons enfin qu'il était déjà d'usage dans notre ancien Droit de qualifier de privilège la séparation des patrimoines, sans que cette qualification eût jamais fait mettre en doute le caractère de l'institution.

Il reste, il est vrai, une autre objection qu'a relevée l'arrêt de la Chambre des requêtes du 27 juillet 1870. N'est-il pas illogique d'admettre que l'héritier puisse, par une vente, anéantir un droit qu'il ne pourrait entamer par une hypothèque ? Il est bien certain en effet que les hypothèques consenties par lui sur un immeuble héréditaire ne modifieraient en rien l'effet de la séparation des patrimoines. Mais, à cette objection on peut répondre que cet illogisme, si illogisme il y a, a été voulu par le législateur. Celui-ci a jugé qu'il faisait assez pour les créanciers héréditaires et les légataires en leur donnant un moyen d'écarter le concours des créanciers personnels de l'héritier. Au surplus, l'aliénation de l'immeuble successoral est en réalité moins dangereuse pour les créanciers que l'hypothèque, car, en cas d'aliénation, ils pourront invoquer le droit de préférence résultant pour eux de la séparation des patrimoines sur le prix, tant que celui-ci restera dû à l'héritier.

En résumé, à consulter la tradition et les textes du Code, on peut affirmer que la séparation des patrimoines n'a jamais été, et ne devrait être, aujourd'hui, qu'un droit de préférence et rien de plus.

Quelles sont donc les raisons profondes qui ont déterminé la Jurisprudence à abandonner, en se fondant sur de si faibles arguments, la solution traditionnelle ? Il est aisé de les découvrir. Elles sont au nombre de deux.

En premier lieu, on peut dire qu'en perdant le caractère de mesure collective de liquidation qu'elle avait en Droit romain, la séparation des patrimoines, si elle n'engendrait qu'un droit de préférence, aurait cessé d'être une garantie vraiment efficace pour les créanciers et les légataires. En effet, la séparation des patrimoines *ne dessaisit pas* l'héritier comme le faisait la *separatio bonorum*. Rien n'empêche aujourd'hui l'héritier de vendre, dès le lendemain de l'ouverture de la succession, les immeubles héréditaires. Les créanciers héréditaires n'ont pas de moyen de s'opposer à cette aliénation, la séparation des patrimoines ne modifiant en rien les droits de l'héritier sur les biens. Pour protéger les créanciers et légataires contre un tel risque, pour renforcer l'effet protecteur de l'institution, la Jurisprudence devait donc lui attacher le droit de suite, et la transformer en un véritable privilège.

En second lieu, si la séparation des patrimoines ne constituait qu'un simple droit de préférence, il en résulterait pour les créanciers, par rapport aux légataires, une criante injustice. Nous verrons bientôt en effet que les légataires jouissent, comme garantie du paiement de leur legs, d'une *hypothèque légale* sur les immeubles successoraux (art. 1017, al. 2). A cette hypothèque, comme à toutes autres, est attaché le droit de suite : c'est du moins l'opinion générale. Comment dès lors, refuser aux créanciers qui, eux, *certant de damno vitando*, un droit de suite sur les immeubles héréditaires que la loi accorde aux bénéficiaires d'une libéralité du défunt ?

III. — Formalités requises pour la conservation de la séparation des patrimoines sur les immeubles, et rang qu'elles donnent aux créanciers et légataires.

Les formalités varient suivant qu'il y a eu acceptation pure et simple de la succession, ou acceptation sous bénéfice d'inventaire.

1° Acceptation pure et simple de la succession. — Les créanciers et légataires doivent prendre une inscription sur chacun des immeubles héréditaires, *dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.*

A. — S'ils se conforment à cette prescription, les créanciers et légataires acquièrent un droit de préférence opposable à tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'héritier, sauf pourtant à ceux ayant un privilège général sur les immeubles (V. cep. en sens contraire : Grenoble, 12 février 1909, sol. impl., D. P. 1909.2.321, S. 1910.2.1). L'article 2111, 2e alinéa, constate ce résultat en ces termes : « Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires. »

Mais les créanciers et légataires jouissent-ils toujours de ce délai de six mois pour prendre leur inscription ?

Deux hypothèses peuvent se présenter :

a) Avant l'expiration des six mois, l'héritier tombe en faillite ou en liquidation judiciaire, ou bien il meurt et sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire.

L'article 2146 décide, nous l'avons vu, que les inscriptions prises après l'un de ces événements ne produisent aucun effet. Devons-nous appliquer ici cette règle ? A lire le texte de l'article 2146, il faudrait répondre affirmativement, car il ne fait aucune réserve. Mais une telle solution paraît vraiment illogique. La loi donne aux créanciers et légataires six mois pour inscrire leur privilège, parce que, précisément, elle veut qu'ils puissent se rendre compte de la solvabilité de l'héritier. Or, on les en priverait justement à l'heure où l'insolvabilité se manifeste ! Ne serait-ce pas aller contre le but même de la loi ? Aussi, un arrêt de la Cour de Bordeaux a-t-il décidé que les créanciers conservent le droit de prendre inscription, malgré l'arrivée des événements susvisés, tant que le délai de six mois n'est pas expiré (Bordeaux, 19 février 1895, D. P. 96.2.276, S. 96.2.27).

b) Avant l'expiration des six mois, un des immeubles héréditaires a été aliéné et l'acte d'aliénation a été transcrit. Le droit d'inscrire utilement leur privilège subsiste-t-il pour les créanciers séparatistes pendant le reste du délai de six mois ? L'article 6 de la loi du 23 mars 1855 nous contraint à donner ici une solution contraire à la précédente. Du moment qu'aucune inscription ne grève l'immeuble au moment où, par l'effet de la transcription, il entre *erga omnes* dans le patrimoine de l'acquéreur, il y entre libre de tous privilèges et hypothèques nés du chef de l'aliénateur. A cette règle l'article 6 n'apporte d'exceptions qu'au profit du vendeur et du copar-

tageant, mais non des créanciers et des légataires successoraux. Donc ceux-ci ne peuvent pas, par une inscription tardive, faire renaître un droit de suite qu'ils n'ont jamais eu.

Reste à se demander si, dans cette situation, les créanciers et légataires ne pourraient pas encore invoquer leur droit de préference sur la créance, du prix. Il faut distinguer. Oui, s'il s'agit d'une aliénation volontaire, et si le créancier séparatiste n'a comme adversaires que des créanciers chirographaires de l'héritier, car ces derniers ne peuvent pas se prévaloir du défaut d'inscription, et le créancier séparatiste peut invoquer contre eux la subrogation réelle en vertu de laquelle le prix est subrogé à l'immeuble dans la succession. (En ce sens Caen, 9 février 1860, D. P. 60.2.193).

Mais si, au contraire, le créancier séparatiste se trouve à la suite d'une aliénation forcée de l'immeuble en conflit avec des créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'héritier, il ne pourra pas invoquer son droit de préférence sur la créance du prix, car un privilège immobilier ne peut être opposé aux autres créanciers privilégiés ou hypothécaires, qu'à la condition d'avoir été inscrit en temps utile ; sinon, il est inexistant, et ne peut dès lors engendrer un droit de préférence.

B. — Lorsque les créanciers et légataires ont laissé écouler le délai de six mois sans prendre inscription, ils peuvent encore inscrire leur privilège à la condition qu'aucun des événements ci-dessus indiqués ne se soit produit. Mais cette inscription tardive ne produit plus alors qu'un effet restreint. Elle ne donne rang au privilège des inscrivants qu'*à dater du jour même où elle est prise* ; dès lors, leur privilège est primé par toutes les inscriptions antérieures (art. 2113) qui auraient pu être prises à raison de privilèges ou d'hypothèques nés contre l'héritier, en même temps que par les hypothèques légales (femme, mineur) pesant sur l'ensemble des biens de celui-ci.

Créancier hypothécaire du défunt. — Le créancier du défunt ayant une hypothèque inscrite sur les immeubles de la succession, est-il obligé de prendre inscription de la séparation des patrimoines ? Un arrêt ancien de la Cour de cassation (Req., 30 novembre 1847, D. P. 48.1.41, S. 48.1.17) décide qu'il en est dispensé, du moins en ce qui concerne les immeubles hypothéqués. En effet, son droit ayant été déjà publié, à quoi servirait une nouvelle publicité, qui n'apprendrait rien de plus aux tiers ? Cependant les Cours d'appel ont plusieurs fois statué en un sens contraire (Grenoble, 12 février 1909, D. P. 1909.2.321, note de M. Magnol, S. 1910.2.1, note de M. Wahl ; Aix, 14 mars 1900, D. P. 1902.2.129, note de M. de Loynes, S. 1902.2.303), bien qu'on ne voie pas à quoi peut servir une nouvelle inscription sur les immeubles déjà hypothéqués au profit du créancier héréditaire.

2° **Acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire.** — Rappelons que, d'après la Jurisprudence, au cas où la succession du défunt est acceptée sous bénéfice d'inventaire, cette acceptation entraîne de plein

droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession et des légataires.

La Jurisprudence en conclut que les créanciers n'ont pas besoin alors de prendre l'inscription prescrite par l'article 2111 (V. les arrêts ci-dessus cités : Civ., 18 juin 1833, 3 août 1857, 11 janvier 1882 ; *adde* Metz, 25 juillet 1865, D. P. 65.2.157, S 66.2.249, note de M. Labbé).

En cas de pluralité d'héritiers, il résulte de la solution précédente, combinée avec celle qui fait résulter une séparation générale des patrimoines d'une acceptation bénéficiaire émanant d'un seul héritier, une conséquence logique, mais peu pratique. C'est que, si l'un des héritiers, ayant accepté purement et simplement la succession pour son compte, concède une hypothèque sur un immeuble mis dans son lot, cette hypothèque sera primée par les créanciers successoraux et les légataires, quand bien même ceux-ci auraient négligé d'inscrire le privilège découlant à leur profit de la séparation des patrimoines.

§ 5. — Privilèges immobiliers résultant de lois spéciales [1].

Quelques autres privilèges immobiliers ont été créés par des lois spéciales. Ce sont :

1° Le privilège garantissant le paiement de l'indemnité due à l'Etat ou au cessionnaire pour *travaux de dessèchement* des marais, sur la plus-value procurée aux terrains (Loi du 16 septembre 1807 relative au dessèchement des marais, art. 23 .

2° Le privilège sur les *terrains drainés* pour le remboursement des avances de l'Etat, des syndicats, ou des particuliers, et le prix des travaux dus aux entrepreneurs (Loi du 17 juillet 1856 sur le drainage, art. 3, 4). Ce privilège n'est opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs que pour la plus-value résultant des travaux.

3° Le privilège sur la *concession de mine* en faveur de ceux qui ont fourni des fonds pour les recherches ou les travaux de construction ou confection de machines nécessaires à l'exploitation (Loi du 21 avril 1810, concernant les mines, art. 20).

4° Le privilège du d*omanier* pour le remboursement de la plus-value procurée à l'immeuble par les édifices et superfices par lui construits, en cas de bail à comptant (Loi du 8 février 1897, portant modification de la loi du 6 août 1791 sur les domaines congéables, (art. 5, 2e al.).

5° Le privilège du *Trésor public* sur les *immeubles des comptables de l'Etat*, acquis à titre onéreux, par eux ou leurs femmes, depuis leur nomination (Loi du 5 septembre 1807, art. 4). Ce privilège n'appartient qu'à l'Etat, non aux autres personnes administratives.

6° Le privilège du *Trésor* sur les *immeubles des condamnés*, pour le recouvrement des *frais de justice* (Loi du 5 septembre 1807, art. 3 et 4) A la différence des précédents, ce privilège ne prend rang qu'au jour de son inscription.

1. Voir la liste de ces privilèges au petit Code civil Dalloz, sous l'article 2.203.

7° **Le privilège** accordé par l'article 5, 7e alinéa, de la loi du 17 avril 1919, **sur** la réparation des dommages causés par les faits de guerre, pour le *remboursement des avances faites par l'Etat aux propriétaires d'immeubles bâtis* **qui consentent** au remploi dans les conditions indiquées par l'article 5.

§ 6. — Classement des privilèges sur les immeubles.

Les conflits entre privilèges sur les immeubles sont peu difficiles à trancher.

Rappelons tout d'abord qu'en vertu de l'article 2105, les créances garanties par les *privilèges généraux* de l'article 2101, qui n'ont pas pu être payées sur le mobilier, viennent au premier rang, avant tous les privilèges spéciaux, sur le prix des immeubles. Ce résultat est parfois choquant, notamment, lorsqu'il fait passer les créanciers à privilège général de l'acheteur avant le vendeur, sur le prix de l'immeuble vendu, ou avant les créanciers héréditaires et les légataires sur les immeubles recueillis par le débiteur dans une succession. Mais ces solutions sont imposées par le texte de l'article 2105[1].

Quant aux conflits *entre privilèges spéciaux* sur les immeubles, ils sont rares. Il n'y en a pas de possible, tout d'abord, entre vendeur et copartageant, car ces deux privilèges supposent chacun une aliénation, et ces aliénations ne peuvent être que successives. Donc, les privilèges s'exerceront respectivement dans l'ordre des aliénations. Supposons, par exemple, que l'acheteur d'un immeuble non encore payé vienne à décéder, laissant plusieurs héritiers qui procèdent entre eux à un partage. Il est bien évident que le privilège du vendeur primera celui des cohéritiers copartageants. Si, au contraire, le cohéritier, débiteur d'une soulte ou d'un retour de lot, a vendu un immeuble mis dans son lot, c'est le privilège du copartageant qui passera le premier. Il ne s'agit pas, dans ces deux cas, de conflit proprement dit, pas plus qu'il ne peut y avoir conflit entre les privilèges de vendeurs successifs. Le débiteur d'une créance privilégiée sur un immeuble ne saurait évidemment acquérir lui-même, sur le même immeuble, par suite d'une opération postérieure, un privilège préférable au précédent.

Le conflit peut, au contraire, se produire entre le privilège du constructeur et celui du vendeur, ou du copartageant, ou du créancier héréditaire invoquant la séparation des patrimoines, lorsque l'acheteur, le copartageant ou l'héritier a fait faire des travaux sur l'immeuble grevé. En pareil cas, c'est, à notre avis, le privilège du constructeur qui doit passer en première ligne sur le montant de la plus-value, car cette plus-value est son œuvre ; les autres créanciers s'enrichiraient à ses dépens en exerçant leurs droits avant lui sur cette valeur[2].

1. Par exception, le privilège général du Trésor pour la contribution sur les bénéfices de guerre s'exerce après les privilèges spéciaux sur les immeubles (art. 6, loi du 10 août 1922).

2. Le privilège donné à l'Etat par la loi précitée du 17 avril 1919 est inscrit au premier rang des privilèges réglementés par l'article 2103. Il prime tous les autres privilèges immobiliers et d'une façon générale, tous les droits réels existants sur l'immeuble (art. 5, 7e al. et art. 10, 7e al. de la loi).

Reste enfin à dire un mot du *concours des créanciers ayant privilège sur un immeuble avec les créanciers hypothécaires inscrits sur le même immeuble.* Nous n'avons ici qu'à reproduire les explications que nous avons déjà données en étudiant chacun des privilèges. *Le privilège passe avant toutes les hypothèques qui grèvent l'immeuble du chef du débiteur*, quelle que soit la date à laquelle ces hypothèques prennent rang, et quand bien même elles pourraient, comme une hypothèque judiciaire, ou l'hypothèque légale de la femme mariée, ou celle du mineur, remonter à une date antérieure à l'acte qui a donné naissance au privilège.

On comprend dès lors combien est imparfaite la formule employée par l'article 2106 pour fixer le rang des privilèges : « Ils ne produisent effet, dit-il, qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription *et à compter de la date de cette inscription.* » Les auteurs ont cherché en vain à expliquer cette formule et à la concilier avec celle de l'article 2096 : « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges. » C'était un effort bien inutile. L'article 2106 contient en réalité une erreur de rédaction. L'inscription des privilèges spéciaux (au moins des privilèges du Code civil) ne produit qu'un effet conservatoire : elle maintient au privilège son rang antérieur qui le rend préférable à toutes hypothèques nées du chef du débiteur, même à celles qui remonteraient à une date antérieure à la date où l'immeuble est entré dans le patrimoine de ce débiteur.

Cependant il y a lieu de faire deux observations :

1° Si le privilège prime toutes les hypothèques nées du chef du débiteur, il passe, au contraire, bien entendu, après celles qui grevaient cet immeuble du chef du créancier privilégié. Par exemple, lorsqu'un propriétaire a hypothéqué son immeuble, et qu'il le vend ensuite, il est clair que, si cet immeuble est saisi entre les mains de l'acheteur, le privilège du vendeur passera après les hypothèques concédées par lui-même antérieurement à la vente.

2° Même à l'égard des ayants cause du propriétaire actuel, le privilège peut être primé par certaines hypothèques. Il en est ainsi au moins pour certains créanciers privilégiés, le copartageant, le créancier séparatiste, l'architecte ou entrepreneur, lorsque ceux-ci n'ont pas pris leur inscription dans le délai prescrit par la loi. Alors, on se souvient qu'aux termes de l'article 2113, le privilège peut encore être inscrit, mais qu'il *dégénère en hypothèque*, c'est-à-dire qu'il ne donne rang au créancier qu'à dater de son inscription. Il sera donc (sauf controverse pour le privilège des architectes et entrepreneurs) primé par les hypothèques inscrites dans l'intervalle par des ayants cause du débiteur.

CHAPITRE VIII

HYPOTHÈQUES

SECTION I. — De l'hypothèque en général.

Définition. Notions générales. — L'hypothèque, droit réel accessoire, attaché à une créance, et grevant un immeuble, donne au créancier non payé à l'échéance le droit de saisir l'immeuble, en quelques mains qu'il se trouve (*droit de suite*), et de se faire payer *par préférence* sur le prix.

On voit par cette définition que l'hypothèque est un mode de crédit foncier fort commode. Elle permet au propriétaire d'un immeuble de se procurer, par la constitution d'une ou plusieurs hypothèques successives, un capital représentant tout ou partie de la valeur de l'immeuble, et cela sans en perdre la jouissance ni le droit de l'aliéner, en un mot sans abandonner aucun des attributs de la propriété. Il semble, il est vrai, que le débiteur qui a hypothéqué son immeuble ne trouvera plus aisément à le vendre, car un tiers ne se souciera guère d'acquérir un bien grevé d'une telle charge. Mais nous verrons que le législateur a depuis fort longtemps remédié à cet inconvénient, en donnant à l'acquéreur le droit de *purger* l'immeuble des hypothèques qui le grèvent.

Pour que l'hypothèque rende tous les services dont elle est susceptible, il est nécessaire d'organiser d'une façon efficace une double publicité :

1° La publicité des *aliénations immobilières et des charges, usufruit, servitudes, baux*, etc., qui peuvent grever un immeuble. En effet, la première préoccupation d'un capitaliste, auquel un emprunteur offre une hypothèque sur son immeuble, est de s'assurer que ce débiteur est bien propriétaire de l'immeuble, et de connaître les charges foncières ou autres qui le grèvent.

Nous savons que cette publicité est organisée chez nous, mais d'une façon encore imparfaite, par la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit précédemment à ce sujet (V. notre t. I^er^, p. 950 et s.).

2° La publicité des *privilèges et des hypothèques* qui grèvent l'immeuble. Cette publicité est peut-être encore plus indispensable que la précédente, tant pour le prêteur que pour celui qui se propose d'acquérir l'immeuble.

Organisée par le Code civil qui, sur ce point, avait reproduit la réforme déjà réalisée par le Droit révolutionnaire dans les lois de messidor an III, et du 11 brumaire an VII cette publicité est encore plus imparfaite que la

première. Notre régime hypothécaire demeure encore alourdi par le poids d'une longue tradition toute contraire à l'idée de publicité.

Statistique. Le Crédit Foncier de France. — La dette hypothécaire qui grève le sol de France et les immeubles bâtis était évaluée avant la guerre à 14 milliards 500 millions de francs[1].

Au premier rang des prêteurs sur hypothèque, il faut citer le *Crédit Foncier de France*, dont les prêts hypothécaires s'élèvent aujourd'hui à près de deux milliards 500 millions de francs. Cet établissemcnt est le plus grand des prêteurs sur hypothèque. Fondé et organisé par le décret-loi du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853, dans l'intérêt de la propriété agricole écrasée sous le poids d'une dette hypothécaire à lourds intérêts, que le revenu de la terre ne permettait pas d'amortir, il a surtout aidé, en réalité, au développement des constructions urbaines. Voici par quel mécanisme il se procure l'argent qu'il prête aux propriétaires. Le Crédit Foncier n'est qu'un intermédiaire. Il emprunte au public les capitaux dont il a besoin, en émettant des *lettres de gage ou obligations foncières*, produisant un intérêt annuel, et remboursables à 500 francs ; puis il prête sous forme de prêts hypothécaires les capitaux ainsi amassés. Les porteurs des obligations foncières sont donc les véritables créanciers des emprunteurs ; leurs titres ont pour gage les biens sur lesquels la société prend hypothèque. C'est ce qui en fait la solidité et ce qui les signale à la faveur des capitalistes.

Ce qui ajoute à la sécurité de titres ainsi émis, c'est que les prêts effectués par le Crédit Foncier ne doivent l'être que *sur première hypothèque*, et qu'en aucun cas, ils ne doivent excéder la *moitié de la valeur de l'immeuble*.

Les prêts hypothécaires du Crédit foncier peuvent être, soit des prêts à long terme remboursables par voie d'amortissement, dans une période de temps qui peut aller jusqu'à 75 ans, soit des prêts à court terme avec ou sans amortissement. Les premiers sont de beaucoup les plus nombreux et les plus attrayants pour la clientèle. Des prêts à aussi longue échéance constituent, en effet, une forme de crédit que les capitalistes ordinaires ne peuvent pas employer et qui facilite singulièrement la libération des emprunteurs. Chaque année, le débiteur paye une annuité fixe, représentant, en sus des intérêts, une petite fraction de la somme qu'il a empruntée ; cette fraction va naturellement en augmentant à mesure que le capital et par conséquent les intérêts diminuent, si bien qu'à l'expiration du terme fixé, le débiteur

[1] V. Edmond Théry, *La fortune publique de la France*, 1911, p. 94 et s.
Voici la statistique hypothécaire de trois années.
Créances se formant chaque année par prestation pécuniaire :

Années	Nombre d'actes		Valeur des créances par mille francs	
	avec garantie hypothécaire	sans garantie hypothécaire	hypothécaires	non hypothécaires
1897	239.216	101.036	929.514	123.925
1900	229.278	106.677	898.578	135.685
1901	213.634	103.788	910.948	140.922

Ces chiffres sont extraits du rapport présenté par M. Fernand Faure à l'Institut International de Statistique, 9e session, p. 24.

a remboursé toute sa dette. Ajoutons que le taux des intérêts stipulé par le Crédit foncier est inférieur au taux exigé ordinairement par les particuliers [1].

Pour faciliter les prêts du Crédit foncier et augmenter ses garanties, la législation lui a d'ailleurs assuré certaines prérogatives que nous signalerons plus loin.

Depuis sa fondation jusqu'au 31 décembre 1916, le Crédit foncier a réalisé des prêts hypothécaires pour un montant total de 6.903 millions de francs [2].

§ 1. — Historique du régime hypothécaire français.

Les peuples anciens n'ont pas découvert du premier coup ce mode de crédit réel perfectionné qu'est l'hypothèque. Ils n'y sont arrivés qu'à la suite d'une longue période de tâtonnements, que nous retrouvons, suivant à peu près les mêmes phases, en Grèce, à Rome, durant le Moyen âge. Partout et toujours, l'apparition de l'hypothèque a été précédée de moyens rudimentaires de crédit, l'aliénation fiduciaire et le nantissement. Mais, une fois entrée dans l'usage, l'hypothèque n'a pas tardé à se substituer aux procédés de crédit imparfaits auparavant usités.

Il a fallu de longs siècles pour que le système hypothécaire lui-même se perfectionnât, et s'établît sur les bases indispensables de la publicité. Ces bases, inconnues de l'antiquité, ont été établies, pour la première fois, dans certaines régions de notre ancienne France. Mais elles y sont restées cantonnées jusqu'à la fin de l'ancien Régime, si bien que, jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, la clandestinité des hypothèques était encore la règle généralement suivie en France. C'est la Révolution qui, la première, a organisé d'une façon rationnelle notre système hypothécaire.

Reprenons les détails du tableau d'ensemble que nous venons de tracer.

Droit romain. — Le seul mode de crédit réel employé par l'ancien Droit romain (Girard, *Manuel*, 6[e] édit., p. 779 et s. ; Cuq., *Manuel*, p. 661 et s.), était l'*aliénation fiduciaire*. L'emprunteur transférait la propriété de sa chose au prêteur, et celui-ci s'engageait, par le pacte de fiducie, à rendre cette chose dès que la dette serait remboursée.

Ce premier procédé ne tarda pas à se simplifier. On s'aperçut bien vite qu'il était inutile d'opérer ainsi un double transfert de propriété, et qu'il suffisait de remettre au créancier la détention matérielle de la chose, en lui permettant de la vendre à l'échéance, s'il n'était pas remboursé. Ce mode

1. Le Crédit foncier fait un second genre d'opérations consistant en prêts, avec ou sans hypothèques, aux départements, communes et établissements publics. Il émet, à cet effet, des *obligations* dites *communales*, à la sûreté desquelles les créances résultant des prêts aux départements, communes et établissements publics, sont affectées par privilège.

2. Sur ce total, plus des deux tiers ont été employés à des prêts en vue de la construction d'immeubles dans les villes. Cons. Josseau, *Traité du Crédit foncier*, 2 vol. 1884 ; Arthur Girault, *Les privilèges du Crédit foncier*, thèse pour le doctorat, Paris, 1889.

de garantie constitue le nantissement. Plus simple que le précédent, il protège l'emprunteur contre une aliénation malhonnête que ferait le créancier, puisque ce dernier n'est plus propriétaire. Mais si le nantissement est un mode de crédit qui convient assez bien aux meubles, parce que la privation d'un objet mobilier pendant la durée du prêt n'est pas une bien grosse gêne pour l'emprunteur, cette opération est, au contraire, fort incommode quand il s'agit d'immeubles. La dépossession d'un immeuble est, en effet, pleine d'inconvénients pour le débiteur qui ne peut plus ni en jouir, ni l'exploiter. Pour le créancier même, cette prise de possession n'a pas non plus que des avantages, car elle l'oblige à veiller à la conservation de la chose. Aussi, imagina-t-on bien vite un moyen d'éviter cette dépossession, et on y parvint en accompagnant l'aliénation fiduciaire d'une convention de louage ou de précaire, en vertu de laquelle l'emprunteur conservait la chose à titre de locataire ou de précariste.

L'hypothèque devait tout naturellement sortir de la combinaison de ces deux institutions, nantissement, aliénation fiduciaire avec convention de précaire. Elle réalise, en effet, les avantages de l'une et de l'autre, laissant au débiteur la propriété et la possession, et donnant au créancier la sûreté réelle dont il a besoin, c'est-à-dire le droit de faire vendre l'immeuble à l'échéance, en quelques mains qu'il ait passé, et de se faire payer par préférence sur le prix. Elle permet, en outre, à l'emprunteur de tirer plusieurs fois crédit de sa chose, en constituant sur elle plusieurs hypothèques successives. Cette nouvelle forme de crédit réel apparut probablement après le début de l'Empire. Elle fut d'abord organisée par l'Edit du prêteur pour un cas particulier, celui du fermier obligé de donner en garantie au bailleur son matériel d'exploitation, dont il ne peut, bien entendu, se passer. Puis l'emploi de l'hypothèque fut généralisé par le prêteur. Du reste, elle ne supplanta pas immédiatement les institutions anciennes, et les trois systèmes coexistèrent pendant longtemps.

Si l'on se place à l'époque de son plein épanouissement, l'hypothèque du Droit romain se constituait par un simple pacte sans forme. Elle s'appliquait, non seulement aux immeubles, mais même aux meubles, et nous venons de dire que ce fut même à ceux-ci qu'en fut faite la première application. Il y a, en effet, bien des cas où la dépossession des meubles est impossible, soit parce qu'il s'agit d'objets dont le débiteur ne peut se passer, soit parce qu'il s'agit de meubles incorporels comme les créances qui, dans les conceptions du Droit romain classique, ne sont pas susceptibles de possession. L'hypothèque romaine enfin donnait au créancier le droit de suite aussi bien sur les meubles que sur les immeubles.

Le système hypothécaire n'a pas rendu à Rome les services qu'en tirent aujourd'hui les propriétaires fonciers. Cela tient à ce qu'il renfermait alors un double vice :

1° *La clandestinité.* Ni les aliénations immobilières, ni les constitutions d'hypothèques n'étaient portées à la connaissance des tiers, ce qui est une double cause d'insécurité. Aussi est-il probable que, pour remédier à cet inconvénient, l'hypothèque devait, dans la plupart des cas, s'étendre à tous

les biens du débiteur, le créancier cherchant à se faire donner le maximum de garantie. Gaius (15, 1, D. *de pignoribus*, XX, 1), signale, en effet, comme étant quotidiennement usitée la clause par laquelle le débiteur hypothéquait, à côté de biens déterminés, tous ses autres biens présents et à venir.

2° En cas de pluralité d'hypothèques, le premier créancier hypothécaire seul avait le *jus distrahendi*, c'est-à-dire le droit de faire vendre l'immeuble ; il n'était pas obligé, d'autre part, de le vendre aux enchères. Les créanciers hypothécaires postérieurs ne jouissaient pas du même droit, ce qui enlevait beaucoup d'utilité à leur garantie. Ils n'avaient qu'une ressource, qui était de désintéresser le premier créancier pour prendre sa place. Aussi, « l'hypothèque n'est-elle jamais arrivée, comme ont fait les sûretés réelles modernes, à prendre le pas à Rome sur les sûretés personnelles » (Girard, *op. cit.*, p. 785).

Ancien Droit français[1]. — L'hypothèque est demeurée inconnue durant de longs siècles dans notre pays ; elle n'y a fait son apparition qu'au XIII^e^ siècle, et cela, non point par l'importation de l'hypothèque romaine, mais par l'effet d'une évolution originale qui ressemble, du reste, à celle qui s'était produite à Rome. Il faut savoir, en effet, qu'en Occident, jusqu'en plein Moyen âge, les meubles et les revenus des fonds de terre servaient seuls de garantie aux créanciers, lesquels ne pouvaient pas saisir les immeubles. De là le besoin pour les créanciers de se faire donner ceux-ci en garantie. Ce résultat fut obtenu pendant longtemps par une aliénation de l'immeuble, qui devenait la propriété du créancier, avec obligation pour ce dernier de le restituer après remboursement, et droit de toucher jusque-là les revenus. Faute de paiement, le créancier acquérait la propriété définitive. C'était donc, au fond, une véritable vente à réméré, et par là l'opération différait de l'aliénation fiduciaire du Droit romain, lequel proscrivait la *lex commissoria*. Cette opération était, on le comprend, fort dangereuse pour le débiteur, qui risquait ainsi de perdre un immeuble d'une valeur ordinairement bien supérieure à sa dette. Elle fit donc place à un procédé moins onéreux, la constitution en gage de l'immeuble, sans transfert de propriété. Ce gage donnait au créancier le droit de toucher les fruits et revenus, tantôt à condition de les garder comme intérêts (*mort-gage*), tantôt à charge de les imputer sur le capital lui-même (*vif-gage*), conformément aux prescriptions canoniques qui proscrivaient la première combinaison et défendaient aussi au créancier de retenir la chose engagée en paiement, si la dette n'était pas payée à l'échéance. Ces deux dispositions amélioraient sensiblement la situation du débiteur ; mais le gage n'en avait pas moins l'inconvénient d'obliger le débiteur à se dépouiller de l'immeuble pour le remettre au créancier.

Aussi, à côté de ces modes de crédit, voit-on apparaître, à partir du

1. V. Viollet, *Histoire du Droit civil français*, 3° édit., p. 784 et s. ; Brissaud, *Manuel*, p. 561 et s. ; et surtout Esmein, *Les contrats dans le très ancien Droit français*. V. aussi Poussart, *Origines et transformations de l'hypothèque dans l'ancien droit français*, thèse, Lille, 1908.

XIII^e siècle, un procédé nouveau, par lequel le débiteur affecte d'avance ses biens immobiliers au paiement de ses dettes, c'est-à-dire donne au créancier le droit de les saisir et de les vendre, pour le cas où il n'acquitterait pas son obligation. Ce procédé, connu sous le nom d'*obligatio bonorum*, avait le double avantage de laisser le débiteur en possession de ses biens, et de permettre au créancier de vendre les immeubles et même les meubles en évitant les formes longues et compliquées de la procédure de saisie.

L'*obligatio bonorum* revêtait deux formes. Tantôt, elle était générale, s'appliquant à tous les biens, meubles et héritages, présents et à venir, du débiteur ; en ce cas elle ne donnait pas au créancier le droit de suite, mais lui permettait de saisir les immeubles, contrairement au vieux principe de leur insaisissabilité. Tantôt, elle était spéciale, c'est-à-dire limitée à un immeuble déterminé, et elle donnait alors au créancier, et cela dès le XIII^e siècle, le droit de préférence et le droit de suite, deux avantages que ne produisait pas l'obligation générale, ce qui fait de l'*obligatio* spéciale quelque chose d'analogue à l'hypothèque romaine.

Il semble que l'*obligatio* générale, forme inférieure de crédit, aurait dû disparaître du jour où l'on admit la saisie des immeubles. Elle fut néanmoins conservée, parce qu'elle dispensait le créancier de la procédure de saisie, et, en même temps, elle finit par produire les mêmes effets que l'*obligatio* spéciale, c'est-à-dire qu'elle devint une sorte d'hypothèque générale sur les biens du débiteur.

Telles sont les origines nationales de notre système hypothécaire. Mais il n'est pas douteux que l'influence du Droit romain aida à la transformation de l'obligation générale en une véritable sûreté réelle.

Si maintenant nous considérons ce système à l'époque où ses traits sont définitivement formés, nous voyons qu'il se caractérise par les règles suivantes :

1° L'*hypothèque ne porte que sur les immeubles, et non sur les meubles.* — Nous rechercherons plus tard l'origine de cette exclusion, que le Droit romain n'a pas connue ;

2° *L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte notarié*, et non d'un acte sous seing privé ;

3° *Tout acte notarié emporte hypothèque générale sur les immeubles présents et à venir du débiteur.* — Nos anciens auteurs expliquaient cette règle de deux façons. Les uns disaient qu'elle venait de l'usage d'introduire dans les actes notariés une clause d'obligation de tous les biens, laquelle finit par y être sous-entendue (Loyseau, *Traité du déguerpissement*, III, 1 à 5) ; les autres la rattachaient au caractère exécutoire de l'acte authentique : « L'autorité publique du sceau dont ils sont munis, dit Pothier (*Traité des hypothèques*, n° 10, éd. Bugnet, t. 9, p. 425), est ce qui leur fait produire cette hypothèque. »

4° *Tout jugement de condamnation emportait également hypothèque générale sur les immeubles présents et à venir du débiteur.* — Cette règle était formellement édictée par l'ordonnance de Moulins de 1566, article 53. Nos

anciens auteurs l'expliquaient par cette idée que le jugement est un quasi-contrat entre plaideurs, et doit, par conséquent, produire les mêmes effets que l'acte notarié. Mais elle était aussi la conséquence du privilège qui appartenait au premier saisissant sur l'immeuble, privilège qui se fondit dans l'hypothèque judiciaire.

Par suite de ces deux dernières règles, on voit que l'hypothèque générale était dans l'ancien Droit très fréquente et même la plus fréquente. Or, ce mode de garantie a l'inconvénient de gaspiller le crédit du débiteur, qui donne ainsi en bloc au premier créancier tous ses biens en gage ; il a aussi le défaut de multiplier à l'excès les hypothèques. Dans l'ancienne France, il n'y avait, pour ainsi dire, pas de bien qui n'en fût grevé. Cela était d'autant plus gênant que rien ne révélait aux tiers l'existence de ces hypothèques. Et nous arrivons ainsi à une cinquième règle, caractéristique, en cette matière, du système de notre ancien Droit.

Clandestinité des hypothèques dans l'ancien Droit. — Dans l'ancienne France, les *hypothèques n'étaient pas soumises à la publicité*. Aucune formalité n'en faisait connaître la constitution aux tiers. Cela nous paraît surprenant, et l'on peut se demander, étant donnée la fréquence des hypothèques, comment la circulation des biens n'était pas par là entravée. Mais il faut se dire que cette circulation était beaucoup moins importante qu'aujourd'hui. La terre restait dans les familles qui la possédaient. D'autre part, on avait organisé, au profit des acquéreurs, un système de purge qui leur permettait de dégrever l'immeuble des hypothèques en payant les créanciers, après les avoir mis en demeure de se faire connaître au moyen de certaines formalités.

Cependant, Colbert tenta d'organiser la publicité des hypothèques, par un édit de mars 1673 (V. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 19, p. 73). Cet édit créait des greffes d'enregistrement, véritables bureaux de conservation des hypothèques, « dans lesquels, disait le préambule de l'édit, ceux qui auront des hypothèques pourront former et faire enregistrer leurs oppositions ; et, ce faisant, seront préférés à ceux qui auront négligé de le faire ; et par ce moyen on pourra prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé ; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller ; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possession par des charges ou hypothèques antérieures ». Mais cette tentative ne réussit pas ; elle échoua devant l'opposition des familles nobles qui, fortement endettées, redoutaient la publicité, et, sans doute aussi, devant celle des notaires auxquels la clandestinité profitait, en rendant leur ministère indispensable pour chaque opération relative à la propriété foncière. L'édit fut donc rapporté l'année suivante, à cause « des inconvénients multipliés qu'il présentait », nous dit plus tard d'Aguesseau, « et des réclamations qu'il excita de tous côtés ». Le même d'Aguesseau devait résumer l'état d'esprit dominant à son époque en disant à propos d'un projet d'établissement de

conservateurs des hypothèques (*Œuvres*, t. XIII, p. 621) : « On a toujours cru qu'il était contraire au bien et à l'avantage des familles de trop faire connaître l'état et la situation de fortune des particuliers. »

Par exception, cependant, certaines régions de France avaient donné l'exemple d'une publicité hypothécaire C'étaient, d'une part, les *pays de nantissement*, de l'autre, la *Bretagne*.

Dans les *pays de nantissement*, qui comprenaient un groupe important de coutumes du Nord et de l'Est, les vieilles formes féodales d'ensaisinement, destinées à assurer au seigneur le paiement de ses profits, avaient, nous l'avons vu précédemment (tome Ier, p. 944), conduit à un système de publicité des transferts immobiliers, réalisé au moyen d'une inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal. De même, toute constitution d'hypothèque devait être mentionnée sur ce registre, et comme on y faisait la description de l'immeuble vendu ou hypothéqué, il en résultait que l'hypothèque générale était impossible dans les pays de nantissement : on n'y pouvait hypothéquer que des immeubles déterminés. Ainsi, ces coutumes avaient réalisé un double progrès, la *publicité* et la *spécialité* de l'hypothèque.

Il y avait également un système de publicité en usage en Bretagne, depuis un édit d'août 1626, qui avait exigé l'insinuation au greffe des contrats d'acquisition d'un immeuble et de constitution d'hypothèque.

Droit intermédiaire. Publicité des hypothèques. Cédules hypothécaires[1]. — C'est la Convention et le Directoire qui, par deux lois successives, organisèrent enfin la publicité de notre régime hypothécaire. Elles s'inspirèrent du système des pays de nantissement et des règles adoptées par le Code Prussien de 1794.

La première de ces lois, celle du 9 messidor an III (27 juin 1795), intitulée Décret contenant le Code hypothécaire, était en effet un véritable Code en 279 articles. Elle posait, pour la première fois, le principe de la publicité de toutes les hypothèques sans distinction. Elle ne reconnaissait que deux sortes d'hypothèques, l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire. Elle rejetait complètement le système des hypothèques légales, instituées au profit de la femme mariée sur les biens du mari, du mineur, de l'interdit sur ceux du tuteur, hypothèques qui venues du Droit romain, avaient été conservées par notre ancien Droit et que les lois postérieures allaient rétablir.

Malheureusement, la loi du 9 messidor an III ne proclamait pas le principe de la *spécialité* du gage hypothécaire qui forme pourtant une des pièces essentielles de tout bon système hypothécaire, et, conservant sur ce point les errements anciens, elle disposait que l'hypothèque inscrite s'étend sur tous les biens présents et à venir de l'obligé.

Un trait particulièrement intéressant de la loi du 9 messidor an III, c'est qu'elle essaya d'organiser ce qu'on a appelé depuis la *mobilisation du crédit*

1. Cons. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898, p. 204 et s., 345 et s. ; Cazenavette, *Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois des 9 messidor an III et 11 brumaire an VII*, thèse, Toulouse, 1898.

hypothécaire. A cet effet, elle autorisait les propriétaires d'immeubles à prendre *hypothèque sur eux-mêmes* jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur des biens. Le propriétaire qui usait de ce procédé recevait, après avoir établi devant le conservateur des hypothèques son droit de propriété et la valeur de ce droit, une ou plusieurs *cédules* transmissibles par voie d'endossement à ordre. Il pouvait ainsi, quand il avait besoin d'argent, s'en procurer aisément[1]. La cédule hypothécaire pouvait circuler comme un effet de commerce. Ce système, qui est aujourd'hui employé dans divers pays, ne s'est pas acclimaté chez nous, et pourtant il paraît offrir des avantages. Il est vrai que la loi de messidor entourait la délivrance des cédules de formalités compliquées et coûteuses, et imposait au conservateur des hypothèques une responsabilité devant la menace de laquelle il était naturellement peu disposé à aider au fonctionnement de l'innovation.

L'idée de la mobilisation du sol parut du reste bientôt une nouveauté dangereuse, et le tribun Grenier put dire, dans son rapport au Tribunat sur le Titre des *Privilèges et hypothèques* du Code civil : « On vit avec effroi une sorte de mobilisation du territoire de la République qui, pour quelques avantages particuliers qu'elle allait produire, offrait les plus funestes moyens à la dissipation, et menaçait les fortunes d'un ébranlement général. » On voit par ces quelques mots combien, au début du XIX^e^ siècle, l'idée traditionnelle de la conservation des biens dans les familles était encore ancrée dans les esprits. Le système de la loi de messidor ne méritait cependant pas de telles critiques ; il a fait ses preuves à l'étranger.

Quoi qu'il en soit, la loi du 11 brumaire an VII (1^er^ novembre 1798) vint remplacer la précédente (V. tome 1^er^, p. 946 et s.). C'est, en ce qui concerne les hypothèques, une loi fort bien faite, et il est regrettable que les rédacteurs du Code ne l'aient pas conservée. Elle organisait à la fois la transcription des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques, et l'inscription des hypothèques à laquelle toutes étaient soumises sans exception. Elle décidait, en outre, que l'hypothèque conventionnelle ne pouvait grever que les biens présents, nommément désignés, du débiteur. Même règle pour l'hypothèque judiciaire et les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, avec cette seule réserve que le créancier, dont le droit était garanti par une de ces hypothèques, pouvait prendre ultérieurement inscription sur les biens nouvellement acquis par le débiteur. Enfin, elle organisait, au profit des acquéreurs d'immeubles, une procédure simplifiée de purge, que le Code civil a reproduite.

Le Code civil. — Pourquoi les rédacteurs du Code n'ont-ils pas simplement conservé, dans son ensemble, le système de brumaire ?

Cela tient à ce que le régime de la publicité n'avait pas encore cause gagnée devant l'opinion ; les résistances qu'il rencontrait étaient encore très

1. Voir sur cette loi, Challamel, *De la cession des créances hypothécaires en Droit français*, thèse, Paris, 1878 ; Roudel, *La mobilisation du sol*, thèse, 1888. Voir, dans les Codes Tripier, édition Monnier, sous l'article 2124 du Code civil, un modèle de cédule hypothécaire.

fortes. Les rédacteurs du Code firent donc une cote mal taillée qui devait aboutir à un système boiteux :

1° D'abord ils ne maintinrent pas la transcription des aliénations et charges immobilières.

2° Quant à la publicité des privilèges immobiliers et des hypothèques, elle ne triompha qu'après d'assez longues discussions. Beaucoup de tribunaux d'appel s'étaient prononcés pour le rétablissement du système de l'ancien Droit. Au Conseil d'Etat, la section de législation était partagée (V. Fenet, t. 15, p. 223 et 280 ; Locré, t. 8, p. 146 et 170). Enfin, le principe nouveau l'emporta, mais non sans réserve : les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée n'y furent soumises qu'en apparence.

3° En outre, le Code civil ne sut pas rompre avec la vieille règle de la généralité du gage hypothécaire. Sans doute, il décide que l'hypothèque conventionnelle doit être spéciale ; mais l'hypothèque judiciaire et certaines hypothèques légales frappent tous les biens présents et à venir du débiteur.

Essais de réforme du système hypothécaire depuis le Code civil. La loi du 23 mars 1855 sur la transcription. — Tel qu'il était, le système du Code était très imparfait. Son principal vice résidait incontestablement dans le défaut de publicité des aliénations immobilières. On sait comment le Code de procédure civile (art. 834 et 835) essaya d'y remédier, dans l'intérêt des créanciers hypothécaires qu'une brusque aliénation de l'immeuble pouvait priver de leur droit de suite (V. t. I[er], p. 950). Mais ce n'était là qu'un palliatif.

Les lacunes du système hypothécaire du Code civil ne tardèrent pas à être signalées ; ce mélange de publicité et de clandestinité, amalgame des idées traditionnelles et des principes nouveaux, ne manqua pas d'être attaqué. Le Gouvernement de Juillet entreprit donc la refonte de notre législation hypothécaire, mais il employa sept années à la préparer et n'eut pas le temps de la mener à bien. Il subsiste néanmoins de son effort une enquête entreprise auprès des cours d'appel et des facultés de droit, dont les résultats ont été publiés en 1844, en 3 volumes, sous ce titre : *Documents relatifs au régime hypothécaire publiés par ordre du gouvernement.* Une commission fut alors chargée de préparer un projet de loi, mais elle n'aboutit qu'à un texte insuffisant ne contenant que des réformes de détail.

L'œuvre fut reprise par la seconde République, puis par l'Empire. La création du Crédit Foncier de France et le vote des grandes lois agricoles, qui marquent la période de 1845 à 1855, en rendaient l'achèvement de plus en plus urgent. Malheureusement, le législateur ne sut pas la faire aboutir complètement, et, de tout cet effort de près de quinze années d'études et de travaux, il ne sortit qu'une loi partielle, ne tranchant qu'un côté du problème, d'une façon encore imparfaite, la loi du 23 mars 1855 sur *la transcription en matière hypothécaire.*

Depuis lors, il n'y a eu que des réformes de détail, dont les principales sont les suivantes :

1° La loi du 22 mai 1858, sur la procédure d'ordre, a modifié plusieurs articles du Code de procédure civile, afin de préciser les droits de la femme mariée, du mineur et de l'interdit dans les ordres ouverts pour la distribution du prix des immeubles du mari ou du tuteur ;

2° Les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 ont organisé l'hypothèque maritime ; et celle du 5 juillet 1917, l'hypothèque de la batellerie fluviale ;

3° La loi du 13 février 1889 a complété l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, relatif à la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée.

4° Nous rappelons la loi du 19 février 1889, dont les articles 2 à 4 sont relatifs à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances.

5° Enfin, la loi du 1er mars 1918 a modifié le régime des inscriptions hypothécaires.

L'étude de la réforme d'ensemble de notre système hypothécaire a été reprise en 1891. A cette date, le Gouvernement a nommé une Commission extra-parlementaire chargée de l'étudier. Cette commission a préparé un vaste projet comprenant, non seulement la revision de notre régime hypothécaire, mais celui de notre système de publicité des aliénations immobilières, et instituant le régime des livres fonciers.

Cette seconde partie du projet, dont nous avons déjà parlé dans notre tome premier (p. 977) s'est heurtée, comme on sait, aux résistances du notariat. Elle paraît aujourd'hui abandonnée.

Quant à la première, elle a inspiré un projet de réforme hypothécaire déposé au Sénat, le 29 octobre 1896, par le garde des sceaux M. Darlan. Amendé, édulcoré par les commissions, ce projet a été discuté au Sénat en octobre 1908 [1]. Mais il n'a jamais abouti. La Société d'Etudes législatives a, en 1929, préparé et discuté un nouveau projet [2].

§ 2. — Traits caractéristiques de l'hypothèque.

Les traits caractéristiques de l'hypothèque, énoncés par l'article 2114 du Code civil, peuvent se résumer dans les trois proportions suivantes :

1° L'hypothèque est un *droit réel accessoire* ;

2° Elle est un droit réel *immobilier* ;

3° Elle est un droit *indivisible*.

Chacune de ces propositions demande quelques explications.

I. — L'hypothèque est un droit réel accessoire (art. 2114, 1er al.).

Quand on dit que ce droit réel est *accessoire*, cela signifie que l'*hypothèque, destinée à servir de garantie à une créance, ne se comprend pas sans une créance dont elle doive assurer le paiement.*

1. Voir sur la discussion au Sénat, *Revue trimest. de Droit civil*, 1909, p. 195 ; sur la réforme étudiée dans son ensemble, Guillouard, *La revision du régime hypothécaire établi par le Code civil*, Le Code civil, Livre du centenaire t. I, p. 415 à 439 ; de Loynes, *Le Code civil et le crédit, régime hypothecaire, régime de la transmission de la propriété, ibid*,, p. 383.

2. Rapport de M. Morel, Bulletin 1928 p. 215, discussion, Bulletin 1929, p. 51 et s. ; texte définitif, Bulletin, 1929, p. 179.

Il n'est pas nécessaire, du reste, que la créance visée par les parties existe au moment même de la constitution de l'hypothèque. Rien n'empêche un debiteur de concéder une hypothèque en vue d'une créance future. Il en est ainsi, notamment, dans le cas d'ouverture de crédit faite par un banquier à un client, moyennant une hypothèque sur un immeuble de celui-ci ; cette hypothèque existe et même prend rang du jour de son inscription, c'est-à-dire avant même que le client aït reçu des fonds.

De même, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit sur les immeubles du tuteur prend naissance au jour de l'ouverture de la tutelle, et cependant, les faits qui peuvent faire naître des créances au profit de l'incapable contre son tuteur ne se sont pas encore produits, ils s'échelonneront dans le cours de la tutelle.

En dehors de ces cas exceptionnels, l'hypothèque reste étroitement attachée à la créance qu'elle doit garantir. D'où les règles suivantes.

1° Notre droit ne connaît plus l'hypothèque *sur soi-même*, créée par un propriétaire, en prévision de ses besoins futurs, comme la cédule hypothécaire imaginée par la loi du 9 messidor an III.

2° D'autre part, il est fort rare que l'hypothèque créée en vue d'une créance déterminée soit transportée au profit d'une créance nouvelle. Cela peut se produire cependant dans deux cas :

A. — Quand il y a novation et que les parties conviennent de transférer à la nouvelle créance les garanties de l'ancienne (art. 1278). Mais cela n'est pas possible dans toutes les novations ; ainsi, en cas de novation par changement de débiteur, les hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur (art. 1279).

B. — L'hypothèque légale de la femme mariée peut être cédée par elle à un créancier hypothécaire du mari, et servir ainsi à la garantie de ce créancier. Mais ici, ce que la femme cède, c'est moins son hypothèque que le droit d'invoquer le rang de faveur qui lui est attribué par la loi.

En dehors de ces cas, l'hypothèque est toujours cédée *en même temps que la créance* qu'elle garantit. Il en est ainsi, notamment, lorsque, comme cela se rencontre parfois, il y a constitution d'hypothèque au profit, non pas d'un créancier déterminé, mais du *porteur du titre*. Cette forme de constitution permet au créancier de céder à la fois sa créance et sa garantie par simple remise du titre, et cela sans être obligé d'observer les formalités de cession de l'article 1690 du Code civil.

3° Enfin, de ce que l'hypothèque est un droit accessoire à une créance, il suit qu'elle subit le sort de cette créance. Si donc celle-ci est annulée, l'hypothèque disparaît. Elle prend fin aussi automatiquement lorsque la créance est éteinte par le paiement ou par tout autre mode d'extinction.

En revanche il ne faudrait pas, comme la jurisprudence l'avait fait autrefois (V. Civ. 13 déc. 1864, S. 65.1.27) admettre que le créancier hypothécaire doit être considéré comme l'ayant cause du propriétaire, son débiteur, d'où cette conséquence qu'il devrait être considéré comme représenté par ce débiteur dans les instances relatives à l'immeuble hypothéqué, même engagées postérieurement à l'inscription de son hypothèque, et que les

jugements statuant, hors sa présence, sur une action en revendication ou en résolution et déclarant que l'immeuble n'appartient pas au débiteur, lui seraient opposables. C'est avec raison que la Cour de Cassation est revenue sur cette solution (Civ. 6 février 1893, S. 95.1.229) qui conduisent à des conséquences inadmissibles. Comment souffrir que l'existence même de l'hypothèque puisse être compromise par la mauvaise défense du débiteur peut-être insolvable, peut-être de mauvaise foi et dont on peut parfois redouter la collusion avec le tiers, son adversaire ?

II. — L'hypothèque est un droit réel immobilier.

En effet, l'hypothèque en principe ne peut être constituée que sur des immeubles. Néanmoins, quelques auteurs ont prétendu que l'hypothèque, étant l'accessoire d'une créance, chose mobilière, revêt, elle aussi, le caractère mobilier. C'est une erreur dont on a depuis longtemps fait justice. C'est pousser trop loin l'esprit de logique et fermer les yeux à la réalité des choses, que de vouloir imposer à l'accessoire tous les traits juridiques du principal.

Le caractère immobilier de l'hypothèque n'empêche pas du reste qu'elle suive le sort de la créance, et passe, avec celle-ci, au légataire de cette créance ou encore à son cessionnaire, ni enfin qu'elle tombe en communauté avec elle, si le créancier se marie sous le régime de la communauté légale. Mais il importe de dire que, tout en suivant le sort de la créance, l'hypothèque conserve son caractère immobilier. Ainsi, pour renoncer à une hypothèque ou céder une créance hypothécaire, il faut avoir la capacité requise pour aliéner un immeuble. Ainsi (Paris, 17 juillet 1866, D. *J. G.*, v° *Faillite*, S., 916, S. 67.2.23, Civ., 18 juillet 1843, S. 43.1.778) le vote du concordat par le subrogé tuteur des enfants mineurs du failli n'emporte renonciation à l'hypothèque légale de ces mineurs, sur les biens de leur père et tuteur, qu'autant que le subrogé tuteur a été autorisé à souscrire au concordat par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

III. — L'hypothèque est un droit indivisible (art. 2114, 2e al.).

L'indivisibilité est un caractère fort intéressant de l'hypothèque et constitue un avantage sérieux pour le créancier.

Pour en comprendre la portée, il faut se rappeler que, quand un débiteur meurt en laissant plusieurs héritiers, la dette se divise de plein droit entre ceux-ci, de telle sorte que le créancier ne peut poursuivre chacun d'eux que jusqu'à concurrence de sa part et portion héréditaire (art. 1220). Il résulte de là que le créancier se trouve avoir dorénavant autant de débiteurs qu'il y a d'héritiers et que, si l'un d'eux est insolvable, il ne peut pas réclamer aux autres la part de ce dernier. C'est là un véritable danger pour le créancier, et, pratiquement, il ne peut s'y soustraire qu'en saisissant les biens héréditaires avant le partage. Or, l'hypothèque supprime ce risque, grâce à son indivisibilité. En effet, l'*action hypothécaire, à la différence de l'action personnelle, ne se divise pas. L'immeuble hypothéqué*

répond toujours de la totalité de la dette, et, chose remarquable, *chaque fraction de l'immeuble hypothéqué répond elle aussi de la totalité.*

Pour bien comprendre cette règle essentielle, considérons les deux hypothèses qui peuvent se présenter après le décès du débiteur.

Ou l'immeuble hypothéqué est mis dans le lot de l'un des cohéritiers. Ce dernier, bien que tenu, comme débiteur personnel, d'une part seulement de la dette du défunt, sera obligé hypothécairement, comme détenteur de l'immeuble hypothéqué, pour la totalité.

Ou l'immeuble hypothéqué est partagé entre les cohéritiers, et une fraction mise dans le lot de chacun d'eux. Malgré cette division, chaque fraction de l'immeuble répondra, dans ce cas, de la totalité de la dette et le créancier pourra, grâce à son action hypothécaire, demander à chaque héritier le paiement de tout ce qui lui est dû.

Ce double effet de l'indivisibilité de l'hypothèque se trouve énoncé dans plusieurs textes : par l'article 873, au titre des successions : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, *et hypothécairement pour le tout* » par l'article 1009, l'article 1221-1°, et, enfin, par l'article 2114, 2e alinéa. Tel quel, il constitue le principal avantage de l'indivisibilité. Nous pouvons cependant en citer encore un autre. Il se rencontre lorsque *plusieurs immeubles sont hypothéqués à la sûreté de la même dette.* Le créancier peut alors poursuivre *chacun des immeubles* pour la totalité de sa créance ; il n'est pas obligé, en principe, de diviser son action, et de faire porter sa créance en partie sur le prix de chaque immeuble. Nous verrons plus loin que cette règle offre un grand intérêt dans le cas où l'un des immeubles hypothéqués se trouve, en même temps, grevé d'une hypothèque spéciale. C'est à cette occasion que nous aurons à étudier une hypothèse délicate, connue sous le nom de question du *concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales.*

Possibilité d'hypothéquer une part indivise. — De l'indivisibilité de l'hypothèque, il ne faudrait pas conclure qu'une hypothèque s'étend nécessairement à la totalité de l'immeuble grevé, et que l'on ne peut pas en grever seulement une part indivise. Ce serait une erreur certaine. Ainsi, un cohéritier peut hypothéquer sa part de copropriété dans les immeubles héréditaires. Bien plus, si, plus tard, l'un des immeubles hypothéqués par lui dans ces conditions est mis dans son lot, l'hypothèque ne frappera pas la totalité de l'immeuble : elle restera telle qu'elle a été créée, c'est-à-dire qu'elle ne grèvera l'immeuble que pour un tiers, un quart, un cinquième, etc..., et le créancier hypothécaire ne pourra se faire payer que sur la partie du prix de l'immeuble correspondant à la quote-part indivise à lui donnée en garantie.

§ 3. — Biens susceptibles d'hypothèque.

I. — *Immeubles qui peuvent être hypothéqués.*
II. — *Impossibilité d'hypothéquer les meubles.*

I. — Immeubles qui peuvent être hypothéqués.

Aux termes de l'article 2118 « sont seuls susceptibles d'hypothèques 1° Les biens immeubles qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; — L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. »

De cette formule il résulte que tous les droits immobiliers ne peuvent pas faire l'objet d'une hypothèque.

Immeubles non susceptibles d'hypothèques. — Leur indication ressort des deux propositions, ci-après :

1° *Seuls les immeubles qui sont dans le commerce peuvent être hypothéqués.* — Cette première restriction va de soi. L'hypothèque devant aboutir, à défaut de paiement volontaire de la part du débiteur, à la vente forcée du gage, les immeubles qui ne sont pas susceptibles d'être aliénés ne peuvent être grevés d'hypothèque. De là découlent deux conséquences :

A. — Les immeubles qui composent le *domaine public* de l'État, des départements, des communes, ne peuvent pas être hypothéqués.

Au contraire, les biens du *domaine privé* sont dans le commerce et, dès lors, semble-t-il, sont susceptibles d'hypothèque. Pourtant, une objection se présente : c'est que les immeubles appartenant à une personne publique ne peuvent pas être saisis, ni vendus contre le gré de celle-ci. Or, si l'on compare l'article 2118, qui énumère les biens susceptibles d'hypothèque, et l'article 2204 qui énumère les biens dont un créancier peut poursuivre l'expropriation, on constate que leur énumération est identique, d'où on est en droit de conclure que les biens non sujets à expropriation ne sont pas non plus aptes à être hypothéqués. Au surplus, cette solution paraît rationnelle. A quoi se réduirait en effet l'avantage d'un créancier hypothécaire qui ne pourrait saisir le bien grevé, et devrait attendre que son débiteur voulût bien l'aliéner ? Cependant, la Jurisprudence ne semble pas admettre cette exclusion du domaine privé. Du moins, un jugement du tribunal d'Agen du 12 décembre 1891 et un arrêt de la cour de la même ville, en date du 18 juillet 1892 (S. 94.2.1, note de M. Michoud), ont admis que les biens d'une ville peuvent être affectés d'une hypothèque. Cette hypothèque, disent ces décisions, donne au créancier un droit de préférence sur le prix de l'immeuble, lequel s'exercera quand l'immeuble sera aliéné par la commune.

B. — Les immeubles qui, bien qu'appartenant à des particuliers, sont *frappés d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité*, ne peuvent pas non plus être hypothéqués. Il en est ainsi des *immeubles dotaux* de la femme mariée sous le régime dotal (art. 1554) ; des *immeubles légués* sous la condition qu'ils ne pourront être aliénés ; des *droits d'usage et d'habitation* sur un immeuble (art. 631, 634). Enfin, il y a des biens qui, quoiqu'étant aliénables, sont insaisissables ; ils sont partant non susceptibles d'hypothèque. Ainsi, l'immeuble dotal déclaré *aliénable* par le contrat de mariage ne peut être hypothéqué (Cass., ch. réun., 29 mai 1839, D. P. 39,1.219, S. 39.1.449). De

même, l'immeuble constitué à l'état de *bien de famille insaisissable* (art. 10, 2e al., de la loi du 12 juillet 1909)

2° *Il y a des immeubles qui ne peuvent pas être hypothéqués isolément, mais seulement à titre d'accessoires du fonds auquel ils sont joints.* — Il en est ainsi des *immeubles par destination*, des *servitudes*, de la *mitoyenneté* d'un mur de clôture.

On comprend pourquoi ces sortes d'immeubles ne sont pas susceptibles d'être, à eux seuls et principalement, l'objet d'une hypothèque. Les immeubles par destination ne peuvent pas être saisis séparément de l'immeuble auquel ils sont attachés ; dès lors, ce serait aller contre la conception même de ce genre d'immobilisation que d'autoriser l'hypothèque de ces immeubles à titre principal. Quant à la mitoyenneté et aux servitudes, ce sont des droits qui ne peuvent pas être détachés de l'immeuble, ni, dès lors, saisis, ni vendus aux enchères. Ils constitueraient donc pour le créancier une garantie insuffisante.

Toutefois, les différents droits dont nous venons de parler ne sont pas absolument insusceptibles d'hypothèque ; ils ne le sont que d'une *hypothèque principale.* L'hypothèque constituée sur l'immeuble s'étend aux immeubles par destination qui y sont placés, au droit de mitoyenneté qui y est adjoint, aux servitudes constituées pour son usage et son utilité.

Qu'arriverait-il donc si l'un de ces biens venait à être détaché de l'immeuble principal ? La réponse dépend de la nature des biens.

A. — S'agit-il d'*immeubles par destination* que le propriétaire sépare de l'immeuble, ils perdent leur caractère immobilier et cessent par conséquent d'être grevés de l'hypothèque. Le créancier hypothécaire ne pourra pas exercer le *droit de suite* contre l'acquéreur. Mais tant que le prix de ces immeubles sera dû par l'acheteur, le créancier hypothécaire pourra invoquer son *droit de préférence*, afin de se faire payer avant les autres créanciers de son débiteur. Cette solution ne nous paraît pas douteuse. Le prix se trouve toujours substitué à la chose vendue, et le créancier qui a inscrit son hypothèque peut toujours invoquer son droit de préférence sur le prix des biens grevés. Il importe peu que, dans ce cas, l'aliénation lui fasse perdre le droit de suite, car ce droit n'est que l'accessoire, la prolongation du droit de préférence, lequel est l'élément essentiel de l'hypothèque (V. Paris 27 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 19 janvier 1912).

B. — Si nous supposons maintenant que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué cède au voisin la *mitoyenneté* du mur bâti sur la limite du fonds, ou consente au rachat de la *servitude* qui existe sur le fonds voisin au profit de l'immeuble hypothéqué, ces actes d'aliénation ou d'extinction ne seront pas opposables aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. En effet, ces actes, étant soumis à la formalité de la transcription (art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855), ne peuvent être, en vertu de l'article 3 de la même loi, opposés aux tiers qui, antérieurement à leur transcription, avaient des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Le créancier hypothécaire inscrit, rentrant certainement dans cette catégorie, pourrait donc obliger l'acquéreur à payer une deuxième fois le prix de la

mitoyenneté ou du rachat de la servitude, si cet acquéreur avait payé imprudemment le vendeur, sans lui offrir le prix, à lui, créancier.

Immeubles susceptibles d'être hypothéqués à titre principal. — Précisons maintenant quels sont les immeubles susceptibles d'être hypothéqués à titre principal. Ce sont les suivants :

1° Les immeubles par nature ;

2° L'usufruit des immeubles ;

3° La nue-propriété ;

4° Le droit d'emphytéose ;

5° Les actions immobilisées de la Banque de France.

1° *Immeubles par nature.* — Tous les immeubles par nature sont aptes à être hypothéqués.

La *mine*, qui a fait l'objet d'une concession, forme, nous le savons, un immeuble distinct de la surface (V. t. Ier, p. 723 s.), et, comme tel, susceptible d'être grevé d'hypothèque. Quant à l'hypothèque de la *surface*, elle ne porte pas sur la mine, mais seulement sur la redevance foncière due par celle-ci à l'immeuble.

Le propriétaire des *constructions* édifiées sur un terrain qui appartient à autrui, par exemple, le locataire jouissant d'un long bail, peut certainement hypothéquer les constructions par lui faites (Gand, 29 mai 1895, D. P. 97.2.218). Mais ce droit d'hypothèque s'éteindra avec le droit de propriété du constituant (Paris, 8 février 1892, D. P. 92.2.409, note de M. Planiol).

De même, une *canalisation* destinée à amener les eaux d'un torrent à une usine pour produire une force électrique, est un immeuble par nature susceptible d'hypothèque (Cf. Grenoble, 16 juin 1904, D. P. 1906.2.209, note de M. Poncet).

2° *Usufruit des immeubles.* — L'usufruitier d'un immeuble peut hypothéquer son droit tant qu'il dure, c'est-à-dire, tant que lui-même vit. Bien entendu, la mort de l'usufruitier emporte extinction de l'hypothèque. Il en résulte que cette hypothèque n'offre pas au créancier une garantie bien résistante, puisque la mort du débiteur la fait disparaître. Aussi est-elle fort peu employée. On ne rencontre guère en pratique comme hypothèques grevant le droit d'usufruit que des hypothèques judiciaires ou légales.

3° *Nue-propriété.* — L'hypothèque de la nue-propriété, au contraire, présente cet avantage qu'elle porte sur un droit perpétuel. Lorsque l'usufruitier vient à mourir, cette hypothèque s'étend à la pleine propriété, parce que la nue-propriété disparaît, et fait place à la pleine propriété, il n'y a donc plus moyen de distinguer, dans l'immeuble, la valeur de la nue-propriété et celle de l'usufruit. La situation n'est pas, par conséquent, comparable au cas d'un héritier attributaire d'un immeuble dont il avait hypothéqué sa part indivise, lequel héritier, nous nous en souvenons, continue à n'être tenu hypothécairement que pour la part grevée au cours de l'indivision.

4° *Emphytéose.* — La loi du 25 juin 1902, sur le Code rural, article 1er, déclare que le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur

un droit réel *susceptible d'hypothèque*. La longue durée de ce bail donne en effet au droit de jouissance du preneur une valeur dont il peut tirer crédit. La loi n'a fait, du reste, que consacrer une pratique depuis longtemps autorisée par la Jurisprudence, la Cour de cassation ayant déjà décidé par un arrêt du 19 juillet 1832 (S. 32.1.531) que l'emphytéote pouvait hypothéquer son droit.

De l'emphytéose, il faut rapprocher le *bail à domaine congéable,* usité dans certaines parties de l'ancienne province de Bretagne, et qui est également un bail à long terme. Le domanier a le droit d'hypothéquer son droit (Voir art. 11 *in fine*, loi du 8 février 1897).

5° *Actions immobilisées de la Banque de France.* — Le décret du 16 janvier 1808, article 7, décide que les actions de la Banque de France, auxquelles leurs propriétaires ont donné la qualité d'immeubles, sont soumises aux lois de privilège et d'hypothèque.

Impossibilité de constituer une hypothèque sur une hypothèque. — Nous avons dit que tous les droits immobiliers peuvent être hypothéqués, soit à titre principal, soit à titre accessoire. Il y a cependant une exception. On ne peut pas constituer une hypothèque sur une hypothèque. Tout d'abord, cela paraît naturel, car on n'aperçoit pas à première vue la possibilité d'une telle opération. Cependant, en y réfléchissant, on se rend compte qu'elle reviendrait à détacher l'hypothèque de la créance qu'elle garantit, pour la transporter sur une seconde créance. Si, chez nous, cette séparation ne se pratique pas en général, c'est parce que l'hypothèque est un droit accessoire qui suit le sort de la créance au profit de laquelle elle a été établie. Il en résulte que, quand un créancier hypothécaire veut tirer à son tour crédit de son droit, il faut qu'il cède à la fois ou donne en gage et sa créance et son hypothèque. Le capitaliste auquel il s'adresse ne se contenterait pas de la cession de l'hypothèque, car cette cession ne le garantirait pas suffisamment si la créance demeurait à la disposition de son cédant, celui-ci pouvant l'en dépouiller en acceptant le règlement de son dû.

L'hypothèque de l'hypothèque a cependant été connue autrefois. A côté du *pignus nominis*, qui était la mise en gage de la créance hypothécaire elle-même, les Romains ont connu le *pignus pignoris* c'est-à-dire l'hypothèque de l'hypothèque (13.2 D. *de pign.*, XX, 1 ; 1 C. *si pignus pignori datum sit*, VIII, 24). Sous notre ancien Droit, Pothier à son tour, constate la possibilité de cette hypothèque de l'hypothèque, sur la foi des textes romains précités (V. *Traité de l'hypothèque*, n° 39, éd. Bugnet, t. 9, p. 435). Et cependant, les mêmes raisons que de nos jours, raisons tirées du caractère accessoire de l'hypothèque, mettaient obstacle, alors comme aujourd'hui, à ce que le transport de l'hypothèque, détachée de la créance par elle garantie, pût être utilisé comme un procédé de crédit efficace.

En réalité, ce qui était fréquent autrefois, c'était qu'un créancier hypothécaire se vît attribuer par préférence le montant de la collocation allouée à son débiteur dans le prix d'un immeuble sur lequel ce débiteur avait lui-même hypothèque. Cela tenait à l'usage des hypothèques générales

dont les immeubles, pour les raisons vues plus haut, se trouvaient si fréquemment grevés. Quand un débiteur, poursuivi par ses créanciers, possédait lui-même une hypothèque sur les biens d'un tiers, on partageait entre ses créanciers hypothécaires le bénéfice de la collocation qui lui était attribuée dans l'ordre ouvert pour distribuer le prix des biens de son propre débiteur, et cela à l'aide d'une procédure dite de *sous-ordre*. De cette manière, les créanciers par acte notarié jouissaient, sur les sommes à revenir des créances hypothécaires de leur débiteur, d'un droit de préférence, à l'encontre des simples créanciers par acte sous seing privé (V. Pothier, *Traité de la procédure civile*, nos 656, 657, éd. Bugnet, t. 10, p. 298).

Le sous-ordre a été aboli par le Code de procédure civile (art. 775). Il n'avait plus de raison d'être depuis que l'hypothèque générale a cessé d'être la règle. En conséquence, l'article précité a rétabli l'égalité entre les créanciers du débiteur colloqué dans un ordre : « Le montant de la collocation du débiteur est distribué comme chose mobilière entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre. » Et ainsi, cette application toute particulière du *pignus pignoris*, la seule qui, pratiquement, ait jamais fonctionné, a disparu de notre Droit.

II. — Impossibilité d'hypothéquer les meubles.

A première vue, par leur nature même, les meubles ne paraissent pas susceptibles d'être hypothéqués. En effet, ce qui constitue la valeur de l'hypothèque, c'est que le créancier peut saisir le bien grevé en quelque main qu'il se trouve. Or, il n'en peut être ainsi à propos des meubles, car ceux-ci changent fréquemment de propriétaire, leur vente se fait sans formalité, sans que les tiers en soient prévenus, et de plus, l'acquéreur est protégé contre les actions réelles par l'article 2279, 1er alinéa. L'hypothèque mobilière serait en conséquence pour le créancier une garantie sans aucune consistance. Le seul mode d'utilisation du crédit mobilier est donc que le débiteur se dépouille du meuble et le donne en gage, c'est-à-dire en remette la possession au créancier.

Nous savons cependant que, malgré cette considération, les Romains ont pratiqué l'hypothèque mobilière. D'autre part, la raison juridique que nous venons d'indiquer n'est pas vraie pour tous les meubles, car il y en a auxquels ne s'applique pas la règle de l'article 2279.

Il nous faut donc rechercher comment et à quel moment le Droit français a abandonné, en cette matière, la tradition romaine. Nous verrons ensuite quels sont actuellement les meubles qui, par exception, sont susceptibles d'être donnés en garantie sans déplacement, possibilité qui reconstitue parfois sous nos yeux, à l'heure actuelle, l'équivalent des anciennes hypothèques mobilières.

1° Règle : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque. — A Rome, nous le répétons, il était admis que les meubles pouvaient être hypothéqués, et que le créancier avait le droit de les saisir entre les mains des tiers

acquéreurs. Ce qui justifiait une telle législation, c'est que, d'une part, la classe des meubles était fort importante et que, d'autre part, les textes nous montrent qu'on ne grevait d'hypothèque que les meubles d'une certaine valeur et donnant lieu à des mutations peu fréquentes, comme les troupeaux, le matériel agricole ou commercial, les fonds de commerce, les esclaves, les navires.

La tradition romaine se maintint dans nos provinces de Droit écrit ; l'hypothèque des meubles continua à y être usitée.

Cependant, avec le développement des hypothèques générales, grevant tous les biens, meubles et immeubles, du débiteur, le droit de suite des créanciers hypothécaires contre les acquéreurs de meubles ne manqua pas d'apparaître comme une véritable entrave à la circulation des choses mobilières, et comme une cause intolérable d'insécurité. Aussi ne tarda-t-il pas à être supprimé. Désormais, les meubles aliénés par le débiteur échappèrent à la poursuite des créanciers saisissants. C'est là ce que signifie, en pays de Droit écrit, l'adage *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* Il veut dire que, si l'hypothèque porte sur les meubles comme sur les immeubles, elle ne permet pas cependant au créancier de poursuivre les meubles sortis du patrimoine du débiteur et acquis par des tiers (V. Brodeau, sur l'art. 170 de la Coutume de Paris).

Certaines coutumes, notamment celle de Bretagne (V. D'Argentré, sur l'art. 245) et de Normandie (V. Basnage, p. 50 et s.) avaient du reste suivi sur ce point les errements des pays de Droit écrit.

Dans les autres régions coutumières, au contraire, jamais on n'a admis que les meubles pussent être hypothéqués. Au Moyen âge, l'*obligatio bonorum* générale n'y donnait au créancier de droit de préférence que sur les immeubles. Plus tard, quand l'hypothèque vint remplacer cette forme inférieure de crédit, elle demeura, elle aussi, limitée aux immeubles. Elle ne conféra donc au créancier de droit de préférence que sur les immeubles et non sur les meubles. Mais, fait curieux, pour exprimer cette règle, on employa, en pays coutumiers, la formule *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* Il est vrai qu'à cet adage on donna une signification différente de celle qu'il avait en pays de Droit écrit, à savoir que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués (art. 170 et 178 de la Cout. de Paris). Ferrière (sur l'art. 170 précité) traduit ainsi le sens exact de la maxime : « Le droit de préférence, écrit-il, n'est acquis sur les meubles que par la saisie faite dans les formes prescrites par les ordonnances, en sorte que le premier saisissant les meubles de son débiteur, ou le premier qui arrête les deniers dus au débiteur, doit être premier payé de sa dette. » Et Pothier (*Traité de procédure civile*, n° 494, éd. Bugnet, t. 10, p. 230) nous dit de son côté : « Les meubles dans la coutume de Paris, art. 170, et dans celle d'Orléans, article 447, ne sont pas susceptibles d'hypothèque, c'est pourquoi les créanciers hypothécaires n'ont pas plus de droit que les simples chirographaires ; ils ne viennent point en ordre d'hypothèque comme en Normandie, dans quelques autres coutumes et dans le pays de Droit écrit ; mais ce qui reste du prix, après les privilèges payés, se dis-

tribue entre tous les autres créanciers au marc la livre de leurs créances. »

Il convient, du reste, d'ajouter que, si l'adage avait en pays de Droit écrit un sens moins complet qu'en pays de coutumes, il signifiait certainement, dans les uns et les autres, que le droit de suite ne pouvait exister sur les meubles *au profit d'aucun créancier*. Ceci est un point important à constater et qu'on n'a pas assez remarqué. Notre ancien Droit n'admettait pas, en principe, que les créanciers, *pas plus les créanciers privilégiés que les créanciers hypothécaires* pussent poursuivre les meubles sortis du patrimoine du débiteur, et rien n'était plus logique. Du moment que l'hypothèque ne pouvait pas donner droit de suite sur les meubles, comment une autre garantie, telle que le simple privilège, aurait-elle pu produire ce résultat ? D'*une façon générale donc, il n'y avait pas de droit de suite en matière mobilière*. D'où l'adage « Meubles n'ont pas de suite », formule d'une portée plus étendue que la règle : « En fait de meubles possession vaut titre », dont elle n'était pas une simple réplique, et qui, au surplus, avait été admise bien auparavant.

Nous sommes ainsi conduits à constater que l'adage « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque », maintenu textuellement dans l'article 2119, conserve aujourd'hui le sens qu'il avait autrefois. Il nous paraît certain que les rédacteurs du Code n'ont pas eu l'intention d'en modifier la portée. Dès lors, il signifie, aujourd'hui comme autrefois en pays de coutume, non seulement que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués, mais encore qu'il n'y a pas de droit de suite en matière mobilière, c'est-à-dire que *les créanciers privilégiés sur les meubles ne peuvent pas les poursuivre quand ils ont été aliénés par le débiteur*. C'est là une face de la règle que bien des auteurs modernes ont perdue de vue. Pour eux, cette règle signifie purement et simplement que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués, Ils prétendent que les termes de la loi, qui parlent d'hypothèque et non de privilège, et la place de l'article inséré dans le chapitre consacré aux hypothèques suffisent pour réfuter notre interprétation. Mais ce sont là de bien faibles arguments. Il n'est pas douteux que l'adage avait, dans notre ancien Droit, le sens que nous lui attribuons. Comment l'aurait-il perdu en passant dans le Code civil ?

2° **Des meubles qui peuvent être hypothéqués.** — La règle que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque subit une triple restriction :

A. — *Première restriction : A la différence des autres meubles, les navires peuvent être grevés d'hypothèque, et cette hypothèque engendre à la fois le droit de préférence et le droit de suite.* — Les raisons qui ont fait interdire l'hypothèque des meubles ne valent rien pour les navires. Ceux-ci, en effet, ne sont pas l'objet d'aliénations aussi fréquentes que les objets mobiliers ordinaires ; de plus, ils ont un port d'attache qui rend aisée la publicité des droits réels et des aliénations dont ils sont l'objet.

Cependant, l'hypothèque des navires est, dans notre Droit au moins, d'origine moderne. Elle a été organisée chez nous par les lois du 10 dé-

cembre 1874 et du 10 juillet 1885. Auparavant, on ne pratiquait que le nantissement des navires. Ces lois de 1874 et de 1885 s'appliquent d'ailleurs seulement aux *bâtiments de mer de vingt tonneaux et au-dessus*. Les registres de l'inscription sont tenus par les receveurs des douanes dans la circonscription desquels le navire est en construction ou immatriculé. L'hypothèque dûment inscrite permet au créancier de saisir le navire entre les mains de tous tiers-acquéreurs.

La loi du 5 juillet 1917 a étendu la faculté résultant des lois ci-dessus à la batellerie fluviale. En effet, cette loi décide (article 11) que les *bateaux de navigation intérieure d'un tonnage égal ou supérieur à 20 tonneaux* sont susceptibles d'hypothèque.

B. — *Seconde restriction : Les aéronefs* sont également susceptibles d'hypothèque (Loi du 21 mai 1924). Cette hypothèque (art. 14) est régie par les dispositions de la loi précitée de 1917 relativement à l'hypothèque fluviale.

C. — *Troisième restriction : Le gage, sans dépossession du débiteur, est possible aujourd'hui pour les fonds de commerce, pour les produits agricoles, et pour le mobilier des hôtels* — Nous avons déjà parlé de ce gage sans déplacement qui, à certains égards, ressemble à une hypothèque mobilière et, en tous cas, rend les mêmes services.

En outre, en ce qui concerne le fonds de commerce, la loi donne au créancier gagiste un droit de suite (Loi du 17 mars 1909, art. 22. Il en est autrement, on s'en souvient, pour les warrants agricoles (art. 13 de la loi) et pour le warrant hôtelier.

§ 4. — Assiette de l'hypothèque.

Il importe beaucoup de déterminer quels sont les biens qui forment la garantie d'un créancier hypothécaire. Pour cela, il faut distinguer suivant que l'hypothèque est *générale* ou *spéciale*. Nous verrons ensuite, à propos de l'hypothèque spéciale, dans quelle mesure les divers éléments constitutifs de l'immeuble grevé sont affectés à la sûreté du créancier.

Assiette des hypothèques générales — Notre Droit moderne connaît encore l'hypothèque générale, c'est-à-dire l'hypothèque qui grève *tous les biens présents et à venir* du débiteur. Cette hypothèque se présente sans doute aujourd'hui comme une exception ; néanmoins on en rencontre les variétés suivantes :

1° L'*hypothèque judiciaire* qui grève tous les immeubles présents et à venir du débiteur (art. 2163) ;

2° Trois *hypothèques légales* qui présentent le même caractère, et grèvent tous les immeubles présents et à venir du débiteur (art. 2121). Ce sont :

A. — Celle de la *femme mariée sur les biens de son mari ;*

B. — Celle des *mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur ;*

C. — Celle de l'*Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.*

3° Enfin, l'article 2129 nous dit sans doute qu'un débiteur ne peut donner

en garantie que chacun de ses immeubles présents nominativement désigné, mais l'article suivant déroge à ce principe en permettant au débiteur, *dont les biens présents sont insuffisants* pour la sûreté de la créance, d'hypothéquer ses biens à venir.

L'hypothèque générale frappe tous les immeubles que le débiteur possède et tous ceux qui entrent postérieurement dans son patrimoine jusqu'au moment de sa mort. C'est un droit réel qui plane sur tout le patrimoine du débiteur. Ainsi, même après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, et tant qu'ils restent débiteurs, les biens que le mari ou le tuteur vient à acquérir deviennent le gage de la femme, du mineur, de l'interdit. On comprend donc combien des hypothèques de ce genre nuisent au crédit du débiteur.

La mort du débiteur arrête cependant l'extension de l'hypothèque générale, en ce sens qu'elle se trouve à ce moment définitivement limitée aux immeubles du défunt, et n'étend pas son empire sur ceux de ses héritiers.

Assiette de l'hypothèque spéciale. Son application aux accessoires et améliorations. — En dehors des cas exceptionnels que nous venons d'énoncer, l'*hypothèque est toujours spéciale*, c'est-à-dire *qu'elle ne frappe que des immeubles présents, individuellement désignés.*

Il nous reste donc à voir quels sont les éléments de l'immeuble grevé affectés à la garantie de la créance hypothécaire. La règle est bien simple. Elle peut se formuler en deux propositions :

1° L'hypothèque frappe tous les accessoires de l'immeuble ;

2° Elle s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

1° *L'hypothèque frappe tous les accessoires de l'immeuble.* — A. — Ainsi, l'hypothèque grève les *immeubles par destination* qui sont placés sur l'immeuble. Ces objets se trouvent affectés à la garantie du créancier au moment même où ils sont introduits dans l'immeuble. Il en résulte que, si le prix en était encore dû par le propriétaire, l'hypothèque primerait cependant le privilège du vendeur, à moins que celui-ci ne prévînt les créanciers hypothécaires.

De même, si le matériel ou l'outillage d'un fonds de commerce a été donné en nantissement par un commerçant, propriétaire de l'immeuble dans lequel il exerce son commerce, ce matériel, grevé par l'hypothèque constituée sur cet immeuble, est affecté en première ligne au paiement du créancier hypothécaire, qui prime ainsi le créancier gagiste (Grenoble, 27 décembre 1912, *Gaz. Pal.*, 22-25 mars 1913 ; Aix, 12 février 1912, S. 1912. 2.281, note de M. Wahl ; V. aussi Req., 2 juillet 1901, D. P. 1909.1.342, S. 1905.1.500 ; Civ., 1er mai 1906, D. P. 1909.1.345, S. 1909.1.9). Trib. civ. Dijon, 30 mars 1908, D. P. 1909.2.153 note de M. Percerou.

Lorsque les objets affectés au fonds en sont détachés par le propriétaire, ils cessent d'être grevés de l'hypothèque. Néanmoins, s'ils en sont séparés par suite d'une vente, le droit de préférence du créancier hypothécaire s'exerce sur le prix, ainsi que nous l'avons précédemment expliqué (Paris, 27 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 19 janvier 1912).

B. — L'hypothèque s'étend également aux *servitudes actives* que le fonds possède sur d'autres héritages.

C. — Enfin, elle frapperait la *redevance* qui serait due par le concessionnaire d'une mine existant dans le sous-sol.

Parmi les accessoires de l'immeuble hypothéqué, nous n'avons pas parlé des *fruits*. En effet, tant qu'ils pendent par branches et racines, ils sont partie intégrante du fonds. Dès qu'ils en sont séparés, ils cessent d'être le gage des créanciers hypothécaires. Il faut ajouter cependant que, *dans le cas de saisie de l'immeuble*, les fruits sont *immobilisés*, c'est-à-dire affectés par préférence au paiement des créanciers hypothécaires à dater de la transcription du procès-verbal de saisie (art. 682 et 685, C. proc. civ.)

2° *L'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué*. — Cette règle est édictée par l'article 2133. Il en résulte que les constructions élevées sur un terrain hypothéqué (Aix, 26 mars 1885, sous Cass., D. P, 89.1.102, S. 89.1.49), les servitudes actives acquises au profit de l'immeuble, les objets immobilisés par destination postérieurement à la constitution de l'hypothèque, viennent augmenter la valeur du gage hypothécaire. Il importe peu que ces améliorations aient été faites par le débiteur lui-même ou par un tiers acquéreur de l'immeuble. Cependant, en ce dernier cas, l'équité veut que le tiers acquéreur soit désintéressé ; l'article 2175 lui permet en conséquence de réclamer le remboursement de ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value en résultant (Voir à propos d'immeubles par destination placés par un tiers détenteur. Req, 2 août 1886, D. P. 87.1.293, S. 86.1 417).

Bien entendu, les *acquisitions nouvelles* qui viendraient augmenter l'étendue du fonds grevé, en y ajoutant de nouvelles parcelles, ne seraient pas des améliorations, et, par conséquent, ne se trouveraient pas affectées au gage hypothécaire, même si le propriétaire les unissait au premier fonds, en les enfermant dans une même enceinte (Poitiers, 1er juin 1875, D. P. 77.2. 232). C'est en vertu de cette idée que l'hypothèque constituée sur sa part indivise par un copropriétaire, qui se rend ensuite adjudicataire du bien tout entier, ne s'étend pas à la totalité de l'immeuble.

§ 3. — Diverses espèces d'hypothèques

Hypothèques légales, judiciaires, conventionnelles. — L'article 2116 nous dit que l'hypothèque est *ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle*. Et l'article suivant développe ainsi cette énumération : « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. — L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires. — L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats. » Par ces derniers mots, la loi veut exprimer que le contrat d'hypothèque est soumis à des formes solennelles.

La division, prise en elle-même, est assez critiquable. L'hypothèque judiciaire n'est autre chose qu'une hypothèque légale, car c'est la loi qui

l'attache aux jugements. Néanmoins, la différence d'origine historique de l'une et de l'autre explique la distinction tripartite du Code.

SECTION II. — HYPOTHÈQUES LÉGALES.

Le Code civil énumère trois hypothèques auxquelles il donne cette qualification, dans l'article 2121 :

Celle des femmes mariées sur les immeubles de leur mari ;

Celle des mineurs et interdits sur les immeubles de leur tuteur ;

Celle de l'Etat, des départements (que le Code ne cite pas parce qu'ils n'ont acquis la personnalité juridique qu'en 1811), des communes et des établissements publics, sur les immeubles des receveurs et administrateurs comptables.

Ces trois hypothèques présentent ce trait commun d'être *générales*, c'est-à-dire, comme nous le savons, de frapper *tous les immeubles présents et à venir* du débiteur. Elles présentent de plus ce second trait commun de garantir *toutes les créances* qui peuvent exister contre le débiteur au profit des créanciers auxquels elles appartiennent.

A l'énumération de l'article 2121 il convient d'ajouter :

L'hypothèque accordée par la loi des 6-22 août 1791, tit. XIII, art. 23, pour l'exécution du tarif des droits d'entrée et de sortie, à la *Régie des Douanes*, sur les immeubles des redevables, hypothèque générale comme celles de l'article 2121.

L'hypothèque donnée par l'article 1017, 2e al., au *légataire à titre particulier d'une somme d'argent ou d'une chose fongible*, sur les immeubles de la succession ;

L'hypothèque des *créanciers d'un commerçant failli* ou en état de liquidation judiciaire, sur les immeubles de celui-ci (art. 490, 3e al. et 517, C. com., et art. 4 de la loi du 4 mars 1889) ;

Ces deux dernières hypothèques, à la différence des précédentes, ne sont pas *générales*. En effet l'hypothèque des légataires ne frappe, dans le patrimoine de l'héritier, que les immeubles provenant de la succession du défunt. Et l'hypothèque de la faillite n'atteint que les immeubles possédés par le commerçant failli au moment de la déclaration de faillite, et, en plus, ceux qu'il acquiert avant la clôture de la liquidation de ses biens.

Nous étudierons ici seulement les trois hypothèques légales de l'article 2121. Celle du légataire se rattache tout naturellement à la matière des testaments.

§ 1. — Hypothèque légale du mineur et de l'interdit sur les biens du tuteur.

I. — Notions historiques.

L'hypothèque des mineurs et interdits a sa source dans le Droit romain. Le Droit classique avait accordé aux impubères et aux mineurs, créanciers de leurs tuteurs ou curateurs, le droit d'être payés avant les créanciers

chirographaires. L'empereur Constantin, jugeant cette sûreté insuffisante, la transforma en une hypothèque tacite, prenant rang au jour de l'ouverture de la tutelle (20 C. *de adm. tut.*, V, 37), et la même garantie fut concédée ensuite aux interdits sur les biens de leur tuteur (7, § 5 et 6, C. *de cur. fur.*, V, 70).

Notre ancien Droit conserva cette hypothèque (Pothier, *Introduction au titre XX de la coutume d'Orléans*, n° 18, éd. Bugnet, t. I, p. 642).

La loi de messidor an III, au contraire, supprima l'hypothèque des mineurs en même temps que toutes les autres hypothèques tacites ; mais la seconde loi hypothécaire de la Révolution, celle du 11 brumaire an VII, crut nécessaire de la rétablir (art. 4, 3e al. et 21-2°), tout en la soumettant à la formalité de l'inscription, comme les hypothèques ordinaires. Cette hypothèque frappait, *au moment même de l'inscription*, tous les biens du tuteur.

Le Code civil, à son tour, a considéré l'hypothèque des mineurs et interdits comme une garantie indispensable de leurs droits. Mais, tout en ordonnant la publicité, il n'a pas fait de celle-ci une condition de l'efficacité de cette hypothèque. Qu'elle soit inscrite ou non, elle prend rang du jour de l'ouverture de la tutelle.

II. — Réglementation générale de l'hypothèque des mineurs et interdits.

A quelles personnes est-elle accordée ? — La loi donne l'hypothèque aux personnes dont les biens sont administrés par un tuteur, c'est-à-dire :

1° Aux *enfants légitimes mineurs*, dont l'un des père et mère est décédé ;

2° Aux *enfants naturels reconnus ;*

3° Aux *interdits judiciaires* (art. 489, C. civ.), et aux *interdits légaux*, c'est-à-dire aux condamnés à une peine afflictive et infamante (art. 29, C. pén.).

En ce qui concerne les *enfants légitimes mineurs*, la loi fait une distinction, peu logique d'ailleurs, entre le cas où les père et mère vivent l'un et l'autre, et celui où l'un d'eux est décédé. Le père ou la mère survivant est tuteur légal de l'enfant et, comme tel, soumis à l'hypothèque légale. Au contraire, le père, administrateur légal, durant le mariage, en vertu de l'article 389, des biens qui peuvent échoir à l'enfant est, on s'en souvient, dispensé de l'hypothèque (V. tome Ier, p. 532). L'une des raisons de cette règle est, sans doute, que la présence de la mère constitue une garantie suffisante pour l'enfant. Mais cette raison perd toute sa valeur quand il y a séparation de corps ou divorce.

A la différence des enfants légitimes, les *enfants naturels* étant en tutelle, même quand ils ont été reconnus par leurs deux auteurs (art. 389, al. 12), jouissent toujours de la garantie de l'hypothèque légale. Cette extension de l'hypothèque légale n'est pas, du reste, sans inconvénients. Il sera parfois fort difficile de connaître l'existence de cette hypothèque, étant donné que la reconnaissance d'un enfant naturel peut se faire sans aucune publicité. Aussi, les hommes d'affaires n'ont-ils pas manqué de signaler la complica-

tion que cette réforme allait apporter dans les transactions immobilières [1].

La loi du 30 juin 1838 n'a pas accordé aux aliénés non interdits internés dans un établissement le bénéfice de l'hypothèque légale. En effet, les fonctions d'administrateur provisoire sont remplies, on le sait, par un membre de la Commission administrative de l'établissement (art. 31), et il ne pouvait être question d'imposer une pareille charge à une personne qui accepte ces fonctions par dévouement. Toutefois, quand le malade possède quelque fortune, la loi permet de faire nommer un administrateur spécial (art. 32), et le jugement qui le désigne *peut* constituer sur ses biens une hypothèque *générale ou spéciale*, *jusqu'à concurrence d'une somme déterminée* par ce jugement (art. 34, 2e al.).

En résumé, les administrateurs dont les biens sont grevés de l'hypothèque légale sont uniquement les *tuteurs*. Sous ce nom, il faut comprendre certainement le mari de la mère remariée, *cotuteur* avec elle (art. 396), le *protuteur* de l'article 417, enfin, le *tuteur de fait*, c'est-à-dire celui qui gère indûment les biens du pupille, par exemple, la mère remariée qui n'a pas convoqué le conseil de famille ainsi que le second mari de celle-ci (art. 395).

Il n'y a d'exception que pour le tuteur nommé en exécution de l'article 10, 2e alinéa, de la loi du 24 juillet 1889 sur la *déchéance* de la puissance paternelle. Toutefois, au cas où le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens, le tribunal *peut* ordonner qu'une hypothèque *générale ou spéciale* soit constituée, *jusqu'à concurrence d'une somme déterminée*, sur les biens de ce tuteur. On voit donc que le législateur moderne n'a pas osé rejeter d'une façon définitive l'institution de l'hypothèque légale. Mais il l'a rendue, là où il l'adoptait, facultative pour le juge, tant au point de vue de son établissement qu'à celui de son assiette.

Quels sont les biens grevés ? — L'hypothèque des mineurs et interdits est générale ; elle frappe tous les immeubles présents et à venir, même ceux que le tuteur acquiert après la cessation de ses fonctions.

Cependant, cette hypothèque peut être réduite, c'est-à-dire transformée en hypothèque spéciale ne grevant que certains biens, dans deux cas :

1° Au moment de la nomination du tuteur, en vertu d'une délibération du conseil de famille (art. 2141) ;

2° Pendant la durée de la tutelle, par un jugement rendu sur la demande du tuteur, dont les immeubles excèdent notoirement les sûretés suffisantes pour répondre de sa gestion (art. 2143). C'est le premier exemple que nous rencontrions d'une opération désignée, dans la pratique, sous le nom de *cantonnement* d'une hypothèque générale.

Quels sont les créances garanties ? — L'hypothèque garantit toutes les créances que l'incapable acquiert contre son tuteur, du fait de la gestion

1. Le Congrès international de la propriété bâtie, tenu à Paris en mai 1913, a émis le vœu que l'hypothèque légale de l'enfant naturel ne produise effet qu'à dater de son inscription (V. *Circulaire trimestrielle du Comité des notaires des départements*, 1913, n° 299, p. 138).

de celui-ci, ce qui comprend en réalité toutes ses créances, même celles qui existeraient, au profit de l'incapable, avant l'entrée en fonctions du tuteur, celui ci devenant alors responsable de l'acquittement de sa dette, en tant que représentant de l'enfant (Req., 23 novembre 1898, D. P. 99.1.88, S. 99.1.9).

Ainsi, lorsqu'une femme mariée meurt, laissant des enfants mineurs, ceux-ci, créanciers des *reprises*, c'est-à-dire des créances de leur mère contre son mari, jouissent d'une double hypothèque sur les biens de leur père qui est leur tuteur : d'abord, de l'hypothèque légale qui appartenait à leur mère comme femme mariée, ensuite de leur propre hypothèque, car la liquidation de ces reprises fait partie des devoirs que la tutelle impose au père. Ils peuvent donc invoquer l'une ou l'autre suivant leur intérêt (Civ., 5 décembre 1900, D. P. 1901.1.213, S. 1904.1.219).

III. — Dans quelle mesure cette hypothèque est-elle soumise à la publicité ?

La loi de brumaire an VII avait soumis les hypothèques légales, et celle du mineur comme les autres, à la nécessité de l'inscription. Cette inscription devait être prise chaque fois qu'un immeuble entrait dans le patrimoine du tuteur, et c'est elle qui déterminait le rang de l'hypothèque (art. 4, 3e et 4e al.).

Cette règle parut trop rigoureuse aux rédacteurs du Code. Mettant au premier plan l'intérêt des incapables qu'ils voulaient protéger, ils ont adopté un système bâtard, fort peu logique, qui peut se résumer ainsi :

1° L'hypothèque légale doit être inscrite ;

2° Le rang de l'hypothèque est indépendant de l'inscription.

Ce système présentait tant de dangers pour les tiers qu'il a fallu l'amender plus tard, dans la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, (art. 8).

1° L'hypothèque doit être inscrite. — Tel est le vœu du législateur qui, dans les articles 2136 à 2139, *prescrit* au tuteur, au subrogé tuteur, *recommande* au procureur de la République, aux parents et amis du mineur, et *permet* au mineur lui-même de requérir l'inscription.

A. — *Personnes à qui la loi prescrit de prendre inscription.* — Ce sont le *tuteur* et le *subrogé tuteur*. Contre ceux qui ne rempliraient pas ce devoir, la loi prononce certaines sanctions :

Le *tuteur*, qui aurait consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur ses immeubles, sans déclarer expressément que ceux ci sont affectés à l'hypothèque légale du pupille, est réputé *stellionataire*, et, comme tel, contraignable par corps (art. 2136, 2e al.). Mais l'abolition de la contrainte par corps enlève tout intérêt à cette punition. La seule conséquence de la mauvaise foi du tuteur sera donc désormais d'engager sa responsabilité au regard du tiers qu'il a trompé ; mais il est bien évident qu'un tuteur qui se livre à de pareilles fraudes est le plus souvent un insolvable.

En ce qui concerne le *subrogé tuteur* négligent, il est également respon-

sable envers le mineur et les tiers du non accomplissement de la formalité. Cette responsabilité sera plus efficace. Le subrogé tuteur s'expose en effet à des dommages-intérêts, soit envers l'incapable, soit envers les tiers, au cas où, par le défaut de l'inscription dont il aurait dû contrôler l'accomplissement, il aurait causé préjudice aux uns ou à l'autre. L'incapable, il est vrai, ne souffrira pas, en général, du défaut de publicité, car il n'en conserve pas moins son rang privilégié. Il en sera autrement cependant dans certain cas : par exemple, l'immeuble du tuteur ayant été saisi ou ayant été aliéné, et l'acquéreur ayant procédé à la purge, le mineur, faute d'inscription, peut, nous le verrons bientôt, être exposé à voir son droit forclos.

Mais c'est surtout envers les tiers que la responsabilité du subrogé tuteur risquera d'être effective, car ces tiers, au moins ceux qui ont acquis un droit réel sur l'immeuble, sont exposés à se voir évincés par l'exercice de l'hypothèque légale du mineur, dont rien ne leur aura révélé l'existence. Par exemple, c'est un créancier hypothécaire, ou bien c'est un voisin qui a acquis une servitude sur le fonds grevé ; ou enfin, c'est un acquéreur de tout ou partie de l'immeuble qui n'a pas procédé à la purge, parce qu'il l'a crue inutile. Ces diverses personnes pourront réclamer au subrogé tuteur l'indemnisation du préjudice que leur aurait causé la clandestinité de l'hypothèque du mineur (Req., 15 novembre 1892. D. P. 93.1.37, S. 93.1.145, note de M. Tissier ; 23 décembre 1895, D. P. 96.1. 481, note de M. Guénée, S. 96.1.181 ; 12 décembre 1898, D. P. 99.1 305, S. 99.1.333).

B. — *Personnes auxquelles la loi recommande de prendre inscription.* — Les personnes auxquelles la loi confie le soin de requérir l'inscription, à défaut par les tuteurs et subrogés tuteurs de l'avoir effectuée sont le *procureur de la République*, les *parents et amis* du mineur ou de l'interdit. Mais aucune sanction n'assure, en ce qui les concerne, l'accomplissement de cette mission. Le procureur de la République lui-même n'encourt aucune pénalité, s'il n'y procède pas ; et, en fait, jamais il ne requiert l'inscription, par cette raison bien simple que l'ouverture des tutelles n'est pas portée à sa connaissance.

C. — *Le mineur ou l'interdit lui-même.* — Le mineur ou l'interdit lui-même *peut* requérir l'inscription. C'est une application de cette règle générale que les incapables sont toujours aptes à accomplir les *actes conservatoires* de leurs droits. En fait, le mineur ou l'interdit n'use jamais de cette faculté.

Aussi, dans la réalité et malgré les dispositions des articles précités, est-il très rare que l'hypothèque légale soit inscrite au cours de la tutelle.

2° Le rang de l'hypothèque est indépendant de l'inscription. — Le défaut d'inscription ne prive pas l'incapable du rang de faveur que la loi lui accorde : Inscrite ou non, l'hypothèque prend rang, pour toutes les

créances que l'incapable peut avoir contre son tuteur, à quelque moment qu'elles soient nées, par conséquent, même pour les créances résultant de la reddition des comptes, au jour où le tuteur a accepté la tutelle (art. 2135-1°), ou plutôt, formule plus exacte qui se trouve dans l'article 2195, 3e al, *au jour de l'entrée en gestion du tuteur.*

On voit donc combien la garantie accordée à l'incapable est précieuse, mais exorbitante. Elle lui assure un droit de préférence à l'égard de tous les tiers qui traiteront avec le tuteur postérieurement au début de sa gestion.

3° **Modification au système du Code réalisée par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.** — Il résulte de ce qui précède que le défaut d'inscription ne supprime pas le rang de faveur accordé à l'hypothèque légale des mineurs ou interdits dont on peut dire, par conséquent, qu'elle est *clandestine.*

Ce système, s'il présente des inconvénients pendant la durée de la tutelle, en offre de bien plus graves encore une fois que celle-ci a pris fin. En effet, il ne faut pas oublier que la responsabilité du tuteur à l'égard de l'incapable duré pendant dix ans à compter de la cessation de l'incapacité (art. 475.309). Or, s'il est encore possible de s'assurer si la personne qui propose de vendre ou d'hypothéquer un immeuble lui appartenant, est ou non chargée actuellement d'une tutelle, il devient presque impossible de savoir si elle a exercé autrefois cette fonction, et se trouve encore débitrice de ce chef. Il y avait là une cause intolérable d'insécurité qui obligeait l'acquéreur, dans toutes les acquisitions immobilières, à faire les frais de la purge, afin de se garantir contre l'apparition possible d'hypothèques par lui ignorées. Incontestablement, les rédacteurs du Code avait dépassé le but qu'ils poursuivaient. Car, si leur système de clandestinité peut à la rigueur se défendre à l'égard d'un incapable pendant la durée de son incapacité, il n'a plus de raison d'être une fois que l'incapacité a pris fin, et qu'on se trouve en présence, soit d'un enfant devenu majeur, soit d'un aliéné guéri, soit enfin des héritiers majeurs et sains d'esprit de l'un ou de l'autre ; il n'y a plus aucun motif pour soustraire ces personnes à l'empire du droit commun.

C'est ce qu'ont compris les rédacteurs de la loi du 23 mars 1855. Sans oser modifier le principe même du système adopté par le Code civil, ils en ont limité l'application à la durée de la tutelle. L'article 8 de la loi décide, en effet, que le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause doivent prendre inscription *dans l'année qui suit la cessation de la tutelle*. S'ils se conforment à la loi et prennent cette inscription en temps utile, l'hypothèque du ci-devant incapable *conserve le rang de faveur qui lui était attribué.* S'ils ne le font pas, l'hypothèque pourra encore être inscrite postérieurement, mais elle cessera de remonter au jour de l'entrée en gestion du tuteur ; *elle ne datera plus que du jour de l'inscription prise ultérieurement.* Elle ne sera donc plus opposable aux créanciers hypothécaires qui seraient inscrits anté-

rieurement sur les immeubles de l'ex tuteur, ni aux tiers qui auraient acquis des droits réels sur ces immeubles par un titre transcrit avant l'inscription de l'hypothèque légale.

On remarquera que l'article 8 de la loi de 1855 vise deux cas seulement :

A. — La cessation de l'incapacité par la majorité, la mainlevée du jugement d'interdiction, la libération du condamné à une peine afflictive et infamante. — B. — La mort de l'incapable.

Si, par conséquent, le tuteur cesse ses fonctions pour une cause quelconque, avant la fin de l'incapacité, et est remplacé par un autre tuteur, ou si le mineur est émancipé, la disposition de l'article 8 étant de droit étroit, vu son caractère d'exception aux principes, ne s'applique plus, et l'inscription n'est pas obligatoire. Nous devons donc constater que, nonobstant l'article 8 de la loi de 1855, il y a encore des cas où les biens d'un ancien tuteur peuvent se trouver grevés de l'hypothèque légale sans qu'aucune inscription en révèle l'existence aux tiers.

IV. — Appréciation critique des règles du Code.

L'hypothèque légale, générale et, en fait, occulte des mineurs et interdits, est une garantie détestable qu'il faudrait abolir. Tout d'abord, elle ne protège ces incapables que dans le cas où leurs tuteurs possèdent des immeubles. D'autre part, elle est, pour le commerce juridique, une gêne considérable. Quiconque acquiert la propriété d'un immeuble ou un droit réel sur un immeuble craint l'existence d'une hypothèque occulte, soit du chef de celui avec qui il traite, soit surtout du chef des propriétaires antérieurs. Aussi, toutes les fois qu'ils ont à dresser un acte constatant une opération immobilière, constitution d'hypothèque ou aliénation, les notaires ne manquent-ils pas de rechercher si le débiteur ou le vendeur a été ou non tuteur, et s'il est encore, à ce titre, grevé de l'hypothèque légale. Ils font, autant que possible, la même recherche, pour les propriétaires antérieurs. D'où une perte de temps et d'argent. Il est vrai que, lorsqu'il s'agit d'une aliénation, l'acquéreur peut se couvrir contre la découverte d'une charge non apparente à l'aide de la purge, opération que le Code, nous le verrons, permet de diriger contre les hypothèques dispensées d'inscription aussi bien que contre les autres. Mais cette procédure emporte des frais souvent disproportionnés avec la valeur de l'acquisition. Et, en tous cas, le même remède n'existe pas pour ceux qui effectuent, avec l'ex-tuteur, une opération autre qu'une acquisition de propriété. Quand un système de protection emporte de pareils inconvénients, il faut le supprimer.

Nous ne partageons donc nullement l'avis de ceux qui proposent de conserver l'hypothèque légale des mineurs et interdits, en la soumettant purement et simplement au régime de l'inscription, comme l'avait fait la loi de brumaire an VII. Ce ne serait à nos yeux qu'une réforme insuffisante. D'abord, il y aurait toujours lieu de craindre que, malgré les prescriptions de la loi, l'inscription ne fût pas effectuée ; or, il serait injuste de faire dé-

pendre l'existence de la garantie accordée au mineur d'une formalité que celui-ci n'est pas en état d'accomplir lui-même. En outre, l'hypothèque légale grève lourdement les biens du tuteur, plus lourdement encore que celle de la femme mariée ne grève les immeubles du mari. En effet, le mari peut, avec le concours de la femme, débarrasser ses biens de cette charge, tandis que le tuteur ne le peut pas. Les fonctions de la tutelle deviennent ainsi particulièrement redoutables pour tous ceux qui ont besoin de crédit. C'est pourquoi nous estimons que cette vieille institution a assez duré et doit disparaître. C'est dans une autre voie qu'il faudrait chercher les garanties nécessaires pour assurer l'administration loyale du tuteur, à savoir, comme nous l'avons précédemment indiqué (V. notre t. 1er, p. 526 s.), dans une réorganisation complète du régime de la tutelle[1].

§ 2. — Hypothèque légale de la femme mariée.

I. — Notions historiques[2].

L'idée de donner à la femme mariée une garantie contre les créanciers de son mari pour assurer la restitution de sa dot remonte au Droit romain. Elle y apparut dès le jour où l'on admit que le mari, propriétaire de la dot, serait tenu de la rendre à la dissolution du mariage. On créa d'abord au profit de la femme un *privilegium inter personales actiones* (74 D. *de jure dotium*, XXIII, 3) qui lui garantissait un double avantage. Si la dot consistait en un immeuble, il lui permettait de s'en faire transférer la propriété par préférence aux créanciers, quels qu'ils fussent, car l'immeuble ne pouvait être ni aliéné ni hypothéqué par le mari. Si la dot consistait en meubles, le privilège donnait à la femme, pour en recouvrer la valeur, un droit de préférence sur les biens du mari, à l'encontre des créanciers chirographaires.

Justinien, en même temps qu'il a généralisé l'obligation du mari de restituer la dot, a renforcé encore les droits de la femme. En 529, il a décidé que la femme aurait une action hypothécaire privilégiée sur les biens dotaux (30 C. *de jure dotium*, V, 12) ; puis il a étendu cette hypothèque à tous les biens du mari, en décidant qu'elle prendrait rang au jour du mariage (1, § 1 C. *de rei ux. act.*, V, 13), règle que notre Droit français suit encore aujourd'hui. Enfin, ne trouvant pas encore cette garantie suffisante, il a déclaré, dans la célèbre constitution *Assiduis* de 531 (12 C. *qui potiores*, VIII, 17), que cette hypothèque serait *privilégiée*, c'est-à-dire primerait toutes les autres hypothèques existant sur les biens du mari et remontant même à une date antérieure au mariage. C'était manifestement dépasser le but et porter atteinte aux droits acquis de créanciers qui avaient traité avec un homme non marié. On a dit justement que cette constitution ruinait le crédit des célibataires après celui des hommes mariés.

Aussi nos pays de Droit écrit, à l'exception du ressort du Parlement de

1. Le projet préparé par la Société d'études législatives, Bulletin, 1929, p. 179, ne va pas aussi loin. Il décide que cette hypothèque ne produira effet que si elle est inscrite et ne prendra rang qu'au jour de son inscription. Il la soumet donc au même régime que les hypothèques ordinaires.

2. Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français : Le Droit des gens mariés*, p. 362 à 384, Paris, 1908 ; Duval, *Origine de l'hypothèque légale de la femme mariée en pays coutumier*, thèse, Paris, 1910.

Toulouse[1], abandonnèrent-ils cette disposition, pour revenir à la règle plus logique que l'hypothèque date du jour, soit du mariage, soit du contrat de mariage.

D'autre part, l'hypothèque légale de la femme mariée s'est infiltrée en pays de coutume, mais, semble-t-il, pas avant le XIVe siècle. Voici comment cette extension se réalisa. Comme les contrats de mariage étaient le plus souvent rédigés par un notaire et que les actes notariés emportaient, nous ne l'oublions pas, hypothèque générale sur les immeubles du débiteur, les biens du mari se trouvaient ainsi grevés d'hypothèque, toutes les fois que le contrat constatait un apport de la femme. Par la suite, sous l'influence du Droit romain, l'hypothèque ne tarda pas à être accordée à toutes les femmes, même à celles qui se mariaient sans contrat. En principe, cette hypothèque prenait toujours date, pour toutes les créances de la femme, au jour du contrat de mariage, quand il y en avait un, et à défaut, au jour du mariage. Néanmoins, on peut relever, dans certaines coutumes et dans quelques décisions de jurisprudence, une tendance à reculer l'effet de l'hypothèque, pour les cas d'aliénation d'un immeuble de la femme ou d'obligation contractée par elle avec son mari, jusqu'au jour de la naissance de la créance, c'est-à-dire au moment de l'aliénation ou de l'engagement (V. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Hypothèque privilégiée* ; Pothier, *Traité de la communauté*, nos 762 à 768, éd. Bugnet, t. 7, p. 380 ; Brissaud, *Manuel*, p. 829, 830)[2].

Enfin, il est intéressant de noter que la pratique de notre ancien Droit avait cherché à diminuer la gêne que causait l'hypothèque de la femme et l'atteinte si grave qu'elle portait au crédit du mari. Pothier nous dit (*Traité de la communauté*, n° 766) combien il importe, « lorsqu'on contracte avec un homme marié, de faire intervenir la femme pour qu'elle s'oblige avec lui ». En effet, ajoute-t-il, grâce à cette intervention, les créanciers du mari, ayant la femme pour obligée, pourront exercer les droits de celle-ci, et seront colloqués en sous-ordre dans le bénéfice de son hypothèque légale. Notre Droit moderne, nous le verrons plus loin, n'a pas abandonné cette pratique ; il n'a fait qu'en perfectionner les procédés. Et ainsi, il est curieux de constater qu'en pays de coutumes, où la femme n'était pas protégée par l'inaliénabilité dotale, l'hypothèque légale avait bien vite cessé d'être une garantie efficace, et n'avait eu pour résultat que d'associer la femme aux opérations juridiques faites par le mari.

La loi du 9 messidor an III avait aboli l'hypothèque légale de la femme mariée, mais la loi de brumaire an VII la rétablit en lui laissant son caractère d'hypothèque générale. Seulement, elle décida, ici comme pour l'hypothèque des personnes en tutelle, que celle de la femme devrait être inscrite

1. Même dans ce ressort, il était permis aux créanciers antérieurs au mariage d'écarter la priorité de la femme, en la prévenant de l'existence de leurs droits avant la célébration du mariage (Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Dot*, nouv. édit. t. 1, p. 185, 1re col. ; Argou, *Institution*, liv. 3, ch. 8).

2. Cependant, la jurisprudence du Parlement de Paris faisait toujours remonter l'hypothèque au jour du contrat de mariage ou du mariage, mais elle classait les créances d'après un ordre de préférence (V. Lefebvre, *op cit.*, p. 579 et suiv.).

et qu'elle produirait effet à la date de son inscription (art. 4, 3e et 4e al.). L'inscription devait être prise chaque fois qu'un immeuble nouveau entrait dans le patrimoine du mari. Les rédacteurs du Code n'ont pas maintenu cette innovation. Ils ont suivi ici un système analogue à celui qu'ils ont adopté pour les personnes en tutelle. L'hypothèque de la femme mariée est donc aujourd'hui, comme celle des mineurs et interdits, à la fois *générale* et *occulte* au moins en fait.

II. — Règles générales.

Nous examinerons ici les points suivants :
1° Quelles sont les créances garanties par l'hypothèque ;
2° Quels sont les biens sur lesquels elle porte.

1° Créances garanties par l'hypothèque de la femme. — L'hypothèque légale des femmes mariées, ayant pour but de garantir le paiement de toutes les sommes qu'un mari peut devoir à sa femme à la dissolution du mariage, accompagne toutes les créances de la femme sans distinction, et quelle qu'en soit la cause, pourvu qu'elles soient nées avant la dissolution du mariage. Même si la femme était créancière de son mari antérieurement au mariage, elle jouirait de l'hypothèque légale pour le remboursement de cette créance, car, à partir du mariage, le mari devient débiteur en tant que mari. On ne peut donc trouver aucune créance de la femme née avant la dissolution du mariage qui ne soit accompagnée de cette sûreté.

La Jurisprudence a eu pourtant quelques hésitations dans deux cas : d'abord, au sujet des frais de l'instance en divorce ou en séparation de corps lorsque le jugement a été prononcé au profit de la femme ; en second lieu, à propos de la pension alimentaire que le jugement de divorce ou de séparation de corps peut allouer à la femme.

Quelques tribunaux avaient, dans ces cas, écarté l'hypothèque légale, parce que, disaient-ils, elle n'a pour objet que de garantir à la femme la restitution de ceux de ses biens dont le mari a eu l'administration, et ils appuyaient cette solution sur l'article 2135 qui indique, en effet, trois catégories de créances ayant leur source dans les actes de gestion du mari (Besançon, 21 décembre 1894, D. P. 95.2.230, S. 95.2.28, et, dans le même sens, la note de M. Wahl sous Dijon, 16 juin 1893, et 4 juin 1894, S. 95.2.25). Mais il y avait là une erreur d'interprétation. L'article 2135 n'est pas un texte limitatif ; il se contente d'énoncer le *rang* de l'hypothèque pour les principales créances. Ce n'est pas lui qui *crée* l'hypothèque légale ; c'est l'article 2121 ; or, ce texte est conçu en termes aussi larges que possible, puisqu'il attribue l'hypothèque légale *aux droits et créances* des femmes mariées. Aussi, la Cour de cassation n'a-t-elle pas manqué de condamner la solution que nous venons de critiquer (Civ., 25 juin 1895, D. P. 97.1.553, S. 95.1.348 ; V. aussi Nancy, 15 avril 1899, D. P. 1900.2.193, note de M. de Loynes, S. 1902.2.153, note de M. Tissier ; *adde*, note de M. de Loynes D. P. 1908.2.129 ; Req., 15 décembre 1909, D. P. 1911.1.25, note de M. de Loynes, S. 1912.1.313, note de M. Gaudemet, n° II). Tout au plus, pourrait-on peut-être avoir encore

quelque doute pour la créance alimentaire de la femme divorcée, mais la Chambre des requêtes a fort bien dit, dans son arrêt précité de 1909, que la pension alimentaire allouée à la femme a son origine *dans le fait du mariage*, c'est-à-dire dans la violation des obligations que le mari avait assumées comme tel.

Cas de faillite du mari. — Quand le mari est commerçant au moment du mariage, ou que, n'exerçant alors aucune profession, il l'est devenu dans l'année de la célébration, la loi commerciale, s'il vient à tomber ensuite en faillite, restreint les faveurs faites à la femme, dans l'intérêt des créanciers de la masse. La femme ne peut plus invoquer, même comme créancière chirographaire, les avantages portés à son contrat de mariage. En outre, avant la loi du 29 avril 1924, elle ne pouvait *prétendre à une collocation hypothécaire*, pour ses autres créances, que si elle prouvait qu'elle était créancière de son mari, en produisant une *quittance* de celui-ci *ayant date certaine* et établissant qu'il avait touché les valeurs qu'elle réclamait (art 563, 564, C. com.). Mais depuis cette loi, il n'est plus besoin qu'elle fasse la preuve par un acte ayant date certaine ; il faut donc admettre qu'elle peut faire la preuve par tous moyens [1].

2° **Biens sur lesquels porte l'hypothèque légale.** — L'hypothèque grève *tous les immeubles présents et à venir du mari*, même ceux qu'il acquiert après la dissolution du mariage.

S'il s'agit d'immeubles acquis sous condition résolutoire, l'hypothèque disparaît dans le cas où le droit du mari est résolu (art. 2125). Pourtant, la loi pousse si loin la protection de la femme qu'en sa faveur, elle a fait échec à cette règle à propos de certaines libéralités immobilières adressées au mari. Voici les dispositions qu'il y a lieu de signaler à cet égard.

A. — *Hypothèse du droit de retour*. — Lorsque la donation faite au mari est résolue par l'exercice du *droit de retour* stipulé par le donateur conformément à l'article 951, l'hypothèque légale continue à grever l'immeuble au profit de la femme, mais seulement sous les deux conditions suivantes: *a*) Si les biens du mari sont insuffisants pour assurer le paiement de la femme ; *b*) Si la donation a été faite au mari par le même contrat de mariage duquel résultent les droits de la femme (art. 952).

B — *Hypothèse de la substitution permise*. — Lorsque le mari a reçu des immeubles de son père ou de son frère *à charge de les restituer à ses enfants*, ces immeubles sont indisponibles entre ses mains, en ce sens que les droits consentis par lui sont inopposables aux *appelés*. Mais l'article 1054 fait exception à cette règle au profit de l'hypothèque légale de la femme. Il est vrai que la survivance de cette hypothèque est subordonnée à trois conditions. Il faut : *a*) que le testateur l'ait expressément réservée ; — *b*) qu'il y ait insuffisance des biens du mari, pour remplir la femme de ses reprises ; — *c*) enfin, l'hypothèque ne reste valable à l'encontre des appelés que pour assurer le remboursement du capital des deniers dotaux.

Immeubles faisant partie de la communauté. — Les immeubles fai-

1. V. Capitant. *De la preuve des reprises depuis la loi du 29 avril 1924*, Revue trimestrielle, 1927, p. 526.

sant partie de la communauté, ou conquêts de communauté, sont la *copropriété* du mari et de la femme. Ils sont cependant grevés de l'hypothèque légale de la femme mariée. Mais le droit pour la femme de se prévaloir de son hypothèque légale sur ces immeubles varie en étendue, suivant qu'à la dissolution de la communauté, elle accepte celle-ci ou y renonce. En effet, si elle accepte la communauté, son hypothèque ne frappe plus que les immeubles mis dans le lot du mari.

Cas exceptionnels dans lesquels l'hypothèque de la femme ne grève que certains immeubles. — Par exception, il y a certains cas où l'assiette de l'hypothèque de la femme mariée souffre une certaine restriction.

A. — *Cas de faillite du mari.* — Quand le mari est commerçant au moment du mariage, ou que, n'ayant pas de profession à cette époque, il est devenu commerçant dans l'année de la célébration, l'hypothèque légale ne *grève que les immeubles qui lui appartenaient à l'époque de la célébration ou qui lui sont advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire* (art. 563, C. com.). Ainsi, les immeubles acquis par lui à titre onéreux sont déchargés de l'hypothèque légale, dans l'intérêt de la masse de ses créanciers. La loi veut éviter par là que le mari, embrassant la profession de commerçant, ne soustraye une bonne partie de son actif aux aléas de ses entreprises en la transformant en immeubles affectés à l'hypothèque de sa femme.

B. — *Cas de réduction conventionnelle de l'hypothèque.* — La loi ne permet pas aux futurs époux de convenir que les immeubles du mari seront totalement dégrevés de l'hypothèque légale (art 2140 *in fine*). mais elle les autorise, à *la condition toutefois que la femme soit majeure*, à stipuler dans le contrat de mariage que l'hypothèque ne grèvera que un ou certains immeubles du mari (art. 2140).

C — *Cas de cantonnement ou de réduction judiciaire.* — La convention ci-dessus n'est plus possible une fois le mariage célébré, car elle serait une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales proclamée par l'article 1395. Mais, si aucune réduction n'a été convenue lors de la rédaction du contrat, le mari peut, durant le mariage, demander à la justice de réduire l'hypothèque de sa femme à certains seulement de ses immeubles. L'article 2144 entoure, du reste, cette demande de conditions minutieuses:

a) Il faut d'abord le consentement de la femme;

b) Il faut en outre, que le mari ait pris l'avis des quatre plus proches parents de celle-ci;

c) Il faut que les immeubles qui demeureront grevés soient suffisants pour la conservation entière des droits de la femme;

d) Enfin, le jugement ne sera rendu qu'après que le procureur de la République aura été entendu contradictoirement avec le mari (art. 2145).

III. — Dans quelle mesure l'hypothèque de la femme est-elle soumise à la publicité ? — Son rang.

Le Code a suivi ici les mêmes errements que pour l hypothèque des personnes en tutelle. Il édicte encore des mesures de publicité, mais de l accomplissement de ces mesures ne dépend pas l'effet de l'hypothèque.

1° Publicité. — Et d'abord, en ce qui concerne la publicité, l'article 2136 ordonne *au mari* de prendre inscription, sous peine d'encourir la sanction du stellionat, au cas où il aurait consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur ses immeubles sans déclarer expressément que les dits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale de sa femme.

Si le mari n'exécute pas cette obligation, le *procureur de la République* doit requérir l'inscription (art. 2138), ce qu'il ne fait jamais en pratique.

Enfin, l'article 2139 autorise les *parents* soit du mari soit de la femme (on remarquera que la loi ne parle plus d'*amis*), et *la femme elle-même*, à demander l'inscription. Mais ces prescriptions sont encore moins observées en pratique que celles qui visent les personnes en tutelle, car il n'y a pas ici de personnage qui, comme le subrogé-tuteur dans le cas précédent, soit personnellement responsable de leur non-accomplissement.

2° Rang de l'hypothèque. — L'hypothèque produit son effet, même quand elle n'a pas été inscrite, ce qui arrive en fait le plus souvent.

Mais à quel moment frappe-t-elle les immeubles du mari ? Ici, le Code civil, continuant une tendance qui s'était déjà manifestée dans notre ancien Droit, a abandonné le système trop simpliste par lui adopté pour la protection des mineurs et des interdits. Il a établi une règle plus souple, ménageant davantage le crédit du mari. Il a compris combien il serait grave de décider que l'hypothèque garantirait, au jour même du mariage, tous les droits de la femme, à quelque moment qu'ils fussent nés. Sans doute, il en est ainsi pour la tutelle, mais c'est que la tutelle est une charge temporaire qui finira au bout d'un temps en somme assez court, tandis que le mariage va durer, en principe, pendant toute la vie des époux. Faire remonter l'effet de l'hypothèque au jour du mariage, pour toutes les créances qui pourraient naître dans l'avenir au profit de la femme, soit par l'effet de successions ou de donations qu'elle recueillerait, soit par l'effet des engagements qu'elle prendrait avec son mari, ce serait tuer le crédit de ce dernier. Personne ne consentirait à traiter avec lui. Ce qu'il faut, c'est que les tiers puissent, au moment où ils vont contracter avec le mari, évaluer approximativement le montant des créances garanties par l'hypothèque de sa femme.

Telles sont les raisons qui expliquent la différence du traitement appliqué par le Code aux deux hypothèques générales et occultes de l'article 2121. La section de législation du Tribunat les avait ainsi résumées : « Si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses immeubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance ; et il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs, qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître » (Fenet, t. 15, p. 414).

L'article 2135 a, en conséquence, distingué trois groupes de créances de la femme pour lesquelles l'hypothèque prend des rangs différents :

A. — *Premier groupe : La dot et les conventions matrimoniales.* — Pour ce premier groupe de créances, l'hypothèque prend rang *à compter du jour du mariage.*

a) Par ces mots, *la dot*, l'article vise les biens que la femme apporte en se mariant, ou qui lui sont donnés par des tiers, et qui doivent aider à l'entretien commun du ménage. Ces biens sont administrés par le mari. Suivant que ce sont des choses consomptibles ou des corps certains, suivant aussi le régime adopté par les époux, le mari en a simplement la jouissance, ou en acquiert la pleine propriété. Dans le premier cas, la femme les reprend en nature au moment de la liquidation ; elle n'a donc pas besoin de son hypothèque légale. Dans le second cas, elle est créancière de leur valeur, et sa créance est garantie par l'hypothèque prenant rang *au jour du mariage.*

b) Quant aux mots, *conventions matrimoniales*, ils comprennent :

α) Les *avantages qui sont assurés à la femme par son contrat de mariage*, et qui consistent ordinairement en *gains de survie.* Par exemple, les époux se sont fait réciproquement donation, au profit du survivant, de l'usufruit d'une partie de leurs biens, ou d'une somme d'argent, ou d'une rente viagère. Lorsque la femme survivante se trouve être, en conséquence, non point propriétaire de certains biens, mais créancière de la succession de son mari, ce qui arrivera, par exemple, au cas où la donation qui lui a été faite par contrat de mariage avait pour objet une rente viagère, ou l'usufruit d'une somme d'argent, cette créance sera garantie par l'hypothèque légale *à dater du mariage.*

β) Les *gains de survie légaux* de la veuve (aliments et prix de ses vêtements de deuil art. 1481 et 1570).

B. — *Second groupe : Successions échues à la femme ou donations à elle faites pendant le mariage.* — Lorsque ces successions ou donations comprennent des sommes d'argent que le mari a touchées à titre d'administrateur, la femme est créancière de leur restitution à la dissolution du mariage ou au jour de la séparation de biens. L'hypothèque qui protège sa créance ne prend rang qu'*à compter de l'ouverture de la succession ou du jour que la donation a eu son effet.*

C. — *Troisième groupe : Indemnités des dettes contractées par la femme avec le mari et remploi de ses propres aliénés.* — Cette formule embrasse deux cas bien distincts :

a) La femme, chose très fréquente, s'est engagée envers un tiers avec son mari pour une affaire concernant ce dernier ou la communauté. Si la femme est poursuivie par le créancier et est obligée de le payer, elle a un recours contre son mari ou la communauté, et l'hypothèque légale assure son remboursement à *compter du jour de l'obligation* ou, du moins, conformément à l'article 1328, *du jour où l'obligation a acquis date certaine* (Req. 13 août 1868, D. P. 70.1.126).

De même, chose non moins fréquente, si la femme a subrogé un créancier

du mari dans le bénéfice de son hypothèque légale, ses droits contre son mari seront garantis par l'hypothèque prenant rang *au jour de la subrogation.*

b) Les époux ont aliéné un immeuble de la femme, et il n'a pas été fait d'acquisition en remploi, si bien que la femme est créancière du prix touché par le mari. L'hypothèque qui garantit le remboursement de ce prix prend rang *au jour où l'aliénation a acquis date certaine.*

Créances non énoncées dans l'article 2135. — L'énumération de l'article 2135 n'épuise pas toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari ; elle ne vise que les principales. Par exemple, une pension alimentaire a été allouée à la femme par le jugement de séparation de corps ou de divorce ; ou bien encore, les frais de l'instance ont été mis à la charge du mari.

A quelle date l'hypothèque légale qui garantit à la femme le paiement de ces sommes, prendra-t-elle rang ? Une divergence de vues a toujours séparé sur ce point la Doctrine et la Jurisprudence. Celle-ci déclare que l'hypothèque légale date, en principe, du jour du mariage. Le Code, à son avis, a conservé sur ce point la règle de l'ancien Droit. A cette règle, il a bien apporté quelques exceptions, dans l'intérêt des tiers ; mais ces exceptions sont limitativement déterminées. La rédaction de l'article 2135-2° en fournit, nous dit-on, la preuve, car ce texte débute par une disposition ainsi conçue : l'hypothèque existe, pour la dot et les conventions matrimoniales (formule générale embrassant la plupart des créances), à compter du jour du mariage ; puis il formule les exceptions. Quant aux travaux préparatoires, ils ne sont pas moins significatifs, car le projet définitif, soumis au Conseil d'Etat, édictait une règle unique ainsi conçue : « L'hypothèque existe au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage » (Fenet, t. 15, p. 336). Les mots employés comprenaient donc toutes les causes de créances. C'est la section de législation du Tribunat qui fit ajouter les deux paragraphes subséquents, lesquels apparaissent bien, par conséquent, comme deux exceptions au principe énoncé et qui, comme tels, doivent s'interpréter restrictivement.

Malgré la force de ces raisons, la Doctrine n'a jamais voulu accepter une interprétation qui, dans bien des cas, sacrifie les intérêts des tiers à la protection de la femme. Mais il faut bien reconnaître que les auteurs, presque unanimes dans la critique de la Jurisprudence, ne sont guère d'accord dans leurs conclusions. Les uns, les seuls qui soient vraiment logiques, décident que l'hypothèque de la femme doit prendre rang, en règle générale, au jour où se produit le fait qui engendre sa créance. Mais à ceux-là on objecte avec raison que, si tel était le système du Code, il aurait dû faire dater l'hypothèque, pour raison de la dot, non du jour du mariage, mais du jour où le mari en a reçu le paiement. D'autres auteurs proposent donc des amendements d'ordre divers. Mais leur variété même fait ressortir davantage la solidité du système jurisprudentiel.

Quelques cours d'appel s'étaient ralliées aux raisons d'équité et d'intérêt

économique invoquées par la Doctrine, mais un arrêt de principe de la Cour de cassation (Civ , 25 juin 1895, D. P. 97.1.553, note de M. Léon Michel, S. 95 1.348) a déclaré que, en dehors des cas spécifiés aux 2e et 3e alinéas de l'article 2135-2°, l'hypothèque de la femme ne peut avoir d'autre date que celle de la célébration du mariage, date établie par le 1er alinéa du même article pour toutes les créances nées du mariage, et qu'en conséquence, la pension alimentaire due à la femme séparée de corps et les frais de l'instance en divorce ou en séparation de corps sont garantis par l'hypothèque *à partir de la célébration du mariage* (V. dans le même sens, Amiens, 9 juillet 1896, S. 98.2.68 ; Bordeaux, 16 mars 1909, D. P. 1910.2.192, S. 1909.2.239).

Modification apportée au système du Code civil par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. — L'article 8 de la loi du 23 mars 1855 a amendé ici le système du Code de la même façon que pour l'hypothèque légale des mineurs et interdits. L'hypothèque de la femme n'est plus dispensée d'inscription que *pendant le mariage* et *au profit de la femme seulement ;* elle ne conserve donc son rang de faveur que si la *veuve* ou ses *héritiers* la font inscrire dans l'année qui suit la dissolution du mariage. Sinon, elle ne date, à l'égard des tiers, que *du jour de l'inscription prise ultérieurement.*

Cet article 8 ne prévoit qu'un cas de dissolution du mariage, celui qui résulte de *la mort des époux.* C'est qu'à l'époque où il a été rédigé, le divorce n'était pas permis. Mais il n'est pas douteux qu'il faut appliquer la règle qu'il édicte au cas de *dissolution par divorce.*

Reste une situation un peu plus délicate. Depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps recouvre le plein exercice de sa capacité civile (art. 311, 3e al.). Or, la séparation de corps, si elle ne dissout pas le mariage, modifie le régime matrimonial des époux, et y substitue la séparation de biens, qui met fin à l'administration du mari. Ne faut-il pas en conclure que, désormais, la femme séparée de corps devra inscrire son hypothèque *dans l'année qui suit la prononciation du jugement ?* Les avis sont partagés. Il nous semblerait logique d'appliquer ici la prescription édictée par l'article 8 de la loi de 1855.

IV. — Des actes par lesquels la femme transmet aux créanciers de son mari le bénéfice de son hypothèque légale.

Notions historiques. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ; la loi du 13 février 1889. — L'hypothèque légale grève lourdement le crédit du mari. Aussi, chaque fois que celui-ci veut contracter une obligation, ou vendre un de ses immeubles ou un immeuble de la communauté, est-il obligé de demander son concours à la femme, afin que celle-ci renonce à son hypothèque légale au profit de l'intéressé. En effet, le tiers, avec qui le mari veut traiter, qu'il s'agisse d'un de ses créanciers, ou d'un tiers acquéreur, ne consent au contrat que si la femme lui transmet le bénéfice de son hypothèque légale. S'il ne le faisait pas, il courrait le risque d'être évincé par elle, à moins, quand il s'agit d'un acquéreur, qu'il ne fît les frais de la

purge. C'est pourquoi, dans la pratique, ces *renonciations* ou *subrogations* sont courantes. Elles ont pour résultat de restituer son crédit au mari, mais en même temps de priver la femme de la garantie que la loi lui accorde. Elles vont donc contre le but même de l'institution de l'hypothèque. On saisit là sur le vif un exemple de l'impuissance des dispositions législatives, lorsqu'elles sont contraires aux nécessités économiques.

Nous avons dit plus haut que la pratique de notre ancien Droit connaissait déjà ces opérations, que favorisait la procédure du sous-ordre. Le tiers envers lequel la femme s'était obligée en même temps que son mari par acte notarié, acquérait hypothèque sur tous les biens de celle-ci, et, par conséquent, sur l'hypothèque de la femme grevant les biens du mari. Dès lors, quand le prix des biens du mari était mis en distribution, ce créancier se voyait colloqué en sous-ordre dans le bénéfice de l'hypothèque de la femme.

L'habitude de faire intervenir la femme dans les actes d'obligation du mari ou d'aliénation des immeubles se perpétua, bien entendu, après la promulgation du Code civil. Mais, comme la législation était changée, comme, d'une part, les actes notariés n'emportaient plus hypothèque générale, et que, d'un autre côté, le sous-ordre était aboli par l'article 775 du Code de procédure civile, il fallut employer d'autres formes. Le créancier auquel le mari concédait une hypothèque sur un de ses immeubles, prit l'habitude de demander à la femme, soit de lui céder son hypothèque légale, soit de le subroger dans celle-ci, soit d'y renoncer à son profit. On employa dans les actes les unes ou les autres de ces expressions. Et le tiers acquéreur d'un immeuble de la communauté ou du mari ne manqua pas de prendre la même précaution.

Que valait cette intervention de la femme? Quelques auteurs en avaient mis en doute la validité, sous prétexte que le Code de procédure civile avait interdit le sous-ordre, ce qui était un argument sans valeur, car on ne peut assimiler au sous-ordre un *transfert* du bénéfice de l'hypothèque d'une créance à une autre créance. Ils invoquaient en outre l'art. 2144 qui soumet à des conditions assez rigoureuses la *réduction* de l'hypothèque légale de la femme pendant le mariage ; preuve, disaient-ils, que la loi n'autorise pas les époux à faire disparaître cette garantie par leur seule volonté. Enfin, ils objectaient que l'hypothèque légale a pour but de garantir le paiement des créances de la femme, et que c'est la détourner de son but et dépouiller la femme d'un bénéfice que la loi a voulu lui assurer, que de faire servir cette hypothèque à restituer au mari le crédit dont il a besoin. Mais, c'était oublier qu'aucun texte n'interdit à la femme de s'obliger au profit du mari, l'incapacité velléienne n'existant plus dans notre Droit.

Aussi, la pratique des subrogations à l'hypothèque de la femme survécut-elle aux critiques dont elle avait été l'objet. Toutefois, comme cette opération n'était prévue ni réglée par aucun texte, et que, par suite, elle pouvait se faire sans publicité, il en résultait de graves dangers, et pour la femme elle même, et pour les tiers.

Pour la femme d'abord. La subrogation ou renonciation pouvait résulter

de la seule signature apposée par elle à un acte sous seing privé. Et comme il n'était pas difficile au mari d'obtenir cette signature en en dissimulant à la femme les conséquences, il pouvait ainsi, par un acte de subrogation insidieux, la dépouiller de la garantie de son hypothèque.

Pour les tiers, le danger résultait du défaut de publicité de la subrogation ou renonciation. Et, en effet, le créancier ou le tiers acquéreur à qui les époux offraient de consentir cette subrogation n'était pas en état de vérifier si elle n'avait pas déjà eu lieu au profit d'autres personnes. Les époux pouvaient ainsi, à l'aide d'opérations répétées et secrètes, se procurer un crédit fictif. Très fréquentes étaient en fait les fraudes de cette sorte. Il était donc indispensable de réglementer l'opération, pour mettre un terme à d'intolérables abus.

Cette réglementation a enfin été réalisée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, qui a édicté une double règle :

1° La cession, subrogation ou renonciation doit désormais être faite par *acte authentique ;*

2° Elle n'a d'effet à l'égard des tiers qu'autant qu'elle est complétée par *inscription de l'hypothèque légale prise au profit du bénéficiaire*, ou par *une mention faite en marge de l'inscription préexistante.* Quelle raison, en effet, pouvait-il y avoir de dispenser l'hypothèque de l'inscription, à partir du moment où elle a cessé d'appartenir à la femme, pour bénéficier à un tiers parfaitement majeur et capable ?

Les deux mesures ci-dessus ont paré aux deux dangers que nous avons signalés. Néanmoins, cette réglementation n'était pas encore suffisante. Elle ne comblait pas toutes les lacunes de la loi et ne supprimait pas toute controverse. Des doutes subsistaient encore au sujet de l'hypothèse fort pratique, où la femme renonce à son hypothèque légale au profit, non pas d'un créancier du mari, mais de l'acquéreur d'un immeuble de celui-ci ou de la communauté. On ne s'entendait ni sur la forme, ni sur les effets de cette opération et cet état d'incertitude était contraire à la sécurité des transactions immobilières. Ce sont ces raisons qui ont motivé la loi du 13 février 1889.

Division de la matière. — Cas spécial des femmes mariées dans le régime dotal. — Nous allons maintenant étudier successivement en détail les deux hypothèses dans lesquelles intervient la subrogation à l'hypothèque légale de la femme :

1° L'opération a lieu au profit d'un créancier du mari.

2° Elle a lieu au profit de l'acquéreur d'un immeuble.

Mais, auparavant, une première question se présente à nous, qu'il faut d'abord examiner : *une femme mariée peut-elle toujours disposer de son hypothèque légale au profit d'un tiers?* La façon dont est rédigé l'article 9 de la loi de 1855 nous montre que non, ce texte commençant par ces mots : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... » L'article 20 du décret-loi du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier est plus explicite encore, car il dit : « La femme peut, *si elle*

n'est pas mariée sous le régime dotal; renoncer à son hypothèque légale. » En effet, sous le régime dotal, les biens dotaux sont inaliénables, et la Jurisprudence en conclut que cette inaliénabilité s'applique, non seulement aux immeubles dotaux, mais à la dot mobilière, et notamment à la créance de la femme en restitution de sa dot. En conséquence, la femme dotale ne peut pas renoncer non plus à l'accessoire légal de ses créances dotales, c'est-à-dire à l'hypothèque qui en garantit le remboursement (Req., 27 avril 1880, D. P. 80.1.431, S. 80.1.360 ; 6 décembre 1882, D. P. 83.1.219, S. 84.1.27).[1]

On rencontre parfois, il est vrai, dans les contrats de mariage mais assez rarement, car une telle clause détruit tout l'effet protecteur du régime dotal, une stipulation autorisant la femme dotale, non seulement à aliéner ses biens dotaux, mais même à renoncer à son hypothèque légale (V. Civ., 19 novembre 1888, D. P. 90.1 55, S. 89.1.153).

Lorsque la femme est mariée sous un autre régime, elle est libre de renoncer à son hypothèque légale, mais à condition d'y être autorisée.

1° Subrogation au profit d'un créancier du mari. — Faisons ici une observation préliminaire. Dans la pratique lorsqu'un homme marié veut emprunter de l'argent le capitaliste auquel il s'adresse, se fait d'abord constituer une hypothèque sur ses immeubles ou sur ceux de la communauté, et, en outre, il demande à être subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme, afin de ne pas être primé par celle-ci, le jour où il voudrait saisir les immeubles qui lui sont hypothéqués. En fait, le créancier exige toujours ces deux garanties. Il ne se contente pas de la subrogation, parce que celle-ci, dans certain cas, ne suffirait pas à elle seule à le protéger. En effet, s'il se trouvait que la femme n'eût aucune créance à faire valoir contre son mari, l'hypothèque légale resterait sans effet faute d'un droit principal auquel s'adjoindre, et, dès lors, le tiers, qui n'aurait pas exigé une sûreté qui lui fût personnelle, se trouverait réduit au rang de simple créancier chirographaire.

Ceci dit, nous examinerons successivement :

A. — Les conditions de la subrogation consentie par la femme ;

B. — Les effets juridiques de cette subrogation.

A. **Conditions de la subrogation.** — L'article 9 de la loi de 1855 impose deux conditions :

a) L'opération doit être faite par acte authentique ;

b) Elle doit être publiée.

a) *Forme authentique.* — L'opération doit être faite par acte notarié sous peine de nullité. Cette mesure a été établie dans l'intérêt de la femme, afin d'appeler son attention sur la gravité de l'acte qu'elle consent à faire. Le législateur a pensé que l'intervention du notaire serait une garantie pour elle, parce que, mieux informée, elle pourrait refuser de céder aux instances de son mari.

1. Pour la même raison la femme mariée sous un autre régime ne peut pas non plus renoncer valablement à son hypothèque légale en tant qu'elle garantit une créance incessible, comme la pension alimentaire qui peut lui être accordée au cas de divorce ou de séparation de corps (Civ. 12 décembre 1921, D. P. 1922.1.153, note de M. Capitant).

b) *Publicité.* — Si l'hypothèque légale n'est pas encore inscrite au moment de la subrogation, le créancier doit prendre une inscription *à son profit*, c'est-à-dire indiquer, dans cette inscription qu'il est subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque. S'il y a une inscription précédente, prise par la femme ou ceux que la loi charge de ce soin (art. 2136 et 2139), il n'est pas nécessaire de faire les frais d'une inscription nouvelle ; il suffit de mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Cette publicité a pour but de prévenir les tiers et d'empêcher ainsi les fraudes que les époux pouvaient commettre avant 1855. En conséquence, l'article 9 décide que les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme.

Ainsi, la publicité est exclusivement établie dans l'intérêt des créanciers, et pour régler leurs rapports respectifs. Elle n'est pas nécessaire à la validité de l'opération elle-même. *Inter partes*, c'est-à-dire dans les rapports du créancier et de la femme, la subrogation est valable, indépendamment de toute inscription ou mention. La femme ne pourrait donc pas se prévaloir du défaut d'inscription à l'encontre du créancier auquel elle aurait consenti la subrogation.

On s'est quelquefois demandé, d'autre part, si *l'inscription prise par le créancier peut profiter à la femme*, et la dispenser de prendre elle-même une nouvelle inscription, au cas où celle-ci deviendrait nécessaire pour elle-même, comme cela se produit quand un immeuble du mari est vendu et que l'acquéreur procède à la purge, ou quand le mariage vient à se dissoudre. Il semble tout d'abord que la question ne devrait pas se poser. Puisque l'hypothèque est déjà inscrite, à quoi servirait une nouvelle inscription? Mais il faut savoir que l'inscription hypothécaire est prise *au nom du créancier* qui la requiert, et, dès lors, ne peut produire effet que dans l'intérêt de celui-ci (art. 2148 et 2153). En conséquence, il convient de répondre à la question posée par une distinction :

Si l'inscription prise ne mentionne que le nom du créancier, elle ne profitera qu'à lui, et non à la femme. En effet, cette inscription ne suffirait pas à renseigner les tiers intéressés, car elle ne mentionne que le montant de la créance personnelle du créancier inscrivant, sans donner aucune indication sur l'étendue des droits de la femme (En ce sens, Civ., 21 juillet 1863, D. P. 63.1.339, S. 63.1.489).

Si, au contraire, le tiers a pris une inscription à la fois *au nom de la femme et au sien propre*, en y mentionnant, conformément à l'article 2153-3°, la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, son inscription suffit pour conserver l'hypothèque au profit de la femme comme au sien.

B. **Effets de l'opération.** — Avant d'étudier ces effets, il convient de faire une importante observation. Les actes notariés emploient indifféremment les expressions de *cession*, *subrogation* ou *renonciation*. On a beaucoup discuté pour savoir si ces mots visaient des opérations différentes,

produisant des effets distincts. La cession et la subrogation, a-t-on dit, transfèrent au tiers le bénéfice même de l'hypothèque légale, et lui permettent de l'invoquer pour son propre compte ; la renonciation, au contraire, éteint l'hypothèque, en ce sens que la femme ne peut plus l'invoquer contre le tiers, mais n'en transporte pas le bénéfice à ce dernier.

Disons tout de suite que, *lorsque l'intervention de la femme a lieu au profit d'un créancier du mari* (nous ne parlons pour le moment que de ce cas, et nous verrons qu'il n'en est pas de même quand elle intervient au profit d'un acquéreur d'immeuble), ces *distinctions n'ont aucun intérêt ; l'acte produit toujours le même effet, quels que soient les termes* dont se sont servies les parties. On remarquera du reste que l'article 9 de la loi de 1855 emploie indifféremment les mots de cession ou de renonciation, comme synonymes de subrogation, et que l'alinéa 2 montre bien que l'effet produit doit toujours être le même, puisqu'il dit : « Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations *exercent les droits hypothécaires* de la femme. » Cette formule prouve bien que le créancier est autorisé, dans tous les cas quels que soient les termes employés, à exercer les droits de la femme en son lieu et place. C'est, du reste, ce qu'admet la Jurisprudence (Civ., 25 février 1862, D. P. 62.1.240, S. 62.1.356).

Pour préciser maintenant en quoi consiste cet effet, prenons un exemple. Supposons qu'une femme, mariée sous le régime de la communauté d'acquêts, a apporté 100.000 francs en dot. Ces 100.000 francs restent propres à la femme ; le mari en a l'administration, et la communauté la jouissance ; à la dissolution du mariage, le mari doit les restituer à la femme. Cette créance est garantie par l'hypothèque légale à dater du jour du mariage (art. 2135-2°, 1er al.). Pendant le mariage, le mari emprunte 20.000 fr. à *Primus*, avec garantie hypothécaire sur ses immeubles ou ceux de la communauté, et la femme subroge le créancier dans le bénéfice de son hypothèque légale jusqu'à concurrence de la créance de 20.000 francs. *Primus* inscrit son hypothèque, et, en outre, prend une inscription constatant la subrogation intervenue à son profit. Postérieurement, le mari emprunte de nouveau 20.000 francs à un autre créancier *Secundus*, dans les mêmes conditions. Chacun des créanciers pourra se prévaloir du rang hypothécaire de la femme, jusqu'à concurrence de sa créance, et cela dans l'ordre des inscriptions de subrogation par eux prises. Si donc, à la suite de l'expropriation forcée des immeubles hypothéqués, un ordre s'ouvre pour la distribution du prix, la femme sera colloquée sur ce prix en première ligne pour le montant de sa dot, soit 100.000 francs ; et, sur cette collocation, on attribuera à *Primus* 20.000 francs, ensuite à *Secundus* 20.000 francs. Quant à la femme, à supposer que le prix des immeubles expropriés soit de 60.000 francs, elle ne recevra que l'excédent, soit 20.000 francs. Pour le surplus de sa créance, elle sera donc réduite au rang de créancière chirographaire.

Tel est l'effet essentiel de la subrogation, cession, ou renonciation consentie par la femme au profit d'un créancier hypothécaire.

Ajoutons deux observations pour bien expliquer le mécanisme de l'opération.

a) Nous avons déjà dit que le créancier ne peut se prévaloir de la subrogation que *dans la mesure où la femme est créancière elle-même* de son mari. Si donc nous supposons que la femme n'ait rien apporté en dot, et qu'au jour où l'ordre s'ouvre, elle n'ait aucune créance à faire valoir contre son mari, la subrogation restera sans effet ; elle aura été inutile, et chaque créancier sera colloqué à la date de l'inscription de sa propre hypothèque. C'est pour cette raison, nous l'avons indiqué, que, pratiquement, le créancier du mari ne se contente pas de la subrogation dans l'hypothèque de la femme, mais se fait toujours, en même temps, consentir une hypothèque personnelle sur les immeubles du mari ou de la communauté.

b) Nous avons dit également que la femme subrogeante se trouve privée du rang de faveur de son hypothèque légale, jusqu'à concurrence de la créance du tiers subrogataire. Il faut maintenant compléter cette proposition.

Ce qu'il ne faudrait pas croire, c'est que la femme se trouve *toujours* réduite, par l'effet de la subrogation qu'elle a consentie, et dans la mesure où elle profite au subrogataire, à la condition de simple créancière chirographaire. La femme en effet acquiert, par l'effet de la cession qu'elle consent au tiers, une double garantie. D'abord, en vertu de l'article 1251-3° du Code civil, elle est subrogée de plein droit dans l'*hypothèque personnelle* du créancier, hypothèque que celui-ci, nous l'avons vu, ne manque jamais, en fait, de se faire consentir par le mari. En outre, s'étant obligée dans l'intérêt du mari, le remboursement de sa créance se trouve garanti par son hypothèque légale prenant rang au jour même où elle s'est obligée, conformément à l'article 2135-2°, 3e alinéa.

L'exemple pris ci-dessus, un peu modifié, va nous montrer l'intérêt que peut présenter cette nouvelle garantie pour la femme. Supposons que, postérieurement aux subrogations consenties par la femme, un créancier chirographaire, *Tertius*, obtienne un jugement de condamnation contre le mari et fasse inscrire l'hypothèque résultant de ce jugement. Les immeubles du mari sont vendus 140.000 francs. La distribution de ce prix se fera de la façon suivante. La femme sera colloquée au premier rang, pour la totalité de ses reprises, soit 100.000 francs, et sur cette somme, 20.000 francs seront attribués à chacun des créanciers au profit desquels elle a consenti la subrogation. Mais le restant du prix sera attribué à la femme par préférence au créancier à hypothèque judiciaire, car la femme, qui reste créancière de 100.000 francs, est garantie par son hypothèque légale, pour les 60.000 francs restés en dehors des subrogations par elle consenties, immédiatement après les subrogataires ; pour les 40.000 autres francs de ses reprises, elle prend rang encore avant le créancier à hypothèque judiciaire, soit au jour où elle s'est obligée dans l'intérêt du mari à l'égard des créanciers (art. 2135 2°, 3e al.), soit, si elle y a intérêt, au jour de l'inscription des hypothèques personnelles consenties à ces derniers (art. 1251-3°).

En somme, ce que la femme a cédé, dans la subrogation par elle consentie au tiers, c'est moins son hypothèque que le rang dont elle bénéfi-

ciait. L'opération qu'elle a réalisée peut être qualifiée, et l'est souvent dans le langage de la pratique, de *cession d'antériorité*.

2° Renonciation au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté. — Pour cette hypothèse, les dispositions édictées par l'article 9 de la loi de 1855 étaient insuffisantes, et plusieurs questions restaient indécises. Cette lacune provenait de la façon dont se fait ici l'opération. Le tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté demande à la femme de *renoncer* à son hypothèque légale sur cet immeuble ; il ne tient pas ordinairement à être subrogé dans cette hypothèque, à en acquérir le bénéfice. A quoi cela lui servirait-il ? Ce qu'il veut, c'est que la femme ne puisse plus poursuivre l'immeuble aliéné, c'est-à-dire qu'elle renonce à son droit de suite. L'opération se présente donc ici sous forme d'une *renonciation extinctive et, plus précisément encore, d'une renonciation restreinte au droit de suite*, seul élément de l'hypothèque dont le tiers acquéreur puisse avoir à souffrir. Il lui importe peu que la femme puisse ou non faire valoir son *droit de préférence* sur le *prix* qu'il doit au mari (V. Orléans, 21 mars 1894, D. P. 94.2.529, note de M. de Loynes, S. 94.2.274 ; Req., 11 juin 1894, D. P. 96.1.537, note de M. de Loynes, S. 98.1.483).

L'intervention de la femme au profit d'un tiers acquéreur semblait donc beaucoup moins dangereuse pour elle que la subrogation consentie à un créancier hypothécaire. C'est pourquoi deux questions s'étaient posées.

On se demandait d'abord s'il était nécessaire que la renonciation eût lieu devant notaire, et si la rédaction d'un acte de vente sous seing privé signé par la femme n'était pas suffisante. Mais un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 novembre 1880 (D. P. 81.1.58, S. 81.1.473) avait tranché la question en exigeant l'authenticité de la renonciation sous peine de nullité.

On se demandait, d'autre part, s'il ne suffisait pas, pour rendre efficace l'opération intervenue entre la femme et le tiers acquéreur, de faire transcrire l'acte de vente contenant la renonciation, ou si, au contraire, l'acquéreur, pour pouvoir opposer aux tiers la renonciation, devait, en outre, conformément à l'article 9 de la loi de 1855, et comme un créancier subrogataire, faire inscrire l'hypothèque légale. Une semblable inscription paraissait aller contre le but même poursuivi par les parties. N'est-il pas contradictoire, en effet, d'inscrire une hypothèque que l'on veut éteindre ? Et, l'inscription une fois prise, à la supposer nécessaire, ne fallait-il pas la renouveler au bout de 10 ans, si bien que, pour la faire disparaître définitivement, l'acquéreur eût été contraint de procéder à la purge ? (Voir la note précitée de M. de Loynes sous Orléans, 21 mars 1894). On comprend aisément que, si telles étaient les exigences de la loi, les acquéreurs de petites parcelles renonçassent à faire de pareils frais, disproportionnés avec l'importance de leur acquisition. Aussi, en pratique, les notaires se dispensaient-ils le plus souvent de faire inscrire les actes de renonciation consentis par la femme à un tiers acquéreur. Et, un arrêt de la Chambre civile du 5 mai 1890 (D. P. 90.1.467, S. 90.1.392) avait approuvé cette pratique et s'était prononcé, par conséquent, dans le sens de la simplification.

La loi du 13 février 1889, incorporée dans l'article 9 de la loi de 1855, a été faite pour mettre un terme à ces diverses difficultés, et consacrer les solutions admises par la Cour suprême. Nous allons en étudier les dispositions.

A. **Conditions de forme.** — Les règles édictées par la loi de 1889, en ce qui concerne les formalités requises, peuvent ainsi se résumer :

a) *La renonciation n'est valable que si elle est contenue dans un acte authentique ;*

b) *La présence de la femme à l'acte ne suffit pas. Il faut ou qu'on insère dans l'acte une clause expresse constatant la renonciation, ou que la femme stipule comme covenderesse, s'il s'agit d'un immeuble commun, comme garante ou caution du mari s'il s'agit d'un immeuble de celui-ci* (art. 9, 4e et 5e al.).

Ces deux conditions sont imposées dans l'intérêt de la femme, afin qu'elle n'agisse qu'en connaissance de cause, sachant bien quelles seront les conséquences de l'acte qu'elle va consentir.

Il n'en est pas moins regrettable d'imposer aux parties l'obligation de l'acte notarié, car les frais de cet acte (qui s'élèveront à 20 francs au moins) sont excessifs, quand il s'agit de ventes (et ce sont les plus nombreuses) dont le prix ne dépasse pas 200 francs. Il eût mieux valu ne pas exiger l'authenticité pour les ventes au-dessous d'un certain chiffre.

c) *Le tiers acquéreur n'est pas obligé de faire inscrire l'hypothèque légale. Il suffit qu'il fasse transcrire le contrat d'aliénation*, et, si la renonciation a eu lieu par acte séparé, qu'il en soit fait mention en marge de la transcription. Ici encore et avec raison, la loi a confirmé la solution de la Jurisprudence. La publicité est assurée par le procédé le moins coûteux.

B. **Effets de la renonciation.** — *La renonciation emporte extinction de l'hypothèque et vaut purge à partir de la transcription ou de la mention en marge*, dit l'article 9, 3e al. Cela veut dire que le *droit de suite est éteint*, et que le tiers acquéreur est débarrassé de l'hypothèque, sans qu'il soit obligé de procéder à la formalité de la purge. La loi de 1889 a donc ici encore donné force légale à la solution adoptée par la Jurisprudence [1].

1. C'est la transcription de l'acte d'aliénation qui *vaut purge*. Cela signifie que la purge s'opère de plein droit, sans aucune formalité, et notamment sans que le conservateur des hypothèques soit prévenu. De là résulte un grave inconvénient. Si plus tard, une inscription de l'hypothèque légale est prise, et qu'on demande au conservateur des hypothèques un état hypothécaire de l'immeuble aliéné, celui-ci ne manquera pas d'y faire figurer l'inscription de l'hypothèque légale. En effet, sa mission est de comprendre dans les états qu'il délivre toutes les inscriptions subsistantes, sans rechercher si elles sont encore susceptibles de produire un effet utile. Or cela est plein d'inconvénient, et pour l'acquéreur de l'immeuble qui, en apparence, reste grevé de l'hypothèque, et surtout pour les créanciers sollicitant une subrogation dans l'hypothèque légale, car, trompés par cette inscription, ils peuvent croire que l'hypothèque grève encore l'immeuble aliéné. Néanmoins, la Chambre civile a reconnu la validité de la pratique suivie par les conservateurs des hypothèques (Civ., 15 mai 1901, D. P. 1902.1.441, note de M. de Loynes, S. 1901.1.313). Les notaires ont demandé à juste titre qu'on mit un terme à cette pratique, en modifiant le texte de la loi de 1889. Une proposition de loi a été déposée au Parlement à cet effet. Elle propose de constater en marge de la transcription la validité de la renonciation faite par la femme. Ainsi le conservateur des hypothèques, prévenu par cette mention, devrait s'abstenir de porter sur ses états les inscriptions concernant l'immeuble aliéné.

Mais, si le droit de suite est éteint, *la femme conserve son droit de préférence sur le prix* dû par l'acquéreur, et elle pourra se le faire attribuer jusqu'à concurrence du montant de ses créances, par préférence à tous les créanciers dont le rang est inférieur à celui de son hypothèque. Même, pour donner plus de force à ce droit de préférence, la loi décide que *le tiers acquéreur ne pourra pas payer le prix au mari sans le consentement de la femme* (art. 9, 6e al). S'il le versait sans exiger l'intervention de la femme à la quittance, ce paiement ne serait pas opposable à celle-ci.

On le voit, tant que le prix reste dû, c'est-à-dire *peut-être pendant trente ans*, la femme conserve encore son droit de préférence. C'est là une hypothèse unique. Sans doute, il y a d'autres situations, et nous en rencontrerons bientôt, dans lesquelles le droit de préférence de la femme mariée et des personnes en tutelle survit à l'extinction du droit de suite. Il en est ainsi au cas de saisie d'un immeuble du mari et du tuteur, (art. 717, *in fine*, C. proc. civ.), et au cas où l'acquéreur d'un immeuble, procédant à la purge des hypothèques non inscrites, invite vainement les intéressés à révéler leurs droits par une inscription, (art. 772, 5e al., C. proc. civ.). Dans ces deux cas, comme dans le nôtre, la femme, le mineur ou l'interdit perdent le droit de suite sur l'immeuble purgé tout en conservant leur droit de préférence sur le prix qui en est dû. Mais, dans ces deux cas, la survie du droit de préférence n'a pour but que de permettre au créancier de produire à l'ordre *dès à présent et immédiatement* ouvert pour la distribution du prix. Une fois l'ordre clos, le droit de préférence est définitivement éteint.

Cas où le tiers acquéreur est subrogé dans le bénéfice même du droit de préférence. — Il peut exceptionnellement arriver que le tiers acquéreur ait intérêt, au moment où, avec l'assentiment de la femme, il paye le prix au mari, à être subrogé dans ce droit de préférence qui survit au profit de celle-ci.

Il en est ainsi *lorsque l'immeuble est grevé d'autres inscriptions hypothécaires*, et que l'acquéreur ne fait pas la purge de ces hypothèques, parce que le prix est absorbé par les créances de la femme. Par exemple, l'immeuble vendu vaut 100.000 francs, et les créances de la femme contre le mari s'élèvent à ce chiffre. En outre, l'immeuble est grevé de deux inscriptions hypothécaires postérieures en rang à l'hypothèque légale. Le tiers acquéreur, ne procédant pas à la purge de ces deux hypothèques inscrites, reste exposé aux poursuites des créanciers. Il a donc intérêt à pouvoir leur opposer, le cas échéant, l'hypothèque légale de la femme. Supposons en effet que ces créanciers viennent à saisir l'immeuble, et que celui-ci soit vendu 100.000 francs. Dans l'ordre ouvert, le tiers acquéreur saisi viendrait, par préférence aux saisissants, et en tant que subrogé aux droits de la femme préférables aux leurs, prendrait 100.000 francs, c'est-à-dire la totalité du prix qu'il a versé. Rien que cette perspective suffira le plus souvent à décourager les créanciers inscrits, et à les empêcher d'effectuer une saisie entre les mains du tiers acquéreur. L'article 9, 7e alinéa, de la loi de 1855, permet en conséquence à l'acquéreur d'invoquer sa su-

brogation dans le droit de préférence de la femme avec qui il a traité. Cet alinéa est ainsi conçu : « Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang... »

Subrogation du tiers acquéreur dans les droits de la femme sur les autres immeubles du mari. — L'alinéa 7 de l'article 9 se termine par une phrase dont il est classique de signaler l'obscurité : « ... Mais cette subrogation, dit le texte, ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme *sur d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe 1er du présent article. » Ainsi, quand l'acquéreur voudrait opposer son droit de préférence *sur d'autres immeubles du mari*, à des créanciers auxquels la femme aurait cédé son hypothèque légale, il faudrait qu'il se fût fait consentir une subrogation notariée et qu'il eût pris une inscription. Mais, dit-on généralement, on ne voit pas de prime abord comment cette situation pourrait se présenter. Car l'acquéreur de l'immeuble ne saurait entrer en conflit avec des tiers cessionnaires de l'hypothèque légale *sur d'autres immeubles du mari*.

Peut-être y aurait-il cependant un moyen très simple d'expliquer le texte. On peut supposer un tiers acquéreur qui, par surcroît de précautions, et en vue d'assurer au besoin son *recours en garantie* contre le mari, son vendeur, pour le cas où, malgré la renonciation de la femme, il viendrait, pour une cause ou une autre, à être évincé, exigerait d'être subrogé dans l'hypothèque de la femme sur les autres immeubles du mari. Cette hypothèse nous ramènerait à la première des deux séries d'opérations que nous avons examinées, à savoir les subrogations consenties à un créancier. Il est clair que le tiers acquéreur, *en tant que créancier de la garantie*, ne pourrait bénéficier de la subrogation à l'hypothèque de la femme que moyennant les formalités prescrites par l'article 9 de la loi de 1855.

V. — Appréciation critique de l'hypothèque légale de la femme mariée [1].

L'hypothèque légale de la femme mariée est encore bien moins défendable que celle des mineurs ou interdits. Tout d'abord, elle est plus gênante, parce qu'elle est beaucoup plus fréquente. D'autre part, elle ne constitue pas pour les femmes mariées une protection efficace, puisque l'expérience prouve, comme nous l'avons montré, que, à la première occasion, la femme ne manquera pas d'y renoncer, pour restituer au mari le crédit dont il a besoin. Ainsi, si l'on fait exception du régime dotal, lequel cons-

1. Voir Dufoussat, *De l'hypothèque légale de la femme mariée d'après le projet de réforme hypothécaire du 27 octobre 1896*, thèse Paris, 1898.

titue l'exception, on peut affirmer que, de nos jours, l'hypothèque légale ne garantit nullement à la femme la restitution de sa dot. Dès lors, c'est une institution condamnée. Loin de chercher à en améliorer le mécanisme en la soumettant à la publicité, il faudrait purement et simplement l'abolir. Certes, une telle réforme peut paraître audacieuse, et bien des juristes hésiteront à condamner une institution qui dure depuis le Droit romain. L'épreuve des faits nous paraît cependant décisive. L'hypothèque légale de la femme n'a aucune utilité ; c'est un mécanisme qui tourne à vide et qui, d'autre part, ralentit la marche des opérations immobilières en imposant aux acquéreurs des frais inutiles. Nous ne voyons donc pas quels arguments décisifs on pourrait invoquer pour la conserver [1].

On pourrait songer, il est vrai, à rendre plus effective la garantie de l'hypothèque légale, en enlevant à la femme le droit d'y renoncer ; mais ce serait priver de tout crédit les hommes mariés et frapper leurs biens d'inaliénabilité. Il ne saurait donc être question d'une pareille mesure. Bien des législations étrangères nous ont d'ailleurs devancés en supprimant l'hypothèque légale des femmes mariées. Ainsi, elle n'existe plus ni en Allemagne, ni en Suisse, ni en Angleterre. D'après le Code civil allemand (art. 1391 à 1393), la femme mariée peut simplement exiger certaines garanties, par exemple, le dépôt de ses titres au porteur dans une banque, quand l'administration du mari fait courir un danger à son patrimoine.

Cependant, dans les projets de réforme de notre régime hypothécaire, jamais on n'a osé, jusqu'à présent, proposer l'abolition pure et simple de l'hypothèque légale de la femme. Tous les réformateurs se contentent de soumettre cette hypothèque à la publicité et à la spécialité. Elle serait inscrite par les soins du notaire rédacteur du contrat de mariage, lorsque ce contrat constaterait une créance au profit de la femme contre son mari. Quand il n'y aurait pas de contrat de mariage, ce serait le mari ou la femme elle-même qui devrait procéder à l'inscription. De plus, l'inscription devrait déterminer le montant des créances de la femme, et spécifier les immeubles sur lesquels elle porterait [2].

Une telle réforme nous paraît insuffisante. Elle laisserait, en effet, subsister les inconvénients de l'hypothèque, sans rendre plus efficace la garantie des femmes mariées. La protection de ces dernières doit, croyons-nous, être cherchée dans une autre voie. Associer plus étroitement la femme à la gestion des biens servant à alimenter le ménage, exiger son intervention toutes les fois qu'il s'agit d'aliénation ou de constitution d'hypothèque, telle serait à notre avis la seule réforme qui assurerait efficacement, sans danger pour le crédit, le recouvrement des créances de la femme contre son mari.

1. Nous ne voulons pas dire cependant qu'il suffirait de supprimer purement et simplement l'hypothèque légale. Il ne faut pas oublier, en effet, que cette hypothèque associe en fait la femme aux actes de disposition ou d'affectation hypothécaire consentis par le mari. C'est là son bon côté. La suppression pure et simple de l'hypothèque légale rendrait donc en fait au mari les pouvoirs excessifs que lui a donnés le législateur comme administrateur de la communauté. Dans notre pensée, cette suppression devrait en conséquence s'accompagner d'une réforme des règles de la communauté.

2. Le projet préparé par la Société d'Etudes législatives (Bulletin, 1928, p. 240 et 1929, p. 182) ne supprime pas l'hypothèque, mais la soumet à l'inscription et décide qu'elle prend rang au jour de son inscription.

§ 3. — Hypothèque de l'Etat, des départements, des communes et établissements publics.

L'Etat, les départements, les communes et les établissements publics ont une hypothèque sur les immeubles de leurs receveurs et administrateurs comptables.

Ainsi le décide l'article 2121, 4e alinéa. On remarquera que ce texte ne mentionne pas les départements. La raison en est que la personnalité morale ne leur a été reconnue que par décret du 9 avril 1811. Jusque-là, les départements n'avaient ni patrimoine, ni, par conséquent, de receveurs.

On remarquera encore que la loi n'accorde cette garantie qu'aux *établissements publics* et non aux *établissements d'utilité publique*. Ces derniers, en effet, sont des personnes juridiques du droit privé, qui doivent, à ce titre veiller à la défense de leurs intérêts, tandis que les établissements publics sont des personnes administratives. émanations de l'Etat, du département, de la commune, chargées de la gestion d'un service public.

L'hypothèque en question, garantissant toutes les créances qui peuvent naître au profit de la personne publique du fait de la gestion du comptable, frappe les immeubles de tous les fonctionnaires qui ont le maniement des deniers publics : receveurs, caissiers, trésoriers-payeurs généraux, etc..., c'est-à-dire de tous ceux qui reçoivent des sommes ou font des paiements pour le compte des personnes administratives. Ceux, au contraire, qui engagent des dépenses, mais sans avoir le maniement des deniers, par exemple, les ministres pour l'Etat, les maires pour la commune, ne sont pas soumis à cette charge.

Une controverse est née au sujet des *percepteurs des contributions directes*. Ceux-ci sont bien chargés de recevoir des paiements pour l'Etat, les départements, les communes, mais ils ne sont pas comptables envers ces personnes ; ils rendent leurs comptes soit au trésorier-payeur général, soit aux receveurs municipaux, dont ils sont les préposés. Néanmoins, malgré cette considération, un arrêt de la Cour de Nancy du 8 mars 1884 (D. P. 86.2.9, S. 84.2.59) a décidé que le privilège établi par l'article 1er de la loi du 5 septembre 1807 au profit du Trésor, sur les biens des comptables, s'applique aux percepteurs. Cela revient à dire qu'ils sont des *comptables de deniers publics ;* ils doivent donc être soumis aussi à l'article 2121.

Nous savons que l'hypothèque légale de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics est *générale*, c'est-à-dire qu'elle grève tous les immeubles présents et à venir des comptables (art. 2122) ; elle n'est même pas susceptible de réduction, à la différence des deux précédentes.

En revanche, elle ne prend rang et ne produit effet à l'égard des tiers qu'à la condition d'être inscrite. *Elle n'est donc pas occulte.*

Rappelons enfin qu'en ce qui concerne l'Etat, mais l'Etat seul, la loi du 5 septembre 1807 a transformé cette hypothèque en un privilège portant sur les immeubles acquis à titre onéreux par les comptables, postérieurement à leur nomination. L'hypothèque légale de l'article 2121 ne frappe

donc plus, quant aux comptables de l'Etat, que les immeubles *antérieurs* à leur nomination et ceux qu'ils ont acquis depuis, à titre gratuit.

Le privilège créé par la loi de 1807 porte également sur les immeubles acquis à titre onéreux par les femmes des comptables, depuis la nomination de ceux-ci.

Enfin, la même loi de 1807 donne privilège à l'Etat sur tous les biens meubles de ses comptables.

SECTION III. — Hypothèque judiciaire[1].

Généralités. Dualité des cas visés par le Code. — Sous le nom d'hypothèque judiciaire, c'est-à-dire d'hypothèque attachée de plein droit à un jugement, l'article 2123 vise deux cas bien différents, qu'il importe de séparer, car ils n'ont rien de commun.

Le premier cas est celui de l'*hypothèque résultant des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture.*

Le deuxième est celui de l'*hypothèque résultant des jugements de condamnation*, c'est-à-dire des jugements qui condamnent une personne à acquitter une obligation au profit d'une autre.

Avant d'étudier chacun de ces cas, indiquons d'abord les caractères de l'hypothèque judiciaire. Ils sont au nombre de trois :

1° Elle a lieu de *plein droit*. Cela veut dire qu'elle découle nécessairement du jugement, sans que le texte de celui-ci en fasse mention. Bien plus, elle est indépendante de la volonté des juges, en ce sens que ceux-ci ne peuvent ni la supprimer, ni en modifier l'étendue. C'est donc l'autorité de la loi qui en est la véritable origine. On l'a dit avec raison : l'hypothèque judiciaire est en réalité une hypothèque légale.

2° Elle est *générale quant aux biens*. Elle frappe, en effet, *tous les immeubles présents et à venir* du débiteur. Mais elle est *spéciale quant à la créance*, car elle ne garantit que la créance constatée par le jugement, et non les autres que le créancier pourrait avoir contre le même débiteur.

3° Enfin, elle est *soumise à l'inscription*, et ne prend rang qu'à dater du jour où elle est inscrite.

§ 1. — Hypothèque résultant des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture.

Solution du Code civil. Loi du 3 septembre 1807. — Le cas visé par l'article 2123, 1er al., 2e phrase, n'est qu'une survivance historique, maintenue dans le Droit moderne par suite d'une méprise des rédacteurs du Code civil. Voici au juste l'hypothèse envisagée par la loi. Une personne prête 1.000 francs à une autre sans exiger d'elle aucune garantie hypothé-

1. De Vareilles-Sommières, *De l'hypothèque judiciaire*, mémoire couronné par l'Académie de Toulouse ; Challamel, *L'hypothèque judiciaire*, 1881, mémoire couronné par la Faculté de droit de Paris ; Louis Saint-Quentin, *La suppression de l'hypothèque judiciaire en Belgique et le projet de loi sur la réforme hypothécaire*, thèse Paris, 1902.

caire, et le prêt est constaté par un acte sous seing privé signé par le débiteur. Postérieurement, le créancier assigne le débiteur ou ses héritiers devant le tribunal pour faire vérifier la signature, soit, le plus souvent, parce que celle-ci est contestée, soit même en dehors de toute contestation. Dans la première hypothèse, le tribunal ordonnera une expertise et s'entourera de tous les renseignements possibles pour vérifier s'il y a eu ou non un faux ; s'il reconnaît la sincérité de la signature, il rendra un *jugement* de *vérification*. Dans la seconde hypothèse, celle où le défendeur ne conteste pas sa signature ou celle de son auteur, il n'y a pas à proprement parler de débat, et le tribunal rend un jugement dit de *reconnaissance d'écriture*.

On remarquera que, dans l'un et l'autre cas, le *jugement rendu ne condamne pas le défendeur* ; ce n'est pas là en effet l'objet de la demande portée devant le tribunal. Celui-ci, dans la décision qu'il rend, se contente de déclarer que la signature portée sur l'acte n'est pas contrefaite. Cependant, aux termes de l'article 2123, ce jugement emporte hypothèque sur tous les immeubles du défendeur. Pourquoi ? Il n'y a aucune bonne raison à en fournir. Et même on aperçoit à première vue qu'une telle solution va permettre au créancier de violer la foi du contrat. En effet, après avoir consenti un prêt sans exiger de garantie hypothécaire, il pourra s'en procurer une avant l'échéance de sa créance, dès le lendemain du prêt. A cet effet, il n'aura qu'à poursuivre son débiteur en reconnaissance d'écriture. C'est vraiment là un calcul peu moral et qui ne mériterait guère d'être encouragé par la loi.

Deux observations vont achever de nous faire comprendre l'illogisme de la loi.

Tout d'abord, on remarquera que le créancier sans hypothèque se trouve être mieux traité que le créancier auquel une hypothèque a été volontairement consentie. Ce dernier, en effet, ne peut en principe, nous le verrons bientôt, obtenir du débiteur qu'une hypothèque *spéciale*, c'est-à-dire portant sur un ou plusieurs immeubles déterminés. Au contraire, le créancier dépourvu d'hypothèque conventionnelle, mais qui obtient un jugement en reconnaissance ou en vérification d'écriture, va se trouver nanti d'une hypothèque *générale* grevant, non seulement l'ensemble des biens présents, mais encore tous les biens à venir du débiteur.

En second lieu, entre deux créanciers sans hypothèque, celui qui est muni d'un acte sous seing privé est plus favorablement traité que celui qui a pris la précaution de se munir d'un acte authentique. En effet, le créancier porteur d'un acte sous seing privé peut agir en reconnaissance ou vérification d'écriture. Cette demande est, au contraire, impossible si le prêt a été constaté par acte authentique ; car, il n'y a plus lieu alors à la procédure de reconnaissance ou de vérification d'écriture, la signature du débiteur ayant été donnée en présence du notaire rédacteur de l'acte, et sa sincérité résultant du caractère authentique de l'acte qui la contient. Supposons, par conséquent, que deux personnes aient prêté à un même débiteur, sans garantie hypothécaire, chacune 1.000 francs remboursables dans un an, et que l'un des prêts soit constaté par acte notarié, l'autre par un simple billet. Le porteur du billet pourrait aussitôt, en usant de la faculté que lui donne

l'article 2123, obtenir hypothèque sur les immeubles du débiteur, et s'assurer ainsi un droit de préférence contre l'autre. En effet, le créancier dont le titre est notarié n'aura le droit de poursuivre son débiteur en justice pour obtenir contre lui un jugement de condamnation, qu'après l'échéance de la dette.

Un tel résultat était tellement absurde et suscitait, au lendemain du Code, de telles réclamations de la part des notaires, que le législateur a jugé presque immédiatement nécessaire de modifier l'article 2123. Une loi du 3 septembre 1807 a décidé à cet effet que le créancier, qui poursuivrait son débiteur en reconnaissance ou vérification d'écriture avant l'échéance de la créance, ne pourrait prendre aucune inscription hypothécaire en vertu du jugement obtenu, qu'à défaut de paiement de l'obligation *après son échéance on son exigibilité*. Ainsi, la faveur accordée par le Code au créancier porteur d'un titre sous seing privé s'est trouvée effacée, mais en partie seulement. En effet, si la loi interdit à ce créancier d'inscrire son hypothèque avant l'échéance, elle ne lui défend pas de former sa demande avant cette date. Il peut donc toujours s'assurer à l'avance l'avantage d'un jugement de vérification ou de reconnaissance entraînant une hypothèque générale qu'il pourra faire inscrire *dès le jour de l'échéance*. Il primera toujours ainsi le créancier porteur d'un titre notarié, car ce dernier n'a qu'un moyen de se procurer une garantie équivalente sur les biens du débiteur, c'est de le faire condamner en justice, à défaut de paiement à l'échéance. Mais il ne pourra commencer l'instance qu'après la date d'exigibilité.

A côté de la précédente réforme, la loi de 1807 en a réalisé une seconde qui ne laisse pas de présenter une certaine utilité. Pour décourager le créancier cupide, trop prompt à saisir la justice, l'article 2 décide que, si le débiteur poursuivi ne dénie pas son écriture, les frais du jugement resteront à la charge du créancier.

Mais ces deux réformes juxtaposées n'en restent pas moins insuffisantes. La disposition édictée par l'article 2123, 1er al., 2e phrase, n'est pas défendable ; il n'y aurait qu'à la supprimer. Comment se fait-il donc que le Code l'ait consacrée ? C'est que les rédacteurs l'ont trouvée en vigueur dans le droit existant en 1804, et l'ont maintenue sans se rendre compte qu'elle n'avait plus de raison d'être. Quelques explications vont nous permettre de comprendre l'erreur qu'ils ont ainsi commise.

Origine historique de notre disposition. — Nous avons déjà dit que, dans notre ancien Droit, les obligations notariées emportaient hypothèque de plein droit sur tous les immeubles du débiteur. Il n'en était pas de même, bien entendu, de l'obligation constatée par acte sous seing privé. Cependant, une fois que la sincérité de cet acte avait été reconnue par une décision de justice, il n'y avait plus de raison pour lui refuser le même effet, le jugement de vérification ou de reconnaissance donnant à l'acte le bénéfice de l'authenticité. C'est pourquoi on admit l'assimilation au XVIe siècle, et l'article 78 de la première coutume de Paris (1510), la consacra en ces termes : « Cédule privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque

du jour de la confession d'icelle en jugement. » L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 92 et 93) étendit cette règle à tout le royaume, non-seulement pour le cas de confession, c'est-à-dire de reconnaissance, mais aussi, ce qui était logique, pour celui de vérification à la suite de dénégation du débiteur.

On trouve la règle ainsi formulée dans l'article 107 de la seconde coutume de Paris de 1580. « Cédule privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession ou reconnaissance d'icelle faite en jugement, ou par devant notaire, ou du jour de la dénégation, en cas que par après elle soit vérifiée. » On voit donc que cette disposition faisait pendant, dans notre ancien Droit, à la règle qui attachait force hypothécaire aux actes notariés. Mais les rédacteurs du Code civil ont rompu cet équilibre, car ils ont supprimé la seconde des deux règles parallèles. Aujourd'hui les actes notariés n'emportent plus de plein droit hypothèque sur les immeubles du débiteur. Il aurait donc fallu en 1804 abolir, en même temps, la disposition attribuant hypothèque aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture. C'est ce que l'on a omis de faire. D'où la survivance d'une disposition que rien ne justifie plus aujourd'hui.

§ 2. — Hypothèques résultant des jugements de condamnation.

C'est là la véritable hypothèque judiciaire : *Tout jugement qui condamne une personne à exécuter une obligation au profit d'une autre emporte hypothèque sur les immeubles du débiteur* (art. 2123, 1er al., 1re phrase).

Cette règle constitue une des pièces essentielles de notre système de liquidation des biens du débiteur en déconfiture. C'est la seule garantie que la loi donne aux créanciers chirographaires dont le débiteur est insolvable. On sait, en effet, que notre Droit n'a pas organisé la déconfiture comme il a organisé la faillite. Il n'y a pas de procédure collective de liquidation des biens du non-commerçant insolvable. Chaque créancier conserve son droit de poursuite individuelle contre le débiteur ; chacun doit faire diligence pour tâcher d'obtenir son paiement. Dans un pareil système, évidemment fort imparfait, il semble indispensable de donner au créancier un moyen de se procurer une garantie, garantie qui lui assurera à la fois un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers moins diligents, et un droit de suite à l'encontre des tiers auxquels le débiteur céderait les biens constituant son gage. C'est là précisément le rôle de l'hypothèque judiciaire. En poursuivant à temps son débiteur en justice, en le faisant condamner à exécuter son obligation, le créancier obtient une hypothèque sur tous ses immeubles, hypothèque qui le met dorénavant à l'abri de toute surprise en ce qui concerne cette partie de son gage[1]. Mais il semble aussi

1. Il n'en est pas de même remarquons-le, en ce qui concerne les meubles du débiteur. On comprendrait pourtant que le jugement de condamnation assurât au demandeur un droit de préférence sur les meubles comme sur les immeubles. Mais il n'en est pas ainsi dans notre Droit. Le créancier n'acquiert un droit privatif sur les biens

que cette perspective ne laisse pas d'entraîner de notables inconvénients. Chaque créancier ne va-t-il pas se hâter de poursuivre le débiteur, afin de s'assurer un droit de préférence à l'encontre des autres, et les premiers symptômes de la déconfiture ne seront-ils pas le signal de poursuites qui aggraveront singulièrement la situation du malheureux débiteur ? L'hypothèque judiciaire n'apparaît-elle pas à première vue comme une prime aux créanciers les plus rigoureux ?

Examinons successivement :

I. — L'origine historique de l'hypothèque judiciaire ;

II. — Les décisions qui emportent hypothèque judiciaire ;

III. — Les cas où la loi enlève aux créanciers le bénéfice de l'hypothèque judiciaire.

IV. — Nous ferons en dernier lieu l'appréciation critique de l'institution.

I. — Origine historique de l'hypothèque judiciaire.

Les législations qui ont établi une procédure collective de liquidation des biens, non seulement pour le commerçant, mais aussi pour le non-commerçant en état d'insolvabilité, ne connaissent pas l'hypothèque judiciaire. Bien au contraire, elles cherchent à assurer une répartition aussi équitable que possible des biens entre les créanciers, et, dès lors, interdisent à ceux-ci de se procurer un droit de préférence au détriment des autres, postérieurement à l'ouverture de la procédure de liquidation.

Il en était précisément ainsi en Droit romain. Lorsqu'un débiteur était insolvable, ses créanciers pouvaient se faire envoyer en possession de ses biens par le préteur. Cet envoi en possession donnait aux créanciers un droit de gage (*pignus prætorium*) sur tous les biens du débiteur, mais ce droit de gage était créé au profit de tous les créanciers, tout comme l'hypothèque légale établie par notre Code de commerce (art, 490, 517, C. com.), au profit des créanciers de la faillite.

Il existait bien pourtant, en Droit romain, une institution qui ressemblait à notre hypothèque judiciaire : c'était le *pignus ex causa judicati captum*, véritable garantie hypothécaire que le juge pouvait concéder au créancier sur les biens du débiteur récalcitrant. Mais le juge n'accordait cette garantie au demandeur que si le débiteur était solvable, et refusait d'exécuter son obligation, ou s'il n'y avait pas d'autres créanciers.

C'est l'abandon par notre ancien Droit de l'organisation collective de la déconfiture qui a engendré l'hypothèque judiciaire. Du moment que le législateur ne prenait plus en mains la défense des intérêts des créanciers, il fallait bien leur permettre de les défendre eux-mêmes. Aussi, voit-on apparaître l'hypothèque judiciaire de fort bonne heure dans notre ancien Droit.

mobiliers de son débiteur que par l'effet de la saisie. Pourquoi cette différence ? Elle tient d'abord à ce que les meubles avaient autrefois moins d'importance que les immeubles ; elle tient aussi à ce que la procédure de saisie des meubles est moins longue que celle des immeubles. Il y a moins à craindre, dès lors, que le créancier poursuivant puisse se voir dépouillé, avant d'arriver à réalisation, du bénéfice de sa diligence.

Beaumanoir la signale au XIII[e] siècle. Il semble même qu'à cette époque le jugement de condamnation donnait préférence au créancier sur tous les biens, meubles et immeubles, du débiteur. L'ordonnance de Moulins (1566), art. 53, consacra définitivement l'hypothèque judiciaire sur les immeubles, et lui donna pour point de départ la date même du jugement. « Dès lors, et en l'instant même de la condamnation donnée en dernier ressort..., sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné, pour l'effet et exécution du jugement ou arrêt sur lui obtenu. »

Depuis cette époque, l'hypothèque judiciaire a toujours été conservée par notre Droit. Les rédacteurs du Code l'ont présentée comme un moyen efficace *d'assurer l'exécution des jugements*.

II. — Décisions qui emportent hypothèque judiciaire.

1° L'hypothèque judiciaire découle de tout jugement de condamnation.
2° Elle découle en outre des sentences arbitrales, lorsqu'elles ont été revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution (art. 2123, 3[e] al.).
3° Enfin, elle découle également des contraintes délivrées par l'Administration des Douanes.

1° Jugements de condamnation. — Toutes les *décisions* rendues par la justice ne donnent pas naissance à une hypothèque. Pour que cet effet se produise, une double condition est nécessaire.

A. — Il faut qu'il y ait *jugement*, c'est-à-dire décision rendue par un tribunal au sujet d'une contestation portée devant lui.

B. — Il faut que ce jugement prononce une *condamnation*, c'est-à-dire constate une obligation à la charge de l'une des parties, et lui ordonne de l'exécuter.

On remarquera que l'article 2123, 1[er] alinéa, semble conçu en termes plus larges, puisqu'il dit que l'hypothèque résulte *des jugements* en faveur de celui qui les a obtenus. Mais il n'est pas douteux que, seuls, les *jugements de condamnation* produisent hypothèque, car l'hypothèque suppose nécessairement une créance dont elle garantit le paiement. Là où il n'y a pas de créance, il n'y a pas d'hypothèque. Ainsi, par exemple, un jugement rejetant purement et simplement la demande n'emporte évidemment pas hypothèque. Pourtant, il en sera autrement s'il condamne le demandeur aux dépens, car, dans cette mesure, il l'oblige à payer les frais faits par le défendeur. De même encore, les jugements ordonnant une enquête, une expertise, ceux qui statuent sur une question de compétence ne produisent pas non plus hypothèque.

En revanche, *tout jugement* qui condamne l'une des parties entraîne hypothèque sur ses biens.

Il en est ainsi quelle que soit la nature de l'obligation imposée, que ce soit une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, que le montant de la condamnation soit déterminé ou indéterminé. Il suffit même que le germe de l'obligation se trouve dans la décision du tribunal.

La question s'est présentée notamment à l'occasion d'un jugement ordonnant à un comptable des deniers d'autrui, associé, mandataire, gérant d'affaires, de rendre ses comptes. Il n'est pas douteux qu'en ce qui concerne l'exécution de cette obligation, le maître de l'affaire est couvert par l'hypothèque. Mais supposons que la reddition de compte fasse apparaître un reliquat de dette à la charge du comptable. Cette créance sera également garantie par l'hypothèque judiciaire. Telle est du moins la solution admise par la Jurisprudence (Req., 19 août 1878, D. P. 79.1.264, S. 79.1.29). Bien des auteurs, il est vrai, en contestent le bien-fondé, pour cette raison que le jugement de reddition de compte ne condamne pas le comptable à payer le reliquat, mais seulement à rendre compte. Mais la Jurisprudence repousse avec raison cette distinction scolastique, la seconde obligation étant la suite nécessaire de la première ; l'une et l'autre sont contenues dans le jugement. Il serait vraiment excessif de refuser au demandeur qui intente une pareille action, le bénéfice de l'hypothèque, pour la garantie de la créance constatée à son profit, et de l'obliger à entamer une seconde instance en vue d'assurer le paiement de ce qui lui est dû. N'est-ce pas là en effet le but direct qu'il poursuit en demandant des comptes à son mandataire ?

Peu importe également le caractère du jugement qui ordonne d'exécuter. Que ce soit un jugement *provisoire*, par exemple, un jugement condamnant le mari à payer une pension alimentaire à sa femme pendant la durée de l'instance en divorce, ou un jugement tranchant le fond du débat, que ce jugement soit *contradictoire* ou par *défaut*, il engendre toujours l'hypothèque, et le créancier aura le droit de l'inscrire, sauf à la voir tomber si la décision qu'il a obtenue est réformée par une décision postérieure (Civ., 4 août 1913, *Gaz. Pal.*, 21 octobre 1913). Si, au contraire, le jugement est confirmé, ou maintenu par le rejet de l'opposition de l'appel ou du pourvoi en cassation, l'hypothèque conservera le rang que lui a donné son inscription (Montpellier, 5 janvier 1911, S. 1911.2.114).

Peu importe aussi la juridiction dont émane le jugement de condamnation ; juges de paix, tribunaux civils, cours d'appel, tribunaux de commerce, tribunaux administratifs, consuls français à l'étranger ; l'article 2123 les englobe tous dans sa généralité.

Bien plus, l'hypothèque est attachée même aux jugements rendus par des tribunaux étrangers, pourvu qu'ils aient été déclarés exécutoires par un tribunal français (art. 2123, 4e al.).

Décisions n'entraînant pas l'hypothèque judiciaire. — Au contraire, les décisions des tribunaux qui ne présentent pas le caractère de jugements, ne produisent pas l'effet énoncé par l'article 2123. Nous citerons notamment :

A'. — *Les procès-verbaux de conciliation dressés par les juges de paix*, qui constatent la reconnaissance d'une obligation et la promesse de l'acquitter. En effet, le juge de paix statue ici, non comme juge, mais comme conciliateur. Il ne fait que reconnaître l'accord des deux parties, il ne condamne pas.

Au contraire, les *jugements convenus ou d'expédient*, c'est-à-dire les jugements rendus entre deux personnes qui sont d'accord et veulent simplement faire constater cet accord par la justice, emportent hypothèque judiciaire. Cela peut paraître tout d'abord contradictoire, puisqu'il n'y a pas eu à proprement parler procès ; mais cette solution s'explique par cette idée que le jugement d'expédient *condamne* l'une des parties à exécuter son obligation.

B'. — *Les actes de juridiction gracieuse.* — Ils diffèrent profondément des jugements ; le tribunal statue alors, non plus comme juge d'une contestation, mais comme investi d'une autorité que la loi lui a confiée pour l'accomplissement de certaines opérations juridiques qui ne peuvent se faire sans son intervention. Ainsi, un jugement nommant un administrateur provisoire des biens d'un aliéné (art. 497), ou un conseil judiciaire, n'engendre pas une hypothèque sur les immeubles de cette personne. De même, un jugement d'adjudication d'un immeuble vendu en justice ne grève pas d'hypothèque les biens de l'adjudicataire (Limoges, 3 mars 1854, D. P. 55.2.29, S. 54.2.316).

Le doute se présente cependant au sujet des jugements homologuant un partage fait en justice. Ici encore, on devrait décider, semble-t-il, que l'homologation est un acte relevant de la juridiction gracieuse, et que, dès lors, elle n'est pas une véritable décision contentieuse. Elle revêtirait, il est vrai, ce caractère si l'un des copartageants avait soulevé une contestation relative au partage et demandé au tribunal d'en modifier l'économie. Mais la Jurisprudence ne fait pas cette distinction. Elle décide (Civ. 4 janvier 1911, D. P. 1911.1.249, note de M. Planiol, S. 1914.1.462) que le jugement d'homologation produit toujours hypothèque sur tous les immeubles des copartageants à la charge desquels le partage établit des obligations. Cette hypothèque vient donc s'adjoindre au privilège établi par l'article 2103-3°. Elle ne fait pas double emploi avec lui, car, à la différence de celui-ci, elle porte, non seulement sur les immeubles partagés, mais sur les mmeubles personnels des copartageants.

Il nous paraît difficile de justifier cette solution. Elle méconnaît, nous semble-t-il, le véritable caractère du jugement d'homologation, acte d'autorité et non de juridiction. Au surplus, cette solution est en contradiction avec celle que nous indiquions ci-dessus au sujet du jugement d'adjudication d'un immeuble vendu en justice (V. notamment Limoges, 3 mars 1854, précité). Il n'y a pas de raison pour faire produire à ces deux sortes de jugements des effets différents, car ils ont le même caractère.

Exception à la règle que les jugements de condamnation emportent hypothèque judiciaire. — La loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, décide dans son article 26, 4e alinéa, que les décisions condamnant le chef d'entreprise, ou la Compagnie d'assurance à lui substituée, envers la victime ou ses représentants, n'emportent pas hypothèque judiciaire sur les biens du condamné. Cette exception à la règle de l'article 2123 a pour but de ne pas grever trop lourdement les biens du chef

d'entreprise. La loi de 1898 a pris d'autres mesures, que nous connaissons (V. *suprà*, p. 408), pour garantir le paiement des indemnités allouées.

2° **Sentences arbitrales.** — Les arbitres sont des juges choisis par les parties ; ce sont des particuliers auxquels elles donnent mission de trancher le conflit qui les divise. La décision rendue par eux n'en est pas moins un véritable jugement, et le Code de procédure civile (art. 1020 et s.) la qualifie de cette façon. Néanmoins, comme elle émane de particuliers, elle n'a pas force exécutoire, et n'emporte pas de plein droit hypothèque sur les biens du perdant. Ce double effet ne se produit qu'autant que la justice a revêtu la sentence de l'authenticité, en prononçant l'*exequatur* ou ordonnance d'exécution (art. 2123, 3e al.).

3° **Contraintes délivrées par l'Administration des Douanes.** — On désigne sous le nom de *contraintes* des mandements ayant force exécutoire que les administrations publiques (contributions directes, contributions indirectes, domaine, enregistrement, douanes, etc.) peuvent décerner contre les particuliers débiteurs de l'Etat. Ces actes dispensent l'autorité publique de faire condamner le débiteur en justice, et lui permettent de saisir immédiatement ses biens. Le redevable, contre lequel la contrainte est décernée, peut, du reste, en arrêter l'exécution par une simple opposition.

Les contraintes administratives remplaçant un jugement de condamnation, on devait se demander si elles n'engendrent pas l'hypothèque judiciaire. La question, fort débattue après la promulgation du Code civil, a donné lieu à deux avis du Conseil d'Etat des 16-25 thermidor an XII et du 12 novembre 1811, lesquels ont acquis force de loi en vertu de leur approbation par le chef de l'Etat et de leur insertion au *Bulletin des lois* conformément à la Constitution alors en vigueur. Le premier de ces avis a décidé, en principe, que les administrateurs auxquels la loi attribue le droit de décerner des contraintes sont véritablement des juges dont les décisions produisent les effets des jugements de condamnation, y compris l'hypothèque judiciaire, et le second a reconnu spécialement cet effet aux contraintes décernées par la régie des Douanes.

Résulte-t-il de là que toutes les contraintes emportent hypothèque judiciaire ? On l'a soutenu, et tel paraît bien être le sens apparent de l'avis de l'an XII. Cependant, ce n'est pas ainsi que l'interprète la Jurisprudence. Elle a adopté une distinction tout à fait sage. La contrainte, dit-elle, n'emporte hypothèque judiciaire que si elle a le caractère d'un *acte de juridiction*, c'est-à-dire si l'administration qui l'émet statue en tant que tribunal administratif. Elle ne l'engendre pas, au contraire, si la contrainte constitue un acte d'autorité, un *acte de commandement*, édicté sans qu'il y ait eu litige.

Par application de cette distinction, les tribunaux décident que l'hypothèque judiciaire n'est attachée ni aux contraintes décernées par la régie de l'Enregistrement pour le recouvrement des droits fiscaux (Civ., 28 jan-

vier 1828, D. J. G., *Privilèges et hypoth.*, 1110, S. chr. ; Civ., 4 avril 1900, D. P. 1901.1.219, S. 1901.1.197), ni à celles qui émanent des Contributions indirectes (Req., 9 novembre 1880, D. P. 81.1.249, S. 81.1.304), ni à celles des Contributions directes, celles-ci n'étant que des injonctions adressées aux agents de l'administration d'avoir à procéder aux poursuites. Dès lors, l'hypothèque ne s'attache plus qu'aux contraintes délivrées par l'Administration des Douanes.

III. — Cas où la loi enlève aux créanciers le bénéfice de l'hypothèque judiciaire.

Nous avons dit que l'hypothèque judiciaire est destinée à suppléer au défaut d'organisation collective de la liquidation des biens du débiteur en déconfiture. Nous trouvons la confirmation de cette idée dans ce fait que là où la loi a établi une procédure collective de liquidation, elle enlève aux créanciers le bénéfice de l'hypothèque judiciaire. Or, il en est ainsi dans les deux situations que voici :

1° *En cas de faillite.* — Lorsque le débiteur est un commerçant et qu'un jugement a prononcé la déclaration de faillite, le Code de commerce règle les conséquences de ce jugement. Les créanciers du failli perdent notamment le droit d'exercer contre lui des poursuites individuelles ; leurs intérêts à tous sont représentés désormais par le syndic. Il en résulte qu'aucun créancier ne peut plus poursuivre le débiteur, pour obtenir contre lui un jugement de condamnation et, par suite, une hypothèque sur tous ses biens. Bien plus, si un créancier avait fait condamner le débiteur antérieurement à la déclaration de la faillite, mais n'avait pas encore pris inscription à ce moment, il ne pourrait faire inscrire son hypothèque (art. 2146, 1er al., C. civ., 448, 1er al., C. com.).

2° *En cas de mort du débiteur, lorsque ses héritiers acceptent la succession sous bénéfice d'inventaire.* — Quand il y a acceptation sous bénéfice d'inventaire d'une succession, la loi a organisé, d'une façon rudimentaire il est vrai, la liquidation du patrimoine (art. 808 et s., C. civ.). Sans doute, elle n'enlève pas aux créanciers du défunt le droit de saisir individuellement les biens, elle ne les organise pas en masse, comme dans le cas de faillite ; mais l'article 2146, 2e al., leur interdit de prendre aucune inscription sur les biens à compter du jour du décès. Il résulte de là que les créanciers n'ont plus aucun intérêt à obtenir un jugement de condamnation contre le défunt, car ils ne pourraient faire inscrire leur hypothèque (Bordeaux, 6 février 1851, D. P. 52.2.167).

IV. — Critique de l'institution.

L'hypothèque judiciaire a été beaucoup attaquée. Il n'est ni équitable, ni rationnel, a-t-on dit, de donner un droit de préférence au créancier le plus âpre, le plus pressé, ou mieux placé qu'un autre pour connaître l'état précaire de son débiteur. « Aux approches de la déconfiture, a-t-on écrit (Ch.

Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, t. 2, p. 104), l'hypothèque sera ainsi le prix de la course, ou le résultat de collusions. Quelquefois elle sera le résultat du hasard, suivant que les tribunaux saisis de plusieurs demandes contre un même débiteur expédieront les affaires plus ou moins vite, suivant que la créance donnera lieu à des contestations plus ou moins difficiles ou longues. Tout cela est fâcheux. » En conséquence, beaucoup de jurisconsultes se prononcent actuellement pour l'abolition de cette institution.

Les critiques que nous venons de rapporter sont certes fondées en grande partie. Mais nous croyons qu'elles se trompent d'adresse. Ce n'est pas sur l'institution de l'hypothèque judiciaire qu'elles portent en réalité ; c'est sur l'absence, dans notre Droit, de toute réglementation de la déconfiture. C'est cette lacune, et elle seule, qui est la cause de tout le mal. Or, tant qu'elle subsistera, tant que la loi laissera à chaque créancier le souci de veiller à ses intérêts et de se faire payer s'il le peut, il faudra maintenir l'hypothèque judiciaire, car elle n'est que la juste compensation de l'indifférence du législateur à l'égard des créanciers. N'est-il pas naturel après tout, puisqu'il n'y a pas de procédure collective de liquidation, que le créancier le plus diligent, le plus attentif à la défense de ses droits soit le mieux traité ? Tant pis pour les négligents. La suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire, si elle devait être consacrée, causerait un préjudice immérité aux créanciers qui ont eu confiance dans le débiteur et n'ont exigé de lui aucune garantie. Quelle serait en effet leur situation ? Ils n'auraient plus que la ressource de la saisie. De cette ressource ils useraient d'ailleurs bien plus qu'actuellement, ce qui ne serait pas un progrès. Aujourd'hui, en effet, le créancier qui a fait condamner son débiteur, et a inscrit son hypothèque, peut désormais attendre ; il est garanti. En outre, en cas de suppression de l'hypothèque judiciaire jusqu'à la saisie, le débiteur pourrait faire disparaître ses biens par des moyens frauduleux, et les créanciers en seraient réduits aux preuves difficiles de l'action Paulienne.

Enfin, comme l'a fait remarquer le *Congrès de la propriété privée* dans ses vœux adoptés en 1896 (V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, p. LXXX), les dettes ne dérivent pas seulement des contrats, mais très souvent de la loi, des délits ou quasi-délits, et, dans ces cas, il n'est pas possible au créancier de stipuler à l'avance une garantie. Or, « les créances qui naissent de tous ces faits, les pensions alimentaires imposées par la loi, etc., sont au moins aussi sacrées que celles qui sont constituées au profit de prêteurs d'argent, et cependant elles leur seraient purement et simplement sacrifiées, puisqu'il dépendrait toujours d'un débiteur non commerçant de les annuler en consentant au profit de tiers des hypothèques conventionnelles ».

Nous ne croyons donc pas qu'il soit utile de supprimer l'hypothèque judiciaire ; ou, du moins, sa suppression, si on la prononçait, devrait s'accompagner de l'organisation de la faillite civile[1].

1. C'est d'une idée analogue que s'inspirait le projet de loi déposé par M. Dupuy-Dutemps, en 1894 (*J. O.*, *Doc. parl.*, 1894, Chambre, p. 114). Ce projet supprimait l'hypothèque judiciaire, et fixait en même temps le moment où il ne pouvait plus être pris

La Belgique a cependant aboli l'hypothèque judiciaire, sans réaliser la seconde partie de la réforme. La loi du 16 décembre 1851, qui a modifié chez nos voisins le système hypothécaire du Code Napoléon, a réalisé cette suppression. Mais, pour ne pas laisser les créanciers à la merci du débiteur, une loi postérieure du 15 août 1854 a décidé que, à partir du jour où le créancier saisissant a fait transcrire le commandement qu'il signifie au débiteur avant de procéder à la saisie, ce dernier ne peut plus disposer de l'immeuble au préjudice du poursuivant. C'est là une disposition analogue à celle de l'article 686 de notre Code de procédure civile, mais plus efficace, car, d'après notre article 686, c'est seulement la transcription du procès-verbal de saisie qui frappe le bien saisi d'indisponibilité. Or, ce procès-verbal ne peut être fait que trente jours après le commandement (art. 674).

Du reste, l'abolition de l'hypothèque judicaire a donné lieu en Belgique à une jurisprudence qui en est en quelque sorte la compensation. Les tribunaux belges admettent, en effet, que le créancier poursuivant peut demander au tribunal de condamner le débiteur à lui constituer une hypothèque sur ses biens, sous peine de dommages-intérêts en cas de retard, et ils font volontiers droit à cette sorte de demande.

Ajoutons, comme l'a fait remarquer chez nous le Congrès précité de la propriété bâtie de 1896, qu'en Belgique, depuis la suppression de l'hypothèque judiciaire, le nombre des expropriations a triplé. Voilà qui confirme notre observation précédente sur l'avantage que peut offrir l'hypothèque judiciaire pour le débiteur lui-même.

SECTION IV. — Hypothèque conventionnelle.

L'hypothèque conventionnelle, dit l'article 2117, 3e alinéa, « est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats ». Ces derniers mots peu clairs ne peuvent être compris, dans l'état actuel de notre Droit, que comme faisant allusion au caractère formaliste du contrat d'hypothèque ; ils signifient qu'il ne peut être valablement conclu que dans la forme notariée. A les lire, on croirait qu'aujourd'hui encore l'hypothèque

d'inscription sur les biens du débiteur au préjudice de la masse des créanciers chirographaires. A cet effet, il introduisait chez nous une procedure usitée dans un grand nombre de législations modernes, la *mainmise immobilière*. Par cette procédure les créanciers de sommes échues et liquides peuvent provoquer une inscription qui profite à toute la masse des créanciers. Cette inscription rend les biens inaliénables et empêche qu'ils soient grevés de nouvelles hypothèques. L'effet de la mainmise peut se prolonger pendant deux ans.

Le projet Darlan, soumis depuis aux Chambres, a malheureusement abandonné cette voie, et propose la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire. Mais, lors de la discussion qui s'est ouverte dans son sein, le 23 octobre 1908, le Sénat s'est prononcé pour le maintien de l'hypothèque judiciaire, et s'est contenté d'ajouter à l'article 2123 un paragraphe ainsi conçu : « La nullité de l'hypothèque judiciaire pourra être demandée par les créanciers dont le droit sera antérieur au jugement, et elle devra être prononcée, relativement à eux, lorsque ce jugement aura été obtenu en connaissance de l'etat de déconfiture du débiteur » (V. sur tous ces points l'excellente étude de M. de Loynes sur la réforme de notre régime hypothécaire dans son traité des *Privilèges et hypothèques*, en collaboration avec Baudry-Lacantinerie, t. I, p. LXXIX et s.).

est attachée de plein droit à la forme extérieure des actes, c'est-à-dire aux actes notariés, mais ce n'est là qu'un souvenir malencontreux de l'ancien Droit.

Les articles 2124 à 2133 du Code civil qui forment la section III dite *Des Hypothèques conventionnelles*, déterminent :

1° Les conditions requises dans la personne du constituant,
2° Les formes du contrat de constitution d'hypothèque,
3° En outre, ils édictent la règle de la *spécialité* de l'hypothèque,
4° Et enfin, ils interdisent l'hypothèque des biens à venir.
Nous étudierons successivement tous ces points.

§ 1. — Conditions requises dans la personne du constituant.

L'article 2124 énonce implicitement ces conditions : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. »

Bien que le texte ne parle que de la capacité d'aliéner, les conditions requises sont en réalité au nombre de deux ; car, pour pouvoir aliéner un immeuble, il faut nécessairement en être propriétaire. Ainsi donc, *être propriétaire de l'immeuble, être capable de l'aliéner*, telles sont les deux qualités qui doivent se rencontrer dans la personne du constituant.

1° Première condition : Etre propriétaire de l'immeuble. — Qu'une personne ne puisse pas constituer une hypothèque sur un immeuble qui ne lui appartient pas, cela tombe sous le sens ; on ne peut pas plus hypothéquer l'immeuble d'autrui qu'on ne peut le vendre (art. 1599). Une semblable hypothèque est nulle, comme est nulle la vente de la chose d'autrui. Les effets de la nullité sembleraient donc devoir être les mêmes dans les deux cas. Cependant, il n'en est rien, la Jurisprudence et la Doctrine traitant tout différemment les deux situations. Tandis que la nullité de la vente de la chose d'autrui est, on s'en souvient (V. *suprà*, p. 443, une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par l'acheteur et non par le vendeur, et qui s'éteint si, postérieurement, le vrai propriétaire ratifie la vente, ou si le vendeur acquiert la propriété, au contraire, on décide que la constitution d'hypothèque faite *a non domino* est nulle d'une *nullité absolue*, invocable par conséquent par tout intéressé, et non susceptible de disparaître, même si, plus tard, le constituant devient propriétaire (Civ., 24 mai 1892, D. P. 92.1.327, S. 92.1.289 ; Montpellier, 10 février 1896, D. P. 97.2.269, S. 96.2.128 [1] ; Civ., 13 novembre 1912, D. P. 1913.1.433, note de M. Loynes, S. 1914.1.150).

1. L'espèce au sujet de laquelle ces deux arrêts ont été rendus mérite d'être signalée. Deux copropriétaires d'un terrain, *Primus* et *Secundus*, afin de le mettre en valeur ouvrent une rue au milieu, puis se partagent le terrain indivis, chacun prenant la partie située d'un côté de la rue. L'un deux, *Primus* vend son terrain et l'acheteur, en construisant, empiète sur le sol de la rue indivise qui dessert les deux immeubles. Il hypothèque ensuite sa maison au Crédit foncier. *Secundus*, propriétaire de l'autre immeuble, se plaignant de l'usurpation commise, actionne en justice le riverain d'en face, et le tri-

La Jurisprudence et les auteurs invoquent l'article 2129, 2e alinéa, qui interdit l'hypothèque des biens à venir. Cette prohibition prouve, dit-on, qu'on n'a pas le droit d'hypothéquer un bien dont on n'est pas actuellement propriétaire, et la raison en est qu'une constitution d'hypothèque ainsi faite ne présenterait pas les garanties que doit offrir le gage hypothécaire. La qualité de propriétaire est donc considérée comme un élément essentiel du contrat, et la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui est, en conséquence, une nullité d'ordre public. L'arrêt précité de la Chambre civile porte même que le contrat est entaché d'une nullité absolue, comme *manquant d'objet ;* sans doute veut-il dire par là que l'objet est illicite.

Quoi qu'il en soit, les auteurs concluent de la solution admise en jurisprudence que le constituant ne pourrait même pas hypothéquer un bien ne lui appartenant point, sous cette condition qu'il en acquerrait par la suite la propriété. On se souvient, au contraire, qu'une vente faite dans ces conditions serait parfaitement valable.

Du propriétaire sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. — Celui qui a un droit de propriété subordonné à l'arrivée d'une condition ne tombe pas sous le coup de la prohibition précédente ; il peut hypothéquer son droit tel quel. L'hypothèque ainsi constituée est valable, mais elle est soumise à la même incertitude que le droit de propriété. L'article 2125 énonce la règle en ces termes : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ».

La règle ci-dessus s'applique aussi bien au propriétaire sous condition suspensive qu'au propriétaire dont le droit est soumis à une condition résolutoire. On sait du reste que condition suspensive et condition résolutoire ne sont que les deux faces de la même modalité.

La faculté d'hypothéquer son droit ainsi accordée au propriétaire sous condition suspensive n'a rien de contraire, remarquons-le, à la prohibition d'hypothéquer les biens à venir contenue dans l'article 2129, 2e al., car, si la condition se réalise, le constituant sera réputé avoir été propriétaire au jour où il a hypothéqué l'immeuble. On trouve cependant, en matière de vente à réméré, des arrêts qui paraissent contraires, car ils dé-

bunal, reconnaissant le bien-fondé de sa prétention, mais voulant éviter la démolition de l'immeuble, décide que la largeur normale de la rue sera reportée de l'autre côté, et condamne l'usurpateur à payer à l'autre une indemnité correspondant à la valeur du terrain usurpé. Le demandeur fait inscrire l'hypothèque résultant de ce jugement de condamnation. Plus tard, la maison est expropriée à la demande du Crédit foncier, et un ordre s'ouvre pour en distribuer le prix aux créanciers inscrits. Dans cet ordre, le juge colloque le Crédit foncier au premier rang. Mais *Secundus*, créancier de l'indemnité à lui allouée par le tribunal, attaque cette collocation et soutient que l'hypothèque constituée en faveur du Crédit foncier est nulle, dans la mesure où elle porte sur la partie de terrain usurpée par le constructeur, car au moment où elle a été constituée, ce dernier n'était pas propriétaire de ce terrain. Les arrêts précités ont reconnu le bien-fondé de cette prétention.

clarent que le vendeur à réméré ne peut pas valablement hypothéquer l'immeuble avant d'avoir exercé le rachat (Caen, 29 juin 1870, S. 71.2. 29; Paris, 12 août 1871, D. P. 73.2.133, S. 71.2.193, note de M. Labbé, *contra*)[1]. Mais d'autres arrêts admettent la solution contraire qui, seule, paraît conforme aux principes (Bordeaux, 13 août 1872, D. P. 73.2.209; Alger, 2 novembre 1885, D. J. G., *Privilèges et hypothèques*, S. 788, S. 86.2.132), au moins si l'on envisage le vendeur à réméré comme un propriétaire sous condition suspensive.

Bien entendu, si le droit de propriété du constituant était affecté d'une cause de résolution qui se produisît sans effet rétroactif, *ex nunc* et non *ex tunc*, comme la résolution d'une donation immobilière pour ingratitude du donataire, l'hypothèque consentie par le propriétaire dont le droit est résolu ne serait pas anéantie, et c'est ce que nous dit l'article 958, précisément à propos de la cause de révocation que nous venons de citer.

Du copropriétaire d'un immeuble indivis. — Le copropriétaire d'un immeuble peut hypothéquer la part indivise, la moitié, le tiers, le quart, qui lui appartient dans la propriété de l'immeuble, mais le sort de cette hypothèque dépend de la façon dont prendra fin l'indivision. Si l'immeuble est aliéné et acquis par un étranger, l'hypothèque reste valable, en principe. Si, au contraire, l'immeuble est mis au lot de l'un des autres copropriétaires ou acquis par un d'eux, l'hypothèque s'évanouit, parce que le partage produit un effet déclaratif (art. 883, C. civ.), et que, en conséquence, l'immeuble est réputé n'avoir jamais été dans l'indivision, mais avoir appartenu à celui qui est aujourd'hui attributaire, depuis le jour où l'indivision a commencé ; d'où il résulte que l'hypothèque a été consentie *a non domino*. Si, au contraire, l'immeuble est acquis par le constituant lui-même ou mis dans son lot, l'hypothèque qu'il a constituée est définitivement consolidée. On remarquera qu'un copropriétaire pourrait même, pendant l'indivision, hypothéquer la totalité de l'immeuble pour le cas où il en deviendrait propriétaire exclusif par l'effet du partage. L'article 2129, 2e al., ne fait pas obstacle à la validité de cette stipulation ; il n'y a pas là en effet hypothèque d'un bien à venir, puisque, si l'immeuble est mis au lot du constituant ou acquis par lui, son droit de propriété remontera dans le passé en deçà du moment où il l'a hypothéqué, jusqu'à l'époque du début de l'indivision (Req., 26 mars 1907, D. P. 1907.1.388).

Cas exceptionnels dans lesquels les hypothèques continuent à grever l'immeuble bien que le droit du propriétaire soit rétroactivement effacé. — Il y a trois cas dans lesquels, par exception à la règle

1. Il est vrai que dans les espèces prévues par ces arrêts, le droit de reméré avait été cédé par le vendeur à un tiers. Il eût été, dès lors, par trop contraire à l'équité de décider que les hypothèques nées du chef du vendeur avant la cession gréveraient l'immeuble racheté par le cessionnaire. Mais ne pouvait-on pas justifier cette solution par un autre argument, par exemple, en disant que le vendeur qui cède le droit de reméré renonce par là même à toute prétention sur la chose et, par conséquent, à son droit conditionnel ?

précédente, la résolution rétroactive du droit de propriété du constituant laisse cependant subsister l'hypothèque. Les deux premiers visent l'hypothèque légale de la femme mariée et s'expliquent par la faveur dont la loi entoure cette hypothèque :

1° *Premier cas* — Le mari a reçu un immeuble à titre de donation, avec *clause de retour* pour le cas où il mourrait avant le donateur (art. 951). Si cette condition se réalise, tous les droits réels nés du chef du donataire sont effacés. Mais, par exception, l'hypothèque légale de la femme survit. Il n'en est ainsi, il est vrai, que sous les conditions suivantes :

A. — Il faut que la donation ait été faite dans le contrat de mariage ;

B. — Il faut que les autres biens du mari soient insuffisants à garantir à la femme le paiement de sa dot ;

C. — Enfin, l'hypothèque légale ne survit que pour la garantie de la dot et des conventions matrimoniales (art. 952).

2° *Second cas*. — Le mari a reçu des biens de son ascendant ou de son frère ou sœur *avec charge de les rendre à ses descendants* (art. 1048, 1049). Ces biens passent aux descendants du donataire libres de toute charge née du chef de celui-ci. Cependant, l'hypothèque légale de sa femme subsiste, mais seulement pour le capital de sa dot, sous les conditions suivantes :

A. — Que le mari soit insolvable ;

B. — Que le testateur l'ait expressément ordonné (art. 1054).

3° *Troisième cas*. — Le troisième cas est celui où un immeuble indivis a été hypothéqué *par tous les copropriétaires*. Il n'y a plus alors à s'inquiéter de l'effet déclaratif du partage. L'hypothèque conserve son effet, quel que soit le résultat du partage. Cette disposition finale, ajoutée à l'article 2125 par la loi du 31 décembre 1910, a eu pour but d'empêcher le résultat vraiment injuste auquel conduisait ici l'application de l'article 883. En effet, avant cette loi, il résultait de l'article 2125 que les hypothèques, dans la mesure où elles avaient été consenties par les copropriétaires autres que le copartageant attributaire de l'immeuble, étaient effacées, les constituants étant censés n'avoir jamais été copropriétaires de l'immeuble : l'hypothèque subsistait seulement dans la mesure où elle avait été consentie, pour sa part indivise, par l'attributaire actuel. Ce résultat était manifestement contraire à la volonté du créancier qui, en exigeant l'engagement de tous les copropriétaires, avait précisément voulu éviter les conséquences de l'effet déclaratif, et à celle des autres copartageants qui avaient consenti à lui assurer toute sécurité. De là l'équitable disposition de la loi du 31 décembre 1910.

Hypothèque consentie par un propriétaire apparent. — La règle que l'hypothèque consentie *a non domino* est nulle, subit une exception pour le cas où le constituant est un *héritier apparent*. On sait, en effet, que la Jurisprudence admet la validité des aliénations et des constitutions de droit réels consentis par celui qui passe, aux yeux des tiers, pour le véritable successeur du défunt. La validité de cette hypothèque est toutefois subordonnée à cette condition que le bénéficiaire de l'hypothèque soit de bonne foi.

La même solution a été étendue par la Jurisprudence aux hypothèques

constituées par un *propriétaire apparent*, possédant en vertu d'un *juste titre*, c'est-à-dire d'un titre régulier (Req. 20 juillet 1910, D. P. 1910.1.392), ainsi qu'aux hypothèques constituées par les *prête-noms* qui se présentaient aux tiers comme propriétaires d'immeubles appartenant, en réalité, à des congrégations religieuses non autorisées. Faisant ici application de la maxime *Error communis facit jus*, les tribunaux ont validé les hypothèques ainsi constituées (V. Civ., 17 juillet 1907, D. P. 1908.1.11, S. 1907.1.401, note de M. Wahl et les conclusions de M. le Procureur général Baudouin. Cf. Civ., 23 mars 1909, D. P. 1910.1.114 ; Req., 7 et 8 juillet 1909 ; Civ., 12 juillet 1909, D. P. 1910.1.372, S. 1909.1.548, 1910.1.84).

Ajoutons, et cela résulte des règles de notre système de publicité immobilière, que le vendeur d'un immeuble peut, tant que la vente n'a pas été transcrite, constituer utilement des hypothèques sur l'immeuble vendu En effet, il est demeuré propriétaire *à l'égard des tiers* (V. tome I^er^, p. 960).

2° Deuxième condition : Être capable d'aliéner. — Pour pouvoir constituer valablement une hypothèque sur ses immeubles, il faut que le propriétaire soit *capable d'aliéner*. En effet, hypothéquer est un acte aussi grave qu'aliéner par les conséquences qu'il emporte. Les incapables ne peuvent donc hypothéquer leurs immeubles qu'en observant les mêmes formalités que pour l'aliénation (art. 2126, Cf., pour les mineurs, art. 457 458, 484 ; pour l'interdit, art. 509 ; pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, art. 499 et 513). De même, le failli ne peut hypothéquer ses immeubles à partir du jugement qui l'a déclaré en faillite (art. 443 C. Comm.)[1].

Par exception, il y a des hypothèses où une personne jouit du droit d'hypothéquer sans avoir pourtant celui d'aliéner. Il en est ainsi dans les cas ci-après :

A. — Le *mineur émancipé, autorisé à faire le commerce* conformément à l'article 2 du Code de commerce, peut hypothéquer ses immeubles sans avoir besoin d'être autorisé ; au contraire, il ne peut les aliéner qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (art. 6, C. comm.).

B. — Sous le régime de communauté, lorsque le contrat de mariage *ameublit* les immeubles présents ou futurs de la femme, c'est-à-dire stipule qu'ils entreront en communauté, non pas pour le tout, mais jusqu'à concurrence d'une certaine somme, le mari a le pouvoir de les hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme ameublie, mais il ne peut les aliéner qu'avec le consentement de sa femme (art. 1507, 3^e^ al., et 1508, 2^e^ al.).

C. — Enfin, il y a un cas où le propriétaire perd le droit d'aliéner, mais conserve celui d'hypothéquer. Cela se produit au cas de *saisie de l'immeuble*. L'article 686 du Code de procédure civile déclare en effet que la partie saisie ne peut, *à compter du jour de la transcription de la saisie*, aliéner les

1. L'article 446 du Code de Commerce annule les hypothèques constituées en raison d'une dette antérieure pendant la période suspecte. Mais cette solution se rattache non à l'idée d'une incapacité du commerçant, mais à celle d'une présomption de fraude.

immeubles saisis à peine de nullité. Mais, d'après la Jurisprudence, cette prohibition ne vise que l'aliénation, et n'empêche pas la constitution d'hypothèque. Ce qui explique, nous dit-on, l'inaliénabilité de l'immeuble saisi, c'est que le débiteur saisi pourrait, en aliénant, entraver la marche de la saisie, puisque le saisissant devrait recommencer les poursuites contre le nouveau propriétaire. Or, rien de pareil n'est à redouter quand il s'agit d'une constitution d'hypothèque. Cette constitution ne nuira pas à l'adjudicataire, puisque l'adjudication va purger les hypothèques : elle ne nuira pas non plus aux créanciers déjà inscrits. Les seuls auxquels elle peut porter préjudice sont les créanciers chirographaires ; mais ceux-ci n'avaient qu'à faire condamner leur débiteur en temps utile et à inscrire l'hypothèque judiciaire. S'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils n'ont aucun espoir d'être payés sur le prix de l'immeuble.

Hypothèque constituée par un non-débiteur. Caution réelle. — Les deux conditions ci-dessus sont nécessaires et suffisantes. Il n'est pas nécessaire, pour la validité de l'hypothèque, que le constituant soit le débiteur de l'obligation garantie par l'hypothèque. Certes, la constitution d'hypothèque émane le plus souvent du débiteur lui-même, qui use de ce moyen de crédit pour se procurer les fonds qu'il veut emprunter. Mais il arrive parfois aussi qu'un tiers consent à hypothéquer son immeuble dans l'intérêt du débiteur, pour permettre à celui-ci de faire l'emprunt dont il a besoin. Ce tiers porte le nom de *caution réelle*. Comme nous l'avons déjà dit, à la différence de la caution ordinaire (art. 2011), la caution réelle ne s'oblige pas personnellement sur tous ses biens, elle affecte seulement un ou plusieurs immeubles à la sûreté de la créance : elle n'est tenue que *propter rem*. Le créancier ne pourra donc, au cas d'insolvabilité du débiteur principal, poursuivre que les immeubles hypothéqués. La caution réelle, tenue seulement *propter rem*, se trouve, en somme dans une situation qui ressemble à celle de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, mais il y a entre les deux obligés les différences suivantes :

1° Sa qualité de débiteur accessoire donne à la caution réelle deux avantages que n'a pas le tiers détenteur :

A. — Quand la caution réelle a payé le créancier, elle est subrogée contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette (art. 1251-3°). Or, le tiers détenteur jouit bien également du même bénéfice de subrogation mais il ne pourrait pas poursuivre l'immeuble hypothéqué par la caution réelle. Telle est du moins l'opinion généralement admise, et elle se justifie par des considérations d'équité, et par cet argument que le tiers détenteur qui acquiert un immeuble hypothéqué est l'ayant cause du débiteur principal ; il ne peut pas avoir plus de droits que lui (*V. supra*, p. 743).

B. — La caution réelle peut invoquer l'article 2037 pour repousser la poursuite des créanciers, quand la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

2° En revanche, la situation de la caution est inférieure à celle du tiers détenteur en ce qu'elle ne peut pas purger.

§ 2. — Formes du contrat de constitution d'hypothèque.

I. — Nécessité d'un acte notarié.

Origine et utilité pratique de la règle. — Le contrat de constitution d'hypothèque ne peut être consenti que par acte passé devant notaire (art. 2127). C'est un des rares contrats solennels de notre Droit.

Cette règle, conservée par les rédacteurs du Code civil, vient de notre ancien Droit. Elle s'y était établie de bonne heure. Il semble, en effet, indispensable, dans un système qui n'organise point la publicité des aliénations immobilières et des constitutions d'hypothèques, de confier la rédaction de ces actes à un notaire, car c'est le seul moyen de se prémunir contre l'éviction ou les causes de nullité. Pourtant, notre ancien Droit n'imposait la forme notariée que pour les actes de constitution d'hypothèque, non pour les transferts de propriété. L'hypothèque était même attachée de plein droit à la seule rédaction de l'acte notarié constatant une créance ; il n'était pas besoin de la stipuler expressément. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, nous le savons, mais les rédacteurs du Code ont maintenu du moins la nécessité de l'acte notarié pour l'acte constitutif de l'hypothèque. Cette exigence peut paraître excessive de nos jours, maintenant que les hypothèques sont soumises à la publicité. Rationnellement, on ne voit pas pourquoi la loi n'impose aucune forme pour la vente d'un immeuble, et exige la rédaction d'un acte notarié pour la constitution d'hypothèque.

Cependant, il faut reconnaître que dans l'état actuel d'imperfection de notre régime de publicité des actes relatifs à la propriété des immeubles, l'intervention du notaire pour la constitution d'hypothèque est une bonne chose. C'est une garantie pour le créancier hypothécaire, car, grâce au notaire, les questions d'origine de la propriété, de capacité, d'existence d'hypothèques occultes seront étudiées avec soin et, par là, les causes d'inefficacité de l'hypothèque seront évitées. De même, la bonne rédaction de l'acte, et celle des bordereaux d'inscription, qui permet seule d'échapper aux causes de nullité, est assurée par l'intervention du notaire. Pour comprendre les mécomptes qui, autrement, pourraient atteindre les intéressés, il suffit de constater que les constitutions d'hypothèque sont les actes qui, en fait, donnent le plus souvent lieu à des actions en responsabilité contre les notaires. N'est-ce pas la preuve que ce sont les actes les plus difficiles et les plus dangereux ?

Enfin, on peut encore signaler un dernier avantage de l'acte notarié. Il permet au créancier hypothécaire non payé à l'échéance, de saisir et de faire vendre l'immeuble sans avoir besoin d'obtenir un jugement de condamnation, ce qu'il devrait faire s'il n'avait qu'un titre sous seing privé, c'est-à-dire non revêtu de la formule exécutoire. La nécessité d'un acte authentique simplifie donc, pour les créanciers hypothécaires, les forma-

lités d'exécution, et, par là, elle est, dans une certaine mesure, favorable au crédit.

La Jurisprudence admet que l'acte constitutif d'hypothèque peut être rédigé soit en minute, soit en brevet (Alger, 7 mai 1870, S. 71.2.105, note de M. Lyon Caen).

Cas où la constitution d'hypothèque est faite par mandataire. — Lorsque le constituant n'apparaît pas à l'acte, mais y est représenté par un mandataire, il faut que le mandat qui lui a été donné soit rédigé dans la forme authentique. C'est la conséquence nécessaire de l'article 2127. La loi du 1er août 1893 sur les sociétés par actions a cependant apporté une exception en faveur des sociétés par actions. Elle a ajouté à l'article 69 de la loi du 24 juillet 1867 un paragraphe décidant qu'il pourra être consenti hypothèque, au nom de toute société commerciale, *en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seing privé*, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte. Avant cette loi, lorsque les statuts de la société étaient rédigés par acte sous seing privé, les gérants n'avaient pas le droit de constituer hypothèque sur les immeubles sociaux en vertu des pouvoirs qu'ils tenaient de ces statuts. Il fallait que l'assemblée générale leur en donnât mandat dans la forme notariée. La disposition nouvelle évite ces frais inutiles, mais elle ne s'applique qu'aux sociétés commerciales ou à forme commerciale.

Sanction de la nécessité de l'acte notarié. — Le contrat d'hypothèque rédigé par acte sous seing privé est nul d'une nullité absolue. La même nullité frapperait le contrat, même s'il était passé devant notaire, mais par un mandataire tenant son pouvoir d'un acte sous seing privé (Civ., 15 février 1832, D., *Jurisp. gén.*, V° *Successions*, 1361, S. 32.1.792; Poitiers, 4 décembre 1899, D. P. 1900.2.171, S. 1903.2.247).

Par exception, la Jurisprudence admet que la nullité est couverte par le dépôt de l'acte constitutif sous seing privé entre les mains d'un notaire. La constitution d'hypothèque devient ainsi valable à dater du dépôt (Civ., 15 février 1832 précité; Cf. Civ., 3 décembre 1890, D. P. 90.1.105, S. 91.1.525). La Jurisprudence ne fait ainsi que continuer la tradition de notre ancien Droit, lequel admettait que, par leur dépôt chez un notaire, les actes sous seing privé acquéraient la même autorité que s'ils avaient été rédigés par lui (V. Pothier, *De l'hypothèque*, n° 19; Basnage, *Des hypothèques*, ch. 12). Mais, naturellement, pour que cet effet se produise, il faut que le dépôt soit effectué du consentement des deux parties.

Exceptions à la nécessité de l'acte notarié. — Il y a deux exceptions à la règle de l'authenticité.

La première vise *l'hypothèque des navires*. Les articles 2, 1er al., de la loi du 10 juillet 1885 et 12, 1er al., de la loi du 5 juillet 1917 sur l'hypothèque fluviale, se contentent de requérir que l'hypothèque soit constatée par écrit, mais admettent qu'elle le soit dans un acte sous signatures privées. Le commerce s'accommode mal, en effet, des lenteurs de l'acte notarié.

La seconde exception concerne *l'Etat*. On admet que *les actes administratifs peuvent contenir constitution d'hypothèque* au profit de l'Etat, sans intervention d'un notaire. On fonde cette solution sur la tradition. La loi des 28 octobre-5 novembre 1790 (art. 14), relative aux biens domaniaux, et celle des 4-7 mars 1793 (art. 3), relative aux marchés passés par l'Etat, assimilaient les actes administratifs aux actes notariés, et en concluaient que, comme ces derniers, ils emportent hypothèque (V. Berthélemy, *Précis de Droit administratif*, 5e édit., p. 99).

II. — Formes de la rédaction de l'acte notarié.

Les conditions instrumentaires de l'acte constitutif d'hypothèque se ramènent aux propositions suivantes :

1° *L'acte constitutif doit être rédigé en France.* — « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France » (art. 2128).

Ainsi, un débiteur ne peut pas, en pays étranger, même devant un notaire, constituer hypothèque sur les immeubles qu'il possède en France. Cette exigence est vraiment inexplicable. Les rédacteurs du Code civil l'ont simplement copiée dans l'article 121 de l'ordonnance de janvier 1629 qui disait : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit Royaume. »

Lorsque les deux parties sont françaises, elles peuvent, du reste, valablement passer le contrat devant les chanceliers d'un de nos consulats, lesquels sont investis des mêmes fonctions que les notaires. Mais, si l'une des parties est étrangère, la constitution d'hypothèque ne peut avoir lieu qu'en France.

A cette règle si gênante, l'article 2128 *in fine* décide qu'il peut être apporté des exceptions *par des lois ou par des traités. Par des lois*, cela va sans dire, mais il n'en existe aucune. *Par des traités ;* il y en a d'assez nombreux qui ont, en effet, écarté la rigueur de la disposition de l'article 2128. Ils sont de deux sortes. Les uns autorisent les chanceliers de nos consulats à dresser des constitutions d'hypothèques, quand l'une des parties ou même les deux sont étrangères. D'autres, concernant l'Italie, la Suisse, la Belgique, confèrent aux notaires de ces pays le droit de rédiger des contrats d'hypothèque applicables à des immeubles français.

2° *L'acte est reçu par un seul notaire.* — Il en est ainsi depuis la loi du 12 août 1902, qui a modifié l'article 9 de la loi organique du notariat du 25 ventôse an XI, et a supprimé la nécessité jusque-là imposée de faire signer l'acte après coup par un second notaire ou deux témoins, formalité qu'exigeait d'ailleurs expressément l'article 2127.

3° *L'acte doit, sous peine de nullité, déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque* (art. 2129).

4° *Il doit également, sous la même sanction, individualiser la créance*

pour laquelle l'hypothèque est consentie, c'est-à-dire en indiquer la cause et en énoncer le montant, sauf pourtant dans le cas où le chiffre en serait indéterminé (art. 2133). C'est ce qu'on appelle la règle de la *spécialité* de l'hypothèque.

Hypothèques au porteur ou à ordre [1]. — Il n'est pas nécessaire, en revanche, d'indiquer dans l'acte le *nom du créancier*, bien que naturellement il s'y trouve presque toujours. Aussi rencontre-t-on, dans la pratique, des actes constitutifs dans lesquels ce nom ne figure pas. L'hypothèque est alors constituée au profit *du porteur de la grosse*. On veut par là donner plus de mobilité à la créance et permettre au créancier de la céder plus facilement. Il lui suffit, en effet, de remettre au cessionnaire la grosse de l'acte pour lui transférer le bénéfice de sa créance hypothécaire. Il n'est pas nécessaire de faire une signification au débiteur.

D'autres actes énoncent le nom du créancier, mais contiennent la clause à *ordre*, qui lui permet de transférer la créance par un simple endossement.

Ce qui favorise surtout la circulation de ces titres hypothécaires, au moins quand ils affectent la forme au porteur, c'est que, d'après la Jurisprudence, le porteur ne peut se voir opposer par le débiteur d'exceptions autres que celles qui lui sont personnelles ou résultent de la forme même de l'acte. (Civ., 9 novembre 1896, D. 97.1.16 ; 31 octobre 1906, D. P. 1908. 1.497). Si, par exemple, l'obligation était usuraire, le porteur de l'obligation hypothécaire ne pourrait se voir opposer la nullité qui, entre les mains du créancier originaire, aurait incontestablement atteint l'hypothèque.

§ 3. — Spécialité de l'hypothèque.

Le principe de la *spécialité* s'applique à toutes les hypothèques, quelle que soit leur source, sauf pourtant, d'une part, les trois hypothèques légales de la femme mariée, des personnes en tutelle, de l'Etat, des départements et des communes, qui y sont complètement soustraites, et d'autre part, l'hypothèque judiciaire, qui n'est soumise qu'à la première des deux règles constitutives du principe. Nous avons déjà indiqué ci-dessus ces deux règles. Enonçons-les de nouveau, en les classant d'après leur ordre d'importance :

1° *Première règle. — L'hypothèque n'est valable que si la créance pour laquelle elle est constituée est individualisée dans sa cause et dans son chiffre* (art. 2132). On désigne cette première face du principe sous le nom de *spécialité de la créance hypothécaire.*

2° *Deuxième règle. — L'hypothèque n'est valable que si elle déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque* (art. 2129). Cette deuxième face du principe s'appelle la *spécialité du gage hypothécaire.* Ces deux règles forment deux éléments essentiels de l'acte constitutif d'hypothèque. Elles doivent également se retrouver dans l'inscription.

1° Spécialité de la créance hypothécaire. — Des deux règles énoncées, c'est la plus importante. Il est indispensable, en effet, de connaître exactement, et la créance garantie par l'hypothèque, et le chiffre de cette créance. Si ces deux indications n'étaient pas énoncées, si les immeubles

1. V. Avril, *Obligations hypothécaires à ordre et au porteur*, thèse, Paris, 1929.

étaient hypothéqués pour la garantie de toutes les créances qui pourraient naître au profit du créancier, sans aucune limitation, le crédit du débiteur serait ruiné par la première hypothèque qu'il consentirait. En face de cette incertitude, aucune autre personne ne consentirait à lui prêter de l'argent.

L'individualisation de la créance doit être faite *à la fois dans l'acte constitutif d'hypothèque et dans l'inscription.*

A. — *Dans l'acte constitutif*, le notaire doit, d'abord, sous peine de nullité, indiquer la *cause* de la créance garantie : prêt, indemnité d'un préjudice causé, constitution de rente viagère, charge d'une donation, créance résultant d'une obligation de faire, etc... Il doit, en outre, énoncer le *chiffre de cette créance.* Mais cette seconde mention n'est nécessaire qu'autant que le montant de la créance est connu. Si, au contraire, il est indéterminé, si, par exemple, il s'agit d'une reconnaissance de payer le dommage causé mais non encore évalué, ou d'une obligation de faire, il n'est pas besoin d'en fournir l'évaluation dans l'acte constitutif. C'est dans l'inscription qu'elle aura lieu et cela suffit.

B. — *Dans l'inscription*, il n'est pas nécessaire que la cause de la créance soit énoncée. La loi exige seulement que le créancier indique le *titre*, c'est-à-dire l'acte notarié et sa date (art. 2148-3°). En revanche, si le chiffre de la créance est indéterminé dans l'acte constitutif, il faut que, dans l'inscription, le créancier en fasse l'*évaluation* et déclare expressément cette évaluation (art. 2132, *in fine*, 2148-4°).

L'article 2132 déclare qu'il faut faire la même évaluation lorsque la créance est *conditionnelle.* C'est là une méprise évidente, car, de ce qu'une créance est conditionnelle, il ne résulte pas que son chiffre soit indéterminé. Ce qu'il faut dire, c'est que, si la créance garantie est conditionnelle, on doit mentionner dans l'inscription la condition qui affecte l'existence de la créance[1].

Nous rappelons que *les trois hypothèques légales de l'article 2121 échappent seules à la règle précédente.* En effet, elles garantissent *toutes les créances* qui peuvent naître du mariage, de la tutelle ou de la gestion des deniers publics.

2° **Spécialité du gage hypothécaire.** — L'hypothèque n'est valable que si l'acte qui la constitue déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles appartenant actuellement au débiteur sur lesquels il consent hypothèque (art. 2129). L'article 2129 ajoute : « Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque. » La loi ne défend donc pas à un débiteur d'hypothéquer à la garantie d'une créance tous ses immeubles présents, mais elle exige que ces immeubles soient nominativement désignés.

En revanche, et comme conséquence de la règle, l'article 2129, 2e alinéa, interdit d'*hypothéquer les biens à venir.* Nous reviendrons ci-dessous sur cette prohibition, après avoir étudié la règle elle-même.

1. La loi du 1er mars 1918 a, du reste, rectifié sur ce point l'article 2148, 4°, mais elle a omis d'en faire autant pour l'article 2132.

Rappelons que cette règle, qui forme la seconde face du principe de la spécialité, est moderne. Elle date de la loi de brumaire an VII. Ni le Droit romain, ni l'ancien Droit ne l'avaient édictée. L'un et l'autre permettaient, au contraire, d'établir des hypothèques générales grevant tous les biens présents et à venir, et l'on sait que, dans notre ancien Droit, tout acte notarié d'obligation emportait de plein droit une hypothèque de ce genre au profit du créancier.

Utilité de la règle moderne. — La règle moderne de la spécialité du gage hypothécaire est fort utile. En effet, l'hypothèque générale a trois inconvénients.

D'abord, *elle ne ménage pas suffisamment le crédit du débiteur*. Si tous les biens de celui-ci se trouvent engagés à la sûreté d'une première créance, même bien inférieure à leur valeur, les tiers auxquels il s'adressera ensuite, hésiteront à accepter une garantie en seconde ligne, parce qu'il leur est plus difficile d'être renseignés sur la valeur exacte de tous les immeubles du débiteur que sur celle de chacun d'eux séparément. Il est donc préférable, dans l'intérêt du débiteur, qu'il n'affecte à la garantie de chaque créance que les immeubles nécessaires et qu'il garde les autres libres.

Néanmoins, ce n'est pas là le principal inconvénient des hypothèques générales, car, après tout, le créancier peut arriver à connaître la valeur de l'ensemble des immeubles du débiteur, et savoir de combien elle dépasse le chiffre de la première créance inscrite. Le plus grave défaut des hypothèques générales est qu'*elles compliquent singulièrement les ordres et entraînent des frais considérables*, à cause du concours sur les mêmes biens d'un grand nombre de créanciers.

Ajoutons enfin qu'il *est mauvais de grever pour une seule créance tous les biens d'un débiteur, car leur circulation se trouve par là entravée ou compliquée.*

Les rédacteurs du Code ont donc bien fait de consacrer le principe de la spécialité du gage hypothécaire. Mais il convient d'ajouter qu'en fait le créancier, auquel on offre une garantie, cherche à se la procurer la plus large qu'il peut, et demande souvent hypothèque sur tous les immeubles présents de son débiteur. Aussi arrive-t-il fréquemment que le débiteur qui cherche du crédit est obligé de donner garantie sur tous ses immeubles présents.

Comment doit-il être satisfait à la spécialité du gage hypothécaire ? — L'article 2129 exige que l'acte constitutif déclare spécialement *la nature et la situation* de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur sur lesquels il consent l'hypothèque. De son côté, l'article 2148-5° exige que l'inscription mentionne l'indication de l'*espèce et de la situation* des biens hypothéqués et, en outre, depuis la loi du 1er mars 1918, l'*indication des numéros et sections du cadastre*. La *nature* ou *l'espèce* de l'immeuble, cela comprend les principales qualités qui le caractérisent : bâti ou non bâti, terre cultivable ou parc ou jardin, genre de culture. La *situation*, comprend

la commune où l'immeuble est situé, son nom, la désignation de ses tenants et aboutissants.

L'article 2129 décide que le débiteur qui hypothèque plusieurs immeubles, doit faire ces déclarations spécialement pour chacun d'eux. On comprend donc difficilement comment des doutes ont pu s'élever dans le cas où le débiteur hypothèque tous les immeubles, toutes les parcelles qu'il possède dans une commune. Il semble évident qu'une telle indication est insuffisante (V. Civ., 26 avril 1852, D. P. 52.1 131, S. 52.1.513). Mais *faut-il que le debiteur énumère chacune de ces parcelles en individualisant chacune d'elles?* L'affirmative ne paraît pas douteuse, étant donné les termes de la loi.

Et pourtant, la Jurisprudence n'exige pas cette individualisation. Elle se contente d'une désignation collective telle que celle-ci : « Tous les immeubles que le débiteur possède dans telle commune (ou même dans tel arrondissement hypothécaire), *et qui se composent de bâtiments, maisons, terrains, terres, prés, bois, vignes, jardins et plantations quelconques* » (Req., 12 mars 1867, D. P. 67.1.347, S. 67.1.221 ; 27 novembre 1893, D. P. 94.1.566, S. 94.1.349 ; 29 octobre 1919 S. 1920.1.242). Et telle est la formule que l'on rencontre fréquemment dans les actes notariés. Cette pratique s'explique par le morcellement si accentué de la propriété rurale. « Pour le propriétaire qui possède des parcelles disséminées et souvent d'une faible étendue, l'affectation hypothécaire deviendrait plus difficile, a-t-on dit justement (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, 3e éd., n° 1374), s'il fallait donner, dans les actes, une énumération détaillée des diverses parcelles grevées. La Jurisprudence a pu croire favoriser le crédit en autorisant une affectation collective, en diminuant, par ce moyen, le nombre des procès en nullité et en responsabilité. » Le bien qui résulte d'une telle pratique, est d'ailleurs très contestable, car c'est précisément « le petit propriétaire, ignorant trop souvent du Droit et de ses règles, qu'il importerait surtout de défendre contre les entraînements, et de mettre en mesure de discuter l'étendue d'une affectation, pour ménager son crédit et lui conserver la libre disposition de ses autres biens. » Mais il ne faut pas oublier que, dans le contrat d'hypothèque, c'est le capitaliste, c'est-à-dire le prêteur qui fait la loi du contrat ; il est donc naturel qu'il exige la plus large garantie possible.

Ajoutons, du reste, ce tempérament que, si l'énumération collective abrégée insérée dans l'acte ne visait pas la nature de tous les biens du débiteur, ceux qui n'y seraient pas compris échapperaient à l'affectation. Ainsi, il a été décidé (Amiens, 31 juillet 1880 et, sur pourvoi, Req., 12 juillet 1881, D. P. 83.1.30, S. 82.1.222) que l'hypothèque conventionnelle établie sur « les immeubles, nature de maison, bâtiment et terre », situés dans un arrondissement déterminé, ne s'étend pas à une fonderie ou usine possédée par le débiteur dans le même arrondissement.

Exceptions à la spécialité du gage hypothécaire. — Nous rappelons qu'il y a plusieurs hypothèques qui grèvent indistinctement tous les biens présents et à venir du débiteur. Ce sont :

1° Les trois hypothèques légales de l'article 2121.

Au contraire, l'hypothèque légale de la masse de la faillite et celle des légataires ne font pas échec au principe, car elles ne portent que sur certains immeubles du débiteur, à savoir sur les immeubles appartenant au failli au jour de la déclaration de faillite ou lui advenant pendant la liquidation, ou sur ceux recueillis par le débiteur dans la succession du testateur.

2° L'hypothèque judiciaire (art. 2123, 2e al.).

3° Sanctions des deux règles constitutives de la spécialité du gage hypothécaire. — La sanction de ces deux règles est la nullité du contrat d'hypothèque, ou de l'inscription si c'est dans celle-ci seulement que la violation de la loi a été commise. Cette nullité est absolue et peut être en conséquence invoquée par tous les intéressés, par le débiteur et par ses ayants-cause, héritiers, créanciers hypothécaires de rang postérieur, tiers acquéreur.

§ 4. — Interdiction d'hypothéquer les biens à venir.

L'article 2129, 2e al., décide que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. Cette prohibition est la conséquence logique de la règle de la spécialité. De plus, quand un débiteur veut tirer crédit de biens dont il n'est pas actuellement propriétaire, il a ordinairement en vue les biens appartenant à une personne dont il est l'héritier présomptif. L'interdiction de l'hypothèque de ces biens découle donc, non seulement du principe de la spécialité, mais de la *prohibition des pactes sur succession future*.

La défense prononcée par l'article 2129 est absolue. Elle vise toutes les hypothèses. Ainsi, il nous paraît certain qu'elle frappe de nullité la constitution d'hypothèque faite sur tel immeuble déterminé que le constituant se propose d'acquérir, et sous la condition qu'il l'acquerra. Il y a des auteurs qui en ont douté, mais les termes de l'article 2129 ne permettent pas pareille distinction. Au surplus, quand une personne propose d'hypothéquer des biens qu'elle ne possède pas actuellement, n'est-ce pas toujours sous la condition tacite qu'elle en deviendra propriétaire ?

Exceptions à l'interdiction. — Si ferme que paraisse l'interdiction prononcée par l'article 2129, 2e al., elle subit pourtant deux exceptions qui en diminuent singulièrement la portée.

Première exception. — La première, la plus grave, est énoncée par l'article 2130, en ces termes : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions ».

L'exception ainsi formulée semble enlever presque toute valeur à la prohibition, car il paraît évident que ceux qui en sont réduits à hypothéquer leurs biens à venir sont ceux qui ne possèdent pas de biens actuels suffisants pour la garantie de leur créancier. Le Code n'aurait-il pas mieux fait de

dire simplement qu'il est toujours permis d'hypothéquer ses biens à venir, quand on en a besoin ? Pourtant, ainsi énoncée, la règle ne serait pas tout à fait exacte. Car nous sommes ici en présence d'une exception ; il faut donc interpréter restrictivement le texte qui l'énonce. Or, l'article 2130 ne permet l'opération qu'il prévoit que *si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance.* Il exige donc que le débiteur *soit déjà propriétaire d'immeubles*, mais d'immeubles insuffisants, soit par leur valeur, soit parce qu'ils sont déjà grevés d'hypothèque, pour garantir le capitaliste qui demande une sûreté. Il faut, en outre, que cette insuffisance soit exprimée dans le contrat. Il en résulte que l'individu qui ne possède aucun immeuble ne peut pas hypothéquer ses biens à venir, et la Jurisprudence a tout à fait raison de maintenir cette interdiction, car il ne peut s'agir alors que d'un fils de famille qui cherche à se procurer de l'argent en escomptant la succession de ses parents (Civ., 30 janvier 1872, D. P. 74.1.99, S. 73.1.404 ; 11 mars 1895, sol. impl., D. P. 95.1.305, note de M. Léon Michel, S. 96.1.433, note de M. Wahl).

Ce n'est donc que si le débiteur possède quelques immeubles, mais insuffisants, que l'hypothèque de ses biens à venir lui est permise. Mais remarquons qu'elle est autorisée alors en termes fort larges. L'intéressé peut donc hypothéquer non seulement tel ou tel immeuble qu'il espère acquérir, mais tous les immeubles qui lui adviendront, notamment ceux qui appartiennent à ses auteurs. Il y a là une dérogation notable à la prohibition des pactes sur succession future.

La loi belge de 1851 et le Code civil italien de 1867 ont jugé cette dérogation inopportune ; ils ont cru préférable de l'effacer et de maintenir l'interdiction pure et simple. « L'expérience a démontré, a dit le rapporteur de la loi belge, les inconvénients sérieux résultant de la faculté accordée au débiteur d'hypothéquer ses biens à venir. Elle favorise les passions sur lesquelles certains prêteurs ne craignent pas de spéculer. »

Chez nous, au contraire, en 1840, les Cours d'appel se prononcèrent en majorité pour le maintien de l'exception de l'article 2130. A les en croire, il ne semblerait pas qu'elle ait produit de graves abus, et elle serait plutôt un secours mis à la disposition du débiteur honnête n'ayant pas un gage suffisant à offrir à son créancier. Quoi qu'il en soit, en fait, beaucoup de notaires insèrent la clause d'affectation des biens futurs dans les actes constitutifs d'hypothèques. Cette pratique a évidemment l'inconvénient de perpétuer chez nous un régime qui ressemble peu au système voulu par le Code, car une pareille constitution équivaut à l'hypothèque générale. Et ainsi, grâce au désir légitime du créancier de se faire accorder une hypothèque aussi large que possible, grâce à la complaisance du débiteur dans l'embarras, se maintient un état de choses contraire au principe de la spécialité.

Deuxième exception. — L'article 2131 énonce une deuxième exception : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra,

ou poursuivre dès à présent son remboursement, *ou obtenir un supplément d'hypothèque.* » Lorsque le créancier se contente d'un supplément de garantie, et que les immeubles présents du débiteur sont déjà tous grevés, le débiteur peut lui donner hypothèque sur ses biens à venir. Tel est le sens de l'article 2131 précisé par le mot « *pareillement* » qui ouvre le texte.

Effets de l'hypothèque des biens à venir. — L'hypothèque des biens à venir n'est pas d'ailleurs tout à fait, à proprement parler, une hypothèque générale. Elle reste du moins soumise à la règle de la spécialité *quant à l'inscription.* L'article 2130 déclare, en effet, que chacun des biens que le débiteur acquerra sera affecté *à mesure des acquisitions.* De plus, l'article 2148-5° exige, d'une façon générale, que l'inscription énonce l'espèce et la situation des biens, ce qui ne peut évidemment pas se faire avant que le bien ait été acquis ; et il n'y a d'exception à cette exigence énoncée par la loi que pour les hypothèques légales (art. 2153).

De tous ces textes il résulte certainement que le créancier, muni d'une hypothèque sur biens à venir, doit prendre une inscription sur chaque bien entrant dans le patrimoine de son débiteur, et que l'hypothèque ne le grève qu'à compter de cette inscription.

Cela constitue une différence notable entre l'hypothèque des biens à venir et les hypothèques générales, même lorsque celles-ci sont soumises à inscription (hypothèque légale de l'Etat, des communes et hypothèque judiciaire). Pour ces dernières, l'inscription prise dans un bureau de la conservation des hypothèques s'étend de plein droit à tous les nouveaux immeubles acquis par le débiteur dans l'arrondissement de ce bureau. Le créancier n'est donc obligé de prendre une nouvelle inscription, que si l'immeuble acquis est situé dans un arrondissement dans lequel le débiteur ne possédait encore aucun immeuble. Et voici la conséquence pratique de cette différence. Supposons qu'un débiteur ait hypothéqué ses biens à venir, et que, plus tard, un autre créancier ait obtenu et inscrit contre lui une hypothèque judiciaire. Si un nouveau bien, situé dans le ressort du bureau où ont été prises les deux inscriptions, échoit au débiteur, ce bien sera frappé de plein droit par l'hypothèque judiciaire, tandis qu'il ne sera affecté à la première hypothèque que du jour où le créancier aura pris inscription. C'est seulement si l'immeuble nouvellement acquis était situé dans un autre arrondissement, chacun des créanciers devant alors prendre inscription, que la date de ces inscriptions déterminerait leur rang respectif.

Il y a là pour l'hypothèque des biens à venir une cause d'infériorité qui en diminue sensiblement la valeur et expose le créancier muni de cette garantie à de fâcheuses surprises.

CHAPITRE IV

FONCTIONNEMENT ET EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES ET DES PRIVILÈGES IMMOBILIERS

SECTION I. — Effets de l'hypotheque.

Sous cette rubrique nous comprenons :

1° Les conséquences que l'hypothèque entraîne à *l'égard du débiteur*, soit avant l'exercice de l'action hypothécaire, soit après ;

2° Les avantages qu'elle procure au créancier sur les immeubles affectés à *l'égard des tiers*, c'est-à-dire, soit des *autres créanciers* du débiteur (droit de préférence), soit des *tiers détenteurs* de l'immeuble hypothéqué (droit de suite).

Il va de soi d'ailleurs que ce que nous disons ici des effets de l'hypothèque doit s'entendre également des effets des privilèges immobiliers spéciaux qui sont, nous l'avons vu, de véritables hypothèques légales.

§ 1. — Conséquences de l'hypothèque à l'égard du débiteur.

I. — Avant l'exercice de l'action hypothécaire.

Tant que le créancier n'exerce pas l'action hypothécaire, le débiteur conserve tous les attributs du droit de propriété : administration, jouissance de l'immeuble, et droit de l'aliéner.

L'une des conséquences de ce principe, c'est que les baux passés par le débiteur relativement à l'immeuble hypothéqué sont opposables au créancier hypothécaire, c'est-à-dire que celui-ci ne pourra pas mettre obstacle à leur exécution. Mais cela n'est vrai que pour les baux qui ne dépassent pas dix-huit ans. Ceux qui sont conclus pour plus de dix-huit ans ne lui seraient opposables que s'ils avaient été transcrits avant l'inscription de l'hypothèque (art. 2 et 3, loi du 23 mars 1855).

Si, au contraire, un bail de plus de dix-huit ans a été transcrit postérieurement, il ne produira effet contre le créancier inscrit que pour une durée de dix-huit ans (art. 3 *in fine*, loi précitée).

Le propriétaire continue également à percevoir les fruits et revenus de l'immeuble hypothéqué. Il peut même toucher ou céder les loyers non échus. Mais, ici encore, la loi du 23 mars 1855 a limité son droit, en soumettant à la transcription les quittances ou cessions quand elles s'appliquent

à trois années ou plus de loyers ou fermages non échus. Quand donc l'hypothèque est inscrite, le débiteur ne peut plus toucher à l'avance ou céder les revenus de l'immeuble hypothéqué que pour une période inférieure à trois années (Req., 14 mai 1907, D. P. 1907.1.341, S. 1909.1.321, note de M. Wahl; Civ., 19 juin 1897, 1re esp., D. P. 1900.1.577, note de M. Sarrut, S. 98.1.169; 12 février 1902, D. P. 1902.1.337, note de M. Ambroise Colin, S. 1903.1.169, note de M. Naquet, V. *supra*, p. 752).

Nous supposons, bien entendu, que tous les actes ci-dessus visés ont été passés sans intention frauduleuse, car, s'il en était autrement, le créancier pourrait les attaquer par l'action Paulienne.

Enfin, le débiteur conserve le droit de *disposer* du bien grevé d'hypothèque. Mais ici, il importe de distinguer entre les immeubles par destination et les autres droits immobiliers.

1° Pour les *immeubles par destination*, lorsqu'ils sont détachés du fonds par le propriétaire, ils perdent leur caractère immobilier et cessent d'être grevés de l'hypothèque, sauf ici, encore, le droit du créancier d'intenter l'action Paulienne, si la séparation a été faite *animo nocendi* (Req., 21 novembre 1894, D. P. 96.1.277, S. 96.1.230).

2° Au contraire, pour les *autres droits immobiliers*, l'aliénation ne modifie pas le droit du créancier. S'agit-il de l'aliénation d'une parcelle du fonds, l'hypothèque continue à grever cette parcelle entre les mains de l'acquéreur. S'agit-il de l'extinction d'une servitude existant au profit du fonds hypothéqué sur un héritage voisin, l'extinction ne sera pas opposable au créancier hypothécaire. De même encore, la vente de marnes ou argiles à extraire du sol ne serait pas opposable au créancier, car il ne s'agit pas là de fruits (Req., 24 mai 1909, D. P. 1910.1.489, note de M. de Loynes, S. 1911.1.9, note de M. Naquet).

Autre effet de l'hypothèque. Indivisibilité des poursuites. — Ajoutons aux effets produits par l'hypothèque dans les rapports du créancier avec le débiteur que, dès sa constitution, et, croyons-nous, indépendamment de toute inscription, l'hypothèque entraîne l'indivisibilité de la dette. Si donc le débiteur vient à décéder, le créancier aura le droit de poursuivre pour le tout l'un quelconque des héritiers qui aura dans son lot tout ou partie de l'immeuble hypothéqué, même si ceux-ci ont accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. Cette solution qui semble commandée par la logique peut cependant être contestée, car elle est contraire aux termes formels de l'article 2146, 2e al.

II. — Après l'exercice de l'action hypothécaire.

En Droit romain, pendant longtemps, l'hypothèque n'a pas conféré au créancier le droit de vendre l'immeuble. Le créancier ne pouvait que s'en mettre en possession ; il ne lui était permis de le vendre que si une clause expresse du contrat l'y autorisait. Plus tard, mais seulement au temps d'Ulpien, on considéra cette clause comme sous-entendue dans toute cons-

titution d'hypothèque. En revanche, le créancier était libre de vendre quand et comme il voulait, aux enchères ou à l'amiable, avec ou sans l'assentiment du débiteur, ce qui se comprend puisqu'il était censé tirer ce droit d'une clause insérée au contrat. Ainsi, le créancier hypothécaire n'avait pas besoin de procéder à la saisie ; il n'avait pas de formalités préliminaires à remplir avant d'arriver à la vente.

Une telle conception législative, bien qu'un peu simpliste, est défendable dans son principe, car elle économise bien des frais. Néanmoins elle n'a pas été suivie par notre ancien Droit. Désormais, l'hypothèque ne confère au créancier que le droit de saisir l'immeuble et non celui de s'en mettre en possession, et de se l'approprier. Le créancier est donc obligé de pratiquer une saisie réelle et de faire vendre le bien en justice, comme s'il était créancier chirographaire.

Tel est le principe que notre Droit actuel a conservé. Le créancier hypothécaire doit donc, faute de paiement à l'échéance, procéder à la saisie de l'immeuble, après avoir adressé au débiteur un commandement de payer (art. 2217, C. civ., et 673, C. proc. civ.). Et même, toutes les règles du Code de procédure civile relatives à la saisie immobilière (art. 673 et s.) sont précisément édictées en vue des privilèges et des hypothèques. Ces textes ne s'occupent nullement des créanciers chirographaires, lesquels n'ont presque jamais rien à espérer de la saisie immobilière, à cause de la présence habituelle des créanciers privilégiés ou hypothécaires.

Nous n'avons pas, bien entendu, à tracer ici les formes de la saisie immobilière. Nous ne devons que rechercher dans quelle mesure cette saisie va paralyser les droits du débiteur sur l'immeuble qui en est l'objet.

A la suite de la dénonciation de la saisie faite au débiteur, le créancier doit la faire *transcrire* au bureau de la conservation des hypothèques (art. 678, C. proc. civ.). Cette transcription a pour but de prévenir les tiers qui pourraient traiter avec le saisi. En effet, à partir du moment où elle est accomplie, les droits du débiteur sur l'immeuble se trouvent sensiblement restreints, et cela aux points de vue ci-après :

1° Tout d'abord, la transcription de la saisie enlève au propriétaire le *droit d'administration et de jouissance.*

Ainsi, à dater du commandement qui lui a été signifié, il ne peut plus faire de baux opposables à ses créanciers (art. 684, C. proc. civ.).

Les créanciers peuvent demander son expulsion de l'immeuble et la nomination d'un séquestre. S'ils lui laissent le droit de percevoir les loyers et fermages, il en devient comptable envers eux, et ne peut en consommer que ce qui est nécessaire à sa subsistance et à celle de sa famille (art. 681, C. proc. civ.).

2° Les *fruits* de l'immeuble échus depuis la transcription de la saisie sont *immobilisés*, et affectés par préférence au paiement des créanciers inscrits (art. 682, 685, C. proc. civ.).

3° Enfin, le saisi *ne peut plus aliéner l'immeuble* à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer (art. 686, C. proc. civ.).

Cette prohibition comprend également les constitutions de droits réels,

Cependant, comme nous l'avons dit plus haut, la Jurisprudence admet qu'elle ne vise pas les hypothèques, et que le saisi conserve encore la faculté d'hypothéquer l'immeuble.

§ 2. — Avantages que l'hypothèque procure au créancier à l'égard des tiers.

L'hypothèque produit, nous le savons, deux effets. Elle donne au créancier le *droit de préférence* et le *droit de suite*.

L'effet essentiel est le *droit de préférence*, c'est-à-dire le *droit pour le créancier d'être payé par préférence aux autres sur le prix de l'immeuble hypothéqué*. Assurer cet avantage au créancier, tel est en effet le but en vue duquel l'hypothèque est établie.

Le *droit de suite*, ou droit d'intenter l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs de l'immeuble, est *un moyen* organisé en vue de garantir au créancier l'exercice de son droit de préférence, même quand l'immeuble a été aliéné par le débiteur. *Le droit de suite n'est qu'un prolongement du droit de préférence.*

I. — Le droit de préférence.

Notions générales. Nécessité de l'inscription. — Le créancier hypothécaire jouit dans tous les cas du droit de préférence, soit qu'il ait saisi l'immeuble contre le débiteur, soit qu'il l'ait saisi contre un tiers détenteur, ou contre un curateur à l'immeuble délaissé, au cas où le tiers détenteur poursuivi aurait délaissé l'immeuble, soit enfin que le tiers acquéreur consente à payer volontairement ou fasse la purge. Dans tous ces cas, une procédure s'ouvre, dite *procédure d'ordre*, qui a pour but de répartir le prix entre les créanciers. Les règles en sont formulées par le Code de procédure civile (art. 749 à 779), dont le texte a été modifié par la loi du 21 mai 1858. *Cette procédure est une véritable instance qui exige le ministère des avoués;* seulement elle se déroule, non pas devant le tribunal, mais devant un juge-commissaire. Tous les créanciers inscrits sont appelés à y participer. Lorsque toutes les difficultés et les incidents sont vidés, le juge délivre au premier créancier inscrit un *bordereau de collocation* en vertu duquel il sera payé sur le prix du montant de sa créance ; puis il en fait autant pour le second, et ainsi de suite, jusqu'à épuisement du prix de la vente ou de l'adjudication.

Depuis 1858, les créanciers peuvent éviter les frais de cette procédure, en faisant amiablement entre eux la répartition du prix ; mais il faut naturellement le consentement de tous les créanciers, car il s'agit alors d'une convention. Le juge commissaire collabore du reste à ce règlement amiable (V. Paul Cuche, *Précis des voies d'exécution*, Paris, 1913, p. 348 et s.).

Mais, pour que les créanciers hypothécaires puissent exercer leur droit de préférence, il faut qu'ils aient pris une inscription, et c'est cette inscription qui détermine le rang de leur hypothèque.

Ces deux règles fondamentales sont énoncées par l'article 2134 du Code civil : « Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur. »

Première règle : Tant qu'il n'a pas inscrit son hypothèque, le créancier ne peut l'opposer aux autres créanciers même chirographaires. — Si le créancier non inscrit ne peut pas invoquer son droit de préférence à l'encontre des autres créanciers, même simples chirographaires, il convient d'ajouter que, tant que l'immeuble est dans le patrimoine de son débiteur, le créancier a le droit d'inscrire son hypothèque, et, par conséquent, d'acquérir le droit de préférence à l'égard de ceux qui ne sont pas inscrits. Pourtant, cela n'est pas toujours vrai. Il peut, en effet, se produire des événements qui le priveront du droit de prendre inscription.

Evénements qui empêchent le créancier d'inscrire son hypothèque. — Ces événements, énumérés dans l'article 2146, 1er al., *in fine*, modifié par le Code de commerce, et le 2e alinéa du même article, événements que nous avons d'ailleurs rencontrés déjà en traitant de la conservation des privilèges, sont les suivants :

1° La faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur ;

2° La mort du débiteur, dans le cas où sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire.

1° Faillite du débiteur ou liquidation judiciaire. — D'après l'article 2146, 1er al., les inscriptions ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. On comprend la raison d'être de cette disposition. Il y a lieu de redouter toutes sortes de fraudes de la part d'un commerçant aux abois, et sur le point d'être mis en faillite. On peut craindre notamment qu'il ne constitue dolosivement une hypothèque réelle ou simulée au profit d'un créancier.

Néanmoins, la règle édictée par le Code était trop sévère, car elle pouvait atteindre injustement un créancier de bonne foi, dont l'hypothèque était née la veille de la période suspecte, et notamment un créancier privilégié. La loi du 28 mai 1838, modificative des articles du Code de commerce relatifs à la faillite, a donc établi ici un terme plus rationnel. L'article 448 actuel du Code de commerce fixe comme point d'arrêt des inscriptions le jour du *jugement déclaratif de faillite*, terme fixe bien préférable à l'ancien.

Le même article vise ensuite les inscriptions prises avant le jugement déclaratif de faillite et pendant ce qu'on appelle la *période suspecte*, période qui commence dix jours avant l'époque de la cessation des paiements. Comme il y a lieu de craindre pendant cette période les tentatives de fraude du débiteur, la loi *permet* de déclarer nulles les inscriptions prises durant ce délai, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. En effet, le retard mis par le créancier à inscrire son droit laisse planer une suspicion

sur l'acte intervenu entre le débiteur et lui. Cette seconde disposition n'est qu'une adaptation de l'action Paulienne à la faillite [1]. Nous pouvons donc la laisser de côté. La seule disposition de l'article 448 qui nous intéresse directement est celle qui interdit de prendre inscription après le jugement déclaratif de faillite.

On ne trouve rien de semblable en matière de déconfiture. Cela ne doit pas nous étonner, puisque la loi n'a pas organisé de faillite civile. Donc, le créancier hypothécaire d'un non-commerçant peut toujours prendre inscription sur ses biens, quel que soit l'état de ses affaires, et c'est justement pour éviter une telle surprise que, pratiquement, les créanciers ordinaires ont soin de faire condamner le débiteur en justice, afin d'inscrire sur ses immeubles une hypothèque judiciaire leur assurant un rang préférable aux hypothèques inconnues d'eux qui viendraient à se révéler par l'inscription.

La loi du 4 mars 1889, qui a institué la liquidation judiciaire, décide (art. 5, 2e al.) qu'aucune inscription ne peut être prise à partir du jugement déclaratif. Cette loi n'a pas établi de mesures concernant les inscriptions prises avant le jugement, car la liquidation judiciaire suppose que le débiteur n'a commis aucun acte frauduleux. Il ne saurait donc être question ici de *période suspecte*.

2° **Décès du débiteur, suivi de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire** (art. 2146, 2e al.). — En principe, la mort du débiteur n'enlève pas au créancier le droit d'inscrire son hypothèque. Le fait même que les autres créanciers du défunt demanderaient, contre les créanciers de l'héritier, la séparation des patrimoines ne le priverait pas de ce droit. En effet, la séparation des patrimoines ne modifie pas les rapports respectifs des créanciers héréditaires.

Il en est autrement, cependant, lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. En pareil cas, *c'est le décès qui marque le terme fatal ; il n'est plus permis à partir de l'ouverture de la succession, de prendre inscription* sur les immeubles héréditaires [2].

Quelle est la raison d'être de cette règle ? C'est que le Code civil a établi, dans les articles 803 et suivants, une liquidation, d'ailleurs toute rudimentaire de la succession bénéficiaire, qu'il charge l'héritier d'accomplir. Il est donc naturel qu'il se soit préoccupé de maintenir l'*égalité entre les créan-*

1. Nous ne parlons au texte que de l'inscription. Les articles 446 et 447 du Code de commerce visent la constitution d'hypothèque. Le premier décide que l'hypothèque constituée par le débiteur pendant la période suspecte, pour garantir une dette antérieurement contractée, est nulle. Et, même si la constitution est contemporaine de la naissance de la dette, elle peut être annulée, d'après l'article 447, si le créancier connaissait, au moment où il a traité, la cessation des paiements (V. *supra* p. 62).

2. La règle ne s'applique, bien entendu, ni à l'inscription de la séparation des patrimoines, ni à celle de l'hypothèque légale des légataires, ni enfin à celle de l'hypothèque de la masse, quand le défunt est déclaré en faillite.

ciers, en interdisant désormais toute nouvelle cause de préférence. Il est juste, en effet, que la liquidation de la succession s'opère comme si elle avait lieu immédiatement au décès.

On a cependant adressé des critiques à cette disposition et, dans les discussions ouvertes entre 1849 et 1852 sur la réforme du régime hypothécaire, on avait proposé de la supprimer. On lui reprochait d'être parfois injuste, car, disait-on, elle peut frapper de déchéance un créancier diligent dont le droit est né la veille du décès imprévu du débiteur. On n'a pas tenu compte de ces observations et on a eu raison. En effet, le danger signalé ne nous paraît pas bien sérieux ; un créancier diligent, auquel le débiteur constitue une hypothèque, ne manque pas de l'inscrire avant de prêter l'argent. La déchéance ne pourrait donc surprendre qu'un créancier à hypothèque judiciaire, ou le vendeur d'immeubles, ou encore le copartageant. Et si, d'autre part, l'article 2146 n'existait pas, on verrait, dès le décès, tous les créanciers poursuivre l'héritier comme représentant du défunt, pour obtenir hypothèque sur les biens héréditaires.

La meilleure solution est celle qu'a adoptée la loi belge de 1851. Elle consiste à fixer un délai de trois mois à partir du décès, pendant lequel les créanciers peuvent encore prendre inscription utilement, mais après l'expiration duquel aucune inscription n'est plus possible, quel que soit du reste le mode d'acceptation des héritiers.

Cas où il y a plusieurs héritiers dont les uns acceptent purement et simplement et les autres sous bénéfice d'inventaire. — Lorsque plusieurs héritiers recueillent la succession, ils sont libres de prendre chacun le parti qui lui convient. Comment donc appliquer la prohibition de l'article 2146, s'il y en a qui acceptent purement et simplement, et d'autres sous bénéfice d'inventaire ? La question assez délicate a donné lieu à plusieurs systèmes. Voici celui qu'adopte la Jurisprudence. Il nous paraît être le plus rationnel.

Tant que dure l'indivision, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire produit son effet vis-à-vis de tous les héritiers, car on ne sait quels seront les biens dévolus à chacun d'eux. Les créanciers ne pourront donc pas prendre d'inscription, durant cette période, sur les biens indivis, ni sur les immeubles qui seront licités (Civ., 18 novembre 1833, D. P. 33.1.353, S. 33.1.817). Au contraire, une fois le partage consommé, ils peuvent prendre valablement inscription sur les immeubles attribués aux héritiers purs et simples, car pour ceux-ci il n'y a plus à parler d'acceptation bénéficiaire (Civ., 25 août 1858, D. P. 58.1.356, S. 59.1.65).

Succession vacante. — Une succession vacante est une succession qui n'est réclamée par aucun successible (art. 811, C. civ.). Il y a lieu alors de nommer un curateur chargé de dresser un inventaire et de liquider.

La situation est donc analogue à celle que vise l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, et il convient d'appliquer à ce cas la prohibition édictée par l'article 2146, 2e al. (Orléans, 26 août 1869, D. P. 69.2.185, S. 70.2.113).

Cas où l'héritier bénéficiaire encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire. — L'héritier bénéficiaire qui dépasse les pouvoirs que lui attribue la loi et se comporte comme maître de la succession, perd le bénéfice de sa déclaration et devient héritier pur et simple. Cette déchéance va-t-elle rendre aux créanciers non inscrits le droit de prendre inscription? Oui, semble-t-il, car c'est bien là la conséquence logique de la disparition du bénéfice d'inventaire. C'est en ce sens que se sont prononcées diverses Cours d'appel (Caen, 16 juillet 1834, S. 35.2.559; Toulouse 28 mai 1896, D. P. 98.2.136, S. 98.2.174. *Contrà* Grenoble, 26 décembre 1891, D. P. 93.2.279, S. 93.2.33, note de M. Wahl).

Question commune aux deux causes d'arrêt des inscriptions. — A quelles inscriptions faut-il appliquer l'article 2146 du Code civil et l'article 448 du Code de commerce? Ces dispositions s'appliquent à toutes les inscriptions qui ont pour objet de faire apparaître un privilège ou une hypothèque qui, au moment de la faillite ou de la mort, n'était pas encore inscrit. Ainsi il faut décider, à propos du privilège du vendeur, que, si le vendeur n'a pas renouvelé, au bout de dix ans, l'inscription prise d'office par le conservateur des hypothèques conformément à l'article 2108, et que l'un des événements sus énoncés viennent à se produire, il tombe sous le coup de l'interdiction. De même, l'interdiction viserait également l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation qu'un créancier aurait obtenu postérieurement à la mort du défunt (Bordeaux, 6 février 1851, D. P. 52.2.167).

Au contraire, il ne faut pas appliquer nos articles aux créanciers dont le droit est déjà opposable aux tiers au jour de l'arrivée de l'un des événements précités. Il en est ainsi dans les cas suivants :

A. — Le créancier dont l'hypothèque est dûment inscrite, peut renouveler son inscription au bout de dix ans (art. 2154), bien que, dans l'intervalle, le débiteur soit décédé, ou qu'il ait été mis en faillite ou en liquidation judiaire.

B. — De même, le créancier inscrit peut, malgré l'un des événements susvisés, prendre des inscriptions pour les années d'intérêts échus non garantis par l'inscription principale (art. 2151).

C. — Les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur, de l'interdit, qui produisent leur effet de plein droit, sans qu'il soit besoin d'inscription, peuvent être inscrites nonobstant la faillite ou le décès du débiteur. Seulement, cette faveur cesse avec l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. En effet, à dater de ce moment, ces hypothèques rentrent dans la règle commune. Si donc elles ne sont pas inscrites dans le cours de cette année, elles ne pourront plus l'être à l'avenir dès que l'un des événements énoncés se produira.

D. — Rappelons qu'en ce qui concerne le privilège du copartageant, les auteurs sont partagés sur le point de savoir s'il peut être encore inscrit jusqu'à l'expiration du délai de 60 jours de l'article 2109, lorsque le copartageant débiteur est, dans l'intervalle, mis en faillite ou vient à décéder (*suprà*, p. 854).

Exercice du droit de préférence sur le prix au cas où l'immeuble a été vendu par le débiteur. — Dans nos explications précédentes, nous avons supposé que le débiteur était demeuré propriétaire de l'immeuble. Il nous faut maintenant envisager le cas où le débiteur originaire aurait *vendu* l'immeuble, et voir à quelles conditions le créancier hypothécaire peut alors invoquer son droit de préférence sur le prix. Il faut pour cela que le créancier *ait inscrit son hypothèque avant que l'aliénation ait été transcrite*. S'il ne l'a pas fait, il perd, non seulement son droit de suite, comme nous le verrons plus loin, mais aussi son droit de préférence. A partir de la transcription de l'acte de vente, le créancier ne pourrait donc pas prétendre qu'il a encore le droit de prendre une inscription, pour faire valoir son droit de préférence sur le prix au détriment des autres créanciers du vendeur. Cela n'est pas douteux. En effet, le créancier ne peut prendre inscription sur l'immeuble, qu'autant que celui-ci est encore dans le patrimoine de son débiteur. Une fois qu'il en est sorti, il n'y a plus d'inscription possible, et, par conséquent, l'hypothèque n'est plus opposable aux tiers. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le prix fût subrogé à l'immeuble, et que le créancier pût prendre une inscription relativement à ce prix. Mais aucun texte n'établit cette variété de subrogation réelle.

Deuxième règle : L'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. — C'est le jour de l'inscription qui détermine le rang auquel le créancier sera payé dans l'ordre qui s'ouvrira pour la distribution du prix de l'immeuble (art. 2134).

Il n'y a donc pas à s'inquiéter de la date de constitution de l'hypothèque, mais seulement de la date de son inscription. De même, peu importe si la créance garantie est conditionnelle ou simplement éventuelle. Nous avons vu notamment que l'hypothèque qui garantit l'ouverture de crédit faite par un banquier à un de ses clients, prend rang au jour où elle est inscrite, bien que, à ce moment, le banquier n'ait encore fait peut-être aucune avance de fonds (Civ., 21 novembre 1849, D. P. 49.1.275, S. 50.1.91 ; Req., 8 mars 1853, D. P. 54.1.341, S. 55.1.214).

On a prétendu que cette règle n'était pas sans inconvénients pour le créancier hypothécaire confiant dans la situation de son débiteur, car ce créancier peut ne pas inscrire immédiatement son hypothèque, et il est ainsi exposé à se trouver primé par un autre créancier, dont le droit, né après le sien, aurait été publié le premier. Une fraude serait même possible, dont il serait difficile au créancier trop confiant de prouver l'existence. A quoi il faut répondre que le créancier ne court guère de risque, pourvu qu'il fasse preuve de tant soit peu de diligence, car il est d'usage que le notaire prenne inscription de l'hypothèque avant que les fonds ne soient remis à l'emprunteur.

Généralité de la règle. Exceptions qu'elle comporte. — La règle de la préférence réglée par la priorité des inscriptions s'applique à toutes les hypothèques quelles qu'elles soient. Il n'y en a que deux qui y échappent.

Ce sont, comme nous le savons déjà, l'*hypothèque légale de la femme mariée et celle des personnes en tutelle*, dont le rang est déterminé par la loi, sans qu'elle tienne compte de leur inscription. Mais, une fois la tutelle terminée ou le mariage dissous, ces deux hypothèques ne conservent leur rang de faveur qu'à la condition d'avoir été inscrites dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (art. 8, loi du 23 mars 1855). Sinon, elles tombent sous l'application du droit commun, et ne datent plus que du jour des inscriptions prises ultérieurement.

La règle ne s'applique pas non plus aux privilèges immobiliers. Sans doute, le rang des privilèges immobiliers (à l'exception toutefois des privilèges généraux de l'article 2101) est subordonné à l'inscription, en ce sens que, s'ils ne sont pas inscrits, ils ne peuvent pas être opposés aux tiers. mais nous avons vu qu'une fois inscrits, ils prennent rang *avant tous les privilèges ou hypothèques nés du chef du débiteur*.

Exclusion de la règle en cas d'hypothèques inscrites le même jour. — La loi a prévu le cas où deux créanciers prendraient inscription *le même jour*. L'article 2147 ne tient pas compte, en ce cas, de l'ordre d'inscription, car cet ordre pourrait dépendre de l'arbitraire du conservateur. Il décide que ces créanciers *exerceront leurs droits en concurrence*, c'est-à-dire qu'ils viendront au même rang, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand bien même cette différence serait marquée par le conservateur.

Application aux hypothèques générales. — Quand il s'agit d'hypothèques générales soumises à l'inscription, comme l'hypothèque judiciaire, ou celle de l'État et des communes sur les biens des comptables, l'inscription détermine le rang, non seulement pour les immeubles présents, mais pour ceux que le débiteur acquerra à l'avenir dans le ressort du bureau où elle a été prise.

Supposons en conséquence qu'il y ait deux inscriptions d'hypothèques judiciaires prises, l'une en 1910, l'autre en 1911. Si un immeuble échoit par succession au débiteur en 1912, la première hypothèque prendra rang sur ce nouveau bien avant la seconde, quoique pourtant l'une et l'autre l'aient frappé au moment même où il a été acquis. Ce qui compte ici encore, ce n'est pas le moment où le bien entre dans le patrimoine, c'est exclusivement la date des inscriptions.

Il en serait autrement cependant si le nouveau bien était situé dans un autre ressort hypothécaire que celui où a été prise la première inscription. Il faudrait alors que chaque créancier s'inscrivît dans ce ressort, et c'est la date de ces inscriptions qui déterminerait leur rang respectif.

Rappelons à ce sujet que l'hypothèque portant sur des biens à venir n'est pas, aux yeux du législateur, une hypothèque générale. Il en résulte donc que le créancier doit prendre une nouvelle inscription sur chaque immeuble postérieurement acquis ; et c'est la date de cette nouvelle inscription qui fixera le rang de l'hypothèque.

Conditions nécessaires pour l'application de la règle de l'article 2134. — Pour que la règle énoncée par l'article 2134 reçoive application, il faut nécessairement supposer :

1° Qu'il s'agit d'hypothèques grevant *un même immeuble*. En effet, quand des hypothèques (tout au moins des hypothèques ordinaires, c'est-à-dire spéciales) portent sur des biens différents, il n'y a pas de conflit possible entre elles, et la date de leurs inscriptions ne joue plus dès lors aucun rôle.

2° Que ces hypothèques sont nées *du chef du même débiteur*. Si, au contraire, les hypothèques ont été constituées par les propriétaires successifs de l'immeuble, les créanciers de l'auteur sont toujours préférés à ceux de l'ayant cause. Cette seconde observation semble d'abord n'avoir aucune utilité, car l'hypothèque constituée par le vendeur d'un immeuble ne sera opposable à l'acheteur que si elle a été inscrite avant la transcription de l'aliénation, et, par conséquent, avant celles que pourrait constituer l'acheteur. Mais l'intérêt se présente quand il s'agit d'hypothèques générales, soumises ou non à l'inscription, et prenant rang sur les biens de l'acheteur antérieurement à l'acquisition. Par exemple, l'ensemble des biens de l'acquéreur est grevé d'une hypothèque judiciaire inscrite au 1er mai 1910, ou encore de l'hypothèque légale de sa femme, garantissant la restitution de la dot au jour de la célébration du mariage qui a eu lieu en 1910, ou enfin de celle d'un pupille dont il a été nommé tuteur au cours de cette même année. C'est en 1912, que se place l'acquisition qu'il a faite de l'immeuble, et, sur cet immeuble, le propriétaire antérieur avait constitué une hypothèque inscrite dans le cours de l'année 1911. Cette dernière hypothèque primera les hypothèques nées du chef de l'acquéreur, bien que pourtant celles-ci frappent tous les immeubles acquis par lui à compter du jour où elles prennent rang sur ses biens. L'article 2177, 2e al., consacre expressément cette solution.

Il en est ainsi, remarquons-le bien, non seulement quand l'acquéreur est un ayant cause à titre particulier, mais même s'il est un ayant cause à titre universel. En effet, le bien n'entre dans le patrimoine de l'acquéreur que *cum onere suo*, c'est-à-dire grevé des hypothèques existant du chef de son auteur (V. la note de M. Magnol sous Grenoble 12 février 1909, D. P. 1909.2.321).

Il en faut dire autant, nous l'avons vu, des cas où il s'agit du conflit d'un privilège avec une hypothèque créée, non point par le débiteur de la créance privilégiée, mais par l'auteur de celui-ci. C'est l'hypothèque qui passe dans ce cas avant le privilège.

Conflit entre hypothèques frappant tous les biens du débiteur et hypothèques grevant un bien déterminé. — La coexistence d'hypothèques grevant *tous les biens* du débiteur (hypothèque judiciaire, hypothèques de l'article 2121, hypothèque conventionnelle portant sur des biens à venir), et d'hypothèques postérieurement inscrites *sur un seul de ces biens*, peut produire des résultats contraires à l'équité.

Deux exemples vont nous le montrer :

Premier exemple. — Le débiteur possède deux immeubles A et B, sur lesquels existent deux inscriptions, une première frappant les deux immeubles, une seconde portant sur l'immeuble B seulement. Le créancier premier inscrit a incontestablement le choix de faire porter sa collocation sur l'un ou l'autre des immeubles qui lui sont affectés. C'est la conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque ; chaque immeuble garantit la totalité de la créance et on ne peut pas, en principe, obliger le créancier à poursuivre un des immeubles plutôt que l'autre, ni le contraindre à diviser sa demande de collocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de chaque immeuble (Req., 11 avril 1902, D. P. 1903.1.465 ; Civ., 9 mai 1905, D. P. 1909.1.225, note de M. de Loynes, S. 1906.1.489 . Si donc l'immeuble B est saisi. ou s'il est vendu, et si l'acheteur procède à la purge, le créancier à hypothèque générale pourra demander son paiement total sur le prix, au détriment du créancier à hypothèque spéciale.

La situation resterait la même, bien entendu, si les deux immeubles A et B étaient chacun grevés d'une hypothèque spéciale. Le sort de ces hypothèques dépendra donc de la façon dont se fera la collocation de la première hypothèque, celle qui porte à la fois sur les deux biens. Ce résultat est vraiment peu satisfaisant. Un second exemple va nous faire voir qu'il peut devenir encore plus choquant.

Deuxième exemple. — Le débiteur possède trois immeubles A, B, C. valant chacun 20.000 francs et grevés : 1° d'une hypothèque générale, inscrite la première, et garantissant une créance de 40.000 francs ; 2° d'une hypothèque spéciale de 10.000 francs sur l'immeuble A ; 3° d'une hypothèque spéciale de 10.000 francs sur l'immeuble B. Les créances hypothécaires absorbent la totalité de la valeur des immeubles. Néanmoins, le débiteur s'entend avec un nouveau créancier qui consent à lui prêter 15.000 francs, moyennant une hypothèque sur l'immeuble C. Ce nouveau créancier se hâte de rembourser le créancier à hypothèque générale, et se trouve ainsi, en vertu de l'article 1251-1°, subrogé dans le bénéfice de cette hypothèque. Le voilà dorénavant complètement garanti, car il fera, à l'occasion, porter l'hypothèque générale dans laquelle il s'est fait subroger, sur les immeubles A et B, dont il absorbera complètement la valeur, au détriment des deux créanciers hypothécaires inscrits sur ces immeubles, et il conservera l'immeuble C comme garantie personnelle.

On le voit, il y a des procédés qui permettent au débiteur, lorsqu'il trouve un nouveau prêteur, d'évincer des créanciers plus anciens qui se croyaient garantis par leur hypothèque. Un pareil résultat est absolument choquant, et pourtant il est inévitable. La Jurisprudence a bien été obligée de le reconnaître. Il y a eu des discussions au sujet de l'effet du paiement avec subrogation, mais un arrêt de la Cour de cassation a reconnu la validité de l'opération, et consacré le droit du subrogé de faire porter l'hypothèque générale sur l'immeuble qui ne lui est pas spécialement affecté (Civ., 9 mai 1905, D. P. 1909.1.225, note de M. de Loynes, S. 1906 1.489, note de M. Maurice Bernard).

Au droit du créancier de faire porter sa collocation sur tel ou tel immeuble à son choix, la Jurisprudence n'apporte qu'un tempérament : c'est dans le cas où les immeubles grevés sont situés dans le même arrondissement, et où ils sont vendus ou saisis en même temps, une seule procédure d'ordre s'ouvrant alors pour la distribution des prix. Les tribunaux admettent qu'en pareil cas, si le créancier à hypothèque générale n'a aucun intérêt à faire porter sa collocation sur tel prix, plutôt que sur tel autre, le juge doit le colloquer de manière à nuire le moins possible à l'effet des hypothèques spéciales, alors que la valeur totale des immeubles est suffisante pour désintéresser tous les créanciers. La collocation du créancier à hypothèque générale pourra donc porter en partie sur le prix d'un immeuble, en partie sur l'autre. Ce n'est pas là contrevenir au principe de l'indivisibilité, puisque le créancier est intégralement payé, et qu'il ne s'agit que d'une question de répartition des deniers.

Que si le prix total ne suffisait pas à désintéresser tous les créanciers de nombreux arrêts ont décidé qu'en pareil cas il faudra faire porter le poids de l'hypothèque générale sur l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale inscrite en dernier lieu, afin de respecter les droits du créancier qui a inscrit le premier son hypothèque spéciale (Civ., 16 juillet 1821, D. J. G., *Priv. et hyp.*, 2360, 1°, S. chr. ; Req., 5 août 1847, D. P. 47.1.304, S. 47. 1.830). Cette dernière solution n'est pas du reste à l'abri de toute critique, car, si la date des inscriptions détermine le rang, c'est seulement quand il s'agit d'hypothèques portant sur un même immeuble ; le principe ne s'applique plus au cas d'hypothèques inscrites sur des immeubles différents. Un arrêt de la Chambre civile du 26 décembre 1853 (D. P. 55.1.200, S. 54.1.86) a donc, tenant compte de l'objection, admis que le juge a le droit de répartir l'hypothèque générale sur les divers immeubles, au marc le franc de leur valeur.

Si, au contraire, le créancier ayant hypothèque sur tous les biens a intérêt à être colloqué sur un bien plutôt que sur un autre, par exemple, parce qu'il a une hypothèque grevant exclusivement le premier, il recouvre alors la plénitude de son choix.

Tel est le seul tempérament que la Jurisprudence ait pu apporter à la rigueur des solutions précédemment énoncées.

Il convient du reste d'ajouter que, contre les dangers que leur fait courir la préexistence d'hypothèques grevant tous les biens du débiteur, les nouveaux créanciers ont un moyen de se prémunir : c'est d'exiger de l'emprunteur une hypothèque portant sur tous ses biens présents, et affectant en outre les biens à venir en raison de l'insuffisance des biens présents (art. 2130). Et ainsi, l'hypothèque générale emporte fatalement avec elle l'hypothèque générale, et ceci montre une fois de plus combien le principe de la spécialité est, en pratique, peu respecté .

1. Voir sur cette question Wahl, *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1892, p. 542 et s. Dans les dispositions votées en 1908, lors de la discussion du projet de réforme hypothécaire, le Sénat a réglé le conflit des hypothèques générales et des hypothèques spéciales de la façon suivante. Les créanciers ayant des hypothèques gé-

II. — Le droit de suite.

Le droit de suite est le complément nécessaire du droit de préférence ; il en est, comme nous avons dit, le prolongement. En effet, il permet au créancier d'exercer son droit de préférence sur le prix de l'immeuble, même quand celui-ci est sorti du patrimoine du débiteur, et est devenu la propriété d'une autre personne. C'est ce qu'exprime fort bien l'article 2166 ainsi conçu : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. »

Nous examinerons :

1° Les cas où il y a lieu à l'exercice du droit de suite ;

2° Les conditions requises pour l'exercice du droit de suite ;

3° L'exercice du droit de suite et les différents partis que peut prendre le tiers détenteur poursuivi.

1° **Des cas où il y a lieu à l'exercice du droit de suite.** — Le créancier hypothécaire exerce le droit de suite, lorsque l'immeuble ou un de ses démembrements est passé dans le patrimoine d'un tiers détenteur.

Quelles sont les personnes qu'il faut ranger au nombre des *tiers détenteurs* ?

Quelles sont les aliénations qui donnent ouverture au droit de suite ?

Telles sont les deux questions auxquelles il nous faut répondre.

A. — *Première question.* — Tout acquéreur de l'immeuble n'est pas *un tiers détenteur*. On désigne sous ce nom ceux qui ne sont pas personnellement tenus de la dette, sur tous leurs biens, en vertu de l'article 2092, mais ne sont obligés que comme propriétaires de l'immeuble hypothéqué, *propter rem*. Il convient donc de répartir les tiers, propriétaires de l'immeuble, en deux catégories :

a) Ceux qui sont tenus personnellement de la dette, comme le débiteur lui-même. Ce sont les *ayants cause à titre universel du débiteur qui ont accepté sa succession purement et simplement*. Contre eux, le créancier n'a pas à invoquer le droit de suite. Ils sont bien des acquéreurs de l'immeuble ; mais ce ne sont pas des *tiers*, car ils sont au lieu et place du défunt.

b) Ceux qui ne sont pas personnellement débiteurs, mais ne sont tenus que comme propriétaires de l'immeuble hypothéqué. Ce sont ceux-là que l'on désigne à proprement parler sous le nom de *tiers détenteurs*, et qui sont exposés au *droit de suite*. Le tiers détenteur n'est pas un débiteur, ce n'est pas lui qui doit, c'est l'immeuble : *Res, non persona debet*. Si l'immeuble pouvait se défendre, c'est lui que le créancier attaquerait.

nérales préférables en rang aux créanciers à hypothèques spéciales seront, s'ils ne s'y opposent pas formellement, et si l'ordre s'ouvre à la fois sur plusieurs immeubles affectés à leur sûreté, colloqués sur chacun d'eux en proportion de leur valeur. Dans ous autres cas, les créanciers à hypothèques spéciales, empêchés de venir en rang utile, seront légalement subrogés à leurs droits, dans la mesure nécessaire à leur propre paiement (V. *Revue critique de législation*, 1909, p. 187).

Rentrent dans cette catégorie :

α) La caution réelle ;

β) Les acquéreurs à titre particulier ;

γ) Les acquéreurs à titre universel qui ont accepté sous bénéfice d'inventaire ;

δ) Celui qui est devenu propriétaire par l'effet de l'usucapion.

ε) Enfin, l'*héritier partiaire*, c'est-à-dire, au cas où le défunt a laissé plusieurs héritiers, celui qui, ayant accepté purement et simplement la succession, aurait payé sa quote-part de la dette, du consentement du créancier (car un créancier hypothécaire n'est jamais obligé d'accepter un paiement partiel). Ce cohéritier n'est plus tenu *personnellement* de la dette. Si donc, plus tard, l'immeuble hypothéqué est mis dans son lot, il ne sera obligé envers le créancier que *propter rem*, à titre de détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Telle est la liste des tiers détenteurs contre lesquels le créancier exerce le droit de suite. Mais nous verrons plus loin que tous ces tiers détenteurs ne se trouvent pas dans une situation identique, à l'égard du créancier hypothécaire ou privilégié. Il y en a parmi eux qui jouissent des droits de délaissement et de purge, et d'autres qui n'en jouissent point.

B. — *Deuxième question.* — Toutes les aliénations ne donnent pas lieu à l'exercice du droit de suite.

Il y a ici une double distinction à faire .

a) D'abord il y a des aliénations qui produisent un effet définitif, en ce sens qu'elles affranchissent par elles-mêmes l'immeuble des privilèges et hypothèques qui le grèvent, et ne laissent plus aux créanciers que le droit de se faire payer sur le prix. Nous les énumérerons quand nous étudierons la purge.

b) D'autre part, il y a des aliénations qui ne sont pas opposables aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. Nous voulons dire par là que les créanciers conservent le droit de saisir l'immeuble *entre les mains de leur débiteur*, comme s'il n'avait rien aliéné. Ce sont les aliénations qui ont pour objet des droits immobiliers détachés de l'immeuble, et non susceptibles d'être saisis et vendus aux enchères séparément. Pour exercer son droit nonobstant de telles aliénations, le créancier hypothécaire n'a pas besoin de faire appel au droit de suite. En effet, le droit de suite consiste dans le pouvoir de saisir l'immeuble entre les mains de l'acquéreur et de le faire vendre aux enchères.

Il n'y a donc, en somme, que les aliénations portant sur un droit immobilier susceptible d'être saisi et vendu aux enchères qui donnent naissance au droit de suite. Ce sont les aliénations ayant pour objet la *pleine propriété ou l'usufruit de tout ou partie de l'immeuble*, ou encore la *constitution d'un droit d'emphytéose.*

Au contraire, la constitution d'un *droit d'usage* ou d'*habitation*, d'un *droit de servitude*, la cession de la *mitoyenneté* d'un mur ne donnent pas ouverture au droit de suite. Ces actes ne changent pas la situation des créanciers hypothécaires vis à-vis de leur débiteur. Ces créanciers con-

servent le pouvoir de saisir l'immeuble contre lui, comme si les actes en question n'avaient pas eu lieu.

Enfin, nous avons dit plus haut que, lorsque le débiteur détache du fonds des *immeubles par destination*, ces objets cessent d'être grevés de l'hypothèque. Le droit de suite disparaît alors, car les immeubles par destination sont redevenus des meubles auxquels s'applique la règle *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ; si donc ils sont vendus, les créanciers ne peuvent qu'exercer leur droit de préférence sur le prix. Et il faut en dire autant des *matériaux de démolition* d'une construction, ou des *récoltes coupées*.

2° Conditions requises pour l'exercice du droit de suite. — Pour que le créancier puisse exercer le droit de suite contre le tiers détenteur, deux conditions sont nécessaires :

A. — *L'exigibilité de la créance.* — L'article 2167 décide en effet que le tiers détenteur jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. Cela se comprend fort bien. L'hypothèque est l'accessoire de la créance, elle est destinée à en assurer le paiement. Le créancier hypothécaire se présente comme créancier ; il demande à être payé sur le prix de l'immeuble. Il faut donc qu'il ait le droit de demander son paiement.

B. — *La publicité de l'hypothèque.* — Le créancier ne peut poursuivre le tiers détenteur qu'autant qu'il a inscrit son hypothèque (art. 2166). Ceci nous amène à l'importante question ci-dessous.

Jusqu'à quel moment l'inscription peut-elle être prise ? — Depuis la loi du 23 mars 1855, le créancier ne peut exercer le droit de suite que s'il a pris inscription *avant la transcription de l'acte d'acquisition du tiers détenteur.*

Malheureusement, le système de publicité de la loi de 1855 ne s'applique pas à toutes les aliénations immobilières.

Aussi, pour savoir jusqu'à quel moment un créancier peut inscrire, faut-il distinguer suivant la nature de l'aliénation.

a) *Aliénations qui ne sont pas soumises à la transcription.* — Nous n'avons guère à citer dans cette catégorie que le *legs à titre particulier*, et la mutation par *succession ab intestat*, dans le cas où le successeur universel accepte *sous bénéfice d'inventaire.*

En ce qui concerne le legs à titre particulier, il opère le transfert de propriété au moment même du décès du défunt (art. 711). Si donc le créancier hypothécaire n'a pas encore pris inscription à ce moment, il ne peut pas exercer le droit de suite contre le légataire.

Quant à la succession *ab intestat*, nous savons que si elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers ne peuvent plus prendre inscription postérieurement au décès de leur débiteur.

b) *Aliénations auxquelles s'applique la transcription.* — Ici, la règle est édictée par l'article 6, 1er al., de la loi du 23 mars 1855 : « A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes

des articles 2123, 2127 et 2128 du Code civil, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. »

Ainsi, les créanciers peuvent prendre utilement inscription jusqu'au moment où la transcription de l'aliénation est effectuée sur les registres. Et il importe peu de savoir si l'hypothèque a été constituée avant ou après l'aliénation. En effet, le vendeur reste propriétaire vis-à-vis des tiers jusqu'à la transcription. Donc il peut encore, tant que la transcription n'a pas été faite, constituer valablement des hypothèques (Req., 16 février 1887, D. P. 87.1.259 ; S. 88.1.257, note de M. Esmein ; 1er décembre 1902, D. P. 1904.1.5, note de M. de Loynes, S. 1903.1.180. *Contrà*, cependant, Nancy, 14 juin 1876, S. 78.2.33, note de M. Labbé).

Cas où l'inscription est prise le même jour que la transcription. — La loi, qui a réglé le sort des inscriptions prises le même jour (art. 2147), n'a pas prévu ce cas. La Jurisprudence décide qu'il faut rechercher quelle est celle des deux formalités qui a été accomplie la première. Comme celles-ci se font sur des registres différents, lesquels ne mentionnent que le jour, mais non l'heure où elles ont été requises, l'examen de ces registres de *transcription* et d'*inscription* ne peut fournir aucun renseignement. Mais les conservateurs sont tenus d'avoir un *registre des dépôts* (art. 2200), sur lequel ils écrivent jour par jour, et par ordre numérique, les remises qui leur sont faites d'actes, pour être transcrits, et de bordereaux d'inscriptions. C'est donc ce troisième registre qui permettra de trancher la question de priorité. L'article 2150, modifié par la loi du 1er mars 1918, décide, en effet, dans son deuxième alinéa, que la date de l'inscription est déterminée par la mention portée sur le registre des dépôts.

Toutefois, comme ce registre ne constitue qu'un document d'ordre intérieur, ses indications n'ont point contre les tiers la force probante qui s'attache aux énonciations contenues dans les registres des transcriptions et dans ceux des inscriptions, lesquels sont des actes authentiques. Les parties intéressées pourraient donc contester les indications du registre des dépôts et faire la preuve de leur inexactitude (Bastia, 12 décembre 1881, D. P. 82.2.194, S. 83.2.9 ; Nancy, 16 mai 1894, D. P. 96.2.305, note de M. de Loynes, S. 94.2,191 ; Caen, 18 juin 1908, S. 1909.2.300).

Exceptions à la règle. — La règle énoncée par l'article 6 de la loi de 1855 s'applique à tous les privilèges immobiliers et à toutes les hypothèques. Elle subit cependant trois exceptions :

a) *Expropriation pour cause d'utilité publique.* — Dans ce cas, s'applique l'article 17 de la loi du 3 mai 1841, lequel n'a pas été modifié par la loi de 1855. Or, la loi de 1841 sur l'expropriation, ayant été rédigée à une époque où l'article 834 du Code de procédure civile était encore en vigueur, a maintenu la règle édictée par celui-ci. L'article 17, 1er al. de ladite loi décide, en conséquence, que les privilèges et hypothèques peuvent encore être inscrits *dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation ou de l'acte amiable de cession.* A défaut d'inscription dans ce délai, l'immeuble

exproprié est affranchi de tous privilèges et hypothèques (art. 17, 2e al.).

b) *Hypothèques légales de la femme mariée et des personnes en tutelle.* — Jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (art. 8, L. du 23 mars 1855), le rang de ces hypothèques est indépendant de leur inscription. Elles sont donc opposables aux tiers acquéreurs, quand même elles ne sont pas inscrites.

c) *Privilèges du vendeur d'immeuble et du copartageant.* — Rappelons enfin que l'article 6, 2e al., de la loi de 1855 donne au vendeur et au copartageant un délai de *quarante-cinq jours à partir de l'acte de vente ou de partage*, pendant lequel ils peuvent utilement inscrire leur privilège, nonobstant toute transcription d'actes d'aliénation de l'immeuble faite dans ce délai.

On peut s'étonner que la loi n'ait pas concédé la même faculté au créancier hypothécaire. Le créancier hypothécaire, lui aussi, peut se trouver surpris par une vente précipitée de l'immeuble, faite au lendemain de la constitution d'hypothèque et transcrite avant qu'il ait pris son inscription. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas jugé utile de le protéger contre ce danger, au même titre que le vendeur ou le copartageant? Elle s'est dit sans doute que le créancier hypothécaire se trouve dans une situation différente : pour se prémunir contre la fraude envisagée par l'article 6 de la loi de 1855, il n'a qu'à prendre inscription avant de verser les deniers à l'emprunteur, et c'est ce que, pratiquement, il ne manque jamais de faire.

3° Exercice du droit de suite et divers partis que peut prendre le tiers détenteur poursuivi.

A. — **Comment s'exerce le droit de suite.** — Le créancier hypothécaire ne peut, nous le savons, poursuivre le tiers détenteur qu'après l'échéance de la créance. Mais, à partir de ce moment, il peut saisir l'immeuble entre ses mains.

A cet effet, il doit faire une double signification (art. 2169, C. civ.) :

a) Il adresse d'abord un *commandement* au débiteur tenu personnellement de la dette, car le commandement est le préliminaire obligatoire de la saisie (art. 673, C. proc. civ.).

b) En même temps, il fait au tiers détenteur une *sommation de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.* Il faut bien, en effet, prévenir le tiers de la saisie qui va être opérée, et, comme le créancier n'a pas de titre exécutoire contre lui, il ne peut pas lui signifier un commandement. La sommation tient donc lieu ici de commandement (Civ., 15 février 1899, D. P. 99.1.275, S. 1900.1.9).

Trente jours après le commandement fait au débiteur et la sommation faite au tiers, c'est-à-dire trente jours à partir du dernier de ces actes (art. 2169, art. 674, C. proc. civ.), le créancier a le droit de procéder à la saisie (art. 2169).

Dans quel ordre ces deux actes doivent-ils être accomplis ? Logiquement, le commandement doit précéder la sommation ; le créancier doit s'adresser d'abord au débiteur originaire, car, si celui-ci paye sa dette, il n'y aura pas lieu d'exercer l'action hypothécaire. La Jurisprudence décide même que

cet ordre s'impose sous peine de nullité. La sommation de payer ou délaisser serait donc nulle, si elle n'avait pas été précédée ou, au moins, accompagnée du commandement. En effet, le commandement, disent les arrêts, est le préliminaire indispensable de la saisie ; tant qu'il n'a pas été fait, le délai de trente jours prescrit par l'article 2169 ne peut pas courir. Or, l'expiration de ce délai, qui fixe le début de la saisie, présente le plus grand intérêt, les articles 2176 et 2183 déclarant que, trente jours après la sommation, les fruits sont immobilisés et le tiers détenteur déchu de la faculté de purger. Ces effets ne se produiraient pas si l'expiration du délai n'avait pas marqué le début de la saisie (Civ., 17 mars 1886, D. P. 86.1.340, S. 86.1.207 ; 7 mars 1893 (motifs), D. P. 93.1.156, S. 96.1.348. — *Contrà* : Bourges, 1er mars 1893, D. P. 93.2.520). Il s'agit là, du reste, d'une nullité de forme qui, conformément à l'article 173 du Code de procédure civile, est couverte si elle n'est proposée avant toute défense au fond (Voir l'arrêt du 7 mars 1893, précité).

B. — **Divers partis que peut prendre le tiers poursuivi**. — Divers partis s'offrent au tiers détenteur touché par la sommation du créancier hypothécaire :

a) Tout d'abord, il y a des hypothèses dans lesquelles il peut opposer au poursuivant certaines exceptions, dont la principale est le *bénéfice de discussion*.

b) En dehors de ces cas, il n'a pas d'autres ressources que celles-ci :

α) Purger ;
β) Payer le créancier ;
γ) Délaisser l'immeuble ;
δ) Se laisser exproprier.

a) **Exceptions que le tiers détenteur peut opposer à la poursuite du créancier**. — Le tiers détenteur peut, tout d'abord, trouver dans le droit commun certaines exceptions tirées, soit de la *nullité de l'inscription*, *soit de celle de l'hypothèque*, ou de son *extinction par l'effet de la prescription*, etc. De même aussi, il peut avoir à sa disposition l'*exception de garantie*, si le créancier est tenu personnellement à la garantie envers lui, par exemple, comme héritier ou caution de son auteur. Il suffit de signaler ces moyens de défense ; il n'y a rien de particulier à en dire.

Au contraire, la loi donne au tiers détenteur un droit spécial, le *bénéfice de discussion*, qu'il nous faut étudier séparément.

Du bénéfice de discussion. — « Le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, dit l'article 2170, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au Titre *Du cautionnement* : pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué. »

La loi accorde, on le voit, au tiers détenteur le même bénéfice qu'à la cau-

tion, en le limitant, il est vrai, au cas où il se trouve entre les mains du débiteur d'autres immeubles hypothéqués à la même dette. Pourtant, il y a entre le tiers détenteur et la caution une différence essentielle. La caution est un *débiteur subsidiaire* ; elle ne s'est engagée à payer que si le débiteur ne satisfaisait pas lui-même à son obligation (2011). Il n'en est pas de même du tiers détenteur. L'hypothèque, en effet, est une garantie *principale* et non *subsidiaire*. Le créancier hypothécaire a le droit de poursuivre l'immeuble hypothéqué, avant tous les autres biens du débiteur, et, lorsque sa garantie comprend plusieurs hypothèques, il peut saisir celui des immeubles qu'il veut, en vertu de l'indivisibilité de son droit.

Le bénéfice de discussion du tiers détenteur est donc incontestablement une atteinte à l'intégrité du droit du créancier. Aussi, le projet de réforme de 1850 en proposait-il la suppression, et la loi belge de 1851 l'a-t-elle aboli, comme n'ayant plus de raison d'être. Il s'expliquait mieux autrefois, alors que la publicité n'existait pas. Et c'est bien, en effet, comme un palliatif à la clandestinité des hypothèques qu'il fut imaginé. On le rencontre, pour la première fois, dans la novelle 4 (chapitre 2) de Justinien. Notre ancien Droit le conserva, à l'exception toutefois de quelques coutumes. On comprend, en effet, combien il était utile, dans un système d'hypothèques générales occultes, de donner à l'acquéreur d'un immeuble, toujours menacé de voir surgir une hypothèque, ce moyen de défense contre le poursuivant. Du reste, ce n'était pas le seul bénéfice que l'on accordait au tiers détenteur. L'ancien Droit s'était naturellement efforcé de le protéger contre l'éviction ; le tiers détenteur avait donc, tout comme la caution actuelle (art. 2037, C. civ.), le droit de repousser la poursuite lorsque le créancier avait perdu, par sa faute, les autres sûretés dont le tiers aurait pu, au moyen d'une subrogation, se servir pour assurer son recours contre le débiteur originaire. Cette dernière exception n'existe certainement plus aujourd'hui. Le silence du Code ne laisse aucun doute sur ce point (V. Civ., 17 mars 1852, D. P. 52.1.97, S. 52.1.427)[1].

Pourquoi donc avoir maintenu le bénéfice de discussion ? Tout au plus peut-on dire qu'il simplifie la situation des parties. Lorsque le débiteur a encore en main un immeuble hypothéqué à la sûreté de sa dette, il est plus naturel et plus expéditif que le créancier soit payé directement par lui, car ainsi on évite un recours ultérieur du tiers détenteur. La loi se montre en général défavorable aux *circuits d'actions*. Cependant, cette justification est bien peu probante. On peut ajouter, il est vrai, que la loi a tellement circonscrit le bénéfice de discussion qu'il n'est en somme presque jamais à la disposition du tiers détenteur. Mais on ne peut voir là qu'une raison de plus pour l'effacer de nos lois.

Conditions du bénéfice de discussion. — Ces conditions très sévères sont contenues dans les articles 2170 et 2171.

1. Pourtant, la *caution réelle*, qu'on peut, à bien des égards, assimiler à un tiers détenteur, puisqu'elle n'est tenue que *propter rem*, a le droit, en tant que caution, de prévaloir du bénéfice de l'article 2037.

α) Il faut, tout d'abord, que le *tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette* (art. 2170). Cela va de soi. Celui qui est personnellement obligé sur tous ses biens est tenu au même titre que le débiteur ; par conséquent, il n'y a aucune raison pour qu'il puisse obliger le créancier à poursuivre d'abord ce dernier.

La loi aurait dû cependant faire exception pour la caution, dans l'hypothèse où celle-ci viendrait à acquérir un immeuble hypothéqué à la dette cautionnée par elle. Etant personnellement obligée à la dette, en tant que caution, aux termes de l'article 2170, elle ne pourra pas opposer le bénéfice de discussion, ce qui est absurde. Pourquoi lui refuser, en effet, le droit d'invoquer une exception qui lui appartiendrait si elle n'avait que l'une ou l'autre des deux qualités désormais réunies sur sa tête ?

Quoi qu'il en soit, il résulte de cette première condition que seuls peuvent invoquer le bénéfice de discussion :

L'acquéreur à titre particulier : acheteur, donataire, légataire ;

Le cohéritier partiaire qui aurait payé, pendant l'indivision, sa part de la dette, et qui se trouverait avoir un des immeubles hypothéqués à cette dette dans son lot. En effet, il ne serait plus débiteur personnel, mais simplement tenu *propter rem*.

Enfin, le cohéritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, alors que les autres ont accepté purement et simplement, et qui a été alloti avec un immeuble successoral hypothéqué, car il n'est pas *personnellement* tenu des dettes héréditaires.

β) Il faut qu'il s'agisse d'une *hypothèque générale*. L'article 2171 décide, en effet, que l'exception de discussion ne peut être opposée « au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ».

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque spéciale grevant plusieurs immeubles ou tous les immeubles du débiteur, même les immeubles à venir, le bénéfice de discussion du tiers détenteur est écarté. Pourquoi donc ? On n'en saurait alléguer de bonne raison, si ce n'est que la loi n'a pas osé porter atteinte au droit que le créancier hypothécaire tient de son contrat. Voilà qui restreint singulièrement le champ d'application du bénéfice ; car il ne pourra être invoqué qu'en présence d'une hypothèque générale, c'est-à-dire soit de l'hypothèque judiciaire, soit de l'une des trois hypothèques de l'article 2121. Encore le bénéfice cesserait-il d'être opposable, si l'hypothèque générale avait été restreinte par la convention à certains immeubles déterminés. En somme, le bénéfice de discussion du tiers détenteur nous apparaît comme un tempérament à l'excès des garanties accordées par la loi à certains créanciers, sous forme d'hypothèques générales.

γ) Il faut enfin qu'il y ait d'*autres immeubles hypothéqués à la même dette entre les mains du principal ou des principaux obligés* (art. 2170). — Le tiers détendeur ne peut donc pas renvoyer le créancier à discuter les biens du débiteur qui ne sont pas affectés spécialement à la garantie de la créance.

Il ne peut pas non plus l'obliger à poursuivre ceux des immeubles hypothéqués qui se trouvent entre les mains d'autres tiers détenteurs. En effet,

le bénéfice de discussion a précisément pour avantage de supprimer l'action récursoire du tiers contre le débiteur ; ce serait aller contre ce but que d'en autoriser l'exercice à l'encontre d'autres tiers détenteurs.

Exercice et effet du bénéfice. — L'article 2170 renvoie, quant à l'exercice du bénéfice de discussion, aux règles du Cautionnement. Le tiers détenteur, lorsqu'il invoque ce bénéfice contre l'action hypothécaire, devra donc, notamment, indiquer les biens à discuter et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion (art. 2023, 1er al.).

Le bénéfice de discussion arrête la poursuite ; mais, bien entendu, si le créancier n'était pas complètement désintéressé sur les biens indiqués par le tiers détenteur, il aurait le droit de poursuivre de nouveau celui-ci pour se faire payer l'excédent.

b) Des partis qui s'ouvrent au tiers détenteurs au cas où il n'a pas d'exception à opposer au poursuivant. α) **Premier parti : Purger.** C'est le procédé ordinaire qu'emploient l'acheteur, le donataire ou le légataire d'un immeuble hypothéqué. C'est le parti qui offre pour le tiers détenteur les plus grandes garanties de sécurité. Nous consacrerons une Section spéciale à l'étude de la procédure de purge, à cause de son importance pratique. Nous n'avons donc ici qu'à mentionner ce premier parti pour mémoire.

β) **Deuxième parti : Payer purement et simplement le créancier.** — Il est rare que le tiers détenteur emploie ce procédé. Il le fera cependant s'il a été chargé, par le vendeur, de payer le créancier sur le prix de la chose. Il le fera encore, s'il est un donataire ou légataire, et si le montant de la créance est inférieur à la valeur du bien. Il pourra encore avoir intérêt à payer, même en dehors de ces hypothèses, s'il existe au profit du créancier d'autres garanties, par exemple d'autres immeubles hypothéqués, dans le bénéfice desquelles il sera subrogé par l'effet de son paiement en vertu de l'article 1251-2°, à supposer que ces autres garanties lui offrent assez de sécurité pour qu'il soit certain, en les exerçant, de rentrer dans son avance.

Enfin, le tiers détenteur peut payer purement et simplement, alors même qu'il n'y aurait pas d'autres garanties affectées à la sûreté de la dette hypothécaire dans lesquelles il serait subrogé par l'effet de son paiement, s'il a conscience d'avoir acquis l'immeuble pour le maximum du prix auquel il puisse atteindre. En effet, il ne faut pas oublier que, si le tiers détenteur *solvens* est subrogé dans l'hypothèque que le créancier *accipiens* peut avoir sur d'autres immeubles, il l'est également dans les droits de ce créancier sur l'immeuble même qu'il détient. Supposons donc que le tiers détenteur, sur les poursuites d'un créancier hypothécaire premier inscrit, paye la dette hypothécaire jusqu'à concurrence de son prix d'achat. Il aura peu à redouter une saisie de la part des créanciers subséquents non payés, car, si cette saisie venait à se produire, il pourrait, grâce à la subrogation dont il bénéficie dans les droits du créancier *accipiens* premier inscrit, récupérer dans l'ordre qui s'ouvrirait sur le prix d'adjudication de

l'immeuble saisi, le montant de ce qu'il aurait versé. Sa sécurité est donc à peu près complète. Et, en payant purement et simplement, il évite les lenteurs, les frais, les surprises d'une procédure de purge.

Condition pour que ce paiement soit libératoire. — Pour que le tiers détenteur affranchisse son immeuble à l'égard du créancier *accipiens* en réglant la dette hypothécaire, il faut qu'il paye, non seulement le capital de la créance, mais tous les intérêts conservés, soit par l'inscription du capital (art. 2151), soit par des inscriptions particulières, prises avant la transcription de l'aliénation (art. 2168). Mais il n'est pas tenu de payer les intérêts non conservés par des inscriptions, car ceux-ci ne sont pas garantis par l'hypothèque.

γ) **Troisième parti : Délaisser l'immeuble** (art. 2172 à 2174). — N'étant tenu que *propter rem detentam*, le tiers détenteur s'affranchit de l'obligation hypothécaire en abandonnant l'immeuble. Le *délaissement* n'est pas d'ailleurs une renonciation au droit de propriété. C'est l'abandon de la *possession*. Mais, pourra-t-on dire, quel avantage le débiteur a-t-il à *délaisser ?* Le pis qui pourrait lui arriver par suite de l'action hypothécaire serait d'être évincé de l'immeuble. Le délaissement ne fait en somme que devancer cette éventualité. A quoi il faut répondre que, lorsque le tiers-détenteur délaisse, la procédure de saisie n'est pas dirigée contre lui, mais contre un *curateur* nommé à l'immeuble délaissé. Le tiers détenteur trouve donc au délaissement l'avantage de ne pas faire figure de saisi, de ne pas voir son nom s'étaler sur les affiches annonçant la vente forcée.

Le délaissement, dans notre Droit moderne, est, on le voit, une *faveur* concédée au tiers détenteur. Mais ce n'est pas cette idée qui lui a donné naissance. Son origine est toute différente. Le délaissement, en effet, nous vient du Droit romain, où il était la conséquence logique de la conception qu'on se faisait de l'action hypothécaire. Nous avons dit, en effet, plus haut, que le droit du créancier hypothécaire consistait alors essentiellement à se faire mettre en possession de l'immeuble ; lorsqu'il exerçait l'action hypothécaire, il demandait donc au tiers de lui abandonner la possession, afin qu'il pût ensuite faire vendre l'immeuble. Le délaissement était le but principal et direct de l'action hypothécaire. Mais cette conception a été abandonnée dans notre ancien Droit. Sans doute, nos anciens auteurs ont conservé, sous l'influence du Droit romain, la vieille façon de parler. Certains d'entre eux ont continué à dire que l'action dirigée contre le détenteur a pour effet de le faire condamner à délaisser l'immeuble hypothéqué (Voir Pothier, *Traité de l'hypothèque*, n° 106) ; mais d'autres auteurs écrivent déjà alors (Ferrière, *Dictionn. de Droit et de pratique*, V° *Hypothèque*) que le tiers détenteur use du délaissement pour se soustraire aux ennuis de la procédure en expropriation. Ainsi, le délaissement est devenu une faculté pour le tiers, alors qu'originairement c'était pour lui une obligation.

On a d'ailleurs beaucoup critiqué cette faculté de délaissement. On a dit qu'elle est un moyen donné à l'acheteur de résoudre par sa seule volonté le

contrat qu'il a conclu avec le vendeur. Mais l'objection n'est pas bien grave. On vise, en la faisant, non pas l'exercice normal de cette faculté, mais un véritable abus que la Jurisprudence a, du reste, condamné. Il a été jugé, en effet, que l'acheteur d'un immeuble, dont le prix suffit à désintéresser les créanciers hypothécaires, n'aurait pas le droit de délaisser le bien par lui acquis, pour se dégager de ses obligations envers le vendeur. La Cour de cassation admet avec raison qu'en pareil cas le vendeur pourrait l'obliger à reprendre l'immeuble délaissé (Req., 1er juillet 1850, D. P. 50.1.177, S. 53.1.303; Civ., 28 avril 1874, D. P. 74.1.287). Dès lors, le délaissement nous apparaît comme une utile institution. Il serait excessif de contraindre le tiers à supporter les embarras, les soucis d'une expropriation forcée, et le contre-coup que son crédit ne manquerait pas d'en ressentir, étant donné surtout que le délaissement ne nuit en rien aux intérêts du créancier poursuivant.

Conditions du délaissement. — L'article 2172 exige deux conditions de la part du détenteur de l'immeuble :

Il faut d'abord qu'*il ne soit pas personnellement obligé à la dette*. Cela se conçoit aisément; il n'y a pas de raison d'accorder ce bénéfice au débiteur tenu sur tous ses biens. Le délaissement, comme le bénéfice de discussion, ne peut donc être exercé que par les *tiers détenteurs* proprement dits, c'est-à-dire par ceux dont nous avons donné l'énumération à propos du bénéfice de discussion[1].

Il faut, en second lieu, que le tiers détenteur soit *capable d'aliéner*. On n'en voit pas bien la raison, puisque le délaissement ne dépouille pas le délaissant de la propriété, mais seulement de la possession. On peut dire néanmoins que c'est un acte grave qu'il ne faut faire qu'à bon escient, après avoir bien étudié la situation.

Au point de vue de sa forme, le délaissement s'opère par une *déclaration au greffe du tribunal de la situation des biens* (art. 2174, 1er al.). Il est signifié au créancier poursuivant et au vendeur, avec sommation de venir à l'audience pour qu'il en soit donné acte au délaissant.

Effet du délaissement. — A la suite du délaissement, le tribunal nomme un curateur à l'immeuble délaissé, et c'est contre celui-ci que l'expropriation est poursuivie (art. 2174, 2e al.).

L'adjudication une fois prononcée éteint définitivement les droits du tiers

1. L'article 2173 déclare que le délaissement peut être fait, même après que le tiers détenteur a *reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement*. Ces expressions ne veulent pas dire que le tiers acquéreur *qui se serait personnellement obligé* à payer le créancier, pourrait encore faire le délaissement. La négative est certaine, puisque le tiers détenteur deviendrait, par cet engagement, un débiteur tenu sur tous ses biens. L'artile 2173 fait allusion au cas où le tiers détenteur poursuivi en justice *aurait reconnu l'existence de l'hypothèque*, et à celui où cette existence aurait été constatée par un jugement de condamnation. Le résultat de l'action dirigée contre le tiers détenteur ne modifie alors nullement sa qualité. Nous verrons plus loin que cette action *en reconnaissance d'hypothèque* a pour but d'empêcher la prescription extinctive de l'hypothèque.

détenteur ; mais, jusqu'à l'adjudication, il peut reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais déjà faits par les créanciers saisissants (art. 2173, 2e phrase). Il ne faut pas oublier, en effet, que, malgré le délaissement, le tiers détenteur a conservé la propriété de l'immeuble. Et de là résultent les conséquences suivantes :

Le délaissement est assujetti à un droit fixe de cinq francs, et non à un droit proportionnel de mutation (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 4).

Si, dans les enchères ouvertes sur les poursuites dirigées contre le curateur, le délaissant se portait adjudicataire, il ne serait obligé de payer le droit de mutation que sur ce qui dépasserait le prix de la vente qui lui avait été faite.

Si l'immeuble vient à périr par cas fortuit avant l'adjudication, c'est le tiers détenteur qui en supporte la perte ; il reste alors tenu de payer son prix d'acquisition au vendeur, s'il ne l'a pas encore versé.

Les hypothèques nées du chef du tiers détenteur avant le délaissement et même depuis continuent à grever l'immeuble, pourvu qu'elles aient été inscrites à temps, c'est-à-dire avant la transcription du jugement d'adjudication.

Enfin, si l'immeuble délaissé est adjugé pour un prix supérieur au montant des dettes hypothécaires, le reliquat appartient certainement au délaissant.

δ) **Quatrième parti : Se laisser exproprier.** — Lorsque le tiers détenteur n'a usé ni de la purge, ni du paiement, et n'a pas non plus fait le délaissement, la procédure de la saisie suit son cours (art. 2169).

Nous n'avons pas à exposer ici les formalités de cette procédure, mais seulement à dire quelles vont être les conséquences du jugement d'adjudication auquel aboutira cette procédure, quant aux droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés et quant à ceux du tiers détenteur saisi. Nous examinerons successivement :

Les effets du jugement d'adjudication ;

Les comptes à régler entre les créanciers et le tiers détenteur exproprié ;

Le recours du tiers détenteur exproprié.

Premier point. Effets du jugement d'adjudication. — Ces effets peuvent ainsi se résumer :

Premier effet. — Le jugement d'adjudication sur saisie dûment transcrit purge toutes les hypothèques ainsi que les privilèges, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix (art. 717, 7e al., C. proc. civ.).

Second effet. — Le jugement éteint le droit de propriété du tiers détenteur saisi, mais ne le résout pas rétroactivement.

Premier effet du jugement d'expropriation du tiers détenteur : Purge automatique. — *Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques et tous les privilèges, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix.* L'adjudicataire n'a donc pas besoin de procéder aux

formalités de la purge ; disposition fort utile, car il ne faut pas ajouter sans raison de nouveaux frais à ceux de la saisie.

C'est là une règle traditionnelle de notre Droit. *Décret forcé nettoie toutes hypothèques*, disaient les *Institutes coutumières* de Loysel (VI, 5, n° 15). Et il est aisé, aujourd'hui comme jadis, de justifier cette purge virtuelle. Les créanciers inscrits sur l'immeuble sont directement reliés à la procédure de saisie ; ils reçoivent sommation de prendre communication du cahier des charges (art. 692, C. proc. civ.). Si le prix d'adjudication ne leur paraît pas assez élevé, la loi leur réserve un recours, car toute personne peut, dans les huit jours qui suivent l'adjudication, obtenir une remise aux enchères, à la condition de faire une surenchère atteignant le *sixième* au moins du prix principal (art. 708, C. proc. civ.). Toutes les précautions sont donc prises pour que l'immeuble soit vendu au plus haut prix possible. Dès lors, il convient de considérer comme définitif le résultat obtenu soit par la première adjudication, soit par l'adjudication sur surenchère, quand il y en a eu une. Il ne serait pas admissible que les privilèges et hypothèques continuassent à grever l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire. C'est pourquoi le droit des créanciers hypothécaires et privilégiés est transporté de l'immeuble sur le prix, lequel va servir à les désintéresser. L'hypothèque a, comme on a dit, produit son effet légal. Elle arrive à ce qui est son point d'aboutissement normal : faire payer les créanciers hypothécaires sur le prix de l'immeuble suivant leur rang.

La règle de la purge automatique effectuée par le jugement d'adjudication s'applique à tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires inscrits avant la transcription du jugement d'adjudication.

Elle s'applique également, depuis la loi du 21 mai 1858, aux *hypothèques légales* dispensées d'inscription. Avant cette loi, la Jurisprudence admettait la solution contraire (Cass., ch. réun., 22 juin 1833. S. 1833.1.449). En effet, disait-on, les créanciers à hypothèque légale, n'étant pas inscrits, ne sont pas connus ; ils ne reçoivent pas de sommation ; ils ne peuvent donc pas surveiller l'adjudication à laquelle ils ne sont pas reliés, et faire au besoin monter le prix. La conséquence de cette jurisprudence, c'était qu'il fallait que l'adjudicataire d'un immeuble saisi fît les frais de la purge pour les seuls créanciers à hypothèque dispensée d'inscription. La loi du 21 mai 1858 a mis un terme à cette règle. Bien que non inscrites, les hypothèques de la femme et des personnes en tutelle sont purgées de plein droit comme les autres, ce qui signifie que le droit de suite est éteint et qu'elles ne sont plus opposables à l'adjudicataire. Mais la loi permet à la femme mariée et aux personnes en tutelle de faire valoir leur droit de préférence sur le prix, bien qu'elles n'aient pas pris inscription en temps utile, à la seule condition de produire à l'ordre qui va s'ouvrir, soit dans les quarante jours à partir des sommations, s'il s'agit d'un ordre judiciaire, soit avant la clôture de l'ordre, s'il s'agit d'un ordre amiable (art. 717, *in fine* et 754, C. proc. civ.).

Deuxième effet : Extinction ex nunc de la propriété du tiers dé-

tenteur saisi. — *Le jugement d'adjudication éteint le droit de propriété du tiers détenteur saisi, mais ne le résout pas rétroactivement.*

Le droit de propriété passe de la tête du tiers détenteur sur celle de l'adjudicataire, comme dans le cas où la saisie est pratiquée contre le débiteur lui-même. L'adjudication transporte à l'adjudicataire les droits du saisi sur l'immeuble adjugé (art. 717, 1er al., C. proc. civ.).

Mais, si l'adjudication produit cet effet translatif, elle n'entraîne pas résolution du droit de propriété du tiers détenteur (V. la note de M. Glasson, D. P. 88.1.337). Comment, en effet, pourrait-elle produire cet effet ? Il est vrai que l'article 2177, 1er al., contient, nous allons bientôt le voir, une disposition difficilement conciliable avec la règle que nous venons d'énoncer. Sans doute, aussi, la Jurisprudence, au cas d'adjudication sur surenchère du dixième à la suite de la purge, situation analogue à la nôtre, décide-t-elle que cette adjudication résout rétroactivement le droit du tiers détenteur, mais ce sont là des solutions qui s'expliquent par des raisons particulières que nous exposerons bientôt. Elles ne peuvent influer sur la solution du problème que nous avons à résoudre ici. Au surplus, la loi elle-même, dans le second alinéa de l'article 2177, énonce une conséquence bien nette de l'effet purement translatif de notre jugement d'adjudication. *Les hypothèques nées du chef du tiers détenteur*, nous dit-elle, *conservent leur effet*. Par conséquent, elles seront colloquées sur le prix de l'immeuble, après tous les créanciers qui se sont inscrits sur les précédents propriétaires. N'est-ce pas la preuve évidente que le droit du tiers détenteur saisi n'est pas rétroactivement effacé ?

Ce que la loi dit des hypothèques s'applique à tous les droits réels, quels qu'ils soient, consentis par le tiers détenteur. Seulement, il convient ici de faire une observation. Si le détenteur a constitué sur l'immeuble, dans l'intervalle, un droit non susceptible de saisie directe et principale, par exemple, s'il a établi une servitude sur l'immeuble au profit d'un fonds voisin, ou cédé la mitoyenneté d'un mur, ces actes ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires inscrits. Si donc le prix de la servitude ou de la mitoyenneté n'a pas été versé par l'ayant cause du tiers détenteur aux créanciers hypothécaires, ceux-ci pourront faire vendre l'immeuble comme libre de la servitude ou de tout droit de copropriété du voisin sur le mur en question.

Que si, au contraire, le détenteur avait constitué un droit susceptible d'être saisi séparément, par exemple, s'il avait donné la nue propriété en se réservant l'usufruit, les créanciers pratiqueraient la saisie à la fois contre le nu propriétaire et contre l'usufruitier.

Enfin, la dernière conséquence de la proposition sus-énoncée, c'est que, si le prix d'adjudication dépasse le montant des inscriptions hypothécaires et des frais, le reliquat appartient au tiers détenteur.

Réapparition des servitudes éteintes par confusion. — Nour arrivons maintenant à la disposition de l'art. 2177, 1er al., qui, nous l'annoncions plus haut, paraît difficilement conciliable avec la règle précédente :

« Les servitudes et droit réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession renaissent, nous dit ce texte, après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui. »

L'article 2177, 1er al., suppose que le tiers détenteur jouissait jadis, avant l'acte qui l'a rendu propriétaire de l'immeuble, d'un droit réel, usufruit, usage, habitation, servitude au profit d'un héritage lui appartenant, sur l'immeuble qu'il a acquis. Ce droit réel s'est éteint par confusion ou consolidation, en vertu de ce principe qu'on ne peut avoir un droit réel sur la chose dont on est propriétaire. Mais, d'après l'article 2177, ce droit réel renaît après le jugement d'adjudication consécutif à la saisie opérée contre le tiers détenteur. N'est-ce pas la preuve que ce jugement résout rétroactivement le droit de propriété du tiers détenteur ? Comment, en effet, cette réapparition pourrait-elle s'expliquer si l'adjudicataire devait être considéré comme un ayant cause du tiers détenteur exproprié ?

Il ne faut pas cependant se laisser tromper par cet argument, si spécieux qu'il soit. En vérité, la raison qui a fait édicter la disposition de l'article 2177, al., 1er, est d'ordre essentiellement pratique ; et, si le législateur a fait échec ici à l'effet certain du jugement d'adjudication, c'est en vue de simplifier les rapports des parties. Quelques mots d'explication vont nous le faire comprendre. Si le droit réel dont jouissait le tiers détenteur ne revivait pas, l'adjudicataire serait obligé de lui en payer la valeur, en vertu de la disposition de l'article 2175, 2e phrase, qui l'astreint à rembourser au tiers détenteur évincé les améliorations par lui apportées à l'immeuble jusqu'à concurrence de la plus-value. Et, en effet, la valeur de l'immeuble s'est trouvée évidemment augmentée, lorsqu'il a été débarrassé du droit réel qui le grevait avant qu'il n'eût été acquis par le tiers détenteur. N'est-il pas plus simple, dès lors, au lieu d'obliger l'adjudicataire à faire ce remboursement, de donner satisfaction complète au détenteur en faisant revivre le droit réel qu'il avait sur l'immeuble, c'est-à-dire en le replaçant dans la situation où il se trouvait avant d'avoir acquis le bien dont l'action hypothécaire des créanciers l'a par suite évincé ?

Hypothèse inverse de la précédente. — La raison que nous venons d'exposer nous conduit à appliquer la règle énoncée par l'article 2177, 1er al., à l'hypothèse inverse de celle qu'il vise, c'est à-dire, au cas où une servitude existait *au profit de l'immeuble sur un héritage du tiers détenteur*. Ici encore, cette servitude s'est éteinte par confusion ; mais, dans ce cas, c'est le tiers détenteur qui profiterait gratuitement de l'amélioration survenue à son fonds, si ce dernier demeurait exempt des charges qui le grevaient autrefois. Il convient donc de décider que la servitude appartenant naguère à l'immeuble dont le tiers détenteur a été évincé, renaîtra après l'ajudication.

Second point. Des comptes à régler entre les créanciers et le tiers détenteur poursuivi (art. 2175 et 2176). — Le tiers détenteur et les créanciers inscrits peuvent se devoir réciproquement des indemnités, soit à rai-

son des améliorations ou détériorations que le premier a apportées ou causées à l'immeuble, soit à raison des fruits.

Améliorations ou détériorations provenant du fait du tiers détenteur. — L'équité exige que le tiers détenteur indemnise les créanciers du préjudice provenant pour eux des détériorations causées par lui à l'immeuble, et les créanciers doivent, de leur côté, lui rembourser la plus-value procurée à l'immeuble par les améliorations qu'il y a apportées. D'où la disposition de l'article 2175 : « Les détériorations, qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité ; mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration. »

La règle ne s'applique, bien entendu, qu'aux détériorations ou améliorations provenant du fait du débiteur. Celles qui ont une cause purement fortuite ne donnent lieu à aucune indemnité.

En tant qu'il vise les détériorations, l'article 2175 n'est qu'une application de l'article 1382 ; en tant qu'il vise les améliorations, il s'inspire du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Quel doit être le *montant de l'indemnité?*

Pour les *détériorations*, les créanciers ont droit à une indemnité égale à la diminution de valeur qu'elles causent à l'immeuble.

En ce qui concerne les *améliorations*, le tiers détenteur peut réclamer une somme égale à la *plus-value* procurée au bien, car c'est cette plus-value qui marque l'enrichissement des créanciers. S'il s'agit, non plus d'impenses d'amélioration, mais de dépenses *nécessaires* à la conservation de l'immeuble, telles que les grosses réparations, le tiers détenteur a certainement droit à leur remboursement total. Cela a été contesté pourtant, sous prétexte que ces dépenses *n'améliorent* pas l'immeuble ; mais c'est oublier le principe sur lequel est fondée l'action du tiers détenteur. Les créanciers s'enrichiraient injustement à ses dépens s'ils bénéficiaient des grosses réparations qu'il a faites, sans l'en indemniser.

Pour ce qui est du *mode de paiement* de ces indemnités, nous avons vu plus haut que la Jurisprudence refuse au tiers détenteur le droit de rétention sur l'immeuble dont il est évincé, mais lui accorde une garantie meilleure en décidant que les indemnités auxquelles il a droit seront *prélevées* sur le prix d'adjudication (V. *supra*, p. 783).

Comptes des fruits. — L'article 2176 décide que le tiers détenteur devient comptable des fruits, à dater *du jour de la sommation de payer ou de délaisser*. A partir de ce moment les fruits viennent augmenter le gage des créanciers hypothécaires ; ils sont immobilisés. La règle n'est pas tout à fait la même quand l'immeuble est saisi contre le débiteur, car ce n'est pas alors le commandement, mais la transcription de la saisie, laquelle a lieu trente jours après (art. 677, 678, C. proc. civ.), qui emporte immobilisation des fruits (art. 682, C. proc. civ.). Pourquoi statuer différemment lorsque l'immeuble est saisi entre les mains d'un tiers détenteur ? On n'en peut guère donner de bonnes raisons. Cependant, l'article 2176, n'ayant pas été expressément

modifié lors de la rédaction du Code de procédure, doit continuer à s'appliquer. C'est donc à partir de la sommation que le tiers détenteur devient comptable des fruits de l'immeuble.

Lorsque le tiers détenteur n'a pas encore payé son prix, au moment de la saisie, il est pareillement comptable des intéréts. Il est clair que les créanciers hypothécaires ne peuvent pas lui réclamer à la fois les intéréts et les fruits. Mais si, au lieu de se laisser exproprier, le tiers détenteur offrait de payer son prix aux créanciers, il conviendrait d'appliquer l'article 2176 aux intérêts, et de décider qu'ils seraient dus aux créanciers hypothécaires à compter de la sommation (V. Grenoble, 20 janvier 1894, D. P. 94.2.473, S. 95.2.201).

La sommation de payer ou de délaisser se périme par trois ans. Si donc les créanciers laissent passer trois ans sans saisie, l'immobilisation des fruits ou intérêts cesse de produire son effet. Elle ne recommencera qu'à dater d'une nouvelle sommation (art. 2176, 2e phrase).

Troisième point. Recours du tiers détenteur exproprié (art. 2178). — Le tiers détenteur exproprié peut avoir, suivant les cas, un double recours à sa disposition :

En premier lieu, un recours en garantie contre son auteur, duquel il tient l'immeuble, lorsqu'il l'a acquis à titre onéreux ;

En second lieu, un recours contre le débiteur principal, lorsque celui-ci n'est pas son auteur immédiat, ce qui se produit dans le cas où il a acquis l'immeuble d'un précédent tiers détenteur, ou encore lorsqu'il est un ayant cause à titre gratuit, donataire ou légataire à titre particulier du débiteur principal.

Le recours en garantie pour cause d'éviction permet à l'exproprié de réclamer, non seulement la restitution du prix, s'il l'a déjà payé, mais des dommages-intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat (art. 1630).

Le recours contre le débiteur principal, lui, a pour objet la restitution de la dette due par celui-ci et payée sur le prix de l'immeuble. Le tiers détenteur exproprié est traité comme s'il avait payé cette dette, car l'expropriation n'est qu'un paiement forcé : il est donc subrogé dans les droits et actions du créancier en vertu de l'article 1251-3°.

Appendice : Du recours du tiers détenteur qui a payé la dette ou s'est laissé exproprier contre les autres détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette. — Lorsqu'il y a d'autres immeubles hypothéqués à la même dette entre les mains d'*autres tiers détenteurs*, l'acquéreur qui, à la suite de la sommation de payer ou de délaisser, a payé les créanciers ou s'est laissé exproprier, est subrogé, nous le savons, dans les droits des saisissants. Il pourra donc, à son tour, exercer l'action hypothécaires contre les autres tiers détenteurs. Mais il serait injuste qu'il pût faire supporter tout le poids de la dette à l'un quelconque de ces derniers. Aussi admet-on que les divers tiers détenteurs doivent tous être traités de la même façon.

En conséquence, le tiers poursuivi devra se retourner d'abord contre le débiteur principal. Si celui-ci est insolvable, il recourra contre les autres détenteurs, mais il ne pourra exercer contre chacun d'eux qu'un recours partiel et proportionnel, de façon que la perte se répartisse entre eux tous au prorata de la valeur respective des immeubles hypothéqués (V. Req., 8 décembre 1903, D. P. 1904.1.193, note de M. Mérignhac, S. 1904.1.161. note de M. Lyon-Caen).

S'il existe une *caution réelle*, le tiers détenteur exproprié pourra-t-il intenter contre elle, à titre de recours, l'action hypothécaire ? Il faut répondre non. En effet, la caution est un débiteur subsidiaire, qui ne s'est engagé que pour le cas où le débiteur serait insolvable. Or, le débiteur n'était pas insolvable, puisque le créancier a pu saisir un immeuble qu'il avait hypothéqué à la dette. Par conséquent, le tiers détenteur, ayant cause du débiteur, ne peut pas recourir contre la caution.

Au contraire, la caution réelle poursuivie par le créancier aurait incontestablement le droit d'exercer l'action hypothécaire contre le tiers détenteur.

Section II. — De la purge des privilèges et hypothèques.

Notion générale et justification économique de la purge. — La purge, nous le savons déjà, est une procédure instituée par la loi, au profit du tiers détenteur d'un immeuble, pour lui permettre d'affranchir ce bien des privilèges et hypothèques qui le grèvent.

Voici en quoi elle consiste. L'acquéreur offre aux créanciers de leur payer son prix d'acquisition, s'il est acheteur, ou la somme représentant la valeur vraie de l'immeuble, s'il est acquéreur à titre gratuit. En même temps, il les somme, ou d'accepter son offre, auquel cas il devra leur payer le prix proposé, ou de faire, dans un délai de quarante jours, une surenchère du dixième, à la suite de laquelle l'immeuble sera mis aux enchères et vendu, pour le prix en être distribué entre eux par la voie de la procédure de l'ordre.

La purge, on l'aperçoit aussitôt, a le grand avantage de faciliter la circulation des biens hypothéqués. Sans la purge, bien rares seraient ceux qui consentiraient à acquérir un immeuble grevé d'hypothèques, tant il y aurait lieu de craindre, en ce cas, d'être exproprié par les créanciers. Grâce à la purge, au contraire, les biens hypothéqués circulent aussi facilement que s'ils ne l'étaient pas, puisque l'acheteur n'a qu'à accomplir des formalités assez simples pour se libérer, *sans rien débourser au delà de son prix*. Ajoutons qu'une telle procédure est véritablement indispensable dans une législation qui, comme la nôtre, admet des hypothèques occultes, car elle est le seul moyen, pour un acheteur, de se garantir contre le danger de voir surgir une hypothèque ignorée au jour où il a acquis l'immeuble.

Telles sont les raisons d'ordre général qui justifient l'institution. Il est vrai que ses avantages ne vont pas sans quelque inconvénient pour les créanciers. Le prêt hypothécaire est un mode de placement recherché par les capitalistes. Or, le prêteur, qui a fait un prêt pour cinq ou dix ans à un taux

d'intérêt avantageux, peut se trouver privé de ce placement par l'effet de la purge, bien avant l'arrivée de l'échéance. En effet, le tiers détenteur procède à la purge quand il veut, et met les créanciers en demeure d'accepter leur remboursement sur-le-champ, s'ils ne veulent surenchérir ; il n'est pas obligé de respecter la date d'exigibilité de la dette[1]. Il y a donc dans la purge une atteinte certaine au droit que le créancier tient du contrat, et, dans une certaine mesure, une variété d'expropriation. Mais les considérations d'intérêt général auxquelles cette procédure donne satisfaction, ont déterminé le législateur à sacrifier à cet intérêt celui des créanciers hypothécaires.

Un autre reproche encore a été adressé à la purge. C'est de mettre les créanciers dans une alternative qui peut leur être préjudiciable, celle d'accepter une somme qu'ils jugent insuffisante, ou de faire vendre l'immeuble aux enchères à un moment qui est peut-être défavorable. La critique n'a pas grand fondement. L'expérience nous montre, en effet, que les créanciers recourent très rarement à la surenchère du dixième ; ils se contentent presque toujours de la somme qui leur est offerte. C'est que la purge est pratiquement faite par un acheteur amiable ; et que le prix qu'il offre est presque toujours supérieur à celui qu'on pourrait espérer d'une adjudication sur saisie, les ventes en justice, à raison des frais qu'elles entraînent, produisant — l'expérience le démontre — des prix généralement inférieurs à ceux des ventes amiables.

Au fond, on peut même dire qu'à part la déchéance possible du bénéfice du terme, la purge respecte les droits des créanciers. Elle leur procure une somme égale à la valeur de leur gage ; elle leur assure un paiement plus rapide et plus économique que la saisie.

Origine historique de la purge. — La purge est encore bien plus indispensable dans une législation qui n'organise pas la publicité des hypothèques que sous un régime de publicité. C'est donc aux praticiens de notre ancien Droit que remonte l'invention d'une procédure permettant aux acquéreurs de « nettoyer les hypothèques ».

Le point de départ de cette procédure se trouve dans la règle que nous avons signalée plus haut, à propos de l'effet du jugement d'adjudication sur saisie. Notre ancien Droit, on s'en souvient, décidait que le « décret forcé nettoie toutes hypothèques », conséquence logique des formalités excessives dont s'accompagnait la saisie des immeubles. Or, les praticiens imaginèrent de transporter cet effet aux aliénations amiables, au moyen d'un simulacre de saisie. L'acheteur s'entendait, à cet effet, avec un tiers qui se présentait comme créancier en vertu d'un titre fictif et poursuivait contre lui l'expropriation. La procédure se terminait par un décret ou jugement, dit *décret volontaire*, parce que les parties étaient d'accord pour

1. Il serait cependant possible, en législation, de supprimer cet inconvénient de la purge et de respecter le droit du créancier. L'article 30 de la loi de brumaire an VII décidait que l'acquéreur, au lieu de leur offrir paiement immédiat, devait s'engager envers les créanciers à terme à s'acquitter entre leurs mains *au jour de l'arrivée du terme*. En 1850, on proposa de revenir à ce système.

l'obtenir, et ce décret volontaire nettoyait l'immeuble comme le décret forcé. La procédure de la purge était ainsi créée ; il restait à la simplifier, car la saisie fictive exigeait beaucoup de temps et coûtait fort cher. Ce n'est qu'en 1771 qu'un édit remédia à ces inconvénients, en organisant un procédé plus simple, *les lettres de ratification*. L'acquéreur déposait son contrat au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée dans le ressort duquel l'immeuble était situé. Un extrait de ce contrat était affiché dans l'auditoire du tribunal, pendant un délai de quarante jours, durant lequel les créanciers étaient invités à faire opposition et à surenchérir du dixième, si le prix leur paraissait insuffisant. Faute de surenchère, le tribunal délivrait à l'acquéreur des lettres de ratification, qui purgeaient les hypothèques et transportaient définitivement le droit des créanciers sur le prix. Signalons, en passant, que c'est cet édit de 1771 qui a créé les conservateurs des hypothèques à l'effet de recevoir les oppositions des créanciers.

La procédure de 1771 a été simplifiée, mais conservée dans ses grandes lignes, par les lois révolutionnaires et par le Code civil. C'est elle qui constitue encore aujourd'hui notre purge des hypothèques.

§ 1. — Qui peut purger.

Le but même de l'institution fournit la réponse à notre question. La purge est faite pour faciliter l'aliénation des biens hypothéqués. Elle est donc établie au profit des *acquéreurs de l'immeuble hypothéqué*.

Telle est la première condition requise : *Pour pouvoir purger, il faut être acquéreur*. Donc, un créancier n'a jamais le droit de procéder à la purge afin de se procurer le premier rang. Il pourrait cependant avoir intérêt à une telle opération. Supposons qu'un immeuble valant 100.000 francs soit grevé d'une hypothèque de 25.000 francs. Un capitaliste consent à prêter au débiteur 75.000 francs, mais il voudrait se débarrasser de l'hypothèque inscrite, en prélevant 25.000 francs sur cette somme pour la rembourser. Si la dette n'est pas arrivée à échéance, il n'a aucun moyen de contraindre le créancier premier inscrit à accepter son paiement. On comprend, en effet, que l'intérêt de ce capitaliste n'est pas comparable à celui d'un acquéreur. Que lui fait après tout d'être en seconde ligne, si l'immeuble suffit encore à garantir sa créance ? Il n'y avait donc pas de bonne raison pour sacrifier au sien l'intérêt du premier créancier inscrit.

Nous verrons cependant plus loin que la loi, par exception, a permis au *Crédit foncier*, prêteur sur hypothèques, de procéder à la purge *des hypothèques non inscrites*. Mais cette procédure a simplement pour but de faire apparaître ces hypothèques. Si donc elles sont inscrites, le Crédit foncier ne peut pas les purger. Il n'y a qu'au cas où elles ne sont pas inscrites, qu'elles se trouvent purgées par les formalités accomplies. Peut-être serait-il utile d'accorder le même pouvoir à tout prêteur de deniers ; et le projet voté par le Sénat en 1908 contient cette extension (V. *Rev. crit.*, 1909, p. 188).

Mais, s'il faut être acquéreur pour purger, tous les acquéreurs ne peuvent

pas le faire, et deux catégories d'entre eux sont exclues du droit de purger. Ce sont :

1° Les acquéreurs à titre universel ;

2° Certains acquéreurs à titre particulier : ceux qui se sont obligés à respecter l'obligation garantie par l'hypothèque.

1° Acquéreurs à titre universel. — Les acquéreurs de cette catégorie sont les *successeurs*, *héritiers* ou *légataires universels ou à titre universel* du débiteur. Ce n'est pas pour eux que la purge a été créée. Du reste, les héritiers et légataires universels ou à titre universel sont tenus de toutes les obligations de leur auteur ; ils ne pourraient donc pas imposer aux créanciers inscrits un remboursement partiel ou anticipé. Cette solution s'applique en principe même *si l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire*. En effet, si l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu sur ses biens propres des dettes de la succession, il demeure obligé de respecter, en ce qui concerne les biens de la succession, les engagements pris par le défunt. Il ne peut donc pas imposer aux créanciers héréditaires un remboursement avant terme ou un paiement partiel. Au surplus, comment pourrait-il procéder à la purge sans vendre l'immeuble ? Tant que l'immeuble n'est pas aliéné, il reste le gage des créanciers héréditaires, aussi bien des créanciers chirographaires que des créanciers inscrits. A quoi lui servirait, dès lors, de transformer les créanciers hypothécaires en créanciers ordinaires ?

Exceptions au principe que l'acquéreur à titre universel ne peut purger. — Le principe qu'un ayant cause à titre universel ne peut pas purger reçoit, d'après la Jurisprudence, une double exception.

A. — La purge peut être faite par *l'héritier bénéficiaire* lorsque l'immeuble a été par lui mis en vente, conformément à l'article 806 du Code civil, *et qu'il s'en est rendu adjudicataire*. Il détient alors le bien, non plus comme héritier, mais *comme acquéreur ;* il n'est plus tenu qu'à ce nouveau titre, et dès lors il peut user de la purge.

On trouve, du reste, dans l'article 806 du Code civil, la consécration de cette solution. Cet article déclare qu'au cas où il vend les immeubles, l'héritier bénéficiaire est tenu d'en déléguer le prix aux créanciers hypothécaires, ce qui signifie qu'il ne peut pas le toucher lui-même, mais doit donner ordre au tiers adjudicataire de le payer directement aux créanciers. Il n'est pas douteux qu'il est tenu de la même obligation, quand c'est lui qui se rend adjudicataire. Or, serait-il admissible que la loi l'obligeât ainsi à payer les premiers créanciers et à demeurer, faute d'avoir pu faire la purge, sous le coup des poursuites de ceux qu'il n'aurait pu désintéresser ? Cette question a donné lieu cependant à de vifs débats dans la Doctrine, mais un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 12 janvier 1876 (D. P. 76.1.52, S. 76.1.81) a consacré la solution que nous venons d'exposer (Voir aussi Req., 5 mars 1894, D. P. 94.1.491, S. 95.1.149, note de M. Wahl ; Civ., 17 mai 1909, D. P. 1909.1.521, S. 1913.1.466[1]).

1. Tous les arrêts cités au texte ont été rendus à l'occasion d'une question que nous rencontrerons plus loin, à propos de la transcription que doit faire l'acquéreur avant

B. — La Cour de cassation admet également que le *légataire universel ou à titre universel* peut purger *lorsqu'il est en concours avec un héritier réservataire* (Civ. 12 mai 1897, D. P. 98.1.164, S. 98.1.193 ; comp. Civ. 14 mai 1919, D. P. 23.1.227). Elle se fonde sur ce que dans ce cas, le légataire universel *n'est pas continuateur de la personne du défunt*, puisqu'il est tenu de demander la délivrance de son legs à l'héritier réservataire (art. 1004). Cette argumentation nous paraît extrêmement faible. Il suffit que le légataire universel succède aux obligations du défunt pour qu'il ne puisse enlever aux créanciers hypothécaires le gage que son auteur leur a consenti. Qui doit la garantie ne peut évincer. Et la purge constitue une espèce d'éviction.

2° Certains acquéreurs à titre particulier. — En principe, tous les acquéreurs à titre particulier ont le droit de purger. Peu importe qu'ils aient acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. Ce n'est donc pas seulement *l'acheteur*, mais aussi le *donataire* et le *légataire à titre particulier*, qui peuvent effectuer la purge. (V. en ce qui concerne ce dernier, Civ., 6 février 1889, D. P. 89.1.299, S. 89.1.385, note de M. G. Demante).

Mais la règle cesse de s'appliquer dans le cas où le tiers acquéreur est obligé au paiement de la dette garantie par l'hypothèque, et dans celui où il est obligé de respecter le contrat qui a donné naissance au privilège ou à l'hypothèque.

A. *Acquéreurs obligés au paiement de la dette.* — Telle est la situation du *codébiteur solidaire* et de la *caution* qui deviennent acquéreurs d'un immeuble hypothéqué à la sûreté de la dette, soit par un de leurs codébiteurs, soit par le débiteur principal. A quoi leur servirait-il de purger, puisqu'après la purge, ils pourraient encore être, en tant que débiteurs personnels de l'obligation, poursuivis sur tous leurs biens, y compris l'immeuble acquis par eux et purgé ?

B. *Acquéreurs obligés de respecter le contrat qui a donné naissance au privilège ou à l'hypothèque.* — Il est bien évident qu'un tel acquéreur ne peut pas davantage obliger le créancier à recevoir un paiement partiel ou anticipé, car, en ce faisant, il violerait l'obligation qu'il a contractée.

Il faut donc refuser le droit de purger :

a) A *la caution réelle ;*

b) A l'acquéreur d'un immeuble demeuré débiteur du prix, qui, après avoir revendu l'immeuble, l'aurait ensuite racheté. Cet acquéreur ne pourrait évidemment purger le privilège du premier vendeur dont il est encore le débiteur (V. Paris, 9 juillet 1892, D. P. 93.2.569, note de M. de Loynes, S. 95.2.137, note de M. Dalmbert).

Acquéreur sous condition résolutoire. — Rien ne s'oppose, en revanche, à ce que l'acquéreur sous condition résolutoire procède à la purge.

de commencer la purge. Ils ont décidé que l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire d'un immeuble héréditaire, doit payer le droit de transcription, en vertu de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, au moment même de l'adjudication et cela *parce qu'il rentre dans la catégorie des acquéreurs autorisés à purger.*

Mais on se demande si celle-ci subsiste, au cas où, par la suite, son droit de propriété se trouve résolu par l'arrivée de la condition.

La Doctrine décide ordinairement que la purge est anéantie, parce que l'acheteur est réputé n'avoir jamais été propriétaire du bien. Mais c'est là une solution pratiquement indéfendable. Il ne faut pas, nous l'avons vu, appliquer dans tous les cas la notion de rétroactivité de la condition. Cette notion ne constitue pas une règle absolue qui doive effacer tous les actes passés par l'acquéreur. Il ne faut y recourir que dans la mesure où elle est utile pour assurer le respect des volontés des parties contractantes. Il convient, au contraire, de maintenir les actes passés par l'acquéreur qui ne méconnaissent pas cette intention. La loi ne nous en donne-t elle pas l'exemple, quand elle nous dit que les actes d'administration faits par l'acquéreur doivent être respectés par le vendeur qui exerce le réméré (art. 1673, 2e al.)? Or il faut évidemment en dire autant de la purge.

La Jurisprudence s'est bien gardée de tomber dans les exagérations de la Doctrine, et elle décide que la purge effectuée par un propriétaire dont le droit est résolu, par exemple par un acheteur à réméré, subsiste nonobstant l'arrivée de la condition résolutoire (Req., 23 août 1871, D. P. 73.1.321, S. 71.1.118. — Comp. Civ., 13 juillet 1903, D. P. 1905.1.393, S. 1904.1.417).

§ 2. — Acquisitions ne donnant pas lieu à l'emploi de la purge.

Nous rangeons sous cette rubrique deux groupes de cas qu'il faut bien distinguer.

Premier groupe. — Les aliénations de droits réels non susceptibles d'être vendus aux enchères *ne permettent pas l'emploi de la purge.*

Deuxième groupe. — Certaines aliénations *opèrent purge de plein droit.*

Premier groupe : Acquisition de droits réels non susceptibles de vente aux enchères. — Les créanciers privilégiés ou hypothécaires auxquels l'acquéreur offre le prix ont le droit de le refuser et de demander la mise aux enchères de l'immeuble. Si donc l'aliénation a pour objet un droit réel immobilier non susceptible d'être vendu aux enchères, il n'y a pas de purge possible. Dès lors, l'acquéreur d'un droit *d'usage ou d'habitation*, de la *mitoyenneté d'un mur*, d'une *servitude sur l'immeuble hypothéqué*, ne peut point en employant la purge libérer son droit des privilèges ou hypothèques qui grèvent l'immeuble.

Il faut en dire autant du cas où l'aliénation aurait pour objet une *quote-part indivise de l'immeuble*, car l'article 2205 décide que la part indivise ne peut pas être vendue aux enchères. Par conséquent, le cessionnaire d'une *part indivise* grevée d'hypothèque ne pourrait pas procéder à la purge.

En face des diverses aliénations susvisées, les créanciers conservent intact leur gage hypothécaire et la faculté de saisir l'immeuble, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu. L'acquéreur n'a donc qu'un moyen de se mettre l'abri de leurs poursuites, c'est de leur faire accepter amiablement le prix

ou la valeur du droit acquis par lui ; mais il ne peut pas les y contraindre. La loi n'a pas jugé que ces aliénations fussent assez fréquentes pour qu'il y eût lieu, à leur occasion, de porter atteinte aux droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés.

La purge est, au contraire, possible dans tous les cas où elle ne se heurte pas à l'obstacle résultant de l'impossibilité de la vente aux enchères. Ce n'est donc pas seulement l'acquéreur de la pleine propriété de tout l'immeuble qui peut y procéder, mais aussi l'acquéreur *d'une parcelle de cet immeuble*, et celui qui en est devenu soit *usufruitier*, soit *nu propriétaire*. De même, encore l'acquéreur d'une source jaillissant dans le fonds grevé d'hypothèque jouit de la faculté de purger (Grenoble, 25 juin 1892, D. P. 93.2.425, S. 94.2.257).

Deuxième groupe : Aliénations opérant la purge de plein droit. — Il y a des aliénations qui opèrent purge de plein droit, *ou purge virtuelle*, c'est-à-dire qui affranchissent définitivement l'immeuble de toute charge hypothécaire. Cela se produit dans quatre cas :

A. *Premier cas : Expropriation pour cause d'utilité publique.* — Il résulte de l'article 17, 3e alinéa, de la loi du 3 mai 1841 que le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires se transporte de plein droit sur le montant de l'indemnité d'expropriation, et qu'ils n'ont, dès lors, en aucun cas, la faculté de surenchère. On comprend aisément la raison qui a fait édicter cette règle. Il n'est pas admissible que les créanciers puissent, au moyen d'une surenchère, faire vendre l'immeuble aux enchères, lorsqu'il doit servir entre les mains de l'expropriant à un usage d'utilité publique. Mais la loi donne ici aux créanciers une autre garantie : celle de ne pas se contenter du prix amiablement demandé par le propriétaire, et d'exiger que l'indemnité soit fixée par le jury d'expropriation.

B. *Second cas : Adjudication sur saisie immobilière.* — Nous avons déjà expliqué ci-dessus que l'adjudicataire d'un immeuble vendu sur saisie est à l'abri du droit de suite des créanciers privilégiés ou hypothécaires, sans avoir besoin d'effectuer la purge à leur encontre (art. 717, C. proc. civ., 7e alinéa). Ce qu'il faut bien comprendre, c'est que cet effet se produit uniquement en cas de *vente publique forcée*.

Quand, au contraire, il y a *vente publique volontaire*, c'est à-dire lorsque la vente a lieu en justice à l'amiable, par exemple, parce qu'il s'agit d'un bien de mineur, ou d'un immeuble faisant partie d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou encore en cas de licitation d'un immeuble indivis, l'adjudication ne purge pas de plein droit les privilèges et hypothèques.

Le motif de cette distinction est que, à la différence de ce qui a lieu en cas de vente publique forcée, les créanciers inscrits ne sont pas reliés à l'adjudication sur vente publique volontaire, et peuvent, en conséquence, ne pas la connaître. Cependant, il en est différemment lorsque l'adjudication

1. Chadel, *De la purge virtuelle des privilèges et hypothèques*, thèse Paris, 1902.

prononcée à la suite d'une vente amiable en justice a été l'objet d'une surenchère du sixième, et suivie, par conséquent, d'une nouvelle adjudication. Nous arrivons ainsi à notre troisième cas.

C. *Troisième cas* : *Adjudication sur surenchère.* — Toute adjudication sur surenchère, même prononcée à la suite d'une vente volontaire en justice, purge de plein droit les privilèges et hypothèques[1].

Cette règle se trouve d'abord énoncée dans l'article 838, 8e alinéa, du Code de procédure civile, pour le cas où l'adjudication sur surenchère est la suite de la procédure de la purge. Elle se comprend d'elle-même en pareil cas. Il serait absurde, en effet, qu'à la suite de la purge qui vient d'avoir lieu, l'adjudicataire fût obligé d'en recommencer une seconde ; les créanciers n'ont évidemment plus rien à prétendre, puisque le prix a été fixé à la suite d'une vente aux enchères provoquée par l'un d'eux.

Pour les aliénations volontaires faites en justice, la règle résulte d'un principe énoncé dans l'article 710, 2e alinéa, du Code de procédure civile : « Lorsqu'une seconde adjudication aura eu lieu, après la surenchère, aucune autre surenchère des mêmes biens ne pourra être reçue. » Ce qu'on exprime par l'adage : *surenchère sur surenchère ne vaut.* En effet, il n'y a plus d'espoir, après la surenchère, de trouver acquéreur à un prix plus élevé. Désormais, les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble ne peuvent donc plus en demander la vente en justice. Et, dès lors, l'adjudicataire se trouve dispensé de la purge, puisqu'il est à l'abri des poursuites des créanciers.

D. *Quatrième cas* : *Adjudication prononcée au cours de la procédure de la faillite.* — Lorsque, à la suite de la faillite d'un commerçant, il est procédé à la vente de ses immeubles pour que le prix en soit réparti entre ses créanciers (art. 571 à 573. C. com.), l'aliénation se fait, non pas d'après les formes de la saisie immobilière, lesquelles seraient ici inutiles, puisque les créanciers du failli sont formés en masse et représentés par le syndic, mais suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs (art. 572, *in fine*, C. com.). Néanmoins, et bien qu'il ne s'agisse pas ici *in terminis* d'une aliénation sur expropriation forcée, la jurisprudence décide avec raison que l'adjudication vaut purge (Req. 19 mars 1851, D. P. 51.1.292, S. 51.1.270 ; Civ , 4 juin 1889, D. P. 90.1.133, S. 90.1.65 ; Req. 14 déc. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.373).

On conçoit aisément le motif de cette solution. Une telle vente présente pour les créanciers autant de garanties de haut prix que la vente sur saisie des biens d'un débiteur non failli.

1. Il y a, dans notre Droit, deux sortes de surenchères.

a) *La surenchère du sixième* du prix principal de la vente qui est la surenchère de droit commun, ouverte à toute personne, à la suite d'une vente en justice faite amiablement ou sur saisie ;

b) *La surenchère du dixième,* qui n'est permise que dans deux cas : α) au profit des créanciers hypothécaires, auxquels l'acquéreur qui purge offre le prix ou la valeur de l'immeuble ; β) au cas de vente des immeubles d'un failli sur la poursuite du syndic (art. 573, C. com.).

Il serait préférable de fixer uniformément au dixième, pour tous les cas, le taux de la surenchère.

Cette solution ne s'appliquait d'abord, qu'aux aliénations opérées à la suite de la déclaration de l'état *d'union* suivant le refus du concordat. Mais depuis la loi du 5 janvier 1914, modifiant l'article 573 du Code de commerce, elle doit être admise aujourd'hui pour les ventes d'immeubles poursuivies par le syndic durant *la période préparatoire* de la faillite, c'est-à-dire dans le laps de temps qui s'écoule entre le jugement déclaratif et la décision des créanciers relative à la solution de la faillite (V. D. P. 1914.4.3)

§ 3. — Formalités de la purge.

La première formalité consiste dans la *transcription du titre de l'acquéreur*.

Celui-ci doit ensuite *faire l'offre de son prix aux créanciers*. Mais ici, on comprend que les formalités doivent nécessairement varier, suivant que l'auteur de la purge s'adresse à des *créanciers inscrits*, par conséquent connus de lui, ou à des *créanciers non inscrits* (femmes mariées, personnes en tutelle), dont il peut ignorer l'existence. Le législateur a donc été obligé d'établir des règles spéciales pour ces deux hypothèses.

I. — Transcription du contrat d'acquisition.

D'après l'article 2181 du Code civil, « les contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou de droits réels immobiliers, que les tiers détenteurs voudront purger de privilèges et hypothèques, seront transcrits en entier par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. » C'est la première formalité de toute procédure de purge.

On pouvait s'étonner de rencontrer cette disposition dans le Code civil originaire. Elle avait été copiée sur l'article 26 de la loi de brumaire an VII, à un moment où, sans doute, les rédacteurs du Code croyaient encore qu'ils adopteraient la publicité des mutations d'immeubles. Celle-ci n'ayant pas été établie par eux, la règle de l'article 2181 constituait une anomalie. La transcription n'avait aucune utilité bien apparente, puisque l'acquéreur devenait propriétaire *erga omnes* du jour du contrat, et qu'on ne pouvait plus prendre d'inscription contre lui. C'était donc une formalité d'ordre purement fiscal[1]. Mais l'intérêt de la transcription reparut avec l'innovation consacrée par l'article 834 du Code de procédure civile ; et, aujourd'hui, depuis la loi du 23 mars 1855, l'article 2181 se trouve en complète harmonie avec les principes consacrés par cette loi. La transcription apparaît en effet comme le prélude indispensable de la procédure de purge, parce que, seule, elle arrête le cours des inscriptions nouvelles, et permet de déterminer *ne varietur* la situation hypothécaire de l'immeuble à purger.

1. Tout au plus aurait-on pu dire que la transcription, ou copie textuelle et publique du titre d'acquisition de l'auteur de la purge, permettait aux créanciers d'étudier ce titre pour se rendre compte s'il était bien valable ou, au contraire, ne recélait pas des causes de nullité.

Toutefois, le fait que cette disopsition se trouve insérée dans le Code civil a conduit certains auteurs à une singulière interprétatoin du texte. Comme l'article 2181 exige la transcription de *tous contrats translatifs de propriété*, on en conclut que le tiers acquéreur doit y procéder même quand son titre d'acquisition en est dispensé par les principes de la loi de 1855. Ainsi, cette loi n'oblige pas l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire d'un immeuble héréditaire à transcrire, l'adjudication prononcée à son profit ayant un caractère déclaratif, puisqu'il était déjà, en tant qu'héritier, propriétaire de l'immeuble. Néanmoins, a-t-on dit, comme cet héritier bénéficiaire, adjudicataire de l'immeuble, a le droit de purger, il doit transcrire le jugement d'adjudication. Il en résulte que cet héritier doit, au moment de l'adjudication, payer le droit de transcription imposé en vertu de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, car ce texte déclare que le droit de transcription se perçoit à l'avance dans tous les cas où le titre est de nature à être transcrit, et il ne distingue pas suivant que la transcription est requise en vue de rendre l'aliénation opposable aux tiers, ou en vue de procéder aux formalités de la purge (Voir l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 12 janvier 1876 précité, D. P. 76.1.52, S. 76.1.81).

Si, au lieu d'un héritier bénéficiaire, il s'agit du *légataire* à titre particulier d'un immeuble hypothéqué, il semble que celui-ci, à tout le moins, ne devrait pas, pour procéder à la purge, avoir besoin de transcrire son titre (c'est-à-dire le testament). En effet, l'article 2181 n'exige la transcription que pour les *contrats* translatifs de la propriété d'immeubles. Cependant, certains auteurs appliquent encore ici l'article 2181, sous le prétexte que ce texte considère la transcription comme une condition essentielle de la purge. Il ne nous est pas possible de nous rallier à cette opinion qui repose exclusivement sur des arguments littéraux.

Il est vrai que la Jurisprudence a décidé que, si le défunt a légué un immeuble indivisément à plusieurs personnes, celui des légataires qui, sur la licitation de l'immeuble, s'en rend adjudicataire, est tenu de payer le droit de transcription, parce que son titre est de nature à être transcrit en vertu de l'article 2181 (Civ., 6 février 1889, D. P. 89.1.229, S. 89.1.385, note de M. G. Demante). Mais nous ne connaissons pas de décision qui ait imposé la même obligation au légataire à titre particulier de la pleine propriété d'un immeuble hypothéqué.

Obligation de transcrire les titres des propriétaires antérieurs non encore transcrits. — Depuis la loi du 23 mars 1855, l'acquéreur qui veut purger doit transcrire non seulement son acte d'acquisition, mais les contrats d'acquisition de ses auteurs, s'ils ne l'ont pas été. En effet, le vendeur reste propriétaire au regard des tiers, et les hypothèques nées de son chef peuvent être inscrites sur l'immeuble, tant que la vente n'est pas transcrite. Si donc l'acquéreur qui veut purger ne prenait pas cette précaution, il s'exposerait à voir apparaître, postérieurement à la purge, des inscriptions d'hypothèques émanant, non de son vendeur, mais des auteurs de celui-ci, inscriptions qui lui seraient opposables.

II. — Formalités que doit remplir l'acquéreur à l'égard des créanciers inscrits.

A l'égard des créanciers inscrits, et sans distinguer s'il s'agit d'hypothèques légales (femmes mariées, personnes en tutelle) dispensées d'inscription, mais inscrites en fait, ou de privilèges ou d'hypothèques soumises à l'inscription, la procédure est ainsi réglée :

1° Première phase : Notifications adressées à chacun des créanciers inscrits. — Ces notifications ont un double objet :

A) Elles mentionnent d'abord l'*offre de payer le prix entre les mains des créanciers* (art. 2184).

B) Elles contiennent en outre les *énonciations nécessaires pour renseigner exactement les créanciers sur la situation hypothécaire de l'immeuble*, et les mettre en situation de décider s'ils doivent accepter ou refuser l'offre qui leur est adressée (art. 2183).

L'article 832 du Code de procédure civile nous dit que ces notifications sont faites par un huissier commis à cet effet, sur simple requête, par le président du tribunal civil de l'arrondissement où elles ont lieu. Elles doivent contenir constitution d'avoué près le tribunal devant lequel la surenchère et l'ordre devront être portés.

Les notifications doivent être adressées à chacun des créanciers inscrits, aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions (art. 2183, 1er al., *in fine*).

Si l'un des créanciers avait été omis, la purge ne serait pas pour cela frappée de nullité ; elle conserverait ses effets à l'égard des autres. Quant au créancier omis, la loi le traite différemment, suivant que l'omission est imputable au conservateur des hypothèques ou au tiers acquéreur.

Est-ce le conservateur qui est coupable, parce qu'il n'a pas fait figurer une des inscriptions dans l'état délivré par lui au tiers acquéreur, l'immeuble est purgé de l'hypothèque du créancier omis comme des autres. La loi accorde seulement au créancier le droit de se faire colloquer sur le prix, tant que l'ordre n'est pas clos (art. 2198). S'il arrive trop tard, il lui reste un recours en responsabilité contre le conservateur (art. 2197).

Si l'erreur a été commise par le tiers acquéreur, le créancier conserve son droit d'hypothèque sur l'immeuble. Il pourra donc, s'il est prévenu, en fait, de la purge, se présenter à l'ordre et obtenir sa collocation ; ou bien, s'il n'est pas prévenu, il conservera son droit de suite sur l'immeuble.

A. — **Offre de payer.** — C'est là le but principal des notifications. L'acquéreur déclare qu'il est prêt à acquitter, *sur-le-champ*, les dettes et charges hypothécaires, *sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles*, mais jusqu'à concurrence seulement du prix, s'il est un acheteur, ou de l'évaluation de l'immeuble, s'il est un donataire ou un légataire ou encore un échangiste (art. 2184 et 2183, 1°, *in fine*).

Le tiers acquéreur offre de payer *sur-le-champ*. Son offre doit donc être pure et simple ; il ne peut pas la subordonner aux délais de paiement sti-

pulés en sa faveur dans l'acte de vente. La loi ne lui permet pas de modifier les règles de la purge, en prétendant se prévaloir, vis-à-vis des créanciers, des stipulations de son contrat d'acquisition qui sont, pour ceux-ci, *res inter alios acta* (Civ., 5 février 1900, D. P. 1900.1.219, S. 1901.1.77). Le tiers acquéreur ne pourrait pas, notamment, invoquer une clause qui lui permettrait de déduire du prix le montant des frais dont le paiement lui incombe aux termes de l'article 1593 du Code civil.

En revanche, le tiers acquéreur n'a pas à tenir compte des dates d'échéance des diverses créances hypothécaires. Les créanciers à terme sont obligés de prendre parti dans le même délai que les autres. La loi veut que l'effet de l'offre ne soit retardé, ni du côté de l'offrant, ni du côté des créanciers. Elle désire que l'on aboutisse sans retard.

Enfin, l'*offre doit être intégrale*, ce qui signifie qu'elle doit comprendre le prix tout entier, lorsqu'il y a prix. L'acquéreur ne peut pas prétendre en retenir une partie, sous prétexte qu'il en serait libéré par l'effet de la compensation légale.

Lorsque l'acquéreur n'est pas un acheteur, mais un acquéreur à titre gratuit, il est libre, au contraire, de faire l'évaluation comme bon lui semble. L'article 2183-1° *in fine* ne lui impose aucun contrôle. Les créanciers sont suffisamment garantis, aux yeux de la loi, par leur droit de surenchère.

Caractère juridique de l'offre. — L'offre n'est pas une simple pollicitation, qui ne lie l'offrant qu'autant qu'elle s'est transformée en contrat par l'acceptation de l'autre partie. *C'est un véritable engagement par acte de volonté unilatérale*. L'acquéreur ne peut donc pas la rétracter par sa seule volonté ; il est obligé dès l'émission de l'offre envers les créanciers. Si cette solution n'est pas écrite dans la loi, elle résulte de ce fait que les créanciers ont la faculté d'accepter ou de refuser pendant un délai de quarante jours. Le tiers acquéreur s'engage donc nécessairement pour la durée de ce délai. On ne comprendrait pas, du reste, qu'il pût arbitrairement arrêter la procédure qu'il a ouverte (V. Civ., 9 avril 1878, motifs, D. P. 78.1.372, S. 78.1.319 ; Trib. civ. Seine, 16 mai 1893, D. P. 93.2.553).

B. — **Enonciations destinées à faire connaître aux créanciers la situation hypothécaire de l'immeuble.** — L'article 2183 énumère les énonciations qui doivent être insérées dans les notifications, afin de permettre aux créanciers de se prononcer en connaissance de cause. Elles sont de trois sortes :

α) *Un extrait du titre d'acquisition* de celui qui veut purger, contenant :

α) *La date et la qualité de l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur ;* cela, afin que les créanciers puissent vérifier si le requérant est bien en droit de purger ;

β) *La nature et la situation de la chose donnée ou vendue*, et, s'il s'agit d'un corps de biens, la dénomination générale seulement du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé.

Si le contrat d'acquisition comprend à la fois des meubles et des im-

meubles, ou plusieurs immeubles, dont les uns sont hypothéqués et les autres ne le sont pas, il faut procéder à une ventilation du prix de chaque bien, afin que le créancier sache exactement quel est le prix afférent à l'immeuble sur lequel il a hypothèque (art. 2192). Cette ventilation est imposée sous peine de nullité (V. la note de M. César-Bru sous Trib. civ. Vannes, 17 mars 1904, D. P. 1904.2.193).

γ) Le *prix et les charges faisant partie du prix, ou l'évaluation de la chose, si elle a été donnée.* Par « charges faisant partie du prix », le texte vise toutes les sommes ou prestations que l'acquéreur s'est obligé de payer en sus du prix proprement dit, par exemple, le paiement des contributions déjà échues avant son entrée en jouissance, les sommes qu'il doit rembourser pour frais de culture et de semences, la rente viagère stipulée par le vendeur au profit d'un tiers, etc... Toutes ces prestations font en effet partie du prix ; elles viennent s'y ajouter.

Quant aux frais qui incombent normalement à l'acquéreur, droits de mutation et d'enregistrement, frais d'actes, ce ne sont pas des charges du prix, car ils ne sont pas payés en l'acquit du vendeur et ne profitent pas, par conséquent, à ce dernier (V. la note de M. de Loynes sous Civ., 14 novembre 1894, D. P. 96.1.514, nos 1 et 2).

b) *Un extrait de la transcription de l'acte d'acquisition.*

c) *Un tableau des inscriptions grevant l'immeuble.* La loi exige que ce tableau fasse connaître exactement le montant des charges hypothécaires. Elle prescrit, en conséquence, de le dresser sur trois colonnes ainsi conçues :

Dates des hypothèques et des inscriptions	*Noms des créanciers*	*Montant des créances inscrites.*

Le créancier verra ainsi aisément si la somme offerte suffit ou non à le désintéresser.

2° Deuxième phase. — Option des créanciers dans les quarante jours de la notification. — Dans les quarante jours qui suivent la réception de la notification, chaque créancier doit opter entre l'une ou l'autre de ces alternatives : ou accepter le prix offert, ou requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques (art. 2185, 1er al.).

A. — **Premier parti : Acceptation de l'offre.** — C'est le parti que prennent le plus souvent en fait les créanciers, soit parce qu'ils n'ont pas l'espoir d'obtenir d'une vente en justice un prix plus élevé que la somme offerte, soit parce qu'ils pensent que l'excédent qu'ils obtiendraient suffirait seulement à couvrir les charges qui incomberont à l'adjudicataire, lesquelles sont assez lourdes, comme nous le verrons.

L'acceptation des créanciers n'a pas besoin d'être expresse. Elle résulte de ce fait qu'ils laissent passer le délai de quarante jours sans requérir la mise aux enchères.

A l'expiration de ce délai, le requérant sera donc obligé de payer le prix entre les mains des créanciers. Mais, le plus souvent, il ne paiera pas directement : il consignera jusqu'au moment où la procédure d'ordre sera

close. L'article 2186 constate, en ces termes, cet effet de l'acceptation : « A défaut, par les créanciers, d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilège et hypothèque, en payant le dit prix aux créanciers qui seront en ordre de le recevoir, ou en le consignant. »

Ajoutons que rien ne met obstacle à ce que le tiers détenteur et les créanciers inscrits s'entendent à l'amiable, et que les créanciers acceptent l'offre qui leur est faite et dispensent l'acquéreur de la notification (Req., 15 mars 1876, D. P. 78.1 64). Un tel procédé offre l'avantage d'économiser des frais considérables.

A partir de quel moment sont dus les intérêts du prix ? — La question a été fort discutée entre les auteurs et a suscité diverses réponses. Certains ont prétendu que le requérant doit les intérêts à compter du jour de la vente, parce qu'ils sont l'accessoire du prix. Mais c'était oublier que les créanciers n'ont aucun droit aux revenus de la chose, tant qu'ils ne l'ont pas saisie. A quel titre réclameraient-ils les fruits ? Il faut donc repousser cette solution, et résoudre notre question par la distinction suivante :

Si le tiers acquéreur ne s'est décidé à faire la purge qu'*après avoir reçu du créancier une sommation de payer* ou délaisser, c'est à partir de cette sommation qu'il doit les intérêts. L'article 2176 décide en effet que *les fruits de l'immeuble* sont dus aux créanciers à compter de ce jour. Or, en acceptant l'offre du prix, les créanciers ont renoncé à leurs droits sur l'immeuble et consenti à les transporter sur le prix : celui-ci se trouve donc substitué l'immeuble.

Si, au contraire, le requérant a fait les notifications *avant toute poursuite*, les intérêts courent à parti des notifications : c'est à partir de ce moment que le détenteur se reconnaît débiteur du prix, et que le droit des créanciers est transporté de l'immeuble sur ce prix (V. Civ., 9 août 1859, D. P. 59.1. 346, S. 59.1.785 ; Bordeaux, 21 février 1893, D. P. 93.2.361 ; Grenoble, 20 janvier 1894, D. P. 94.2.473, note de M. de Loynes, S. 95.2.201, note de M. Dalmbert, *P. Fr.*, 1895.2.193, note de M. Charmont ; Civ., 6 mars 1900, D. P. 1902.1.305, note de M. de Loynes, S. 1901.1.281, note de M.-Ferron).

B. — **Deuxième parti : Réquisition de mise aux enchères.** — Si les créanciers ne trouvent pas l'offre suffisante, ils doivent, *dans le délai de quarante jours à dater de la notification*, requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques (art. 2185).

Ce droit appartient à l'un quelconque des créanciers inscrits sur l'immeuble.

Il est soumis aux deux conditions suivantes :

a) Le créancier qui requiert la vente en justice doit s'engager dans ladite réquisition à *porter le prix à un dixième en sus de celui qui a été offert.* C'est la *surenchère du dixième.*

b) Il doit offrir, dans le même acte, de *donner caution* jusqu'à concurrence du nouveau prix ainsi fixé et des charges qui incomberont au surenchérisseur. La loi ne veut pas, en effet, que pareil engagement soit pris à la légère.

La réquisition de mise aux enchères est fait par exploit d'huissier et contient constitution d'avoué, comme la notification elle-même (art. 838, C. proc. civ.). L'original et les copies de ces exploits doivent être signés par le créancier requérant ou son fondé de procuration expresse (art. 2185-4°).

La réquisition est signifiée : α) au nouveau propriétaire, c'est-à-dire à l'auteur des offres ; β) au précédent propriétaire ; γ) au débiteur principal, s'il n'est pas l'auteur direct du détenteur actuel. Il importe, en effet, de prévenir ces deux dernières personnes, car la mise aux enchères va les exposer à un recours en garantie (art. 2185, 1° et 3°).

Ces conditions de forme sont substantielles. En effet, l'article 2185 *in fine* sanctionne par la nullité l'inobservation des formalités qu'il prescrit.

Effets de la réquisition de mise aux enchères. — Cette réquisition ne peut plus être retirée par le créancier qui l'a faite. Chaque créancier acquiert, en effet, à partir de ce moment, le droit de se faire subroger à la poursuite commencée, si le surenchérisseur n'y donne pas suite *dans le mois de la réquisition*. La subrogation a lieu en ce cas aux risques et périls du surenchérisseur, sa caution continuant à être obligée (art. 833, C. proc. civ.).

Bien plus, le créancier ne saurait arrêter les effets de la surenchère, même en offrant de payer sa soumission. « Le désistement du créancier requérant la mise aux enchères, dit l'article 2190, ne peut, même quand le créancier paierait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication publique, si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers hypothécaires ». Les créanciers ont, en effet, un intérêt évident à ce que la mise aux enchères ait lieu ; non seulement ils peuvent compter sur le montant de la surenchère ; mais, de plus, ils ont l'espoir qu'il se présentera d'autres enchérisseurs.

Formes de la revente. — La revente sur la surenchère du dixième se fait suivant les formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence soit du créancier qui l'a requise, soit du nouveau propriétaire.

Le poursuivant énonce dans les affiches le prix stipulé dans le contrat, ou déclaré, et la somme en sus à laquelle le créancier s'est obligé de la porter ou faire porter (art. 2187).

III. — Formalités que doit remplir l'acquéreur qui veut purger à l'égard des créanciers à hypothèques occultes.

On se souvient que, bien que non inscrites, les hypothèques des femmes mariées et des personnes en tutelle sont opposables au tiers acquéreur. Celui-ci, qui peut ignorer leur existence, se trouvera ainsi dans l'impossibilité de leur faire notification. De là, lorsqu'il recourt à la purge, l'impossi-

bilité d'employer les formes de la procédure ordinaire dont la caractéristique réside dans les notifications, et la nécessité d'employer des formalités de publicité destinées à prévenir les créanciers à hypothèques occultes et à les déterminer à prendre inscription. Le Code civil a donc maintenu en cette matière le système que l'édit de 1771 avait institué pour nettoyer l'immeuble, à une époque où toutes les hypothèques étaient occultes, et il organise une procédure très différente de celle que nous avons étudiée jusqu'ici.

On désigne quelquefois cette procédure spéciale sous le nom de *purge des hypothèques légales*, ou même, par abréviation, de *purge légale* ; mais il va de soi qu'elle ne s'applique qu'aux hypothèques légales *dispensées d'inscription, et dans le cas seulement où, en fait, elles n'ont pas été inscrites.*

1° Première phase : Publicité (art. 2194). — La première phase de la *purge légale* comprend les formalités destinées à porter à la connaissance des créanciers dont l'hypothèque légale n'est pas inscrite la procédure entamée par le tiers acquéreur. Ces formalités sont les suivantes :

A. — Le tiers acquéreur dépose au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens une *copie collationnée*, c'est-à-dire faite sur la minute ou l'original de l'acte, *du contrat translatif de propriété.*

B. — Un extrait de ce contrat est *affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal.* Cet extrait, destiné à prévenir les intéressés, contient les mêmes mentions que celles qui sont énoncées dans les notifications adressées aux créanciers inscrits, c'est-à-dire : *a*) la date du contrat, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants : *b*) la désignation de la nature et de la situation des biens ; *c*) le prix et les autres charges de la vente, ou l'évaluation de l'immeuble en cas d'acquisition à titre gratuit.

C. — Le tiers acquéreur *signifie* à la femme de son auteur ou au subrogé tuteur du pupille, lorsqu'il les connaît, ainsi qu'au procureur de la République près le tribunal, le dépôt qu'il a effectué.

Cette troisième formalité est la seule vraiment efficace, et il eût été beaucoup plus simple, lorsque le tiers acquéreur connaît l'existence des créanciers à hypothèque légale, de lui imposer l'obligation de leur adresser une notification comme aux créanciers inscrits, notification qui les eût beaucoup mieux renseignés.

Quoi qu'il en soit, la signification devient impossible quand l'acquéreur ignore s'il y a des hypothèques légales, ce qui est souvent le cas. Un avis du Conseil d'Etat des 9 mai-1er juin 1807 a prescrit, en cette hypothèse, d'employer les formalités suivantes. Le tiers acquéreur déclare, dans la signification qu'il adresse au procureur de la République, ne pas connaître les créanciers à hypothèque légale. En outre, il fait insérer la signification dans les journaux du département chargés des annonces judiciaires.

Il y a bien des chances, on le comprend, pour que ce mode de publicité impersonnelle ne prévienne pas effectivement les intéressés. Aussi, le tiers acquéreur ne doit-il s'en contenter que *quand il ne les connaît pas et ne peut pas les connaître*. Il doit donc faire les recherches nécessaires pour se rensei-

gner : sinon, le défaut de signification personnelle annulera la procédure (Civ., 14 janvier 1817, D.J.G., *Privilèges et hypoth.*, 2249, 1°, S. chr. ; Pau, 23 juin 1884, D. P. 85.2.253).

2° **Deuxième phase :** La deuxième phase de la purge légale comprend les formalités par lesquelles les créanciers à hypothèque occulte, réputés touchés par la publicité précédente, font valoir leurs droits, et faute desquelles ils en sont déclarés déchus.

Délai de deux mois pour prendre inscription (art. 2195). — Dans les deux mois qui suivent l'exposition du contrat, les créanciers intéressés *doivent inscrire leur hypothèque.*

S'ils prennent inscription, ils sont dès lors assimilés aux autres créanciers et ont comme eux le droit de faire surenchère. Mais on admet qu'ils ne jouissent pas pour cela d'un nouveau délai de quarante jours. *Ils doivent surenchérir, lorsqu'ils prennent ce parti, dans les deux mois qui leur sont impartis pour s'inscrire.*

S'ils ne prennent pas inscription, l'immeuble est purgé ; il passe à l'acquéreur, dit l'article 2195, 1er al., sans aucune charge, à raison des dots, reprises et conventions matrimoniales de la femme ou de la gestion du tuteur.

Mais la femme mariée, le mineur, l'interdit, ainsi déchus de leur droit de suite, perdent-ils également le droit de se présenter à l'ordre pour être colloqués au rang de leur hypothèque? La question n'avait pas été prévue par le Code civil et donnait lieu à controverse. La Cour de cassation s'était prononcée contre le maintien du droit de préférence. La loi du 21 mai 1858, qui a modifié le Code de procédure civile, a décidé, au contraire (art. 772, 5e al,), que *le droit de préférence survit au profit des intéressés*, mais à une double condition :

a) Qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois suivant l'expiration du délai de l'article 2195 (deux mois à partir de l'exposition du contrat), les créanciers à hypothèque occulte ayant, bien entendu, le droit de provoquer l'ouverture de cet ordre ;

b) Que les créanciers produisent à cet ordre dans le délai fixé par l'article 754 du Code de procédure civile, si l'ordre est judiciaire, ou avant sa clôture, s'il est amiable [1].

Collocation des créanciers à hypothèque légale. — La présence

1. Cette survie du droit de préférence n'est pas sans danger pour les créanciers inscrits, car il peut arriver que ceux-ci soient trompés par la non inscription des hypothèques légales, et, comptant être payés sur le prix offert, négligent de faire une surenchère ; ils se verront ensuite opposer le droit de préférence. Aussi le projet voté par le Sénat supprime-t-il cette faveur, et décide-t-il que les créanciers à hypothèque légale qui n'ont pas pris d'inscription dans le délai fixé, perdent, en même temps que le droit de suite, le droit de préférence.

Le texte projeté ajoute que le tiers détenteur doit purger les hypothèques occultes avant de remplir les formalités de purge des hypothèques inscrites. Il importe, en effet, que les créanciers inscrits connaissent, au moment où ils sont appelés à opter, les hypothèques légales qui leur sont opposables.

des créanciers à hypothèque légale va compliquer le règlement de l'ordre à raison du caractère éventuel, indéterminé, de leurs créances. S'ils sont primés par des créanciers antérieurs qui absorbent la totalité du prix, il n'y a pas de difficulté, puisqu'ils n'ont droit à rien (art. 2195, 2e al.). Mais il n'en est pas de même s'ils viennent au premier rang. Examinons cette hypothèse, en distinguant suivant qu'il s'agit de personnes en tutelle ou de femmes mariées.

A — La situation est particulièrement compliquée en ce qui concerne *le mineur et l'interdit*, car toutes les créances de ces derniers prennent rang au jour de l'ouverture de la tutelle, et on n'en connaîtra le montant exact qu'au jour où la tutelle sera finie. Comment donc procéder ? Le mieux serait évidemment d'attendre le moment où les créances seront définitivement déterminées et de consigner le prix jusque-là. Mais il est inutile d'insister sur les inconvénients d'un pareil retard. Les autres créanciers, auxquels on impose la purge, ont évidemment le droit de demander à être payés sur-le-champ. C'est pour eux la juste compensation de l'atteinte portée à leurs droits. Aussi la pratique a-t-elle imaginé une solution qui concilie tant bien que mal les intérêts en présence. On distribue aux autres créanciers le prix de l'immeuble, à la charge par eux d'offrir un gage hypothécaire ou une caution suffisante pour la garantie des restitutions éventuelles à faire au mineur ou à l'interdit, lors de la reddition du compte de tutelle (Civ., 9 janvier 1855, D. P. 55.1.28, S. 55.1.125).

B. — Pour les *femmes mariées*, la situation est différente, parce que le rang de leur hypothèque varie suivant la catégorie à laquelle appartiennent leurs créances. Il convient donc de faire des distinctions :

a) Si la femme *n'a pas actuellement de créance* contre son mari, elle n'a droit à aucune collocation. Elle ne peut pas demander, notamment, que ses droits soient réservés, sous prétexte qu'une succession peut lui échoir, ou qu'elle peut s'engager dans l'avenir pour les besoins de la communauté. En effet, l'hypothèque légale ne garantira ces créances qu'au jour où elles prendront naissance, et ne peut pas frapper dès lors les biens aliénés antérieurement. Il n'y a donc à s'occuper que des créances actuelles ou futures qui prendront rang à une date antérieure à la transcription du jugement d'adjudication.

b) Pour les *créances actuelles*, c'est-à-dire déjà nées, la femme sera colloquée dans l'ordre, mais nous verrons plus loin que le montant de sa collocation ne lui sera pas immédiatement versé.

c) Pour les *créances conditionnelles*, par exemple, pour le paiement d'un gain de survie stipulé dans le contrat de mariage, la femme sera traitée comme tout autre créancier conditionnel.

d) Enfin, pour les *créances éventuelles à rang utile*, c'est-à-dire pour celles qui pourraient naître plus tard, mais prendre rang utilement dans l'ordre parce qu'elles remonteraient au jour du mariage, par exemple, pour la créance de la femme résultant des détériorations commises par le mari sur ses biens ou d'une pension alimentaire qui lui serait allouée après séparation de corps, la femme nepeut ni demander une collation provisoire, ni

exiger aucune mesure conservatoire. Il n'y a pas en effet d'évaluation possible de sa créance, et ce serait vraiment exagérer la protection à laquelle elle a droit, que de suspendre le règlement de l'ordre, sous le prétexte qu'une créance peut naître dans l'avenir au profit de la femme.

Quoi qu'il en soit, dans tous les cas où une collocation actuelle et définitive doit être attribuée à la femme, que faudra-t-il faire du montant de cette collocation ? Une nouvelle difficulté se présente en effet ici. Tant qu'elle n'est pas séparée de corps ou de biens, la femme ne peut pas toucher elle-même la somme qui lui revient, car ce n'est pas elle qui administre ses biens, et elle n'a droit à la restitution de son patrimoine qu'au jour de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps ou de biens. Verser, d'autre part, purement et simplement le montant de la collocation entre les mains du mari, serait anéantir la garantie dont jouissait la femme. Il n'y a donc que trois solutions : consigner le prix ; le laisser aux mains de l'acquéreur jusqu'au jour où la femme pourra le toucher ; ou enfin faire ordonner par justice que le prix sera versé au mari à condition d'emploi. La pratique et la Jurisprudence ne paraissent pas avoir opté d'une façon décisive entre ces trois procédés dont l'adoption, dès lors, dépend essentiellement des circonstances particulières de chaque hypothèse.

On voit assez par tout ce qui précède à quelles complications conduisent les hypothèques légales des mineurs et femmes mariées. C'est une raison de plus pour en demander l'abolition.

§ 4. — Effets de l'adjudication sur surenchère du dixième.

Qu'il s'agisse de purge ordinaire ou de purge légale, et à supposer qu'il y ait eu surenchère du dixième, nous avons à nous demander quels en sont les effets. Il faut distinguer ici suivant que l'adjudication qui suit la mise aux enchères est prononcée au profit du tiers acquéreur ou au profit d'une autre personne.

I. — L'adjudication est prononcée au profit du tiers acquéreur.

On suppose que le tiers acquéreur, tenant à l'immeuble dont il avait entamé la purge, se résigne à le payer plus cher, et, en conséquence, se fait déclarer adjudicataire dans la vente consécutive à la surenchère. Ce tiers acquéreur était déjà propriétaire de l'immeuble ; le jugement d'adjudication *consolide* définitivement son droit en le mettant à l'abri des poursuites des créanciers hypothécaires. L'article 2189 conclut de là que ce jugement n'a pas besoin d'être transcrit, disposition qu'on est étonné de trouver dans le Code civil de 1804, et qui a fourni naguère un argument à ceux qui soutenaient que ses rédacteurs avaient entendu maintenir la publicité des mutations immobilières.

Si le tiers acquéreur conserve la propriété de l'immeuble, ce n'est, avons-nous dit, qu'au prix d'un sacrifice. Ce sacrifice comprend d'abord l'excé-

dent du prix d'adjudication sur le prix ou la valeur de la chose qu'il offrait aux créanciers, et, en outre, les frais de la procédure de mise aux enchères.

Ce sacrifice, en toute équité, ne doit pas retomber sur le tiers acquéreur, définitivement adjudicataire. Celui-ci peut, en conséquence, tout d'abord demander au débiteur principal le remboursement des sommes qu'il a exposées, non seulement, comme on le dit quelquefois, jusqu'à concurrence des dettes de ce dernier qui ont été payées, mais pour le total, car c'est par la faute de ce débiteur qu'il a subi l'expropriation. Il a, à cet effet, contre le débiteur, non seulement une action en gestion d'affaire, mais une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382. Mais, on le comprend aisément, ce recours est, en fait, le plus souvent platonique, le débiteur étant généralement insolvable.

Le tiers acquéreur peut, d'autre part, intenter une action en garantie contre son auteur, dans les cas où il est acquéreur à titre onéreux (art. 1626 et s.), ou donataire en vertu d'une constitution de dot (art. 1440, 1547). Cette action lui permettra de réclamer le remboursement de l'excédent du prix, et l'intérêt de cet excédent à compter de chaque paiement (art. 2191), les frais qu'il a dû payer, et enfin des dommages-intérêts (art. 1630).

II. — L'adjudication est prononcée au profit d'une autre personne.

On suppose maintenant que le tiers acquéreur, estimant qu'il avait payé l'immeuble son juste prix, ou ne disposant point de ressources suffisantes, a renoncé à se porter enchérisseur, et a laissé un tiers obtenir l'adjudication.

Nous avons à déterminer quels sont les effets que cette adjudication va produire à l'égard du tiers détenteur évincé.

Pour cela il faut examiner les trois points suivants :

1° Le remboursement des frais faits par l'acquéreur surenchéri ;

2° Le règlement de compte provenant des améliorations ou détériorations de l'immeuble qui se sont produites pendant que l'immeuble était entre ses mains ;

3° La résolution de son droit.

1° Remboursement des frais faits par le tiers détenteur. — D'après l'article 2188, l'adjudicataire est tenu, *au delà du prix de son adjudication*, de rembourser au tiers détenteur tous les frais qu'il a dû payer, soit pour devenir propriétaire de l'immeuble, soit jusqu'à l'adjudication, ce qui comprend :

A. — Les frais et loyaux coûts de son contrat d'acquisition ,

B. — Les frais de transcription ;

C. — Les frais de notification et les frais faits pour parvenir à la revente.

Il est juste en effet que le tiers détenteur soit indemnisé de toutes ces dépenses, puisqu'il ne conserve pas l'immeuble. Il est vrai qu'il pourrait les réclamer au débiteur ou à son auteur, mais la loi juge plus simple et plus sûr de le faire rembourser par l'adjudicataire.

Cette obligation imposée à l'adjudicataire constitue pour lui une lourde charge qui vient s'ajouter à la surenchère du dixième. Le créancier qui surenchérit ne doit pas manquer de les faire entrer en ligne de compte, s'il veut apprécier les chances de réadjudication et le bénéfice qu'il peut espérer de sa surenchère. C'est encore là une des raisons pour lesquelles les créanciers usent rarement de la surenchère du dixième. Cette surenchère, en y joignant les frais qu'elle entraîne, conduit en effet à une majoration qui peut être évaluée pratiquement presque au tiers de la somme offerte par le tiers acquéreur lorsqu'il procède à la purge.

2° **Impenses et détériorations.** — Le tiers acquéreur dépossédé doit également être indemnisé des dépenses et améliorations qu'il a faites sur l'immeuble. Il serait injuste qu'il ne le fût pas. On est donc d'accord pour appliquer ici par analogie l'article 2175 qui consacre cette solution pour le cas où le tiers détenteur est exproprié par les créanciers. Mais comme aucun texte n'impose à l'adjudicataire l'obligation de régler les impenses, c'est aux créanciers hypothécaires que le tiers acquéreur dépossédé devra en réclamer le remboursement, et demander que la plus-value à lui rembourser soit prélevée sur le prix d'adjudication. On discute, il est vrai, la question de savoir si le tiers acquéreur surenchéri pourrait également demander qu'une clause spéciale du cahier des charges imposât à l'adjudicataire l'obligation de payer cette plus-value en sus du prix d'adjudication (En ce sens : Bordeaux, 12 août 1902, D. P. 1906.2.409 et Civ., 14 décembre 1881, D. P. 82.1.168. *Contrà* : Caen, 27 avril 1903, D. P. 1906.2.409.)

Quant aux *détériorations* que le tiers détenteur surenchéri a pu causer à l'immeuble, il est également juste qu'il paye une indemnité égale à la moins-value qu'elles entraînent (Arg. art. 2175). Cette indemnité sera due à l'adjudicataire, car c'est lui qui est lésé, puisqu'il acquiert l'immeuble comme s'il n'était pas déprécié. Il est évident, en effet, que le prix offert par le tiers acquéreur qui purge représentait la valeur réelle de l'immeuble, avant qu'il eût subi des dégradations.

3° **Résolution du droit de propriété du tiers acquéreur.** — L'adjudication prononcée au profit d'un tiers fait passer le droit de propriété de la tête de l'acquéreur sur celle de l'adjudicataire. Telle est la solution que nous avons admise ci-dessus pour le cas d'expropriation forcée. Telle est celle qui doit également s'appliquer ici, semble-t-il. Et pourtant, par une contradiction qui reste théoriquement inexplicable, la Jurisprudence distingue entre ces deux hypothèses. D'accord avec la Doctrine sur l'effet de l'adjudication après saisie, elle décide au contraire que *l'adjudication sur surenchère du dixième au cas de purge résout le droit de propriété du tiers détenteur et l'efface rétroactivement.* L'adjudication sur surenchère, dit la Cour de cassation, a pour effet de faire évanouir la propriété du tiers détenteur, et de faire succéder directement, sans intermédiaire, l'adjudicataire au débiteur hypothécaire (Req., 13 décembre 1887, D. P. 88.1.337, S. 89.1.473. Voir aussi Civ., 10 avril 1848, D. P. 48.1.160, S. 48.1.357 ; Req.,

15 décembre 1862, D. P. 63.1.161, S. 63.1.57 ; Civ., 26 juillet 1894, D. P. 96.1.281, S. 94.1.408).

La Jurisprudence invoque deux arguments à l'appui de cette solution :

Elle tire le premier du texte de l'article 2188. Cet article décide que l'adjudicataire est tenu de restituer au tiers acquéreur les frais et loyaux coûts de son contrat. N'est-ce pas une preuve, dit-on, que ce contrat est considéré comme anéanti ?

En second lieu, la Cour supréme invoque l'effet ordinaire des surenchères. L'adjudication sur surenchère, dit-elle, opère toujours résolution de la propriété du premier adjudicataire, car celui-ci n'était devenu propriétaire que sous la condition qu'il n'y aurait pas de surenchère venant le dépouiller de son droit.

Enfin, ajoute la Cour de cassation, la différence entre le cas de la saisie et le nôtre s'explique aisément. Au cas de saisie, les créanciers traitent le tiers détenteur comme propriétaire ; ils reconnaissent la validité de son titre, puisqu'ils exercent la saisie contre lui. Il n'en est pas de même à l'égard du tiers qui purge. Ici, les créanciers, refusant le prix qui leur est offert parce qu'ils le tiennent pour insuffisant, protestent contre l'acquisition, et s'attaquent directement au titre du tiers détenteur (V. Req., 15 décembre 1862, D. P. 63.1.161, S. 63.1.57).

On ne peut pas ne pas être frappé de la faiblesse de ces arguments. Le seul qui ait quelque valeur est celui qui se fonde sur l'article 2188, mais il attache à la solution d'équité de ce texte une portée vraiment excessive.

Ce qu'il y a de plus curieux dans le système de la Jurisprudence, c'est qu'elle n'applique pas rigoureusement le principe qu'elle proclame. Elle n'en a jamais déduit en effet que deux conséquences que voici :

A. — *Les hypothèques concédées dans l'intervalle par l'acquéreur surenchéri ou nées de son chef sur l'immeuble, sont anéanties par le jugement d'adjudication.* On ne peut nier, du reste, que cette solution soit heureuse et pratique. C'est sans doute parce qu'elle a senti le besoin de la consacrer que la Jurisprudence a posé le principe de la résolution rétroactive. Ce ne serait pas la première fois qu'un principe trouverait sa raison d'être dans une conséquence qu'il est chargé d'expliquer. Ici, en effet, on pourrait craindre qu'un système contraire à celui de la Jurisprudence ne conduisît à une conséquence vraiment déplorable. Si l'adjudicataire définitif devait être considéré comme l'ayant cause de l'acquéreur surenchéri, il en résulterait que les hypothèques, nées du chef de celui-ci et inscrites avant la transcription du jugement d'adjudication définitif, seraient maintenues. Car *ces hypothèques ne sont pas purgées par ledit jugement*, les créanciers du chef de l'acquéreur surenchéri n'ayant pas été parties à la procédure de la purge, et n'y ayant pas été reliés. La procédure de purge effectuée n'arriverait donc pas à nettoyer l'immeuble. Il faudrait que l'adjudicataire, s'il voulait affranchir son immeuble, recommençât une nouvelle procédure à l'égard des créanciers du tiers surenchéri. Et remarquons que, si cette procédure se terminait à son tour par une adjudication au profit d'un tiers, l'immeuble demeurerait encore grevé des hypothèques nées du

chef du premier adjudicataire. Un pareil résultat serait évidemment inacceptable.

B — *Si le prix d'adjudication dépasse le montant des hypothèques, l'excédent est attribué au vendeur et à ses créanciers chirographaires* (Req., 15 décembre 1862, précité). Ici encore, la solution admise est, il faut le reconnaître, plus équitable que celle à laquelle conduirait le système contraire Il ne serait pas juste d'attribuer ce reliquat à l'acquéreur, qui a été complètement désintéressé des frais de son contrat. Ce serait pour lui un bénéfice illégitime.

Telles sont les deux seules conséquences que la jurisprudence a déduites du principe de la résolution. Sans s'inquiéter du reproche d'illogisme que lui a adressé la doctrine, elle a laissé de côté l'idée de la résolution des droits de l'acquéreur intermédiaire, dans les cas où il lui a paru qu'elle conduirait à des solutions mauvaises, et c'est ainsi qu'elle décide, contrairement à sa propre thèse :

A'. — Que les hypothèques nées du chef du débiteur originaire, inscrites postérieurement à la transcription du titre de l'acquéreur, ne peuvent frapper l'immeuble par l'effet de la résolution de la vente résultant de la surenchère (Civ , 26 juillet 1894, D. P. 96.1.281, note de M. Loynes, S. 94.1.408) ;

B'. — Que l'acquéreur surenchéri n'est pas tenu de restituer les fruits qu'il a perçus (Civ., 19 avril 1865, D. P. 65.1.208, S. 65.1.280 ; 18 novembre 1924, D. P. 1925. 1.25, note de M. Paul Matter) ; il doit simplement les intérêts de son prix jusqu'au jour de la surenchère (Trib. civ. Nevers, 12 juin 1922, Gaz. Pal., 1922.2.137 ; Cf. Limoges, 7 juin 1922. D. P. 1923.2.73, note de M. César Bru).

C'. — Qu'enfin l'acquéreur surenchéri a un recours en garantie contre son vendeur (Civ., 28 mars 1843, D. J. G., *Privilège et hypoth.*, 2302, S. 43.1.297 ; Req., 15 décembre 1862, D. P. 63.1.161, S. 63.1.57 ; Cf. notes de M. de Loynes, D. P. 1902.1.305, et de M. Glasson, D. P. 88.1.337).

SECTION III. — Inscription des privilèges et hypothèques.

Tous les privilèges immobiliers (sauf les privilèges généraux de l'art. 2101) et toutes les hypothèques (même, d'après le vœu de la loi, les hypothèques légales de la femme mariée et des personnes en tutelle) doivent être rendus publics. Cette publicité se fait au moyen de bordereaux d'inscription remis au conservateur des hypothèques et reliés en registres par ses soins.

Pour étudier les règles relatives au fonctionnement de cette publicité, nous nous attacherons aux points ci-après :

1° Organisation de la conservation des hypothèques et tenue des registres ;

2° Où et comment se fait l'inscription ;

3° Dans quelle mesure l'inscription conserve-t-elle les intérêts à venir de la créance garantie ;

4° Renouvellement décennal des inscriptions ;

5° Radiation des inscriptions ;

I. — Organisation de la conservation des hypothèques et tenue des registres.

La conservation des hypothèques. — La publicité des privilèges immobiliers et des hypothèques se fait dans les bureaux de la conservation des hypothèques.

L'institution des conservateurs des hypothèques remonte à l'édit de 1771 qui a organisé la procédure de la purge. Leur rôle consistait alors à recevoir les oppositions des créanciers auxquels le prix de l'immeuble était offert.

La loi du 21 ventôse an VII, qui suivit de très près la grande loi hypothécaire du droit intermédiaire, en date de brumaire an VII, a réglé « l'organisation de la conservation des hypothèques. » Elle est toujours en vigueur.

Elle décide (art. 2) qu'il y aura un bureau de la conservation des hypothèques par chaque arrondissement, lequel est situé dans la commune où siège le tribunal civil (ce n'est pas toujours le siège de la sous-préfecture).

Cette règle a été partiellement modifiée par un décret du 23 novembre 1900, rendu en exécution de la loi de finances du 30 mai 1899. Ce décret a subdivisé, à dater du 1er janvier 1901, les circonscriptions des bureaux d'hypothèques de la Seine et des principales villes.

Les conservateurs des hypothèques sont chargés de recevoir et conserver les inscriptions *requises par les intéressés*[1].

Registres. — Il y a quatre registres distincts pour l'accomplissement des formalités que doit remplir le conservateur :

1° Le registre des inscriptions des privilèges et hypothèques ;

2° Le registre de transcription des actes de mutation ;

3° Le registre de transcription des saisies immobilières ;

4° Le registre des *remises* ou *de dépôts*, sur lequel les conservateurs inscrivent jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur sont faites d'actes de mutation ou de saisie immobilière, pour être transcrits, d'extraits, pour être mentionnés en marge, et de bordereaux (art. 2200).

Depuis la loi du 5 janvier 1875, ce dernier registre doit être tenu en double, l'un restant à la conservation, l'autre étant déposé, dans les trente jours qui suivent sa clôture, au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur (art. 2200 al. 3 et 4). Ce tribunal est désigné par un arrêté du ministre de la Justice depuis la loi du 10 mars 1922.

Quant aux troix premiers registres, il a paru impossible d'exiger la même précaution de la tenue en double, à cause des frais énormes qu'une semblable mesure eût entraînés pour l'Etat ou les particuliers, ou de l'excès de travail qu'elle eût imposé aux conservateurs. Le registre des dépôts con-

1. Il n'y a que deux cas dans lesquels le conservateur doit prendre d'office une inscription

1° L'article 2108 du Code civil lui prescrit d'inscrire le privilège du vendeur d'immeubles au moment de la transcription de la vente ;

2° L'article 7 de la loi du 21 ventôse an VII et l'article 7 de la loi du 5 septembre 1807 lui imposent l'obligation d'inscrire le privilège et l'hypothèque de l'Etat sur les immeubles acquis par ses comptables.

tenant mention de toutes les remises faites aux conservateur peut, du reste, permettre de reconstituer les autres, au cas où ils seraient détruits par un sinistre.

La loi du 1er mars 1918, modifiant les articles 2148, 2150, 2152, 2153, et 2108 du Code civil, a supprimé le registre des inscriptions en vue de simplifier la besogne du conservateur. Plus exactement, celui-ci n'est plus obligé de recopier sur un registre les bordereaux qui lui sont remis par les parties ; il les réunit, au fur et à mesure de leur présentation, en liasses qu'il fait périodiquement relier (art. 2 modifiant l'article 2150 du Code civil).

Notre système de publicité hypothécaire a pour base les noms des personnes intéressées, et non pas les immeubles grevés. Quand on veut connaître la situation hypothécaire d'un immeuble, il faut donc demander au conservateur s'il existe des inscriptions au nom du propriétaire actuel, ou des propriétaires antérieurs, et s'il n'y a pas eu de purge lors de la dernière mutation. Ce système est évidemment imparfait. Il serait préférable que les registres donnassent la situation hypothécaire de chaque immeuble. Mais, dans un pays où la propriété est aussi morcelée qu'en France, la réalisation d'une telle réforme présente, nous l'avons expliqué dans notre tome-Ier, les plus grandes difficultés.

§ 2. — Où et comment se fait l'inscription ?

I. — Où se fait l'inscription ?

L'inscription des privilèges et hypothèques se fait au bureau de la conservation des hypothèques dans la circonscription duquel est situé l'immeuble grevé (art. 2146, 1er al.).

Pour les hypothèques établies sur des actions immobilisées de la Banque de France, l'inscription se fait au premier bureau des hypothèques de Paris qui comprend dans son ressort le siège de la Banque de France.

II. — Comment se fait l'inscription ?

1° Qui peut la requérir ? — C'est le créancier hypothécaire ou privilégié qui requiert l'inscription ; il peut aussi confier ce soin à un mandataire, sans que le mandat soit soumis à aucune forme. Un simple gérant d'affaire pourrait également requérir l'inscription pour le compte du créancier (V. notamment Civ., 26 novembre 1895, D. P. 96.1.313, note de M. Planiol, n° 1, S. 96.1.73 ; 20 octobre 1897, D. P. 1902.1.49, note de M. Sarrut, S. 97.1.489, à propos d'obligations hypothécaires au porteur émises par une société).

L'inscription est un acte conservatoire qui peut être accompli par un incapable non habilité (Voir art. 2139, *in fine*).

2° Pièces nécessaires. — Le requérant doit apporter au conservateur des hypothèques trois pièces :

a) Le titre générateur du privilège ou de l'hypothèque (art. 2148, 1er al.).

b) Deux bordereaux absolument conformes l'un à l'autre signés par le requérant ou son représentant et certifiés exactement collationnés, rédigés sur des feuilles fournies par l'Administration aux frais des requérants. Ces bordereaux contiennent les mentions nécessaires à la publicité. (Voir les décrets des 29 mars 1918 et 21 mars 1921).

a) Titre générateur du privilège ou de l'hypothèque. — Le créancier, lisons-nous dans l'article 2148, 1er al., représente au conservateur des hypothèques « l'original ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. » Le titre peut être, en effet, soit un acte authentique, soit un acte sous seing privé. Le créancier est nécessairement porteur d'un acte authentique quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire. Dans les autres cas, à savoir quand il y a lieu à inscription d'un privilège immobilier ou de l'hypothèque légale du légataire, l'intéressé peut avoir à produire, soit un acte authentique, soit un simple acte sous seing privé (par exemple, vente, partage constatés par un acte privé, pour le privilège du vendeur ou du copartageant, procès-verbaux pour le privilège de l'architecte, testament olographe pour l'hypothèque du légataire).

Il se peut que le requérant n'ait pas de titre à produire. Ce sera le cas pour les créanciers héréditaires qui réclament l'inscription du privilège de la séparation des patrimoines, pour les femmes mariées, les mineurs ou les interdits invoquant leur hypothèque légale. L'article 2148, 1er al. nouveau *in fine*, dispense donc ces divers créanciers de la communication de leurs titres.

b) *Bordereau d'inscription.* — Les bordereaux sont des écrits sous seing privé, contenant toutes les mentions constitutives de la publicité. Le rôle du conservateur se borne à les relier, à les conserver et à en mentionner le dépôt sur le registre visé par l'article 2200. La date de l'inscription est déterminée par la mention portée sur ce registre.

Il importe donc que les bordereaux soient rédigés avec le plus grand soin, car de leur correction vont dépendre l'efficacité de la publicité et la validité de l'inscription. Aussi, en pratique, sont ce les notaires qui font cette rédaction.

L'un des deux bordereaux est, comme nous l'avons dit, conservé par le conservateur des hypothèques qui le relie à la suite des autres. L'autre est restitué au requérant en même temps que le titre, et, sur le bordereau restitué, le conservateur mentionne la date du dépôt, le volume et le numéro de classement du bordereau conservé aux archives (art. 2150).

III. — Mentions des bordereaux.

Les énonciations qui doivent figurer dans les bordereaux sont les suivantes (art. 2148-1° à 5°) :

1° *Désignation du créancier.* — Elle se fait en mentionnant les noms, pré-

noms, domicile du créancier, sa profession s'il en a une[1] ; s'il s'agit d'une société, la raison sociale et son siège.

Il faut, en outre, que le créancier fasse *élection de domicile* dans un lieu quelconque du ressort du tribunal civil de première instance de la situation des biens[2], même s'il y est domicilié de fait. En effet, le domicile de fait peut changer, et il faut que les intéressés connaissent par l'inscription un domicile invariable, parce que c'est ce domicile qui détermine la compétence du tribunal pour les actions auquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers en vue d'en d'obtenir la radiation (art. 2156) ; c'est aussi à ce domicile qu'ils seront assignés ; c'est enfin au même lieu que le tiers acquéreur devra faire les notifications à fin de purge (art. 2183, 1er al.).

Il est d'ailleurs loisible au créancier, ainsi qu'à ses représentants ou cessionnaires par acte authentique, de changer sur le registre des hypothèques le domicile primitivement élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même ressort (art. 2152).

2° *Désignation du débiteur.* — Le bordereau doit mentionner tous les nom et prénoms, du débiteur, dans l'ordre de l'état civil, son domicile, la date et le lieu de sa naissance[3], sa profession s'il en a une connue, et, s'il s'agit d'une société, la raison sociale et le siège.

On comprend l'importance de cette désignation, étant donné surtout que, d'une part, la publicité se fait par noms des parties, et que, d'autre part, certains noms se trouvent en fait portés par un fort grand nombre d'individus.

Lorsque l'immeuble hypothéqué appartient à une *caution réelle*, il faut indiquer à la fois le nom du débiteur et celui de la caution.

Au cas où l'inscription est prise contre un défunt, le créancier a le choix de la faire sur le défunt lui-même, ou sur ses héritiers.

Enfin, lorsque l'immeuble se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, le créancier, pouvant encore prendre inscription soit avant la transcription de l'aliénation, soit même après (hypothèque légale de la femme mariée ou du mineur, privilèges du vendeur et du copartageant inscriptibles dans les 45 jours de la vente ou du partage), doit mentionner dans le bordereau, non pas le nom du propriétaire actuel, mais celui de son débiteur.

3° *Acte générateur du privilège ou de l'hypothèque.* — L'inscription doit mentionner *la date et la nature du titre*, c'est-à-dire de l'acte qui a donné

1. Lorsque la constitution d'hypothèque est faite au porteur, il n'est pas possible de désigner le créancier. Cela avait fait douter de la validité d'une telle constitution, mais cette validité n'est plus contestée.

Quand une société émet des obligations au porteur avec garantie hypothécaire sur ses immeubles, l'inscription est prise au nom d'un tiers qui déclare agir comme gérant d'affaire des obligataires (V. Douai, 12 mai 1880, D. P. 82.2.243) ; ou bien on crée une société civile entre les obligataires, et c'est au nom de cette société que l'inscription est prise (V. Aix, 8 avril 1878, S. 79.2.313, note de M. Labbé).

2. Cette rédaction date de la loi du 17 juin 1907. Avant cette loi, l'élection devait être faite dans l'arrondissement du bureau, lequel coïncidait alors avec l'arrondissement judiciaire, puisqu'il n'y avait qu'un bureau par arrondissement.

3. Lorsqu'il s'agit d'une hypothèque judiciaire, l'indication de tous les prénoms du débiteur dans l'ordre de l'état civil, celle du lieu et de la date de naissance ne sont pas nécessaires (art. 2148, n° 2).

naissance au privilège ou à l'hypothèque, ou si le requérant est légalement dispensé de produire un titre, la *cause et la nature de la créance*.

La *date* du titre, quand il y en a un, permet de vérifier la capacité du constituant, la validité de la constitution.

La *nature* permet de savoir s'il s'agit d'un privilège ou d'une hypothèque, et si cette hypothèque est générale ou spéciale. L'inscrivant dira donc que le privilège ou l'hypothèque a sa source dans une vente, un partage, un acte notarié, un jugement, etc. (V. note de M. de Loynes, D. P. 95.2. 217).

4° *Montant de la créance et ses modalités.* — Il faut indiquer le montant du *capital de la créance*. Il faut également indiquer le montant des *accessoires de la créance*, lesquels peuvent être de nature diverse : *frais de l'inscription* (que l'art. 2155 met à la charge du débiteur, mais dont l'avance est faite par l'inscrivant), *frais du contrat, frais de délivrance du titre et de son enregistrement*, *dépens du procès* quand il s'agit d'une hypothèque judiciaire, *intérêts échus au jour de l'inscription*, car ces intérêts font partie de la créance.

Lorsque la créance est *conditionnelle*, il faut faire mention de la condition qui en suspend la formation ou l'extinction.

De même, si elle est *éventuelle*, il convient de l'indiquer, car il se peut qu'elle ne prenne pas naissance.

Lorsque le chiffre de la créance est *indéterminé*, ce qui peut arriver pour des créances pures et simples, conditionnelles ou éventuelles (exemples : créance en indemnité dont le chiffre n'est pas encore connu, rente viagère, prestation d'aliments, etc.), il faut que le créancier fasse, dans l'inscription, l'évaluation du montant de la créance (art. 2148-4° à rapprocher de l'art. 2132).

En dernier lieu il faut mentionner *l'époque d'exigibilité de la créance*, énonciation utile pour les tiers, et notamment pour le tiers détenteur qui voudrait profiter du délai de paiement accordé au débiteur, au lieu de purger immédiatement.

5° *Indication des biens grevés.* — L'inscription doit enfin énoncer *l'espèce et la situation des biens sur lesquels porte l'hypothèque* ainsi que les indications cadastrales permettant l'identification complète des biens (art. 2148, 5°). Nous avons déjà dit, à propos de la rédaction de l'acte constitutif d'hypothèque, que, lorsque la constitution d'hypothèque porte sur tous les biens du débiteur, ce qui est, nous le savons, assez fréquent, les tribunaux se contentent d'une mention globale ainsi conçue : « les immeubles compris dans l'arrondissement et consistant en maisons d'habitations, bâtiments et dépendances, jardins, terres labourables, prés, vignes et autres natures de propriété sans aucune exception ni réserve » (V. Req., 27 novembre 1893, D. P. 94.1.566, S. 94.1.349). Nous avons également dit que c'est le morcellement excessif de la terre qui a conduit le notariat et les tribunaux à se contenter de ce procédé d'indication globale.

Exception pour les hypothèques générales. — L'article 2148, 5°-2e alinéa, n'exige pas l'indication de l'espèce et de la situation des biens, dans le cas

des hypothèques légales de l'article 2121 et de l'hypothèque judiciaire. Celles-ci grèvent, en effet, tous les biens présents et à venir du débiteur. Il est donc inutile d'énumérer les immeubles. Une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles présents et à venir compris dans la circonscription du bureau (art. 2148, 5° loi 31 mai 1918).

Toutefois, l'exception ne vise pas la constitution d'hypothèque *sur les biens à venir*. Il faut donc prendre une nouvelle inscription à chaque acquisition faite par le débiteur.

En revanche, il faut appliquer la disposition de l'article 2148 *in fine* à *l'hypothèque légale des légataires* (Req., 20 novembre 1901, D. P. 1907 1 217, S. 1904.1.22) et à l'inscription de la *séparation des patrimoines*, car l'une et l'autre portant sur tous les immeubles de la succession, il n'est pas utile d'énumérer ceux-ci.

Règles spéciales concernant l'inscription des hypothèques légales de l'article 2121 (art. 2153). — Comme les hypothèques énoncées par l'article 2121, étant établies par la loi, échappent à la règle de la spécialité, tant au point de vue des créances qu'elles garantissent que des immeubles qu'elle grèvent, les mentions de leur inscription se trouvent simplifiées de la façon indiquée par l'article 2153 :

1° Le créancier n'a pas à représenter au conservateur son titre de créance ; il se contente d'apporter les deux bordereaux.

2° Il n'est pas nécessaire de mentionner dans les bordereaux la date et la nature du titre. Il suffit d'indiquer la qualité du créancier.

3° Pas n'est besoin non plus de faire une évaluation des créances éventuelles ou indéterminées. Comment du reste pourrait-elle être faite ? Il suffit donc d'évaluer les créances dont le montant est dès à présent connu (art. 2153-3°). Mais, pour ces dernières, l'évaluation est obligatoire à peine de nullité. Il y a là une distinction dont l'application ne laisse pas de soulever certaines difficultés.

Supposons d'abord qu'il s'agisse de l'hypothèque d'une personne en tutelle. L'inscription est-elle prise après que le compte de tutelle a été rendu, il faudra y faire figurer le chiffre de la créance du mineur (Paris, 21 décembre 1909, *Gaz. Trib.*, 1er mai 1910). Si, au contraire, elle est prise avant la reddition du compte, on se contentera de mentionner qu'elle a pour objet de conserver toutes les créances résultant de la tutelle.

Supposons, en second lieu, qu'il s'agisse de l'hypothèque d'une femme mariée. Il se peut qu'au jour où l'inscription est prise, cette femme soit créancière de sommes dès à présent connues, soit en vertu de son contrat de mariage, soit à raison des successions qu'elle a recueillies. Faudra-t-il en indiquer le montant ? L'article 2153-3° paraît bien l'exiger (En ce sens : Montpellier, 4 août 1890. D. P. 91.2.234). Et pourtant, les derniers arrêts de la Cour de cassation sont en sens contraire. Ils décident que, le chiffre exact des reprises ne devant être connu qu'au jour où la dot sera restituée et où la liquidation des droits de la femme aura été faite, il n'est pas nécessaire, avant cette date, d'indiquer les sommes dont la femme est

créancière, car ces créances peuvent disparaître par la suite (Civ., 2 mai 1904, D. P. 1906.1.340, S. 1905.1.481 ; Req., 13 juillet 1904, D. P. 1908.1.81, note de M. de Loynes, S. 1905.1.481, note de M. Lyon-Caen ; Civ., 24 novembre 1908, D. P. 1909.1.173, S. 1909.1.151 ; 5 novembre 1912, S. 1913.1.207).

4° L'époque d'exigibilité des créances des femmes mariées ou des personnes en tutelle n'a pas à être mentionnée. On l'ignore, en effet, puisqu'on ne sait pas quand finira la tutelle, ou quand devra se faire la restitution de la dot.

5° Enfin, comme nous l'avons dit ci-dessus, il n'est pas besoin de mentionner l'espèce et la situation des biens grevés.

IV. — Conséquences des omissions commises dans les bordereaux.

Avant la loi du 1er mars 1918, on discutait le point de savoir quelles étaient les conséquences de ces omissions et dans quel cas elles entraînaient la nullité de l'inscription. La Doctrine distinguait entre les *mentions substantielles* et les *mentions accessoires*. Les premières étaient celles dont l'insertion paraissait indispensable à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypothèques. Les secondes étaient celles qui, quoique utiles, ne paraissaient pas indispensables, parce que leur absence n'empêchait pas les tiers de connaître la situation hypothécaire du débiteur. Les premières seules, disait-on, étaient requises à peine de nullité. Les auteurs étaient d'ailleurs fort peu d'accord sur la classification.

La loi du 1er mars 1918 (art. 2148 nouveau, dernier al.), réalisant ici, à l'imitation de la loi belge de 1851 et du Code civil italien, une réforme des plus heureuses, décide que l'omission dans les bordereaux d'une ou de plusieurs des énonciations prescrites, tant par l'article 2148 que par l'article 2153 *n'entraîne nullité de l'inscription que lorsqu'il en est résulté un préjudice au détriment des tiers*. La nullité ne peut être demandée que par ceux auxquels l'omission ou l'irrégularité a porté préjudice, et les tribunaux peuvent, selon la nature et l'étendue du dommage, annuler l'inscription ou seulement en réduire l'effet.

§ 3. — Dans quelle mesure l'inscription conserve-t-elle les intérêts à venir de la créance garantie ?

Généralités. Notions historiques. — Nous savons que les intérêts échus au jour de l'inscription s'incorporent à la créance, à la condition, bien entendu, d'être mentionnés dans l'inscription. Mais que décider pour les intérêts à venir ?

Il est aisé de comprendre qu'il est indispensable que l'inscription du capital garantisse, dans une certaine mesure, les intérêts à venir. S'il en était autrement, il faudrait que le créancier prît une nouvelle inscription à chaque échéance d'intérêts non acquittés, et, comme ces inscriptions s'é-

chelonneraient, elles courraient le risque de devenir inefficaces par l'effet de nouvelles hypothèques consenties par le débiteur et inscrites dans l'intervalle. Le créancier exigerait donc rigoureusement le paiement des intérêts, afin de ne pas s'exposer à une nouvelle inscription, et, à défaut du paiement ponctuel d'un seul terme d'intérêts, il saisirait immédiatement le bien. Il est donc utile pour le débiteur lui-même que l'inscription garantisse, pour une certaine durée, les intérêts à échoir. Mais il ne faut pas, d'autre part, qu'elle les garantisse sans restriction et quelle qu'en soit l'importance. Il y aurait là, en effet, un danger pour les tiers, car ils ne pourraient savoir le montant exact de la somme garantie par l'inscription. Sans doute, les intérêts se prescrivent par cinq ans (art. 2277), mais le créancier qui les laisserait s'accumuler, ne manquerait pas, tous les cinq ans, d'interrompre la prescription en exigeant une reconnaissance du débiteur.

Quelle est la limite adoptée par notre Droit? Divers systèmes ont été successivement admis.

Ancien Droit. — L'ancien Droit décidait que *tous les intérêts à échoir* étaient garantis par l'hypothèque, au même rang que le principal de la créance. C'est, en effet, le seul système compatible avec la clandestinité. S'il n'en avait pas été ainsi, le créancier aurait été privé de toute garantie pour les intérêts, ou bien il aurait été obligé de demander une nouvelle constitution d'hypothèque pour toute année non acquittée.

Droit intermédiaire. — La loi de messidor an III décida, au contraire, que l'inscription garantissait *une année d'intérêts et le terme courant* ; puis, la loi de brumaire an VII, article 19, fixa la limite à *deux années d'intérêts.*

Le Code civil. Rédaction originaire de l'article 2151. — A son tour, le Code civil élargit encore cette limite, en l'étendant à *deux années et à l'année courante.* L'article 2151 disait, en conséquence : « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

Cette formule *deux années et l'année courante* n'était pas très heureuse, car elle créait, entre les créanciers, une différence de traitement qui dépendait exclusivement du hasard. En effet, l'année courante, c'est-à-dire l'année d'intérêts en cours, se détermine par deux dates : 1° le jour anniversaire de la naissance de la dette ; 2° le jour où l'hypothèque produit son effet légal, c'est-à-dire celui où le droit du créancier est définitivement fixé sur le prix de l'immeuble. Par conséquent, l'année courante peut comprendre, suivant les circonstances, quelques jours à peine, ou une année presque entière.

L'article 2151 n'avait, d'autre part, visé que les hypothèques, et la Jurisprudence décidait qu'il ne fallait pas l'appliquer aux privilèges. En conséquence, tous les intérêts d'une créance privilégiée, au jour de la collocation, étaient colloqués au même rang que le capital, résultat véritablement excessif et dangereux pour les tiers.

Réforme apportée au texte de l'article 2151 par la loi du 17 juin 1893. — Une loi du 17 juin 1893 a modifié le texte de l'article 2151.

Tout d'abord, elle applique le même traitement aux créanciers privilégiés qu'aux créanciers hypothécaires.

En second lieu, elle fixe à *trois années* les intérêts garantis au même rang que le capital, système plus équitable que celui du Code. Le texte de l'article 2151 est donc actuellement ainsi conçu : « Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit ou transcrit, ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a le droit d'être colloqué pour trois années seulement au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par la transcription ou l'inscription primitive. »

Pour que ce texte s'applique en faveur du créancier, il faut que l'inscription prise pour le capital fasse connaître que la *créance est productive d'intérêts*. Il faut également qu'elle en indique le taux ; sinon on présumera qu'il s'agit du taux légal (V. note de M. Labbé sous Civ., 13 mai 1874, S. 75.1.5).

Mais il n'est pas nécessaire que l'inscription énonce le chiffre total auquel s'élèveront ces trois années d'intérêts, puisque c'est la loi qui accorde de plein droit au créancier le bénéfice de cette collocation.

Quelles sont les trois années d'intérêts garanties par l'inscription? — Il nous reste à préciser ce point. Un exemple va nous permettre de le faire aisément. Supposons un prêt hypothécaire conclu le 1er janvier 1906. Le créancier a touché les trois premières années d'intérêts ; mais le débiteur n'a pas payé les années suivantes. En 1911, le créancier a pris une inscription spéciale pour les intérêts des années 1909 et 1910. Puis, fin 1913, l'immeuble a été saisi, ou bien il a été vendu, et l'acquéreur a fait la purge. Bien que le créancier ait touché les intérêts des trois premières années, l'inscription primitive lui garantira néanmoins, en outre, le paiement des trois dernières années.

Ainsi, les intérêts colloqués au même rang que le capital sont ceux des *trois années les plus récentes*, ceux des trois dernières années calculées jusqu'à la saisie ou à la purge, sauf à déterminer (ce que nous ferons plus loin) le moment précis qui marque l'expiration de ces trois années. Grâce à ce système, le créancier diligent se trouve parfaitement garanti. Il prendra des inscriptions spéciales pour les premiers termes échus qui ne seront pas payés, et sera garanti par l'inscription du capital pour les derniers, le tout dans les limites de la prescription quinquennale de l'article 2177.

Bien entendu, si le créancier avait eu l'imprudence de ne prendre aucune inscription particulière, notre question ne se poserait plus. Il serait colloqué pour trois années quelconques d'intérêts non prescrits (Voir note de M. de Loynes, sous Pau, 9 février 1903, D. P. 1905.2.257).

Supposons enfin que, à la veille du jour où il y a eu saisie ou purge, le créancier ait pris une inscription, pour les cinq années d'intérêts qui allaient

échoir. Il pourra encore demander à être colloqué pour trois de ces années, au même rang que pour le capital. Pour les deux autres, il sera colloqué au rang de son inscription spéciale.

Point d'arrêt des trois années. — Il nous reste à déterminer quel est le moment qui marque la fin des trois années d'intérêts.

Reprenons notre exemple d'un prêt consenti le 1er janvier 1906. L'immeuble est saisi ou purgé fin 1913. A quel jour de la procédure faudra-t-il se placer pour calculer, en remontant en arrière, les trois années colloquées au même rang que le capital? C'est, répondons-nous, le *moment où l'hypothèque produit son effet légal*, c'est-à-dire le moment où le créancier n'a plus besoin de conserver son droit, parce qu'il va être payé sur le prix de l'immeuble. Or, ce moment varie suivant qu'il y a eu aliénation volontaire suivie de purge, ou saisie.

En cas d'aliénation volontaire, cette transformation se produit par la signification de la notification à fin de purge (Req., 6 juillet 1896, D. P. 97. 1.465, S. 1900.1.482). En effet, c'est à dater de l'offre que l'acquéreur devient débiteur du prix envers les créanciers inscrits. Ce sera donc cette notification qui marquera le point d'arrêt des intérêts garantis par l'inscription.

S'il y a *saisie de l'immeuble*, on peut hésiter entre deux dates : le jugement d'adjudication ou la transcription de ce jugement. C'est cette seconde date qu'il faut adopter. En effet, c'est la transcription qui marque le moment où l'immeuble entre définitivement, *erga omnes*, dans le patrimoine de l'adjudicataire, et se trouve débarrassé des privilèges et hypothèques qui le grevaient (art. 717, 7e al., C. proc. civ. — V. Civ., 30 juillet 1873, D. P. 74. 1.106, S. 78.2.79, en note ; 7 avril 1880, D. P. 80.1.209, S. 80.1.220 ; Cass. belg., 9 décembre 1892, S. 93.4.25, note de M. Tissier ; Req., 6 juillet 1896, D. P. 97.1.465, S. 1900.1.482).

Intérêts courus postérieurement à cette date. — Quant aux intérêts courus postérieurement au terme ainsi fixé, c'est-à-dire pendant le temps nécessaire pour aboutir au paiement des créanciers, ils sont, eux aussi, et sans qu'il soit besoin d'une disposition expresse le décidant, garantis au même rang que le capital. Le créancier, en effet, ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice. Cette solution résulte de l'article 765, 2e al., et de l'article 768 du Code de procédure civile (V. Nancy, 15 novembre 1907, S. 1908.2.64).

Application de l'article 2151 aux hypothèques légales dispensées d'inscription. — Pour ces hypothèques, tant que dure la dispense d'inscription, les intérêts des créances se trouvent naturellement garantis, quel que soit leur chiffre, au même rang que celles-ci. Mais l'article 2151 devient applicable du jour où elles cessent d'être dispensées d'inscription, c'est-à-dire à compter de l'expiration de l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage.

Application de l'article 2151 aux arrérages des rentes. — L'article 2151 s'applique, non seulement aux intérêts, mais aux arrérages des rentes. Il en résulte que le crédirentier, dont la rente est garantie par une inscription hypothécaire, ne pourra se faire colloquer au rang de sa première inscription que pour les arrérages des trois dernières années. Il devra prendre des inscriptions spéciales pour les arrérages non payés des autres années. Voici donc quelle sera la situation du crédirentier dans la procédure d'ordre. Il sera colloqué, tout d'abord, au rang de son inscription primitive, pour un capital représentant la valeur actuelle de sa rente, plus trois années d'arrérages. Il sera ensuite colloqué au rang de chaque inscription prise par lui pour les autres termes d'arrérages impayés.

§ 4. — Renouvellement décennal des inscriptions.

Généralités. La péremption des inscriptions. — Les inscriptions hypothécaires ne conservent leur effet que pendant dix ans. Elles doivent être *renouvelées* avant l'expiration de ce délai ; sinon elles sont *périmées* e tenues pour effacées.

Cette règle est énoncée dans l'article 2154 : « Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années, à compter du jour de leur date ; leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

Cette mesure a pour but de faciliter les recherches dans les registres. Si l'inscription conservait indéfiniment son effet, le conservateur des hypothèques, auquel on demanderait un état des inscriptions, devrait remonter trop haut. Il ne lui suffirait même pas de remonter à trente années en arrière, car il y a des prêts hypothécaires qui se prolongent au delà de ce terme, le créancier n'exigeant pas son paiement à l'échéance primitivement fixée, et conservant le placement que représente le prêt. On voit donc combien les recherches deviendraient longues. Elles seraient également compliquées, car il faut aussi, on s'en souvient, pour établir avec certitude l'état hypothécaire d'un immeuble, faire porter les investigations sur les noms des propriétaires antérieurs de l'immeuble.

La péremption décennale présente un second avantage. Elle dispense souvent le débiteur de faire les frais de radiation d'une inscription garantissant une dette qu'il a acquittée, lorsque cette inscription a plus de dix ans de date. La péremption constitue un *mode automatique de radiation* des inscriptions correspondant aux dettes éteintes. C'est donc une cause appréciable d'économie.

Origine historique et appréciation de la règle. — La péremption décennale a été créée par la loi du 11 brumaire an VII (art. 23). Lors de la rédaction du Code civil, on en discuta l'utilité, et on proposa de décider que l'inscription conserverait indéfiniment son effet. La même thèse fut reprise lors des projets de réforme de 1840. On a pu dire en effet que l'obligation du renouvellement est un danger pour le créancier, exposé ainsi à voir sa

sûreté s'évanouir par un simple oubli, en même temps qu'une charge pour le débiteur qui en supporte les frais. On peut ajouter que le délai de dix ans est trop court, car la plupart des prêts hypothécaires durent plus longtemps et exigent ainsi au moins un renouvellement. Malgré ces critiques, la règle du renouvellement décennal a triomphé. Et il nous paraît, en effet, que son utilité n'est pas contestable. Nous dirons même qu'elle est indispensable dans un régime de publicité personnelle comme le nôtre. On peut sans doute en critiquer le délai, et trouver que celui de dix ans est trop court, mais le principe lui-même est inattaquable. Ce qui le démontre, c'est que la législation belge, après avoir supprimé la péremption en 1828, l'a rétablie par la loi du 14 mars 1842, confirmée par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 (art. 50). Très rares sont les pays à publicité personnelle qui ont rejeté cette règle : on peut citer cependant la Hollande (art. 1263, C. civ. néerlandais).

Notre législation mérite néanmoins deux critiques :

1° Le délai de dix ans, nous le répétons, est trop court. Il y a peu d'inscriptions qui n'aient pas besoin d'être renouvelées une ou deux fois, ce qui emporte des frais pour le débiteur hypothécaire. Et, d'autre part, il arrive parfois que le créancier oublie de faire le renouvellement en temps utile. La loi belge a porté le délai à quinze ans, le Code civil italien à trente ans (art. 2001 à 2006). Nous pourrions utilement les imiter.

2° Pour que la péremption offrît des avantages sans réserve, il faudrait qu'elle s'appliquât à toutes les inscriptions sans distinction. Or, l'article 2154 souffre quelques exceptions, dont la plus importante vise le Crédit foncier. L'article 47 du décret-loi du 28 février 1852 a dispensé en effet les inscriptions hypothécaires prises au profit du Crédit foncier du renouvellement décennal pendant toute la durée du prêt. La raison en est que les prêts du Crédit foncier sont à long terme ; ils peuvent aller jusqu'à 75 ans. Il aurait donc fallu, si on leur avait appliqué le droit commun, que le débiteur du Crédit foncier supportât les frais de plusieurs renouvellements. Mais cette brèche faite au système du Code civil le destitue de son efficacité. En effet, le conservateur des hypothèques ne peut plus désormais se contenter de remonter à dix ans en arrière, pour établir la situation d'un immeuble. Il lui faut consulter tous les registres jusqu'à 1852. Il est vrai que pour faciliter leurs recherches, une instruction de la Régie du 3 février 1862 (D. P. 62. 3. 40) a recommandé aux conservateurs d'annoter les inscriptions du Crédit foncier par un signe spécial. En fait, les conservateurs n'indiquent pas dans leurs états les inscriptions qui ont plus de dix ans de date, et dès lors, il faut, quand on veut connaître exactement l'état hypothécaire d'un immeuble, vérifier au siège du Crédit foncier s'il y a eu un prêt effectué et s'il n'est pas complètement amorti[1].

Il importe de remarquer, en terminant ces généralités que le renouvellement des inscriptions, qui semble indispensable dans le système de la

(1) La dispense du renouvellement décennal a été étendue à tous les prêts consentis par les sociétés de crédit immobilier en faveur de la petite propriété (V. loi du 19 avril 1921, art. 3).

publicité personnelle, devient complètement inutile dans les pays qui emploient les livres fonciers. Chaque immeuble ayant son feuillet spécial sur lequel figurent tous les droits réels qui le grèvent, il n'y a plus à parler de péremption.

I. — Inscriptions qui doivent être renouvelées.

Généralité de l'article 2154. Ses inconvénients relativement au privilège du vendeur. — En principe, *toutes les inscriptions* sont soumises à l'application de l'article 2154.

La règle s'applique notamment à *l'inscription d'office du privilège du vendeur d'immeubles*. C'est au vendeur qu'il incombe de faire ce renouvellement. On ne manquera pas de constater combien l'institution de la péremption devient ici dangereuse, en se combinant avec cette règle rencontrée plus haut (p. 845) que le privilège du vendeur peut être indéfiniment rendu opposable aux tiers par son inscription ou par la transcription de l'acte de vente qui lui a donné naissance. Supposons en effet que le vendeur omette de procéder au renouvellement de l'inscription prise d'office par le conservateur des hypothèques à la suite de la transcription de son acte de vente ; les créanciers qui acquerront désormais hypothèque sur l'immeuble, du chef de l'acquéreur, seront fondés à croire, sur la vue du certificat négatif d'inscriptions délivré par le conservateur des hypothèques, que le prix a été payé et le privilège éteint. Mais il sera possible au vendeur de faire renaître son privilège à leur encontre, en prenant une nouvelle inscription, et de le leur opposer, tant du moins qu'il ne se sera produit aucun des événements qui arrêtent le cours des inscriptions (faillite du débiteur, mort du débiteur et acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, réaliénation suivie de transcription) (Req., 1er août 1904, D. P. 1908.1.457, note de M. de Loynes *contra*, S. 1907.1.73, note de M. Naquet).

On a objecté, il est vrai, que le vendeur qui n'a pas renouvelé son inscription en temps utile, doit supporter la conséquence de sa négligence. Mais le vendeur peut répondre victorieusement que, si la première inscription est tenue pour non avenue, il doit être traité comme s'il n'avait pas encore publié son privilège. Or, la loi ne lui impartit aucun délai pour faire cette publicité, tant que l'immeuble est encore entre les mains de l'acquéreur.

Et à l'inverse, le système du Code civil, tel qu'il résulte de la combinaison des articles 2108 et 2154, apparaît comme aussi dangereux pour le vendeur que pour les créanciers hypothécaires du chef de l'acheteur. En effet, le non renouvellement décennal de l'inscription d'office du privilège met un terme à la publicité résultant de la transcription de la vente. Il en résulte que si, au moment de la faillite ou de la mort de l'acheteur suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession, le vendeur n'a pas renouvelé l'inscription, conformément à l'article 2154, il encourt la déchéance, bien qu'il y ait eu transcription de l'acte de vente (Civ., 2 décembre 1863, D. P. 64.1.105, S. 64.1.57 ; 24 mars 1891, D. P. 91.1.145, S. 96.1.209).

Application de la règle aux hypothèques légales des incapables. — La règle du renouvellement s'applique également aux *hypothèques légales des femmes mariées et des personnes en tutelle*. Seulement, tant que dure le mariage ou la tutelle, la péremption n'emporte aucune déchéance, puisque le rang de ces hypothèques ne dépend pas de leur inscription. Il en serait autrement si la péremption se produisait plus d'un an après la dissolution du mariage ou de la tutelle. Elle produirait alors, pour ces hypothèques, le même effet que pour les autres.

Lorsque l'inscription de l'hypothèque légale est faite par un créancier subrogé aux droits de la femme mariée, conformément à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, elle est subordonnée au renouvellement décennal, et cesse par conséquent de produire tout effet à dater de la péremption. Le créancier se trouve alors dans la même situation que s'il n'avait pas pris d'inscription.

Créancier subrogé au Crédit foncier. — La règle de l'article 2154 subit exception, nous l'avons dit, pour les inscriptions du Crédit foncier. Mais il convient d'ajouter ici que, si un tiers rembourse le Crédit foncier et se trouve ainsi subrogé dans ses droits et actions, il perd le bénéfice du privilège accordé à ce dernier, car ce privilège est essentiellement personnel à cet établissement. Le nouveau créancier devra donc à l'avenir procéder au renouvellement décennal de l'inscription (Trib. civ. Seine, 17 décembre 1910, D. P. 1911.5.59). Cette solution est pourtant contestée, car elle est rigoureuse ; certains arrêts ont statué en sens contraire (Toulouse, 1er mars 1889, D. P. 90.2.70, S.90.2.129).

II. — Conséquences de la péremption.

L'inscription périmée est tenue pour non existante. Par conséquent, le privilège ou l'hypothèque est considéré comme n'ayant jamais été inscrit. Pourra-t-il être inscrit de nouveau? Cela dépend des cas. Il le pourra si l'immeuble grevé est encore entre les mains du débiteur, et si aucun des trois événements qui mettent fin au cours des inscriptions (faillite, mort du débiteur suivie d'acceptation bénéficiaire de sa succession, réaliénation dûment transcrite), ne s'est produit dans l'intervalle. Il ne le pourra pas, au contraire, si l'immeuble a été aliéné par le débiteur et si l'aliénation est devenue opposable aux tiers, ou si l'un des deux événements indiqués dans l'article 2146 s'est produit dans l'intervalle.

III. — Calcul du délai de dix ans.

Le délai de dix ans se calcule jour par jour. Il commence donc à courir le lendemain du jour où l'inscription a été prise, et se termine à la fin du dernier jour des dix années révolues. Ainsi, une inscription prise le 1er janvier 1920 pourra être renouvelée jusqu'au 1er janvier 1930 au soir (Req. 26 oct. 1920, *Gaz. Pal.*, 6 décembre 1920).

IV. — Comment se fait l'inscription de renouvellement?

L'inscription se fait conformément à l'inscription primitive. Mais il faut y indiquer qu'il s'agit d'un renouvellement. Les tiers ont en effet intérêt à connaître cette circonstance, car elle les avertit que la nouvelle inscription ne fait que *conserver le rang* de l'hypothèque ou du privilège. La Jurisprudence décide en conséquence que l'inscription renouvelée est nulle si cette indication n'y figure pas (Civ., 6 juillet 1881, D. P. 82.1.348, S. 82.1.455).

En revanche, la Jurisprudence admet qu'il n'est pas nécessaire que la nouvelle inscription contienne toutes les énonciations de la première. Il suffit qu'elle se réfère d'une façon certaine à celle-ci. On n'aura en effet qu'à se reporter à la précédente inscription pour les renseignements utiles (Req., 9 février 1891, D. P. 92.1.11, S. 92.1.113, note de M. Labbé ; 28 juillet 1902, D. P. 1902.1.396, S. 1903.1.393, note de M. Naquet). Cette opinion prête, croyons-nous, à la critique, car le renouvellement a précisément pour but d'éviter qu'on ne soit obligé d'étudier les inscriptions remontant à plus de dix ans.

V. — Jusqu'à quand faut-il renouveler les inscriptions.

Le renouvellement est nécessaire tant que le privilège ou l'hypothèque n'a pas produit son effet légal, c'est-à-dire tant que le droit du créancier n'est pas transformé en un droit sur le prix de l'immeuble. Nous savons quel est ce moment. Nous l'avons indiqué à propos de l'article 2151 (p. 1013). Au cas d'aliénation volontaire suivie de purge, c'est la notification adressée au créancier ; au cas de saisie, c'est la transcription du jugement d'adjudication.

§ 5. — Radiation et réduction des inscriptions.

1° Radiation. Comment elle s'opère. — La *radiation* a pour but de constater qu'une inscription doit être tenue pour anéantie.

Elle ne s'effectue pas matériellement ; on ne biffe pas l'inscription insérée au registre. Le conservateur mentionne en marge que l'inscription se trouve rayée en vertu de tel acte de mainlevée ou de tel jugement. L'article 2157 nous dit en effet que « les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée ».

A. Radiation volontaire. — La radiation est dite *volontaire*, lorsque le créancier consent à donner mainlevée de l'inscription. Il en est ainsi quand il a reçu le montant de sa créance. Mais il pourrait donner mainlevée tout en restant créancier, par exemple par bienveillance, pour ménager le crédit du débiteur.

Deux conditions sont requises pour la validité de l'acte de mainlevée :

a) Il faut que le créancier soit *capable* de consentir à la radiation (art. 2157). La capacité requise varie du reste suivant qu'elle est consentie après le paiement de la créance, ou sans que le paiement ait eu lieu.

S'il y a eu paiement de la créance, il suffit que le créancier ait la capacité requise pour recevoir les capitaux et en donner décharge. Ainsi, une femme séparée de biens, un tuteur, le mari administrateur des biens de la femme peuvent donner mainlevée de l'inscription garantissant la créance qu'ils ont touchée. Au contraire, le mineur émancipé devrait être assisté de son curateur (art. 482), le prodigue ou le faible d'esprit de son conseil judiciaire (art. 499 et 513).

Si, par exception, la radiation intervenait sans qu'il y eût paiement de la créance, elle équivaudrait à une renonciation à l'hypothèque et exigerait la capacité de disposer de la créance dont l'hypothèque est l'accessoire et la garantie. Il faudrait donc au tuteur et au mineur émancipé l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, à la femme séparée de biens, celle de son mari.

Le conservateur des hypothèques auquel on apporte un acte de mainlevée doit vérifier la capacité de celui dont il émane. Il ne joue plus ici, en effet un rôle purement passif, comme pour l'inscription. S'il effectuait une radiation irrégulière, il pourrait causer un grave préjudice au créancier, et il serait tenu de réparer ce préjudice (Civ., 9 juin 1841, D. J. G., *Privilèges et hypoth.*, 2699-1°, S. 41.1.468; 12 juillet 1847, D. P. 47.1.314, S. 47.1.506).

b) Il faut que l'acte de mainlevée soit *rédigé devant notaire* (art. 2158). C'est une garantie destinée à mettre à l'abri la responsabilité du conservateur des hypothèques, en même temps qu'une juste application de cette règle de bon sens que les formalités protectrices requises pour l'acquisition d'un droit sont également nécessaires pour son extinction.

B. **Radiation judiciaire.** — La radiation de l'inscription hypothécaire est demandée à la justice, lorsque le créancier ne consent pas à donner mainlevée de l'inscription. Le tribunal peut ordonner la radiation dans les cas suivants énumérés par l'article 2160 :

a) L'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur une convention ou un jugement, c'est-à-dire alors qu'il n'existait pas de privilège ou d'hypothèque ;

b) Le titre constitutif de l'hypothèque était irrégulier, soit qu'il fût entaché de nullité, ou soumis à une condition résolutoire qui s'est réalisée depuis, soit que le jugement qui lui a donné naissance ait été réformé ;

c) La créance garantie par l'hypothèque est éteinte, soit par le paiement, soit par la prescription, soit par tout autre mode d'extinction ;

d) Le droit d'hypothèque ou de privilège est éteint, bien que la créance continue à exister. Par exemple, l'hypothèque a disparu par l'effet de la prescription (art. 2180-4°).

e) L'inscription est entachée de nullité, parce qu'elle ne contient pas toutes les mentions requises par la loi, et que cette omission porte préjudice aux tiers.

Toute personne intéressée peut demander la radiation. Ce droit appartient donc, en première ligne, au débiteur lui-même, puis aux autres créanciers inscrits, enfin à l'acquéreur de l'immeuble.

La demande est portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise (art. 2159), c'est-à-dire devant le tribunal du lieu de la situation de l'immeuble.

Cependant, lorsqu'une demande tendant à faire constater la nullité ou l'extinction de la créance est pendante devant un autre tribunal, c'est ce dernier qui devient compétent pour statuer sur la question de radiation (art. 171, C. proc. civ. V. Nancy, 14 mai 1913, *Gaz. Pal.*, 22-23 juin 1913).

Enfin, si une inscription avait été prise en vertu d'un jugement condamnant une personne à une somme éventuelle ou indéterminée, et si le débiteur en demandait la radiation, la demande serait portée devant le tribunal qui a rendu le jugement de condamnation (art. 2159, 1er al.). En effet, les questions que soulève l'exécution d'un jugement ne peuvent être tranchées que par le tribunal qui l'a rendu.

Quand la radiation sera-t-elle opérée? La radiation ne pourra avoir lieu qu'*après que le jugement qui la prononce aura acquis l'autorité de la chose jugée*, c'est-à-dire après que les délais d'appel ou d'opposition seront expirés. La règle est écrite dans l'article 548 du Code de procédure civile. Elle déroge au droit commun, d'après lequel les *délais* d'appel ou d'opposition ne sont pas suspensifs, c'est-à-dire n'empêchent pas l'exécution d'un jugement, l'appel ou l'opposition produisant seuls cet effet suspensif. Mais cette dérogation se justifie aisément. Une radiation prématurée pourrait causer un préjudice irréparable au créancier. L'expiration des délais d'appel ou d'opposition sera d'ailleurs constatée par un certificat de l'avoué de la partie poursuivante.

2° Réduction des inscriptions. — Un débiteur peut demander la *réduction* d'une inscription hypothécaire, soit parce que le chiffre de la créance lui paraît exagéré, soit parce que, s'agissant d'une hypothèque générale, sa fortune immobilière dépasse de beaucoup la garantie nécessaire au créancier.

A. *Premier cas.* — Le débiteur peut demander que le chiffre de la créance énoncée dans l'inscription soit réduit, lorsque la créance est indéterminée, et que l'évaluation qu'en a faite le créancier lui paraît exagérée (art. 2132, *in fine* et 2163). « L'excès dans ce cas est arbitré par les juges, d'après les circonstances, les probabilités des chances et les présomptions de fait, dit l'article 2164, de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur; sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte. »

B. *Deuxième cas.* — Si les biens du débiteur sont frappés d'une hypothèque générale, le débiteur peut demander que l'inscription prise soit

limitée à un ou quelques-uns seulement de ses immeubles, lesquels suffisent à la garantie du créancier.

Cette deuxième variété de réduction ne peut donc pas s'appliquer aux hypothèques conventionnelles, même quand elles portent sur les biens à venir. En effet, la convention fait la loi des parties.

Elle ne vise pas non plus, d'autre part, les hypothèques légales de la femme mariée et des personnes en tutelle, car, pour elles, la loi a établi un système particulier de réduction, dit *cantonnement*, dans les articles 2140 à 2145, système soumis à des conditions rigoureuses.

En résumé, la demande en réduction prévue par les articles 2161, 2162, 2165, ne vise que deux sortes d'hypothèques générales :

L'hypothèque judiciaire ;

L'hypothèque de l'Etat, des départements, des communes sur tous les biens de leurs comptables.

Deux conditions sont requises pour que la demande aboutisse :

a) Il faut que l'hypothèque générale n'ait pas fait déjà l'objet d'une réduction conventionnelle (art. 2161) ;

b) Il faut que la valeur des immeubles qui doivent demeurer affectés à l'hypothèque excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux (art. 2162). L'article 2165 indique au juge comment il peut apprécier la valeur des immeubles. Nous nous contentons d'y renvoyer.

SECTION IV. — Extinction des privilèges immobiliers et hypothèques.

Nous diviserons cette matière de la façon suivante :

En premier lieu, nous fournirons l'indication générale des causes diverses d'extinction des privilèges et hypothèques.

Un second paragraphe sera consacré à l'étude spéciale d'une de ces causes d'extinction, à savoir la *prescription*.

En troisième lieu enfin, nous étudierons les divers cas où l'hypothèque ne s'éteint pas tout entière mais seulement quant au droit de suite, le droit de préférence survivant au profit du créancier, sur le prix de l'immeuble, quand il est encore dû par l'acquéreur.

§ 1. — Indication générale des causes diverses d'extinction.

Les privilèges et hypothèques s'éteignent de deux façons :

1° *Par voie accessoire,* en même temps que la créance qu'ils garantissaient ;

2° *Par voie principale*, c'est-à-dire en laissant subsister la créance garantie.

I. — Extinction par voie accessoire.

L'extinction des privilèges et hypothèques résulte tout naturellement de l'extinction de la créance dont ils garantissent le paiement (art. 2180-1°),

car les garanties de la créance n'ont plus de raison d'être lorsque celle-ci a cessé d'exister.

Mais cet effet ne se produit qu'autant que l'extinction de la créance est totale. Tant qu'une fraction de celle-ci reste due, le privilège ou l'hypothèque subsiste pour en assurer l'acquittement, et le gage hypothécaire ne se trouve en rien amoindri. C'est là une des conséquences de la règle, déjà rencontrée, de l'indivisibilité de l'hypothèque.

A cette première règle, il n'y a que deux exceptions :

La première résulte de l'article 1278. Les parties peuvent, en cas de *novation de la créance*, c'est-à-dire de substitution d'une nouvelle créance à la première, décider que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance passeront à celle qui lui est substituée.

La seconde exception est écrite dans l'article 1299. Celui qui a payé sa dette, ignorant que son créancier était lui-même son débiteur, peut répéter ce qu'il a payé, car créance et dette se trouvaient éteintes de plein droit par l'effet de la compensation (art. 1290). Mais si la créance dont le *solvens* ignorait l'existence à son profit, se trouvait garantie par un privilège ou une hypothèque, la loi lui permet de s'en prévaloir pour sûreté du remboursement de l'indû, quand il a eu une juste cause d'ignorer cette créance.

II. — Extinction par voie principale.

Le privilège et l'hypothèque peuvent s'éteindre en second lieu, sans que disparaisse la créance dont ils sont l'accessoire. L'article 2180 signale trois de ces causes d'extinction par voie principale :

1° *La renonciation du créancier à l'hypothèque ou au privilège.* — Nous supposons que le créancier consent à renoncer à sa garantie, sans que le débiteur ait payé la dette. Voici deux applications pratiques de cette hypothèse:

A. — La femme mariée renonce au profit du tiers acquéreur à son hypothèque légale sur l'immeuble aliéné par le mari. Cette variété de *subrogation* entraîne extinction de son hypothèque, plus exactement, extinction partielle, car on se souvient que la renonciation de la femme n'éteint que le droit de suite ; elle laisse subsister à son profit le droit de préférence sur le prix dû par l'acquéreur (*supra*, p. 909).

B. — En cas de faillite du débiteur, il arrive parfois que le créancier hypothécaire du failli renonce à son droit; en effet, il ne peut prendre part au vote du concordat que s'il renonce à son privilège ou à son hypothèque (art. 508, C. com.).

2° *L'accomplissement des formalités de la purge.* — Ici encore, l'hypothèque ou le privilège disparaît, sans que la créance garantie soit éteinte. Mais cela n'est vrai que des hypothèques légales non inscrites à la suite des mesures de publicité édictées par la loi (art. 2194). Pour les hypothèques inscrites, ce n'est pas la purge, c'est le paiement qui la suit qui éteint les privilèges et hypothèques.

3° *La prescription libératoire accomplie au profit du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.* — Il s'agit là d'une institution originale à laquelle

nous consacrerons dans le paragraphe suivant les explications nécessaires.

A ces trois causes d'extinction par voie principale, il convient d'ajouter les suivantes :

4° *Le défaut d'inscription en temps utile* ;

5° *L'annulation de l'acte constitutif d'hypothèque* ;

6° *La résolution du droit de propriété du constituant* ;

7° *La perte de la chose ou l'extinction du droit hypothéqué.* (1)

Cette dernière cause d'extinction nous fournit l'occasion d'étudier l'attribution des indemnités d'assurances, au cas de sinistre venant frapper l'immeuble hypothéqué.

Attribution aux créanciers privilégiés ou hypothécaires des indemnités d'assurances. — Lorsque l'immeuble est frappé d'un sinistre, en prévision duquel le débiteur avait contracté une assurance, les créanciers privilégiés ou hypothécaires peuvent-ils invoquer leur droit de préférence pour se faire payer sur le montant de l'indemnité, à l'exclusion des créanciers chirographaires ?

Cette question n'a été tranchée que par les articles 2 et 3 de la loi du 19 février 1889. Avant cette loi, on la résolvait par la négative. En effet, disait-on, l'indemnité ne représente pas le prix de l'immeuble ; elle n'est pas non plus subrogée à celui-ci. Elle est la contrepartie des primes versées par l'assuré ; sa cause est dans le contrat que celui-ci a passé avec l'assureur. Lors donc que l'indemnité à laquelle il a droit tombe dans son patrimoine, elle devient le gage commun de tous ses créanciers sans distinction. Cette solution qui découlait des principes, n'en était pas moins peu équitable. Dans la pratique, les notaires remédiaient à cette lacune de la loi en insérant dans le contrat d'hypothèque une clause, en vertu de laquelle le débiteur cédait au prêteur ses droits éventuels à la créance d'indemnité.

La loi du 19 février 1889 a enfin édicté une règle conforme aux errements de la pratique. La réforme avait du reste été préparée par la loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, loi décidant qu'en cas de perte du navire, les créanciers hypothécaires seraient colloqués sur les sommes dues par les assureurs. Mais il est curieux de constater que cette disposition ne fut pas maintenue par la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime. Elle échoua devant l'opposition des compagnies d'assurances maritimes qui prétendaient que le paiement des indemnités se trouvait par là entravé. Fort heureusement, la loi de 1889 a fait justice de cette insuffisante objection.

La loi de 1889 prévoit deux hypothèses bien distinctes :

1° *Première hypothèse* (art. 2 de la loi) : *Indemnités dues au propriétaire de la chose par la compagnie d'assurances.* — « Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang » (art. 2, 1er al.).

1. Pour les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires sur l'indemnité due au propriétaire de l'immeuble endommagé par les faits de guerre, voir l'art. 10 de la loi du 17 avril 1919.

Ce texte vise tous les risques qui peuvent atteindre la chose et contre lesquels le propriétaire peut s'assurer. Il s'applique aussi bien à l'hypothèque maritime qu'à l'hypothèque sur les immeubles, car il ne fait aucune distinction. Il s'applique également au privilège du bailleur sur le mobilier du preneur (Voir sur ce dernier point, Paris, 17 avril 1907, D. P. 1909.2. 361, note de M. Levillain, S. 1909.2.65, note de M. Blondel).

Il en résulte, on le voit, que le créancier hypothécaire ou privilégié est subrogé de plein droit dans l'action de l'assuré contre l'assureur. Pourtant il doit prévenir ce dernier en lui adressant une opposition. Et si, avant cette opposition, l'assureur versait de bonne foi l'indemnité aux mains de l'assuré, ce paiement serait valable (art. 2, 2e al.).

2° *Seconde hypothèse : Assurance du risque locatif ou contre le recours du voisin.* — Supposons que l'immeuble hypothéqué ait été endommagé par un incendie imputable au locataire (art. 1733, 1734), ou au voisin (art. 1382). Les locataires ne manquent pas, en pratique, de se couvrir de la responsabilité qui leur incombe en contractant une assurance contre le risque locatif. De même, le propriétaire qui assure son immeuble contre l'incendie, contracte également une assurance contre le recours du voisin, pour le cas où l'incendie, qui éclaterait dans son immeuble par sa faute, se communiquerait aux immeubles voisins.

L'article 3 de la loi de 1889 décide que, dans ces cas, l'assuré ou ses ayants droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité à laquelle leur donne droit la responsabilité par eux encourue, sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre (*suprà*, p. 549, 682, 830 et s.). Il résulte d'autre part de l'article 2 que les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont subrogés par la loi dans les droits de leur débiteur. Ils pourront donc exercer leur droit de préférence sur l'indemnité due au locataire ou au voisin par la Compagnie qui l'a assuré.

§ 2. — Prescription extinctive de l'hypothèque.

Parmi les causes d'extinction des privilèges et hypothèques, il en est une qui appelle des développements particuliers : c'est la *prescription extinctive.* En effet, aux termes de l'article 2180-4°, « la prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilège. — Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur. »

On le voit, le Code prévoit deux cas : celui où l'immeuble est resté entre les mains du débiteur originaire constituant de l'hypothèque, et celui où il a passé entre les mains d'un tiers. Il convient de les distinguer avec soin. Et il faut également envisager deux sortes de prescription : celle de l'*obligation garantie par l'hypothèque ou le privilège*, et celle de l'*hypothèque elle-même.*

1° Premier cas : L'immeuble est entre les mains du constituant. — Lorsque l'immeuble hypothéqué est demeuré la propriété du constituant, que ce soit le débiteur ou une caution réelle, il n'y a qu'une seule prescription possible, c'est la prescription extinctive, non pas de l'hypothèque, mais de la créance garantie. Cette prescription éteint *par contre-coup* le privilège ou l'hypothèque.

L'article 2180-4°, 2e alinéa, énonce expressément cette règle, qui fait double emploi avec le 1° de l'article, où il nous est dit que les privilèges et hypothèques s'éteignent « par l'extinction de l'obligation principale ». Si les rédacteurs du Code ont cru nécessaire de s'exprimer comme ils l'ont fait à propos de l'extinction de la créance par la prescription, c'est que notre Ancien Droit admettait, à la suite du droit Romain (7, C. de *præscript. trig. vel quadr. ann.*, VII, 39), une solution différente. Il décidait, en effet, que l'*hypothèque survivait à la prescription de la créance pendant dix ans, et ne s'éteignait qu'au bout de quarante ans*, la créance garantie s'étant, elle, éteinte au bout de trente ans. C'était là une singulière faveur concédée au créancier hypothécaire. Il se trouvait ainsi protégé en fait contre la prescription pendant quarante ans. Le Code a supprimé avec raison cette anomalie.

2° Deuxième cas : L'immeuble est entre les mains d'un tiers détenteur. — Lorsque l'immeuble n'est pas demeuré propriété du débiteur originaire ou, plus généralement, du constituant de l'hypothèque, mais appartient à un tiers détenteur, il y a deux sortes de prescription qui peuvent atteindre les hypothèques ou privilèges qui le grèvent.

Tout d'abord — et on conçoit mal comment l'article 2180-4° a oublié de le dire — la *prescription de la créance*, si elle vient à se produire, éteint l'hypothèque ou le privilège indirectement et par voie de conséquence, aussi bien quand l'immeuble est parvenu aux mains d'un tiers que lorsqu'il appartient au constituant de l'hypothèque.

En second lieu, lorsque l'immeuble est devenu la propriété d'un tiers, ***et dans ce cas seulement***, le détenteur peut prescrire la libération de l'immeuble par l'effet de l'usucapion, et affranchir ainsi son bien du privilège ou de l'hypothèque.

Il s'agit donc, dans ce second cas, d'une prescription éteignant, non plus par voie de conséquence, mais *directement* l'hypothèque, ***prescription qui s'accomplit nonobstant la survie du droit de créance.***

Cette prescription que nous appellerons *principale*, la seule dont nous allons maintenant nous occuper, est une institution hybride. Elle tient à la fois de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive. Elle est acquisitive, car elle s'accomplit *par la possession prolongée* ; on a dit que c'est une *usucapio libertatis* ; elle est extinctive, puisqu'elle a pour but d'*éteindre* l'hypothèque. Elle est indépendante, d'autre part, de la prescription du droit de propriété. Le tiers détenteur peut être propriétaire régulier de l'immeuble ; il peut aussi être un simple possesseur. Dans ce second cas, pour devenir propriétaire incommutable de l'immeuble, et se trouver dé-

sormais à l'abri de toute chance d'éviction, il devra prescrire, à la fois, et la propriété, et la libération de l'hypothèque. Mais ces deux prescriptions seront indépendantes l'une de l'autre ; elles pourront être soumises à des conditions différentes.

Origine historique. — Cette prescription spéciale de l'hypothèque vient du Droit Romain. Le préteur avait admis en effet que l'hypothèque s'éteignait par l'effet de la *præscriptio longi temporis*, au profit du tiers qui avait acquis l'immeuble en vertu d'un juste titre et ignorait l'existence de la charge qui le grevait (5, § 1, D. *de div. temp. pr.*, XLIV, 3). Plus tard, Justinien décida que celui qui n'avait pas de juste titre, mais était de bonne foi, prescrirait, lui aussi, la liberté de son fonds par une possession de trente ans (8, pr. et § 1, C. *de præscript. XXX vel. XXXX ann.* VII, 39).

Cette règle s'est maintenue en pays de Droit écrit et a été adoptée par les pays de Coutumes. On en a même étendu l'application au possesseur qui n'avait ni juste titre, ni bonne foi (V. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. III, sect. 6, nos 203, 204, *Traité du bail à rente*, ch. VI, sect. 4, § 1, n° 197). Elle avait, en effet, une grande utilité à cette époque d'hypothèques occultes. Car il était important de donner au tiers acquéreur, auquel rien n'annonçait l'existence des hypothèques alors si nombreuses, un moyen de se défendre contre les réclamations de créanciers survenues plus de dix, de vingt ou de trente ans après qu'il avait été mis en possession.

Le Code civil a, à son tour, donné place à la prescription principale des privilèges et hypothèques. Il veut que, si le créancier privilégié ou hypothécaire reste pendant un très long délai sans faire aucune diligence pour exercer ou tout au moins manifester son droit, le tiers détenteur se trouve libéré au bout de ce temps de la charge grevant son immeuble. La possession prolongée de l'immeuble *comme libre* de tout privilège ou hypothèque conduit, au bout du délai de la prescription, à la libération de l'immeuble. Et c'est bien là l'effet ordinaire de la prescription : aboutir, par la prolongation d'un certain état de fait, à l'état de droit qui normalement y correspond.

A. — **Durée de la prescription. Application possible de la prescription abrégée de l'article 2265.** — La prescription des privilèges et hypothèques s'accomplit par une possession de l'immeuble non troublée par l'exercice de l'action hypothécaire, et prolongée, soit pendant dix ou vingt ans, soit pendant trente ans.

a) Si le tiers détenteur connaît l'existence de l'hypothèque, celle-ci ne s'éteindra qu'au bout de trente ans de possession.

Il se peut, on le remarquera, que le tiers détenteur ait acquis l'immeuble *a non domino* et de bonne foi. Dans ce cas, dix ou vingt ans suffiront pour qu'il devienne propriétaire. Mais, s'il connaît l'existence de l'hypothèque, celle-ci ne sera abolie à son profit qu'après trente ans de possession. Au bout de dix ou vingt ans, le possesseur sera à l'abri de l'action en revendication. Mais ce n'est qu'au bout de trente ans qu'il sera à l'abri de l'action hypothécaire.

b) *Si le tiers détient l'immeuble en vertu d'un juste titre, et s'il ignore l'existence de l'hypothèque, celle-ci s'éteindra au bout de dix ou vingt ans* (art. 2180-4°, 3e al.).

Le *juste titre* dont parle la loi, c'est évidemment le titre en vertu duquel le tiers détient l'immeuble, c'est son titre d'acquisition. Pourquoi la loi fait-elle de ce juste titre une condition de la prescription abrégée de l'hypothèque? On n'en voit pas bien la raison, puisque cette prescription est indépendante de l'usucapion du droit de propriété. Sans doute, la loi a-t-elle estimé qu'un tiers détenteur qui n'aurait pas un juste titre d'acquisition, un usurpateur en un mot, ne serait pas dans une situation assez digne d'intérêt pour que dix ou vingt ans de possession le débarrassassent de l'hypothèque.

Quant à la *bonne foi*, elle consiste dans le fait, de la part du tiers détenteur, d'ignorer l'existence de l'hypothèque. La loi pousse ici très loin la tolérance. En effet, elle décide (art. 2180-4°, 4e al.)que l'existence d'une inscription hypothécaire ne suffit pas à détruire la bonne foi présumée du détenteur. Celui-ci, dit-on, a pu ne pas consulter le registre des inscriptions. Cela est à la vérité peu vraisemblable, étant donné qu'il s'agit d'un acquéreur. Il est vrai que, si l'inscription s'opposait à la bonne foi du détenteur, la prescription par dix ou vingt ans ne pourrait plus s'opérer qu'à l'égard des hypothèques légales. En effet, les autres hypothèques ne sont opposables au tiers acquéreur qu'autant qu'elles ont été inscrites avant la transcription de son titre d'acquisition ou sa naissance (légataire à titre particulier). Et on peut ajouter, en faveur du système du Code, cette autre considération que le tiers acquéreur, alors même qu'une inscription a été prise, peut croire de bonne foi que l'hypothèque n'existe plus, car les exemples abondent d'inscriptions que les intéressés laissent subsister après que la dette a été payée et que, par conséquent, l'hypothèque a disparu.

Faut-il exiger, pour que les privilèges et hypothèques s'éteignent par la prescription abrégée de dix ou vingt ans, que le tiers détenteur soit de bonne foi, *non seulement en ce qui concerne l'hypothèque ou le privilège, mais en ce qui concerne l'effet de son titre d'acquisition*? En un mot l'acquéreur *a non domino* d'un immeuble hypothéqué n'acquerra-t-il la libération de l'immeuble par dix ou vingt ans qu'à la condition, non seulement d'avoir cru l'immeuble libre de toute charge, mais encore d'avoir cru acquérir la propriété du *verus dominus*?

On est tout d'abord porté à répondre négativement, puisque les deux prescriptions sont indépendantes. Mais, à la réflexion, l'opinion affirmative s'impose. En effet, pourquoi exiger du tiers acquéreur, pour qu'il puisse invoquer la prescription de l'hypothèque, le juste titre relativement à l'acquisition de la propriété et non la bonne foi? Il n'y aurait aucune raison à cette distinction. La loi n'a évidemment voulu permettre de prescrire l'hypothèque par dix ou vingt ans qu'à celui qui est dès à présent propriétaire, ou qui peut le devenir par le même délai.

Cependant, cette interdépendance établie, en ce qui concerne l'application de l'article 2265, entre la situation du tiers détenteur vis-à-vis du *verus*

dominus et sa situation vis à-vis du créancier hypothécaire, ne doit pas être poussée à l'extrême. Elle n'existe plus lorsqu'il s'agit de savoir si ce sera le délai de *dix ans* ou celui de *vingt ans* qu'il y aura lieu d'appliquer. Supposons que le tiers détenteur ait acquis *a non domino* un immeuble hypothéqué. Le *verus dominus* est domicilié dans le ressort de la situation de l'immeuble ; le créancier hypothécaire est domicilié hors de ce ressort. La prescription de la propriété s'accomplira au bout de dix ans ; celle de l'hypothèque au bout de vingt ans seulement. Et *vice versa* si nous supposons une situation inverse.

B. — **Point de départ de la prescription.** — a) *Prescription de trente ans.* — Lorsque la prescription s'accomplit par trente ans, c'est du jour de l'entrée en possession du tiers détenteur que commence à courir le délai.

b) *Prescription de dix à vingt ans.* — Qaand, au contraire, la prescription de l'hypothèque peut se réaliser par dix ou vingt ans de possession, parce que le tiers détenteur peut invoquer ensemble un juste titre et la bonne foi, la loi établit une règle spéciale. Le délai ne commence à courir que *du jour où le titre de l'acquéreur a été transcrit sur les registres du conservateur* (art. 2180-4°, 3e al.). Voici encore un de ces textes que l'on s'étonne de rencontrer dans le Code civil de 1804. La raison de la solution alors adoptée est que le créancier hypothécaire ou privilégié, menacé par la prescription, doit être informé, par la publicité de l'aliénation de l'immeuble affecté à son gage, de la conséquence que cette aliénation peut entraîner pour lui.

Point de départ de la prescription au cas où la créance n'est pas encore échue. — D'après le Code civil, le point de départ de la prescription paraît être le même dans tous les cas, que le terme d'échéance de la créance hypothécaire soit arrivé ou qu'il ne le soit pas encore.

Telle n'est pas cependant la solution adoptée par la Jurisprudence. Elle décide, au contraire, que la prescription extinctive ne peut commencer au profit du tiers détenteur qu'*à dater de l'échéance de la créance*. Ainsi, tant que cette échéance n'est pas arrivée, la prescription ne court pas.

Les tribunaux fondent cette solution sur l'article 2257, dont ils donnent une interprétation toute différente de celle de la Doctrine. D'après le 3e alinéa de cet article, la prescription ne court point à l'égard d'une créance à terme fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. Ce texte ne vise, semble-t-il, que la prescription extinctive de la créance, et en ce qui la concerne, il se comprend en effet fort bien. Mais tel n'est pas l'avis des tribunaux. Il faut, à leurs yeux, appliquer cette disposition, non seulement à la prescription extinctive des créances, mais à la prescription des droits réels, et notamment à celle de l'hypothèque, droit accessoire à la créance. Ils décident en conséquence que l'hypothèque ne peut pas se prescrire tant que la créance ne le peut pas elle-même.

Cette interprétation est, en logique pure, contestable, mais on est obligé de reconnaître combien est heureuse l'application qu'en fait la Jurispru-

dence à notre matière. Grâce à cette application, en effet, la prescription extinctive de l'hypothèque, qui est une institution fort critiquable, se trouve étroitement resserrée, et ses dangers sensiblement atténués, car elle ne fait courir de risque qu'au créancier dont le droit est arrivé à échéance (Req., 16 novembre 1857, D. P. 58.1.54, S. 58.1.397; 8 janvier 1900, D. P. 1900.1.103, S. 1900.1.224).

C. — **Comment le créancier pourra-t-il interrompre la prescription ?** — Avec l'interprétation admise par la Jurisprudence, la réponse est des plus simples. Le créancier, pour interrompre la prescription de l'hypothèque, n'a qu'à intenter l'action hypothécaire. Or, il a toujours le droit de le faire, puisque, pour que la prescription le menace, il faut que sa créance soit arrivée à échéance. D'après la majorité de la Doctrine, au contraire, tant que sa créance n'est pas échue, le créancier, menacé nonobstant de l'extinction de son hypothèque, n'aurait pas d'autre moyen d'éviter la prescription de celle-ci que d'intenter contre le créancier une *action en déclaration d'hypothèque*, en visant le seul but d'obtenir de lui une reconnaissance du privilège ou de l'hypothèque.

D. — **Qui peut invoquer la prescription ?** — La prescription libératoire de l'hypothèque ne peut être invoquée que par le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette. Si, en effet, il était tenu comme débiteur personnel, il ne pourrait pas prescrire l'hypothèque, sans prescrire en même temps son obligation.

Il faut ajouter que la caution réelle, bien que tenue seulement *propter rem*, n'est pas en situation d'invoquer la prescription de l'article 2180-4°, parce qu'on ne peut pas prescrire contre son titre.

E. — **Appréciation critique de l'institution.** — La prescription extinctive de l'hypothèque avait une grande utilité dans l'ancien Droit, nous l'avons dit, à cause de la clandestinité des hypothèques. Aujourd'hui, au contraire, on ne trouve guère de raisons qui en justifient le maintien. Le tiers acquéreur d'un immeuble n'a qu'à se renseigner en consultant les registres des inscriptions. Du moment que la consultation de ces registres lui a révélé l'existence d'hypothèques ou de privilèges, c'est, en quelque sorte, lui permettre de *prescrire contre son titre* que d'admettre, à son profit, une *usucapio libertatis* par la possession prolongée. La prescription de l'article 2180-4° est, d'autre part, fort périlleuse pour le créancier qui touchant chaque année les intérêts de sa créance, ne s'inquiète pas de savoir si l'immeuble a changé de propriétaire, et n'accomplit, dès lors, aucun acte interruptif de la prescription de son droit. Fort heureusement, la Jurisprudence signalée plus haut a atténué sensiblement ce danger ; il subsiste néanmoins encore, car il arrive qu'un prêt hypothécaire se prolonge parfois bien au-delà de son échéance. Enfin, il n'est pas logique que l'hypothèque, accessoire de la créance, s'éteigne par prescription, alors que la créance continue de subsister. Aussi, lors du projet de réforme de notre système

hypothécaire étudié en 1850 et 1851, avait-on justement proposé de supprimer cette prescription.

§ 3. — Survie possible du droit de préférence au droit de suite.

Notions générales. — Quelquefois l'hypothèque ne disparaît pas tout entière. Un seul de ses éléments s'est anéanti, à savoir le *droit de suite*, mais le *droit de préférence* subsiste au profit du créancier.

Il en est ainsi dans certains cas où le créancier a perdu le droit de suite, parce qu'il n'a pas inscrit son hypothèque avant la transcription de l'aliénation, ou avant l'aliénation elle-même (legs à titre particulier) de l'immeuble hypothéqué, et où il conserve pourtant son droit de préférence sur le prix.

Ce qu'il y a de curieux dans ces hypothèses, c'est qu'un créancier, dont l'hypothèque n'est pas inscrite et ne peut plus l'être, puisque l'immeuble est sorti du patrimoine du débiteur, peut cependant encore opposer son droit de préférence sur le prix.

Les cas où les choses se passent de la sorte sont, on l'aperçoit aussitôt, de nature exceptionnelle. En effet, la règle est que l'hypothèque non inscrite en temps utile ne peut être opposée à aucun point de vue aux tiers intéressés, et ne saurait, dès lors, avoir plus d'effet à l'égard des créanciers du débiteur qu'à l'encontre du tiers acquéreur. En conséquence, la survie du droit de préférence au droit de suite ne devrait être admise que lorsqu'il s'agit des hypothèques légales dispensées d'inscription (femmes mariées, personnes en tutelle) ; et, précisément, nous verrons que les principaux cas de survie se rencontrent à propos de ces hypothèques. Néanmoins, la loi a étendu la même faveur à d'autres créanciers.

Enumération des cas où il y a survie du droit de préférence au droit de suite. — Voici quels sont les cas où se rencontre la solution que nous venons d'indiquer. On peut les répartir en trois groupes :

1° *Cas visant les hypothèques légales dispensées d'inscription.* — Ces cas sont au nombre de trois. Nous les avons déjà rencontrés au cours de nos précédentes explications :

A. *Adjudication sur saisie immobilière d'un immeuble du mari ou du tuteur* (art. 717, 7e al., C. proc. civ.). — Cette adjudication, nous l'avons vu, purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. Quant aux créanciers à hypothèques légales qui n'ont pas fait inscrire leur hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication, ils perdent aussi leur droit de suite, comme les créanciers inscrits, mais ils conservent leur droit de préférence sur le prix, à la condition de produire à l'ordre, dans les délais fixés par l'article 754 du Code de procédure, dans le cas où l'ordre se règle judiciairement, ou de faire valoir leurs droits avant la clôture, si l'ordre se règle amiablement.

B. *Purge des hypothèques occultes.* — Lorsque l'acquéreur d'un immeuble procède à la purge des hypothèques occultes, et que celles-ci ne sont pas inscrites dans le délai de deux mois (art. 2194), l'immeuble est libéré (art. 2195, 1er al.), mais les créanciers à hypothèque occulte conservent leur droit de préférence sur le prix, à la condition qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois et qu'ils produisent à cet ordre (art. 772. 5e al., C. proc. civ.), *suprà*, p. 967).

c) *Renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari* (art. 9 de la loi du 23 mars 1855, complété par la loi du 13 février 1889). — Cette renonciation vaut purge, nous le savons. Mais la femme conserve son droit de préférence sur le prix, tant qu'il n'est pas payé, et il ne peut l'être sans son consentement.

On remarquera, que, dans ce cas, la loi traite la femme bien plus favorablement que dans le précédent, puisque le droit de préférence survit *tant que dure la créance*, tandis que, dans le cas de purge, il ne survit qu'à la condition qu'un ordre s'ouvre dans les trois mois. La raison de cette différence est aisée à comprendre. Au cas de purge, le défaut d'inscription laisse croire aux tiers intéressés qu'il n'existe pas d'hypothèque légale. Ils sont, au contraire, renseignés lorsque l'acte de vente constate la renonciation de la femme.

2° *Cas à rapprocher des précédents. Privilèges généraux sur les meubles et les immeubles de l'article* 2101. — Ces privilèges, quand ils portent sur les immeubles, sont dispensés de la formalité de l'inscription par l'article 2107. Mais, pour les auteurs qui, contrairement à notre opinion, admettent que ces privilèges sont de vrais droits réels, cette dispense ne vise que le droit de préférence et non le droit de suite. Si donc l'immeuble du débiteur est aliéné, le privilège n'ayant pas été inscrit en temps utile, le droit de suite s'éteint, mais le droit de préférence survit.

3° *Cas visant les hypothèques soumises à inscription ou les privilèges immobiliers.*

A. — *Omission d'une inscription dans un état délivré par le conservateur des hypothèques* (art. 2198). — L'article 2198 suppose que le tiers acquéreur d'un immeuble, après avoir transcrit son titre, se fait délivrer par le conservateur des hypothèques un état des inscriptions existant au nom des précédents propriétaires, mais que le conservateur omet de faire figurer une des inscriptions sur cet état. La loi, ayant en pareil cas à choisir entre l'intérêt de l'acquéreur et celui du créancier, se prononce en faveur du premier. L'immeuble est donc affranchi de l'hypothèque ou du privilège garanti par l'inscription. Le créancier ne peut plus ni saisir l'immeuble, ni surenchérir au cas de purge. Mais le Code lui permet d'exercer encore son droit de préférence sur le prix à la condition de produire dans l'ordre, tant que le prix n'a pas été payé, ou tant que l'ordre n'a pas été homologué.

B. — *Cas douteux. Privilège du copartageant.* — Nous avons signalé cette question en étudiant ce privilège ; voici dans quel cas elle se pose. L'immeuble grevé du privilège a été aliéné par le copartageant débiteur, et l'aliénation a été transcrite dans les quarante-cinq jours de l'acte de partage ou

de l'adjudication. Le copartageant créancier a laissé écouler ce délai de quarante-cinq jours sans prendre inscription (art. 6, 2e al., loi du 23 mars 1855). L'immeuble est libéré du droit de suite ; mais le créancier se trouve encore dans le délai de soixante jours fixé par l'article 2109 pour inscrire son privilège et opposer aux autres créanciers son droit de préférence sur le prix. Peut-il encore invoquer son droit de préférence, à la condition, bien entendu, d'avoir pris une inscription avant l'expiration du soixantième jour?

La question a été discutée par les auteurs. Nous croyons qu'il faut, comme nous l'avons déjà dit (*suprà*, p. 856), la résoudre par la négative. Un créancier ne peut pas prendre inscription sur un immeuble dont son débiteur n'est pas propriétaire. Une fois le bien sorti du patrimoine du débiteur, le privilège comme l'hypothèque ne peut plus être opposé aux autres créanciers, s'il n'a pas été publié, alors que l'immeuble faisait partie de ce patrimoine (Voir *contrà* cependant, Pau, 15 décembre 1890, D. P. 92 2.120 ; Agen, 11 juin 1894, D. P. 94.2.336, S. 94.2.280).

La même question se pose, rappelons-le, à propos du privilège du vendeur. On se demande si le vendeur n'a pas le droit de prendre inscription, pour conserver son droit de préférence, après l'expiration des quarante-cinq jours qui suivent la vente, et nonobstant toute aliénation nouvelle faite par l'acquéreur. Et comme il n'y a pas ici de délai de soixante jours, le vendeur, si l'on adoptait une solution favorable à ses intérêts, devrait être admis à s'inscrire et à exercer son droit de préférence tant que le second acquéreur n'aurait pas payé son prix. Mais presque tous les auteurs, même ceux qui concèdent cette faveur au copartageant, sont d'accord pour la refuser au vendeur (*suprà*, p. 847, [1]).

APPENDICE I[er]. — AVANTAGES CONFÉRÉS AU CRÉDIT FONCIER POUR FAVORISER SES PRÊTS HYPOTHÉCAIRES.

Nous avons dit (p. 872) que le Crédit Foncier avait été créé en vue de faire des prêts sur hypothèque aux particuliers. La plupart de ces prêts sont à long terme (75 ans au maximum) et remboursables par voie d'amortissement. Pour favoriser ces opérations hypothécaires, le législateur a accordé au Crédit Foncier certaines prérogatives, dont la principale consiste dans le droit de purger l'immeuble qu'on lui offre en gage des hypothèques légales non inscrites qui peuvent la grever. Les autres sont destinés à assurer le paiement exact des annuités d'amortissement. Etudions brièvement les unes et les autres

1° **Purge des hypothèques non inscrites.** — Le Crédit Foncier ne peut faire de prêts que sur première hypothèque (art. 6 du décret du 28 février 1852). Or, pour satisfaire à cette prescription, il ne lui suffit pas de vérifier qu'il n'y a aucune inscription sur l'immeuble au nom de l'emprunteur ou des auteurs de celui-ci. En effet, l'immeuble peut se trouver grevé

1 Dans le projet préparé par la Société d'Etudes législatives (*Bulletin* 1929, p. 181 et s.) et par suite des innovations réalisées par ce projet, tous les cas de survie du droit de préférence au droit de suite disparaissent, sauf celui de l'article 2198.

d'hypothèques légales de femmes mariées ou de personnes en tutelle, lesquelles sont dispensées d'inscription. Le législateur a donc dû accorder au Crédit Foncier le droit de procéder à la purge de ces hypothèques. C'est un privilège qui n'appartient qu'à cet établissement et à aucun autre capitaliste, particulier ou société anonyme. En effet, nous savons que la purge est réservée aux acquéreurs de l'immeuble et non aux créanciers[1].

Du reste, cette purge, à la différence de la purge ordinaire des hypothèques non inscrites, n'aboutit pas nécessairement à l'affranchissement de l'immeuble ; elle ne produit cet effet que si aucune inscription n'est prise dans le délai fixé par la loi. Si, au contraire, l'hypothèque est inscrite, le Crédit Foncier ne peut pas imposer au créancier son remboursement. Il ne peut que s'abstenir de consentir le prêt sollicité. En outre, la purge du décret de 1852 ne produit qu'un effet relatif, limité aux rapports du créancier et du Crédit Foncier.

Formalités de la purge spéciale du Crédit Foncier. — Les formalités de cette purge varient suivant que les créanciers sont connus ou inconnus :

A. — S'ils sont connus, l'extrait du titre constitutif d'hypothèque doit être notifié à la femme et au mari, au tuteur et au subrogé-tuteur du mineur et de l'interdit, au mineur émancipé et à son curateur, enfin, aux ayants cause à titre universel ou particulier des incapables (art. 19 du décret de 1852).

Cet extrait contient, sous peine de nullité, la date du contrat, le nom de l'emprunteur, la désignation de l'immeuble, et mentionne le montant du prêt. Il contient, en outre, l'avertissement que, pour conserver le rang de l'hypothèque légale vis-à-vis du Crédit Foncier, il est nécessaire de la faire inscrire dans les quinze jours, à partir de la signification (art. 20)[2].

B. — Si les créanciers à hypothèque légale sont inconnus, un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque est notifié au procureur de la République et inséré dans les journaux (art. 24). Dans ce cas, le délai donné pour inscrire est fixé à quarante jours.

Effet de ces formalités. — L'effet des formalités précédentes varie suivant que l'hypothèque a été inscrite dans le délai de quinze ou quarante jours, ou ne l'a pas été.

Premier cas. — Lorsque l'hypothèque a été inscrite, les droits du créan-

1. Nous avons dit ci-dessus, à propos de la purge, que les textes votés par le Sénat en 1898 accordaient à tous les créanciers le droit de procéder à cette purge spéciale.

2. On ne peut pas ne pas être surpris de la facilité que le décret de 1852 donne ainsi au mari d'emprunter sur ses immeubles en les débarrassant de l'hypothèque légale de sa femme, souvent à l'insu de cette dernière. L'article 21 dit bien qu'en pareil cas la signification doit être remise à la personne de la femme. Mais il est aisé au mari de dissimuler à la femme les conséquences de la signature qu'elle va apposer au bas de de l'exploit de signification. La femme ignorant qu'elle devrait pour sauvegarder son droit, inscrire son hypothèque, ne procédera pas à cette formalité, et l'immeuble se trouvera ainsi purgé. N'eût-il pas été plus prudent d'exiger la présence de la femme au contrat de prêt, et d'imposer au notaire, en s'inspirant de l'article 21 du décret, l'obligation de l'avertir que son hypothèque légale sera purgée si elle n'est pas inscrite dans les quinze jours ?

cier sont sauvegardés. Le Crédit Foncier ne prêtera l'argent que si le créancier consent à la main levée de l'hypothèque à son profit.

Quand il s'agit d'un mineur ou d'un interdit, cette mainlevée doit être donnée par le subrogé-tuteur, en vertu d'une autorisation du conseil de famille (art. 9 du décret de 1852).

Second cas. — Si l'hypothèque n'est pas inscrite dans le délai de quinze ou quarante jours, la purge est opérée, et confère à l'hypothèque du Crédit Foncier le premier rang sur l'immeuble. Mais cette purge ne profite pas aux tiers, vis-à-vis desquels l'hypothèque légale conserve son rang de faveur (art. 25 du décret). En conséquence, si l'immeuble est saisi, l'hypothèque légale prendra rang immédiatement après celle du Crédit Foncier.

2° **Privilèges destinés à assurer le paiement exact des annuités.** — Le paiement régulier des annuités de remboursement du prêt joue un rôle essentiel dans le mécanisme des opérations du Crédit Foncier. En effet, nous l'avons vu, la Société emprunte au public sous forme d'obligations foncières les capitaux qu'elle prête, et rembourse ces obligations avec les annuités qu'elle touche, de façon qu'au moment où ses emprunteurs sont complètement libérés envers elle, elle a remboursé elle-même la totalité des obligations.

En conséquence, la loi a édicté les mesures suivantes en vue d'assurer le remboursement des annuités.

A. — Les juges ne peuvent accorder aucun délai de grâce pour le paiement des annuités (art. 26).

B. — Ce paiement ne peut être arrêté par aucune opposition émanée d'un créancier de la Société, ou du débiteur (art. 27).

C. — Les annuités non payées à l'échéance produisent intérêt de plein droit (art. 28, 1er al.) ; ce qui est une dérogation à l'article 1153 du Code civil.

D. — En cas de retard du débiteur, et quinze jours après une mise en demeure, la Société du Crédit Foncier, peut, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil de première instance, se mettre en possession des immeubles hypothéqués, aux frais et risques du débiteur en retard (art. 29).

Pendant la durée de ce séquestre, la Société jouit d'un privilège sur le montant des revenus ou récoltes (art. 30).

E. — Enfin, la procédure de la saisie immobilière est abrégée lorsque cette saisie est effectuée à la requête du Crédit Foncier (art. 32 à 42).

APPENDICE II. — RÈGLES SPÉCIALES APPLICABLES DANS LES DÉPARTEMENTS DU HAUT-RHIN, DU BAS-RHIN ET DE LA MOSELLE [1].

La loi du 1er juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les trois départements recouvrés, a, tout en laissant subsister le ré-

1. V. Niboyet, *Répertoire pratique de droit et la jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, V° *Immeubles ; Introduction du Droit civil français en Alsace et en Lorraine*, p. 100 à 108 ; *le régime foncier et hypothécaire* par Henri Degand ; V. notre T. 1er, 5e éd. p. 977 et s.

gime du livre foncier qui était en vigueur, mis ce régime en harmonie avec les principes de notre Code Civil en matière hypothécaire. Toutefois, cette loi introduit dès à présent dans notre loi civile, au profit des trois départements précités, diverses améliorations que voici :

1° Tous les privilèges immobiliers et toutes les hypothèques, sans exception, doivent être inscrits et ne produisent effet que s'ils sont inscrits. A cette règle sont soumises notamment :

A. — L'hypothèque légale de la femme mariée qui est inscrite par les soins du notaire rédacteur du contrat de mariage, à moins d'un avis contraire de la future épouse mentionné dans le contrat.

B. — L'hypothèque légale des personnes en tutelle qui est inscrite à la diligence des personnes désignées par le Code Civil et, à leur défaut, du tribunal des tutelles.

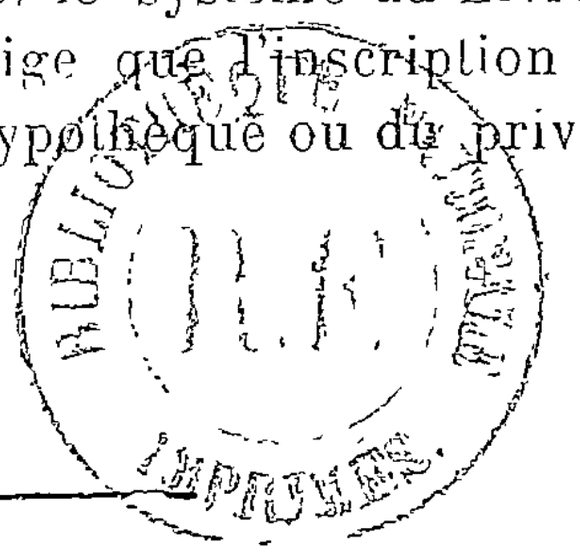
C. — Les privilèges même généraux, en tant du moins qu'ils portent sur des immeubles. Exception est faite cependant en faveur du privilège des frais de justice et de celui des contributions directes et taxes communales, en cas de faillite ou d'exécution forcée.

2° Il n'est fait aucune exception à la règle que les privilèges et les hypothèques ne prennent rang qu'à dater de leur inscription. Il n'y a donc plus d'inscription à effet rétroactif.

3° L'inscription ne peut être effectuée que sur des immeubles déterminés et pour des sommes déterminées. Il n'y a donc plus d'hypothèques générales. Celle de la femme mariée n'est inscrite que pour la somme et sur les immeubles nécessaires pour sauvegarder les droits de celle-ci. De même pour l'hypothèque des personnes en tutelle.

4° L'hypothèque judiciaire ne résulte que des décisions exécutoires faisant ressortir une créance de somme d'argent. Elle ne peut être inscrite, conformément à la règle précédente, que sur des immeubles déterminés.

5° Enfin, tandis que, de règle générale, l'inscription désigne simplement l'espèce et la situation des biens sans spécifier nommément chaque parcelle se trouvant dans la même commune, le système du Livre foncier, en vigueur dans les trois départements exige que l'inscription désigne positivement chaque parcelle grevée de l'hypothèque ou du privilège.



COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS

TOME II, (SIXIÈME ÉDITION)

ADDENDUM

AUX PAGES 326 à 335 et 660 à 703

Loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance.

Cette loi réglemente le contrat d'assurances terrestres.

Les 86 articles qui la composent sont répartis en quatre titres : I. *Des assurances en général* ; II. *des assurances de dommages* (assurances de choses et assurances de responsabilité) ; III. *des assurances de personnes* et *spécialement des assurances sur la vie* ; IV. *dispositions transitoires.*

Les prescriptions qu'elle édicte sont en principe impératives ; elles ne peuvent donc être modifiées par convention (*art. 2*). Le même article énumère limitativement celles qui échappent à cette règle. Par là se trouvent prohibées un certain nombre de clauses préjudiciables aux intérêts des assurés.

Parmi les autres innovations réalisées par cette loi, nous signalerons les suivantes :

1° L'article 12 permet à l'assureur de garantir les dommages provenant de la faute lourde de l'assuré.

2° L'article 32, 2e al., rend possible l'assurance du profit espéré.

3° En matière d'assurance sur la vie, l'article 62, 2e al., valide la clause par laquelle l'assureur s'oblige à payer la somme assurée même en cas de suicide volontaire et conscient de l'assuré, mais sous réserve que cette clause ne produira effet que passé un délai de deux ans après la conclusion du contrat.

4° En matière d'assurance d'un capital ou d'une rente payable lors du décès de l'assuré à un ou plusieurs bénéficiaires déterminés, la loi modifie sur plusieurs points les solutions admises par la jurisprudence, solutions que nous avons signalées en étudiant les effets de la stipulation pour autrui (*pages 326 à 335 ; voir aussi p. 688 et suiv.*) :

A.) L'article 63 décide que la désignation du tiers bénéficiaire est considérée comme suffisante lorsque le stipulant attribue le bénéfice de l'assurance soit à sa femme sans indication de nom, soit à ses enfants et descendants nés ou à naître, soit à ses héritiers, sans qu'il soit nécessaire

d'inscrire leurs noms dans la police ou dans tout autre acte postérieur.

Quand l'assurance est ainsi faite au profit de la femme de l'assuré, elle profite à la personne qu'il épouse même après la date du contrat. En cas de second mariage, le profit appartient à la veuve.

B.) Quel que soit l'acte dans lequel la désignation est faite et quand même elle le serait dans le testament de l'assuré, quelles que soient donc la forme et la date de la désignation, le bénéficiaire a seul droit aux sommes stipulées dans la police, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré (*art. 67*). Par conséquent, le capital ne fait partie de la succession de l'assuré que lorsque l'assurance en cas de décès a été conclue sans désignation de bénéficiaire (*art 66*).

C.) En ce qui concerne le droit de révocation de l'attribution, l'article 64, 3e al , permet aux héritiers du stipulant de l'exercer, après sa mort, mais au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire a été mis en demeure par acte extrajudiciaire d'avoir à déclarer s'il accepte l'attribution faite à son profit.

Sur tous les autres points concernant l'assurance en cas de décès au bénéfice d'un tiers, la loi consacre les solutions admises par la jurisprudence. Ainsi elle décide que les sommes assurées, ne faisant pas partie de la succession de l'assuré, ne sont soumises ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers de l'assuré (art. 68, 1er al.) ; qu'elles ne peuvent pas être réclamées par les créanciers de l'assuré (*art. 69*). En effet ces sommes n'ont jamais fait partie du patrimoine de l'assuré.

Quant aux primes payées par l'assuré et qui, elles, ont enrichi le tiers bénéficiaire, elles ne sont soumises au rapport ou à la réduction, ou ne peuvent être réclamées par les créanciers agissant en vertu de l'action paulienne, que dans le cas où elles ont été manifestement exagérées eu égard aux facultés de l'assuré (*art. 68, 2e al.*).

Vannes — Imp. Lafolye et J. de Lamarzelle. 1394 30.

TABLE ALPHABÉTIQUE (1)

Abus du droit, 382 et s., 542.
— de résiliation unilatérale dans le contrat de travail à durée indéterminée, 601 et s.
Accessoires de l'immeuble (Hypothèque sur les), 893.
Accidents du travail, 403 et s. — V. Privilège.
Actes d'administration, 319, 525.
— authentiques, 202 et s.
— confirmatifs, récognitifs ou primordiaux, 217 et s.
— constatant des promesses de sommes d'argent, 208 et s.
— notariés, 203 et s.
— relatant des conventions synallagmatiques, 206.
— sous seing privé, 202.
Action de in rem verso, 414 et s.
Action directe des ouvriers en construction, 576 et s.
— (du propriétaire en cas de sous-location ou de cession de bail), 538.
Action en nullité des contrats, 351 et s.
Action en répétition de l'indu. — V. Enrichissement injuste.
Action en rescision pour cause de lésion dans les ventes d'immeubles, 446 et s.
Action en résolution. — V. Résolution.
Action oblique de l'article 1166, 43 et s.
Action Paulienne ou révocatoire, 49 et s.
— (Actes qui peuvent en faire l'objet), 55 et s.
— (Créanciers qui peuvent l'exercer), 57 et s.
— (Conditions d'exercice, préjudice et fraude), 51 et s.
— (Effets et nature de l'), 58 et s.
— en cas de faillite, 61 et s.
— (Prescription de l'), 61.
Action résolutoire (Effet de l'extinction du privilège du vendeur d'immeuble sur l'), 847.
Alsace et Lorraine, 1034 s.
Améliorations et détériorations par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, 978 et s.
— (en cas d'adjudication sur surenchère du dixième), 1001.
Anatocisme, 30 et s.
Antichrèse, 751, 752 et s.
Architectes et entrepreneurs (Privilège des). — V. Privilège.
— (Responsabilité des), 568.
Arrhes, 432.
Artisans (Responsabilité des), 392.
Associations, 610 et 628.
— déclarées, 631.
— (Dissolution des), 633.
— non déclarées, 630.
— reconnues d'utilité publique, 632.
— syndicales, 260.
Assurance (Bases fondamentales du contrat d'), 665 et s.
— (Compétence en matière d'), 680.
— (Contrat d'), 660 et s.
— (Effets du contrat d'), 671.
— (Extinction du contrat d'), 678 et s.
— (Mécanisme de l'), 663 et s.
Assurances, 324.
— à primes fixes, 664.
— contre l'incendie, 549.
— de choses, 660.
— de personnes, 661.
— de responsabilité, 681 et s., 830.
— mutuelles, 663.
— sur la vie, 682 et s.
— sur la vie au profit d'un tiers, 688 et s.
— V. Indemnité. — Privilège.
Astreintes, 33 et s.
Automobiles (Responsabilité des accidents d') 400 (note), 402 et s.
Aveu, 243 et s., 528.
— judiciaire et extra-judiciaire, 244 et s.
— (Indivisibilité de l'), 244 et s.
Ayants cause, 311 et s.

(1) Les chiffres renvoient aux pages.

B

Bail, 514 et s.
— à cheptel, 560 et s.
— a complant ou a domaine congéable, 525.
— à ferme, 555 et s.
— à fruits ou colonat partiaire, 541, 559.
— à loyer, 554.
— à nourriture, 703.
— avec indication de contenance, 555.
— (Capacité ou pouvoir nécessaire pour passer un), 526.
— (Causes d'extinction du), 550.
— emphytéotique, 526.
— (Preuve du), 527.
— (Règles communes au bail à ferme et au bail à loyer), 525.
— sans détermination de durée, 551 et s.
Bailleur (Créances garanties par le privilège du), 807.
— (Obligations du), 532 et s.
— (Privilège du), 809 et s.
— (Ses droits en cas de warrantage agricole), 771.
— V. Biens ruraux. Droit de revendication. Faillite.
Bénéfice de discussion de la caution, 739.
— de discussion du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, 969 et s.
— de division de la caution, 740.
— d'inventaire (formalité requise pour la conservation du privilège de separation des patrimoines), 867.
— d'inventaire (son effet dans l'hypothèque judiciaire), 932.
— d'inventaire (son effet sur l'inscription des privilèges et hypothèques), 956 et s.
— d'inventaire (son effet sur la transcription du privilège du vendeur), 849.
— de subrogation. — V. Exception.
Biens à venir (Hypothèque des), 948 et s.
Biens ruraux (Privilège du bailleur de) 812.
Bon pour (Formalité du). — V. Actes constatant des promesses de sommes d'argent.
Bordereaux d'inscription des privilèges et hypothèques, 1006 et s.

C

Cantonnement de l'hypothèque de la femme mariée, 906.
Capacité requise pour hypothéquer, 939 et s.
Cas fortuit et force majeure, 9 et s., 370.
— en cas de dépôt d'hôtellerie, 656.
— en cas d'incendie, 546 et s.
Cause dans les contrats, 98 et s.
— immorale ou illicite, 302 et s.
Caution, 732 et s.
— judiciaire, 736.
— légale, 736.
— réelle, 940.
— solidaire. 738, 741.
Cautionnement, 732 et s.
— des fonctionnaires publics, 838 et s.
— en argent, 757.
— (Effets du), 737.
— (Extinction du), 746 et s.
— solidaire. — V. Caution solidaire.
Cédules hypothécaires, 878.
Cercles, 613.
Cession de bail, 537.
Cession de biens, 90.
Cession de créance ou transport-cession, 145 et s.
— avec garantie de solvabilité future (Comparaison avec le cautionnement), 750.
— (Comparaison avec la subrogation), 101.
— (Garantie dans la), 153 et s.
Cession de dettes, 155.
Cession des loyers et fermages non échus, 752.
Charges non déclarées. — V. Garantie.
Cheptel. — V. Bail à cheptel.
Chose d'autrui (Hypothèque de la), 935.
— (Vente de la), 439 et s.
Chose jugée 233 et s.
— au criminel (influence sur le civil de la), 240 et s.
Chose vendue, 437 et s.
Choses hors du commerce 294, 438 et s., 885.
Clause pénale, 24 et s.
Clauses « or » et « valeur or » 81 *bis* et s.
Commodat. — V. Prêt.
Compensation 115 et s.
— (Chambres de), 116.
— (Comparaison avec la compensation du Droit allemand), 122 et s.
— Conventionnelle et judiciaire, 121, et s.
— légale, 116 et s.
— (Rapprochement avec le droit de rétention), 783, note.
Compte de fruits en cas d'expropriation du tiers detenteur d'un immeuble hypothéqué, 979.
Comptes-courants, 99, 103.
Comptes joints, 170.
Concordat, 129, 260, 319.
— V. Faillite.

Condition (Hypothèque constituée par un propriétaire sous), 936.
Conditions, (Théorie générale), 157 et s.
— (Effets des), 163 et s.
— impossibles, illicites ou immorales, 160 et s.
— positives ou négatives, 160 et s.
— potestatives, casuelles, mixtes, 159 et s.
— (Rétroactivité des), 164 et s.
— suspensives et résolutoires, 158 et s.
Confirmation. — V. Actes confirmatifs.
Confusion, 124 et s., 977 et s.
Congé. 530, 551.
— V. Délai-congé.
Consentement, 269 et s.
Conservation des hypothèques (Organisation de la). 1034 et s.
Constitution d'hypothèque (Contrat de). 941 et s.
Constructions à prix fait ou sur devis, 569.
Contrainte par corps, 38.
Contraintes administratives, entraînant hypothèque judiciaire, 931.
Contrat de travail, 587 et s.
— à durée indéterminée, 590.
— (Différence avec le louage d'ouvrage), 563, 587.
Contrats ou conventions, 256 et s.
— aléatoires, 267, 659 et s.
— (Annulation des, 351 et s.).
— à titre gratuit et à titre onéreux 261 et s.
— (Cause des), 298 et s.
— commutatifs, 267.
— (Conditions de formation et de validité des), 269 et s.
— consensuels, 263.
— d'adhésion, 258.
— désintéressés, 261.
— (Effets des), 309 et s.
— (Objet des), 291.
— par correspondance, 273 et s.
— réels, 263.
— solennels, 263.
— successifs, 350.
— synallagmatiques, 262 et s., 336 et s.
— unilatéraux, 262.
— V. Actes relatant des conventions synallagmatiques. *Exception non adimpleti contractus*. Résolution. Risques.
Contre-lettres, 315 et s.
Copies de titres, 216 et s.
Cours forcé. 81 *bis*.
Créances (Privilège sur certaines), 809 et s.
Crédit foncier de France, 32, 833, 872, 1017.

— (Avantages qui lui sont conférés pour favoriser ses prêts hypothécaires), 1032 et s.
Culpabilité, élément de la faute délictuelle, 377 et s.

D

Date (des actes), 213 et s.
— certaine des baux, 520 et s., 523.
— certaine des écrits privés (Acquisition de la), 214 et s.
Dation en paiement, 511 et s.
Déclaration de command. — V. Vente.
Déconfiture. — V. Faillite.
Délégation, 109 et s.
— (Comparaison avec la cession de créance), 110.
— (Comparaison avec le cautionnement), 749.
— (Comparaison avec la stipulation pour autrui), 325.
— dans le Droit français et dans les Codes étrangers, 114.
Délai-congé ou de préavis (dans le contrat de travail), 593 et s.
Délaissement de l'immeuble hypothéqué par le tiers détenteur. 973 et s.
Délits et quasi-délits, 360 et s.
— civils et pénaux, 362.
Délivrance de la chose louée, 532.
— de la chose vendue, 456 et s.
Dépôt et séquestre, 650 et s.
— comparaison avec le louage, 517.
— irrégulier, 654.
— nécessaire et d'hôtellerie, 655.
Détournement de pouvoir, 386.
Dettes de jeu. — V. Exception de jeu.
Devis. — V. Constructions.
Diminution de récoltes. — V. Fermier.
Dol, 23, 284 et s., 237 et s.
— principal et dol incident, 286.
Dommage (Élément de la responsabilité délictuelle), 372 et s.
— moral, 373.
Dommages-intérêts (en matière contractuelle), 19 et s.
— (Fixation des), 21 et s.
— moratoires, 27 et s.
— prévus et imprévus, 22 et s.
Doubles (Formalité des). — V. Actes relatant des conventions synallagmatiques.
Droit de préférence sur le prix résultant du privilège ou de l'hypothèque, 954 et s.
— (du créancier ant chrésiste), 755.
— (du créancier gagiste), 766.
— (du porteur d'un warrant agricole), 771.

— du vendeur sur le prix du meuble revendu, 818.
— V. Survie du droit de préférence au droit de suite.
Droit de rétention, 776 et s.
— (du créancier antichrésiste), 754 et s.
— (du créancier gagiste), 763.
Droit de revendication du bailleur, 804.
— du créancier gagiste, 764.
— du vendeur de meubles, 820.
Droit de suite, 788.
— en matière hypothécaire, 964 et s.
— (Modes d'exercice du), 968.
Droits et actions du débiteur. (Exercice par le créancier des). — V. Action oblique.
Droits litigieux (Incapacité des gens de justice d'acquérir des), 434.

E

Economats patronaux, 597.
Egalité des créanciers. — V. Gage général.
Election d'ami. — V. Vente.
Emphytéose. — V. Bail.
Engagements à vie (Prohibition des), 590.
Enrichissement injuste, 409 et s.
Entiercement, 759.
Entrepreneurs. — V. Architectes.
Entreprise (Contrats spéciaux d'), 579.
— de transport. — V. Transport.
Entretien de la chose louée, 532.
Erreur, vice de la volonté, 277 et s.
Eviction, 470 et s. — V. Garantie.
Exception de coulisse, 697.
— de jeu, 693.
— de jeu dans les marchés à terme, 695.
— de subrogation, 747 et s.
— *non adimpleti contractus*, 336 et s.
Exécution des obligations, 14 et s.
— forcée, 17 et s.
— (Impossibilité d'), 129 et s.
— par équivalent, 19 et s.
— (Procédés d'), 41 et s.
— sur la personne et sur les biens, 37 et s.

F

Faillite et déconfiture, 169, 260, 313, 678, 796, 932.
— de l'acheteur (extinction du privilège du vendeur), 820, 823, 848.
— du débiteur (ses effets sur l'inscription des privilèges ou hypothèques), 955 et s.
— du mari, 906.
— (Privilège du bailleur en cas de), 810 et s.
— V. Concordat.
Faute (théorie générale), 7.
— (Clauses d'aggravation des), 12.
— (Clauses d'exonération des), 13 et s., 584 et s.
— civile et faute morale, 378 et s.
— contractuelle, 7, 379.
— de l'assuré, 666.
— délictuelle et quasi-délictuelle, 379. — V. Délits.
— (Gradation des), 7.
— inexcusable en matière d'accidents du travail, 407.
— lourde, 13.
— (Preuve de la), 381.
— (Présomptions de). — V. Présomptions.
Femme mariée (Hypothèque légale de la). — V. Hypothèque.
Fermages. — V. Loyers.
Fermier (Indemnité de diminution de récolte due au), 556.
— (Obligations du), 556.
Force exécutoire des actes authentiques ou sous seing privé, 209.
Force majeure. — V. Cas fortuit.
Force probante des actes authentiques ou sous seing privé, 210. et s.
Formalisme dans les contrats, 264 et s.
Fournitures de subsistance. — V. Privilège.
Frais de justice. — V. Privilège.
— de la vente, 487 et s., 843.
— faits pour la conservation de la chose. — V. Privilège.
— funéraires. — V. Privilège.
Fruits de la récolte de l'année, 803.
— (Droit du créancier antichrésiste sur les), 754.

G

Gage (Contrat de), 751 et s., 755 et s.
— commercial, 761.
— (Conditions de formation du), 756 et s.
— des créances et autres choses incorporelles, 758, 761.
— (Effets du), 763 et s.
— sans déplacement, 767.
Gage général des créanciers (Droit de), 39 et s.
— (Préservation du), 42 et s.
— (Réalisation du), 41 et s.
Garantie (Clauses d'aggravation ou d'exonération de la), 474 et s.
— dans le louage, 533.
— dans la vente, 458 et s.

— dans les ventes d'hérédité, 504.
— dans les cessions de créance, 153 et s.
— de fait, 474.
— des charges non déclarées, 465.
— des vices de la chose, 417.
— d'éviction, 460 et s.
— incidente, 468.
Gestion d'affaires, 254, 703 et s., 718 et s.
— (Stipulation pour autrui, système de la), 328.
Grève, 606.

H

Hérédité (Vente d'). — V. Vente.
Hypothèque (Assiette de l'), 892 et s.
— de la femme mariée, 902 et s.
— de l'Etat, des départements, communes et établissements publics, 922.
— de l'hypothèque, 888.
— du mineur et de l'interdit, 895 et s.
— d'un immeuble indivis, 937.
— (Effets de l'), 951.
— (Immeubles susceptibles d'), 885 et s.
— judiciaire, 923 et s.
— maritime, 891.
— mobilière, 889 et s.
— (Traits caractéristiques de l'), 881 et s.
Hypothèques, 871 et s.
— au porteur ou à ordre, 944.
— clandestines dans l'ancien Droit, 877.
— conventionnelles, 934 et s.
— générales et spéciales (Rang respectif des), 961.
— légales, 895 et s.
— (Publicité des), 878 et s.

I

Imprévision (Théorie de l') p. 12 *bis*.
Imputabilité, élément de la faute délictuelle, 274 et s.
Imputation des paiements. — V. Paiement.
Incapacités de vendre, 432 et s.
Incendie (Responsabilité du détenteur de la chose en cas d') 404.
— (Responsabilité du preneur en cas d'), 544 et s.
Indemnité d'assurance, 668, 681.
— d'assurance, (son attribution aux créanciers privilégiés ou hypothécaires), 1023 et s.
— due au locataire. (Droits du bailleur sur l'), 804.
Indivisibilité de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, 494.
— de l'aveu, 244 et s.
— de la garantie, 467 et s.
— des obligations, 192 et s.
— des privilèges et des hypothèques, 789, 883.
Inscription des hypothèques et privilèges immobiliers, 954, 959 et s., 966 et s., 1003 et s.
— des hypothèques légales de l'article 2121, 1009.
— du privilège du copartageant, 854 et s.
Inscription de faux, 210, 211, 113.
Inscriptions hypothécaires (Evénements arrêtant le cours des), 955 et s.
— (Radiation et réduction des), 1018 — V. Renouvellement décennal.
Instituteurs (Responsabilité des), 390 et s.
Intérêt de l'argent, 27, 642 et s.
— conventionnel, 28, 646.
— des intérêts. — V. Anatocisme.
— légal, 27 et s., 648.
— (Limitation du taux de l'), 29, 642 et s., 646.
Intérêts des créances hypothécaires, 1010 et s.
— du prix de la vente, 489.
Interprétation des contrats par le juge, 310.
Irresponsabilité (Clauses d'), 13.
— (Transports, Clauses d'), 584 et s.

J

Jeu et pari, 693 et s.
Jugement d'adjudication (Effets du), 975 et s.
V. Transcription.
Jugements emportant hypothèque judiciaire, 928 et s.
— n'emportant pas hypothèque judiciaire, 929 et s.

L

Lésion, 289 et s.
— en matière de vente à crédit de valeurs de bourse, 291.
— en matière de vente d'engrais, 291, 447, 449.
— en matière de vente d'immeubles, 290, 446 et s.
Livres des commerçants, 200.
Livret ouvrier, 596.
Location de coffres-forts, 517.
Locations-ventes, 428.
Lorraine — V. **Alsace**.
Louage, 514 et s.
— de choses, 516 et s.
— d'immeubles, 525 et s.

— d'industrie, 563 et s.
— d'industrie (Modes de terminaison du), 578 et s.
— (Diverses sortes de), 514 et s.
— d'ouvrage, 519.
Loyers ou fermages, garantis par le privilège du bailleur, 807 et s.
— Obligation de payer les), 542.

M

Magasins généraux, 759.
Mandant (Obligations du), 714.
Mandat, 704 et s.
— (Capacité en matière de), 709.
— (Comparaison avec le louage d'ouvrage), 564.
— (Comparaison avec le louage de services), 706.
— (Conditions de formation du), 708.
— (Extinction du), 716 et s.
— gratuit et mandat salarié, 705.
— (Objet du), 710.
— tacite, 709.
Mandataire (Obligations du), 711 et s.
Maitres et commettants (Responsabilité des), 392 et s.
Métayage. — V. Bail à fruits.
Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, 790, 849 et s.
Mineurs et interdits (Hypothèque légale des). — V. Hypothèque.
Mise en demeure, 14 et s.
Modalités des obligations, 157 et s.
Mois de nourrice. — V. Privilège

N

Nantissement, 751 et s.
— des créances, 758, 761.
Navires (Hypothèque des), 891.
Notifications à fin de purge, 991 et s.
Novation, 1012 et s.
Nullité de la vente de la chose d'autrui, 439 et s
— de la transaction, 727.
— des sociétés, 622.
— spéciale des contrats de rente viagère, 700 et s.

O

Obligations (Définition, Généralités), 1 et s.
— complexes, 157 et s.
— conjointes, 176 et s.
— conjonctives, alternatives, facultatives, 174 et s.
— de donner, de faire, de ne pas faire, 6, 16 et s.
— de donner conditionnelles (Théorie des risques), 342 et s.
— de sommes d'argent, 27 et s.
— (Conséquences de l'inexécution des), 6 et s.
— (Effets des), 6 et s.
— (Exécution des), 17 et s.
— (Extinction des), 75 et s.
— indivisibles. — V. Indivisibilité.
— *in solidum*, 190 et s.
— naturelles, 64 et s. 693.
— non causées, 305.
— (Objet des), 292 et s.
— plurales, 175 et s.
— solidaires. — V. Solidarité.
— (Sources des), 253 et s.
— successives, 7.
— (Transmission des), 145 et s.
Offre. — V. Pollicitations.
— (Stipulation pour autrui, système de l'), 326 et s.
Offres dans la purge, 991 et s.
— et consignation. — V. Paiement.
Oppositions. — V. Paiement et Saisie arrêt.

P

Pacte commissoire, 765.
Pactes sur successions futures, 294.
Paiement (Définitions, règles générales), 76 et s.
— (avec subrogation), 90 et s.
— de l'indu, 754 et s.
— des primes d'assurances, 671 et s.
— du prix de la vente, 488 et s.
— du salaire. — V. Salaire.
— (Imputation des), 84 et s.
— indu, 409 et s.
— (Monnaie du) 81 *bis* et s.
— (Oppositions à), 85 et s.
— par le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, 972.
— par voie d'offres et de consignation, 82 et s.
Pari. — V. Jeu.
Peines privées, 364 et s.
Père et mère (Responsabilité des), 388 et s.
Péremption des inscriptions hypothécaires. — V. Renouvellement décennal.
Personnes futures ou indéterminées (Stipulation au profit des), 333 et s.
Personnes morales. — V. Responsabilité.
Perte de la chose due, 129 et s.
— de la chose louée, 552 et s.
— du titre, 217.
— ou malfaçon, 571 et s.
Police d'assurance, 670.

Pollicitations (Effet des), 270 et s.
Portefort (Promesse de), 293.
— (Comparaison avec le cautionnement), 750.
Préférence. — V. Droit de préférence.
Preneur (Caractère de personnalité du droit du), 519.
— (Obligations du), 535.
Prescription extinctive ou libératoire, 130 et s.
— (Convention modifiant le délai de la), 137.
— décennale des actions en nullité, 352 et s.
— de cinq ans des loyers, fermages, intérêts, arrérages, 132 et s.
— de l'action en responsabilité des architectes et entrepreneurs, 568 et s., 575 et s.
— de l'hypothèque, 1024 et s.
— des actions dérivant du contrat d'assurance, 677 et s.
— de un mois, trois mois, six mois, un an, deux ans, cinq ans, dix ans (courtes ou petites prescriptions), 134 et s., 136 et s.
— (Durée de la), 131 et s.
— (Effets de la), 143.
— (Interruption de la), 141 et s.
— (Point de départ de la), 139.
— (Renonciation à la) 143.
— (Suspension de la), 140.
— V. Action Paulienne.
Présomptions, 229 et s.
— absolues et relatives, 232.
— de faute, 19, 387, 396 et s., 545 et s.
— de libération dans les petites prescriptions, 134 et s.
— de libération résultant de la remise du titre au débiteur, 127 et s.
— légales, 230 et s.
— simples, 230.
— V. Chose jugée.
Prêt, 636 et s.
— à intérêt, 642 et s.
— à usage ou commodat, 637.
— de consommation ou simple prêt, 640 et s.
Preuves, 197 et s.
— du bail, 527 et s.
— du contrat de société. 622.
— du contrat de travail, 592.
— (écrites ou littérales), 199 et s.
— testimoniales, 221 et s.
Primes d'assurance, 667 et s., 684 et s.
Privilège de l'aubergiste, 826.
— de la caisse nationale des retraites, 833.
— des architectes et entrepreneurs, 856 et s.
— des assurés, 798.
— des créances pour abus et prévarication des fonctionnaires, 828.
— des fournisseurs de subsistance, 797.
— des frais de justice, 792.
— des frais faits pour la conservation de la chose, 824.
— des frais funéraires, 793.
— des gens de service et généralement des locateurs de services, 754 et s.
— des mois de nourrice, 794.
— des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, 829.
— des retenues pour les caisses de retraite, de secours ou de prévoyance, 796.
— des sommes dues pour semences ou frais de récolte, 823.
— des victimes d'accidents du travail, 798, 833.
— des victimes de dommages sur l'indemnité d'assurance, 830.
— du bailleur d'immeuble. — V. Bailleur.
— du co-partageant, 851 et s.
— du vendeur d'immeuble. — V. Vendeur.
— du vendeur de meuble. — V. Vendeur.
— du voiturier, 827.
— V. Créances, séparation des patrimoines.
Privilèges, 782 et s.
— généraux, 790 et s.
— immobiliers (Classement des), 869 et s.
— immobiliers (Comparaison, avec l'hypothèque), 840.
— immobiliers résultant de lois spéciales, 868.
— mobiliers (Classement des), 834 et s.
— mobiliers établis par des lois spéciales (Dessèchement de marais, mines, travaux d'assainissement. Crédit foncier, impôt foncier, droits de mutation par décès, commissionnaire, commerce maritime), 833.
— speciaux sur les immeubles, 839 et s.
— spéciaux sur les meubles, 798 et s.
Privilèges et hypothèques, 798 et s.
— (Fonctionnement des), 951 et s.
— (Extinction des), 1021 et s.
Prix du bail, 529.
— de la vente, 444 et s.
— juste, 446.
— vil, 446 et s.
Procès-verbaux déterminant l'as-

siette du privilège des architectes, 858 et s.
Promesses de vente, 425 et s.
Propriétaire apparent (Hypothèque consentie par un), 938.
Propriété commerciale, 555.
Publicité de l'hypothèque de la femme mariée, 905 et s.
— de l'hypothèque du mineur et de l'interdit, 898 et s.
— des hypothèques, 876 et s.
Purge des hypothèques et privilèges immobiliers, 981 et s.
— (Acquisitions donnant ou ne donnant pas lieu à la), 986 et s.
— automatique résultant du jugement d'adjudication de l'immeuble, 975.
— de plein droit ou virtuelle, 987.
— des hypothèques du Crédit Foncier, 1032 et s.
— des hypothèques inscrites, 991 et s.
— des hypothèques occultes. — V. Purge légale.
— (Formalités de la), 989 et s.
— légale, 995 et s.
— (Qui peut faire la), 983 et s.

Q

Quasi-contrats, 253 et s.
Quasi-délits, 361. — V. Délits.

R

Rang de l'hypothèque de la femme mariée, 907 et s.
— de l'hypothèque des mineurs et interdits, 899 et s.
— déterminé par l'inscription des privilèges immobiliers et des hypothèques, 959 et s.
Réception de la chose transportée, 586.
— de l'ouvrage, 566.
— de l'ouvrage en matière de bâtiment, 568 et s.
Reconnaissance ou vérification d'écriture, 210.
— (Hypothèque résultant des jugements en), 923 et s.
Recours du tiers détenteur exproprié, 980 et s.
Réduction de l'hypothèque de la femme mariée, 906.
— des privilèges et hypothèques. — V. Privilèges et hypothèques (Extinction des).
Régime hypothécaire (Historique du), 873 et s.
— en Alsace Lorraine, 1034 et s.
Registres et papiers domestiques, 200 et s.
Registres hypothécaires, 1004 et s.
Règlements d'ateliers, 591.
Réméré. — V. Vente.
Remise de dette, 125 et s.
— résultant du concordat, 129.
Renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale. — V. Subrogation.
Renouvellement décennal des inscriptions hypothécaires, 1014.
Rente perpétuelle (Différence avec la rente viagère), 702.
— perpétuelle (Prix consistant en une), 491.
— viagère (Constitution de), 698 et s.
— viagère (Prix de vente consistant en une), 491.
Réparations locatives, 543.
Réserve mathématique, 686 et s.
Rescision (Action en). — V. Lésion.
Résiliation, 350.
— (annuelle, Droit de), 685).
— unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, 599.
— V. Résolution.
Résolution judiciaire des contrats en cas d'inexécution, 344 et s.
— de la vente pour défaut de paiement du prix, 489 et s.
— des droits du tiers détenteur surenchéri, 1001 et s.
— du louage pour inexécution, 553, 555.
— V. Vente du fonds de commerce.
Responsabilité. — V. Faute.
— (Assurances de), 681.
— délictuelle, 360.
— delictuelle (Son historique), 364.
— des accidents de travail, 369 403 et s.
— des architectes et entrepreneurs, 568 et s.
— des hôteliers, 656 et s.
— des personnes morales, 375.
— du fait d'autrui, 387 et s.
— du fait des animaux, 396 et s.
— du fait des bâtiments, 399.
— du fait des choses, 396 et s.
— du fait des choses inanimées en général, 400.
— *du locator operis*, 566.
— du preneur en cas d'incendie. — V. Incendie.
— du transporteur, 581 et s.
— objective (Système de la), 367.
Révocation dans la stipulation pour autrui, 330.
— de l'assurance au profit d'un tiers, 692.
Retenues sur le salaire, 594.
— V. Privilège.
Réticence de l'assuré, 674 et s.
Retrait litigieux, 506 et s.

Risque dans l'assurance, 665 et s.
— professionnel. — V. Accidents du travail.
— social, 408 *bis*.
Risques (Assurance, déclaration des), 676 et s.
— (Contrats synallagmatiques, théorie des), 338 et s.
— de la chose louée, 552 et s.
— du louage d'industrie, 567.

S

Saisie-arrêt, 85 et s.
— sur soi-même, 119.
Saisie-gagerie, 805.
Saisie-immobilière, 313, 525, 939.
— V. Jugement d'adjudication, Transcription.
Salaire (Paiement et protection du), 593 et s.
— V. Privilège.
Sentences arbitrales, 931.
Séparation des patrimoines, 829, 861 et s.
Sequestre, 658. — V. Dépôt.
Serment, 246 et s. 528, 529.
— décisoire, 247 et s., 528.
— *in litem*, 250 et s.
— (Petites prescriptions donnant lieu à délation de), 135.
— supplétoire, 250, 528.
Silence, manifestation de volonté, 274 et s.
Simulation (Action en déclaration de), 62 et s.
Société, 608 et s.
— (comparaison avec l'association), 610.
— (Dissolution de la), 627 et s.
— (Effets de la), 623 et s.
— (Personnalité juridique de la), 618 et s.
Sociétés d'assurances mutuelles, 612.
— civiles et commerciales, 615, 618.
— civiles à forme commerciale, 616.
— coopératives, 613.
— de personnes et de capitaux, 615.
— illicites, 620 et s.
— universelles et sociétés particulières, 617.
Solidarité, 178 et s.
— active (entre créanciers), 178.
— (comparaison avec le cautionnement), 729, 737 et s., 749.
— conventionnelle et solidarité légale, 181 et s.
— (Effets de la), 184 et s.
— (Effets sur le recours de la caution), 743.
— entre comandants, 715.
— passive (entre débiteurs) 180 et s.
Sous-entrepreneurs, 572 et s.
Sous-location, 537 et s.
Sous-ordre, 889.
Spécialité de l'hypothèque, 944 et s.
— des personnes juridiques, 632.
Stipulation pour autrui, 320 et s., 688 et s.
Subrogation personnelle. V. Paiement.
— (analyse de l'opération), 92.
— (comparaison avec la cession de créance), 101.
— conventionnelle, 193 et s.
— de la caution dans les droits du créancier, 742 et s.
— de l'assureur contre le tiers auteur du dommage, 671.
— des créanciers privilégiés ou hypothécaires dans l'indemnité d'assurance. V. Indemnité.
— du tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué, 972.
— (Effets de la), 99 et s.
— légale, 95 et s.
Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, 910 et s.
Surenchère du dixième. 994 et s.
— (Effets du jugement d'adjudication sur), 999 et s.
Sûretés, 728 et s.
— (Diminution des), 169.
— équivalentes à la caution, 737.
— personnelles, 732 et s.
— réelles, 751.
Survie du droit de préférence au droit de suite, 847, 856, 1030 et s.

T

Tacite reconduction, 530 et s.
Tailles, 202.
Terme, 167 et s.
— certain et terme incertain, 171.
— (Déchéance du), 169.
— de droit et terme de grâce, 171.
— exprès et terme tacite, 171.
— extinctif et terme suspensif, 171.
Tiers (Effet des contrats à l'égard des), 318 et s.
— acquéreur vis-à-vis de l'action paulienne, 53 et s.
— acquéreur de la chose louée, 520.
— acquéreur d'un immeuble du mari soumis à l'hypothèque de la femme, 917.
— à l'égard du contrat de société, 625.
— auteur du dommage assuré, 671.
— bénéficiaire de la stipulation pour autrui, 326 et s.
— détenteur d'un immeuble hypothéqué (Recours de la caution contre le), 743.

— détenteur d'un immeuble hypothéqué, 968 et s.
— par rapport au contrat de mandat, 715.
Titres. — V. Actes.
Transaction, 724 et s.
— (rapprochement avec le serment), 248 et s.
Transcription de la saisie immobilière, 939.
— de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué (son effet sur l'inscription), 959, 966 et s.
— du privilège du vendeur, 843 et s.
— préliminaire à la purge, 989 et s.
Transport (Contrat de), 580.
— de marchandises. 581.
— de voyageurs, 582.
— V. Privilège des voituriers.
Travail. — V. Accidents, Contrat de travail.
Trouble de droit et trouble de fait, 463 et s. — V. Garantie.

V

Vendeur d'immeubles (Privilège du), 841 et s.
— d'immeubles (Extinction du privilège du), 847 et s.
— de meubles (Privilège du), 813 et s.
— non payé (Droits du), 488 et s. 813 et s., 820 et s.
— (Obligations du), 456 et s.
Vente, 422 et s.
— *ad gustum*, 431.
— à l'essai, 431.
— à réméré, 495 et s.
— à tempérament de valeurs de bourse, 444.
— avec indication de contenance, 474.
— avec réserve d'élection d'ami ou de déclaration de command, 429.
— (comparaison avec le louage d'industrie), 565.
— d'animaux domestiques, 482 et s.
— de denrées et effets mobiliers, 486.
— de droits litigieux, 506 et s.
— de fonds de commerce (limitation de l'action en résolution), 493.
— de fonds de commerce (privilège du vendeur), 850.
— de fruits ou produits (comparaison avec le louage), 516.
— d'hérédité, 503 et s.
— d'immeubles, 446 et s.
— d'offices ministériels (privilège), 815.
— (Effets de la), 456 et s.
— entre époux, 435.
— forcee (Garantie d'éviction en cas de), 462.
— judiciaire, 490.
— mobilière, 486.
— (Objet de la), 436 et s.
— (Promesses de), 425 et s.
Ventes successives, 850.
Vices du consentement. — V. Volonté.
— redhibitoires, 478 et s.
Violence, vice de la volonté, 285 et s., 287 et s.
Volonté dans les actes juridiques (Pouvoir de la), 3.
— (Accord de), 269 et s.
— (liberté de la volonté dans les contrats), 256 et s.
— (Vices de la), 277 et s.
Warrants, 759.
— agricoles, 769.
— hôteliers, 772.

TABLE ANALYTIQUE[1]

INTRODUCTION

Objet du volume. Les obligations. Définition. Généralités.

LIVRE PREMIER. — *THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS*

TITRE PREMIER. — OBLIGATIONS SIMPLES

CHAPITRE PREMIER. — **Effet des obligations**

SECTION I. — *Etendue de l'obligation du débiteur. Effet de l'inexécution de son obligation*, 6. — § 1. Etendue de l'obligation du débiteur, 6. — Libération du débiteur. Théorie de la faute contractuelle, 7. — Inexécution non imputable au débiteur. Cas fortuit et force majeure, 9. — Clauses d'exonération, 12. — § 2. Satisfaction due au créancier, 14. — I. Exécution directe, 14. — 1° Mise en demeure du débiteur, 14. — 2° Exécution forcée. Cas où elle est possible, 17. — II. Exécution par équivalent. Théorie des dommages-intérêts, 19. — 1° Fixation des dommages-intérêts par le juge, 21. — 2° Fixation des dommages-intérêts par les parties. Clause pénale, 24. — 3° Particularités relatives aux obligations ayant pour objet une somme d'argent. Dommages-intérêts compensatoires. Anatocisme, 26. — 4° Théorie des astreintes, 33.

SECTION II. — *Réalisation pécuniaire du droit des créanciers*, 37. — § 1. Assiette et étendue du droit des créanciers sur le patrimoine du débiteur, 39. — § 2. Procédés de réalisation du gage des créanciers, 41. — 1° Procédés d'exécution, 41. — 2° Procédés de préservation, 42. — I. Exercice des droits et actions du débiteur par le créancier. Action oblique, 43. — II. Action révocatoire ou action paulienne, 49. — Action paulienne en cas de faillite, 61. — Action en déclaration de simulation, 62.

SECTION III. — *Des obligations naturelles*, 64.

CHAPITRE II. — **Extinction des obligations.**

SECTION I. — *Du paiement*, 76. — § 1. Du paiement pur et simple, 76. — I. Règles générales du paiement, 76. — II. Imputation des paiements, 81. — III. Offres de paiement et consignation, 82. — IV. Des oppositions à paiement et de la saisie-arrêt, 85. — V. Cession de biens, 90. — § 2. Du paiement avec subrogation, 90. — I. Subrogation conventionnelle, 93. — II. Subrogation légale, 95. — III. Effets du paiement avec subrogation, 99. — IV. Comparaison entre la subrogation et la cession de créance, 101.

SECTION II. — *Novation et délégation*, 102. — § 1. De la novation, 102. — § 2. De la délégation, 109.

(1) Les chiffres renvoient aux pages.

SECTION III. — *Compensation*, 115.
SECTION IV. — *Confusion*, 124.
SECTION V. — *Remise de dette*, 125.
SECTION VI. — *Perte de la chose due ou impossibilité d'exécution*, 129.
SECTION VII. — *Prescription extinctive ou libératoire*, 130. — § 1. Durée de la prescription, 131. — § 2. Point de départ de la prescription, 138. — § 3. Suspension de la prescription, 140. — § 4. Interruption de la prescription, 141. — § 5. Effets de la prescription. Renonciation a la prescription acquise, 143.

CHAPITRE III. — **Transmission des obligations.**

§ 1. *Conditions de la cession de créance*, 147. — § 2. Effets de la cession de créance, 152. — *Appendice*. De la cession de dettes, 155.

TITRE II. — OBLIGATIONS COMPLEXES

CHAPITRE PREMIER. — **Modalités.**

SECTION I. — *Condition*, 157. — § 1. Divisions des conditions, 158. — § 2. Effets des conditions. Rétroactivité, 163.
SECTION II. — *Terme*, 167.

CHAPITRE II. — **Pluralité d'objets ou de sujets.**

SECTION I. — *Pluralité d'objets*, 174.
SECTION II. — *Pluralité de sujets. Obligations conjointes*, 176.
SECTION III. — *Second cas de pluralité de sujets. Obligations solidaires*, 178. — § 1. Solidarité active, 178. — § 2. Solidarité passive, 180.
SECTION IV. — *Indivisibilité*, 192.

APPENDICE. — DES PREUVES

SECTION I. — *De la preuve littérale*, 199. — § 1. Actes écrits signés et non signés, 200 — § 2. Actes authentiques et actes sous seing privé, 202. — § 3. Actes primordiaux, recognitifs et confirmatifs. Théorie de la confirmation des actes annulables, 217.
SECTION II. — *De la preuve testimoniale*, 221.
SECTION III. — *Des présomptions*, 229. — § 1. Théorie générale des présomptions, 229. — § 2. Etude spéciale de la présomption d'autorité de la chose jugée, 233.
SECTION IV. — *De l'aveu*, 243.
SECTION V. — *Du serment*, 246.

LIVRE II. — *LES SOURCES DES OBLIGATIONS*

TITRE PREMIER. — THÉORIE GÉNÉRALE

INTRODUCTION. — Classification du Code Civil. Sa critique. Critique particulière de la notion de quasi-contrat, 253.

PREMIÈRE PARTIE. — Les contrats.

Principela liberté de . Définition contractuelle. Domaine du contrat. 257.

CHAPITRE PREMIER. — **Classifications diverses des contrats.**

I. Contrats à titre gratuit, désintéressés, à titre onéreux, 261. — II. Contrats synallagmatiques, unilatéraux, 262. — Contrats consensuels, réels, solennels, 263. — IV. Contrats commutatifs, aléatoires, 267.

CHAPITRE II. — **Conditions de formation et de validité des contrats.**

SECTION I. — *Le consentement*, 269. — § 1. Consentement ou accord des volontés, 269. — § 2. Théorie des vices de la volonté, 277. — I. De l'erreur, 277. — II. — Dol et violence, 284. — III. De la lésion, 289.

SECTION II. — *Objet du contrat*, 292.

SECTION III. — *De la cause*, 258.

CHAPITRE III. — **Effets généraux des contrats.**

SECTION I. — *Effets des contrats entre les parties*, 309.

SECTION II. — *Effets des contrats à l'égard des ayants cause des parties. Théorie des contre-lettres*, 311.

SECTION III. — *Effets des contrats à l'égard des tiers. Stipulation pour autrui*, 318. — § 1. La liberté des stipulations pour autrui, 320. — § 2. Effets de la stipulation pour autrui. Droits et actions que fait naître la stipulation, 326. — § 3. De la stipulation pour autrui au profit de personnes futures ou indéterminées, 333.

CHAPITRE IV. — **Effets spéciaux produits par les contrats synallagmatiques.**

§1. Exécution simultanée des obligations réciproques des contractants. Exception *non adimpleti contractus*, 336. — § 2. Théorie des risques dans les contrats synallagmatiques, 338. — § 3. Résolution et résiliation du contrat en cas d'inexécution par une des parties de son obligation, 344.

CHAPITRE V. — **Annulation des contrats et prescription de l'action en nullité.**

I. Domaine, origine, fondement et caractère de la prescription de l'article 1304, 352. — II. Point de départ du délai, 356. — III. Effets de l'expiration du délai, 358

DEUXIÈME PARTIE. — **Sources d'obligations non contractuelles.**

CHAPITRE PREMIER. — **Délits et quasi-délits.**

Définitions. Division, 360.

SECTION I. — *Historique de l'idée de responsabilité délictuelle*, 364.

SECTION II. — *Fonctionnement de la responsabilité délictuelle.* — 372. — Conditions de la responsabilité, 372. — I. Le dommage, 372. — II. La faute, 374. — Théorie de l'abus du droit, 382.

SECTION III. — *Responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses*, 387. — § 1. Responsabilité du fait d'autrui, 387. — § 2. Responsabilité du fait des choses, 390. — Responsabilité en cas d'accident d'automobile, 402. — Loi du 7 novembre 1922 concernant la responsabilité du détenteur de la chose en cas d'incendie, 404.

APPENDICE. — Des cas de responsabilité sans faute (Accidents du travail, dommages causés par les aéronefs etc...), 405.

CHAPITRE II. — Enrichissement injuste.

SECTION I. — *Répétition de l'indû*, 409.
SECTION II. — Action *de in rem verso*, 414.

TITRE II. — PRINCIPAUX CONTRATS USUELS

PREMIÈRE PARTIE. — La Vente.

Généralités, 422.

CHAPITRE PREMIER. — Conditions et modalités de la vente.

SECTION I. — *Du consentement*, 425. — § 1. Actualité du consentement : Promesses de vente, 425. — § 2. — Modalités de la vente, 429.
SECTION II. — *Capacité*, 432.
SECTION III. — *Objet de la vente*, 436. — § 1. La chose. Vente de la chose d'autrui, 437. — § 2. Le prix. Rescision pour cause de lésion des ventes d'immeubles et des ventes d'engrais, 444.

CHAPITRE II. — Effets de la vente.

SECTION I. — *Obligations du vendeur*, 456. — § I. Délivrance de la chose, 456. — § 2. La garantie, 458. — I. Garantie contre l'éviction, 460. — II. Garantie contre les vices de la chose, 477.
SECTION II. — *Obligations de l'acheteur*, 486. — I. Enlever la chose, 486. — II. Payer les frais, 487. — III. Payer le prix. Action en résolution pour défaut de paiement du prix, 488.

CHAPITRE III — De quelques variétés particulières de vente.

SECTION I — *Vente à réméré*, 495.
SECTION II. — *Vente d'hérédité*, 503.
SECTION III. — *Cession de droits litigieux. Le retrait litigieux*, 506.
SECTION IV. — *Dation en paiement*, 511.

DEUXIÈME PARTIE. — Le louage.

Généralités, 514.

CHAPITRE PREMIER. — Le louage de choses.

SECTION I. — *Caractères généraux et nature juridique du louage de choses. Personnalité du droit du preneur*, 516.
SECTION II. — *Louage d'immeubles. Règles communes au bail à ferme et au bail à loyer*, 525. — § 1. Conditions de formation du bail. Preuve du bail, 525. — § 2. Obligations du bailleur, 532. — § 3. Obligations du preneur. Sous location et cession de bail. Responsabilité du preneur en cas d'incendie, 535. — § 4. Causes d'extinction du louage, 550.
SECTION III. — *Règles spéciales aux baux à ferme et aux baux à loyer*, 554. — § 1. Des baux à loyer, 554. — § 2. Des baux à ferme, 555.

CHAPITRE II. — Louage d'industrie.

SECTION I. — *Généralités. Différences avec les autres contrats*, 563.

SECTION II. — *Effets du louage d'industrie*, 566. — § 1. Responsabilité du *locator operis*. Effets de la réception de l'ouvrage, spécialement en matière de construction, 566. — § 2. Action directe des ouvriers en construction, 576.

SECTION III. — *Fin du louage d'industrie*, 578.

SECTION IV. — *Contrats d'entreprise spéciaux*. — § 1. Concession de monopoles publics, 579 ; §2. Entreprises de transport, 580.

TROISIÈME PARTIE. — ***Contrat de travail.***

Généralités. Définition et dénomination du contrat de travail, 587.

SECTION I. — *Formation et preuve du contrat de travail*, 590.

SECTION II. — *Paiement et protection du salaire*, 593.

SECTION III. — *Extinction du contrat*, 598. — § 1. Le délai-congé ou délai de préavis, 599. — § 2. Règlementation législative du droit de résiliation unilatérale, 601.

QUATRIÈME PARTIE — ***Contrats divers.***

CHAPITRE PREMIER. — **Société.**

SECTION I. — *Eléments caractéristiques de la société. Sociétés diverses*, 610. — § 1. Traits essentiels de la société, 610. — § 2. Diverses espèces de sociétés, 615.

SECTION II. — *Régime juridique des sociétés* 618. — § 1. Personnalité juridique de la société, 618. — § 2. Conditions de validité du contrat de société, 620.

SECTION III. — *Engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers*, 623.

SECTION IV. — *Fin de la société*, 627.

APPENDICE. — *Du contrat d'association*, 628.

CHAPITRE II. — **Contrats de prêt.**

SECTION I. — *Du prêt à usage ou commodat*, 637.

SECTION II. — *Prêt de consommation ou simple prêt*, 640.

SECTION III. — *Prêt à intérêt*, 642.

CHAPITRE III. — **Dépôt et séquestre.**

SECTION I. — *Dépôt proprement dit*, 651.

SECTION II. — *Du séquestre*, 658.

CHAPITRE IV. — **Contrats aléatoires.**

SECTION I. — *Contrat d'assurance*, 660. — § 1. Les assurances en général, 665. — § 2. L'assurance de responsabilité, 681. — § 3. Les assurances sur la vie, 682.

SECTION II. — *Jeu et pari*, 693.

SECTION III. — *Constitution de rente viagère*, 698.

CHAPITRE V. — **Mandat et gestion d'affaires.**

SECTION I. — *Du mandat*, 704. — § 1. Généralités, 704. — § 2. Conditions de formation du mandat, 708. — § 3. Des obligations du mandataire, 711. — § 4. Des obligations du mandant, 714. — § 5. Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers, 715. — § 6. Extinction du mandat, 716.

SECTION II. — *Gestion d'affaires*, 718.

CHAPITRE VI. — **Transaction**

Définition, caractère, fonctionnement de la transaction, 724.

LIVRE III. — *SURETÉS PERSONNELLES ET RÉELLES*

Classification des sûretés, 729.

TITRE PREMIER. — SURETÉS PERSONNELLES
CAUTIONNEMENT

SECTION I. — *Nature, étendue et formation du cautionnement*, 732.
SECTION II. — *Effets du cautionnement*, 737.

TITRE II. — SURETÉS RÉELLES

PREMIÈRE PARTIE. — Sûretés dépossédant le débiteur.

CHAPITRE PREMIER. — Nantissement.

SECTION I. — *Antichrèse*, 752.
SECTION II. — *Gage*, 755. — § 1. Conditions de formation du contrat de gage, 756. — § 2. Effets du contrat de gage, 763. — § 3. Du gage sans déplacement, 767. — I. Des warrants agricoles, 768. — II. Le warrant hôtelier, 772.

CHAPITRE II. — Droit de rétention.

§ 1. Caractères et effets du droit de rétention, 777. — § 2. Quels sont les créanciers armés du droit de rétention, 778.

DEUXIÈME PARTIE. — Privilèges et hypothèques.

CHAPITRE PREMIER. — Les privilèges.

Notions générales, 785.
SECTION I. — *Privilèges généraux*, 790.
SECTION II. — *Privilèges spéciaux sur les meubles*, 798. — § 1. Privilège du bailleur d'immeuble, 800. — § 2. Privilège du vendeur de meubles, 813. § 3. Autres privilèges mobiliers spéciaux, 823. — § 4. Classement des privilèges mobiliers, 834.

CHAPITRE II. — Privilèges spéciaux sur les immeubles.

Définition, Enumération, 839. — § 1. Privilège du vendeur d'immeuble, 840. — § 2. Privilège du copartageant, 851. — § 3. Privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, 856. — § 4. Séparation des patrimoines, 861. — § 5. Privilèges immobiliers résultant de lois spéciales, 868. — § 6. Classement des privilèges sur les immeubles, 869.

CHAPITRE III. — Hypothèques.

SECTION I. — *De l'hypothèque en général*, 871. — § 1. Historique du régime hypothécaire français, 873. — § 2. Traits caractéristiques de l'hypothèque, 881. — § 3. Biens susceptibles d'hypothèques, 884. — § 4. Assiette de l'hypothèque, 892. — § 5. Diverses espèces d'hypothèques, 894.
SECTION II. — *Hypothèques légales*, 895. — § 1. Hypothèque légale du mineur et de l'interdit sur les biens du tuteur, 895. — § 2. Hypothèque légale de la femme mariée, 902. — § 3. Hypothèque de l'Etat, des départements, des communes et établissements publics, 922.

SECTION III. — *Hypothèque judiciaire*, 923. — § 1. Hypothèque résultant des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture, 923. — § 2. Hypothèque résultant des jugements de condamnation, 926.

SECTION IV. — *Hypothèque conventionnelle*, 935. — § 1. Conditions requises dans la personne du constituant, 935. — § 2. Formes du contrat de constitution d'hypothèque, 941. — § 3. Spécialité de l'hypothèque, 944. — § 4. Interdiction d'hypothéquer les biens à venir, 948.

CHAPITRE IV. — **Fonctionnement et extinction des hypothèques et des privilèges immobiliers.**

SECTION I. — *Effets de l'hypothèque*, 951. — § 1. Conséquences de l'hypothèque à l'égard du débiteur, 951. — § 2. Avantages que l'hypothèque procure au créancier à l'égard des tiers, 954. — I. Le droit de préférence, 954. — II. Le droit de suite, 964.

SECTION II. — *De la purge des privilèges et hypothèques*, 981. — § 1. Qui peut purger, 983. — § 2. Acquisitions ne donnant pas lieu à l'emploi de la purge, 986. — § 3. Formalités de la purge, 989. — § 4. Effets de l'adjudication sur surenchère du dixième, 999.

SECTION III. — *Inscription des privilèges et hypothèques*, 1003. — § 1. Organisation de la conservation des hypothèques et tenue des registres, 1004. — § 2. Où et comment se fait l'inscription, 1005. — § 3. Dans quelle mesure l'inscription conserve-t-elle les intérêts à venir de la créance garantie ? 1010. — § 4. Renouvellement décennal des inscriptions, 1014. § 5. Radiation et réduction des inscriptions, 1018.

SECTION IV. — *Extinction des privilèges immobiliers et des hypothèques*, 1021. — § 1. Indication générale des causes diverses d'extinction, 1021. § 2. Prescription extinctive de l'hypothèque, 1024. — § 3. Survie possible du droit de préférence au droit de suite, 1030.

APPENDICE. — *Avantages conférés au Crédit foncier pour favoriser ses prêts hypothécaires*. Purge spéciale, 1032.

TABLE DE CONCORDANCE DES TEXTES CITÉS AU COURS DE L'OUVRAGE (1)

CODE CIVIL

Art. 2	310.
Art. 6	161, 464, 606.
Art. 16	736.
Art. 36	708.
Art. 45	216.
Art. 46	201.
Art. 66	708.
Art. 73	203.
Art. 120	736.
Art. 151	204.
Art. 154	203.
Art. 191	45.
Art. 204	69.
Art. 205	253.
Art. 206	253.
Art. 243	58.
Art. 311	357.
— alin. 3	910.
Art. 312	231.
Art. 324	201.
Art. 327	241.
Art. 374	389.
Art. 383	390.
Art. 389	435, 641, 896.
Art. 395	182, 897.
Art. 396	182, 897.
Art. 417	897.
Art. 444	199.
Art. 450, alin. 3	231.
Art. 456	30.
Art. 457	641, 939.
Art. 458	939.
Art. 464	454.
Art. 472	231.
Art. 475	132, 136, 900.
Art. 481	526.
Art. 482	454, 1019.
Art. 484	939.
— alin. 2	527.
Art 489	896.
Art. 497	930.
Art. 499	454, 939, 1019.
Art. 502	231.
Art. 509	900, 939.
Art. 513	454, 939, 1019.
Art. 529	618.
Art. 535	815.
Art. 545	490, 780.
Art. 549	441, 471.
Art. 550	441.
Art. 551	544.
Art. 553	232.
Art. 554	416.
Art. 555	272, 416, 473, 544, 782.
— alin. 1	453.
Art. 566	272.
Art. 570	416, 780, 782.
Art. 571	416.
Art. 577	416.
Art. 585	500.
Art. 595	319, 522, 526.
Art. 599	420.
Art. 601	736.
Art. 602	658.
Art. 603	247.
Art. 605	543.
Art. 606	543.
Art. 618	42, 55.
Art. 622	53.
Art. 626	736.
Art. 634	885.
Art. 634	885.
Art. 651	253.
Art. 653	232.
Art. 657	572.
Art. 709	195.
Art. 710	195.
Art. 711	966.
Art. 720 à 729	232.
Art. 724	56.
Art. 762	304.
Art. 771	636.
Art. 773	636.
Art. 780	504.

(1) Les numéros en regard des textes renvoient aux pages. L'astérisque indique la page où l'article est commenté.

Art. 783 289, 290.
Art. 788 53, 56.
Art. 791 297.
Art. 792 364.
Art. 801 364.
Art. 802, alin. 2 124.
— alin. 3 861.
Art. 803 956.
Art. 804 8.
Art. 805 861.
Art. 806 984,
Art. 807 736.
Art. 808 85.
Art. 809 85.
Art. 811 957.
Art. 815 631.
Art. 841 46, 504, 628.
Art. 855 10.
Art. 856 30, 166.
Art. 861 416, 419.
Art. 862 416, 419.
Art. 865 55.
Art. 867 780, 782.
Art. 873 177, 884.
Art. 878 829, 862, 864.
Art. 878 à 881 862.
Art. 880 alin. 2 864.
Art, 882 42, 55, 56, 64, 628.
Art. 883 500, 504, 579, 937.
Art. 884 458, 461, 851, 853.
Art. 885 853.
Art. 886 137, 153.
Art. 887 290, 851.
Art. 892 221.
Art. 900 161, 162, 171, 305.
Art. 906 334, 335, 691.
Art. 908 304.
Art. 910 84, 333, 620, 632,
Art. 911 234, 232,
Art. 917 450.
Art. 928 166.
Art. 931 71, 126, 202, 263.
Art. 932 126, 203, 270, 272, 274, 329.
Art. 933 708.
Art. 937 632.
Art. 944 160.
Art. 947 296.
Art. 951 905, 938.
Art. 952 905, 938.
Art. 953 157, 331, 353.
Art. 955 72.
Art. 958 166, 937.
Art. 962 166.
Art. 1004 166, 985.
Art. 1009 884.
Art. 1011 166.
Art. 1014 166.
— alin. 1 56.
Art. 1017 865, 895.
Art. 1025 718.
Art. 1028 710, note.
Art. 1033 182, 713.
Art. 1040 163.
Art. 1042, alin. 2 9.
Art. 1048 320, 334, 691, 938.
Art. 1049 320, 334, 938.
Art. 1053 53.
Art. 1054 905, 938,
Art. 1076 203.
Art. 1082 296, 334, 691.
— alin. 2 320.
Art. 1088 158.
Art. 1094 436.
Art. 1096 160, 436.
Art. 1098 436.
Art. 1099 231, 436.
Art. 1101 1, 6*, 257.
Art. 1102 262*.
Art. 1103 262*.
Art. 1104 267*, 659, 700,
Art. 1106 262*.
Art. 1108 157, 269*, 298, 425.
Art. 1110 279, 280 ets*, 482, 727
Art. 1112 285*.
Art. 1113 285.
Art. 1114 285*.
Art. 1115 219, 354.
Art. 1116 287*.
Art. 1117 279.
Art. 1118 290*, 446.
Art. 1119 293*, 322.
Art. 1120 294*, 440.
Art. 1121 320, 322 et s*, 692.
Art. 1122 312*.
Art. 1126 292*.
Art. 1128 294*.
Art. 1129 293*.
Art. 1130 292*, 297, 438.
— alin. 2 295*, 296.
Art. 1131 298*.
Art. 1132 305 et s*, 411.
Art. 1133 298*.
Art. 1134 3, 25, 121, 251, 309, 311, 331, 706.
— alin. 1 257, 309*.
— alin. 2 350 note.
Art. 1135 309*.
Art. 1136 456.
Art. 1137 8, 456.
Art. 1138 1, 6, 17, 158, 168, 175, 339 et s*, 422, 456, 552, 758, 821.
— alin. 2 14, 15.
Art. 1139 14, 15*, 16.
Art. 1141 216.
Art. 1142 9, 17*, 34, 427.
Art. 1143 18*.
Art. 1144 18*, 533.
Art. 1145 16*.
Art. 1146 14, 16*, 348.
Art. 1147 10, 380, 570, 583, 677.
Art. 1148 10, 570.
Art. 1149 21*, 35.
Art. 1150 22*, 29, 472, 582, 657.
Art. 1151 21*, 23, 29.

Art. 1152 — 21, 24, 25*, 591.
Art. 1153 — 27*, 30, 421, 489, 722, 1034.
— alin. 3 — 623.
Art. 1154 — 31*, 108.
Art. 1155 — 32, 33*.
Art. 1156 — 174, 423.
Art. 1156 à 1164 — 310.
Art. 1160 — 423.
Art. 1162 — 128, 175.
Art. 1165 — 211, 214, 309, 317, 318*, 329, 441, 673.
Art. 1166 — 43 et s*, 60, 63, 85, 144, 436, 498, 506, 511, 539, 540, 576, 792, 818.
Art. 1167 — 43, 49 et s*, 63, 144, 313, 364.
Art. 1168 — 157.
Art. 1169 — 159*.
Art. 1170 — 159*.
Art. 1171 — 159*.
Art. 1172 — 161*, 162.
Art. 1173 — 161*.
Art. 1174 — 14, 160*, 427.
Art. 1175 — 163*.
Art. 1176 — 163.
Art. 1177 — 163.
Art. 1178 — 163*, 165.
Art. 1179 — 163, 164*.
Art. 1180 — 58, 164.
Art. 1181 — 157.
Art. 1182 — 158, 165, 166, 168, 342, 343, 431.
Art. 1183 — 163, 164, 165.
Art. 1184 — 262, 300, 302, 331, 342, 344 et s*, 353, 443, 489, 536, 553, 675, 703, 725, 810, 813, 820, 821.
Art. 1185 — 168*.
Art. 1186 — 168*.
Art. 1187 — 168*.
Art. 1188 — 58, 169*, 170, 172, 493, 809.
Art. 1189 — 174, 175*.
Art. 1190 — 175*.
Art. 1191 — 174*.
Art. 1193 — 175.
Art. 1194 — 175.
Art. 1195 — 175*.
Art. 1196 — 174.
Art. 1197 — 178*, 179.
Art. 1198 — 179*.
Art. 1199 — 179*.
Art. 1200 et s. — 741.
Art. 1202 — 183.
— alin. 1 — 181*, 713
Art. 1203 — 184*.
Art. 1204 — 185*.
Art. 1205 — 187*.
Art. 1206 — 187, 188*.
Art. 1207 — 187*, 188.
Art. 1208 — 185*, 189, 738.
Art. 1209 — 186*.
Art. 1214 — 100, 192*.
— alin. 1 — 96, 743.
Art. 1215 — 741, 749.
Art. 1216 — 192.
Art. 1217 — 193*.
Art. 1217 à 1225 — 192 et s.
Art. 1218 — 195*.
Art. 1220 — 80*, 176*, 178, 193, 467, 547, 740, 883.
Art. 1221
— 1° — 884.
— 2° — 194.
— 4° — 194.
— 5° — 195.
Art. 1222 — 195*, 467.
Art. 1223 — 196*.
Art. 1224 — 195*.
Art. 1225 — 184, 195.
Art. 1226 à 1233 — 24.
Art. 1227 — 26*,
Art. 1228 — 26*.
Art. 1229 — 24, 26.
Art. 1230 — 25*.
Art. 1231 — 26.
Art. 1234 — 512.
Art. 1235 — 411.
— alin. 1 — 76*, 410.
— alin. 2 — 65*, 71, 76.
Art. 1236 — 77, 78*, 126.
— alin. 2 — 411.
Art. 1237 — 78*
Art. 1238 — 77*, 513.
Art. 1239 — 78*.
Art. 1240 — 79*, 151, 319.
Art. 1241 — 79*.
Art. 1242 — 78, 86*, 88, 120.
Art. 1243 — 80*, 175, 511.
Art. 1244 — 495.
— alin. 1 — 80, 81, note, 193.
— alin. 2 — 80, 171*.
Art. 1245 — 9, 80*, 457.
Art. 1246 — 80*, 457.
Art. 1247 — 81*, 84, 488.
— alin. 2 — 17.
Art. 1248 — 81*.
Art. 1250 alin. 1 — 92, 93*.
— alin. 2 — 95*, 203, 263, 708.
Art. 1251 — 95 et s*.
— 1° — 97, 962.
— 2° — 96, 125, 916, 972.
— 3° — 95, 192, 742, 745, 916, 940, 980.
— 4° — 98.
Art. 1252 — 100*.
Art. 1253 — 81*.
Art. 1254 — 82*.
Art. 1255 — 82*.
Art. 1256 — 82*.
Art. 1257 alin. 2 — 83.
Art. 1258 — 83*.
Art. 1259 — 83*.

Art. 1260 84*.
Art. 1261 83*.
Art. 1262 83*.
Art. 1264 84*, 581.
Art. 1265 à 1270 38, 90*.
Art. 1268 90.
Art. 1270 alin. 2 90.
Art. 1271 102*.
Art. 1272 106*.
Art. 1273 106*, 110.
Art. 1274 103*.
Art. 1275 102, 110*.
Art. 1276 111 112*.
Art. 1278 107*, 882, 1022.
Art. 1279 108*, 882.
Art, 1282 126, 231.
Art. 1283 126, 231, 233.
Art. 1284 185.
Art. 1285 126, 127 et s*, 185.
Art. 1287 126, 127 et s*,
— alin. 2 250, 747,
Art. 1289 80, 595.
Art. 1290 80, 116*, 1022.
Art. 1291 118 et s*.
Art. 1292 119*.
Art. 1293 783, note.
— alin. 1 et 2 121*.
— alin. 3 120*, 595.
Art. 1294 734, 742.
— alin. 3 185.
Art. 1295 124*, 149.
Art. 1298 87, 120.
Art. 1299 123*, 1022.
Art. 1300 124 et s*.
Art. 1301 124.
— alin. 2 747.
— alin. 3 186.
Art. 1302 129*, 175, 339, 545, 546, 567.
— alin. 1 12, 15.
— alin. 2 15.
— alin. 3 12.
— alin. 4 16, 413.
Art. 1303 129*
Art. 1304 61, 132, 352 et s*, 436, 443, 451, 460, 492.
Art. 1305 290.
Art. 1307 284.
Art. 1310 361, 710.
Art. 1311 218.
Art. 1315 12, 20, 57, 197*, 380.
Art. 1316 199*.
Art. 1317 202*, 204.
Art. 1318 206*, 208.
Art. 1319 211.
— alin. 1 210*.
— alin. 2 209.
Art. 1320 212*.
Art. 1321 315 et s*.
Art. 1322 211*.
Art. 1323 211*.
Art. 1324 211*.
Art. 1325 206 et s*, 263, 590, 622, 699, 725.
Art. 1326 208*, 263.
Art. 1327 208*.
Art. 1328 57, 148, 214 et s*, 760, 908.
Art. 1329 200*.
Art. 1330 200*.
Art. 1331 201*.
Art. 1332 201*.
Art. 1333 202*.
Art. 1334 216*.
Art. 1335 217*.
— 2° alin. 3. 227.
Art. 1336 227.
Art. 1337 218*.
Art. 1338 218, 220, et s*, 351, 449.
Art. 1339 68, note, 219.
Art. 1340 68, note, 219, note, 351, 355.
Art. 1341 et s. 181, 709.
Art. 1341 213, 222 et s*, 228, 592, 708.
Art. 1342 224*.
Art. 1343 224*.
Art. 1344 224*.
Art. 1345 224*.
Art. 1346 224*.
Art. 1347 213, 227*, 592, 708.
Art. 1348 63, 227 et s*, 592.
— alin. 1 213, 623.
— alin. 2 655.
— alin. 4 217.
Art. 1349 229*, 403, note.
Art. 1350 230*.
Art. 1351 51, 232, 234 et s*.
Art. 1352 233.
— alin. 2 135, 232*, 397.
Art. 1353 226, 229, 230*, 403, note
Art. 1355 244*.
Art. 1356 243, 244*, 246.
Art. 1357 247.
Art. 1358 249*, 250.
Art. 1359 248*.
Art. 1360 250*, 251.
Art. 1361 247*.
Art. 1362 248*.
Art. 1364 249*.
Art. 1365 alin. 1 250*.
— alin. 2 179.
— alin. 2 à 6 250.
Art. 1366 251*.
Art. 1367 251*.
Art. 1368 251*.
Art. 1369 251*.
Art. 1370 253*, 361.
— alin. 4 254.
Art. 1371 254*
Art. 1372 328, 718 et s*, 722.
Art, 1373 722.
Art. 1374 8, 722*.
Art. 1375 328, 718 et s*, 722.
Art. 1376 et s. 410.

Art. 1376 169, 254, 409*. 463.
Art. 1377 72, 169, 197, 440*,463.
— alin. 2 414.
Art. 1378 413*.
Art. 1379 12, 16, 413*.
Art, 1380 9, 413*.
Art. 1281 413*, 416, 419.
\rt. 1382 23 98, 242, 256, 272, 360 et s*, 366, 370, 389, 390, 392, 398, 401, 403, 404, 417, 537, 545, 571, 586, 657, 672, 830, 979, 1000, 1024.
Art. 1383 98, 256, 272, 361 et s*, 366, 379, 389, 390, 392, 398, 401, 404, 406, 537, 545, 571, 657, 672.
Art. 1384 369, 371, 387 et s*,397, 403. note.
— alin. 1 401, 402.
— alin. 3 392, 716.
— alin. 4 376.
— alin. 5 402.
Art. 1385 369, 396 et s*, 401.
Art. 1386 369, 371, 399 et s*, 401
Art. 1389 295.
Art. 1394 202.
— alin. 1 263.
Art. 1395 906.
Art. 1396 315.
Art. 1397 315.
Art. 1402 232.
Art. 1408 498.
Art. 1415 199.
Art. 1419 182.
Art. 1429 522, 526.
Art. 1430 522, 526.
Art. 1431 192.
Art. 1435 498.
Art. 1437 416.
Art. 1440 30, 458, 1000.
Art. 1442 199.
— alin. 2 182.
Art. 1444 203.
Art. 1446 45.
Art. 1447 42. 55.
Art. 1449 641.
Art. 1451,alin.2 203.
Art. 1464 53.
Art. 1473 30.
Art. 1476 56.
Art. 1499 199.
Art. 1504 199.
Art. 1507,alin. 3 939.
Art. 1508 alin. 2 939.
Art. 1526 617.
Art. 1547 458, 1000.
Art. 1554 885.
Art. 1558 423.
Art. 1570 908.
Art. 1582 422 et s*.
Art. 1583 422, 425*, 821.
Art. 1584 429*.
Art. 1585 340, 431*.
Art. 1586 431*.
Art. 1587 431*.
Art. 1588 431*.
Art. 1589 425, 427*.
Art. 1590 432*.
Art. 1591 444*.
Art. 1592 444*.
Art. 1593 487*, 843, 992.
Art. 1594 432*.
Art. 1595 231, 435*, 511, 512.
Art. 1596 434*.
Art. 1597 232, 434*, 506, 512.
Art. 1599 423, 440 et s*. 460, 461, 468, 471, 488, 935.
Art. 1600 295, 297, 438*.
Art. 1601 437.
— alin. 2 473.
Art. 1603 456*.
Art. 1604 à 1624 456.
Art. 1605 456*.
Art. 1606 456*.
Art. 1608 457*, 517.
Art. 1610 9.
Art. 1612 337, 457*, 488, 779, 813, 821, 822. 840.
Art. 1613 337, 457, 736, 777, 779, 813, 840.
Art. 1614 457*.
Art. 1615 457*.
Art. 1616 474*.
Art. 1617 et s. 556.
Art. 1617 474*.
Art. 1618 474, 475*.
Art. 1619 475*.
Art. 1620 475*.
Art. 1622 475*.
Art. 1625 194, 461.
Art. 1626 et s. 1000,
Art. 1626 460*, 465*.
Art. 1627 474*.
Art. 1627 à 1629. 584.
Art. 1628 154, 475, 476*.
Art. 1629 475, 476*.
Art. 1630 153, 470 et s*, 980, 1000.
— alin. 2 471.
Art. 1631 470*, 473.
Art. 1632 470*.
Art. 1633 23, 470, 472*, 473.
Art. 1634 472.
Art. 1635 472.
Art. 1636 346, 471, 473*, 513.
Art. 1637 473*, 513.
Art. 1638 465*, 474*.
Art. 1639 472.
Art. 1640 469*.
Art. 1641 478*.
Art. 1643 480*, 482.
Art. 1644 480*, 482.
Art. 1645 466, 481*, 533.

Art. 1646	481*, 533.
Art. 1647	481*.
Art. 1648	480*, 566, 567.
Art. 1649	465, 479*.
Art. 1650	486, 488*.
Art. 1651	337, 488*.
Art. 1652	489*.
Art. 1653	338, 442, 488*, 736.
Art. 1654	91, 443, 489*, 491, 501, 813, 820, 821, 822, 840.
Art. 1655	346, 489*.
Art. 1656	349, 489*.
Art. 1657	486*.
Art. 1659	309, 495*, 497, 498.
Art. 1660	353, 497*.
Art. 1661	172, 495*.
Art. 1662	496*, 498.
Art. 1663	497*.
Art. 1664	501*.
Art. 1666	498*.
Art. 1667	503*.
Art. 1668	500*.
Art. 1669	498, 499*.
Art. 1670	494, 500*, 579.
Art. 1671	500*.
Art. 1672	500*.
Art. 1673	166, 319, 416, 419, 453, 500*, 522, 526, 986.
— alin. 1	499, 780.
— alin. 2	527.
Art. 1674 et s.	446.
Art. 1674	290, 448*, 512.
Art. 1675	451*, 452.
Art. 1676	137, 354, 355, 451*.
Art. 1677	451*.
Art. 1678 à 1680.	451.
Art. 1681	452*, 453.
Art. 1682	452*.
— alin. 1	453.
— alin. 3	166.
Art. 1683	447*.
Art. 1684	450*.
Art. 1685	494, 579.
Art. 1689	147*.
Art. 1690	92, 102, 111, 147 et s*, 216, 502, 505, 525, 538, 623, 672, 761, 883.
Art. 1691	149*.
Art. 1692	152*.
Art. 1693	102, 111, 153*.
Art. 1694	111, 154*.
Art. 1695	154*.
Art. 1696	504*.
Art. 1697	504*.
Art. 1698	505*.
Art. 1699	506*, 508, 510.
Art. 1700	507*.
Art. 1701	508*.
— 2°	511.
Art. 1705	458.
Art. 1706	291, 447.
Art. 1707	842.
Art. 1708	514*, 587.
Art. 1709	516*, 525.
Art. 1710	515*.
Art. 1711	514*, 565.
Art. 1715	527*, 529, 538, 559.
Art. 1716	527*, 530, 531, 538, 559.
Art. 1717	537, 541*.
Art. 1718	522, 526.
Art. 1719, alin.3	557
Art. 1720	532*.
Art. 1721	518, 532*, 535.
Art. 1722	341, 342, 346, 354 552*, 559, 560.
Art. 1723	534*.
Art. 1724	534*.
Art. 1725	464, 524, 534.
Art. 1726	464, 534.
Art. 1727	534.
Art. 1728, alin.1	535*.
— alin. 2	542*.
Art. 1729	346, 536*.
Art. 1730	544*.
Art. 1731	544*.
Art. 1732	519, 544*, 545.
Art. 1733	324, 544, 546*, 549, 556, 1024.
Art. 1734	544, 547*, 549, 1024.
Art. 1735	538.
Art. 1736	309, 350, note, 530, 531, 551*.
Art. 1737	550*.
Art. 1738	530.
Art. 1739	530*.
Art. 1740	531*.
Art. 1741	553*.
Art. 1742	554*.
Art. 1743	214, 315, 456, 502, 520 et s*, 554.
Art. 1744 à 1747	521.
Art. 1748	521*.
Art. 1749	521*, 777, 780.
Art. 1750	521*.
Art. 1751	502.
Art. 1752	554*, 556.
Art. 1753	539*, 540, 577, 807, 831.
Art. 1754	543*.
Art. 1755	543.
Art. 1757	552*.
Art. 1758	552*.
Art. 1759	274, 530, 531*
Art. 1760	547, 555*.
Art. 1761	555*.
Art. 1763	541*, 558, 560.
Art. 1764	558, 560.
Art. 1765	556*.
Art. 1766	556*.
Art. 1767	556*.
Art. 1768	556*.
Art. 1769	516, 556*, 558.
Art. 1770	556, 557*.

Art. 1771 557.
Art. 1772 11, 13, 557*, 559.
Art. 1773 11, 13. 557*.
Art. 1774 551*.
Art. 1775 551*.
Art. 1778 556*.
Art. 1779 515*.
Art. 1780 76, 350, note, 385, 514, 587, 588, 708.
— alin. 1 294, 590, 598.
— alin. 2 309, 598.
— alin. 2 à 5 601.
— alin. 5 605.
Art. 1781 (abr.) 514, 529, 588, 592*.
Art. 1783 581*.
Art. 1784 11, 582, 583.
Art. 1785 580*.
Art. 1786 580.
Art. 1787 566.
Art. 1788 566*.
Art. 1789 567*.
Art. 1790 341, 567*.
Art. 1792 136, 182, 568 et s*.
Art. 1793 569*.
Art. 1794 350, note, 578*.
Art. 1795 578*.
Art. 1798 576 et s*, 831, 857.
Art. 1799 564, 574.
Art. 1800 et s. 514.
Art. 1800 560*.
Art. 1804 à 1817 560.
Art. 1805 561*.
Art. 1809 561*.
Art. 1810 561*.
Art. 1811 13, 560.
Art. 1812 561*.
Art. 1813 560, 804.
Art. 1814 561.
Art. 1815 561*.
Art. 1817 561*.
Art. 1818 561*.
Art. 1825 13.
Art. 1827 à 1830 558, 561.
Art. 1828 561.
Art. 1831 562*.
Art. 1832 608 et s*, 614, 618.
Art. 1832 à 1873 618.
Art. 1833 610*.
Art. 1834 622.
Art. 1835 617*.
Art. 1836 618.
Art. 1837 618.
— alin. 1 612.
Art. 1841 612.
Art. 1843 et s. 618.
Art. 1845 à 1848 619.
Art. 1845 458, 623*.
Art. 1846 28.
— alin. 1 623*.
Art. 1850 619.
Art. 1851 623*.
Art. 1852 619.
Art. 1853 614*.
Art. 1855 614*, 619, 626.
Art. 1856 624*.
Art. 1857 624*.
Art. 1858 624*.
Art. 1859 619, 624, 625*.
Art. 1860 624*, 625.
Art. 1861 624*.
Art. 1862 178, 626*.
Art. 1863 625*, 626.
Art. 1864 625*.
Art. 1865 350, note, 627*.
— alin. 3 615.
Art. 1867 619, 627*.
Art. 1868 627*.
Art. 1869 76, 350, note, 598, 627.
Art. 1871 627*.
Art. 1872 627*.
Art. 1873 609.
Art. 1874 636.
Art. 1875 261, 636.
Art. 1876 637*.
Art. 1880 638*.
Art. 1881 638*.
Art. 1882 8, 262, 638*.
Art. 1883 13, 638*.
Art. 1885 121, 640*, 783, note.
Art. 1886 639*.
Art. 1887 181, 638*.
Art. 1888 638.
Art. 1889 638*, 641.
Art. 1890 637, 639*.
Art. 1891 637, 639*.
Art. 1892 261, 636.
Art. 1892 à 1904 640.
Art. 1893 636, 640*.
Art. 1899 641.
Art. 1900 641*.
Art. 1901 641.
Art. 1902 641*.
Art. 1905 642*, 644.
Art. 1906 69, 642*.
Art. 1907 29, 644.
Art. 1908 232, 233.
Art. 1911 702.
Art. 1912 349, 491, 702.
— alin. 2 170.
Art. 1915 261, 650*.
Art. 1917 261, 650.
Art. 1918 651*.
Art. 1919 650.
Art. 1923 651*.
Art. 1924 245, 651*.
Art. 1925 651*.
Art. 1926 651*.
Art. 1927 8, 262, 517, 652*, 656
Art. 1928 650, 652*, 656
Art. 1929 518.
Art. 1930 652*.
Art. 1931 652*.
Art. 1932 653*.
Art. 1933 9, 653* 654.
Art. 1934 653*, 654.
Art. 1935 9, 654*.

Art. 1938	652*, 653.
Art. 1939	653*.
Art. 1942	653*.
Art. 1943	653*.
Art. 1944	653*.
Art. 1947	650.
Art. 1948	416, 419, 650, 780.
Art. 1949	655*.
Art. 1950	655*, 657.
Art. 1952	655*.
Art. 1953	11, 23, 582, note, 656*.
Art. 1954	11, 656*.
Art. 1956	658*.
Art. 1957	650, 658*
Art. 1959	658*.
Art. 1961	658*.
Art. 1964	267, 658, 662.
Art. 1965	65, 68, 693*, 696.
Art. 1966	694*.
Art. 1967	68, 411, 693*.
Art. 1968	699*.
Art. 1969	698*.
Art. 1970	698*.
Art. 1971	700*.
Art. 1972	700*.
Art. 1973	323.
— alin. 2	698*.
Art. 1974	700*.
Art. 1975	700*, 703.
Art. 1976	450, 699*.
Art. 1977	702*.
Art. 1978	350, 491, 702*, 703.
Art. 1979	702*.
Art. 1980	701*.
Art. 1981	699*.
Art. 1983	701*.
Art. 1984	704 et s*.
— alin. 1	707.
Art. 1985	708*.
— alin. 2	273, 704.
Art. 1986	705*.
Art. 1987	710*.
Art. 1988	710*.
Art. 1989	711*.
Art. 1990	710*.
Art. 1991 alin. 1	711*.
— alin. 2	717, 722.
Art. 1992	711*.
— alin. 2	8, 262.
Art. 1993	713*.
Art. 1994	712*.
Art. 1995	713*.
Art. 1996	713*.
Art. 1997	716*.
Art. 1998 alin. 2	715.
Art. 1999	714*.
— alin. 2	706, 723.
Art. 2000	565, 715*.
Art. 2001	92, 192, 487, 649, 714*, 722.
Art. 2002	181, 707, 715*, 723.
Art. 2003	76, 312, 350, note.
— alin. 3	718.
Art. 2004	598, 716, 717*.
Art. 2005	717*.
Art. 2007	598, 716, 717*, 722
Art. 2010	717*.
Art. 2011	74, 261, 733, 940, 970.
Art. 2012	74, 734*.
— alin. 2	735, 746.
Art. 2013 alin. 1	733*.
— alin. 2	734.
— alin. 3	733.
Art. 2015	735*.
Art. 2016	735*.
Art. 2018	736*.
Art. 2019	736*.
Art. 2020	170, 737*.
Art. 2021	739*.
Art. 2022	739*.
Art. 2023	739*.
— alin. 1	972.
Art. 2024	740*.
Art. 2025	740*.
Art. 2026	740*.
— alin. 1	80, 739.
Art. 2027	741*.
Art. 2028	28, 742*.
Art. 2029	742*.
Art. 2030	743*.
Art. 2031	744*.
Art. 2032	745*.
Art. 2033	100, 745*.
Art. 2034	512.
Art. 2036, alin. 1	738*, 742, 746.
— alin. 2	738.
Art. 2037	741, 747 et s*, 940, 970.
Art. 2038	513, 746*.
Art. 2039	748*.
Art. 2041	737*.
Art. 2042	736, 740.
Art. 2043	740.
Art. 2044	724 et s*.
Art. 2045	725.
Art. 2046	725.
Art. 2052 à 2057	727.
Art. 2052	726.
— alin. 2	291, 728.
Art. 2053	727.
Art. 2054	728.
Art. 2059 à 2070 (abrogés)	38.
Art. 2071	751*.
Art. 2072	751*, 756.
Art. 2073 à 2076	799.
Art. 2073	755*, 766.
Art. 2074	757, 759*.
— alin. 2	760*.
Art. 2075	149, 524, 757, 758, 760, 761*.
Art. 2076	757*, 758, 759, 836.
Art. 2077	757*.
Art. 2078	496, 755, 765*, 771.
Art. 2079	767.
Art. 2080	416, 766*.
Art. 2081	767*.

Art. 2082 763*, 779.
— alin. 1 349, 767, 770.
Art. 2083 763*.
Art. 2084 761.
Art. 2085 752*, 754.
— alin. 1 753.
Art. 2086 754*.
Art. 2087 754*, 779.
Art. 2088 755*.
Art. 2091, alin. 1 754.
Art. 2092 39 et s*, 85, 70 , 729, 730, 784, 789, 964.
Art. 2093 40*, 523.
Art. 2094 778.
Art. 2095 785*.
Art. 2096 870*.
Art. 2098 786.
Art. 2099 785.
Art. 2100 785.
Art. 2101 786, 789, 790, 791 et s*, 796, note, 834, 855, 869, 960, 1003, 1031.
— 1° 792.
— 2° 793.
— 3° 793.
— 563, 786, 794, 796, 819, 824.
— 5° 797.
— 6° 408, 798.
Art. 2102 538, 786, 799 et s*, 822, 862.
— 1° 539, 542, 559, 771, 800 et s, 810.
— 1° alin. 1 808.
— 1° alin. 2 808, 810.
— 1° alin. 4 796, note, 804, 819, note, 813*, 835, 836.
— 1° alin. 5 789, 805.
— 2° 766, 784, 785, 786, 799, 823.
— 3° 781, 824*.
— 4° 699, 786, 813, 815 et s. 857 et s.
— 4° alin. 2. 820, 840.
— 4° alin. 3 764, 804, 819, 835.
— 5° 781, 826*.
— 6° 781, 827*.
— 7° 732, 828*.
Art. 2103 786, 788, 839 et s*, 842, 860, 862, 869, note.
— 1° 699, 786, 839, 840 et s*.
— 1°, alin 2 850.
— 2° 840 et s*.
— 3° 839, 851, 852.
— 4° 563, 839.
— 5° 840.
Art. 2104 786, 790.
Art. 2105 790, 834, 837, 839, 855, 869.
Art. 2106 870*.
Art. 2108 844*, 958, 1004, note, 1016.
Art. 2109 851, 852*, 853, 854*, 958 1032.
Art. 2110 825, 859*.
Art. 2111 840, 849, 862, 864, 868.
— alin. 2. 866.
Art. 2113 788, 855, 860, 864, 867, 870.
Art. 2114 881.
— alin. 2 884.
Art. 2116 894*.
Art. 2117 alin 3 934.
Art. 2118 841, 885*.
Art. 2119 755, 790, 817, 891*.
Art. 2121 892, 895 et s*, 904, 907, 945, 948, 961, 971, 1009.
— alin. 3 828, note.
— alin. 4 922.
Art. 2122 922.
Art. 2123 209, 892, 923 et s*.
— alin. 1 926.
— alin. 2 948.
— alin. 3 928, 930.
— alin. 4 929.
Art. 2124 935*.
Art. 2125 166, 905, 936*, 938.
Art. 2127 203, 263, 941 et s*.
Art. 2128 943*.
Art. 2129 892, 943, 944, 945 et s*.
— alin. 2 297, 936, 937, 948 et s*,
Art. 2130 297, 948*, 950, 963.
Art. 2131 170, 949*.
Art. 2132 944*, 945, 1008, 1020.
Art. 2133 820, 842, 894*.
Art. 2134 955, 959 et s*.
Art. 2135 899, 904, 908, 909
— 2° 910, 915, 916.
Art. 2136 89 , 907*, 914.
Art. 2138 907*.
Art. 2139 907*, 914, 1005.
Art. 2140 à 2145 1021.
Art 2140 906*.
Art. 2141 897.
Art. 2143 897.
Art. 2144 906*, 914.
Art. 2145 906*.
Art 2146 845 et s*, 854, 861, 866, 900, 932 958, 1017.
— alin. 1 955* 1005.
— alin. 2 952, 956*.
Art. 2147 960*, 967.
Art. 2148 914, 1005*, 1010.
— 1° 1006 et s*.
— 2° 945.
— 4° 945.
— 5° 946, 950.
Art. 2150 967, 1005.
Art. 2151 862, 958, 973, 1011 et s*, 1018.
Art. 2152 1005, 1007.
Art. 2153 914, 950 1005, 1006, 1009*, 1010.

Art. 3°	914.
Art. 2154	838, 958, 1014*, 1016.
Art. 2155	1008.
Art. 2156	1007.
Art. 2157	1018*.
Art. 2158	1019.
Art. 2159	1020.
Art. 2160	1019*.
Art. 2161	1021*.
Art. 2162	1021*.
Art. 2163	1020.
Art. 2164	1020*.
Art. 2165	1021.
Art. 2166	964 et s*.
Art. 2167	966*.
Art. 2168	973.
Art. 2169	968*, 975.
Art. 2170	969*, 971.
Art. 2171	971*.
Art. 2172	974*.
Art. 2173	974, note, 975.
Art. 2174	974*.
Art. 2175	416, 453, 894, 978, 979*, 1001.
Art. 2176	969, 979*, 994.
Art. 2177	977*, 1012.
— alin. 1	977.
— alin. 2	961.
Art. 2178	980*.
Art. 2180	512, 1022.
— 1°	1021.
— 4°	1019, 1024 et s.
Art. 2181 et s.	743.
Art. 2181	989*.
Art. 2183	969, 991, 992*.
— alin. 1	991, 1007.
Art. 2184	255, 489, 991*.
Art. 2185	993, 994*.
— 5°	736.
Art. 2186	994*.
Art. 2187	995*.
Art. 2188	1000*, 1002.
Art. 2189	999*.
Art. 2190	995*.
Art. 2191	1000.
Art. 2192	993.
Art. 2194	996*, 1022, 1030.
Art. 2195	997*
— alin. 1	997, 1030.
— alin. 2	998.
— alin. 3	899.
Art. 2197	991*.
Art. 2198	991*, 1031.
Art. 2200	967, 1004*, 1006.
Art. 2204	885.
Art. 2205	40, 986.
Art. 2206	40.
Art. 2209	40.
Art. 2212	172.
Art. 2214	149, 152.
Art. 2217	953.
Art. 2220	137*, 144*, 677.
Art. 2221	144*.
Art. 2222	144.
Art. 2223	68, 143*.
Art. 2224	143*.
Art. 2225	56, 144*.
Art. 2230	232.
Art. 2244	87, 141.
Art. 2245 à 2247	141.
Art. 2248	141.
Art. 2249	188.
— alin. 2	196.
Art. 2250	734.
Art. 2254	451.
Art. 2257	139*, 1028.
Art. 2258 alin. 1	140.
Art. 2262	131 et s., 352, 362, 677.
Art. 2263	132, 139, 142.
Art. 2265	441, 492, 736, 1026.
Art. 2268	232.
Art. 2270	136, 568 et s*.
Art. 2271	134*, 141, 142.
— alin. 3	133, 795.
— alin. 4	563.
Art. 2272	141, 798.
— alin. 1 à 3	134.
— alin. 3	563, 795.
— alin. 4	133.
— alin. 5	135, 794.
Art. 2273	135.
Art. 2274	135*, 136, 142.
Art. 2275	134, 135*, 233, 248.
Art. 2276	137*.
Art. 2277	132 et s*, 139, 141, 677, 809, 1011.
Art. 2278	140.
Art. 2279	61, 216, 241, 441, 489, 492, 639, 640, 764, 804, 827.
— alin. 1	837, 889.
— alin. 2	764, 806.
Art. 2280	780, 782, 806.
— alin. 1	764.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Art. 59	454.
Art. 69-6°	618.
Art. 122	172.
Art. 124	172.
Art. 135	736.
Art. 158	190.
Art. 171	1020.
Art. 173	969.
Art. 175	184, 195.
Art. 182	469.
Art. 193 et s.	211.
Art. 214 et s.	210.
Art. 252 à 294	223.
Art. 324 et s.	227.

Art. 330 528.
Art. 339 55.
Art. 352 et s. 243.
Art. 403 244.
Art. 420 273, 276.
Art. 439 736.
Art. 474 et s. 55, 239.
Art. 488 507.
Art. 512 36.
Art. 545 209.
Art. 548 1020.
Art. 557 86, 518.
Art. 558 86.
Art. 559 86, 88, 119.
Art. 567 89, 834,
Art. 581-4° 699.
Art. 656 et s. 792.
Art. 661 837.
Art. 662 792, 837.
Art. 673 et s. 953.
Art. 673 953, 968.
Art. 674 934, 968.
Art. 677 979.
Art. 678 846, 953, 979.
Art. 681 953.
Art. 682 894, 953, 979.
Art. 684 523, 953.
Art. 685 313, 894, 953
Art. 686 42, 343, 433, 934, 939, 953.
Art. 687 433.
Art. 692 976.
Art. 707 430.
Art. 708 976.
Art. 710 alin. 2 988.
Art. 711 433.
Art. 713 490.
Art. 717 492, 493, 949.
— alin. 1 977.
— alin. 7 975, 987, 1013, 1030
— *in fine* 976.
Art. 733 490.
Art. 749 à 779 954.
Art. 754 976, 997, 1030.
Art. 765 alin. 2 1013.
Art. 766 alin. 1 792.
Art. 768 1013.
Art. 772 alin. 5 919, 997, 1031.
Art. 775 889, 911.
Art. 812 et s. 82.
Art. 815 et s. 83.
Art. 819 802.
Art. 819 à 825 805.
Art. 820 539.
Art. 832 737, 991.
Art. 833 995.
Art. 834 (abrogé) 846, 855, 880, 967, 989.
Art. 835 880.
Art. 838 995.
— alin. 8 988.
Art. 844 217.
Art. 851 780.
Art. 870 243.
Art. 873 56.
Art. 943 203.
— 8° 247.
Art. 1020 et s. 931.
Art. 1036 36.

CODE DE COMMERCE

Art. 1 615.
Art. 2 939.
Art. 4 275.
Art. 6 939.
Art. 8 200.
Art. 9 200.
Art. 12 200.
Art. 13 200.
Art. 14 201.
Art. 15 201.
Art. 18 et s. 615.
Art. 20 615.
Art. 22 181, 626.
Art. 23 615, 626.
Art. 35 152.
Art. 39 226, 622.
Art. 40 622.
Art. 41 226.
Art. 64 137.
Art. 75 621.
Art. 76 107
Art. 91 à 93 756.
Art. 91 761.
Art. 92 758.
Art. 94 705.
Art. 95 834.
Art. 96 et s. 580.
Art. 97 11.
Art. 98 11, 586.
Art. 100 340.
Art. 101 580.
Art. 102 580, 581.
Art. 103 à 108 580.
Art. 103 11, 582, 585.
— alin. 2 14
Art. 104 11, 582.
Art. 105 457, 586.
Art. 106 586.
Art. 108 138, 586.
Art. 109 208, 216, 226, 276, 592, 670, 762, note
Art. 110 305.
Art. 135 172.
Art. 140 182.
Art. 142 741.
Art. 145 79.
Art. 157 172.
Art. 178 28.

Art. 181	28.
Art. 187	182.
Art. 188	305.
Art. 189	136, 248.
Art. 191	834.
— 8°	565.
— 10°	674.
Art. 195	226, 424.
Art. 271	834.
Art. 273	226.
Art. 306	780.
Art. 307	828.
Art. 331	226.
Art. 332	226, 669.
Art. 346	679.
Art. 348	284, 674.
Art. 351	666, 668.
Art. 352	666.
Art. 353	666.
Art. 357	669.
Art. 358	669.
Art. 365 à 367	665.
Art. 381	676.
Art. 432	677.
Art. 444	169.
Art. 446	52, 62, 231, 939, note.
Art. 447	52, 62, 956, note.
Art. 448	955, 958.
— alin. 1	932.
Art. 450	810, 811.
Art. 490	927.
— alin. 3	849, 895.
Art. 507	129, 260, 319.
Art. 508	1022.
Art. 517	895, 927.
Art. 518	849.
Art. 545	746.
Art. 549	563, 794, 796.
Art. 550	429, 492, 542, 810, 811.
— alin. 6	537, 820.
Art. 563	905, 906.
Art. 564	905.
Art. 571 à 573	988.
Art. 573	988, note, 989.

CODE PÉNAL

Art. 29	896.
Art. 52	38.
Art. 55	182, 191.
Art. 147	200.
Art. 176	434.
Art. 291	611.
Art. 319 et 320	242.
Art. 366	247.
Art. 405	770.
Art. 406	770.
Art. 408	429, 770.
Art. 411	496.
Art. 422	696.
Art. 467	38.
Art. 469	38.

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Art. 2	137.
Art. 3	363.
Art. 504	36.
Art. 637	137.
Art. 637 et s.	363.
Art. 638	137.

CODE FORESTIER

Art. 43	396.
Art. 46	396.
Art. 185	137.
Art. 206	390.

CODE DU TRAVAIL

Art. 19	590.
Art. 22	590.
Art. 23	598, 601.
Art. 25	601.
Art. 25 à 28	601.
Art. 26	601.
Art. 28	601.
Art. 29	600, 601.
Art. 33 et s.	593.
Art. 43	593.
Art. 43 à 45	593.
Art. 50	596.
Art. 51	597.
Art. 61	595.
Art. 75 à 77	598.
Art. 75, alin. 2	594.
Art. 105 à 107	598.

DÉCLARATIONS, EDITS, ORDONNANCES

Déclaration de mai 1609 (conversion de rentes)	94
Edit de juin 1581	215
— de 1606 (cautionnement)	733

Edit août 1626 (insinuation en Bretagne) 878
— mars 1673 215, 877
— déc. 1684 210
— 1771 (procédure de la purge) 1004
Ordonnance de Louis XII (1510) 132
— Villers-Cotterets (1539)
Art. 3 204
Art. 92 et 93 926
Art. 97 776
— Moulins (1566)
Art. 52 776
Art. 53 876, 928
Art. 54 222, 223
— janv. 1629 (code Michaud)
Art. 121 943
Art. 142 et 150 132
Art. 148 760
— de 1667 (ordonnance civile)
tit. XII 210
tit. XX, art. 2 225, 226
tit. XX, art. 3 227
tit. XXVII, art. 9 776
— mars 1673 (sur le commerce) 136, 760
— mars 1679 31
— 1737 (sur le faux) 210
— août 1827 (code forestier) 433
— 6 juin 1839 (certificats de vie) 701
— 15 nov. 1846 (chemins de fer) 580

LOIS

1790 7-11 sept. (suppression des Parlements). Art 20 et 21 373
— 29 sept. (durée des baux). Art. 1er 525
— 28 oct-5 nov. (biens domaniaux). Art. 14 943
1791 6 mars (certificats de vie) 701
— 6 août (domaines congéables) 868
— 6-22 août (tarif des droits d'entrée et de sortie)
Tit. 13, art. 20 396
— art. 23 895
— 28 sept-6 oct. (police rurale)
Tit. I, sect. 2, art. 2 et 3 521
Tit. I, sect. 7, art. 8 137
Tit. II, art. 7 390
1793 4-7 mars (marchés passés par l'Etat), art. 3 943
— 24 août (formation d'un grand livre de la dette publique), art. 6 152
An II 2 thermidor (notariat), art. 1er 204
An III 9 messidor (hypothèques) 871, 878, 882, 896, 903, 1011
— 6 thermidor (effets négociables) 84
— 14 fructidor (rescision pour lésion en matière de vente immobilière), 290, 447
An IV 28 vendémiaire (police de la Bourse) 696
An VI 15 germinal (abrogé) (contrainte par corps) 38
— 19 floréal (ventes immobilières) 290
An VII 11 brumaire (hypothèques) 797 852, 856, 871, 879, 903 945
1004
Art. 4 896, 898
Art. 13 859
Art. 19 1011
Art. 21-2° 896
Art. 23 1014
Art. 26 989
Art. 30 982, note
— 13 brumaire (timbre) 203
— 3 frimaire contribution foncière), art. 147 542
— 4 frimaire (contribution sur les portes et fenêtres), art. 12 542
— 22 frimaire (enregistrement) 215
Art. 20 204
Art. 22 809
Art. 29 97
Art. 30 97, 714
Art. 32 182, 834
Art. 40 316
Art. 60 490
Art. 65 97
Art. 68, § 1-24° 430
Art. 68, § 1-45° 726
Art. 68, § 3-4° 612
Art. 68, § 4 975
Art. 69, § 3-3° 162, 736
— 21 ventôse (conservation des hypothèques), art. 7 1004
— 2 prairial (ventes immobilières) 290
An VIII 28 pluviôse (division et administration du territoire) 565
An XI 25 ventôse (notariat), art. 5, 8, 10, 15, 52, 68 204
Art. 9 205, 943
Art. 13, 14, 16 205
Art. 20, 22 215
Art. 28 210
Art. 32 816
Art. 33 828
— 21 germinal (pharmacie) art. 32 438
— 22 germinal (manufactures, fabriques, ateliers) 588, 590, 596

An XIII 25 nivôse (cautionnement des agents de change) 828
— 6 ventôse (cautionnement) 829
1807 3 sept. (hypothèque judiciaire résultant de jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture) 923, 925
— 3 sept. (taux de l'intérêt), 28 29, 644 et s. 702
— 5 sept. (droits du Trésor public sur les biens des comptables) 828, note, 922 1004, note
— 16 sept. (dessèchement des marais) 419, 833, 857, 868
1808 12 nov. (privilège du Trésor pour le recouvrement des Contributions directes) 833
1810 20 avr. (organisation de l'ordre judiciaire) 198
— 21 avr. (mines, minières et carrières), art. 8 619
Art. 20 833, 868
1816 28 avr. (loi de finances), art. 44, 3° 430
Art. 54 985, note, 990
Art. 91 815
1819 17 mai (presse) 36
1825 27 avr. (milliard des émigrés) 88
1829 15 avr. (pêche fluviale) 137, 390
1832 17 avr. (abrogé) (contrainte par corps) 38
1836 21 mai (prohibition des loteries) 621
1838 20 mai (vices rédhibitoires) 478, 483
— 28 mai (faillites et banqueroutes) 794, 955
— 30 juin (aliénés) 897
Art. 39 357
1841 3 mai (expropriation pour utilité publique)
Art. 17 462, 967, 987
Art. 18 462
Art. 21, 23, 29 535
— 2 juin (ventes judiciaires d'immeubles) 737
1843 21 juin (forme des actes notariés) 205
1844 3 mai (chasse), art. 4, 12-4° 439
Art. 28 391
Art. 29 137
— 5 juill. (brevets d'invention) 152, 203
1845 15 juill. (chemins de fer) 580
1850 18 mai (loi de finances) 137
— 29 nov. (correspondance télégraphique) 582, note
— 19 déc. (délit d'usure) 646, note, 648
1851 24 juin (Monts-de-Piété) 496, 756, note
1853 10 juin (sociétés de crédit foncier) 872
1855 23 mars (transcription hypothécaire) 58, 499, 746, 845, 864, 871, 880, 886, 989, 990
Art. 1 505
Art. 1-1° 512
Art. 2 951
Art. 2-1° 753
Art. 2-4° 521
Art. 2-5° 152
Art. 3 148, 214, 754, 951
Art. 6 846, 855, 861, 866, 966
Art. 6 alin. 2 968, 1032
Art. 7 347, note, 493, 820, 848 et s.
Art. 8 898, 900, 910, 960, 968
Art. 9 203, 263, 424, 912, 913 et s. 1017, 1031
1856 17 juill. (drainage) 833, 857, 868
1857 9 juin (taux de l'escompte de la Banque de France) 645
1858 21 mai (saisie immobilière) 492, 881, 954, 976, 997
— 28 mai (magasins généraux) 768, note
1861 2 mai (légalisation) 210
1863 23 mai (modifiant le tit. VI du livre I, C. com.) 761
1865 21 juin (associations syndicales) 260
1867 22 juill. (contrainte par corps) 37, 38, 90, 363
— 24 juill. (sociétés) 615, 942
1868 2 août (abrogeant l'art. 1781 C. civ.) 529, 592 et s.
1870 12 août (cours légal des billets de la Banque de France) 80
1871 23 août (Impôts relatifs à l'enregistrement et au timbre) 81, 890
— 19 déc. (contrainte par corps pour frais de justice) 39
1872 12 févr. (modifiant les art. 450 et 550 C. com.) 542, 808, 810
— 15 juin (titres au porteur) 85
— 27 juill. (recrutement) 293
1874 10 déc. (hypothèque maritime) 881, 892, 1023
— 23 déc (protection des nourrissons) 794
1875 5 janv. (registres hypothécaires) 1004
1881 3 mars (colis postaux) 585
— 21 juill. (police sanitaire des animaux) 438, 478, 483, 484
— 29 juill. (liberté de la presse) 137
1883 5 janv. (risques locatifs) 545, 547
1884 2 août (vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques) 478, 483, 486

1885 28 mars (marchés à terme) 696
— 10 juill. (hypothèque maritime) 645, 881, 892, 942, 1023
1886 12 janv. (taux de l'intérêt) 29, 645
— 20 juill. (caisse nationale des retraites pour la vieillesse) 699
1888 4 févr. (fraudes dans les ventes d'engrais) 448
— 22 déc. (associations syndicales) 260
1889 13 févr. (Hypothèque légale de la femme mariée) 881, 910, 912, 918, 1031
— 19 févr. (restriction du privilège du bailleur et attribution des indemnités dues par suite d'assurances) 808, 812, 881
Art. 2 556, 805, 819, 1023
Art. 3 541, 550, 682, 830, 831, 1023
— 4 mars (liquidation judiciaire) 38
Art. 4 895
Art. 5, alin. 2 956
Art. 8, alin. 1 169
Art. 15, 1° 260
Art. 18, 24 812
Art. 22 795
— 4 avr. (code rural) 398
— 18 juill. (bail à colonat partiaire)
Art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 558 et s.
Art. 4, alin. 2 546
Art. 5, alin. 2 532
Art. 10 802
— 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) 897
1890 2 juill. (livrets ouvriers) 590, 597
— 27 déc. (contrat de louage) 386. 587, 589, 601
1891 2 juin (courses de chevaux) 695
— 11 juill. (vente des vins) 480
— 25 juill. (interdiction des saisies-arrêts sur les fonds destinés aux entrepreneurs de travaux nationaux) 541, 576, 830
1892 12 avr. (colis postaux) 585
— 30 nov. (exercice de la médecine) 792
— 29 déc. (dommages causés par l'exécution de travaux publics) 830, note
1893 6 févr. (séparation de corps) 910
— 17 juin (créances privilégiées) 1012
— 1er août (sociétés par actions) 609, 616, 796, 942
1894 29 juin (caisses de secours des ouvriers mineurs) 595, note
1895 12 janv. (saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements) 121, 589, 593, 595 et s.
— 31 juill. (vente d'animaux atteints de maladies contagieuses) 438, 483, 485
— 27 déc. (caisses de retraites au profit des employés et ouvriers) 795
1897 8 févr. (domaines congéables) 868, 888
— 6 avr. (vente des vins artificiels) 780
— 16 avr. (fraude dans le commerce du beurre) 480
1898 1er mars (fonds de commerce) 768
— 8 mars (vignes à complant) 525
— 9 avr. (accidents du travail) 10, 13, 253, 324, 359, 371, 381, 392, 404 et s., 519, 563, 589, 667, 678, 830, 832
Art. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 23 405 et s.
Art. 7 98, 672
Art. 16, alin. 5 682
Art. 18 137
Art. 23 798
Art. 26, alin. 2 833
Art. 26, alin. 4 930
— 21 juin (Police rurale) art. 31 483
Art. 41 478, 483
Art. 46 805
— 18 juill. (Warrants agricoles) 768, 769 et s.
— 18 nov. (pêche fluviale) 137
1899 18 avr. (responsabilité des hôteliers) 557
— 30 mai (Loi de finances) 1004
— 30 juin (accidents causés dans les exploitations agricoles) 404
— 20 juill. (responsabilité de l'Etat substituée à celle des membres de l'enseignement public) 387, 391
1900 12 mars (vente à crédit des valeurs de bourse) 291, 445
— 1er avr. (courses de chevaux) 695
— 7 avr. (taux de l'intérêt légal) 27, 28, 30, 648
1901 4 févr. (tutelle administrative en matière de dons et legs) 85
— 1er juill. (contrat d'association) 628 et s.
Art. 1, 5, 6, 11 612
Art. 17 233
— 18 juill. (garantissant leur travail aux réservistes et territoriaux) 587, 589, 601, 660

1902 2 janv. (compétence en matière d'assurances) 680
— 15 févr. (santé publique) 552, 833
— 25 juin (bail emphytéotique) 525, 526
Art. 1 887
Art. 1, alin. 2 530
Art. 12 532
— 12 août (notariat) 204, 205, 708, 973
1903 31 mars (loi de finances) 179
1904 8 déc. (interdisant l'assurance en cas de décès des enfants de moins de douze ans) 683
1905 23 févr. (police sanitaire des animaux) 438, 478, 484, 485
— 17 mars (complétant l'art. 103 C. com.) 14, 585
— 17 mars (contrôle des sociétés d'assurances sur la vie) 703, 798
— 31 mars (accidents du travail) 832
— 1er août (répression des fraudes dans la vente des marchandises) 480
1906 12 avr. (accidents du travail dans les exploitations commerciales) 405
— 30 avril (Warrants agricoles) 768, 769
1907 30 janv. (loi de finances) 137
— 29 mars (compétence territoriale des notaires) 204
— 17 juin (mentions de l'inscription hypothécaire) 1007, note
— 8 juill. (Ventes d'engrais) 291, 448, 449, 451, 454
— 13 juill. (libre salaire de la femme mariée) 593, 641
— 17 juill. (saisie-arrêt. Affectation spéciale) 86, 88, 89, 150, 834
— 18 juill. (faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail) 405
1909 17 mars (vente et nantissement des fonds de commerce) 768, 773 et s. 809, note
Art. 1 493
Art. 2 493, 850
Art. 8, al. 2 765, note
Art. 12 836
Art. 13 892
Art. 22 818, 892
— 4 juin (courses de chevaux) 692
— 12 juill. (bien de famille insaisissable) 886
— 29 juill. (retraites du personnel des chemins de fer) 605
— 27 nov. (garantissant leur travail aux femmes en couches) 589, 601, 606
1909 7 déc. (paiement des salaires des ouvriers et employés) 589, 593
1910 25 mars (suppression des économats) 598
— 5 avr. (retraites ouvrières et paysannes) 594, note, 605
— 6 avr. (administration légale, Art. 389 C. civ.) 435
— 9 avr. (reproduction des œuvres d'art) 457
— 31 déc. (hypothèques conventionnelles) 938
1911 29 févr. (modifiant l'art. 2272 C. civ.) 135, 798
— 8 avr. (modifiant l'art. 1953 C. civ.) 582, note, 657
1912 18 janv. (enregistrement) 490
— 27 févr. (loi de finances) 316
1913 28 mai (privilège de la victime d'un accident sur l'indemnité d'assurance) 682, 810, 832
— 31 juill. (vente et nantissement des fonds de commerce) 768, 809, note
— 8 août (Warrant hôtelier) 768, 772, et s., 808, note
1914 5 janv. (modifiant l'art. 573 C. com.) 989
— 24 févr. (vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques) 478, 486
— 25 févr. (secours et retraites des ouvriers mineurs) 595, note
— 16 avril (responsabilité de l'Etat et des communes) 408 bis
— 15 juill. (loi de finances) 81, note
— 15 juill. (étendant la loi du 9 avr. 1898 aux exploitations forestières) 405
— 5 août (suspension ou exécution des obligations pendant la guerre) 81, note
1915 17 mars (Warrant hôtelier) 773 et s.
— 10 juill. (ouvrières travaillant à domicile) 593, note
1917 20 mars (femmes tutrices) 182, note
— 5 juill. (hypothèque fluviale) 881, 892, 942
— 18 octobre (cautionnement des ouvriers et employés) 732
1918 1er mars (hypothèques) 844, 881, 945, note, 946, 967, 1005, 1010
— 9 mars (baux à loyer) 173, 553, note, 803, note
— 18 avril (taux légal de l'intérêt) 28, 30, 645, 649

— 31 mai (art. 2148 C. c.) 1009
— 2 juill. (Reboisement des forêts privées) 519, note
1918 22 nov. (garantissant leur emploi aux mobilisés) 589, note, 601, note
— 27 nov. (Remembrement de la propriété foncière) 260
1919 25 mars (Conventions collectives du travail) 259, note 275, note, 589, note
— 17 avr. (Dommages de guerre) 408 *bis*, 840, note, 869
— 17 juin (modifiant l'art. 549 C. com. et l'art. 2101 C. c) 794 796
1919 2 juill. (Règlements transactionnels pour cause de guerre) 845, note, 956, note
— 17 oct. (Accidents du travail) 406
— 24 octobre (art. 1775 C. c.) 551
— 25 oct. (Maladies professionnelles). 405
1920 25 juin (Privilège pour la contribution sur les bénéfices de guerre) 798, note 1, 869
— 5 août (Accidents du travail) 405
1921 19 avril (Renouvellement des inscriptions) 1015, note 1
— 3 mai (Défense nationale, explosions) 408 *bis*
— 23 juin (Mobilisés) 589, note 1, 601, note 1,
— 27 juill. (Saisie-arrêt des salaires) 593
1922 10 mars (art 2.200 C. c.) 1004
— 10 août (Privilège pour la contribution sur les bénéfices de guerre) 798, note 1, 869, note 1
— 7 nov. (art 1384 C. c.) 403 et s.
1923 2 août (Accidents du travail des gens de maison). 405
1924 31 mai (navigation aérienne, 183, 403, 584, 586, 892.
— 1er juin (Alsace et Lorraine) 1035
1925 7 mars (Sociétés à responsabilité Cassation) 615, 616, 626
— 6 juill. (Revision des baux à long terme) 12 *bis*
— 13 juill. (Loi de finance) 622, note
1926 30 juin (Propriété commerciale) 555
— 12 août (Loi modifiant l'article 13 de la loi du 24 juin 1865 sur le chèque) 106
— 14 déc. (Vente à bon paiement) 445, 446
1927 22 avril (Propriété commerciale) 555
1927 16 déc. (Agent d'assurance 708
1928 2 avril (Modifiant les articles 1341, 1342, 1343, 1344. 1345. 1923, 1924, 1950 et 2074 C. civ.) 222, 223, 224, 225, 226, 228, 592, 651. 655. 670, 709, 760
— 25 juin (Suppression du cours forcé). 81 *quinq.*
— 19 juillet (Résiliation du contrat de travail) 599, 600, 604, 794, 796.

DÉCRETS

An II 26 pluviôse (Interdiction des saisies-arrêts sur les fonds destinés aux entrepreneurs de travaux nationaux) 541, 576, 578 829, 831
1808 16 janv. (Banque de France) 889
— 30 mars (Cours et tribunaux) 36
1811 9 avr. (Personnalité morale des départements) 922
1852 18 févr. (Sociétés de crédit foncier) 172, 834, 872, 912, 1015
1863 22 janv. (sociétés d'assurance, mutuelles) 613
1871 2 sept. (Formule exécutoire) 209
1888 28 juill. (Maladies contagieuses des animaux 484
1892 27 juin (Colis postaux) 582, note, 585
1900 23 nov. (Conservations des hypothèques) 1004
1901 16 août (Contrat d'association) 630, 632, 634
1906 13 déc. (Marchés de fournitures pour les armées) 830, note
1914 10 août (Suspension des prescriptions pendant la durée de la guerre) 141, note, 172, note
1918 29 mars (Mentions contenues dans les bordereaux d'inscription hypothécaire) 1006
— 24 oct. (Monts-de-Piété) 756, note
— 7 dec. (Reboisement des forêts privées) 319, note
1921 21 mars (Bordereaux d'inscription hypothécaire) 1006
1922 8 mars (Sociétés d'assurances) 613

Tarnes. — Imp. Lafolye et J. de Lamarzelle.

TABLE ALPHABETIQUE ⁽¹⁾

Abus du droit,
Abus du droit, de résiliation unilatérale dans le contrat de travail à durée indéterminée,
Accessoires de l'immeuble (Hypothèque sur les),
Accidents du travail,
Actes d'administration,
Actes authentiques,
Actes confirmatifs, récognitifs ou primordiaux,
Actes constatant des promesses de sommes d'argent,
Actes notariés,
Actes relatant des conventions synallagmatiques,
Actes sous seing privé,
Action de in rem verso,
Action directe des ouvriers en construction,
Action directe (du propriétaire en cas de sous-location ou de cession de bail),
Action en nullité des contrats,
Action en répétition de l'indu. - V. Enrichissement injuste.
Action en rescision pour cause de lésion dans les ventes d'immeubles,
Action en résolution. - V. Résolution.
Action oblique de l'article 1166,
Action Paulienne ou révocatoire,
Action Paulienne (Actes qui peuvent en faire l'objet),
Action Paulienne (Créanciers qui peuvent l'exercer),
Action Paulienne (Conditions d'exercice, préjudice et fraude),
Action Paulienne (Effets et nature de l'),
Action Paulienne en cas de faillite,
Action Paulienne (Prescription de l'),
Action résolutoire (Effet de l'extinction du privilège du vendeur d'immeuble sur l'),
Alsace et Lorraine,
Améliorations et détériorations par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué,
Améliorations (en cas d'adjudication sur surenchère du dixième),
Anatocisme,
Antichrèse,
Architectes et entrepreneurs (Privilège des). - V. Privilège.
Architectes et entrepreneurs (Responsabilité des),
Arrhes,
Artisans (Responsabilité des),
Associations,
Associations, déclarées,
Associations, (Dissolution des),
Associations, non déclarées.
Associations, reconnues d'utilité publique,
Associations, syndicales,
Assurance (Bases fondamentales du contrat d'),
Assurance (Compétence en matière d'),
Assurance (Contrat d'),
Assurance (Effets du contrat d'),
Assurance (Extinction du contrat d'),
Assurance (Mécanisme de l'),
Assurances,
Assurances, à primes fixes,
Assurances, contre l'incendie,
Assurances, de choses,
Assurances, de personnes,
Assurances, de responsabilité,
Assurances, mutuelles,
Assurances, sur la vie,
Assurances, sur la vie au profit d'un tiers,
Assurances, V. Indemnité. - Privilège.
Astreintes,
Automobiles (Responsabilité des accidents d')
Aveu,
Aveu judiciaire et extra-judiciaire,
Aveu (Indivisibilité de l'),
Ayants cause,

B

Bail,
Bail à cheptel,
Bail a complant ou a domaine congéable,
Bail à ferme,
Bail à fruits ou colonat partiaire,
Bail à loyer,
Bail à nourriture,
Bail avec indication de contenance,
Bail (Capacité ou pouvoir nécessaire pour passer un).
Bail (Causes d'extinction du),
Bail emphytéotique,
Bail (Preuve du),
Bail (Règles communes au bail à ferme et au bail à loyer),
Bail sans détermination de durée,
Bailleur (Créances garanties par le privilège du),
Bailleur (Obligations du),
Bailleur (Privilège du),
Bailleur (Ses droits en cas de warrantage agricole),
Bailleur V. Biens ruraux. Droit de revendication. Faillite.
Bénéfice de discussion de la caution,
Bénéfice de discussion du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué,
Bénéfice de division de la caution,
Bénéfice d'inventaire (formalité requise pour la conservation du privilège de separation des patrimoines),
Bénéfice d'inventaire (son effet dans l'hypothèque judiciaire),
Bénéfice d'inventaire (son effet sur l'inscription des privilèges et hypothèques),
Bénéfice d'inventaire (son effet sur la transcription du privilège du vendeur),
Bénéfice de subrogation. - V. Exception.
Biens à venir (Hypothèque des),
Biens ruraux (Privilège du bailleur de)
Bon pour (Formalité du). - V. Actes constatant des promesses de sommes d'argent.
Bordereaux d'inscription des privilèges et hypothèques,

C

Cantonnement de l'hypothèque de la femme mariée,
Capacité requise pour hypothéquer,
Cas fortuit et force majeure,
Cas en cas de dépôt d'hôtellerie,
Cas en cas d'incendie,
Cause dans les contrats,
Cause immorale ou illicite,
Caution,

Caution judiciaire,
Caution légale,
Caution réelle,
Caution solidaire,
Cautionnement,
Cautionnement des fonctionnaires publics,
Cautionnement en argent,
Cautionnement (Effets du),
Cautionnement (Extinction du),
Cautionnement solidaire. - V. Caution solidaire.
Cédules hypothécaires,
Cercles,
Cession de bail,
Cession de biens,
Cession de créance ou transport-cession,
Cession de créance avec garantie de solvabilité future (Comparaison avec le cautionnement),
Cession de créance (Comparaison avec la subrogation),
Cession de créance (Garantie dans la),
Cession de dettes,
Cession des loyers et fermages non échus,
Charges non déclarées. - V. Garantie.
Cheptel. - V. Bail à cheptel.
Chose d'autrui (Hypothèque de la),
Chose d'autrui (Vente de la),
Chose jugée
Chose jugée au criminel (influence sur le civil de la),
Chose vendue,
Choses hors du commerce
Clause pénale,
Clauses "or" et "valeur or" *bis* et s.
Commodat. - V. Prêt.
Compensation
Compensation (Chambre s de),
Compensation (Comparaison avec la compensation du Droit allemand),
Compensation Conventionnelle et judiciaire,
Compensation légale,
Compensation (Rapprochement avec le droit de rétention),
Compte de fruits en cas d'expropriation du tiers detenteur d'un immeuble hypothéqué,
Comptes-courants,
Comptes joints. 7.
Concordat,
Concordat V. Faillite.
Condition (Hypothèque constituée par un propriétaire sous),
Conditions, (Théorie générale),
Conditions, (Effets des),
Conditions, impossibles, illicites ou immorales,
Conditions, positives ou négatives,
Conditions, potestatives, casuelles, mixtes,
Conditions, (Rétroactivité des),
Conditions, suspensives et résolutoires,
Confirmation. - V. Actes confirmatifs.
Confusion,
Congé,
Congé, V. Délai-congé.
Consentement,
Conservation des hypothèques (Organisation de la),
Constitution d'hypothèque (Contrat de),
Constructions à prix fait ou sur devis,
Contrainte par corps,
Contraintes administratives, entraînant hypothèque judiciaire,
Contrat de travail,
Contrat de travail, à durée indéterminée,
Contrat de travail, (Différence avec le louage d'ouvrage),
Contrats ou conventions,
Contrats aléatoires,
Contrats (Annulation des,
Contrats à titre gratuit et à titre onéreux
Contrats (Cause des),
Contrats commutatifs,
Contrats (Conditions de formation et de validité des),
Contrats consensuels,
Contrats d'adhésion,
Contrats désintéressés,
Contrats (Effets des),
Contrats (Objet des),
Contrats par correspondance,
Contrats réels,
Contrats solennels,
Contrats successifs,
Contrats synallagmatiques,
Contrats unilatéraux,
Contrats V. Actes relatant des conventions synallagmatiques. *Exception non adimpleti contractus.* Résolution. Risques.
Contre-lettres,
Copies de titres,
Cours forcé. *bis.*
Créances (Privilège sur certaines),8 9 et s.
Crédit foncier de France,
Crédit foncier de France (Avantages qui lui sont conférés pour favoriser ses prêts hypothécaires),
Culpabilité, élément de la faute délictuelle,

D

Date (des actes),
Date certaine des baux,
Date certaine des écrits privés (Acquisition de la),
Dation en paiement,
Déclaration de command. - V. Vente.
Déconfiture. - V. Faillite.
Délégation,
Délégation, (Comparaison avec la cession de créance),
Délégation, (Comparaison avec le cautionnement),
Délégation, (Comparaison avec la stipulation pour autrui),
Délégation, dans le Droit français et dans les Codes étrangers,
Délai-congé ou de préavis (dans le contrat de travail),
Délaissement de l'immeuble hypothéqué par le tiers détenteur.
Délits et quasi-délits,
Délits civils et pénaux,
Délivrance de la chose louée,

Délivrance de la chose vendue,
Dépôt et séquestre,
Dépôt comparaison avec le louage,
Dépôt irrégulier,
Dépôt nécessaire et d'hôtellerie,
Détournement de pouvoir,
Dettes de jeu. - V. Exception de jeu,
Devis. - V. Constructions.
Diminution de récoltes. - V. Fermier.
Dol,
Dol, principal et dol incident,
Dommage (Elément de la responsabilité délictuelle),
Dommage moral,
Dommages-intérêts (en matière contractuelle),
Dommages-intérêts (Fixation des),
Dommages-intérêts moratoires,
Dommages-intérêts prévus et imprévus,
Doubles (Formalité des). - V. Actes relatant des conventions synallagmatiques.
Droit de préférence sur le prix résultant du privilège ou de l'hypothèque,
Droit de préférence (du créancier ant chrésiste),
Droit de préférence (du créancier gagiste),
Droit de préférence (du porteur d'un warrant agricole),
Droit de préférence du vendeur sur le prix du meuble revendu,
Droit de préférence V. Survie du droit de préférence au droit de suite.
Droit de rétention,
Droit de rétention, (du créancier antichrésiste),
Droit de rétention, (du créancier gagiste),
Droit de revendication du bailleur,
Droit de revendication du créancier gagiste,
Droit de revendication du vendeur de meubles,
Droit de suite,
Droit de suite, en matière hypothécaire,
Droit de suite, (Modes d'exercice du),
Droits et actions du débiteur. (Exercice par le créancier des). - V. Action oblique.
Droits litigieux (Incapacité des gens de justice d'acquérir des),

E

Economats patronaux,
Egalité des créanciers. - V. Gage genéral.
Election d'ami. - V. Vente.
Emphytéose. - V. Bail.
Engagements à vie (Prohibition des),
Enrichissement injuste,
Entiercement,
Entrepreneurs. - V. Architectes.
Entreprise (Contrats spéciaux d'),
Entreprise de transport. - V. Transport.
Entretien de la chose louée,
Erreur, vice de la volonté,
Eviction,
Eviction, V. Garantie.
Exception de coulisse,
Exception de jeu,
Exception de jeu dans les marchés à terme,
Exception de subrogation,
Exception *non adimpleti contractus,*
Exécution des obligations,
Exécution forcée,
Exécution (Impossibilité d'),
Exécution par équivalent,
Exécution (Procédés d'),
Exécution sur la personne et sur les biens,

F

Faillite et déconfiture,
Faillite de l'acheteur (extinction du privilège du vendeur),
Faillite du débiteur (ses effets sur l'inscription des privilèges ou hypothèques),
Faillite du mari,
Faillite (Privilège du bailleur en cas de),
Faillite V. Concordat.
Faute (théorie générale),
Faute (Clauses d'aggravation des),
Faute (Clauses d'exonération des),
Faute civile et faute morale,
Faute contractuelle,
Faute de l'assuré,
Faute délictuelle et quasi-délictuelle,
Faute (Gradation des),
Faute inexcusable en matière d'accidents du travail,
Faute lourde,
Faute (Preuve de la),
Faute (Présomptions de). - V. Présomptions.
Femme mariée (Hypothèque légale de la). - V. Hypothèque.
Fermages. - V. Loyers.
Fermier (Indemnité de diminution de récolte due au),
Fermier (Obligations du),
Force exécutoire des actes authentiques ou sous seing privé,
Force majeure. - V. Cas fortuit.
Force probante des actes authentiques ou sous seing privé,
Formalisme dans les contrats,
Fournitures de subsistance. - V. Privilège.
Frais de justice.- V. Privilège.
Frais de la vente,
Frais faits pour la conservation de la chose. - V. Privilège.
Frais funéraires. - V. Privilège.
Fruits de la récolte de l'année,
Fruits (Droit du créancier antichrésiste sur les),

G

Gage (Contrat de),
Gage commercial,
Gage (Conditions de formation du),
Gage des créances et autres choses incorporelles,
Gage (Effets du),
Gage sans déplacement,
Gage général des créanciers (Droit de),
Gage général (Préservation du),
Gage général (Réalisation du),
Garantie (Clauses d'aggravation ou d'exonération de la),

Garantie dans le louage,
Garantie dans la vente,
Garantie dans les ventes d'hérédité,
Garantie dans les cessions de créance,
Garantie de fait,
Garantie des charges non déclarées,
Garantie des vices de la chose,
Garantie d'éviction,
Garantie incidente,
Gestion d'affaires,
Gestion d'affaires, (Stipulation pour autrui, système de la),
Grève,

H

Hérédité (Vente d'). - V. Vente.
Hypothèque (Assiette de l'),
Hypothèque de la femme mariée,
Hypothèque de l'Etat, des départements, communes et établissements publics,
Hypothèque de l'hypothèque,
Hypothèque du mineur et de l'interdit,
Hypothèque d'un immeuble indivis,
Hypothèque (Effets de l'),
Hypothèque (Immeubles susceptibles d'),
Hypothèque judiciaire,
Hypothèque maritime,
Hypothèque mobilière,
Hypothèque (Traits caractéristiques de l'),
Hypothèques,
Hypothèques, au porteur ou à ordre,
Hypothèques, clandestines dans l'ancien Droit,
Hypothèques, conventionnelles,
Hypothèques, générales et spéciales (Rang respectif des).
Hypothèques, légales,
Hypothèques, (Publicité des),

I

Imprévision (Théorie de l') p. *bis.*
Imputabilité, élément de la faute délictuelle,
Imputation des paiements. - V. Paiement.
Incapacités de vendre,
Incendie (Responsabilité du détenteur de la chose en cas d')
Incendie (Responsabilité du preneur en cas d'),
Indemnité d'assurance,
Indemnité d'assurance, (son attribution aux créanciers privilégiés ou hypothécaires),
Indemnité due au locataire. (Droits du bailleur sur l'),
Indivisibilité de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix,
Indivisibilité de l'aveu,
Indivisibilité de la garantie,
Indivisibilité des obligations,
Indivisibilité des privilèges et des hypothèques,
Inscription des hypothèques et privilèges immobiliers,
Inscription des hypothèques légales de l'article 2121,
Inscription du privilège du copartageant,
Inscription de faux,
Inscriptions hypothécaires (Evénements arrêtant le cours des),
Inscriptions hypothécaires (Radiation et réduction des),
Inscriptions hypothécaires V. Renouvellement décennal. Instituteurs (Responsabilité des),
Intérêt de l'argent,
Intérêt conventionnel,
Intérêt des intérêts. - V. Anatocisme.
Intérêt légal,
Intérêt (Limitation du taux de l'),
Intérêts des créances hypothécaires,
Intérêts du prix de la vente,
Interprétation des contrats par le juge,
Irresponsabilité (Clauses d'),
Irresponsabilité (Transports, Clauses d'),

J

Jeu et pari,
Jugement d'adjudication (Effets du),
Jugements emportant hypothèque judiciaire,
Jugements n'emportant pas hypothèque judiciaire,

L

Lésion,
Lésion, en matière de vente à crédit de valeurs de bourse,
Lésion, en matière de vente d'engrais,
Lésion, en matière de vente d'immeubles,
Livres des commerçants,
Livret ouvrier,
Location de coffres-forts,
Locations-ventes,
Lorraine - V. Alsace.
Louage,
Louage de choses,
Louage d'immeubles,
Louage d'industrie,
Louage d'industrie (Modes de terminaison du),
Louage (Diverses sortes de),
Louage d'ouvrage,
Loyers ou fermages, garantis par le privilège du bailleur,
Loyers Obligation de payer les),

M

Magasins généraux,
Mandant (Obligations du),
Mandat,
Mandat, (Capacité en matière de),
Mandat, (Comparaison avec le louage d'ouvrage).
Mandat, (Comparaison avec le louage de services),
Mandat, (Conditions de formation du),
Mandat, (Extinction du).
Mandat, gratuit et mandat salarié,
Mandat, (Objet du),
Mandat, tacite,
Mandataire (Obligations du),
Maîtres et commettants (Responsabilité des),
Métayage. - V. Bail a fruits.
Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, 9 et s.
Mineurs et interdits (Hypothèque légale des). - V. Hypothèque.

Mise en demeure,
Modalités des obligations,
Mois de nourrice. - V. Privilège
N
Nantissement,
Nantissement, des créances,
Navires (Hypothèque des),
Notifications à fin de purge,
Novation,
Nullité de la vente de la chose d'autrui,
Nullité de la transaction,
Nullité des sociétés,
Nullité spéciale des contrats de rente viagère,
O
Obligations (Définition, Généralités),
Obligations complexes,
Obligations conjointes,
Obligations conjonctives, alternatives, facultatives,
Obligations de donner, de faire, de ne pas faire,
Obligations de donner conditionnelles (Théorie des risques),
Obligations de sommes d'argent,
Obligations (Conséquences de l'inexécution des),
Obligations (Effets des),
Obligations (Exécution des),
Obligations (Extinction des),
Obligations indivisibles. - V. Indivisibilité.
Obligations *in solidum,*
Obligations naturelles,
Obligations non causées,
Obligations (Objet des),
Obligations plurales,
Obligations solidaires. - V. Solidarité.
Obligations (Sources des),
Obligations successives,
Obligations (Transmission des),
Offre. - V. Pollicitations.
Offre. (Stipulation pour autrui, système de l'),
Offres dans la purge,
Offres et consignation. - V. Paiement.
Oppositions. - V. Paiement et Saisie arrét.
P
Pacte commissoire,
Pactes sur successions futures,
Paiement (Définitions, règles générales),
Paiement (avec subrogation),
Paiement de l'indu,
Paiement des primes d'assurances,
Paiement du prix de la vente,
Paiement du salaire. - V. Salaire,
Paiement (Imputation des),
Paiement indu,
Paiement (Monnaie du) *bis* et s.
Paiement (Oppositions à),
Paiement par le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué,
Paiement par voie d'offres et de consignation,
Pari. - V. Jeu.
Peines privées,
Père et mère (Responsabilité des),
Péremption des inscriptions hypothecaires. - V. Renouvellement décennal.
Personnes futures ou indéterminées (Stipulation au profit des),
Personnes morales. - V. Responsabilité.
Perte de la chose due,
Perte de la chose louée,
Perte du titre.
Perte ou malfaçon,
Police d'assurance,
Pollicitations (Effet des),
Portefort (Promesse de),
Portefort (Comparaison avec le cautionnement),
Préférence. - V. Droit de préférence.
Preneur (Caractère de personnalité du droit du),
Preneur (Obligations du),
Prescription extinctive ou libératoire,
Prescription (Convention modifiant le délai de la),
Prescription décennale des actions en nullité,
Prescription de cinq ans des loyers, fermages, intérêts, arrérages,
Prescription de l'action en responsabilité des architectes et entrepreneurs,
Prescription de l'hypothèque,
Prescription des actions dérivant du contrat d'assurance,
Prescription de un mois, trois mois, six mois, un an. deux ans, cinq ans, dix ans (courtes ou petites prescriptions),
Prescription (Durée de la),
Prescription (Effets de la),
Prescription (Interruption de la),
Prescription (Point de départ de la),
Prescription (Renonciation à la)
Prescription (Suspension de la),
Prescription V. Action Paulienne.
Présomptions,
Présomptions, absolues et relatives,
Présomptions, de faute,
Présomptions, de libération dans les petites prescriptions,
Présomptions, de libération résultant de la remise du titre au débiteur,
Présomptions, légales,
Présomptions, simples,
Présomptions, V. Chose jugée.
Prêt,
Prêt, à intérêt,
Prêt, à usage ou commodat,
Prêt, de consommation ou simple prêt,
Preuves,
Preuves, du bail,
Preuves, du contrat de société.
Preuves, du contrat de travail,
Preuves, (écrites ou littérales),
Preuves, testimoniales,
Primes d'assurance,

Privilège de l'aubergiste,
Privilège de la caisse nationale des retraites,
Privilège des architectes et entrepreneurs,
Privilège des assurés,
Privilège des créances pour abus et prévarication des fonctionnaires,
Privilège des fournisseurs de subsistance,
Privilège des frais de justice,
Privilège des frais faits pour la conservation de la chose,
Privilège des frais funéraires,
Privilège des gens de service et généralement des locateurs de services,
Privilège des mois de nourrice,
Privilège des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics,
Privilège des retenues pour les caisses de retraite, de secours ou de prévoyance,
Privilège des sommes dues pour semences ou frais de récolte,
Privilège des victimes d'accidents du travail,
Privilège des victimes de dommages sur l'indemnité d'assurance,
Privilège du bailleur d'immeuble. - V. Bailleur,
Privilège du co-partageant,
Privilège du vendeur d'immeuble. - V. Vendeur.
Privilège du vendeur de meuble. - V. Vendeur.
Privilège du voiturier,
Privilège V. Créances, séparation des patrimoines.
Privilèges,
Privilèges, généraux,
Privilèges, immobiliers (Classement des),
Privilèges, immobiliers (Comparaison, avec l'hypothèque),
Privilèges, immobiliers résultant de lois spéciales,
Privilèges, mobiliers (Classement des),
Privilèges, mobiliers établis par des lois spéciales (Dessèchement de marais, mines, travaux d'assainissement. Crédit foncier, impôt foncier, droits de mutation par décès, commissionnaire, commerce maritime),
Privilèges, speciaux sur les immeubles,
Privilèges, spéciaux sur les meubles,
Privilèges et hypothèques,
Privilèges et hypothèques, (Fonctionnement des),
Privilèges et hypothèques, (Extinction des),
Prix du bail,
Prix de la vente,
Prix juste,
Prix vil,
Procès-verbaux déterminant l'assiette du privilège des architectes,
Promesses de vente,
Propriétaire apparent (Hypothèque consentie par un),
Propriété commerciale,
Publicité de l'hypothèque de la femme mariée,
Publicité de l'hypothèque du mineur et de l'interdit,
Publicité des hypothèques,
Purge des hypothèques et privilèges immobiliers,
Purge (Acquisitions donnant ou ne donnant pas lieu à la),
Purge automatique résultant du jugement d'adjudication de l'immeuble,
Purge de plein droit ou virtuelle,
Purge des hypothèques du Crédit Foncier,
Purge des hypothèques inscrites,
Purge des hypothèques occultes. - V. Purge légale.
Purge (Formalités de la),
Purge légale,
Purge (Qui peut faire la),

Q

Quasi-contrats,
Quasi-délits,

R

Rang de l'hypothèque de la femme mariée,
Rang de l'hypothèque des mineurs et interdits,
Rang déterminé par l'inscription des privilèges immobiliers et des hypothèques.
Réception de la chose transportée,5 6.
Réception de l'ouvrage,
Réception de l'ouvrage en matière de bâtiment,
Reconnaissance ou vérification d'écriture,
Reconnaissance ou vérification d'écriture, (Hypothèque résultant des jugements en),
Recours du tiers détenteur exproprié,
Réduction de l'hypothèque de la femme mariée,
Réduction des privilèges et hypothèques. - V. Privilèges et hypothèques (Extinction des).
Régime hypothécaire (Historique du),
Régime hypothécaire en Alsace Lorraine,
Registres et papiers domestiques,
Registres hypothécaires,
Règlements d'ateliers,
Réméré. - V. Vente.
Remise de dette,
Remise de dette, résultant du concordat,
Renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale. - V. Subrogation.
Renouvellement décennal des inscriptions hypothécaires,
Rente perpétuelle (Différence avec la rente viagère),
Rente perpétuelle (Prix consistant en une),
Rente viagère (Constitution de),
Rente viagère (Prix de vente consistant en une),
Réparations locatives,
Réserve mathématique,
Rescision (Action en). - V. Lésion.
Résiliation,
Résiliation, (annuelle, Droit de),
Résiliation, unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée,
Résiliation, V. Résolution.
Résolution judiciaire des contrats en cas d'inexécution,
Résolution de la vente pour défaut de paiement du prix,
Résolution des droits du tiers détenteur surenchéri,
Résolution du louage pour inexécution,
Résolution V. Vente du fonds de commerce.
Responsabilité. - V. Faute.
Responsabilité. (Assurances de),
Responsabilité. délictuelle,
Responsabilité. delictuelle (Son historique),
Responsabilité. des accidents de travail,
Responsabilité. des architectes et entrepreneurs,
Responsabilité. des hôteliers,
Responsabilité. des personnes morales,
Responsabilité. du fait d'autrui,

Responsabilité. du fait des animaux,
Responsabilité. du fait des bâtiments,
Responsabilité. du fait des choses,
Responsabilité. du fait des choses inanimées en général,
Responsabilité. *du locator operis,*
Responsabilité. du preneur en cas d'incendie. - V. Incendie.
Responsabilité. du transporteur,
Responsabilité. objective (Système de la),
Révocation dans la stipulation pour autrui,
Révocation de l'assurance au profit d'un tiers,
Retenues sur le salaire,
Retenues V. Privilège.
Réticence de l'assuré,
Retrait litigieux,
Risque dans l'assurance,
Risque professionnel. - V. Accidents du travail.
Risque social, *bis.*
Risques (Assurance, déclaration des),
Risques (Contrats synallagmatiques, théorie des),
Risques de la chose louée,
Risques du louage d'industrie,

S

Saisie-arrêt,
Saisie-arrêt, sur soi-même,
Saisie-gagerie,
Saisie-immobilière,
Saisie-immobilière, V. Jugement d'adjudication, Transcription.
Salaire (Paiement et protection du),
Salaire V. Privilège.
Sentences arbitrales,
Séparation des patrimoines,
Sequestre,
Serment,
Serment décisoire,
Serment *in litem,*
Serment (Petites prescriptions donnant lieu à délation de),
Serment supplétoire,
Silence, manifestation de volonté,
Simulation (Action en déclaration de),
Société,
Société, (comparaison avec l'association),
Société, (Dissolution de la),
Société, (Effets de la),
Société, (Personnalité juridique de la),
Sociétés d'assurances mutuelles,
Sociétés civiles et commerciales,
Sociétés civiles à forme commerciale,
Sociétés coopératives,
Sociétés de personnes et de capitaux,
Sociétés illicites,
Sociétés universelles et sociétés particulières,
Solidarité,
Solidarité, active (entre créanciers),
Solidarité, (comparaison avec le cautionnement),
Solidarité, conventionnelle et solidarité légale,
Solidarité, (Effets de la),
Solidarité, (Effets sur le recours de la caution),
Solidarité, entre comandants,
Solidarité, passive (entre débiteurs)
Sous-entrepreneurs,
Sous-location,
Sous-ordre,
Spécialité de l'hypothèque,
Spécialité des personnes juridiques,
Stipulation pour autrui,
Subrogation personnelle. V. Paiement.
Subrogation (analyse de l'opération),
Subrogation (comparaison avec la cession de créance),
Subrogation conventionnelle,
Subrogation de la caution dans les droits du créancier,
Subrogation de l'assureur contre le tiers auteur du dommage,
Subrogation des créanciers privilégiés ou hypothécaires dans l'indemnité d'assurance. V. Indemnité.
Subrogation du tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué,
Subrogation (Effets de la),
Subrogation légale,
Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée,
Surenchère du dixième.
Surenchère (Effets du jugement d'adjudication sur),
Sûretés,
Sûretés, (Diminution des),
Sûretés, équivalentes à la caution,
Sûretés, personnelles,
Sûretés, réelles,
Survie du droit de préférence au droit de suite,

T

Tacite reconduction,
Tailles,
Terme,
Terme, certain et terme incertain,
Terme, (Déchéance du),
Terme, de droit et terme de grâce,
Terme, exprès et terme tacite,
Terme, extinctif et terme suspensif,
Tiers (Effet des contrats à l'égard des),
Tiers acquéreur vis-à-vis de l'action paulienne,
Tiers acquéreur de la chose louée,
Tiers acquéreur d'un immeuble du mari soumis à l'hypothèque de la femme,
Tiers à l'égard du contrat de société,
Tiers auteur du dommage assuré,
Tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui,
Tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (Recours de la caution contre le),
Tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué,
Tiers par rapport au contrat de mandat,
Titres. - V. Actes.
Transaction,
Transaction, (rapprochement avec le serment),

Transcription de la saisie immobilière,
Transcription de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué (son effet sur l'inscription),
Transcription du privilège du vendeur,
Transcription préliminaire à la purge,
Transport (Contrat de),
Transport de marchandises.
Transport de voyageurs,
Transport V. Privilège des voituriers.
Travail. - V. Accidents, Contrat de travail,
Trouble de droit et trouble de fait,

V

Vendeur d'immeubles (Privilège du),
Vendeur d'immeubles (Extinction du privilège du),
Vendeur de meubles (Privilège du),
Vendeur non payé (Droits du)
Vendeur (Obligations du),
Vente,
Vente, *ad gustum,*
Vente, à l'essai,
Vente, à réméré,
Vente, à tempérament de valeurs de bourse,
Vente, avec indication de contenance,
Vente, avec réserve d'élection d'ami ou de déclaration de command,
Vente, (comparaison avec le louage d'industrie),
Vente, d'animaux domestiques,
Vente, de denrées et effets mobiliers,
Vente, de droits litigieux,
Vente, de fonds de commerce (limitation de l'action en résolution),
Vente, de fonds de commerce (privilège du vendeur),
Vente, de fruits ou produits (comparaison avec le louage),
Vente, d'hérédité,
Vente, d'immeubles,
Vente, d'offices ministériels (privilège),
Vente, (Effets de la),
Vente, entre époux,
Vente, forcee (Garantie d'éviction en cas de),
Vente, judiciaire,
Vente, mobilière,
Vente, (Objet de la),
Vente, (Promesses de),
Ventes successives,
Vices du consentement. - V. Volonté.
Vices redhibitoires,
Violence, vice de la volonté,
Volonté dans les actes juridiques (Pouvoir de la),
Volonté (Accord de),
Volonté (liberté de la volonté dans les contrats),
Volonté (Vices de la),
Warrants,
Warrants, agricoles,
Warrants, hôteliers,
TABLE ANALYTIQUE ⁽¹⁾
INTRODUCTION Objet du volume. Les obligations. Définition. Généralités.
LIVRE PREMIER. - THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS
TITRE PREMIER. - OBLIGATIONS SIMPLES
CHAPITRE PREMIER. - Effet des obligations
SECTION I. - *Etendue de l'obligation du débiteur. Effet de l'inexécution de son obligation,*
- § 1. Etendue de l'obligation du débiteur,
- Libération du débiteur. Théorie de la faute contractuelle,
- Inexécution non imputable au débiteur. Cas fortuit et force majeure,
- Clauses d'exonération,
- § 2. Satisfaction due au créancier,
- I. Exécution directe,
- 1° Mise en demeure du débiteur,
- 2° Exécution forcée. Cas où elle est possible,
- II. Exécution par équivalent. Théorie des dommages-intérêts,
- 1° Fixation des dommages-intérêts par le juge,
- 2° Fixation des dommages-intérêts par les parties. Clause pénale,
- 3° Particularités relatives aux obligations ayant pour objet une somme d'argent. Dommages-intérêts compensatoires. Anatocisme,
- 4° Théorie des astreintes,
SECTION II. - *Réalisation pécuniaire du droit des créanciers,*
- § 1. Assiette et étendue du droit des créanciers sur le patrimoine du débiteur,
- § 2. Procédés de réalisation du gage des créanciers,
- 1° Procédés d'exécution,
- 2° Procédés de préservation,
- I. Exercice des droits et actions du débiteur par le créancier. Action oblique,
- II. Action révocatoire ou action paulienne,
- Action paulienne en cas de faillite,
- Action en déclaration de simulation,
SECTION III. - *Des obligations naturelles,*
CHAPITRE II. - Extinction des obligations.
SECTION I. - *Du paiement,*
- § 1. Du paiement pur et simple,
- I. Règles générales du paiement,
- II. Imputation des paiements,
- III. Offres de paiement et consignation,
- IV. Des oppositions à paiement et de la saisie-arrêt,
- V. Cession de biens,
- § 2. Du paiement avec subrogation,
- I. Subrogation conventionnelle,
- II. Subrogation légale,
- III. Effets du paiement avec subrogation,
- IV. Comparaison entre la subrogation et la cession de créance,
SECTION II. - *Novation et délégation,*
- § 1. De la novation,
- § 2. De la délégation,
(1) Les chiffres renvoient aux pages.
SECTION III. - *Compensation,*
SECTION IV. - *Confusion,*
SECTION V. - *Remise de dette,*
SECTION VI. - *Perte de la chose due ou impossibilité d'exécution,*
SECTION VII. - *Prescription extinctive ou libératoire,*
- § 1. Durée de la prescription,
- § 2. Point de départ de la prescription,
- § 3. Suspension de la prescription,
- § 4. Interruption de la prescription,

- § 5. Effets de la prescription. Renonciation a la prescription acquise,
CHAPITRE III. - Transmission des obligations.
§ 1. *Conditions de la cession de créance,*
- § 2. Effets de la cession de créance,
- *Appendice.* De la cession de dettes,
TITRE II. - OBLIGATIONS COMPLEXES
CHAPITRE PREMIER. - Modalités.
SECTION I. - *Condition,*
- § 1. Divisions des conditions,
- § 2. Effets des conditions. Rétroactivité,
SECTION II. - *Terme,*
CHAPITRE II. - Pluralité d'objets ou de sujets.
SECTION I. - *Pluralité d'objets,*
SECTION II. - *Pluralité de sujets. Obligations conjointes,*
SECTION III. - *Second cas de pluralité de sujets. Obligations solidaires,*
- § 1. Solidarité active,
- § 2. Solidarité passive,
SECTION IV. - *Indivisibilité,*
APPENDICE. - DES PREUVES
SECTION I. - *De la preuve littérale,*
- § 1. Actes écrits signés et non signés,
- § 2. Actes authentiques et actes sous seing privé,
- § 3. Actes primordiaux, recognitifs et confirmatifs. Théorie de la confirmation des actes annulables,
SECTION II. - *De la preuve testimoniale,*
SECTION III. - *Des présomptions,*
- § 1. Théorie générale des présomptions,
- § 2. Etude spéciale de la présomption d'autorité de la chose jugée,
SECTION IV. - *De l'aveu,*
SECTION V. - *Du serment,*
LIVRE II. - LES SOURCES DES OBLIGATIONS
TITRE PREMIER. - THEORIE GENERALE
INTRODUCTION. - Classification du Code Civil. Sa critique. Critique particulière de la notion de quasi-contrat,
PREMIERE PARTIE. - Les contrats.
Principala liberté de. Définition contractuelle. Domaine du contrat.
CHAPITRE PREMIER. - Classifications diverses des contrats.
I. Contrats à titre gratuit, désintéressés, à titre onéreux,
- II. Contrats synallagmatiques, unilatéraux,
- Contrats consensuels, réels, solennels,
- IV. Contrats commutatifs, aléatoires,
CHAPITRE II. - Conditions de formation et de validité des contrats.
SECTION I. - *Le consentement,*
- § 1. Consentement ou accord des volontés,
- § 2. Théorie des vices de la volonté,
- 1. De l'erreur,
- II. - Dol et violence,
- III. De la lésion,
SECTION II. - *Objet du contrat,*
SECTION III. - *De la cause,*
CHAPITRE III. - Effets généraux des contrats.
SECTION I. - *Effets des contrats entre les parties,*
SECTION II. - *Effets des contrats à l'égard des ayants cause des parties. Théorie des contre-lettres,*
SECTION III. - *Effets des contrats à l'égard des tiers. Stipulation pour autrui,*
- § 1. La liberté des stipulations pour autrui,
- § 2. Effets de la stipulation pour autrui. Droits et actions que fait naître la stipulation,
- § 3. De la stipulation pour autrui au profit de personnes futures ou indéterminées,
CHAPITRE IV. - Effets spéciaux produits par les contrats synallagmatiques.
§ 1. Exécution simultanée des obligations réciproques des contractants. Exception *non adimpleti contractus,*
- § 2. Théorie des risques dans les contrats synallagmatiques,
- § 3. Résolution et résiliation du contrat en cas d'inexécution par une des parties de son obligation,
CHAPITRE V. - Annulation des contrats et prescription de l'action en nullité.
I. Domaine, origine, fondement et caractère de la prescription de l'article 1304,
- II. Point de départ du délai,
- III. Effets de l'expiration du délai,
DEUXIEME PARTIE. - Sources d'obligations non contractuelles.
CHAPITRE PREMIER. - Délits et quasi-délits.
Définitions. Division,
SECTION I. - *Historique de l'idée de responsabilité délictuelle.*
SECTION II. - *Fonctionnement de la responsabilité délictuelle.*
- Conditions de la responsabilité,
- I. Le dommage,
- II. La faute.
- Théorie de l'abus du droit,
SECTION III. - *Responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses,*
- § 1. Responsabilité du fait d'autrui,
- § 2. Responsabilité du fait des choses,
- Responsabilité en cas d'accident d'automobile,
- Loi du 7 novembre 1922 concernant la responsabilité du détenteur de la chose en cas d'incendie,
APPENDICE. - Des cas de responsabilité sans faute (Accidents du travail, dommages causés par les aéronefs etc...),
CHAPITRE II. - Enrichissement injuste.
SECTION I. - *Répétition de l'indû,*
SECTION II. - *Action de in rem verso,*
TITRE II. - PRINCIPAUX CONTRATS USUELS
PREMIERE PARTIE. - La Vente.
Généralités,
CHAPITRE PREMIER. - Conditions et modalités de la vente.
SECTION I. - *Du consentement,*
- § 1. Actualité du consentement: Promesses de vente,
- § 2. - Modalités de la vente,
SECTION II. - *Capacité,*
SECTION III. - *Objet de la vente,*
- § 1. La chose. Vente de la chose d'autrui,
- § 2. Le prix. Rescision pour cause de lésion des ventes d'immeubles et des ventes d'engrais,
CHAPITRE II. - Effets de la vente.
SECTION I. - *Obligations du vendeur,*
- § I. Délivrance de la chose,
- § 2. La garantie,
- I. Garantie contre l'éviction,
- II. Garantie contre les vices de la chose,
SECTION II. - *Obligations de l'acheteur,*
- I. Enlever la chose,
- II. Payer les frais,
- III. Payer le prix. Action en résolution pour défaut de paiement du prix,
CHAPITRE III - De quelques variétés particulières de vente.
SECTION I - *Vente à réméré,*
SECTION II. - *Vente d'hérédité,*
SECTION III. - *Cession de droits litigieux. Le retrait litigieux,*

SECTION IV. - *Dation en paiement,*
DEUXIEME PARTIE. - Le louage.
Généralités,
CHAPITRE PREMIER. - Le louage de choses.
SECTION I. - *Caractères généraux et nature juridique du louage de choses. Personnalité du droit du preneur,*
SECTION II. - *Louage d'immeubles. Règles communes au bail à ferme et au bail à loyer,*
- § 1. Conditions de formation du bail. Preuve du bail,
- § 2. Obligations du bailleur,
- § 3. Obligations du preneur, Sous location et cession de bail. Responsabilité du preneur en cas d'incendie,
- § 4. Causes d'extinction du louage,
SECTION III. - *Règles spéciales aux baux à ferme et aux baux à loyer,*
- § 1. Des baux à loyer,
- § 2. Des baux à ferme,
CHAPITRE II. - Louage d'industrie.
SECTION I. - *Généralités, Différences avec les autres contrats,*
SECTION II. - *Effets du louage d'industrie,*
- § 1. Responsabilité du locator operis. Effets de la réception de l'ouvrage, spécialement en matière de construction,
- § 2. Action directe des ouvriers en construction,
SECTION III. - *Fin du louage d'industrie,*
SECTION IV. - *Contrats d'entreprise spéciaux. - § 1. Concession de monopoles publics,*
§ 2. Entreprises de transport,
TROISIEME PARTIE. - Contrat de travail.
Généralités. Définition et dénomination du contrat de travail,
SECTION I. - *Formation et preuve du contrat de travail,*
SECTION II. - *Paiement et protection du salaire,*
SECTION III. - *Extinction du contrat,*
- § 1. Le délai-congé ou délai de préavis,
- § 2. Règlementation législative du droit de résiliation unilatérale,
QUATRIEME PARTIE. - Contrats divers.
CHAPITRE PREMIER. - Société.
SECTION I. - *Eléments caractéristiques de la société. Société. diverses.*
- § 1. Traits essentiels de la société,
- § 2. Diverses espèces de sociétés,
SECTION II. - *Régime juridique des sociétés*
- § 1. Personnalité juridique de la société,
- § 2. Conditions de validité du contrat de société,
SECTION III. - *Engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers,*
SECTION IV. - *Fin de la société,*
APPENDICE. - *Du contrat d'association,*
CHAPITRE II. - Contrats de prêt.
SECTION I. - *Du prêt à usage ou commodat,*
SECTION II. - *Prêt de consommation ou simple prêt,*
SECTION III. - *Prêt à intérêt,*
CHAPITRE III. - Dépôt et séquestre.
SECTION I. - *Dépôt proprement dit,*
SECTION II. - *Du séquestre,*
CHAPITRE IV. - Contrats aléatoires.
SECTION I. - *Contrat d'assurance,*
- § 1. Les assurances en général,
- § 2. L'assurance de responsabilité,
- § 3. Les assurances sur la vie,
SECTION II. - *Jeu et pari,*
SECTION III. - *Constitution de rente viagère,*
CHAPITRE V. - Mandat et gestion d'affaires.
SECTION I. - *Du mandat,*
- § 1. Généralités,
- § 2. Conditions de formation du mandat,
- § 3. Des obligations du mandataire,
- § 4. Des obligations du mandant,
- § 5. Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers,
- § 6. Extinction du mandat,
SECTION II. - *Gestion d'affaires,*
CHAPITRE VI. - Transaction
Définition. caractère, fonctionnement de la transaction,
LIVRE III. - SURETES PERSONNELLES ET REELLES
Classification des sûretés,
TITRE PREMIER. - SURETES PERSONNELLES CAUTIONNEMENT
SECTION I. - *Nature, étendue et formation du cautionnement,*
SECTION II. - *Effets du cautionnement,*
TITRE II. - SURETES REELLES
PREMIERE PARTIE. - Sûretés dépossèdant le débiteur.
CHAPITRE PREMIER. - Nantissement.
SECTION I. - *Antichrèse,*
SECTION II. - *Gage,*
- § 1. Conditions de formation du contrat de gage,
- § 2. Effets du contrat de gage,
- § 3. Du gage sans déplacement,
- I. Des warrants agricoles,
- II. Le warrant hôtelier,
CHAPITRE II. - Droit de rétention.
§ 1. Caractères et effets du droit de rétention,
- § 2. Quels sont les créanciers armés du droit de rétention,
DEUXIEME PARTIE. - Privilèges et hypothèques.
CHAPITRE PREMIER. - Les privilèges.
Notions générales,
SECTION I. - *Privilèges généraux,*
SECTION II. - *Privilèges spéciaux sur les meubles,*
- § 1. Privilège du bailleur d'immeuble,
- § 2. Privilège du vendeur de meubles,
§ 3. Autres privilèges mobiliers spéciaux,
- § 4. Classement des privilèges mobiliers,
CHAPITRE II. - Privilèges spéciaux sur les immeubles.
Définition, Enumération,
- § 1. Privilège du vendeur d'immeuble,
- § 2. Privilège du copartageant,
- § 3. Privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers,
- § 4. Séparation des patrimoines,
- § 5. Privilèges immobiliers résultant de lois spéciales,
- § 6. Classement des privilèges sur les immeubles,
CHAPITRE III. - Hypothèques.
SECTION I. - *De l'hypothèque en général,*
- § 1. Historique du régime hypothécaire français,
- § 2. Traits caractéristiques de l'hypothèque,
- § 3. Biens susceptibles d'hypothèques,
- § 4. Assiette de l'hypothèque,
- § 5. Diverses espèces d'hypothèques,

SECTION II. - *Hypothèques légales,*
- § 1. Hypothèque légale du mineur et de l'interdit sur les biens du tuteur,
- § 2. Hypothèque légale de la femme mariée,
- § 3. Hypothèque de l'Etat, des départements. des communes et établissements publics,
SECTION III. - *Hypothèque judiciaire,*
- § 1. Hypothèque résultant des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture,
- § 2. Hypothèque résultant des jugements de condamnation,
SECTION IV. - *Hypothèque conventionnelle,*
- § 1. Conditions requises dans la personne du constituant,
- § 2. Formes du contrat de constitution d'hypothèque,
- § 3. Spécialité de l'hypothèque,
- § 4. Interdiction d'hypothéquer les biens à venir,
CHAPITRE IV. - Fonctionnement et extinction des hypothèques et des privilèges immobiliers.
SECTION I. - *Effets de l'hypothèque,*
- § 1. Conséquences de l'hypothèque à l'égard du débiteur,
- § 2. Avantages que l'hypothèque procure au créancier à l'égard des tiers,
- I. Le droit de préférence,
- II. Le droit de suite,
SECTION II. - *De la purge des privilèges et hypothèques,*
- § 1. Qui peut purger,
- § 2. Acquisitions ne donnant pas lieu à l'emploi de la purge,
- § 3. Formalités de la purge,
- § 4. Effets de l'adjudication sur surenchère du dixième,
SECTION III. - *Inscription des privilèges et hypothèques,*
- § 1. Organisation de la conservation des hypothèques et tenue des registres,
- § 2. Où et comment se fait l'inscription,
- § 3. Dans quelle mesure l'inscription conserve-t-elle les intérêts à venir de la créance garantie?
- § 4. Renouvellement décennal des inscriptions,
§ 5. Radiation et réduction des inscriptions,
SECTION IV. - *Extinction des privilèges immobiliers et des hypothèques,*
- § 1. Indication générale des causes diverses d'extinction,
§ 2. Prescription extinctive de l'hypothèque,
- § 3. Survie possible du droit de préférence au droit de suite,
APPENDICE. - *Avantages conférés au Crédit foncier pour favoriser ses prêts hypothécaires.* Purge spéciale,