Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon), par Albéric [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Rolin, Albéric (1843-1937). Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon), par Albéric Rolin,.... 1897.

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

(Couleur la Commission)

3125

PRINCIPES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ET

applications aux diverses matières du Code civil

(CODE NAPOLÉON)

PAR

ALBÉRIC ROLIN

Professeur à l'Université et Avocat à la Cour d'Appel de Gand
Membre et ancien vice-président de l'Institut de droit international

---

Tome III

APPLICATIONS (SUITE)

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS

RUE SOUFFLOT, 20

Gand, imp. Van Doosselaere

1897

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R. F.

PRINCIPES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

et applications aux diverses matières du Code civil

(CODE NAPOLÉON).

III

F 12
812

PRINCIPES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ET

applications aux diverses matières du Code civil

(CODE NAPOLÉON)

ACQUISITION
Nº 188091

PAR

ALBÉRIC ROLIN

Professeur à l'Université et Avocat à la Cour d'Appel de Gand
Membre et ancien vice-président de l'Institut de droit international

---

Tome III

APPLICATIONS (SUITE)

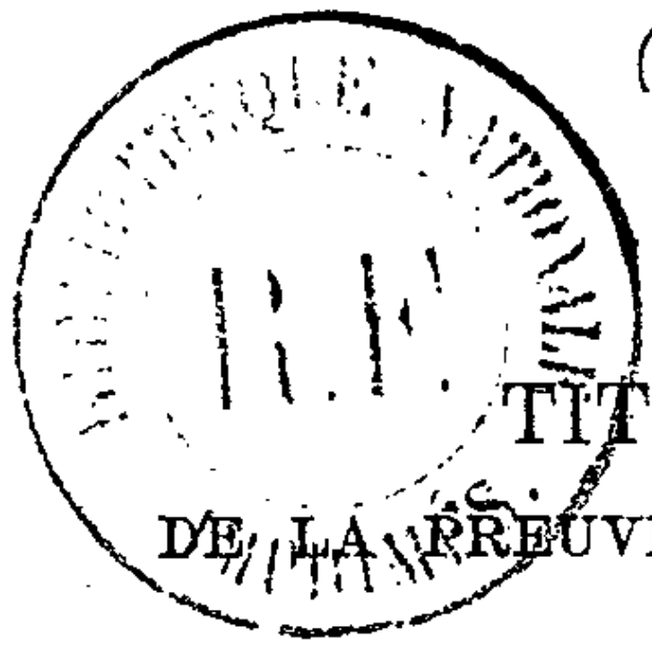
PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
RUE SOUFFLOT, 20

Gand, imp. Van Doosselaere

1897

DEUXIÈME PARTIE

(suite).



TITRE XXI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS.

1008. — Il s'en faut de beaucoup que la règle *locus regit actum* fournisse la solution de toutes les difficultés qui peuvent se présenter quant à la preuve. Que nous apprend-elle, en somme? Que les actes destinés à servir de preuve, et sans doute aussi que les actes juridiques eux-mêmes, sont régis *quant à la forme*, par la loi du lieu où ils s'accomplissent. Rien de plus. Mais suffit-elle à résoudre la question de savoir à qui incombe la preuve, quels sont les modes de preuve admissibles, quel est le degré, quelle est l'étendue de la force probante qui s'y attache? Oui, certes, si l'on attribue avec Brocher une portée plus étendue à cette règle que celle qu'on lui attribue communément, et si on ne la considère pas comme concernant seulement la forme de l'écrit, de l'*instrument*, ni même seulement la forme de l'acte juridique, mais la substance de ce dernier. Si elle ne concerne que la forme de l'acte destiné à constater le fait juridique, comment résoudre, d'après cette règle, la question de savoir si la preuve testimoniale est admissible oui ou non, à qui incombe la preuve, etc.? Son application conduirait, semble-t-il, à résoudre la question de savoir si la preuve par témoins est admissible d'après la loi du lieu où cette preuve doit se manifester, doit venir au jour, doit être

produite, c'est-à-dire d'après la *lex fori*. Jusque-là, elle existe peut-être, mais à l'état latent. On peut dire cependant que l'application de la *lex loci contractus* à la forme des actes qui doivent servir de preuve, conduit par analogie de motifs à l'application de la même loi, lorsqu'il s'agit de déterminer à quels moyens de preuve une partie peut recourir.

Nous sommes de l'avis de ceux qui pensent — et c'est une opinion qui tend de plus en plus à prévaloir — que la question de la preuve se rattache, en général, au droit matériel plutôt qu'à la procédure. C'est ce que reconnaît formellement Brocher, lequel cependant, comme nous le verrons, subordonne ce principe à certaines restrictions qui nous paraissent peu admissibles. Comme le fait remarquer M. Asser[1], les moyens de preuve doivent être déterminés à priori, ils ne sauraient dépendre lieu plus ou moins fortuit où le procès s'engage. Il ne saurait dépendre du débiteur, en transportant sa personne et ses biens en pays étranger, et en forçant ainsi virtuellement son créancier à l'y suivre, pour le contraindre par la voie judiciaire à l'exécution de ses engagements, de le priver d'un moyen de preuve sur lequel celui-ci avait le droit de compter. Il y aurait ici quelque chose de contraire à l'équité, et les raisons d'équité sont de haute importance en matière de droit international privé.

La faculté de recourir à tel ou tel moyen de preuve est étroitement liée au droit lui-même : plus de droit si l'ayant droit est dépouillé du moyen de faire valoir ses prétentions. Ce n'est pas seulement d'un événement fortuit qu'il dépend, mais de la mauvaise foi de l'autre partie. Il peut arriver aussi qu'à raison de l'état des mœurs, du degré de civilisation et de culture d'un pays déterminé, de l'instruction trop rudimentaire des parties, il ne soit pas possible d'exiger la constatation des conventions par un acte écrit, ou que la loi ne prescrive rien de pareil. Ne sont-ce pas des considérations analogues qui ont fait admettre en droit

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 167.

international privé la maxime *locus regit actum ?* Et puisqu'on s'en tient à la *lex loci actus*, relativement à la question de la forme de l'écrit, quelque primitive qu'elle soit, n'est-il pas logique également de s'en tenir à cette même loi, quand tout se résume dans une convention verbale, relativement à la question de savoir, par exemple, si la preuve testimoniale sera admissible ou non ? Aussi la plupart des auteurs reconnaissent-ils avec la jurisprudence que l'admissibilité des moyens de preuve est régie par la loi du lieu de l'acte, et ils entendent bien par là la loi du lieu de l'*acte juridique*, lorsqu'il n'a point été constaté par écrit (1). Il est bien vrai que les auteurs qui donnent aux parties le choix entre leur loi nationale commune, et la loi du lieu du contrat, appliquent ici leur système assez plausible en théorie. Mais ils s'entendent pour repousser l'application exclusive de la *lex fori*, à moins qu'elle n'interdise absolument tel ou tel moyen de preuve.

1009. — Cette faculté de choix entre la loi nationale commune et la loi du lieu de l'acte se conçoit difficilement, s'agissant de savoir si tel ou tel mode de preuve est admissible. Elle s'explique beaucoup mieux, lorsqu'il s'agit de la preuve préconstituée, d'apprécier la valeur d'un acte dressé au moment de la convention. La faculté de choix s'exerce alors d'avance, d'une manière ostensible et le choix se révèle dans l'acte même résultant de leur accord mutuel. Mais, quand il n'y a pas d'acte, est-ce au moment où le débat s'engage qu'elles auront à exercer

(1) On peut citer parmi les anciens : Balde. *Sur la Loi*. I, C. nº 94. — Dumoulin. Sur la même loi. — Boullenois, II, p. 459. — Parmi les modernes : Laurent. T. VIII, pp. 45 et ss. — Asser et Rivier. nº 81, p. 167. — Aubry et Rau. I, § 31, obs. 79. — Bornier. *Traité des preuves*, T. II, nºs 932 et ss. — Haus. nºs 135 et 136. — Fœlix. I, nº 233 et ss. — Weiss 2e édit., p. 809. — Despagnet nº 213. — Buzzati, Op. cit., p. 354. — Pardessus. T. V, nº 1490. — Heffter, III, § 39, — Renault. *Rev. crit.*, 1881, p. 487. — Esperson. *J. de dr. int. privé*, 1884, p. 175 et 251. — Dans le même sens : Cass., 23 février 1864. S. 64, 1, 385 et 24 août 1880. S. 80, 1, 413. — M. de Bar semble au premier abord contraire à cette opinion (v. T. II, p. 372). Mais il résulte de ses observations à la page 376 qu'il n'entend appliquer la *lex fori*, en ce qui touche l'admissibilité de tel ou tel moyen de preuve, que quand elle l'exclut absolument. — M. Duguit a sur cette question un système particulier. Il fait prévaloir la loi nationale commune, et, en cas de lois nationales, différentes celle des deux qui est la plus restrictive en matière de preuve (op. cit., p. 135).

leur choix? Chacune choisira celle qui lui est le plus favorable, la *lex loci actus* ou *la loi nationale commune.* Faudra-t-il appliquer la loi la plus large ou la plus restrictive en matière de preuves? On ne nous le dit pas. Duguit qui préconise l'application exclusive de la loi nationale. même en cas de nationalités différentes, est d'avis qu'il faut en ce cas choisir la loi la plus restrictive. Ce système nous paraît bien rigoureux, et il est beaucoup plus rationnel d'appliquer, dans ce cas au moins, la loi du lieu du contrat, d'abord parce qu'elle nous paraît naturellement appelée à régir la question de l'admissibilité des moyens de preuve, parce que ce n'est que le développement logique de la règle *locus regit actum*, ensuite parce qu'aucune des lois nationales diverses n'a de titre fondé à être préférée. Ces considérations nous paraissent de nature à faire écarter la faculté de choix dont il s'agit, dans l'espèce, et à faire admettre l'applicabilité exclusive de la loi du lieu du contrat.

Telle est l'opinion générale. Mais, comme nous l'avons dit, certains auteurs ne l'appliquent que comme régissant les effets de la convention en vertu de la volonté tacite des parties. Cela nous paraît inadmissible. Comment veut-on que la question de savoir si la preuve de la convention peut se faire de telle ou telle manière, soit régie par la loi que les parties ont tacitement admise comme devant régler les effets de leur convention, quand l'existence même de cette convention est mise en question? Il ne peut s'agir de cette acceptation par accord tacite, que si l'existence même de la convention est au préalable établie. Comment l'établira-t-on? Il est certes beaucoup plus pratique de s'en tenir à la loi du lieu du contrat. Si l'existence même du contrat est débattue, on s'en tient alors à la loi du lieu où le contrat aurait été conclu d'après les articulations du demandeur. S'il prétend que le contrat a été fait en Belgique, il devra recourir aux moyens de preuve admis par la loi belge. Ajoutons du reste, comme nous l'avons fait remarquer, que la question de preuve se rattache à celle de savoir dans

quelle forme le contrat doit être constaté régulièrement, et dépend naturellement dès lors de la *lex loci actus*. Ce n'est pas une question de libre choix entre une législation et une autre. Nous croyons donc que l'admissibilité des moyens de preuve est soumise en principe à la vieille maxime *locus regit actum*.

1010. — Mais il n'en est pas ainsi de la forme dans laquelle la preuve doit être subministrée. Ici la *lex fori* doit l'emporter indubitablement, et nous entendons par la *lex fori*, la loi du lieu où le débat s'engage, et non pas celle du lieu où la preuve doit être subministrée. Une difficulté peut se présenter. Supposons que le tribunal saisi du différend ordonne des devoirs de preuve auxquels il ne peut être satisfait qu'en pays étranger, et que les lois qui régissent la forme de la preuve ne soient point les mêmes que dans le pays où le procès doit être décidé. Quelle loi devra-t-on observer? M. de Bar, un des rares auteurs qui examinent la question, est d'avis que le juge de ce dernier pays pourrait inviter celui du lieu où la preuve est reçue à observer la forme prescrite par la loi du lieu du litige, outre celles prescrites par sa propre loi: et « personne, » dit-il, « pas même le jurisconsulte le plus pédant, ne peut avoir d'objection à ce qu'une pareille requête soit formulée (1) ». C'est aussi notre opinion. Mais il peut arriver, comme l'observe de Bar, que le juge requis ne satisfasse point à cette requête, ou que les deux formes soient inconciliables. Dans ce cas le tribunal saisi du litige appréciera librement, d'après cet auteur, dans quelle mesure la forme étrangère est de nature à ébranler, d'après sa loi, la force probante des moyens de preuve auxquels on a eu recours. On ne peut pas dire qu'une telle preuve soit absolument interdite, et cette rigueur n'est admissible que lorsque la preuve est subministrée là où il est matériellement possible de réaliser l'observation de ces formes. Mais il n'en est pas moins vrai que la *lex fori* est en principe souveraine quant à la forme de

(1) De Bar. Op. cit , T. II, p. 373.

la preuve, et, s'il n'est pas juste qu'elle exclue toute preuve reçue en pays étranger dans une forme différente, lorsqu'il s'agit de prescriptions qui ne se rattachent pas intimement à la valeur intrinsèque de la preuve, c'est elle qui détermine s'il en est, ou s'il n'en est pas ainsi.

Il se peut encore, comme nous le verrons, que tel moyen de preuve soit absolument repoussé par la *lex fori*, qu'il le soit par des motifs d'ordre purement moral, touchant à la morale absolue, telle qu'on la conçoit dans un pays déterminé. Dans ce cas on n'y pourra recourir, lors même qu'il serait parfaitement admissible d'après la loi du lieu du contrat. On se convaincra, en parcourant toutes les dispositions qui, dans notre Code, régissent la matière des preuves, qu'il y a d'autres cas, dans lesquels il est impossible d'appliquer la maxime *locus regit actum*. Si, sans être en opposition avec l'ordre public dans un pays déterminé, tel moyen de preuve est complètement inconnu dans la législation du for, il sera impossible pratiquement d'en faire usage, puisqu'il n'y a aucune règle qui détermine la forme dans laquelle la preuve doit être subministrée. Ces observations générales faites, nous allons examiner aussi rapidement que possible, les dispositions du chapitre VI, L. III, T. III, du Code civil.

1011. — Nous y rencontrons d'abord deux dispositions, celles des art. 1315 et 1316, dont la seconde ne fait qu'annoncer ce dont il sera traité dans les sections qui suivent, tandis que la première consacre un principe important : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » M. Brocher incline à croire que la nature de procédure domine dans cette règle[1]. Et il se fonde sur ce qu'elle appartient à la logique autant qu'au droit, et s'adresse au juge plus directement qu'aux parties, en lui traçant la voie que doit suivre la procédure. A supposer qu'une règle aussi naturelle

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 124.

puisse être méconnue dans certaines législations, nous n'hésitons pas à admettre que l'obligation de faire la preuve appartient au fond du droit. MM. Asser et Rivier, tout en étant absolument de cette opinion, ajoutent que la plupart des auteurs sont d'avis contraire, et ils citent de Bar *(Internationales Privatrecht*, § 123, et dans la *Rechtsencyclopedie*, de Holtzendorff, p. 713). Nous pensons que MM. Asser et Rivier se sont exagéré l'opposition que rencontre leur doctrine. M. de Bar, dans la seconde édition de son ouvrage[1], professe nettement la même doctrine, et, tout en reconnaissant qu'il a exprimé une opinion contraire dans la première édition, il soutient, avec raison à notre avis, que MM. Asser et Rivier se sont mépris sur la portée de la doctrine enseignée par lui dans l'*Encyclopédie* de Holtzendorff. Il cite, au surplus, plusieurs autorités allemandes en faveur de son opinion actuelle, et n'en mentionne qu'une seule, celle de Menger, en faveur de l'opinion contraire. La question ne présente véritablement d'intérêt qu'au point de vue de la force extraterritoriale des présomptions légales, c'est-à-dire des exceptions que la règle comporte. Mais cela se rattache plutôt à la question de savoir quels modes de preuve sont admissibles[2].

1012. — Les deux premiers articles de la section 1re (1317 et 1318) ne concernent qu'une question de forme : on appliquera ici sans contredit la règle *locus regit actum*. Les art. 1319 et 1320 concernent l'étendue de la force probante de l'acte authentique. Faut-il appliquer également en cette matière la règle *locus regit actum?* Nous le

(1) L. von Bar. Op. cit., T. II, p. 383. — V. aussi Weiss. Op. cit., 2e édit., p. 808.

(2) MM. Asser et Rivier ont cherché à justifier leur opinion d'après les principes du droit rigoureux (v. p. 168). Au point de vue du droit rigoureux, il faut bien reconnaître qu'elle semble une infidélité au principe établi par Waechter et qui nous paraît fort juste : le juge ne peut appliquer que sa loi, à moins que celle-ci ne réserve ou n'autorise implicitement ou explicitement l'application d'une loi étrangère. Or il s'agit ici d'une prescription adressée au juge directement, et, à moins que le législateur ne dise le contraire, il semble qu'elle la lie d'une manière absolue. Il faut, nous paraît-il, pour justifier notre doctrine, la faire dériver par analogie de motifs, de la règle *locus regit actum* généralement admise entre notions d'un consentement commun, et l'on peut même dire unanime.

pensons : la loi qui détermine à quelles conditions est subordonnée la force probante de l'acte paraît avoir compétence également pour déterminer la mesure de cette force probante. Il ne nous paraît même pas qu'il y ait lieu de distinguer en principe la force probante entre parties, et celle à l'égard des tiers. L'une et l'autre doivent être régies en règle par la *lex loci actus*. Il n'en est pas de la *force probante* de l'écrit comme des effets de l'acte juridique. Non-seulement les tiers ne peuvent être liés, obligés en vertu d'un acte auquel ils sont demeurés étrangers, mais on ne peut même se prévaloir parfois de son existence vis-à-vis d'eux pour invoquer la maxime : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, à moins qu'ils n'aient eu la possibilité de la connaître par l'accomplissement de certaines formes de publicité. Ces formalités sont prescrites dans leur intérêt, qui est un intérêt général, et nous paraissent se rattacher à l'ordre public. Pour peu qu'elles soient respectées, on ne voit pas pourquoi la force probante de l'acte vis-à-vis d'eux ne serait pas réglée par la loi du lieu où il est passé (1).

1013. — Il y a une difficulté, et elle n'a pas échappé à Brocher. L'alinéa 2 de l'art. 1319 suspend l'exécution de l'acte argué de faux, en cas de plainte en faux principal, et *permet* de la suspendre en cas d'inscription de faux faite incidemment. Brocher pense que cet alinéa tient à la procédure, et doit s'appliquer aux actes intervenus à l'étranger. « Cette disposition, territoriale par sa nature, en tant que se rapportant à l'exécution, se rattache d'ailleurs plus ou moins directement à l'art. 3 du Code d'instruction criminelle (2) ». C'est-à-dire qu'elle se rattache au principe de la suspension de l'action civile par l'action publique, principe également consacré par le titre préliminaire du Code de procédure pénale belge. Le rapport est en effet assez indirect. Mais il est évident, à notre avis, qu'il y a là une règle qui touche à l'ordre public, à

(1) Bien que le texte de l'art. 1319 ne le dise pas, il est certain que l'acte authentique fait foi même vis-à-vis des tiers.

(2) Op. cit., T. II, p. 129.

la moralité publique et en même temps à la procédure. Elle ne recevra application que là où elle sera établie par la loi, elle devra toujours être appliquée chez nous. Il se pourra qu'elle soit matériellement inapplicable sous l'empire d'institutions judiciaires différentes des nôtres.

L'art. 1321 refuse aux contre-lettres tout effet à l'égard des tiers. Il ne s'agit ici évidemment que de cet effet limité que les actes peuvent avoir vis-à-vis des tiers, et qui consiste en ce qu'ils peuvent leur être opposées aux fins d'établir : que les droits acquis par eux n'ont pu leur être valablement transmis, parce qu'ils avaient déjà été transmis à un autre : *nemo plus juris* etc... Il n'est donc pas question de la force probante à proprement parler. C'est *l'effet de l'acte juridique* qui est anéanti, parce qu'il n'a pas été fait dans les formes voulues, parce qu'il est contraire aux constatations faites dans un acte public. Mais il ne l'est que vis-à-vis des tiers et dans leur intérêt. A notre avis, pareille disposition intéressant les tiers doit être considérée comme d'ordre public; et nous pensons qu'elle pourrait être invoquée en Belgique, même vis-à-vis d'une contre-lettre faite en pays étranger, et relative à un acte authentique dressé dans ce pays.

1014. — Les art. 1322 à 1324 concernent la force probante de l'acte sous seing privé, son étendue, et les conditions auxquelles elle est subordonnée, abstraction faite de la question de forme. Quant à sa force probante, à l'étendue de celle-ci, il nous paraît indubitable, par les raisons exposées précédemment relativement aux actes anthentiques, qu'elle doit être déterminée par la *lex loci actus*.

Mais il n'en est pas de même d'une manière absolue de la reconnaissance volontaire ou judiciaire de l'acte sous seing privé. Tout en attribuant pleine force à l'acte sous seing privé, le juge doit pouvoir vérifier dans chaque pays, s'il émane bien de celui auquel on l'oppose. Ceci ne nous paraît qu'une question de procédure. S'il a été reconnu, on s'en tiendra, quant aux formes de la reconnaissance, à la loi du lieu où elle a été faite. Sinon, la

vérification en devra avoir lieu en justice dans les formes prescrites par la *lex fori* ou par la loi du lieu où la reconnaissance s'effectue.

1015. — Les art. 1325 à 1327 concernent uniquement la forme des actes sons seing privé. Conformément aux observations que nous avons faites au sujet de la règle *locus regit actum*, nous croyons que cette maxime est pleinement applicable en ce qui concerne cette matière. C'est un point généralement admis dans l'ancien droit, ainsi que par la doctrine et la jurisprudence modernes. Il peut en résulter certains inconvénients. En réalité, l'acte sous seing privé n'a pas de lieu certain. On peut le dater d'où l'on veut. Et il est bien facile de s'affranchir ainsi des règles prescrites par la loi du lieu quant à la forme des actes sous seing privé. Mais ces formes sont en général assez simples, et quelle apparence y a-t-il que les parties, qui constatent leurs conventions par actes sous seing privé, se soumettent volontairement quant à la forme de ces actes à un droit étranger probablement inconnu, ou imparfaitement connu? Quel est du reste l'objet des formes dans l'acte sous seing privé? Ce n'est pas de garantir l'indépendance des parties, mais de constater avec certitude leurs volontés mutuelles. S'il est constant que, de commun accord, elles ont employé un détour pour se soumettre à une autre loi, quant à la forme de l'écrit servant à constater leurs consentements, ce détour même n'atteste-t-il pas une fois de plus l'union des volontés? N'atteste-t-il pas même qu'il s'agit de volontés réfléchies? Il en résulte, d'après nous, que si l'écrit répond aux formes prescrites par la loi du lieu où il a été fait, on ne pourra pas en contester la validité, lors même qu'il serait établi que les parties s'y sont expressément rendues dans le but d'échapper à quelque formalité prescrite par leur loi nationale, ou par la loi de leur domicile. C'est l'opinion des auteurs[1]. Mais il en résulte de plus, à notre avis, que

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, p. 353. — Schäffner. Op. cit., § 85. — Asser et Rivier. Op. cit., p. 63, et les autorités citées. — Laurent est d'un avis contraire (T. II, p. 239). Mais en admettant avec lui que les formes des actes soient pres-

l'on ne serait pas admis à prouver, pour ébranler la force probante de l'écrit, que l'écrit a été faussement daté de tel lieu, et que c'est dans un autre pays qu'il a été dressé.

Il est bien vrai que, dans ce cas, il y a une espèce de fraude à la loi, et MM. Vincent et Pénaud, dans leur *Dictionnaire de droit international*(1), admettent que l'indication du lieu de la rédaction peut être combattue par la preuve contraire. En droit rigoureux, cela serait admissible. Mais lorsque une partie soutient que le lieu où l'acte a été dressé est inexactement indiqué de commun accord, et pour faire fraude à la loi, ne peut-on pas lui objecter, en tant qu'elle en induirait l'absence de preuve de la convention constatée dans le dit acte, que personne n'est reçu à invoquer sa propre turpitude, et que d'ailleurs elle reconnaît par cela même l'existence de la convention dont l'acte doit servir de preuve? Il peut arriver cependant que la preuve de l'inexactitude de l'indication du lieu soit recevable. D'abord le différend peut porter, non pas sur le point de savoir s'il existe une convention quelconque entre parties, mais sur la substance de la convention relatée dans l'acte. Et il se peut parfaitement que l'on soutienne que la fausse indication du lieu est le fait de l'une des parties. Dans ce cas, il nous paraît que la preuve de cette inexactitude serait recevable. Elle tendrait directement à ébranler la force probante de l'acte, et à exclure l'application de la forme prescrite par la loi de ce lieu.

1016. — L'art. 1328 concerne les conditions sous lesquelles l'acte sous seing privé fait preuve de sa date vis-à-vis des tiers. Bien qu'il faille se garder de confondre la force probante de l'instrument, avec l'effet de l'acte juridique, il nous paraît bien certain que cet article édicté en vue de l'intérêt des tiers est d'intérêt général. Et il en résulte, d'après nous, qu'un acte passé en pays étranger

crites par des considérations d'intérêt général, à raison de l'état intellectuel et moral du pays, on ne peut envisager comme éludant frauduleusement la loi, celui qui se place délibérément dans des conditions où elle ne le lie plus, où elle n'est plus obligatoire pour lui. — V. aussi de Bar. Op. cit., T. II, p. 350.

(1) V° *Preuve*, n° 31.

sous forme privée, ne sera admis devant les tribunaux belges, comme ayant date certaine vis-à-vis des tiers, que dans l'un des trois cas déterminés par cette disposition. De même l'acte passé en Belgique n'aura date certaine vis-à-vis des tiers en pays étranger que sous les conditions déterminées par la *lex fori*. Mais nous pensons, contrairement à l'opinion de Laurent (1), que l'enregistrement en pays étranger peut donner date certaine, en Belgique, à l'acte étranger. La jurisprudence belge, et des autorités des plus sérieuses, se sont prononcées en ce sens (2). Il nous paraît que l'intérêt général est sauvegardé en Belgique, si l'on exige comme condition de la date certaine l'une des trois circonstances indiquées dans l'art. 1328, et que la règle *locus regit actum* doit reprendre son empire dès qu'il s'agit de savoir dans quelle forme et dans quel lieu l'acte doit être enregistré pour avoir date certaine, de même qu'elle reprendra son empire en ce qui concerne les formes de l'acte authentique, dans lequel la substance de l'acte sous seing privé doit avoir été relatéee, et la manière dont le décès de l'un des souscripteurs de l'acte sera constaté (3).

MM. Vincent et Pénaud font remarquer avec raison que, si l'enregistrement en pays étranger est insuffisant au point de vue fiscal, « il ne peut en être de même au point de vue de la date certaine qu'a imprimée à l'acte, en l'enregistrant, un officier ou fonctionnaire public, qui a authentiqué son existence à cette date, selon la loi du pays où il a été procédé, où l'acte a été passé : authenticité de date qui doit suivre l'acte même en pays étranger par application de la maxime *locus regit actum* », et que « les lois des 5 déc. 1798, 29 sept. 1891, 22 frimaire an VII, et 25 ventose an XI, ne s'opposent nullement à ce qu'on reconnaisse qu'un acte a acquis date certaine par l'enregistrement en pays étranger ».

(1) *Principes de droit civil*, T. XIX, 281.

(2) Mons, 14 août 1846. — Cour de Bruxelles, 12 mars 1849 et Cass., 15 mars 1850. Pas. 1850, 1, 228. — Championnière et Rigaud. *Droits d'enregistrement*, T. IV, nº 3841. — Duguit. *Conft. de législation*, p. 124.

(3) Vincent et Pénaud. Op. cît, vº *Actes sous seing privé*, nºs 19 et suivants.

1017. — Nous n'avons pas à examiner ici sous quelles conditions un acte sous seing privé étranger, l'expédition d'un acte authentique passé en pays étranger, ou un acte en brevet, peut être produit en justice dans notre pays, c'est-à-dire s'il doit être enregistré à nouveau, traduit, légalisé, etc... Ce sont questions de droit intérieur plutôt que de droit international privé. Il est toujours possible à la partie intéressée de se soumettre à ces formes au moment où elle veut se servir de l'acte. La force probante de celui-ci n'est en rien diminuée par des prescriptions de cette nature. Tout cela se rattache évidemment à la procédure, à une procédure spécialement établie pour cet objet, et non au droit matériel. Nous croyons donc pouvoir nous dispenser d'examiner ce genre de questions.

1018. — Les art. 1329 à 1331 concernent la force probante des registres des marchands, des registres et papiers domestiques. On reconnaît généralement aujourd'hui, et avec pleine raison, suivant nous, que l'admissibilité de la preuve par les livres de commerce et l'étendue de leur force probante sont régies par la loi du lieu où le contrat est intervenu[1]. La question est cependant controversée. Certains auteurs appliquent de préférence la loi du lieu où les livres sont tenus[2]. Mais il nous paraît qu'ils se sont placés surtout au point de vue de la question de savoir, s'il fallait donner la préférence à cette loi ou à la *lex fori*. Savigny commence par dire que la foi due à des livres de commerce se juge d'après la loi du lieu où ces livres sont tenus. Et il ajoute : « Il semblerait que ce genre de preuve rentre dans le droit de la procédure, et par conséquent devrait être soumis à la loi du lieu de la juridiction. Mais ici la preuve est inséparable des formes et de l'efficacité de l'acte juridique lui-même, qui constituent l'élément dominant. L'étranger qui traite avec un négociant établi dans un pays où les livres de com-

(1) Asser et Rivier. p. 191. — Pasquale Fiore. Op. cit., nº 319. — Zachariae Op. cit., § 31. — Massé. Op. cit., p. 768. — Pardessus. Op. cit., nº 1490; etc...

(2) Fœlix. T. II, p. 238. Il cite en ce sens Paul Voet, Maevius, Hert et Story.— Savigny enseigne le même principe, et cite un arrêt de la Cour suprême de Cassel. Cons. à ce sujet Asser et Rivier, loc cit.

merce font foi en justice, se soumet au droit de ce pays. » On trouve au fond de cette doctrine son grand principe de la soumission volontaire. Mais l'application de la loi du lieu où les livres de commerce sont tenus présente d'assez sérieux inconvénients en pratique, et entraîne des irrégularités fâcheuses. Il en résulte qu'au sujet d'un seul et même contrat, les livres de commerce de A seront admis comme preuve en sa faveur et contre B, tandis que B ne pourra se prévaloir des siens. D'autres auteurs soutiennent que l'admissibilité des livres de commerce comme preuve est régie uniquement par la *lex fori*(1). Nous ne pouvons admettre cette opinion, et la raison indiquée par Savigny nous paraît suffisante pour la faire repousser. De Bar a imaginé une espèce de système transactionnel. Il admet qu'en général la force probante des livres de commerce est déterminée d'après la *lex fori*. Mais il ajoute que si la loi, à laquelle le contrat litigieux est soumis en lui-même, attribue une plus grande force probante aux livres de commerce, les parties doivent la lui reconnaître, même devant les tribunaux étrangers; enfin si le contrat n'est pas régi par une loi commune aux deux parties, par exemple si le contrat a été fait par correspondance, la loi du domicile du demandeur ou celle du domicile du défendeur, suivant que l'une ou l'autre est plus favorable à ce dernier, doit prendre la place de la *lex loci contractus*. Ce système un peu compliqué tend à faire dépendre l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve de la volonté présumée des parties, et présuppose par conséquent l'existence du lien obigatoire, du contrat, tandis qu'il peut arriver que cette existence soit précisément la chose à prouver.

1019. — Peut-on faire le même reproche à la théorie d'après laquelle il faut prendre pour base la loi du lieu du contrat? Nous ne le pensons pas. Elle ne présuppose pas l'existence du contrat, mais l'existence *de l'affirmation* que le contrat a été fait en tel lieu, en tel pays. Il est incon-

(1) V. Mittermaier, Schäffner et les autres autorités citées par de Bar (op. cit., T. II, p. 382).

testable que, d'après la pratique du droit international privé, d'après la règle *locus regit actum*, si une action basée sur une allégation de ce genre vient à surgir, on s'attachera à la loi en vigueur dans ce pays, pour apprécier la force probante de l'*acte authentique ou sous seing privé* produit aux fins de l'établir, tout au moins si l'acte a été passé dans le même pays comme ce sera le cas presque toujours. La loi de ce pays régira la force probante de l'acte, non pas en vertu du consentement présumé des parties, mais par suite d'une espèce de nécessité sociale qui est la source principale de la maxime *locus regit actum*, et aussi parce que le législateur de ce pays est mieux à même d'apprécier ce que *l'on peut* raisonnablement et ce qu'*il faut* exiger quant à la forme. Lorsqu'il n'y a pas d'acte, il paraît assez rationnel de consulter la loi du lieu du contrat allégué, du lieu où se serait passé le fait juridique invoqué. Il y a analogie de raisons.

On ne peut cependant pas se dissimuler les étranges difficultés que présente cette matière, particulièrement lorsque le différend ne porte pas seulement sur l'étendue d'une convention, sur l'existence de telle ou telle clause, de telle ou telle condition, mais sur l'existence de la convention elle-même, lorsque le défendeur dénie toute convention quelconque. Et, dans ce cas, nous serions assez tenté de donner la préférence à la *lex fori*. On tourne toujours plus ou moins dans un cercle vicieux en faisant prédominer la loi du lieu du contrat, puisqu'on ne sait pas toujours s'il y a contrat. Il y a quelque chose d'extraordinaire dans le langage suivant : j'affirme qu'un contrat a eu lieu dans tel pays entre moi, et un étranger. Et par cette seule raison que je l'affirme, j'attribue compétence à la loi de ce pays pour régler le mode de preuve auquel je puis avoir recours. Sans doute, l'application de la *lex fori* peut conduire également à des abus, puisqu'il suffira d'alléguer que le contrat a eu lieu dans tel pays pour rendre les tribunaux de ce pays compétents, et pour que l'on influe indirectement sur l'admissibilité de telle ou telle preuve. Mais en fait ce choix n'est pas libre, puisque je ne pourrai exercer effi-

cacement mon action que là où mon prétendu débiteur possède des biens susceptibles d'être saisis. Nous croyons toutefois que l'application de cette loi serait peu rationnelle.

1020. — Ce que nous venons de dire des registres commerciaux s'applique également aux registres domestiques, qui présentent, d'après notre droit, beaucoup moins d'importance comme preuve, puisqu'ils ne peuvent faire preuve que contre ceux dont ils émanent. Il n'y aurait pas d'inconvénient cependant, et ce par la raison que nous venons d'indiquer, à admettre que leur force probante est régie par la loi du lieu où ils sont tenus, c'est-à-dire, en thèse générale, par la loi du domicile de celui qui les tient, s'ils ne peuvent faire preuve que contre lui. Mais il serait dangereux d'ériger cette règle en principe général puisqu'il pourrait arriver qu'aux termes de cette loi, leur force probante pût être admise même contre l'autre partie. Or, pour qu'il en soit ainsi il ne doit pas suffire, à notre avis, qu'elle soit admise par la loi du lieu où les registres sont tenus ; il faut qu'elle le soit par la loi qui régit le contrat, à laquelle le contrat est soumis, quant à la forme des actes destinés à le constater, par une loi à laquelle la partie, contre laquelle on veut faire valoir des preuves non émanées d'elle, doit obéissance comme l'autre. Quelle est cette loi ? La loi du lieu où le contrat est passé, et, d'après quelques auteurs, la loi de leur nationalité commune, si les parties sont de même nationalité.

Mais, dès qu'il est admis que les registres commerciaux peuvent faire preuve, et c'est la loi qui régit le contrat qui en décidera, ces registres tiennent lieu d'actes, et il convient, en ce qui concerne la question de savoir s'ils sont régulièrement tenus, de faire application de la maxime *locus regit actum*. C'est donc d'après la loi du pays où ils sont tenus qu'on appréciera s'ils sont réguliers ou non. Cette opinion, admise par MM. Asser et Rivier, nous paraît faire à la règle *locus regit actum* sa juste part, et elle a été consacrée par un jugement du tribunal de Groningue en date du 19 janvier 1885. (*J. de dr. int. privé*, 1887, p. 244.)

Ces auteurs ne se sont pas demandé cependant ce qu'il faudrait décider, si la loi du lieu où les registres commerciaux sont tenus ne contenait aucune prescription relativement aux formes dans lesquelles ils doivent l'être. Dans l'opinion la plus généralement admise, la règle *locus regit actum* est facultative et les parties appartenant à une même nationalité ont le choix entre les formes locales et celles prescrites par leur loi nationale. Cela permettra, dans certains cas, de résoudre la difficulté. Mais nous pensons qu'il faut aller plus loin. Si la loi locale ne prescrit aucune forme, on pourrait en conclure qu'il n'en faut aucune, et cette conclusion serait exacte en thèse générale. Elle ne peut cependant être admise ici, lorsque la loi qui reconnaît ce mode de preuve exige des registres régulièrement tenus, c'est-à-dire des registres tenus d'après certaines règles; et force sera bien de suppléer au silence de la loi du lieu où les registres sont tenus, quant aux conditions de cette régularité, par la loi qui est appelée à décider si pareil mode de preuve est admissible ou ne l'est pas.

1021. — L'application internationale de l'art. 1332 relatif à la force probante des écritures mises par le créancier sur le titre, sur le double d'un titre ou d'une quittance, lorsqu'elles tendent à établir la libération du débiteur, peut donner également lieu à des difficultés. Pour décider de la foi que méritent de pareilles énonciations, le juge doit-il s'en référer à la *lex fori*, ou à la loi du lieu du contrat, ou à la loi du lieu où cette mention est mise, ou, en termes généraux, à la loi qui régit le contrat? L'application judaïque de la règle *locus regit actum* conduirait à faire prédominer la loi du lieu où cette mention est mise : mais il pourra arriver, et il arrivera souvent, qu'elle ne soit point datée de tel ou tel lieu. A notre avis, la valeur de pareilles mentions, qui s'incorporent à l'acte, et leur force probante doivent être appréciées d'après la loi du lieu où l'acte lui-même a été passé. Elles tendent en somme à limiter la force probante de l'acte, quant à l'existence actuelle de la créance qui en résulte. C'est en

ce sens qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime *locus regit actum*. Comme le fait remarquer avec raison M. Brocher, il pourrait être puéril d'attacher une grande importance à la circonstance que telle note a été prise dans tel ou tel pays, pendant le cours d'un voyage[1]. Mais nous n'en concluons pas, comme lui, qu'il faille plutôt s'attacher à la loi du domicile ou même à celle de la patrie. La loi du pays où a été dressé l'acte, sur lequel figure la mention, nous semble devoir être prédominante.

1022. — L'autorité que nos lois (art. 1333) attachent aux tailles est fort limitée, puisqu'elles ne font foi qu'entre personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font et reçoivent en détail. Ce mode de preuve rudimentaire, consistant à marquer les fournitures au moyen d'entailles ou de *coches* faites sur des morceaux de bois, dont l'un, la taille, reste entre les mains du fournisseur, et dont l'autre, l'échantillon, est en la possession de l'acheteur, a été évidemment introduit à une époque où l'écriture était peu connue. Il nous paraît clair que cette preuve n'est admissible que pour les fournitures faites dans des lieux où elle est admise par la loi ou les usages. C'est du reste là que, d'après la nature même de cette preuve, ces fournitures doivent être constatées. Et l'application de la règle *locus regit actum* à ces espèces d'actes d'un genre tout primitif ne présente par conséquent aucune difficulté.

1023. — Brocher fait remarquer fort justement que l'effet, ou pour mieux dire, la force probante des copies d'actes (art. 1334 à 1336, C. civ.), semble en principe devoir être réglée d'après la loi qui régit l'original, parce que celui-ci constitue bien l'élément principal[2]. Cela nous paraît très exact en ce qui concerne la question de savoir si les copies ont force probante, et quelle est la mesure de celle-ci. Il y a toutefois une question qui nous paraît ne pouvoir être décidée que d'après la loi du lieu où la copie est dressée, c'est celle de savoir dans quelle

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 130.
(2) Brocher. Op. cit., T. II, p. 130.

forme la copie doit être faite. Mais, lorsqu'il s'agit des copies de titres authentiques, cette loi se confondra en général avec celle du lieu où l'acte original a été dressé. Il en peut cependant être autrement, et dans ce cas il faudra appliquer les distinctions établies par l'art. 1335 entre les diverses espèces de copies, en tenant compte de la loi du lieu où la copie est faite. D'autre part, la règle si rationnelle de l'art. 1334, d'après laquelle les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée, nous paraît une règle dont le fondement est absolument indépendant de la loi du lieu où l'acte original a été dressé, et se rattachant plutôt à la procédure. En appliquant ici la *lex fori*, le juge belge, loin de méconnaître la maxime *locus regit actum*, lui rendra un hommage sans réserves.

1024. — L'art. 1336 n'attribue à la transcription d'un acte sur des registres publics que la valeur d'un commencement de preuve par écrit, et encore faut-il pour cela qu'elle réunisse les conditions déterminées par cet article. Que faut-il décider s'il s'agit d'actes passés en pays étranger? Les auteurs sont généralement muets sur des difficultés de détail de ce genre. Brocher s'en occupe cependant et fait à cet égard des distinctions assez compliquées[1]. Il nous paraît évident qu'il y a lieu d'appliquer encore en cette matière, et cela d'une manière générale, la loi du lieu où l'acte original a été dressé. La transcription n'a pas une force probante initiale et propre, mais dérivée : son autorité est empruntée à celle du titre originaire. Il est rationnel et logique que la loi qui détermine la foi due à celui-ci, détermine aussi celle qui doit appartenir à ses reproductions. S'agissant spécialement d'un acte passé en Belgique, nous croyons qu'on ne pourra admettre en pays étranger la transcription de cet acte sur nos registres publics, que comme commencement de preuve par écrit. Mais lors même qu'il aurait été transcrit sur des registres

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 130 et 131.

publics étrangers, il n'y a pas d'obstacle à reconnaître en Belgique cette valeur à la transcription, pourvu qu'elle se présente dans les conditions déterminées par l'art. 1336, et en outre qu'il s'agisse bien, comme le suppose l'article 1336, de la transcription de l'acte lui-même, et non pas d'une simple copie de l'acte, ce qui ne pourra généralement être le cas lorsqu'il s'agit d'un acte authentique passé en Belgique. S'il n'y avait transcription que d'une copie de l'acte, cette transcription ne constituerait que la copie d'une copie, et ne pourrait valoir en conséquence que comme simple renseignement (art. 1335, 4°).

1025. — En ce qui concerne les actes récognitifs et confirmatifs, Laurent fait remarquer avec raison que le Code Napoléon présente un défaut de classification qui implique une confusion d'idées (1). L'art. 1337 relatif aux actes récognitifs concerne incontestablement la matière de la preuve : cela n'est pas douteux. Mais les art. 1338 à 1340 ne se rapportent pas seulement à la preuve ; ils concernent surtout l'acte juridique lui-même de la confirmation, et les conditions de validité de cet acte juridique. Les art. 1339 et 1340 ne concernent même pas autre chose, *et sont étrangers à la preuve de la confirmation*. Nous ne nous occuperons donc pas ici de ces deux articles. C'est au chapitre des nullités qu'il doit en être question. Et nous ne traiterons de l'art. 1338 qu'en tant qu'il traite de la forme de l'acte destiné à constater la confirmation ou la ratification, en cas de confirmation ou de ratification expresse.

La forme de l'acte récognitif, dont il est question dans l'art. 1337, et sa force probante sont régies par la loi du lieu où est intervenu l'acte originaire auquel il se réfère. C'est toujours à celui-ci qu'il emprunte son autorité, et il n'a pas la prétention de prouver davantage ou autre chose. Brocher nous paraît avoir à tort assimilé ici l'acte récognitif à l'acte confirmatif (2). Parlant de l'un et de l'autre, il fait remarquer que cet acte reste dans la dépen-

(1) Laurent. *Principes du droit civil*, T. XVIII, n° 558.
(2) Brocher. T. II, 131.

dance de celui qu'il a la prétention de confirmer. Or, l'acte récognitif n'a pas la prétention de confirmer le titre originaire, mais seulement de le reconnaître. Il n'ajoute rien à sa force, il ne lui imprime pas une force nouvelle. Il s'y réfère, qu'il en reproduise ou non la substance; et s'il y avait contradiction entre l'un et l'autre, c'est le titre originaire qui devrait l'emporter. La doctrine admet même avec raison que le créancier peut être contraint de représenter le titre primordial, s'il existe, sauf l'exception établie par l'alinéa final de l'article. L'acte récognitif n'est donc destiné qu'à remplacer en cas de nécessité le premier acte, d'où suit que sa force probante et sa forme sont régies par la même loi. Aucun doute ne peut s'élever sur ce point.

1026. — En est-il de même de l'acte confirmatif prévu par l'art. 1338, al. 1 ? Nous ne le pensons pas, et Brocher, qui semblait le confondre avec l'acte récognitif dans le passage précité, décide nettement que « dans le cas où il est possible de recourir à la confirmation d'un acte antérieur, il faut généralement y procéder suivant les formes voulues par les lois du lieu de la passation du nouvel acte suivant la règle *locus regit actum* ». Dans l'opinion la plus généralement admise, la confirmation d'un acte annulable ne peut être considérée comme un élément du contrat primitif, et les auteurs qui font régir la substance de l'obligation par la loi du lieu du contrat, admettent qu'il faut envisager la confirmation comme un contrat distinct et la faire régir par la loi du lieu où elle se réalise [1]. Lors même que l'on n'irait pas aussi loin, il n'en est pas moins vrai que l'acte confirmatif contient tout au moins quelque chose de neuf, la renonciation à se prévaloir d'un vice, d'une cause de nullité, et il est tout naturel que la preuve de cette renonciation soit régie par la loi du lieu où est dressé l'écrit qui la constate.

(1) Vincent et Pénaud. V. *Obligations*, nº 88, et les autorités qu'ils citent: Merlin. *Rép.*, v. *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 7. — Massé. *Dr. com.*, T. I, nº 586. — Fœlix. T. I, p 258. — Bard. p. 270. — Weiss, p. 803, note 3. — Picard. *J. de dr. pr.*, 1881, pp. 487 et 488. — Asser et Rivier. p. 81 etc.

Notons cependant qu'ici, comme chaque fois qu'il s'agit des formes, il faut, d'après certains auteurs, admettre la validité de l'acte dès qu'il a été fait d'après les formes prescrites par la loi de la nationalité commune des parties contractantes. Il en est ainsi dans l'opinion d'après laquelle les parties appartenant à la même nationalité ont le choix entre ces formes et celles du lieu de l'acte.

1027. — Le Code traite dans la sect. II, L. III, T. III, de la preuve testimoniale (art. 1341 à 1348, C. civ.). Une des questions les plus difficiles du droit international privé est, sans contredit, celle de savoir quelle est la loi qui régit l'admissibilité de la preuve testimoniale. La jurisprudence française admet, en général, avec des autorités des plus graves, que la preuve testimoniale est recevable pour établir l'existence d'un contrat, si ce mode de preuve est admis par la loi du pays où le contrat a été formé[1]. Brocher semble également favorable à cette opinion, bien qu'il ne s'exprime pas en termes formels; il examine notamment l'arrêt de la Cour de Cassation de France du 22 juillet 1880, dans lequel la question a été discutée en effet avec un soin particulier. Il s'agissait d'un contrat intervenu en Angleterre, où la prohibition de la preuve testimoniale n'existe pas. Le tribunal avait repoussé ce mode de preuve, se fondant sur ce que la preuve testimoniale avait été interdite en France dans un intérêt d'ordre et de moralité publics, et il en induisait que la loi anglaise ne pouvait recevoir exécution à cet égard en France, parce qu'elle était contraire à une prohibition d'ordre public de la loi française. Au fond la doctrine de la Cour de Cassation se résume à dire que la règle *locus regit actum* repose elle-même sur de puissantes considérations d'ordre public, qui se sont fait généralement reconnaître, et ne semblent pas infirmées par l'art. 1341 du Code civil, d'où il suit que l'application de cet article doit,

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Preuve*, n° 7. — Cass. 8 juin 1809. — Paris, 9 août 1813. — Cass. 24 août 1880. — Weiss. Op. cit., p. 950. — Fœlix. T. I, n°s 232 et ss. — Laîné (à son cours). — Esperson. *J. de. dr. int. privé*, 1884, p. 251. — Renault. *Rev. crit.*, 1881, p. 486. — V. aussi dans le même sens : von Bar. Op. cit., T. II, p. 377.

en général, se limiter aux conventions faites en France, les conventions faites en pays étranger étant soumises à la loi du lieu où elles sont faites en vertu de la règle préconisée[1]. Nous avouons franchement que ce raisonnement ne nous donne pas tous nos apaisements. On peut objecter d'abord que la règle *locus regit actum* n'est nulle part écrite en termes formels dans le Code. Elle figurait, rappelons-le, à l'art. 6, titre IV, du livre préliminaire dans les termes suivants : « La *forme* des *actes* est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits et passés. » Après avoir été adoptée par le Conseil d'Etat et par le tribunat, elle a été retranchée du projet sans que les motifs de cette suppression aient été indiqués. « Il est probable » dit Brocher[2], « qu'on a reconnu, au dernier moment, le bien fondé des observations faites précédemment par le tribunat, objectant que cet article appartenait à la doctrine plus qu'à la loi, qu'il était vague et conçu en termes bien généraux. » Et il trouve la confirmation de ces conjectures dans le fait que la règle en question n'a pas disparu complètement du Code, et a été remplacée par des dispositions spéciales dérivant du même principe, les art. 47, 170, 999.

S'il en est ainsi, il semble bien aventuré de voir dans cette maxime, qui paraît avoir été rayée du projet précisément parce qu'elle était trop générale, le renversement de la règle édictée par les art. 1341 et suivants, ou la limitation de cette règle aux actes passés en France. Mais la puissance de la tradition juridique est si grande, qu'en fait la maxime est considérée presque universellement comme maintenue par le Code. Or, elle était généralement considérée dans l'ancien droit comme ne concernant pas seulement la forme de l'*instrumentum*, mais celle de l'acte juridique lui-même. Et la question de savoir si, sous peine de se mettre dans l'impossibilité de fournir la preuve du contrat, il faut constater ou non celui-ci en forme authentique ou tout au moins par acte sous seing privé,

(1) V. l'arrêt en question dans Dalloz, 1880, T. I, p. 447, et les autorités citées.
(2) Brocher. Op. cit., T. II, p. 125.

est bien évidemment une question de forme. La prohibition de recourir à la preuve par témoins n'est, en définitive, présentée dans le Code que comme la sanction des règles prescrivant la forme écrite. Il faut ajouter que l'inapplicabilité de la maxime, en ce qui touche cette question importante entre toutes, lui ferait perdre une grande partie de son utilité pratique, et pourrait conduire à des conséquences iniques.

Lorsqu'on examine l'esprit de la maxime, il semble que l'on soit conduit aux mêmes conclusions. La prescription de l'acte écrit, l'exclusion des témoignages, l'utilité et la possibilité matérielle de l'une et de l'autre, semblent devoir être logiquement appréciées d'après l'état général des mœurs, et le développement de l'instruction, là où l'acte juridique s'accomplit. Aussi admet-on généralement qu'il en est ainsi.

1028. — Nous avons, au surplus, exposé plus haut les objections graves qui s'opposent à l'application de la *lex fori*, en ce qui concerne la preuve ; et ces objections ne perdent rien de leur force, quand il s'agit spécialement de la question de savoir, d'après quelle loi il faut apprécier l'admissibilité de la preuve par témoins. Elles viennent confirmer les raisons qui plaident en faveur de la *lex loci actus*. Or, c'est la *lex fori* que l'on oppose le plus souvent à cette dernière. Mittermaier[1] et d'autres auteurs importants lui donnent la préférence, parce que la preuve n'a pour but que de convaincre le juge, et que le juge ne peut puiser sa conviction que dans les éléments autorisés par la loi de son pays. Et cette doctrine, ainsi que le fait remarquer Bonnier[2], paraît avoir été admise en Angleterre par la Chambre des Lords, d'après le principe posé par Lord Brougham : « The law of evidence is the lex fori[3] ». Toutefois, M. Westlake n'admet l'application absolue de la *lex fori* que dans la mesure où elle limite les moyens de preuve, ce qui aboutit à subordonner

(1) *Archives de la jurisprudence en matière civile*, T. XIII, p. 315.
(2) *Traité des preuves*, n° 924.
(3) Story *Conflict of laws*.

ceux-ci à une double limitation ; et ce système se conçoit mieux que celui d'après lequel il faut appliquer exclusivement la *lex fori*(1). Mais il aboutit à des conséquences extrêmement rigoureuses, et présente toujours cet inconvénient grave de favoriser la fraude. Aussi l'opinion d'après laquelle l'admissibilité d'un moyen de preuve dépend du droit matériel qui régit le contrat, et spécialement de la loi du lieu où il a été conclu, gagne-t-elle sans cesse du terrain. Non-seulement elle est professée par la plupart des auteurs de l'Europe continentale, mais elle est consacrée en termes formels par le Code italien et par le projet de Code belge(2). Ce dernier admet même l'application facultative des lois nationales de toutes les parties, si elles admettent de plus amples moyens de preuve que la *lex loci actus*. Et c'est la consécration, en cette matière, du principe assez contesté, que les parties ont le choix en général entre les formes du lieu de l'acte, et celles prescrites par leur loi nationale commune ou leurs lois nationales identiques. — Enfin l'Institut de droit international a voté dans sa session de 1877, à Zurich, une résolution ainsi conçue : « L'admissibilité des moyens de preuve (preuve littérale, testimoniale, serment, livres de commerce, etc.) et leur force probante seront déterminées par la loi du lieu où s'est passé le fait ou l'acte qu'il s'agit de prouver.

1029. — Il résulte de ces observations que, dans l'opinion générale, les lois qui n'admettent que sous des restrictions certains moyens de preuve, et spécialement la loi française qui n'admet la preuve testimoniale des obligations contractuelles en matière civile que pour sommes et valeurs inférieures à 150 francs, ne peuvent prévaloir contre la règle *locus regit actum*. Si tant est qu'elles tou-

(1) Foote. *Private international jurisprudence*, pp. 275 et ss. et p. 431. — Westlake. Op. cit., § 177.

(2) Art. 10 Code ital. Disposit. prélim. : « *I mezzi di prova delle obligazioni sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto.* » — Art. 11 Projet belge : « Les moyens de preuve sont déterminés par les lois du pays où le fait juridique qu'il s'agit d'établir s'est passé. — Toutefois, si les lois nationales de toutes les parties autorisent de plus amples moyens de preuve, ils seront admis. »

chent à l'ordre public, elles ne constituent des dispositions d'ordre public que pour les contrats conclus dans le pays. Et le projet du Code belge ne l'admet même pas d'une manière absolue pour ces contrats, s'ils se produisent entre étrangers appartenant à la même nationalité. M. de Bar ne se prononce pas sur ce dernier point. Mais si la loi du lieu du contrat n'est admise ici comme loi régulatrice des moyens de preuve, qu'en vertu de la maxime *locus regit actum*, s'il est vrai, comme l'affirment beaucoup d'auteurs (1), que cette maxime soit facultative, par la raison qu'elle ne serait introduite que pour l'avantage des parties, s'il est exact, comme le dit de Bar, que cette matière soit régie par la loi à laquelle est soumis le droit matériel, l'effet de la convention, il semble qu'il faille en conclure que les parties de même nationalité peuvent aussi se prévaloir des dispositions de leur loi nationale commune. De Bar fait observer que l'application de la *lex loci actus* est conforme à la légitime attente des parties, à la bonne foi, parce qu'elles ont dû s'attendre à ce que les moyens de preuve autorisés par les lois locales seraient seuls admis et seraient tous admis en cas de contestation, (et cette considération n'est pas sans importance, bien que la maxime *locus regit actum* ne repose pas sur la soumission volontaire). Or, l'application de leur loi nationale commune serait tout aussi conforme, et plus conforme dans certains cas, à leurs prévisions et à leur attente.

1030. — Toutefois, si l'application alternative de la loi du lieu du contrat, ou de la loi d'une nationalité commune, suivant que l'une ou l'autre est plus favorable à la validité de l'acte, se conçoit très bien dès qu'il s'agit des formes des actes, elle peut présenter des difficultés s'agissant de l'admissibilité de la preuve par témoins, par exemple si la loi du lieu n'admet pas la preuve par témoins contre la teneur d'un acte authentique, tandis que la loi nationale des parties l'admet ou *vice versa*. On peut arriver à ébranler singulièrement la force probante qu'une

(1) Asser, par exemple (p. 64), qui n'en fait pas cependant l'application à la question d'admissibilité des moyens de preuve.

maxime d'utilité publique a fait reconnaître à un acte rédigé dans les formes prescrites par la loi locale, si l'on consent qu'elle soit détruite par des témoignages en vertu de la loi nationale des parties. Nous n'y verrions pas d'insurmontable obstacle, si la règle ancienne était fondée uniquement sur des considérations tirées de l'intention présumée des parties, de leur légitime attente, bien que cette attente soit assez équivoque et douteuse. Mais elle nous paraît reposer sur des considérations d'un autre ordre. Ces considérations que nous avons indiquées plus haut, en développant la règle *locus regit actum*, nous paraissent indépendantes de la volonté des parties, et nous avons essayé de faire ressortir la compétence spéciale et rationnelle du législateur du pays où le fait juridique se produit, pour régler la forme des actes par lesquels il est constaté, et les moyens de preuve auxquels les parties pourront avoir recours. D'après nous, la seule loi applicable en ce qui concerne l'admissibilité des moyens de preuve est en général la loi du lieu du contrat.

1031. — Mais il est incontestable que cette loi cesse d'être applicable dans le pays où le débat s'engage, lorsqu'elle vient à s'y heurter contre des dispositions d'ordre public absolu. Si tel ou tel mode de preuve était rejeté par la *lex fori*, comme immoral et dangereux, on ne pourrait y avoir recours en vertu d'une loi étrangère. Ces cas seront probablement fort rares. Il en est ainsi de la preuve par *congrès*, autrefois admise en matière de séparation de corps pour impuissance. M. de Bar n'admet pas non plus l'application de la loi étrangère, lorsqu'il s'agit d'un moyen de preuve absolument réprouvé par la *lex fori*. M. Asser va plus loin encore. Il fait observer « que dans un procès donné, l'on ne pourra faire usage de preuves autres que celles qu'autorise et règle la loi du for; car celles-ci seules ont leurs formes prescrites par cette loi ».

1032. — Nous croyons de plus devoir rappeler une observation que nous avons faite plus haut et qui présente ici une importance particulière. L'application de la maxime *locus regit actum* nous paraît fort rationnelle, en ce

qui concerne l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsqu'il est constant, ou reconnu qu'il y a *une convention*, qu'il y a *un acte juridique*, et que la discussion s'engage sur sa teneur, sur ses clauses et conditions. Mais supposons que le défendeur dénie toute convention quelconque. Dire qu'il suffit que le demandeur allègue devant les tribunaux du pays A, que la convention a eu lieu dans le pays B, pour que ces tribunaux doivent admettre la preuve par témoins, en vertu des lois de ce dernier pays, c'est baser l'application de ces lois sur ce qui n'est encore qu'une hypothèse ou une allégation. Nous pensons néanmoins que les usages du droit international privé comportent l'application de la *lex loci actus*, même dans ce cas. Mais nous hésitons à croire que cette pratique puisse être absolument approuvée. Il semble que logiquement le demandeur, avant de réclamer devant les tribunaux l'application d'une loi étrangère, devrait prouver qu'il est dans les conditions nécessaires pour pouvoir s'en prévaloir, et qu'il ne pourrait faire cette preuve que de la manière autorisée par la *lex fori*. Peut-être toutefois une dérogation aux principes rigoureux pourrait-elle se justifier par les raisons de nécessité mêmes, qui constituent un des fondements de la maxime *locus regit actum*.

1033. — Les observations générales que nous venons de faire, nous permettront d'être très bref en ce qui concerne les diverses questions résolues par les art. 1341 à 1348. Tous, à l'exception de l'art. 1343 et, dans une certaine mesure, de l'art. 1346, nous paraissent concerner le droit matériel et non la procédure. Mais l'art. 1343 ne résout qu'une pure question de procédure. Si la loi étrangère, tout en restreignant la preuve testimoniale aux sommes et valeurs n'excédant pas cent cinquante francs, ne contient pas de disposition de ce genre, interdisant à celui qui a formé une demande supérieure tout recours à la preuve testimoniale, même en réduisant la demande à cent cinquante francs, les tribunaux belges n'en seront pas moins tenus, à notre avis, de l'appliquer. Il ne peut être question de l'appliquer,

évidemment, si la loi applicable à la matière autorise indéfiniment la preuve testimoniale. Quant aux art. 1344 et 1345, ils nous paraissent se rapporter au fond, au droit matériel, à la portée véritable de la règle qui restreint la preuve testimoniale, beaucoup plus qu'à la procédure. Il y a quelque doute en ce qui concerne l'art. 1346, qui présente une connexité évidente avec l'art. 1345, dont il est dans une certaine mesure la sanction. Mais nous pensons qu'il se rattache à la procédure en même temps qu'au fond. Il ne peut être question de l'appliquer que si la loi qui règle l'admissibilité de la preuve testimoniale contient une disposition analogue ou semblable à celle de l'art. 1345; mais dès qu'il en sera ainsi, l'art. 1346 pourra s'imposer en vertu de la *lex fori*, qui régit la procédure en général (1).

1034. — Il n'est pas douteux que la forme dans laquelle la preuve doit être reçue ne tienne à la procédure, et qu'à cet égard, par exemple en ce qui concerne la citation des témoins, la manière de les entendre, etc..., il ne faille s'en tenir à la *lex fori*. Mais il peut y avoir doute relativement à l'admissibilité des causes de récusation ou de reproches, aux causes d'incapacité et aux dispenses. M. Asser fait très justement observer que les causes d'incapacité ne concernent pas uniquement l'intérêt privé des parties, et que la loi qui déclare certaines pesonnes incapables de déposer en justice est d'intérêt public (2). L'Institut de droit international a cependant voté *sur sa proposition* une résolution aux termes de laquelle la capacité des témoins, doit être appréciée d'après la *lex loci contractus*, avec cette réserve qui allait de soi : « sauf les exceptions que les Etats contractants jugeraient convenable de mentionner dans les traités ». On peut faire observer tout d'abord qu'il eût été utile de mentionner les exceptions désirables en cette matière, et M. de Bar critique cette réserve comme dépourvue de portée (3). La

(1) Cet article ordonne de former par un seul exploit toutes les demandes non entièrement justifiées par écrit.
(2) Asser et Rivier Op. cit. p. 170.
(3) De Bar. Op. cit., T. II, p. 376.

critique nous paraît excessive. L'Institut a voulu marquer qu'il ne considérait pas le principe comme devant être adopté d'une manière absolue. Mais les exceptions qu'il comporte sont variables d'après les circonstances. La distinction que M. de Bar suggère entre la prohibition de témoignage *in abstracto*, et celle relative à des matières spéciales, ne nous paraît pas très claire. Peut-être a-t-il voulu dire que la loi personnelle, c. c., la loi nationale du témoin n'en continuera pas moins à régir sa capacité, en tant qu'elle dépendra d'une cause générale de capacité ou d'incapacité, de l'âge, par exemple. Cela est exact en tant qu'il s'agira d'apprécier si un individu est majeur ou mineur, fort douteux quand il s'agira de déterminer les conséquences qui en résultent au point de vue du droit de déposer en justice, lorsque la loi exige avec précision un âge déterminé. En ce dernier point, il nous semble qu'il y a lieu d'appliquer la loi du lieu du contrat. M. Asser, en proposant à l'Institut la résolution rapportée ci-dessus, semble avoir songé à un autre genre d'incapacité. Le procès-verbal de la délibération porte : « M. Asser reconnaît les exceptions qui peuvent se produire, lorsque certaines personnes sont dispensées, par exemple à cause du secret professionnel ou de raisons de famille, de déposer en justice. Ce sont là de vraies raisons d'ordre public (1). » D'où il suit, semble-t-il, qu'en cas pareil, il y aurait lieu d'appliquer la *lex fori*, comme on le fait en Angleterre. Mais n'y a-t-il pas dans cette observation de M. Asser une certaine confusion entre les causes d'incapacité ou de reproche, et les motifs de dispense? Il nous semble qu'il aurait pu citer avec plus de raison l'incapacité résultant d'une condamnation pénale prononcée dans le pays où le procès s'engage. Voilà bien une incapacité se rattachant à l'ordre public. Pour ce qui nous concerne, nous estimons que l'opinion émise par M. Asser dans son ouvrage est trop absolue, et la résolution de l'Institut ne nous paraît pas non plus irréprochable. Il faut, selon nous, dis-

(1) *Annuaire de l'Institut*, 1878, p. 50.

tinguer. L'incapacité établie par des raisons d'ordre public indépendantes de la nationalité des témoins, comme sanction pénale par exemple, pourra être admise en vertu de la *lex fori* seule, devant laquelle s'effacent dans ce cas les intérêts des parties. Sinon l'on appliquera la *lex loci actus* combinée avec la loi nationale du témoin, chaque fois qu'il s'agira de fixer la minorité ou le rapport de famille d'où dériverait l'incapacité. L'incapacité dérivant d'une condamnation pénale peut, du reste, donner lieu à des questions délicates. S'il s'agit d'un témoin belge, elle résultera évidemment en Belgique de toute condamnation prononcée contre lui dans notre pays, lorsque la loi y attache cet effet. Mais nous ne saurions admettre que, s'agissant d'un Belge, elle puisse résulter d'une condamnation pénale prononcée en pays étranger, laquelle ne saurait avoir aucun effet en Belgique (1).

On va plus loin en Amérique, et l'on admet, nonobstant le lien fédéral qui unit les divers Etats de l'Amérique du Nord, que la sentence rendue dans un de ces Etats, n'emporte point incapacité de témoigner dans un autre, sauf au jury à tenir compte des précédents moraux du témoin (2). Peut-être serait-il fort sage de consacrer par des conventions internationales une pratique différente. Si l'incapacité, d'autre part, ne résulte que de l'âge, il nous semble, qu'elle ne se rattache pas assez intimement à l'ordre public pour s'opposer à ce que l'on reçoive le témoignage de personnes assez âgées pour déposer, d'après la loi du lieu du contrat; il ne s'agit que d'un ordre public essentiellement relatif. La question est de savoir si les déclarations de ces témoins suffisent oui ou non pour prouver le fait juridique : elle se rattache à l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve. La nationalité du témoin pourrait être prise en considération, si tout dépendait de la minorité ou de la majorité du témoin sans fixation d'un âge précis. La loi du lieu du contrat devrait être prise également en considération, si le témoignage de certains

(1) Bonnier. *Traité des preuves*, n° 933.
(2) Greenleaf. T. I, p. 496, cité par Bonnier.

parents était exclu d'une manière absolue, de telle sorte qu'il n'y aurait pas seulement cause de reproche, mais incapacité véritable. A plus forte raison admettons-nous, avec M. Asser cette fois, que les causes de récusation ou de reproche sont régies par la loi du lieu du contrat.

1035. — Quant aux dispenses, nous nous trouvons également d'accord avec le savant auteur pour admettre qu'elles reposent en général sur des motifs d'intérêt public, d'ordre moral, plus respectables que l'intérêt privé des parties en cause. Le médecin, l'avocat, le prêtre catholique ne pourront être forcés de déposer au mépris du secret professionnel ou du secret de la confession, là où l'obligation morale ou légale de garder ce secret est reconnue, quel que soit le lieu où le fait juridique s'est accompli. Il importera peu que le législateur ait jugé, à propos de protéger ce secret au moyen d'une simple dispense, ou en établissant une incapacité proprement dite. Dans l'un et l'autre cas, c'est un intérêt de moralité publique qui est en cause. Le secret *pourra* ou *devra* être gardé, et la conscience du témoin sera protégée en vertu de la loi du for contre des investigations indiscrètes.

1036. — Dans la section III, livre III, titre III, le Code traite des présomptions.

L'art. 1349 du Code civil, en définissant les présomptions, trace en même temps la distinction entre les présomptions légales et les présomptions judiciaires : ce sont des conséquences que la *loi ou le magistrat* tire d'un fait connu à un fait inconnu. Et le Code traite des premières aux art. 1350 à 1352, des secondes à l'art. 1353. Si l'admissibilité de tel ou tel moyen de preuve, l'admissibilité de la preuve testimoniale, par exemple, dépend en règle, comme c'est l'opinion générale et comme nous croyons l'avoir démontré, de la loi du lieu où le contrat s'est formé, il doit en être de même des présomptions, et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les présomptions légales et les présomptions de l'homme. Le principe est formellement consacré, nous l'avons vu, par le Code italien, par le nouveau projet de Code belge, par la juris-

prudence et par la doctrine la plus récente. Laurent, Weiss, Duguit en font l'application à la matière des présomptions, en déclarant que leur admissibilité dépend *de la loi qui doit être appliquée à la solution du fond du litige* (1). Or, la loi qui doit être appliquée au fond du litige est en général, d'après ces auteurs, la loi du lieu du contrat, de sorte que les conséquences de cette opinion sont ordinairement les mêmes, que celles du principe qui attribue directement à la loi du lieu du contrat compétence, aux fins de déterminer les modes de preuve auxquels on peut recourir. Il n'en est cependant pas ainsi toujours, et il importe de signaler de sérieuses divergences qui peuvent naître de ces différentes manières de formuler le principe. Si la loi du lieu du contrat ne doit l'emporter au point de vue de la détermination des moyens de preuve que *comme régissant le fond du contrat, le fond du droit*, il en résulte que la preuve sera régie par la loi de la nationalité commune des parties, si la substance du contrat est régie par cette dernière loi en cas de nationalité commune. Et pour beaucoup d'auteurs, la substance du contrat est quelquefois régie par cette dernière loi ; d'après d'autres, par la loi du domicile commun ; d'après d'autres, par la loi du domicile du débiteur, etc... Or, la plupart des auteurs et la jurisprudence proclament d'une façon bien plus nette, bien plus absolue, la prédominance de la loi du lieu du contrat en ce qui concerne l'admissibilité des moyens de preuve. Nous avons indiqué plus haut les formules du Code italien, du projet de Code belge, des résolutions de l'Institut, et l'on considère cette règle comme se rattachant à la maxime d'après laquelle l'acte est régi, quant à la forme, par la loi du lieu où il est passé. Nous persistons à donner la préférence à cette formule plus précise et plus nette. La restriction à laquelle le projet belge subordonne la règle, en permettant aux parties de même nationalité de recourir en outre aux modes de preuve autorisés par leur loi commune, nous paraît plus inadmissible

(1) Laurent. T. VIII, p. 88. — Weiss. p. 810. — Duguit. p. 127.

ici que dans les autres matières. Il se peut en effet que l'on se trouve en présence de présomptions contradictoires, l'une résultant de la loi du lieu du contrat, l'autre de la loi nationale. Comment les appliquer cumulativement, si l'une est invoquée par le demandeur, l'autre par le défendeur? Le débat sera sans issue. Nous nous prononçons pour la loi du lieu du contrat en règle, et sauf certaines exceptions.

1037. — Certains auteurs distinguent. Bonnier[1] n'admet pas l'autorité extraterritoriale des présomptions *légales* en matière de contrats. Il ne l'admet que pour les présomptions de l'homme. « Il semble » dit-il, « que le tribunal ne saurait être astreint à suivre la présomption puisée dans une loi étrangère qu'au cas où elle se rattacherait au statut personnel, comme la présomption de paternité pour le mari. Dans toute autre hypothèse nous pensons avec M. Story (1630ª) que la présomption légale ne peut être puisée que dans la loi du pays où l'affaire est jugée. » Nous considérons cette distinction comme inadmissible, et le motif sur lequel elle est fondée comme peu sérieux. Pour mieux dire, elle n'est pas motivée du tout, si ce n'est sur une impression dont on s'abstient d'indiquer la raison d'être, il *semble*... Pourquoi le tribunal ne pourrait-il être astreint à suivre la loi étrangère à cet égard, puisqu'il est contraint de la suivre, en général, en ce qui concerne la preuve? D'autres autorités, Brocher et de Bar[2], distinguent également, mais c'est pour arriver à des conclusions diamétralement contraires. D'après ces auteurs, on applique la loi du contrat, et spécialement celle du *lieu du contrat*, s'agissant de présomptions légales, la *lex fori* lorsqu'il s'agit des présomptions humaines. Nous ne pouvons davantage admettre la distinction sous cette autre forme. De Bar se fonde sur ce que les *presumptiones hominis* ne sont pas autre chose que des inductions fondées sur l'expérience, et aussi, fréquemment, sur la psychologie. « Vouloir limiter le pouvoir d'appréciation du juge

(1) Bonnier. Op. cit., nº 934.
(2) Brocher. *Nouveau traité de dr. int. privé*, p. 291. — De Bar. Op. cit., T. II, p. 384.

à cet égard d'après une loi étrangère, ce serait lui ravir l'appréciation de la preuve. L'attente légitime des parties à raison de la *lex loci actus* ou *contractus* n'est pas trompée par l'application en ce point de la *lex fori* ou des usages du for : ces déductions sont, dans le territoire même, assujetties à des modifications ou à des développements continus. Ce serait, du reste, une impossibilité pratique presque absolue que de forcer ainsi un tribunal à apprécier la preuve d'après les idées d'un autre tribunal, d'un tribunal étranger, c'est-à-dire en certaines circonstances de faire violence à ses convictions intimes. L'assimilation non justifiée de ces deux espèces de présomptions est peut-être le motif réel de la diversité des opinions qui se sont formées au sujet de cette théorie. »

1038. — Nous avons tenu à reproduire littéralement le raisonnement du savant jusisconsulte. Nous ne savons cependant si nous nous faisons illusion. Mais il nous paraît que sur certains points, il exagère arbitrairement les conséquences de l'application en cette matière de la *lex loci contractus*, et que, sur d'autres, toutes ses observations s'appliqueraient avec autant de raisons en ce qui concerne les présomptions légales. Il n'est pas question de dépouiller le juge du droit de former sa conviction d'après sa conscience, et les présomptions humaines l'enchaînent beaucoup moins que les présomptions légales. Il n'est pas tenu de baser ses présomptions sur les mêmes faits que le juge étranger. Que les tribunaux de quelque pays étranger aient par exemple à examiner, s'ils peuvent admettre comme prouvée par présomptions une convention faite en Belgique ! Il est bien vrai qu'ils ne pourront admettre ce mode de preuve que quand la loi admet la preuve par témoins ; mais cela n'est pas plus exorbitant que ce qui est généralement reconnu quant à la recevabilité de la preuve par témoins elle-même. Il est bien vrai que la loi ne leur permet d'admettre que des présomptions graves, précises, concordantes : mais ils décideront avec une indépendance complète s'il y a des présomptions graves, précises et concordantes. Il ne s'agit pas de leur imposer l'obligation

d'apprécier la preuve d'après les idées d'un tribunal étranger.

1039. — C'est en réalité l'application des présomptions légales consacrées par la loi du lieu du contrat, qui peut présenter quelque difficulté, bien qu'elle doive être admise en principe, quand ces présomptions jouent réellement le rôle d'une preuve, quand elles ont pour effet de dispenser l'une des parties de la preuve en matière de conventions. Il est nécessaire de les parcourir rapidement pour s'en convaincre. L'art. 1350 cite d'abord les présomptions de fraude aux dispositions de la loi, résultant de la nature de certains actes, et entraînant la nullité de ceux-ci. Telles sont, par exemple, les présomptions d'interposition de personnes établies par les art. 911 et 1100 du Code civil en matière de donations. L'art. 911 répute faites par personne interposée au profit d'un incapable, et annule en conséquence les libéralités faites au père, à la mère, aux enfants descendants ou époux de l'incapable. Un Belge fait une donation au profit du père d'un incapable, Belge également, dans un pays où cette présomption n'existe point. Les tribunaux belges n'hésiteraient point, pensons-nous, à appliquer la présomption, bien que le contrat n'ait pas été fait en Belgique, et ils auront raison. L'ordre public belge est intéressé, et bien qu'il ne s'agisse sans doute que de l'ordre public interne, les Belges en pays étranger n'en sont pas moins liés par ses dispositions. Si la question se présentait devant les tribunaux étrangers, elle serait plus délicate sans doute, mais nous pensons qu'elle devrait être résolue de la même manière. Pareilles présomptions se résolvent en définitive en une véritable incapacité de recevoir, qui frappe certains parents de la personne incapable, et le législateur a compétence pour régler la capacité et l'incapacité de recevoir de ses nationaux, au moins entre eux. Il importe à l'harmonie du droit que ces prescriptions soient respectées, même en pays étranger[1]. Mais le § 2 de l'art. 1350

(1) Il en est ainsi en théorie. Mais en fait on appliquerait peut-être la loi qui régit la succession.

concerne les cas dans lesquels la loi « déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ». Les art. 1282 et 1283 fournissent des exemples de présomptions de ce genre. On appliquera, d'après nous, la loi du lieu du contrat. Il en sera même ainsi, d'après nous, de la présomption de libération sur laquelle repose évidemment la prescription établie par les art. 2271 à 2273 du Code civil.

1040. — Le § 3 de l'art. 1350 concerne l'autorité de la chose jugée, et l'art. 1351 précise les conditions auxquelles est subordonnée cette autorité. Ici encore le principe de l'application de la *lex loci contractus* présente des difficultés particulières, parce qu'il doit être combiné avec d'autres principes et peut se heurter contre ceux-ci. L'exception déduite de l'autorité de la chose jugée définitivement, la présomption de vérité qui s'y attache est sans doute reconnue dans toutes les législations. Mais les conditions auxquelles elle est subordonnée peuvent différer. Il nous paraît indubitable que, lorsque ces conditions seront réunies d'après la *lex fori*, et lorsque l'on se basera sur une décision définitive et irrévocable rendue dans le pays même où la nouvelle instance est engagée, elle devra être accueillie. Il est trop clair que la présomption est basée sur des motifs d'ordre public. Devra-t-elle l'être également, si, tout en étant basée sur une décision irrévocable rendue dans le pays où l'instance nouvelle est engagée, elle ne réunissait pas les conditions auxquelles elle est subordonnée d'après les lois de ce pays, tout en satisfaisant aux conditions exigées par la loi du lieu du contrat? C'est un aspect tout différent de la question. Il peut être d'ordre public que les tribunaux repoussent une action en se fondant sur l'exception de chose jugée, quand elle est pleinement justifiée d'après la loi du for; il n'est pas d'ordre public qu'ils jugent le fond, quand, d'après la loi du lieu du contrat, la preuve du non fondement de l'action est acquise. En résumé, l'exception de chose jugée devra être admise, quel que soit le lieu du contrat, chaque fois qu'elle doit l'être d'après la loi du for; elle devra l'être en

outre dans les cas où elle est établie par la loi du lieu du contrat, lorsqu'elle est basée sur un jugement rendu dans le pays où on l'oppose.

1041. — Mais l'exception de chose jugée peut-elle être déduite d'une décision étrangère sans une sentence préalable d'exequatur? Nous rencontrons ici une des questions les plus difficiles du droit international privé. Bien qu'elle se rattache à la procédure autant qu'au droit matériel, nous ne croyons pas pouvoir nous dispenser de l'examiner. Pendant bien longtemps on n'a établi, au point de vue de l'effet extraterritorial des jugements, aucune distinction entre leur force exécutoire et l'exception de chose jugée. Plusieurs des postglossateurs, Balde et Salicet, par exemple, admettaient sans réserve que les jugements étrangers produisaient effet en dehors du territoire, même au point de vue de leur force exécutoire. Mais cette opinion était fondée sur la théorie de la subordination des divers Etats au droit romain, et à l'Empire Romain, étendue plus tard à leur subordination à l'empereur ou au pape. On supposait donc un lien juridique entre les divers Etats, un devoir d'assistance réciproque, et l'on appliquait à la solution de la question des textes de droit Romain, visant une situation politique toute différente. Plus tard, lorsque cette espèce de mirage scientifique s'évanouit, lorsque l'indépendance des Etats s'affirme plus fortement, en même temps que l'idée de la territorialité de leur pouvoir, on n'admet plus l'exécution des jugements étrangers qu'en vertu de la *Comitas gentium* (1). Bourgogne mérite une mention particulière. Il n'admet proprement, comme produisant des effets en dehors du territoire que les jugements étrangers en matière de statut personnel: « *nam mihi quidem sola illa quae de statu personae fertur, explicari vires extra territorii limites videtur* ». Tels les sentences d'infamie, les jugements d'interdiction, l'excommunication: « *quia personae statum afficit, loco non circumscribitur, sed tanquam cica-*

(1) Paul Voet. *De statut.*, X c. 14.—Jean Voet *De statutis*, §7.—Huberus. §6.

trix personae adhaeret, quocunque loco constituta[1] ». Il n'est pas tout à fait exact, comme l'a soutenu De Bar[2], qu'il ait distingué à cet égard entre les actions personnelles, réelles et mixtes. C'est bien une action personnelle que celle qui a pour objet la condamnation d'une personne à faire quelque chose. Et qu'en, dit-il : « *Ultra jurisdictionem tamen effectus sententiae ad executionem debilis est et languidus, quia coerceri sine venia judicis ejus provinciae ubi versatur condemnatus non potest.* » Ceci est des plus remarquables ; car Bourgogne ne dit pas que la sentence étrangère, en ces matières, soit dénuée de tout effet, mais seulement que son effet est *debilis et languidus ad executionem;* et pourquoi? Parce que le condamné ne peut être contraint sans l'autorisation du juge du pays où il se trouve. L'auteur ne parle pas de ce que la *Comitas gentium*, la courtoisie internationale, exigerait à cet égard. La doctrine de Bourgogne nous paraît, en somme, exactement conforme à celle de certains arrêts, et de plusieurs auteurs français et belges, doctrine que Laurent résumait en 1869 de la manière suivante : « Les auteurs s'accordent à dire que les art. 2126 du Code civil et 546 du Code de procédure ne sont pas applicables à l'interdiction, parce que le motif pour lequel les jugements étrangers ne sont pas exécutoires en France ne concerne pas l'état des personnes. Ce que le législateur a voulu défendre c'est *l'exécution forcée* sur les personnes et les biens du débuteur. Quant à l'état, peu importe qu'il résulte d'une loi ou d'un jugement : dès qu'il est légalement établi dans le pays auquel la personne appartient, il forme un statut personnel, et il suit la personne partout où elle réside. » N'est ce pas la doctrine de Bourgogne?

1042. — Certes, Laurent s'exprimait d'une manière trop absolue, quand il disait que les auteurs s'*accordent sur cette solution*. La seule autorité qu'il ait citée en faveur de cette doctrine est celle de Merlin. Or, nous avons vainement cherché dans Merlin l'expression de cette opi-

(1) Burgundus. *Tract.*, III, 12 et 13.
(2) De Bar. Op. cit., T. II, p. 414.

nion. Voici comment il s'exprime au sujet de cette question (*Rép.*: v° *Faillite et banqueroute*, sect. II, §2, art. 10). « Le grand principe de l'ancien droit civil, ou plutôt le principe éternel du droit des gens, auquel l'art. 546 du Code de procédure civile n'a fait que donner une nouvelle sanction, *est trop général* pour ne pas s'appliquer aux jugements rendus *sur des questions d'état* comme aux jugements rendus sur d'autres matières. » C'est donc le contraire. Laurent aurait pu citer Demolombe, bien qu'il ne s'exprime que d'une manière plus ou moins dubitative (T. I, n° 103), ainsi que Demangeat, qui ne justifie son opinion par aucune considération juridique. Mais à part ces autorités qui, comme lui, placent leur thèse sous le haut patronage de Merlin, il n'y en avait pas qui lui fussent favorables. Fœlix est d'un avis contraire (1). Chauveau sur Carré et Mailher de Chassat combattent cette distinction en termes énergiques (2). Et Mailher cite dans les termes suivants une décision rapportée par Merlin : « C'est conformément à ces principes qu'on a vu, avant la Révolution, le prince Maximilien-Guillaume-Adolphe de Nassau déclaré bâtard adultérin en Allemagne par un arrêt du Conseil aulique de Vienne, du 3 octobre 1746, et reconnu légitime en France par un arrêt contradictoire du parlement de Paris confirmatif d'une sentence du Châtelet, du 31 janvier 1756... » Mais l'opinion de Laurent et de Demolombe, placée sous le patronage faux ou douteux de Merlin, n'en a pas moins fait son chemin, et l'on peut dire qu'elle est généralement acceptée aujourd'hui par la jurisprudence belge et française. Elles en ont fait de fréquentes applications, notamment en ce qui concerne l'autorité des jugements déclaratifs de faillite rendus en pays étranger relativement à la capacité du failli et à la qualité du curateur.

1043. — Les motifs sur lesquels ils se fondent nous paraissent cependant assez faibles. Ce que le législateur

(1) *Traité du droit international privé*, 4e édit., n° 365.
(2) Chauveau. *Quest.*, 1899, 2e — Mailher. *Traité des statuts*, édit. de 1845, n° 169, p. 226.

a voulu défendre, d'après Laurent, c'est l'exécution forcée sur la personne et les biens du débiteur, et ce motif ne concerne point l'état des personnes. On pourrait répondre qu'il n'est guères juridique de créer ainsi une exception à des textes de loi d'une portée très générale, en se fondant sur le motif plus ou moins hypothétique qui aurait inspiré le législateur. On pourrait répondre que les travaux préparatoires semblent attribuer au législateur une pensée toute différente, et que, d'après les rapports de Réal et de Favart, il a entendu refuser aux jugements étrangers non-seulement l'exécution forcée sur la personne et les biens du débiteur, mais toute exécution quelconque sur le sol national. Il est vrai que Laurent ajoute : « il importe peu que l'état d'une personne résulte d'une loi ou d'un jugement, et dès qu'il est légalement établi dans le pays auquel la personne appartient, il forme un statut personnel et suit la personne partout où il réside ». Mais c'est précisément ce qu'il faudrait démontrer. L'art. 3 du Code civil ne concerne que les lois, l'art. 546 du Code de procédure concerne *tous les jugements*. Et l'on se demande comment il est possible de dire qu'il importe peu que l'état d'une personne résulte de la loi ou d'un jugement, quand on compare ces deux textes.

MM. Asser et Rivier ne mentionnent point la distinction dont il s'agit. Ils divisent en trois groupes les législations actuelles relatives à l'exécution des jugements étrangers : les unes refusant aux jugements étrangers toute force exécutoire, ou ne la leur accordant qu'après revision du fond ; d'autres permettant au juge national de donner l'exequatur sans revision, moyennant certaines conditions, telles que la réciprocité, la compétence du juge étranger, etc., d'autres enfin refusant l'exequatur contre les régnicoles et l'accordant contre les étrangers. Les législations de la 2e catégorie sont les plus nombreuses [1]. Les premières comprennent le droit suédoiset

(1) Code allemand de pr. civile, §§ 660 à 664, autrichien, espagnol (pr. civ., 1855); italien (pr. civ., 941, Code civ. 10 et 12); roumain (proc. civ., 374); russe (proc. civ., 1273 et 1281, Droit anglais, *J. de dr. int. pr.*). — Alexandre. T. V et VI, et Piggott, T. X; Droit américain. — Coudert. Même recueil, T. VI.

norvégien, et le droit danois (refus absolu d'exequatur), le droit hollandais, et le droit français (revision du fond). La législation grecque appartient à la 3e catégorie, et en Suisse il existe divers systèmes modifiés par une convention conclue avec la France. Mais MM. Asser et Rivier mentionnent un quatrième système qui doit appeler spécialement notre attention : celui qui a été proposé par M. Fiore, et qui distingue entre *l'exécution* laquelle serait accordée sous certaines réserves, et *la reconnaissance de la chose jugée* (1). Ils ajoutent que ce système qualifié par son auteur : « *certamente il piu razionale e il piu liberale* », n'est, à leur connaissance, admis par aucune législation actuellement en vigueur, et ne lui font pas l'honneur d'une réfutation plus complète.

1044. — Ce qu'il y a de bizarre c'est que ce dernier système préconisé dans une brochure récente intitulée : *Questioni di diritto internazionale privato*, et publiée en 1892 a eu plus de fortune, et reçu une portée plus large que ne lui en attribuait son auteur. Il est vrai que, dans cette brochure, Pasquale Fiore s'est spécialement placé au point de vue du droit positif italien, plutôt qu'au point de vue du droit international théorique ou rationnel. Des autorités des plus sérieuses se sont prononcées aujourd'hui en faveur de la distinction dont il s'agit. Weiss n'hésite pas à l'admettre (2) et cite en ce sens de nombreux auteurs. Il reconnaît sans restriction qu'en ce qui touche l'*autorité de la chose jugée*, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit reconnue *de plano* au jugement étranger en dehors du pays où il a été rendu. L'indépendance de l'Etat sur le sol duquel ce jugement est invoqué n'est pas en cause ; le concours matériel de ses agents n'est pas réclamé. Mais M. de Bar surtout s'occupe longuement de cette question dans son excellent traité ; et il met en pleine lumière les déplora-

(1) *Effetti* etc., pp. 49 et 50

(2) Weiss. Op. cit., p. 817. — Massé. Op. cit., T. II, nº 800. — Bonfils. p. 232. — Thévenet. *De l'autorité et de la force exécutoire de jugem. étrangers en France*, etc... Paris, 1880. — Labbé. Note dans Sirey, 1865, 2, 60. — Ch. Daguin. Op. cit., pp. 43 et ss. — V. aussi Fiore déjà cité. — De Bar. Op. cit., T. II, pp. 417 et ss., et les autorités citées par lui.

bles conséquences qui résulteraient de la théorie d'après laquelle les jugements étrangers ne sont considérés en principe que comme le néant, et comme dépouillés de tout effet quelconque, de toute autorité, lorsque le débat est porté devant les tribunaux d'un autre pays. On devrait dans ce cas aller jusqu'à dire que lorsque la compétence du tribunal étranger est indiscutable, lorsqu'une partie lui a soumis volontairement le litige, lorsqu'elle a été condamnée, lorsque la sentence a été exécutée en pays étranger, elle pourrait porter le même débat devant les tribunaux d'un autre pays, former contre la partie adverse une action en restitution, *condictio ex injusta causa*, qui, si elle était accueillie, serait peut-être suivie d'une autre *condictio ex injusta causa* dans le pays où a été rendue la première sentence. « Ce serait un *circulus inextricabilis*, et une véritable guerre de la justice d'un Etat contre la justice d'un autre, ou de tous les autres, au grand détriment de la sûreté des relations, et sans autre motif que la présomption arbitraire de la partialité et de l'injustice des tribunaux de tout autre Etat civilisé. Ce serait de plus une prime accordée à la mauvaise foi... » Et M. de Bar cite, pour ce qui concerne spécialement le cas de soumission volontaire des parties à la juridiction étrangère, les paroles du Chief-Justice Erle rapportées dans Piggott, p. 43 : « *It would be contrary to all principles, for the party who had chosen such tribunal, and got what was awarded, to seek a better judgment in respect of the same matter from an other tribunal.* »

Autre chose est de se borner à refuser l'assistance positive et active, autre chose de renverser une situation qui s'est établie en fait sur la base du jugement étranger, et cette distinction essentielle est reconnue, dit de Bar, par la plupart des écrivains[1]. On objecterait vainement que l'exception de chose jugée aboutirait, ou pourrait

(1) Il cite Wheaton. § 147. — Phillimore. § 937. — Piggot. p. 32. — Foote. p. 464. — Westlake. § 314. – Wharton. § 652.—Clunet (*Journal*) 8, pp. 409, 12 et 453, et surtout Weiss, Beauchet (*Journal*) 10, p. 242. — von Martens. § 82. ainsi qu'un arrêt de Lucques du 4 août 1885 (*Journal*) 13, p. 669).

aboutir à une exécution indirecte du jugement étranger. La vérité est qu'elle le laisse subsister, et respecte aussi l'exécution qu'il peut avoir reçue. La puissance publique ne prête son appui ni à l'exécution ni à l'anéantissement de ce jugement. Elle prêterait son aide à son anéantissement, si elle repoussait l'exception de chose jugée opposée à une demande nouvelle.

1045. — Sur quoi repose cette autorité des jugements étrangers? Weiss ne voit, dans le fait d'accueillir l'exception fondée sur un jugement étranger, qu'une chose identique à la reconnaissance de la force probante de tout acte authentique reçu par un officier public étranger. L'analogie est trompeuse et imparfaite. Lorsqu'il s'agit d'une convention proprement dite, le juge n'a à se préoccuper que de ce qui a été réellement stipulé, les conventions formant la loi des parties contractantes. L'acte est le résultat de leurs libres volontés. Le jugement n'est pas le résultat de la libre volonté des parties, mais un acte d'autorité qui tranche un différend entre elles. L'analogie n'existe dans une certaine mesure que lorsque *les deux parties* ont volontairement porté leur débat devant tel tribunal, ou relativement à la partie demanderesse. Mais bien souvent leur choix n'est pas libre, et le choix du défendeur ne l'est jamais, pour ainsi dire. Aussi de Bar repousse-t-il l'idée du contrat judiciaire, comme celle du contrat quasi judiciaire. Il développe assez longuement une théorie différente et d'une certaine subtilité. Le jugement n'est, d'après lui, qu'une *lex specialis* applicable à un cas déterminé. « De même que, dans les cas non litigieux, la loi générale s'impose silencieusement aux volontés des parties intéressées, elle s'impose à elles dans les affaires litigieuses, par l'intermédiaire de la volonté du juge, et si l'on avait une certitude absolue qu'il en est réellement toujours ainsi, c'est-à-dire que le jugement répond toujours exactement à la loi générale, la reconnaissance des jugements étrangers devrait s'en suivre d'après les mêmes principes que ceux admis pour l'application des lois étrangères. » Et il ajoute qu'il faudrait, sans nul doute, poser dans ce cas, en règle

« que si les lois de tel Etat déterminé régisssnt telle réclamation judiciaire, la décision judiciaire ou le jugement rendu dans cet Etat sur cette réclamation doit être reconnu ».

1046.—Nous admirons franchement ce que ce système, dont on trouve l'idée fondamentale et les principales lignes dans divers auteurs : Wharton, v. Martens, Phillimore, Olivi, Calvo, Brocher et surtout Daguin, présente d'ingénieux, et nous le croyons fondé en principe. Seulement, dans la règle qu'il en déduit, M. de Bar oublie que, lorsqu'un rapport juridique est régi par les lois de tel pays, les tribunaux de ce pays n'ont pas nécessairement compétence exclusive par cela même pour appliquer ces lois, et que d'autres tribunaux peuvent avoir compétence à cet égard. Et il importe en outre de remarquer que le jugement, précisément parce qu'il applique la loi à une espèce déterminée, contient quelque chose de plus que la loi, et implique même les mesures d'exécution forcée. En tant que le jugement ne fait que constater le droit, dans ses rapports avec l'espèce qui lui est soumise, on peut l'envisager comme une *lex specialis*. Il n'en est plus ainsi en tant qu'il condamne et autorise des mesures d'exécution. Et telle nous paraît être la base de la distinction entre les effets du jugement, en tant que produisant l'exception de chose jugée, et ses effets quant aux mesures d'exécution. Un excellent auteur français, M. Moreau[1], objecte à la théorie de la *lex specialis* que l'action de la souveraineté territoriale est bien plus intensive, plus immédiate dans le jugement. Nous croyons avoir répondu à l'objection par la distinction que nous venons de faire. On objecte non moins vainement que, s'agissant de *décisions* étrangères, il faut examiner avec plus de soin, que lorsqu'il s'agit *de lois*, si elles ne reposent pas sur des bases inadmissibles, peut-être contraires à notre droit public, si elles ne sont pas le résultat de l'arbitraire ou de l'ignorance. Il est très vrai que l'admission des prin-

(1) Moreau. Op. cit., p. 237.

cipes ci-dessus suppose une certaine confiance des nations dans leurs institutions judiciaires respectives. Ce n'est pas une raison pour méconnaître le principe, entre pays d'une civilisation analogue ou équivalente.

1047. — Nous croyons en tout cas que, pour opposer un jugement étranger, en termes d'exception, à une réclamation sur laquelle il a statué, il n'est pas nécessaire de le faire déclarer au préalable exécutoire. Mais il n'en résulte pas que l'exception de chose jugée doive toujours être accueillie quand elle est fondée sur un jugement même irrévocable. M. de Bar admet lui-même qu'il faut que le tribunal étranger fût compétent. Les tribunaux devant lesquels l'exception est soulevée devront donc examiner cette question. Mais c'est pour lui la seule condition de l'autorité de *res judicata* qu'il revendique pour ces jugements. D'autres auteurs l'exigent également[1]. Est-ce assez? Nous inclinons pour la négative. Tout d'abord il est évident qu'il est nécessaire que le tribunal étranger ne fût pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur ; et cette condition nous paraît même insuffisante. Il est juste d'exiger que le tribunal étranger fût compétent, d'après les principes admis dans le pays où l'exception est opposée. Il faut exiger également que la décision soit passée en force de chose jugée, ou qu'elle soit irrévocable par elle-même et *ab initio*, dans le pays où elle a été rendue. Il est à peine nécessaire de motiver cette condition, lorsque les jugements nationaux ne produisent eux-mêmes l'exception de chose jugée qu'à cette condition, comme c'est le cas, pensons-nous, dans la plupart des pays. Est-il nécessaire qu'une expédition authentique en soit produite? La *lex fori* peut l'exiger, mais cela n'est pas de l'essence de l'exception de chose jugée, fondée sur un jugement étranger. D'autre part, s'il peut être juste d'exiger, quand il s'agit de donner force exécutoire dans notre pays à un jugement étranger, et de prêter l'assistance de notre force

(1) Norsa. *Rev. d. dr. i.*, VIII, p. 642. — Fusinato, pp. 80, 83.

publique à son exécution forcée, même violente, que la décision ne contienne rien de contraire à notre ordre public, ni aux principes de notre droit public, cette condition ne peut être prescrite quand il s'agit simplement de reconnaître le jugement étranger. Et nous ne pensons pas même que nos tribunaux aient à vérifier si les droits de la défense ont été respectés. Ce serait les amener à critiquer l'organisation judiciaire établie dans un pays étranger. A plus forte raison ne peuvent-ils se livrer de nouveau à l'examen et à la vérification du fond.

Il en est tout autrement, lorsque l'on demande aux autorités judiciaires d'un pays de rendre le jugement étranger exécutoire dans ce pays. Il s'agit alors de lui attribuer une force nouvelle, une force qu'il n'a pas en dehors du pays où il a été rendu. Il ne s'agit plus seulement de reconnaître à la décision des magistrats étrangers la même force probante qu'à tout autre acte authentique reçu par un officier public, qu'à un acte sous seing privé même. L'on comprend aisément qu'en cas pareil, avant de se prêter à ce rôle actif, l'autorité judiciaire ait le droit de vérifier même le fond des décisions étrangères. Et ce n'est que dans l'intérêt des bons rapports internationaux, et sous la condition de réciprocité, qu'elle doit se contenter d'examiner si la décision a été rendue dans des conditions présentant certaines garanties au point de vue de la bonne administration de la justice. Tels sont les principes qui nous paraissent avoir des chances sérieuses de prédominer en cette matière. Ils constituent une espèce de transaction entre deux théories extrêmes, celle de plus en plus répandue, d'après laquelle les décisions définitives rendues en pays étranger produisent indistinctement l'exception de chose jugée, celle d'après laquelle il faut toujours une sentence d'exequatur.

1048. — Jetons maintenant un coup d'œil sur le droit international positif. Aucune législation n'établit, disent MM. Asser et Rivier, la distinction dont parle Fiore. Cela est il bien exact?... Il est vrai qu'aucune, à notre connaissance, ne l'établit en termes exprès; mais

la question est de savoir, si elle s'y trouve implicitement admise. Notons d'abord que, si la jurisprudence admet en Belgique que les sentences étrangères rendues en matière de questions d'état n'ont pas besoin d'exequatur, c'est *par le motif qu'elles ne comportent pas de mesures d'exécution forcée*, et cela est vrai dans la plupart des cas. « Ce que le législateur a voulu défendre » dit Laurent, « c'est *l'exécution forcée* sur la personne et les biens du débiteur. » Mais l'exception de chose jugée n'implique par elle-même aucune mesure d'exécution. Il est vrai qu'on justifie cette jurisprudence par un autre motif encore. « Peu importe que l'état résulte d'une loi ou d'un jugement; » dit Laurent, « dès qu'il est légalement établi dans l'Etat auquel la personne appartient, il forme un statut personnel et la suit partout où elle réside. » Et M. Moreau affirme que « l'homme emporte avec lui ses attributs juridiques ». Nous avons vu qu'en ce qui concerne l'effet de la détermination de ses attributs juridiques, de son statut, *par un jugement*, il n'y a là qu'une simple affirmation, laquelle ne peut trouver sa justification que dans la théorie mentionnée plus haut, et sous les réserves que nous y avons jointes. Aussi l'ancienne jurisprudence française, et la jurisprudence belge plus récente ont-elles respecté la chose jugée s'agissant de décisions étrangères [1]. N'en est-il pas de même en Italie? Mais, dans ce pays, la plupart des auteurs les plus récents admettent plus largement que ne le fait Pasquale Fiore lui-même la force de chose jugée, l'exception de chose jugée fondée sur des décisions étrangères. Pour ce qui concerne l'Angleterre, nous avons rapporté plus haut les paroles du *Chief-Justice* Erle; nous avons cité les autorités anglaises et américaines. — Le célèbre jurisconsulte russe Martens adopte la théorie exposée plus haut en ce qui concerne la nature des décisions judiciaires, et dit nettement que la reconnaissance d'une décision judiciaire est aussi bien un devoir juridique de tout Etat civilisé, que l'obli-

(1) Haus. Op. cit, p. 371, nº 129.

gation de reconnaître les lois étrangères... *Nier ce devoir ce serait nier le droit international privé.* »

L'affirmation est peut-être un peu excessive, mais il est visible qu'en Russie non plus, on ne considère pas la distinction dont il est question comme incompatible avec la législation positive. En Allemagne, la question est fort discutée. M. de Bar reconnaît que la jurisprudence allemande actuelle n'admet pas, qu'il existe pour les Etats une obligation internationale de reconnaître ou de faire exécuter les jugements étrangers, et qu'elle interprète autrement qu'il ne le fait, le § 661 de l'ordonnance de procédure civile allemande. Il analyse et reproduit les motifs de la décision du Sénat civil du 29 janvier 1882, sur laquelle repose cette jurisprudence (1). Mais la plupart des auteurs s'y sont ralliés. En Autriche-Hongrie, l'*exceptio rei juricatae* n'est admise que sous des conditions identiques à celles exigées pour que l'on puisse obtenir l'exequatur, et ces conditions sont que le tribunal dont émane le jugement étranger fût compétent, que sa décision ait acquis force de chose jugée dans le pays étranger, et la réciprocité. Mais il ne semble pas que l'examen de ces conditions exige une instance spéciale et préalable en exequatur (2), lorsqu'il s'agit uniquement de l'exception de chose jugée. C'est le tribunal devant lequel cette exception est soulevée, qui examine si le jugement étranger réunit les conditions nécessaires pour qu'elle soit admise. La condition de compétence et la condition qu'il s'agisse d'une décision passée en force de chose jugée s'imposent. La question de savoir si la réciprocité sera exigée est une question de législation intérieure, et qui peut être décidée dans un sens affirmatif, ne fût-ce qu'en vue d'amener un accord, sans qu'aucun principe essentiel en soit blessé.

1049. — Nous croyons en avoir assez dit sur l'exception de la chose jugée. Nous n'avons pas à examiner ici à quelles conditions le tribunal étranger, dont le jugement émane, sera considéré comme compétent. Nous dirons

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 421.
(2) Jettel. *Handbuch* etc., p. 164.

seulement qu'il est évident qu'il faut qu'il le soit, d'après les principes admis par la législation de l'Etat où l'exception est opposée, et c'est l'opinion générale. Faut-il, en outre, comme le disent MM. Asser et Rivier, lorsqu'il s'agit des conditions de l'exequatur, qu'il le soit d'après la législation de l'Etat où le jugement est intervenu? Nous pensons qu'on ne saurait l'exiger en principe. Il nous semble que, si les tribunaux du pays où le jugement a été rendu, étaient compétents au point de vue des principes admis là où l'exécution est poursuivie, on doit s'en référer à ce qu'ils ont décidé, en ce qui concerne leur compétence au point de vue de leurs propres lois. Mais, la question se rattachant à la procédure, nous ne pouvons nous en occuper en détail.

1050. — L'art. 1350, al. 4°, range parmi les présomptions légales : la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. Il ne s'agit pas ici de véritables présomptions, à moins que toutes les preuves en général ne soient qualifiées de présomptions, et que l'on n'appelle de ce nom les témoignages mêmes. Laurent fait remarquer que l'erreur de l'art. 1350 à cet égard est, du reste, corrigée par un autre article, l'art. 1316, qui, en énumérant les preuves, place l'aveu et le serment à côté des présomptions et de la preuve testimoniale et littérale, comme des moyens légaux de preuve[1]. L'aveu est même la preuve la plus directe qui se puisse imaginer. Nous examinerons donc séparément plus loin les règles qui régissent ces modes de preuves. Quant à l'étendue, à l'intensité de la force probante qui s'attache à une présomption, à la question de savoir si elle est *juris et de jure*, ou si elle comporte la preuve contraire, cette question nous paraît devoir être nécessairement résolue, d'après la loi en vertu de laquelle la présomption est appliquée (art. 1352, C. civ.).

Mais on trouve dans le Code un assez grand nombre de présomptions qui n'ont absolument rien de commun avec

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XIX, n° 611.

la question de savoir comment pourra être subministrée la preuve des faits juridiques, et spécialement celle des contrats. Elles n'ont rien de commun par conséquent aussi avec la règle *locus regit actum*. Elles ont directement pour objet le droit matériel, en attribuant à certains actes des effets nécessaires sur tel ou tel rapport juridique. On peut bien dire que des présomptions du législateur sont une des bases de dispositions de ce genre; mais elles reposent en même temps sur des considérations d'utilité, d'opportunité, se liant étroitement à la bonne organisation de tel ou tel rapport juridique, telle que le législateur la conçoit. Il faut examiner alors quelle est la législation qui a compétence pour réglementer en la matière. C'est ainsi que l'application des présomptions établies par les art. 312, 314 et 315 du Code civil, *présomptions de légitimité*, devra dépendre de la loi qui régit les effets du mariage, c'est-à-dire de la loi personnelle et, d'après nous, de la loi nationale du mari. Celle qu'établit indirectement l'art. 472 du Code civil, en ce qui concerne le compte de tutelle, dépendra de la loi qui régit la tutelle. Celles des art. 847, 849 et 918 du Code civil se rattachent au contraire à la loi qui gouverne la succession. Elles ne font en somme qu'exclure certaines personnes de toute participation à celle-ci, et les frappent d'une véritable incapacité de recevoir de telle ou telle manière. Quant aux présomptions sur lesquelles reposent certaines prescriptions libératoires, nous nous en sommes déjà occupé en traitant de la prescription en général.

1051. — La section IV du chap. III, L. III, traite de l'aveu de la partie (art. 1354 à 1356). Bien qu'il soit difficile d'admettre qu'une législation quelconque repousse un pareil mode de preuve, s'agissant des intérêts privés, il nous paraît, qu'en principe la force probante de l'aveu est une question qui touche au droit matériel et non au droit de procédure. Dès lors la question de savoir si, en règle, l'aveu est admissible comme preuve d'une convention, ne devra pas être résolue d'après la *lex fori*. Sans doute, nos tribunaux auraient la plus grande répugnance

à ne pas admettre l'aveu dûment constaté, comme preuve, parce que telle ou telle legislation étrangère, la loi du lieu du contrat par exemple, ne lui reconnaît aucun effet. Mais, nous le répétons, il n'est pas possible qu'une législation quelconque refuse toute force probante à l'aveu, et ce n'est pas à cause de l'inadmissibilité des conséquences de tel ou tel principe, dans une hypothèse inadmissible elle-même, que le principe peut être condamné. Les lois des diverses nations ne peuvent guères différer, qu'en ce qui concerne la mesure et les conditions de la force probante de l'aveu. De grandes difficultés peuvent surgir ici, et il nous paraît que les rares auteurs qui se sont occupés de l'aveu, et de sa force probante en droit international privé, ont affirmé une règle beaucoup trop absolue, en déclarant que c'est la loi du pays où le fait reconnu s'est produit qui fixera l'autorité de l'aveu et ses effets, qu'il s'agisse de l'aveu judiciaire ou extrajudiciaire (1). Telle n'est pas du reste l'opinion de Brocher (2). D'après cet auteur, la règle énoncée par l'art. 1355 et suivant laquelle l'allégation d'un aveu extrajudiciaire verbale est inutile, lorsque la preuve testimoniale ne serait pas admissible, doit se combiner avec la maxime *locus regit actum* : « Si l'aveu s'est fait en pays étranger, il faut » dit-il, « s'arrêter dans ce cas à la loi du lieu où *cet acte* (l'aveu) est intervenu, soit pour en apprécier la preuve, soit pour en déterminer les conséquences. » Et il réserve le cas où l'ordre public international s'y opposerait. On le voit, ce qui est déterminant, d'après cet auteur, ce n'est pas la loi du lieu *du contrat*, mais celle du lieu *de l'aveu*. Bien qu'il soit muet en ce qui concerne l'aveu judiciaire, il semble qu'il doive admettre le même principe.

1052. — La question est très délicate, et nous croyons qu'il y a lieu d'examiner tout d'abord quelle est la loi qui régit la force probante de l'aveu extrajudiciaire. Cet aveu, s'il est écrit, apparaît comme un acte séparé, un *acte*

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, v. *Preuve,* nº 12 ; il cite Esperson, p. 253 et Lecasble, p. 203.

(2) Op. cit., T. II, pp. 136 et ss.

dans le sens propre du mot, servant à constater la convention. Sa forme et sa force probante seront régies par la loi du lieu où il intervient. Mais s'il est verbal et dénié, s'il s'agit de le prouver par témoins, c'est absolument comme si l'on voulait prouver par témoins l'acte juridique initial lui-même. La règle de l'art. 1355 qui interdit implicitement de le prouver ainsi, qui déclare que l'allégation d'un pareil aveu est *inutile*, lorsque la convention elle-même ne peut se prouver par témoins, a un lien étroit avec les dispositions qui régissent l'admissibilité de la preuve testimoniale. Nous avons appliqué, quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale, la loi du lieu du contrat. En dehors du contrat lui-même il n'y a pas d'acte. Il en est de même de l'aveu extrajudiciaire verbal, qui n'est pas un écrit constatant un acte juridique, un *instrumentum*, et qui, envisagé comme acte juridique lui-même, n'a d'existence que par sa relation à un acte juridique antérieur. Ce dernier ne pouvant être prouvé par témoins, la déclaration verbale par laquelle on le reconnaît ne peut pas l'être davantage.

1053. — Quant à l'aveu judiciaire, ce n'est plus une déclaration purement verbale. Il doit être authentiquement constaté dans la procédure. Il s'agit bien d'un acte dans le sens propre du mot. Il en résulte, à notre avis, que la force probante, comme la forme d'un pareil aveu, est essentiellement régie par la loi du lieu où il intervient. Notons que cette loi est en même temps la *lex fori*, et que des dispositions, comme celle d'après laquelle pareil aveu ne peut être divisé contre celui qui le fait, ni révoqué pour erreur de droit, ou pour une erreur de fait non établie, paraissent appartenir d'assez près à des règles de procédure. La loi du lieu où l'aveu est fait s'identifie donc en ce cas avec la loi du for, qui, d'après la jurisprudence anglo-américaine, régit seule non-seulement la forme de la preuve, mais le fond de celle-ci et l'admissibilité des modes de preuve. Ce n'est cependant pas *comme loi du for* que la loi du lieu de l'aveu judiciaire peut être appliquée, selon nous, en ce qui concerne la force

probante de cet acte, et l'étendùe de celle-ci, c'est uniquement comme loi du lieu de l'aveu. Si cependant la loi du for ne s'identifiait pas avec celle du lieu de l'aveu, il y aurait lieu d'observer les règles que nous indiquerons plus loin, en ce qui touche le serment.

1054. — La section V, art. 1357 à 1369, traite du serment judiciaire.

Le serment judiciaire apparaît incontestablement, ainsi que le fait remarquer Brocher(1), comme un moyen de procédure. Mais il fait erreur, à notre avis, en observant qu'il s'agit moins d'une preuve que d'une présomption. Cela n'est vrai d'une manière absolue que du serment supplétoire. Nos lois distinguent deux espèces de serments judiciaires, entre lesquelles il y a de profondes différences. L'une est le serment décisoire, c'est-à-dire celui qu'une partie défère à une autre, en lui soumettant, en abandonnant ainsi à sa bonne foi la décision du procès. Moyen extrême auquel on n'a recours qu'en l'absence de tout autre moyen de preuve et qui n'offre à la partie qui l'emploie qu'un secours presque toujours illusoire. En elle-même, la délation comme la relation du serment n'est qu'un moyen de provoquer l'aveu, un aveu *tacite*, par cela même qu'on met la partie adverse au défi d'oser affirmer son droit, sous foi de serment. On est donc tenté de dire du serment litis-décisoire ce que MM. Asser et Rivier disent très justement de l'interrogatoire sur faits et articles, c'est-à-dire que la loi du tribunal, la *lex fori* doit seule décider si la délation du serment est admissible et comment il faut y procéder(2). Et cela nous paraît exact en général. Nous considérons donc les art. 1358 à 1362, qui déterminent quand le serment peut être référé ou déféré, comme exclusivement applicables à tout litige qui se meut en Belgique; et il en est de même, selon nous, de l'art. 1364 du Code civil. Mais il ne faut pas oublier que le serment emporte une transaction sur le fond du litige, d'après notre droit, et que, lorsque le serment déféré ou référé a été

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 137.
2) Asser et Rivier. Op. cit., p. 171.

fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. Faut-il également appliquer cette disposition sur l'effet du serment entre les parties en cause, quel que soit le lieu du contrat, quelle que soit la loi qui en régit les effets? Il faut répondre affirmativement, selon nous. Celui qui défère ou réfère le serment, devant nos tribunaux, se soumet volontairement aux conséquences que cet acte de procédure emporte, d'après la loi sous l'empire de laquelle il s'accomplit. Nous ne pouvons donc, en aucune manière, admettre avec MM. Vincent et Pénaud, Weiss, Lecasble et Esperson que la question de savoir si le serment peut être déféré ou référé par une partie doive être décidée d'après la loi en vigueur dans le pays où le fait a eu lieu(1). Et nous partageons pleinement l'opinion de Brocher, qui applique, en pareille matière, la *lex fori*(2). L'institution du serment litis-décisoire ne crée pas un moyen de preuve nouveau. M. de Bar, qui, du reste, ne s'explique pas nettement sur la question qui nous occupe, fait remarquer que le défendeur qui refuse un serment est condamné sur le fondement d'un aveu fictif, *fingirt*, et s'il le réfère, sur le fondement d'un aveu conditionnel(3). Les mots aveu fictif ne sont cependant pas tout à fait exacts : il faut plutôt dire aveu tacite. Ce mode de preuve ne pourrait donc être exclu en vertu de la *lex loci actus*, que dans les cas très exceptionnels sans doute, où l'aveu lui-même serait exclu comme moyen de preuve par ladite loi.

1055. — L'art. 1365 donne lieu à quelques observations spéciales. L'alinéa 1er contient une disposition fort simple, et sur un point où des divergences de législations ne sont guères probables. Il déclare que le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré, ou contre lui, ses héritiers et ayants cause. Mais les alinéas suivants, qui traitent de l'effet du serment déféré par l'un des créanciers solidaires ou à l'un des débiteurs solidaires vis-à-vis des autres débiteurs solidaires ou créanciers solidaires,

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, vo *Preuve*, no 11.
(2) Brocher. Op. cit., T. II, p. 137.
(3) De Bar. Op. cit., T. II, p. 377, note 27.

de l'effet du serment déféré au débiteur principal vis-à-vis de la caution et *vice-versâ*, nous paraissent se rattacher à la loi qui régit la solidarité et le cautionnement. Toutes ces dispositions sont cependant très rationnelles, et devront évidemment recevoir application en Belgique, chaque fois que leur application n'est pas expressément ou virtuellement exclue par la loi qui régit l'obligation. Nous en dirons autant de la règle inscrite dans le dernier alinéa de cet article, et suivant laquelle le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs solidaires ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été déféré sur le fait de la dette, et non de la solidarité ou du cautionnement. Mais il s'agit ici d'une règle d'évidence telle que des divergences de législation paraissent impossibles.

1056. — Il semble au premier abord que la question de savoir quelle est la loi qui régit la forme du serment ne présente pas l'ombre d'une difficulté, et qu'il faille toujours appliquer la *lex fori*. C'est en effet cette loi qui sera presque toujours appliquée, parce que le serment ne sera prêté généralement que là où le procès est engagé. Aussi nombre d'auteurs enseignent-ils qu'il faut observer la loi du for, et il y a plusieurs arrêts en ce sens (1). Mais il se peut cependant que le serment doive être reçu ailleurs. Comme le fait remarquer avec raison de Bar, la loi du for peut certainement décréter, dans son omnipotence, que le serment ne sera valable, même dans ce cas, que si l'on observe les formes qu'elle prescrit (2). Mais est-il raisonnable qu'elle le fasse, et que faut-il penser si elle ne l'a pas décrété expressément? Sera-t-on dispensé par cela même d'observer les formes prescrites par la loi du lieu où le serment est prêté? Voilà un ensemble de questions auxquelles nous allons nous efforcer de répondre. En thèse générale, nous estimons que la loi du lieu où le procès est engagé, ne doit pas exiger impérieusement l'observation de ses formes, s'agissant d'un serment prêté en vertu d'une

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Preuve*, n° 20.
(2) De Bar. Op. cit., T. II, p. 371.

commission rogatoire en pays étranger, et que, si elle ne l'a pas fait expressément, il faut suivre la loi de ce dernier pays, qui n'est du reste que la loi d'un for spécial, relatif à une partie du litige, à un incident de ce dernier (1).

L'Institut de droit international a adopté dans sa session de 1877 une résolution aux termes de laquelle : « le tribunal qui procède à un acte judiciaire en vertu d'une commission rogatoire applique les lois de son pays, en ce qui concerne les formes du procès, y compris les formes des preuves et du serment ». Cette résolution nous paraît sage, et en harmonie avec les exigences d'une bonne administration de la justice. La conférence internationale de La Haye a adopté une règle analogue. Il nous paraît, dans tous les cas, impossible que lorsque la loi du lieu où le serment est prêté, subordonne expressément sa validité à l'accomplissement de telle ou telle formalité, celle-ci puisse être omise. Il en résulterait que, comme la criminalité de l'acte s'apprécie généralement, ainsi que le

(1) La question est souvent mal posée. Elle n'est pas seulement de savoir, si les tribunaux d'un pays peuvent être assujettis ou non à recevoir un serment autrement, que dans les formes ordinaires et accoutumées, et suivant l'usage du royaume. Elle est surtout de savoir quel sera l'effet de ce serment dans le pays étranger où le débat est engagé, et où le serment est assujetti à des formes différentes. On ne trouve guères de décision de principe à cet égard. Vincent et Pénaud citent quelques décisions assez divergentes, mais qui ne résolvent pas nettement la question. Un tribunal français chargé par un tribunal belge de recevoir le serment suivant les formes belges, a décidé en principe qu'il ne pouvait être assujetti à ces formes (tribunal de commerce de la Seine, 6 août 1833). Le serment fut cependant prêté dans la forme belge, du consentement de la partie à qui il était déféré. Dans une autre espèce, le même tribunal, chargé par le tribunal de Cologne de recevoir le serment de négociants israélites, avait adopté une espèce de solution transactionnelle assez sage : « S'il est dit dans la commission rogatoire, que le serment sera prêté dans les formes prescrites par la religion juive, ces formes ne peuvent s'entendre que de celles qui sont susceptibles d'être pratiquées dans l'enceinte de l'audience ; par ces motifs, le tribunal ordonne que conformément aux prescriptions de la loi juive, MM. prêteront le serment exigé d'eux, la main placée sur le Décalogue, à l'usage de cette religion. » M. Bonnier qui rapporte cette décision (*Traité des preuves*, T. II, n° 935), nous dit que le tribunal de Cologne se contenta du serment ainsi prêté. Mais il ne résout pas la question de savoir quelle eût été la valeur d'un serment prêté dans les formes ordinaires. M. de Bar pense que la loi du lieu de la prestation de serment doit être observée en principe, parce qu'elle seule constitue le fondement de la responsabilité pénale en cas de faux serment. La *lex fori* peut exiger d'autres formes encore, mais si elle en exigeait d'inconciliables avec celles du pays où le serment est prêté, elle se priverait elle-même de la garantie pénale et morale attachée à ce mode de preuve.

fait remarquer de Bar, d'après la loi du lieu où il est accompli, le parjure manquerait de sanction, et la force probante attachée au serment perdrait une de ses bases les plus sérieuses. Nous pensons que sur ce point il ne se produira point de sérieuses divergences de vues.

1057. — Le serment déféré d'office ou serment supplétoire présente un caractère tout différent du serment litis-décisoire. Il ne s'agit plus d'une transaction, d'un acte par lequel l'une des parties s'en remet à la bonne foi de la partie adverse, et essaie de se procurer l'aveu tacite de celle-ci : il s'agit bien d'un mode de preuve nouveau. L'affirmation solennelle de la partie intéressée peut être admise par le juge, en vertu de ces dispositions, comme complétant une preuve imparfaite, incomplète. D'après les principes généraux exposés ci-dessus, cette preuve ne saurait être admise que si elle constitue un moyen de preuve d'après la loi du lieu du contrat. Il faut en conclure que la question de savoir quand le serment supplétoire peut être déféré par le juge, sous quelles conditions il peut l'être, s'il peut être référé, et sur quels objets il peut l'être, est uniquement gouvernée par la loi du lieu du contrat. Mais il est évident que les formes de la procédure, et spécialement celles du serment, sont régies par la *lex fori*, ou par la loi du lieu de leur accomplissement, suivant les distinctions faites ci-dessus.

TITRE XXII.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

1058. — L'art. 1370 définit ces engagements, et les divise en deux grandes catégories : ceux qui dérivent de l'autorité seule de la loi; ceux qui naissent d'un fait personnel à celui qui s'est obligé. Cette classification est évidemment sujette à critique. Il n'y a pas d'engagement qui dérive exclusivement de la loi, il n'y en a pas qui dérive exclusivement d'un fait personnel à celui qui s'oblige. Tous les engagements qui ne résultent pas d'une convention, ont leur source dans une situation, ou dans un fait unilatéral, desquels la loi fait jaillir une obligation civile, soit sur le fondement de l'utilité publique, soit en vertu d'une obligation naturelle. Les engagements que l'on considère généralement comme dérivant de la loi seule sont ceux que la loi crée, et établit, comme conséquences de certaines situations matérielles ou de certains rapports de famille. Ainsi, dit Laurent, la loi oblige le propriétaire d'un mur séparatif à en céder la mitoyenneté au voisin qui la réclame, et c'est un exemple fourni par l'art. 1370 lui-même. Cet article mentionne également les engagements des tuteurs, et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. On peut noter encore l'obligation alimentaire entre proches parents, etc... Ce qui caractérise ces obligations, ces engagements, c'est qu'ils sont indépendants non pas seulement de tout fait personnel à celui qui s'oblige, mais

de tout fait de celui qui acquiert un droit, auquel le droit est attribué.

Nous avons dit plus haut que la loi applicable en cette matière est la loi de la situation, lorsqu'il s'agit d'obligations qui constituent des restrictions légales de la propriété immobilière; et que si l'obligation dérive d'une qualité personnelle, par exemple celle de se charger d'une tutelle, de fournir des aliments, c'est la loi nationale du prétendu débiteur qui doit prédominer. Nous avons indiqué les solutions particulières qu'il convient d'adopter, dans le cas où il s'agit d'une tutelle déférée à un étranger. Il est inutile de revenir ici sur ces observations. Il est évident au surplus que, s'il s'agissait d'obligations se rattachant à l'ordre public absolu, il y aurait lieu d'appliquer la loi du for, lors même qu'il s'agirait d'étrangers.

1059. — Nous avons fait, en ce qui concerne les quasi-contrats une distinction entre la gestion d'affaires et le paiement indu. La gestion d'affaires apparaît seule comme un quasi-contrat proprement dit. En quoi se résume-t-elle? Il y a de la part d'une des parties un acte volontaire parfaitement licite. Le gérant assume, sans y être obligé, une mission : la gestion d'une affaire déterminée ou d'une série d'affaires. Son obligation dérive d'un acte volontaire accompli par lui. La loi suppose que l'autre partie y aurait consenti, parce qu'il eût été de son intérêt d'y consentir. Voilà le vrai quasi-contrat. Mais en réalité, celui dont les affaires ont été gérées n'a joué qu'un rôle purement passif. La loi fixe ses obligations d'après des considérations d'équité. Nous avons déduit de ces observations qu'il ne pouvait être question ici de rechercher la *commune volonté* des parties, quant à la loi à laquelle elles ont entendu se soumettre. Il n'y en a pas. Nous avons observé de plus que le rôle du gérant dans un pareil quasi-contrat était tout de bienfaisance, et qu'il est naturel de rechercher à quelle loi *celui-ci* a entendu se soumettre, dans quelles conditions il a assumé une charge qui ne lui incombait pas. Or, il est assez rationnel de présumer qu'il a entendu se soumettre aux lois du pays où se trouve le

siège de l'affaire à gérer. Il faudra donc appliquer en général la loi du lieu où la gestion a été entreprise, et il n'y aura lieu de faire exception à cette règle, d'après nous, que si ce lieu était purement fortuit, cas auquel la loi du domicile du gérant devrait être préférée.

1060. — C'est d'après ces principes que nous déciderons si les art. 1371 à 1375 sont ou non applicables, s'agissant d'une gestion d'affaires entreprise en Belgique, et nous nous prononçons en principe pour l'affirmative. Si la question se présentait devant nos tribunaux, lors même qu'il s'agirait de personnes étrangères, nous pensons, contrairement à une doctrine récente, que ces principes devraient recevoir application. Si toutefois la Belgique n'avait été qu'accidentellement le lieu d'accomplissement de l'acte de gestion, s'il s'agissait, par exemple, d'un acte accompli par un étranger se trouvant de passage en Belgique, au profit d'un de ses compatriotes, peut-être y aurait-il lieu d'appliquer la loi étrangère. On ne pourrait guères supposer à cet étranger l'intention d'accepter la loi belge qu'il ne connaît peut-être pas, comme règle de ses obligations et de ses droits. S'il s'agissait de la gestion d'une affaire d'une certaine durée impliquant une série d'opérations dans notre pays, on pourrait admettre l'intention du gérant d'accepter la loi belge. Et nous croyons que les tribunaux étrangers devront en décider de même par interprétation de la volonté du gérant.

1061. — Sauf la légère restriction que nous avons indiquée, notre doctrine est conforme à celle de la majorité des auteurs. C'est par erreur en effet que MM. Vincent et Pénaud disent que la plupart des auteurs proposent d'appliquer, en cette matière, pour la formation, l'interprétation, et les effets du quasi-contrat, la loi nationale du créancier et du débiteur, s'ils sont citoyens du même pays, ou la loi du lieu où l'engagement s'est formé, s'ils sont de nationalité différente [1]. Cette distinction entre le cas où les parties sont de même nationalité, et celui où

(1) Vincent et Pénaud, v° *Obligations*, n° 80.

elles sont de nationalité diverse, est récente. On appliquait toujours la loi du lieu du quasi-contrat. Il est vrai qu'on en faisait de même quant aux effets du *contrat*. A notre avis, il est inutile en cette matière de tenir compte de la nationalité *commune* des parties, cet élément n'étant pris en considération, quand il s'agit de déterminer les effets du contrat dépendant de l'autonomie, que pour en induire la volonté commune des parties de se soumettre à telle loi. Or, ici il n'y a pas de volonté commune. L'une des parties agit à l'insu de l'autre. Comment auraient-elles la volonté commune de se soumettre à telle loi? C'est la volonté du gérant, qui accomplit un acte de bienfaisance, qu'il faut prendre en considération. Il faut voir dans quelles conditions il a entendu rendre service. Mais on présumera assez facilement qu'il a entendu le faire dans les conditions établies par la *lex loci actus*, sous les réserves que nous avons indiquées.

1062. — Le prétendu quasi-contrat résultant du paiement indu présente un caractère tout différent du quasi-contrat de gestion d'affaires. L'action de la loi nous paraît absolument indépendante de la volonté soit de l'une, soit de l'autre partie. Comme nous l'avons dit dans la partie générale de notre ouvrage, sans que l'on puisse affirmer qu'il s'agisse à proprement parler d'une loi de police et de sûreté, ainsi que l'a prétendu Brocher [1], le législateur n'impose la restitution que par des motifs d'équité générale. Il ne s'agit plus de savoir à quelle loi les parties *se* sont soumises, mais à quelle loi elles *sont soumises*, et spécialement à quelle loi est soumis celui qui a reçu le paiement indu. Il l'est à la loi qui l'oblige à restitution, lorsque le paiement s'est effectué sous l'empire de cette loi, parce qu'elle a évidemment pour but de garantir, dans le pays où il est réalisé, la sécurité et la bonne foi des relations juridiques. Il l'est aussi à sa loi nationale, lorsque seule elle lui impose l'obligation de restituer, parce que c'est une loi de moralité générale, qui ne cesse pas de

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 139.

s'imposer à lui, lorsque le paiement est reçu en pays étranger. Supposons qu'un Belge reçoive un paiement indu soit d'un autre Belge, soit même d'un étranger, dans un pays où l'on admettrait, chose assez invraisemblable, qu'erreur fait compte, ou bien dans un pays dont la législation serait moins rigoureuse que la loi belge, nous considérons comme impossible que nos tribunaux, s'ils ont compétence pour statuer sur l'action en répétition, et s'ils en sont saisis, ne l'obligent pas à restituer dans une mesure aussi large que le prescrit la loi belge.

C'est d'après ces principes qu'on devrait apprécier l'applicabilité des art. 1376 et 1377, al. 1er, qui ne font que consacrer l'obligation et le droit à la restitution. Mais l'alinéa 2 de l'art. 1377 prévoit spécialement le cas où l'on a payé par erreur la dette d'un autre, et exclut tout droit à la restitution, si par suite de ce paiement le créancier a supprimé son titre. Cette disposition s'appliquera sans difficulté à tous paiements faits en Belgique, sans qu'on puisse opposer la loi nationale de celui qui a reçu le paiement. Elle ne touche pas à la moralité publique, mais à l'intérêt de la sécurité des relations juridiques seulement, intérêt local. Mais que décider en ce qui concerne l'art. 1378, qui impose à celui qui a reçu de mauvaise foi l'obligation de restituer les fruits, si la loi du lieu du paiement diffère à cet égard de la loi nationale de celui qui a reçu le paiement? Laquelle devra l'emporter? Nous pensons qu'en tant qu'il s'agit des obligations de celui qui a reçu *de mauvaise foi* relativement aux intérêts et aux fruits, il suffit que sa loi nationale ou la loi du lieu du paiement lui impose le devoir de les restituer, pour qu'il puisse y être contraint. Il est sous l'empire de l'une et de l'autre, et il s'agit d'une disposition de moralité publique. Cette solution sévère nous paraît la plus rationnelle. Mais, si la loi nationale seulement imposait pareille obligation *même à celui qui a reçu de bonne foi*, nous ne pourrions la considérer comme touchant à la moralité publique, et il faudrait appliquer, nous paraît-il, la loi du lieu du paiement, comme régissant rationnelle-

ment l'acte, ainsi qu'on le fait s'agissant du quasi-délit. Les questions que suscite l'application des art. 1379 à 1381 du Code civil nous paraissent devoir être résolues d'après les mêmes principes. Il s'agit des cas de perte ou de vente de la chose, et des dépenses faites pour sa conservation. En cas de bonne foi : application de la loi du lieu du paiement ; en cas de mauvaise foi : application de la loi la plus rigoureuse. Peut-être reprochera-t-on à ce système d'être un peu arbitraire. Il ne l'est pas en réalité. On comprend aisément que, dès qu'il s'agit des conséquences d'un acte unilatéral accompli de mauvaise foi, l'auteur de cet acte soit soumis à une double loi, à celle du lieu où l'acte est accompli, et dont il relève comme sujet temporaire, s'agissant de lois qui intéressent la sûreté générale des relations juridiques, à celle de la nation dont il n'a pas cessé d'être membre. Mais si une loi qui impose, même à celui qui a reçu de bonne foi, l'obligation de restituer la chose qu'il a reçue indûment, peut être considérée comme une loi de moralité publique, il n'en est pas de même, à notre avis, des dispositions accessoires relatives à la restitution des fruits ou anx risques, quand il s'agit d'une personne de bonne foi, ou de la disposition qui oblige seulement à restituer la valeur de la chose lorsqu'elle a été vendue, et de celle qui ordonne le remboursement des dépenses nécessaires ou utiles faites pour la conservation de la chose. A cet égard, la *lex indebitae solutionis* doit seule recevoir application.

1063. — Nous nous sommes occupé, à propos du paiement, de l'art. 1235 du Code civil, qui se rattache évidemment aux art. 1376 à 1381, puisqu'il limite l'obligation de restituer. Nous devons y revenir avec un peu plus de développement. Une double question se pose. D'après quelle loi appréciera-t-on si ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle peut être répété? D'après quelle loi appréciera-t-on s'il y a ou non obligation naturelle? Nous avons admis plus haut, en ce qui concerne la première question, qu'elle se confond et s'identifie en quelque sorte avec celle de savoir quelle est

la force, l'intensité du lien obligatoire. Au premier abord on serait tenté d'appliquer la loi du lieu où le paiement a été fait. Il semble qu'elle seule puisse décider de la question de savoir si ce qui a été payé, sans qu'une action fût ouverte au créancier, peut être réclamé oui ou non. Mais quand on y réfléchit bien, on doit demeurer convaincu, à notre avis, que la loi qui régit l'obligation a aussi compétence. Il est certain qu'il n'y a pas, à proprement parler, paiement indu dans ce cas. Il y a un paiement qui ne pouvait pas être exigé judicairement. On ne saurait contester qu'en principe, pour décider s'il y avait une dette, ou s'il n'y en avait pas, il faut recourir à la loi qui régit l'acte juridique. Si, d'après cette loi, il y a dette, il est naturel qu'elle décide aussi souverainement de l'intensité du lien juridique, et notamment de la question de savoir si, à défaut de produire action, il peut au moins produire une exception. La loi du lieu du paiement ne régit les effets de cet acte juridique, en ce qui concerne l'action en répétition, que combinée avec la loi qui régit la cause du paiement. Il n'en serait autrement que si, par une disposition formelle, fondée sur une appréciation plus ou moins exacte de ce qu'exigeraient les bonnes relations juridiques, elle admettait l'action en répétition de tout paiement fait en exécution d'une obligation non munie d'une action. Mais il est bien difficile d'admettre qu'il puisse en être ainsi. La loi qui exclut l'action en répétition peut bien reposer sur des considérations de convenance ou d'utilité locales : il ne saurait guères en être ainsi de la loi qui l'admet.

1064. — Si la loi qui régit l'obligation décide de la question d'admissibilité de l'action en répétition, *en tant qu'elle dépend de l'intensité du lien obligatoire*, par exemple, de la question de savoir s'il y a lieu à répétition de ce qui a été payé en exécution d'une obligation purement morale, à plus forte raison est-ce d'après cette loi qu'il faut apprécier s'il y a ou non obligation naturelle. Brocher paraît cependant d'un avis contraire. « Il se peut » dit-il, « que l'obligation naturelle se soit formée

sur un territoire, et que le paiement soit intervenu dans un autre; il semble nécessaire, pour que l'exception prévue par l'art. 1235 soit admise, que la même règle soit consacrée par les deux législations qui se trouvent ainsi mises en présence. L'obligation naturelle doit être admise d'après la loi compétente pour la régir, et le paiement doit ressortir ses effets suivant la loi sous l'empire de laquelle il est intervenu. » Cela est assez vague et en apparence contradictoire. L'auteur déclare que l'exception prévue par l'art. 1235 doit être admise par les deux législations : celle du lieu où l'obligation naturelle s'est formée, celle du lieu où le paiement intervient. Et cependant il observe plus loin que le paiement doit ressortir ses effets suivant la loi du lieu où il est intervenu. Cette dernière observation présente évidemment un caractère trop absolu, et la pensée de Brocher doit être qu'il faut combiner les deux législations, l'une devant régir la question de savoir s'il y a obligation naturelle, l'autre celle de savoir si elle constitue un obstacle à l'action en répétition. En théorie, cette distinction paraît au premier abord assez séduisante. Mais quand on va au fond des choses, on s'aperçoit qu'en droit français au moins, les deux questions s'identifient, l'obligation naturelle étant précisément l'obligation qui n'est point munie d'une action, mais qui forme obstacle à la répétition de ce qui a été payé. Il ressort en tout cas de la doctrine de Brocher, qu'au moins en ce qui concerne la question de savoir s'il y a obligation naturelle, il admet l'application de la loi qui régit le contrat.

1065. — Aura-t-on égard à la loi personnelle de celui qui a fait le paiement indu, à la loi personnelle de celui qui l'a reçu, lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu à restitution ou non, de ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle? Nous l'examinerons dans le numéro suivant. Il y aura lieu, comme nous l'avons dit, de recourir à la loi qui régit le contrat, non pas à raison de la volonté commune des parties (car il ne s'agit pas de leur autonomie, et la loi qui permet ou exclut la répétition de ce qui

a été payé en exécution d'une obligation naturelle, n'est nullement fondée sur leur volonté commune), mais par la nature des choses. Il s'agit d'un principe de justice. La loi du lieu du contrat à laquelle Brocher attribue une importance souveraine, en vertu d'une application extensive de la maxime *locus regit actum* à la substance même de la convention, sera certainement prise en considération s'agissant de ses effets nécessaires. Il suffira que, d'après cette loi, il y ait obligation naturelle s'opposant à la répétition, ou même qu'il y ait obligation morale, si, aux termes de la même loi, cela suffit pour exclure la répétition. Par ce seul fait la répétition ne pourra être admise dans notre pays. La loi qui attribue un pareil effet à l'obligation morale l'érige en obligation naturelle. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'intérêt général ou la morale publique exigeât dans notre pays l'admission de la demande en répétition. Or, cela nous paraît impossible. Il est vraiment superflu de le démontrer. Mais il nous paraît que la loi personnelle des parties a aussi voix au chapitre.

1066. — Supposons en effet que les deux parties soient de même nationalité, et que, d'après leur loi nationale commune, il existe entre elles une obligation naturelle, que cette obligation s'oppose à la restitution de ce qui a été payé. Il importera peu, à notre avis, qu'aux yeux de la loi du lieu du contrat, il n'y ait rien que le néant. Il ne dépend pas seulement de la loi du lieu du contrat, il dépend aussi, nous paraît-il, de la loi nationale commune des parties d'imprimer à une obligation le caractère d'obligation juridique, même d'une obligation juridique atténuée, d'une simple obligation naturelle. Nous ne saurions comprendre, quant à nous, que l'on revendique en cas pareil une autorité exclusive pour la loi du lieu du contrat. La répétition de ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle doit être repoussée, aussi bien lorsqu'elle est condamnée par la loi nationale commune des parties, que lorsqu'elle l'est par la *lex loci contractus*. En attribuant compétence à cette loi, nous nous rapprochons plus

ou moins des doctrines françaises les plus récentes, mais c'est seulement quand il s'agit de déterminer l'effet de l'obligation naturelle, ce qui revient au fond à déterminer la nature du lien juridique. Peut-être y aurait-il lieu d'aller plus loin encore, et d'exclure aussi la répétition de ce qui a été payé en acquit d'une dette naturelle, en vertu de la seule loi de celui qui agit en répétition. Ce serait, à notre avis, la solution la plus logique.

1067. — Les art. 1382 à 1386 règlent les obligations civiles qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit. Nous nous sommes occupé dans la partie générale de notre ouvrage des principes généraux applicables à la matière. Mais nous croyons devoir entrer ici dans un peu plus de détails, et appliquer aux diverses dispositions du Code civil les principes que nous avons énoncés, avec les modifications qu'ils pourraient avoir à subir d'après la nature de ces dispositions. Il est nécessaire pour cela de rappeler ces principes. Un premier point n'est pas douteux, c'est que, si la réparation du préjudice causé par un délit ou un quasi-délit, est demandée devant les tribunaux du territoire où le fait s'est accompli et est réputé illicite, l'ordre public impose l'application de la loi territoriale, sans qu'il y ait à distinguer en raison de la nationalité des parties[1]. Il y a à cet égard des décisions très nombreuses en matière d'abordage, et la doctrine est conforme[2]. Notons cependant que la question de savoir s'il y a eu délit ou quasi-délit, ou si l'acte est licite, peut subir l'influence des lois qui régissent les rapports juridiques existant entre deux personnes, lois qui peuvent n'être pas celles du lieu où le fait est accompli. Tout peut dépendre d'une question de droit civil ou de droit commercial, qui doit être résolue au préalable d'après les règles que l'on appliquerait, s'il s'agissait d'un contrat civil. La *lex fori* ne prédominerait que si les conséquences déduites de la situation juridique, établie entre deux personnes par une

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, v° *Obligations*, n° 91. — Weiss. Op. cit., p. 647. — Despagnet. Op. cit., n° 444.

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Abordage*, n°s 36 et 37.

loi étrangère, se heurtaient directement en elles-mêmes, et en admettant cette situation comme réelle, contre les dispositions d'ordre public établies par la *lex fori*. C'est ainsi que le Belge, divorcé d'après sa loi nationale, ne commettrait pas le crime de bigamie en contractant une seconde union en Italie. Mais quant à la question de savoir si tel ou tel fait constitue oui ou non un fait délictueux ou un quasi-délit, abstraction faite de ces questions préalables, *s'il est illicite*, les tribunaux du pays où il a été commis appliqueront leur propre loi, et non la loi étrangère.

1068. — Que feront les tribunaux des autres pays si la question était soulevée devant eux? Nous avons vu que des autorités imposantes proposent de suivre également la loi du lieu où le fait a été accompli, que d'autres donnent la préférence à la *lex fori*(1). Nous nous sommes prononcé en thèse générale pour l'application de la loi du lieu où le fait s'est réalisé, mais sous certaines restrictions. La *lex fori* qui condamne un fait, nous paraît pouvoir être appliquée aux nationaux qui ont commis en pays étranger un acte illicite d'après leurs lois nationales, fût-il autorisé, ou non réprouvé, par la loi du lieu où il a été commis. Il n'en serait autrement que si l'acte n'était prohibé par la *lex fori* qu'à raison de certaines considérations d'utilité locale, d'ordre public essentiellement relatif. Nous avons indiqué les conséquences inacceptables qui résulteraient de l'application absolue et exclusive de la *lex loci actus*, et nous avons essayé de refuter les considérations sur lesquelles on s'est fondé pour justifier cette doctrine. Nous admettons du reste parfaitement, avec les partisans de ce système, que, si le fait commis à l'étranger engendre d'après la *lex loci* une obligation que la *lex fori* ignore, l'exécution peut néanmoins en être réclamée(2). Il n'en serait autrement que si ces obligations elles-mêmes

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Obligations*, n°s 92 et ss., et les autorités citées.

(2) Despagnet. Op. cit., n° 455. — Weiss. Op. cit., p. 643. — Asser et Rivier. Op. cit., p. 88. — Laurent. Op. cit., T. VIII, pp. 21 et 32.

se heurtaient contre des dispositions d'ordre public établies par la *lex fori*. En dehors de ce cas, celle-ci peut ajouter aux responsabilités établies par la *lex loci actus*, elle ne les diminue en rien. Ajoutons toutefois que le cas se présentera beaucoup plus rarement pour les quasi-délits que pour les délits, parce que la question de savoir s'il y a quasi-délit dépendra beaucoup plus souvent des règles établies dans le pays où le fait se passe, et que le quasi-délit touche plus rarement à des principes d'ordre public, dont le législateur peut exiger le respect par ses ressortissants en quelque lieu qu'ils se trouvent (1).

1069. — C'est à la lumière de ces principes que nous examinerons dans quelle mesure les art. 1382 et ss. pourront recevoir une application extraterritoriale, ou devront être appliqués à raison même d'actes accomplis en pays étranger. Il n'y a guères de doute quant aux principes posés par les art. 1382 et 1383, et qui supposent évidemment un acte illicite ou un dommage injuste. Ces principes considérés en eux-mêmes seront appliqués sans doute par nos tribunaux, pour peu qu'ils soient compétents, quel que soit le lieu d'accomplissement de l'acte préjudiciable. Quant à la question de savoir s'il y a un acte injuste ou illicite, ils auront souvent à recourir à la *lex loci actus*, en ce sens que les actes prohibés par cette loi devront être considérés comme illicites partout, lorsqu'ils auront été commis là où ils sont interdits. Mais la *lex loci actus* n'a pas la même force expansive, ainsi que nous l'avons fait remarquer, en tant qu'elle autorise ou légitime certains actes interdits par la loi nationale de leur auteur, sous la menace d'une peine. Comment serait-il admissible que, si celui-ci peut-être poursuivi et condamné criminellement dans son pays, que si les actes commis par lui engendrent contre lui l'action publique dans sa patrie, ils n'y produisent pas également l'action civile en dommages-intérêts au cas où il en résulte un préjudice?

(1) Quelques auteurs établissent une distinction absolue entre le délit et le quasi-délit. Despagnet. Op. cit., § 444. — Picard. Op. cit., p. 483. — Haus. Op. cit., nº 134. — Il en est de même de Laurent. T. VIII, nos 12 et ss.

Il y a donc, lorsqu'il s'agit de la portée expansive de la *lex loci actus*, une distinction à établir entre sa force permissive, et sa force prohibitive. Elle ne légitime point dans la même mesure qu'elle interdit(1).

1070. — L'art. 1384 concerne la responsabilité civile du fait d'autrui. Cette responsabilité suppose ici encore un dommage injuste ou un fait illicite. Et la question de savoir si dommage injuste il y a devra être résolue, d'après les distinctions indiquées plus haut, conformément à la *lex loci actus*, dans la généralité des cas. Mais, en la supposant résolue affirmativement, la question de savoir s'il y a responsabilité du fait d'autrui et dans quels cas, si la personne sur laquelle elle pèse peut s'en exonérer, en prouvant qu'elle n'a pu empêcher le fait qui y donne lieu, doit-elle être résolue d'après la loi du lieu de l'acte? La question est bien délicate. On peut se demander si la loi nationale du père n'a pas seule influence sur sa responsabilité du chef des actes de ses enfants mineurs, la loi nationale du maître sur sa responsabilité du chef des actes de ses serviteurs. Mais au fond de cette responsabilité du fait d'autrui que trouve-t-on? Une responsabilité fondée sur la négligence personnelle du maître, du père, etc... et qui n'a par conséquent rien d'exceptionnel, rien qui la différencie essentiellement de celle des articles précédents. Tout ce que l'on peut dire, c'est que cela constitue une application particulière de cette responsabilité. Il résulte à notre avis de ces observations que, si le principe de la responsabilité doit être admis, dès qu'il est consacré par la *lex loci actus*, il doit en être de même de cette application du principe, pourvu qu'il y ait bien entendu un acte dommageable et injuste. Au moins, les tribunaux ne devraient-ils pas hésiter à appliquer le principe contre leurs ressortissants, s'il était consacré par la loi du for, fût-il question d'actes accomplis en pays étranger.

Il y a cependant dans la disposition de l'art. 1384 quelque chose d'exceptionnel. Il consacre une présomp-

(1) Rappelons toutefois que s'il s'agit de quasi-délits et non de délits, *tout* dépendra en genéral de la *lex loci actus*.

tion de faute à la charge de certaines personnes, lorsqu'un dommage a été causé par des individus qui se trouvent sous leur garde, et cette présomption semble même être *juris et de jure* en ce qui concerne les maîtres et les commettants. L'art. 1384 est-il également d'ordre public national envisagé à ce point de vue? Nous ne le croyons pas, et il y a lieu, selon nous, d'appliquer à cet égard la loi du lieu où l'acte s'est accompli. La règle que chacun répond du dommage injuste causé par sa faute est fondée sur des motifs de moralité publique, et l'on conçoit aisément qu'elle lie les nationaux, même en pays étranger. Mais la question de savoir si la faute doit être présumée, et quelle doit être l'intensité de cette présomption, ne touche point à la moralité publique. C'est, nous semble-t-il, une règle de convenances locales, et il n'y a pas de motifs pour ne pas appliquer la *lex loci actus*. Il en est de même des présomptions de faute inscrites dans les art. 1385 et 1386. Et nous observerons même que celle de l'art. 1386, qui impute au propriétaire d'un bâtiment la responsabilité du dommage causé par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction, peut être contraire à la réalité des faits. Il ne suffira pas qu'elle soit inscrite dans la *lex fori* ou dans la loi nationale du propriétaire pour recevoir application, s'agissant d'actes accomplis en pays étranger, et c'est à la *lex loci actus* que l'on devra recourir. Les auteurs ne se prononcent pas sur ces questions délicates ; mais comme ils préconisent en général, d'une manière beaucoup plus absolue que nous, l'application de la loi du lieu de l'acte, ils le feraient sans nul doute dans le cas dont nous nous occupons.

1071. — Il y a certains délits ou quasi-délits dont l'existence et les conséquences doivent être exclusivement appréciées d'après la loi du lieu de leur accomplissement : ceux, par exemple, qui ne consistent que dans la violation de certaines règles d'utilité générale, dont l'autorité est nécessairement locale, et qui pourraient se heurter en pays étranger contre des règles différentes. Il n'y a certainement pas lieu de tenir compte, dans ce cas,

de la nationalité des parties, ainsi que nous l'avons fait observer déjà. Et le système de la jurisprudence anglaise, d'après lequel les tribunaux anglais ne peuvent admettre les réclamations pour « torts » que si elles trouvent leur base à la fois dans la *lex fori*, et dans la *lex loci actus*, est nécessairement inapplicable en cas pareil. Il en est ainsi des délits ou quasi-délits qui consistent dans l'inobservation de certains règlements de police locale, ou même de certains usages locaux, s'imposant à tous ceux qui exercent une profession déterminée. Il convient à cet égard de signaler les très nombreuses décisions qui ont été rendues en matière d'abordage. On admet presque unanimenent que, si l'abordage a eu lieu dans les eaux territoriales d'un Etat, c'est la loi de cet Etat qu'il faut appliquer pour fixer de quelle façon et par quelles personnes le dommage doit être supporté, et notamment les cas dans lesquels le dommage doit être supporté en commun. On n'a pas égard dans ce cas à la nationalité des navires (1). C'est en ce sens que s'est prononcé le congrès d'Anvers de 1885 (*Actes du Congrès*, p. 145. Quest. 60) : « L'abordage dans les ports, fleuves et autres eaux intérieures est réglé par la loi du lieu où il se produit. » Et l'Institut de droit international a adopté une décision semblable dans sa session de 1888, sur la proposition du professeur Sacerdoti. L'on a même fait application de cette loi en ce qui concerne les présomptions de faute établies par diverses législations.

1072. — Mais il s'en faut que l'on soit d'accord au sujet de l'abordage survenu en pleine mer, ou en dehors des eaux territoriales d'une nation quelconque. Le système le plus simple consisterait certainement dans l'application de la *lex fori*, et ce système est enseigné par plusieurs auteurs, entre autres Asser et Rivier. Mais il a le défaut grave d'entraîner la disparité de décisions, suivant la juridiction devant laquelle le débat sera porté. Il nous paraît manquer de base rationnelle, et ne constitue

(1) Vincent et Pénaud. V. *Abordage maritime*, nos 36 et ss.

en réalité qu'un expédient. D'après les résolutions du congrès d'Anvers, il faudrait distinguer. L'abordé et l'abordeur sont-ils de même nationalité, il y a lieu d'appliquer la loi de leur nationalité commune. Sont-ils de nationalités différentes, chacun d'eux n'est obligé que dans la limite de la loi de son pavillon, et ne peut recevoir que ce que cette loi lui attribue. L'Institut de droit international a adopté une résolution qui ne diffère guère de celle du congrès d'Anvers.

Il admet également l'application de la loi nationale commune ; et, lorsque les navires sont de nationalités différentes, il établit en principe que la loi du pavillon de chaque navire doit servir à déterminer qui doit supporter le dommage : en ajoutant que toutefois le demandeur ne peut faire une réclamation, qui ne serait pas justifiée d'après la loi de son pavillon. Ces résolutions nous paraissent sages, et nous croyons ce système préférable à la pratique la plus généralement admise jusqu'à ce jour, qui attribue une importance trop prépondérante à la *lex fori*, ou s'en rapporte *au droit commun des nations*, ce qui constitue une base d'appréciation assez vague, notamment en ce qui concerne la répartition des dommages en cas de faute commune ou d'abordage douteux. Plusieurs décisions françaises ont statué dans ce dernier sens, alors même qu'il s'agissait de deux navires français(1). Et l'on pourrait peut-être mentionner dans le sens de la même doctrine une décision de la Haute Cour d'amirauté anglaise, qui, à propos d'un abordage entre navires anglais et espagnol, a appliqué le *droit général maritime*, aux termes duquel la responsabilité du navire et celle des armateurs sont les mêmes, bien que la loi du défendeur espagnol refuse tout recours contre les armateurs(2). Mais cela revient bien souvent en somme à appliquer la *lex fori*, le *droit commun* de l'Europe et le *droit général maritime* étant bien difficiles à déterminer.

(1) Aix, 23 déc. 1857. Dalloz. 58, 2, 39. — Marseille, 25 févr. 1859. *Journal de Marseille*, 1859, 1, 38 — V. en ce sens : Rivière. *Pandectes françaises*, v° *Abordage*, n° 164.

(2) 11 mai 1881. *J. de. dr. int. privé*, 1883, p. 175

La solution donnée à la question par l'Institut et par le congrès d'Anvers nous paraît infiniment préférable, et parfaitement compatible, dès à présent, avec les vrais principes du droit international privé. L'on ne doit pas s'étonner qu'elle ait été préconisée par des savants, tels que de Bar, Lyon Caen, Sacerdoti, Féraud Girand, etc... Elle nous paraît destinée à prévaloir dans la pratique des nations.

1073. — Il n'y a guères moins de divergences sur la question de savoir à quelle loi il faut s'attacher, pour déterminer *les délais* dans lesquels la partie qui réclame doit protester et agir, et les formes qu'elle doit suivre. Les opinions émises sont même tellement variées, qu'il est impossible de les examiner et de les discuter ici, avec le développement que la solution de cette question exige. Ce sont des questions de *droit maritime* international. Nous dirons seulement que, quant aux formes des protestations et des réclamations, il faut suivre la loi du lieu où elles s'accomplissent : *locus regit actum*. Quant aux délais, aux fins de non-recevoir et déchéances qui résultent de leur inobservation, nous serions fort tenté de donner la préférence, en pratique, au système adopté par le congrès d'Anvers. Si l'abordage a lieu dans les ports, fleuves ou autres eaux intérieures, on doit appliquer la loi du lieu où il se produit. S'il a lieu en mer, tout au moins en dehors des eaux territoriales, la question de savoir dans quel délai la réclamation doit être faite ne peut être résolue d'après la règle *locus regit actum*. Il ne s'agit, du reste, pas d'une forme proprement dite, lorsque le droit d'agir est renfermé dans un certain laps de temps : la loi qui régit le droit devrait régir, en principe, son extinction par l'inaction ou l'inertie de l'ayant droit, sauf les considérations d'ordre public local, lorsque c'est par des motifs de ce genre que la *lex fori* assigne à l'exercice du droit un terme plus court. D'après les résolutions du congrès d'Anvers le capitaine conserverait son droit, en réclamant dans les formes et délais prescrits par la loi de son pavillon, ou par celle du navire abordeur, ou par celle du

premier port de relâche. C'est, de toutes les théories émises, évidemment la plus indulgente, et nous avouons que c'est ce qui nous porte à une certaine sympathie pour cette opinion, au moins au point de vue de la *lex ferenda*, parce que nous ne sommes guères favorable aux déchéances. Il faut cependant reconnaître qu'elle n'est pas très juridique, bien qu'elle soit préférable, à cet égard, à celle de M. Labbé, d'après lequel le tribunal, eu égard au silence de la loi positive, devrait statuer *selon sa raison* (Sir., 1875, 1. 97). Cette opinion aboutit à dire qu'il n'y a pas de prescription, ni de délai, dès qu'il s'agit d'un abordage en mer. La jurisprudence française, étayée principalement sur une doctrine ancienne, applique avec une rigueur inexorable la *lex fori*, même lorsque l'abordage a eu lieu dans des eaux étrangères. Nous ne pouvons admettre ce système, et nous estimons qu'il doit être repoussé, même lorsque l'abordage a eu lieu en pleine mer. C'est faire dépendre uniquement la recevabilité de la réclamation, de la loi du pays où elle est formée devant les tribunaux. Il est naturel qu'il en soit ainsi, s'agissant de l'admissibilité des voies de recours, mais nullement lorsqu'il s'agit de la recevabilité de l'action *ab initio*, et celle-ci dépend en général de la loi qui régit le fond du droit. La doctrine française la plus récente incline pour la loi du navire abordé. Mais il est souvent difficile de savoir quel est le navire abordeur, quel est le navire abordé. L'Institut de droit international a décidé que les réclamations doivent être faites « dans les délais prescrits par la loi du pavillon du demandeur, et après accomplissement des formalités qu'elle exige[1] ». Si nous ne craignions de paraître vouloir faire du neuf, nous proposerions de s'en tenir plutôt à la loi nationale du défendeur. C'est contre lui que l'on exerce le recours : il est le débiteur. N'est-il pas rationnel de s'en référer à la loi du débiteur, lorsqu'il s'agit de savoir sous quelles conditions il peut être considéré comme dégagé ? C'est en sa faveur que sont établies

(1) Projet de règlement international des conflits de loi en matière d'abordages maritimes. Résolution 11. *Annuaire*, 1888-1889, p. 152.

les déchéances et les prescriptions. On serait tenté d'admettre, il est vrai, que le demandeur ne peut pas non plus exercer d'action lorsqu'il est déchu d'apres sa loi nationale. Mais, outre que sa loi nationale ne peut guères avoir la prétention de protéger le défendeur étranger plus que ne le fait la loi du pavillon de ce dernier, il serait bien dur d'obliger le demandeur à observer une double loi, et il se pourrait même que les dispositions des deux lois ne fussent guères conciliables.

1074.—On voit par les considérations que nous venons de présenter, combien il est dangereux de proclamer en pareille matière des règles trop absolues. A première vue, et quand il ne s'agit que de poser des principes généraux, la responsabilité des délits et des quasi-délits devrait se déterminer, suivant la plupart des auteurs, par la loi du lieu de leur accomplissement. Mais cette règle est tout d'abord inapplicable, lorsqu'il s'agit d'actes dommageables accomplis en dehors du territoire de toute souveraineté quelconque. Et, alors même qu'il s'agit de l'appliquer à des actes accomplis dans le ressort territorial de telle ou telle souveraineté, les auteurs et les arrêts font assez souvent bon marché de la règle. C'est que la nature du délit et du quasi-délit est variable. Il ne tient parfois son existence que de certaines considérations d'utilité locale, très diverses suivant les Etats, et fondée sur des considérations d'utilité publique, qui n'ont pas la même valeur partout et sont diversement appréciées. Leur existence même ne dérive parfois que de règlements locaux, dont les termes à eux seuls indiquent, que leur autorité est exclusivement locale dans la pensée du pouvoir même qui les a édictés. Qu'il y ait lieu d'appliquer exclusivement dans ce cas la loi du lieu du délit ou du quasi-délit, cela ne peut faire de doute. Mais il y a d'autres délits ou quasi-délits, des *délits* surtout, dont la substance dérive de considérations plus générales, plus abstraites. Il y en a qui impliquent, aux yeux de l'Etat auquel l'agent se rattache par sa nationalité, une responsabilité indépendante du lieu de l'acte. Or, si on admet, s'agissant de la

responsabilité répressive, que l'Etat conserve ainsi un droit de contrôle sur la conduite de ses ressortissants en pays étranger, pourquoi ne pas l'admettre s'agissant de la responsabilité civile des mêmes actes? Enfin, il y a des délits, des quasi-délits même, qui impliquent une activité délictueuse s'étendant et s'épanouissant dans des pays divers, se prolongeant sans que leur auteur se déplace; il y en a qui se composent de plusieurs faits accomplis dans des pays différents, de sorte que les éléments complets de l'infraction ne se trouvent matériellement réunis nulle part. Nous avons admis la pluralité de juridictions, la pluralité de compétences législatives en matière répressive, et nous avons cru devoir l'admettre également en matière civile, en ce sens que l'action en responsabilité pourra s'étayer sur la loi de chacun des pays où l'un des éléments du fait incriminé se rencontre, au moins devant les tribunaux de ce pays. Ce n'est pas l'application de la loi du for comme telle, c'est l'application de la loi du lieu de l'acte incriminé. Ajoutons cependant que, lorsqu'il s'agit spécialement de la responsabilité civile, la loi du lieu où le dommage est produit paraît assez naturellement appelée à prédominer, au moins devant les tribunaux de ce pays. Mais nous insistons sur l'observation que nous avons faite plus haut: que ce lieu n'est pas celui où le dommage retentit, et se répercute. Le pays où le dommage *est produit*, c'est celui où se consomme l'activité ou même l'inertie préjudiciable du délinquant ou de l'agent, et il importe peu que les résultats de cette activité ne se développent complètement que dans un autre pays. — Telles sont d'une manière très résumée les règles d'après lesquelles on devrait déterminer, selon nous, quelle est la loi qui régit les obligations naissant des délits et des quasi-délits. Le système proposé par la commission belge, et qui consiste à appliquer toujours la loi du lieu du délit est sans doute plus simple, mais il n'est pas plus justifiable théoriquement, et pas plus applicable en pratique, sans heurter la conscience publique, que celui de Savigny et de Waechter qui consiste à appliquer *toujours* la loi du for.

Dans ses excellentes observations sur le projet belge (1), M. Laîné exprime ses préférences pour ce dernier système, mais il nous paraît aller trop loin. La vérité nous paraît être entre les deux systèmes : en d'autres termes chacun d'eux contient une part de vérité. Que l'acte illicite d'après la loi du lieu où il a été accompli doive en général être réputé tel en tous pays, que les juges belges doivent le reconnaître comme tel, alors même qu'il ne le serait pas d'après la loi de leur pays, nous n'y voyons rien qui nous blesse. Mais qu'un acte licite d'après la *lex loci actus* doive par cela même être envisagé comme licite par nos tribunaux, alors même qu'il constituerait d'après nos lois un quasi-délit, un délit, un crime peut-être, et qu'il aurait été accompli en pays étranger par un sujet belge ; que ce fait ne puisse engendrer aucune action civile en réparation du dommage, alors qu'il y engendre l'action publique, voilà ce qui répugne à notre raison.

(1) *Etude sur le titre préliminaire du projet de revision du Code civil belge*, pp. 108 et ss.

TITRE XXIII.

DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

1075. — Nous avons discuté, en traitant des effets du mariage, les plus importantes des questions de principe qui se rattachent à cette difficile matière. Nous avons dit qu'en l'absence de conventions matrimoniales expresses, la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux, paraît devoir être non pas celle du domicile matrimonial, mais celle de leur nationalité. C'est l'opinion la plus récente, et bien qu'elle soit loin d'être généralement admise, elle a dès à présent en sa faveur des autorités considérables. C'est celle de l'école italienne à laquelle se sont ralliés d'éminents jurisconsultes français. Le congrès des jurisconsultes allemands s'est déclaré en faveur de ce système en 1887, et de Bar [1] qui a soumis la doctrine italienne de la nationalité à un examen si sérieux et si sévère, y adhère complètement en ce qui concerne la détermination de la loi qui doit régir les biens des époux. Nous ne reviendrons pas sur cette discussion. La loi nationale nous paraît être l'héritière légitime de l'ancienne loi du domicile, et l'on a trop exagéré en cette matière l'influence de la libre volonté des époux.

1076. — Il est du reste certains points sur lesquels les partisans de l'application de la loi du domicile s'accordent

(1) De Bar. Op. cit., T. I, p. 510. La loi du domicile matrimonial paraît prévaloir dans la jurisprudence belge, mais à tort. — Anvers, 22 mars 1883. — Port d'Anvers, 1883, 1, 150.—Bruxelles, 26 juin 1883. *Jur. des Trib.*, 1883, p. 702.

avec ceux qui préconisent l'application de la loi nationale. « La loi, bien que librement acceptée comme règle, » dit Brocher[1], « *n'en reste pas moins souveraine*. Elle n'abdique pas; elle ne reconnaît nulle part la volonté individuelle comme son égale, encore moins comme sa supérieure; elle lui impose des limites et s'occupe de suppléer aux lacunes et aux obscurités des manifestations qui s'y rapportent. » Cela étant, il y a lieu d'examiner avec un peu plus de détail que nous l'avons fait jusqu'ici, quelles sont ces limites, et quelle est la loi qui a compétence pour les déterminer. Nous ne nous arrêterons pas longtemps sur l'art. 1387, lequel trouve son corollaire, ou son application dans l'art. 1400. Cet article proclame en principe la liberté des conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et sous les modifications déterminées par les articles suivants. A qui cet article s'applique-t-il? Il nous paraît évident qu'il ne s'applique qu'aux nationaux. L'étranger est soumis à sa loi nationale, si elle ne lui permet pas le libre choix, si elle lui impose un régime déterminé, si elle lui interdit de se marier sous tel ou tel régime. La loi italienne n'admet pas la communauté légale : nous pensons qu'en France ou en Belgique, deux Italiens ne pourraient ni stipuler pareil régime, ni être réputés l'avoir adopté par leur silence. La jurisprudence française a cependant décidé que les époux étrangers, se mariant en France, avaient le droit de choisir le régime auquel doivent être soumis leurs intérêts civils, et de convenir ainsi d'un régime que leur loi nationale n'admet pas ou même interdit[2]. Mais la doctrine s'est prononcée en sens contraire, et avec pleine raison[3]. La Cour de Cassation a perdu de vue que l'organisation de l'association conjugale, quant aux biens, lorsqu'on y rencontre des

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 147.
(2) Cass., 4 mars 1887. Dalloz. 57, 1, 109 et Cass. req., 15 juillet 1885. Droit du 23 août 1885.
(3) Despagnet. nº 455. — Laîné (à son cours). — Bourdon Viane. p. 242. — Durand. p. 335, etc... — Vincent et Pénaud. Vº *Conventions matrimoniales*, nos 123 et ss.

dispositions prohibitives ou impératives, présente un lien étroit avec le régime personnel. Or, la loi nationale a évidemment compétence pour régir l'union personnelle. Le système de la Cour de Cassation conduit du reste à l'anarchie du droit, notamment dans les cas où elle l'a admis, c'est-à-dire en ce qui concerne des époux italiens. Ajoutons toutefois que si, comme c'est le cas presque partout, la femme perd sa nationalité propre et acquiert celle de son mari en se mariant, il n'y a lieu de consulter que la loi nationale du mari. Il est bien vrai qu'elle n'a pas encore perdu sa nationalité au moment de la convention matrimoniale, mais celle-ci ne prend vie qu'au moment du mariage et par le fait du mariage. Et l'Etat d'origine de la femme n'a d'ailleurs aucun intérêt, dans l'organisation de l'association conjugale entre deux personnes qui lui sont étrangères.

1077. — Quant aux restrictions, auxquelles la loi belge et la loi française subordonnent elles-mêmes la liberté des conventions matrimoniales (art. 1388 à 1390), ou aux restrictions analogues que pourrait établir une loi étrangère, on tombe d'accord, disent MM. Vincent et Pénaud[1], qu'elles intéressent la capacité du contractant et le suivent en tout pays[2]. Mais dans quelle mesure s'appliquent-elles, même aux étrangers contractant en France? Ici encore il faut se garder d'une réponse trop générale. Dans tous les cas spécifiés en termes exprès par l'art. 1388 du Code civil, il s'agit de prohibitions qui touchent au statut personnel, et qui ne concernent point les étrangers se mariant en France[3]. Mais la partie finale de cet article interdit en termes généraux toute stipulation contraire aux dispositions prohibitives du Code. Il est probable, d'après les exemples qui précèdent cette disposition générale, que le législateur a eu particulièrement en vue toutes les prohibitions qui se rattachent

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Conventions matrimoniales.*
(2) Weiss. Op cit., p. 690. — Despagnet. n°s 454 et ss. — Durand, p. 355. — Rougelot de Lioncourt. p. 191 etc.
(3) Brocher. Op. cit., T. II, p. 148.

au statut personnel, parce qu'elles intéressent la bonne organisation de la famille. Mais il se peut aussi qu'il y ait des prohibitions touchant au statut réel, ou même à l'ordre public absolu, à cet ordre public que l'on est convenu d'appeler international. Chaque fois qu'il en sera ainsi, ce n'est pas seulement aux époux nationaux que ces dispositions imposeront des entraves, dont elles limiteront la liberté. Les futurs époux étrangers pourront eux-mêmes en subir les effets. Il faudra donc examiner dans chaque cas particulier la nature de la prohibition, le fondement sur lequel elle repose.

1078. — Les limitations qui atteignent spécialement la liberté des conventions matrimoniales, et qui leur sont propres, figurent à la suite de l'art. 1388. Brocher est d'avis que c'est le statut réel qui prédomine dans l'art. 1389, lequel défend toutes conventions dérogeant à l'ordre légal des successions, soit par rapport aux époux eux-mêmes, dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. Il faut s'entendre. Là où la succession est considérée comme étant de statut réel, de pareilles stipulations ne pourront sortir leurs effets en matière immobilière, si elles sont contraires à la loi du lieu de la situation. Mais d'après l'opinion qui tend de plus en plus à prévaloir dans la doctrine, c'est la loi nationale du défunt qui est appelée à régler sa succession, tant en matière immobilière qu'en matière mobilière. En Allemagne, c'est la loi du dernier domicile du *de cujus*, bien que la science allemande incline également à préférer la loi nationale, et que les nouveaux projets de Code la fassent prévaloir d'une manière absolue. Or, la loi qui régit la succession a logiquement compétence pour établir ce genre de prohibitions. Mais il faut bien reconnaître que d'après la jurisprudence française, fondée sur des traditions invétérees, qui semblent dans une certaine mesure consacrées par les textes, la succession immobilière des étrangers qui laissent des immeubles en France est régie par la loi française, *lex rei sitae*. L'art. 1389 s'imposera donc à l'observation des étrangers, en tant

qu'il s'agira de leurs immeubles situés en France ou en Belgique. Ils seront même liés par les dispositions de cet article, dans la mesure où l'on considérerait leur succession mobilière comme régie par nos lois, à raison du fait que leur succession viendrait à s'ouvrir dans notre pays.

1079. — La défense contenue en l'art. 1390, qui interdit aux époux de s'en référer à des coutumes, lois ou statuts locaux anciens, est considérée par Brocher comme d'ordre public absolu. Elle a pour but, dit-il, d'empêcher les futurs époux de traiter comme lois des dispositions abrogées comme telles. Et il en conclut qu'elle s'applique « aux étrangers comme aux nationaux, aux actes intervenus à l'étranger, comme s'ils se fussent réalisés sur le territoire [1] ». Nous ne pouvons partager l'opinion du savant jurisconsulte. Le but de la disposition n'est pas très exactement indiqué. Le législateur a craint que, s'il était permis aux parties de s'en référer aux coutumes locales, elles ne prissent l'habitude de le faire, et que la diversité infinie des législations, diversité à laquelle il a voulu remédier en vue de la sûreté des relations de la vie civile, et de prévenir les procès, ne fût ainsi indirectement maintenue. Tel est le vrai motif de la disposition. Mais il est à remarquer que c'est une disposition de forme plutôt que de fond, puisqu'il est parfaitement permis aux parties de s'en tenir à telle ou telle coutume, en la reproduisant littéralement dans leurs conventions. S'il en est ainsi, il y a lieu, nous semble-t-il, d'appliquer la maxime *locus regit actum*. Nous pensons donc que cette disposition ne doit recevoir aucune application aux actes passés par des étrangers en pays étranger. Elle n'en doit même pas recevoir aux actes passés par les nationaux en pays étranger, d'après la jurisprudence et la doctrine généralement admise en matière de formes substantielles. Il en serait autrement si l'on admettait le principe posé par le projet de réforme belge du Code Napoléon, relativement aux formes de solennité. Enfin, en ce qui concerne les

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 148.

contrats de mariage des étrangers passés dans notre pays, comme, selon nous, la maxime *locus regit actum* a, du moins en matière de formes solennelles, un caractère obligatoire, l'observation de l'art. 1390 s'impose. Ces formes sont en effet d'ordre public local sinon national (1).

1080. — L'art. 1391 permet cependant aux époux de déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier, ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal. Ils peuvent déclarer à plus forte raison qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté d'acquêts, le régime exclusif de communauté, etc., ces expressions offrant au moins la même précision. Le texte même indique que cette disposition concerne uniquement les époux qui adoptent un des régimes consacrés dans notre pays. Mais la question de savoir si des époux belges ou étrangers, en pays étranger, pourraient établir leurs conventions sous cette forme, dépend, nous paraît-il, de la loi du lieu de l'acte. Il est probable que celle-ci n'y formera pas obstacle, de même que rien ne s'opposerait dans notre pays à ce que les époux qui s'y marient déclarent, dans leurs conventions matrimoniales, s'en référer, quant au régime de leurs biens, à telle ou telle loi étrangère (2).

1081. — L'art. 1392, aux termes duquel la simple stipulation que la femme se constitue, ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard, ne constitue qu'une règle d'interprétation : mais c'est une règle d'interprétation d'un caractère absolu, en ce sens qu'elle exclut complètement la portée que l'on prétendrait attribuer aux clauses dont il y est question, *comme entraînant le régime dotal* (3). Par sa nature même elle ne peut viser

(1) Despagnet, nº 448. — Laurent, T. V, p. 451. — Laîné (à son cours). — Bourdon Viane. *Manuel*, p. 242, etc... V. Vincent et Pénaud, vº *Conv. matrim.*, nº 128.

(2) Laurent. T. XXI, nº 141, p. 169. — Aubry et Rau. T. V, p. 273 et note 23, etc.

(3) Cet article exige en somme une stipulation expresse en termes sacramentels pour l'adoption du régime dotal.

que les contrats soumis à la législation dont elle fait partie intégrante. L'observation est de Brocher, et elle est incontestablement exacte. Mais cette question même nous paraît devoir être résolue en principe d'après la loi nationale des parties, ou d'après celle du mari, sauf manifestation d'une volonté contraire, et nous en dirons autant de la disposition analogue de l'art. 1392, al. 2. Il est probable que, d'après M. Brocher, elle devrait l'être d'après la loi du domicile conjugal. Quant à l'art. 1393, il ne fait qu'exprimer sous une autre forme le principe consacré par l'art. 1400. Il en résulte, en effet, qu'en l'absence de contrat de mariage, ou de stipulations contraires, les époux sont placés sous le régime de la communauté légale. Mais il l'exprime sous une forme assez caractéristique, assez remarquable. Ce régime forme en l'absence de stipulations contraires, de stipulations spéciales, qui dérogent au régime de la communauté, ou le modifient, le *droit commun de la France*. Que signifient ces expressions : *le droit commun de la France*? Elles ne signifient certes pas que ce sera le droit commun pour tous ceux, Français ou étrangers, qui se trouvent sur le sol français. Il faudrait en conclure que les étrangers, comme les Français, seront considérés en France comme mariés sous le régime de la communauté légale, quel que soit le pays dans lequel leurs conventions auront été dressées, et leur mariage accompli. C'est ce que personne n'admet. Dès lors, il faut interpréter ces mots *droit commun de la France* dans un sens moins matériel, si nous pouvons nous exprimer ainsi, comme signifiant le droit commun *des Français*. Et cette interprétation nous ramène à l'application de la loi nationale, qui, en cette matière, nous paraît appelée au triomphe final. Nous ne pouvons admettre qu'il s'agisse ici d'une pure question de forme uniquement régie par la *lex loci actus*.

1082. — Les art. 1394 et 1395 sont unis par un lien logique. Le second est la conséquence du premier. Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage (art. 1394), elles ne peuvent recevoir aucun

changement après (art. 1395). L'art. 1394 ajoute qu'elles doivent être rédigées par acte devant notaires. La forme est sans contredit substantielle : mais nous avons vu que, d'après l'opinion générale, on applique néanmoins la maxime *locus regit actum*. Telle est la pratique du droit international privé actuel. Nous avons vu aussi que certains auteurs désapprouvent cette pratique, par exemple Laurent, et que son projet de réforme du Code civil belge, comme celui de la commission, et le Code civil italien consacrent un principe contraire. Nous avons dit, en outre, que la Cour de Cassation considère le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales comme se rattachant à la forme. Cette opinion est inadmissible. Il s'agit d'une véritable question de fond. On est d'accord, en général, pour reconnaître que, quand la loi personnelle des époux soumet à certaines restrictions leur faculté de régler le régime de leurs biens, ou leur impose obligatoirement tel régime, cette loi doit être respectée partout. Or, lorsque la loi proclame l'immutabilité des conventions matrimoniales, elle ne fait pas autre chose que restreindre la liberté de ces conventions dans l'ordre du temps, et imposer aux époux le régime dont ils seront convenus avant le mariage. Ces règles s'appliqueront donc aux nationaux, et aux nationaux exclusivement, mais elles s'appliqueront à eux en quelque lieu qu'ils se trouvent. Nous ne nous étendrons pas davantage sur ce point, à raison des explications que nous avons données ci-dessus[1].

1083. — Remarquons qu'il faut en cette matière se défier des citations dans une certaine mesure. Brocher (Op. cit., T. II, p. 153) mentionne Laurent comme rat-

(1) En sens contraire : la jurisprudence française accusée dans divers arrêts, et en dernier lieu dans un arrêt de la Cour de Cass. du 24 déc. 1867 (Dalloz. 68, 1, 103) et un certain nombre d'auteurs. — Troplong. *Mariage*, nº 179. — Aubry et Rau. Vº 5, p. 283 et note 2. — Mailher de Chassat. *Traité des statuts*, 97 et ss., 191 et ss. — Bellot des Minières. *Contr. de mariage*, T. I, p. 34. — Guillouard. T. I, nº 338.

Mais la plupart des auteurs sont d'avis que les restrictions dont il s'agit atteignent la capacité, et sont gouvernées par la loi nationale ou la loi personnelle. V. Vincent et Pénaud. Vº *Conventions internationales*, nº 112 et les très nombreuses autorités citées, entre autres : Demangeat, Laurent, Weiss, Despagnet, Fiore, Brocher, Bertauld, etc.

tachant la question dont il s'agit au système des formalités substantielles, tandis que Vincent et Pénaud le mentionnent comme faisant dépendre la même question du statut personnel. Il y a contradiction en apparence, il n'y en a pas en réalité, étant donné que les formalités substantielles dépendent, d'après Laurent, du statut personnel. Mais il existe cependant une différence. Si l'immutabilité des conventions matrimoniales, la nécessité légale de les arrêter avant la célébration, la nullité de celles qui ont lieu pendant le mariage se rattachent aux formes substantielles, ce qui nous paraît difficilement compréhensible, il peut y avoir un double statut en jeu : le statut personnel pour ceux qui admettent l'opinion de Laurent, le statut d'ordre public local pour ceux qui pensent, avec lui du reste, que la nécessité d'observer les formes substantielles se rattache à l'ordre public local, et que les étrangers mêmes sont tenus de s'y soumettre. Sans se rallier à l'opinion de Laurent, en tant qu'il considère les art. 1394 et 1395 comme se rattachant aux formes substantielles, Brocher les envisage « comme fortement empreints d'ordre public.... soit que l'on s'arrête d'une manière générale aux exigences de la sécurité sociale, soit qu'on se préoccupe plus spécialement des rapports réciproques des époux ». Et sans qu'il se prononce d'une manière bien nette, il semble admettre qu'au nom de l'ordre public national, on applique ces articles aux Français en tous lieux, sans distinction, et qu'au nom de l'ordre public territorial on en fasse l'application aux étrangers qui se marient en France, ou prétendraient y faire pareilles conventions. Il n'y a, d'après nous, qu'un intérêt d'ordre public national en cause, et la disposition dont il s'agit a été dictée au législateur par l'intérêt de la famille nationale. C'est une loi qui limite en réalité la capacité, le droit de ceux qui veulent la constituer. L'ordre des familles est seul en jeu : cette loi ne vise que les nationaux. L'un des auteurs qui préconisent avec le plus de résolution l'application large de la règle *locus regit actum*, même aux formes substantielles, M. Buzzati, n'hésite pas à la

repousser ici. Il ne s'agit pas, d'après lui, d'une forme. Il est satisfait à la forme, d'après la loi italienne, si le contrat a été fait par devant notaire, suivant les prescriptions de la loi italienne. Mais s'il a été conclu entre deux Italiens après le mariage, il sera nul, « parce que la capacité des parties était limitée au temps antérieur au mariage, et a été épuisée par le fait du mariage[1]... » Il s'agit donc pour lui d'une question de capacité. Mais qu'on la considère comme telle, ou comme une prescription dictée par l'ordre des familles, c'est toujours en définitive à la loi nationale des époux, et, en cas de nationalités diverses, à celle du mari que l'on doit s'en rapporter pour l'appréciation des conflits.

1084. — Les art. 1396 et 1397 concernent les modifications qui pourraient être apportées aux conventions matrimoniales *avant* le mariage, modifications licites en principe, et qui le sont sans doute dans tous les pays. L'alinéa 1 de l'art. 1396 concerne uniquement la forme, et exige un acte notarié comme pour le contrat initial. Au premier abord, cette disposition ne peut donner lieu à aucune difficulté nouvelle. D'après les principes, actuellement admis en général par la jurisprudence et la doctrine, il faut appliquer la maxime *locus regit actum* au contrat initial; et il faudra l'appliquer aussi aux conventions modificatives. D'après les règles nouvelles proposées par certains auteurs, et déjà consacrées par certains projets de loi, il faut appliquer la loi personnelle des époux ou celle du mari. Mais le premier de ces systèmes peut soulever une question délicate. Supposons que le contrat soit fait en forme authentique, conformément aux exigences de la *lex loci* : pourra-t-il être modifié par un acte sous seing privé passé dans un pays où cette dernière forme est admise? On voit d'ici toutes les fraudes, tous les procès qui pourraient en résulter. L'acte sous seing privé n'a pas de lieu certain. Suffira-t-il de le dater d'un pays étranger où la forme authentique n'est pas requise?

(1) Buzzati. Op. cit., p. 304.

Et, si la forme authentique n'a pas été nécessaire, d'après la *lex loci*, dans l'acte initial, sera-t-elle nécessaire pour les modifications convenues dans un autre pays où elle serait de rigueur? Nous ne voyons guères moyen d'échapper à ces conséquences de l'application de la *lex loci* aux formes solennelles, et c'est encore un inconvénient de ce système. Nous croyons toutefois qu'il faut décider que l'acte modificatif des conventions initiales est régi, quant à la forme, par la loi qui gouverne celles-ci, et que cet acte ne fait que modifier. Il en devient par cela même partie intégrante. Mais la question est discutable.

Le deuxième alinéa de l'art. 1396 ne concerne plus la forme, mais la capacité des parties. C'est une question qui se rattache évidemment au statut personnel : elle ne peut être décidée que d'après la loi nationale de chacun des époux, loi qui régit sa capacité. Il faudra que chacun d'eux soit capable d'après sa loi nationale, il faudra, si sa capacité est imparfaite, le consentement de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. Mais, faut-il leur présence, et est-il nécessaire que le consentement soit simultané? C'est bien là une forme, forme substantielle il est vrai, mais tombant sous l'application de la règle *locus regit actum*. Nous n'approuvons pas cette application de la maxime : nous constatons qu'elle est entrée dans le domaine du droit international privé coutumier. Peut-être n'est-elle pas destinée à y rester.

1085. — L'art. 1397 ne concerne que les effets des changements et contre-lettres vis-à-vis des tiers. L'intérêt de ceux-ci est considéré comme un intérêt général. Cet article doit dès lors recevoir application en ce qui concerne tous les contrats de mariage passés en Belgique, en France, ou dans les pays où des dispositions semblables seraient en vigueur. Mais que faut-il penser des contrats passés en pays étranger, et des contre-lettres dont ils auraient été l'objet? Nous ne trouvons à ce sujet aucune décision dans les annales de la jurisprudence. Or, l'observation de l'art. 1397 peut être pratiquement impossible,

s'agissant d'actes passés en pays étranger, particulièrement si le contrat a pu y être dressé en forme privée, si les conventions matrimoniales ont pu même s'y conclure sous une forme purement verbale, cas auquel M. Buzzati applique encore la règle *locus regit actum*. On peut considérer comme ayant des rapports très étroits avec cette question, celle que soulèvent l'application de l'art. 67 du Code de commerce français, celle de la loi française du 10 juillet 1850, et celle des art. 12 à 15 de notre Code de commerce belge (Loi du 15 décembre 1872) sur la nécessité de la publication des contrats de mariage, pour qu'ils puissent être opposés aux tiers. La Cour de Rennes a décidé par arrêt du 4 mars 1880 (1) que des dispositions de ce genre concernent la forme, et sont sujettes par conséquent à la règle *locus regit actum* ; qu'en conséquence elles s'imposent même aux étrangers qui se marient en France, et ne s'imposent pas nécessairement aux Français qui se marient en pays étranger. M. Buzzati critique les motifs de cette décision, bien qu'il en approuve complètement le dispositif, et n'admet pas qu'il s'agisse de formes. Mais il ne nous dit pas quels sont les motifs par lesquels elle se justifie en réalité, s'il n'est pas question de formes, et s'il n'y a pas lieu d'appliquer la maxime *locus regit actum*. Nous estimons, pour ce qui nous concerne, qu'il s'agit bien de formes, mais de formes de publicité. Des formes de ce genre sont certainement obligatoires pour tous ceux qui accomplissent un acte juridique sur le territoire où elles sont en vigueur. Mais il est beaucoup plus douteux que l'on en soit dispensé, par cela seul que l'on se trouve dans un pays où elles ne sont point prescrites, et sous ce rapport elles échappent bien souvent à la règle *locus regit actum*. C'est ainsi qu'en matière d'hypothèques et de transcription des actes translatifs de propriété immobilière, on applique bien certainement la *lex situs*. Toutefois il ne peut être question d'appliquer ici la *lex situs*, comme spécialement compétente pour prescrire les formalités à

(1) Dalloz. 1881, 2, 213.

observer vis-à-vis des tiers, afin que l'acte puisse leur être opposé. C'est partout, c'est dans tout pays que peut se réaliser l'effet préjudiciable pour les tiers d'un contrat de mariage dénué de publicité. Rien ne s'opposerait donc, dans la rigueur du droit, à ce que certaines formes de publicité fussent exigées, même pour qu'un contrat de ce genre passé dans un pays où elles ne sont prescrites, pût être opposé aux tiers dans notre pays. Mais cela présenterait de grands inconvénients, et l'on ne peut admettre une pareille rigueur de la part du législateur, que si cette exigence paraît compatible avec la nature des formes imposées. Il n'en est certainement pas ainsi de la loi française du 10 juillet 1850, qui exige la remise à l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage, d'un certificat délivré par le notaire qui a constaté les conventions matrimoniales des futurs, et relatant d'une part la date du contrat, de l'autre les noms et résidence du notaire et des parties, ni de la disposition tout à fait analogue de l'art. 2 de la loi belge du 16 décembre 1851. Par sa nature même cette formalité ne peut être exigée, lorsque le mariage est célébré dans un pays où elle n'est point prescrite. Faut-il en décider de même de la publication du contrat de mariage des commerçants? Il y a des motifs de douter. L'art. 14 de notre loi du 15 décembre 1872 prescrit à l'époux marié sous un régime autre que celui de la communauté légale, et qui embrasse plus tard la profession de commerçant, de déposer dans le mois son contrat de mariage au greffe du tribunal de commerce du lieu de son domicile, à défaut de quoi il pourra en cas de faillite être puni comme banqueroutier simple. Nous considérons cette obligation comme incombant au Belge, tout au moins s'il est domicilié en Belgique, et quel que soit le lieu de son contrat de mariage. Mais en ce qui concerne la publication initiale du contrat de mariage des commerçants, nous ferons observer que le législateur n'impose aucune obligation aux parties elles-mêmes; c'est aux notaires qu'il commande, et il ne peut le faire évidemment qu'en Belgique. Le Code de commerce s'exprime en termes identiques.

1086. —C'est d'après les mêmes principes qu'il faut décider de l'applicabilité de l'art. 1397. L'article se compose de deux parties. Dans la 1re il exige la rédaction de tous changements et contre-lettres à la suite de la minute du contrat de mariage, sous peine de ne pouvoir être opposés aux tiers; dans la 2e il s'adresse spécialement au notaire, et lui défend de délivrer aucune expédition du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Sans la 2de prescription, la première ne produirait guères d'effet au profit des tiers. Or, le législateur belge, ou français, est impuissant à sanctionner l'observation de la seconde, s'agissant d'un contrat de mariage fait en pays étranger. L'on peut en conclure, semble-t-il, que cette disposition vise seulement les contrats passés en France et en Belgique. Et cette conclusion s'impose, si l'on admet avec la jurisprudence et la plus grande partie de la doctrine, que les formes de solennité sont elles-même régies par la *lex loci actus*.

Des auteurs modernes ont admis spécialement en cette matière, et au point de vue de la question des formes de publicité, la faculté de choix des parties entre la *lex loci actus*, et leur loi nationale commune (1). Ils appliquent le principe très contesté et très contestable en jurisprudence et en doctrine, que la règle *locus regit actum* n'aurait pas force impérative, mais seulement force facultative. Nous avons cru devoir combattre cette opinion dans la partie générale du présent ouvrage, au moins au point de vue de la pratique traditionnelle. Mais si ces auteurs appliquent la règle, comme ils le font, en ce qui concerne les formes de publicité, et dans les cas où la règle est effectivement applicable à des formes de ce genre, nous croyons qu'il est impossible de ne pas lui reconnaître force impérative. A quel titre appliquerait-on la loi nationale des parties, s'agissant de l'intérêt des tiers et d'une mesure prescrite dans cet intérêt? Il serait encore plus rationnel peut-être

(1) V. entre autres : Weiss. Op. cit., p. 508. — Dicey et Stocquart. Op. cit., T. II, p. 227. — De Boeck. *Sur l'arrêt de Douai du 13 janvier 1887*, D. P., 1887, 2, 121.

de s'en référer à la loi nationale des tiers que ces formalités sont destinées à protéger, si la loi du lieu du contrat n'apparaissait pas comme naturellement destinée à prévaloir.

1087. — L'art. 1398 du Code civil, relatif à la capacité du mineur aux fins de consentir des conventions matrimoniales, se rattache au statut personnel. Une seule question concerne la forme : celle de savoir si la présence physique des personnes dont le consentement lui est nécessaire est requise. La question nous paraît tomber sous l'application de la maxime *locus regit actum*, au moins d'après le système qui admet l'application de cette maxime aux formes solennelles. Il ne s'agit pas de savoir si une autorisation, si un consentement est nécessaire oui ou non, mais de déterminer la forme dans laquelle le consentement devra être exprimé. Dans une matière où tout est de solennité, on pourrait soutenir que le consentement du tuteur ou de l'ascendant doit être exprimé dans la forme prescrite par la loi nationale du mineur. Mais, dans l'opinion adoptée par la jurisprudence, les formes de solennité tombent comme les autres sous l'application de l'ancienne maxime *locus regit actum*.

1088. — Le chapitre II, T. V, L. III du Code civil, est intitulé : Du régime en communauté, et débute par un principe général qui s'applique aussi bien à la communauté conventionnelle qu'à la communauté légale. Aux termes de l'art. 1399 du Code civil, dont la portée est impérative, la communauté commence nécessairement au jour du mariage. On ne peut donc en fixer le commencement, ni avant, ni après. Cette disposition présente, nous le répétons, un caractère impératif ou prohibitif nettement accentué. La question est de savoir à qui s'applique cet ordre ou cette prohibition. En tant que présomption d'intention, on pourrait appliquer cette disposition à tous ceux qui sont considérés comme ayant accepté la loi française, ou la loi belge, comme règle de leur communauté conjugale. A ce titre déjà, il conviendrait d'en faire l'application aux époux qui sont de nationalité française,

ou de nationalité belge, et qui se sont mariés sans contrat, ou à ceux qui n'ont assigné aucune date à l'établissement de leur communauté conventionnelle. Mais il faut aller plus loin, puisqu'il s'agit d'une disposition prohibitive, et examiner quels sont les époux dont elle enchaîne la liberté. Est-ce, comme le soutient énergiquemnt M. Brocher[1], « une disposition fortement empreinte d'ordre public international, parce qu'elle intéresserait grandement le régime des biens sur le territoire »? Il faudrait en conclure, et c'est la conclusion qu'en tire cet auteur, que dans tous les cas où une clause fixant le point de départ de la communauté à un autre moment, pourrait se faire reconnaître en vertu d'une loi étrangère, « les effets pourraient en être écartés en France, en tant que portant atteinte à des droits protégés par une disposition d'ordre public ». Il y a un grand inconvénient à admettre trop facilement, que des dispositions sont d'ordre public absolu ou *international*, pour nous servir des termes de Brocher. C'est une source éternelle de conflits et de divergences de décisions. La prohibition de l'art. 1399 présente-t-elle réellement ce caractère, et est-il vrai de dire qu'elle touche au régime des biens sur le territoire? Nous ne le pensons pas. Pothier, dans lequel cette disposition a été puisée, la considère comme une conséquence naturelle de ce que *l'union des biens est l'accessoire de l'union des personnes*. En fait, la prohibition a eu pour objet de retrancher irrévocablement les embarras et les difficultés que faisaient naître certaines coutumes, celle de Bretagne par exemple, qui exigeait pour l'établissement de la communauté légale entre époux, *qu'ils eussent été en mariage par an et jour après les épousailles*. De là des difficultés graves entre l'époux survivant et les héritiers de l'époux, décédé avant ce terme, si les biens avaient été effectivement confondus. Il pouvait même en résulter des difficultés pour les tiers, pour les créanciers du défunt. Mais on ne voit pas comment le régime des biens pourrait

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 163 et ss.

y être intéressé. Et si la disposition avait eu pour base l'intérêt des tiers, on ne comprendrait pas qu'il eût été nécessaire de déclarer des stipulations de ce genre, absolument nulles, *même entre époux*. Ajoutons que, si l'on y réfléchit bien, l'intérêt des tiers n'est pas plus compromis par une stipulation différant le point de départ de la communauté conjugale, que par l'existence d'une communauté de fait quelconque. L'immutabilité des conventions matrimoniales, établie par les art. 1394 et 1395, semble intéresser les tiers dans une mesure tout aussi forte; et cependant M. Brocher nous dit que les conventions matrimoniales rentrent à cet égard dans la dépendance du statut personnel(1). Il en peut résulter que la communauté conjugale commencera seulement après la célébration du mariage, et dans des conditions d'autant plus compromettantes qu'elles auront été moins prévues. Nous estimons qu'il en est absolument de même de l'art. 1399. Nous croyons que nos nationaux sont liés par cette prohibition, même en pays étranger, mais qu'elle ne s'applique pas aux étrangers, même au cas où leur mariage serait célébré, où leur contrat de mariage serait passé dans notre pays.

1089. — Nous avons déjà parlé de l'art. 1400 dont la disposition ne constitue que la reproduction de l'art. 1393 sous une autre forme, et nous avons examiné ailleurs la question de savoir dans quels cas cet article doit être appliqué, et à quelles conditions les époux mariés sans contrat sont sous le régime de la communauté légale, telle qu'elle est organisée par notre législation. — Dans les cas où on l'admettra, les art. 1401 à 1408, qui énumèrent ce que cette communauté comprend activement seront applicables, à moins de stipulation contraire. Le tribunal de Boulogne-sur-Mer a décidé avec beaucoup de raison que, le régime légal auquel sont soumis les époux une fois reconnu, les règles qui en découlent doivent être appliquées, comme si elles avaient fait l'objet d'une

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 154.

convention écrite (1). Si la jurisprudence n'est pas plus riche, en ce qui concerne cette question, c'est probablement parce que la solution n'en est pas douteuse. Un auteur des plus sérieux, M. Brocher (2), a cependant fait observer que les art. 1406 et 1408 paraissent « dériver, comme conséquences, des principes consacrés par le droit français en matière de succession héréditaire et de partage, qu'ils supposent régir les valeurs dont il s'agit ». Il est d'avis qu'il serait difficile de faire l'application de ces règles à des biens, dont la succession héréditaire et le partage seraient soumis à d'autres principes, sans tenir compte de ceux-ci. A vrai dire, nous ne voyons aucunement en quoi l'application de ces articles peut être exclue par les lois successorales, ou par les lois en matière de partage, à moins que, d'après celles-ci, l'hypothèse en vue de laquelle ces dispositions sont établies ne puisse pas se réaliser. Dans ce cas, en effet, il est superflu de dire qu'elles ne recevront pas application, car ce serait les appliquer à d'autres cas que ceux prévus. Il y a un peu plus de doute au sujet de l'art. 1403, qui s'en réfère aux règles expliquées au titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, en ce qui concerne les droits de la communauté, comme usufruitière, sur les coupes de bois et les produits des carrières propres à l'un des époux. Mais ici encore, nous pensons que, si les époux sont régis quant à leurs biens par la loi belge, c'est à cette loi qu'il faudra recourir pour déterminer les droits de la communauté usufruitière sur ces produits du sol, lors même qu'il s'agirait de biens situés en pays étranger. Et *vice-versâ*, s'il s'agissait d'une communauté régie par la loi étrangère, c'est cette dernière qu'il faudrait consulter quant aux droits en question, lors même qu'il s'agirait de biens situés en Belgique. Il n'en serait autrement que si l'application de la loi qui régit les rapports des époux, quant aux biens, se heurtait contre la *lex rei sitae* d'après la législation du pays de la situation. Cela serait le cas,

(1) 11 févr. 1854. D. 34, 3, 37.
(2) Op. cit., T. II, p. 167.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPRIMÉS R.F.

spécialement en Angleterre, où l'on applique d'une manière absolue la loi de la situation en ce qui concerne les immeubles. Et il pourrait en être de même en Belgique, si la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux, et règle les droits de jouissance de la communauté, attribuait à ceux-ci une extension telle qu'ils deviendraient incompatibles avec l'essence du droit d'usufruit, et aboutiraient à créer un droit immobilier nouveau, dont les immeubles ne peuvent être l'objet dans notre pays.

1090. — Ce que nous venons de dire des articles qui déterminent l'actif de la communauté, nous ne pouvons que le répéter en ce qui concerne la détermination de son passif, au moins en principe. Toutefois, l'application de ces règles peut être subordonnée à des restrictions plus importantes que celles qui concernent l'actif. Il se peut, en effet, que les dispositions de telle ou telle législation, sur les droits des tiers créanciers, soient considérées dans un autre Etat comme lésant les droits de ces derniers. Il n'est pas vraisemblable cependant qu'il en soit ainsi, l'intérêt des tiers étant dans tous les Etats un intérêt général, qu'ils ont tout avantage à respecter et à faire respecter, mais que chacun sauvegarde à sa manière. En fait, nos lois limitent bien les droits des tiers créanciers de la femme vis-à-vis du mari et de la communauté, mais elles les maintiennent vis-à-vis de la femme elle-même. Il ne faut pas perdre de vue, du reste, que la communauté, être moral, et le mari, sont eux-mêmes des tiers vis-à-vis des créanciers en question. Quoi qu'il en soit, envisagées en elles-mêmes, les dispositions relatives au passif, comme celles relatives à l'actif de la communauté, ont pour objet direct le règlement de l'association de biens entre les époux mariés sous ce régime, en vertu de leur consentement présumé ou exprès. Il en résulte qu'en principe la loi qui détermine l'actif, déterminera aussi le passif de la communauté, sauf les prescriptions de telle ou telle loi locale dans l'intérêt des tiers créanciers. On concevrait assez bien, par exemple, que l'application de l'art. 1410, al. 7 et 2, aux termes duquel la communauté n'est tenue

des dettes mobilières de la femme, antérieures au mariage, que si elles ont date certaine avant cette époque, à défaut de quoi le créancier de la femme ne peut exercer ses poursuites que sur la nue propriété de ses immeubles personnels, se heurtât en pays étranger contre le statut local. Et la même observation peut être faite en ce qui touche les art. 1412, al. 1, 1413, 1414, 1417 et 1420, chaque fois qu'il s'agit des droits des tiers. Mais le principe n'en demeure pas moins debout, et doit être appliqué sans réserve quant à la *contribution* aux dettes. Il convient d'ajouter du reste que, lorsqu'il s'agit de dettes successorales ou des charges d'une donation, la question de savoir si la femme elle-même en est tenue, et dans quelle mesure, dépend de la loi successorale et de la loi qui régit la donation, et que la solution de cette question réagit nécessairement sur les obligations du mari et de la communauté.

1091.—La solution de toutes ces questions peut encore se compliquer de questions de statut personnel proprement dit. Il est en effet généralement admis que l'incapacité de la femme mariée n'intéresse point l'ordre public absolu, et qu'en principe il faut appliquer la loi personnelle des époux, c'est-à-dire, d'après l'opinion qui tend à prédominer, leur loi nationale(1). Et il a été décidé, conformément à ce principe, qu'une femme peut accomplir un acte de la vie civile sans l'autorisation de son mari, lorsque sa loi personnelle le lui permet, que cet engagement doit être déclaré valable, et produire ses effets en tous pays(2). Pour ce qui nous concerne, nous croyons que, si les époux sont de nationalité différente, il vaut mieux appliquer la loi qui régit les effets du mariage pour déterminer la capacité de la femme mariée. Mais dans l'hypothèse contraire, quel sera l'effet d'un pareil engagement relativement au mari? Sera-t-il lié? A notre avis, la question doit être résolue négativement, si les époux sont censés s'être soumis à nos lois quant au

(1) Vincent et Pénaud. Vis *Puissance maritale*, nos 1, 4 et 5.
(2) Vincent et Pénaud. *Eod.* no 4.

régime de leurs biens. Ce n'est point par l'effet seul de la validité de l'engagement de la femme que la communauté et le mari se trouvent obligés dans le cas de l'art. 1419 : c'est à raison de l'intervention active du mari dans le contrat. Ceux-ci ne seraient point liés en général, si la femme ne s'était obligée qu'avec autorité de justice, et cependant il y aurait engagement valable en ce qui la concerne. Cette observation suffit pour résoudre la question.

1092. — Les art. 1421 à 1440 (sect. II) traitent de l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre époux relativement à la société conjugale. Il y a bien certainement dans cette section des dispositions qui se rattachent à l'ordre public national. Tout le monde est d'accord qu'il est de l'essence même du mariage, tel que l'entendent nos lois, que sous le régime de la communauté le mari administre seul les biens de celle-ci (art. 1421, al. 1), et l'on admet en général que la règle d'après laquelle il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme, a la même force. Il s'agit des droits du mari *comme chef*, auxquels les époux ne peuvent point déroger (art. 1388, C. civ.) (1). Les règles qui les établissent seront obligatoires pour les époux belges, même en pays étranger, quel que soit le lieu de célébration du mariage, quel que soit le domicile matrimonial. On objecterait en vain que, s'ils sont mariés sous un régime de communauté réglé par une loi étrangère, ce que rien ne les empêche de faire, c'est nécessairement cette dernière qui doit déterminer les droits du mari sur les biens communs. La liberté du Belge, du Français n'est pas illimitée ici. Dès qu'il y a communauté, il y a des biens communs, et le mari doit avoir sur ces biens, quels qu'ils soient, les droits déterminés par l'art. 1421 du Code civil. S'agissant d'une loi qui touche aux droits du mari comme chef, partant à l'ordre public national, elle suit le Belge en pays étranger. Il n'y peut déroger.

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXI, nos 123 et ss.

1093. — S'il en est ainsi du principe, il doit en être de même, à notre avis, des modifications auxquelles il est soumis par les art. 1422 et 1423, lesquels ne font que limiter et préciser en conséquence les droits du mari comme chef, en tant qu'il s'agit d'actes à titre gratuit, soit entre vifs, soit à cause de mort. C'est la loi nationale des époux qui décidera. Cette loi pourra sans doute se briser contre la *lex rei sitae* dans certains pays. A cela pas de remède ; c'est le résultat inévitable de l'état d'anarchie actuel du droit international privé. Il y a plus : c'est la conséquence de la diversité des conceptions, en ce qui concerne certaines règles de morale. Le développement de la science n'aura raison qu'à la longue des dissentiments qui se produisent sur divers points, et qu'elle travaille à émousser, à aplanir avec une persévérance infatigable. Mais nous pensons que la vérité est ici du côté des partisans de la loi nationale, sans nous dissimuler en aucune manière l'importance de la *lex rei sitae*, dans d'autres questions. Il n'y a rien qui intéresse ici le régime de la propriété, ni l'ordre économique, ni l'ordre public absolu. Par la même raison, nous estimons que les étrangers sont régis à cet égard, même dans notre pays, par leur propre loi nationale, en tant que celles-ci détermineraient par des dispositions absolues, et nonobstant stipulations contraires, les droits du mari comme chef. Pour autant qu'elles ne le feraient pas, ils sont régis par la loi à laquelle ils sont censés s'être soumis.

1094. — Les art. 1424 et 1425 déterminent dans quels cas les amendes encourues par l'un des époux, peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté. Ils distinguent suivant qu'il s'agit de crimes emportant ou non mort civile.

L'abolition de la mort civile aurait eu pour résultat, dans l'opinion commune, l'abrogation du second de ces articles, et la suppression pure et simple, dans le premier, des mots *n'emportant pas mort civile*. C'est une question discutable, et l'on pourrait soutenir que les distinctions établies par ces articles n'en subsistent pas moins, que la

base seule en est modifiée, en ce sens qu'il faut distinguer entre les crimes emportant autrefois mort civile et ceux qui ne l'emportaient point. Mais nous n'avons pas à discuter cette question de droit intérieur, et nous pensons, du reste, que l'opinion commune est préférable. Ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'il s'agit, dans ces deux dispositions, des droits d'un tiers, que ce tiers est l'Etat, et que ses droits ne peuvent être altérés par des conventions auxquelles il est demeuré étranger. La conclusion qui se dégage de ces observations nous paraît claire. Les articles dont il s'agit recevront application, en ce qui concerne nos nationaux, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Mais ils pourront s'imposer également aux époux en vertu de la *lex fori*. C'est-à-dire en somme que l'Etat pourra se fonder, pour poursuivre les amendes à charge de la communauté, soit sur la *lex fori*, soit sur la loi nationale des époux. Nous en dirons autant des dispositions des art. 1425 et 1427, qui paraissent également concerner les droits des tiers vis-à-vis de la communauté.

1095. — Les art. 1428 à 1430 concernent au contraire les droits que le *mari* peut exercer sous ce régime, en ce qui concerne les biens personnels de la femme. La jurisprudence et la doctrine admettent avec pleine raison (1), qu'une stipulation contraire au droit d'administration du mari sur les *biens personnels* de sa femme, n'aurait rien qui blessât l'ordre public ou les bonnes mœurs. Cela est manifeste, puisqu'il y a des régimes sous lesquels il en est nécessairement ainsi. De ce que le mari n'est qu'administrateur, il suit qu'il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. Rien ne s'oppose cependant à ce que sa femme lui donne des pouvoirs plus étendus (2), et dès lors il faut ici appliquer la loi qui régit la communauté, qu'elle ait été tacitement ou expressément admise par les époux. Il en est de même, à notre avis, quant à la disposition qui attribue au mari le droit d'exercer les actions mobilières et possessoires qui appartiennent

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXI, nos 126 et ss.
(2) Laurent. *Droit civil*, T. XXII, no 127.

à la femme, et à celle qui le rend responsable du dépérissement des biens personnels de la femme causé par défaut d'actes conservatoires (al. 2 et 4, art. 1428). Ce droit et cette responsabilité peuvent certainement être restreints ou étendus. Il en est de même en principe des art. 1429 et 1430, qui ne font que préciser les droits du mari, en ce qui concerne le bail des biens de sa femme. Du moins faut-il admettre que ces droits pourraient certainement être étendus par conventions particulières, et rien ne s'oppose par conséquent à ce que l'on applique, à cet égard, la loi qui régit les rapports des époux quant aux biens, celle à laquelle ils sont censés s'être soumis. Il y a plus de doute sur le point de savoir si le pouvoir du mari, de donner les biens de sa femme à bail, pourrait être restreint contrairement à la *lex rei sitae*, quant à la durée du bail, par convention particulière ou par l'application de la loi qui régit les rapports des époux quant aux biens. On pourrait objecter en effet que les baux à court terme ne sont pas favorables à la bonne exploitation des terres, et contraires par suite aux intérêts économiques de l'Etat dans lequel elles sont situées. Mais, quelque exacte que soit l'observation, on peut répondre que cet intérêt n'a pas paru assez pressant au législateur pour le déterminer à prohiber les baux à court terme, et que la limitation des droits du mari administrateur, en ce qui concerne la durée des baux, ne rend nullement impossibles les baux à long terme, et l'oblige seulement à demander et obtenir le consentement de sa femme. De plus, si la clause qui le dépouille du droit d'administration est valable, comment n'en serait-il pas ainsi de celle qui limite simplement ce droit? Qui peut le plus, peut le moins.

1096.—Les art. 1431 à 1433 du Code civil ne sont évidemment fondés que sur une interprétation légale de la volonté tacite des parties, et ne règlent que leurs rapports entre elles. Ce sont des matières qui seront régies par la loi qui gouverne en général leurs rapports pécuniaires. Mais l'art. 1433 ne dispose que pour le cas d'absence de remploi, et les art. 1434 et 1435 indiquent comment s'opère

le remploi. Or, le remploi implique une subrogation réelle, une véritable fiction de droit (1). L'immeuble nouvellement acheté prend la place de l'immeuble vendu ; et, au premier abord, il semble que cette fiction ne puisse étendre son effet à des immeubles situés dans un autre territoire, et où cette institution serait inconnue. Il est à remarquer toutefois que cette fiction n'opère qu'en vertu de la volonté des parties, sanctionnée par le législateur. Et d'autre part, on ne voit pas quel est l'intérêt d'ordre public, d'ordre économique qui s'opposerait à son application en pays étranger. Nous croyons donc qu'elle y devrait être respectée. Cependant, dans l'état actuel du droit international privé, elle ne le sera probablement pas dans les pays où l'on admet d'une manière absolue, que les immeubles sont régis par la *lex reï sitae*.

1097. — La plupart des autres dispositions de la section dont nous nous occupons (art. 1436 à 1439) concernent uniquement les rapports des époux. On appliquera la loi à laquelle ils sont censés s'être soumis. Il n'y a point ici de disposition absolue à laquelle les époux ne puissent se soustraire. Il n'y en a aucune, par conséquent, qui exclue l'application d'une loi étrangère censément acceptée par les conjoints. L'art. 1440 concerne seul les obligations de personnes autres que les époux eux-mêmes. Mais ces personnes sont celles qui leur ont constitué une dot, et ne sont par conséquent pas des tiers. Nous pensons donc que rien ne s'oppose à l'application extraterritoriale de cet article. Toute la question sera de savoir à quelle loi les parties sont censées s'être soumises à cet égard. Cet article doit, du reste, être rapproché des art. 1547 et 1548 qui édictent, en ce qui concerne la dot proprement dite, celle du *régime dotal*, des dispositions identiques.

1098. — La sect. III traite de la dissolution de la communauté et de quelques-unes de ses suites (art. 1441 à 1452), et nous trouvons, au seuil même de cette matière, une question grave et délicate. L'art. 1441

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXI, nᵒˢ 359 et ss.

disposait « que la communauté se dissout : 1° par la mort naturelle, 2° par la mort civile, 3° par le divorce, 4° par la séparation de corps, 5° par la séparation de biens ». Elle ne se dissout plus aujourd'hui par la mort civile, ni d'après les lois belges, ni d'après les lois françaises, comme d'ailleurs d'après la plupart des législations, la mort civile étant abolie chez nous et en France ainsi que dans beaucoup de pays. Et l'on considère, avec raison ce nous semble, les lois abolitives de la mort civile comme basées sur des motifs d'ordre public absolu, indépendants de toute considération locale ou nationale. Cette institution, cette création pure du droit positif a été supprimée comme immorale. Et l'on est d'accord pour admettre que l'étranger, pas plus que le national, dès qu'il se trouve sur notre sol, ne peut être considéré comme atteint des incapacités qui en dérivent. Lors même qu'elle résulterait pour l'étranger directement de la loi, et non d'une condamnation pénale, qui, en règle, n'a aucune autorité dans d'autres pays que celui où elle a été rendue, elle ne le suivrait pas dans un Etat qui repousse l'institution comme immorale. Mais, ainsi que l'a fait remarquer avec beaucoup de raison de Bar (1), il y a une grande différence entre le fait de condamner une institution comme immorale (il cite comme exemple la polygamie et l'esclavage), et celui de reconnaître les effets qu'elle a déjà produits dans le pays où elle est reconnue. Nous nous en référons aux observations que nous avons faites plus haut, en ce qui concerne l'ordre public. Supposons que deux époux étrangers se soient mariés en France sous le régime de la communauté légale, qu ils aient cependant fixé ou transporté leur domicile matrimonial dans leur pays d'origine où la mort civile est admise. Si l'un d'eux vient à être frappé de cette incapacité, il est certain que, dans ce pays du moins, leur mariage sera considéré comme rompu, et leur communauté conjugale ne peut subsister, bien qu'en principe elle soit régie par la loi française. La

(1) Op cit., T. I, p. 129.

considérera-t-on en France comme existant encore? Cela nous paraît absolument inadmissible. Il n'est plus question ici de la volonté des parties, ni de leur soumission volontaire à telle ou telle loi : elles n'ont le libre choix entre les divers régimes de biens que dans la mesure où leur loi nationale le leur concède. Cette loi, qui est en même temps dans notre hypothèse la loi de leur domicile, a rompu leur mariage, et disons du même coup, la communauté conjugale. Cet effet s'est produit très légitimement en pays étranger, en dehors de l'action de nos lois. Pouvons-nous l'anéantir, le renverser? Ce serait, comme l'a fait très justement observer de Bar à propos d'une autre question, celle de la polygamie, la désorganisation complète de nos rapports juridiques avec l'Etat où cet effet s'est produit.

1099.—M. de Bar fait, en termes exprès, l'application de son ingénieuse distinction à l'esclavage, et déclare que les mêmes principes doivent s'appliquer au servage et à la mort civile. Nous ne reconnaissons certes pas l'esclavage chez nous : cette institution juridique ou anti juridique y est condamnée. Mais, sous peine de rendre des décisions pratiquement dénuées de portée, nos tribunaux ne peuvent méconnaître le fait de l'esclavage exercé en pays étranger *en tant que fait*. « S'agit-il d'apprécier la validité d'un acte juridique accompli par un individu, qui est considéré comme esclave d'après les lois de son pays d'origine, il faut s'en référer » dit M. de Bar, « à la loi du lieu où l'individu se trouvait en faït, au moment où l'acte a été accompli; car c'est à ce moment que la volonté des contractants s'est attachée à la création de l'obligation. La circonstance que le débat relatif à l'acte juridique surgit devant une autre juridiction, ou que cet acte devrait se réaliser plus tard en un autre lieu, ne peut, abstraction faite d'une ratification expresse ou tacite, rien changer à la validité ou à l'invalidité de ces manifestations de volontés. Dans le système contraire, le juge devrait présupposer absolument la force obligatoire de ses lois dans le monde entier, ce qui rendrait les relations juridiques avec les

pays étrangers à peine concevables[1]. » Il est bien vrai qu'il n'y a pas identité absolue entre le cas supposé par M. de Bar et celui dont nous nous occupons ici. Il ne s'agit pas d'apprécier l'influence d'une institution étrangère, établissant cette incapacité, sur un acte juridique au moment où celui-ci s'accomplit sur le sol de ce pays et entre ses ressortissants. Mais il s'agit d'une question analogue. On suppose un acte juridique préalablement accompli entre étrangers, et régi en principe, quant à la durée et à la dissolution des rapports qu'il établit, par leur loi nationale, comme doit l'être l'association conjugale. C'est certainement en principe la loi en question qui détermine les causes de dissolution. Si elle a produit son effet virtuellement et de *facto* en pays étranger, en vertu de la loi étrangère à laquelle les deux parties étaient soumises, et à une époque où elles étaient domiciliées dans ce pays, pouvons-nous méconnaître ce fait? A notre avis, nous ne le pouvons pas. Mais on ne refuserait pas à ce mort civil étranger, à ce serf ou à cet esclave étranger s'établissant en Belgique, la jouissance des droits civils. Ce serait faire produire, dans notre pays même, à ces institutions étrangères que nous réprouvons, des effets que nous réprouvons également.

Il faudrait peut-être adopter une décision un peu différente de celle que nous avons indiquée plus haut, s'il s'agissait d'époux, même étrangers, domiciliés dans notre pays au moment où la mort civile aurait dû être encourue. Il serait bien difficile d'admettre que, contrairement à nos lois d'ordre public, une institution étrangère vînt anéantir des relations juridiques qui existent sous l'égide de notre législation. La question est cependant douteuse.

1100. — Il est d'autre part évident que cette institution étrangère ne pourra rompre, aux yeux de nos lois, une union personnelle, ni l'union de biens qui en dérive entre nos nationaux; lors même qu'ils seraient domiciliés en pays étranger. Les règles d'ordre public absolu obliga-

(1) De Bar. Op. cit., T. I, p. 408.

toires même pour les étrangers dans notre territoire, s'imposent, à moins qu'elles ne soient fondées sur des considérations purement locales, à nos nationaux, même en pays étranger. Une institution étrangère, que nos lois condamnent, ne saurait avoir pour effet de dégager, aux yeux de notre législateur, des époux belges de leurs droits et obligations l'un vis-à-vis l'autre, fussent-ils résidants ou même domiciliés en pays étrangers. Ils restent évidemment capables à nos yeux, en vertu de leur loi nationale qui régit leur capacité. Et, si cette capacité s'efface aux yeux de l'autorité étrangère, par suite de l'application d'une loi d'ordre public, loi pénale ou loi sociale (les moines sont frappés de mort civile dans certains pays), avec laquelle elle se trouve en conflit, il n'en saurait être de même chez nous. Nous pouvons, sans sortir de la sphère de notre compétence légitime, considérer comme inexistant l'effet produit par une loi étrangère, quant à la capacité de nos nationaux, laquelle est régie en principe par leur seule loi nationale, et comme inexistante aussi par conséquent, la dissolution de l'union personnelle et de la communauté de biens qui s'est produite en pays étranger, comme conséquence de cette incapacité de nos nationaux.

1101. — En ce qui concerne les autres causes de dissolution : la mort naturelle, le divorce, la séparation de corps, la séparation de biens, on croirait, au premier abord, qu'il y a lieu d'appliquer la loi qui régit en général les rapports des époux quant aux biens. Cela n'est cependant pas exact d'une manière absolue. Cette loi ne pourra être appliquée que sous la réserve des prescriptions d'ordre public en vigueur dans d'autres pays ; et en outre la volonté tacite, comme la volonté expresse des époux, lorsqu'elle régit leurs rapports quant aux biens, pourra se heurter contre leur loi nationale. La communauté se dissout par la mort de l'un des époux ; et en thèse générale il n'est pas probable que des considérations d'ordre public puissent faire obstacle, en pays étranger, à ce qu'une disposition de ce genre soit appliquée à toute communauté

régie par nos lois. La continuation de la communauté avec les héritiers de l'époux défunt, sauf manifestation d'une volonté contraire, ne nous paraît reposer, lorsqu'elle est établie d'une manière générale, que sur le consentement tacite des intéressés. Il en est autrement, si elle est établie exceptionnellement, comme elle l'était dans l'ancien droit, à titre de peine et à défaut d'inventaire. Elle n'est point basée dans ce cas sur l'accord tacite des parties, et il semble au premier abord qu'elle soit dictée par l'intérêt des tiers. Mais ce serait une erreur que de le croire; elle est dictée dans ce cas par l'intérêt des enfants, par un intérêt familial, et se rattache à l'ordre des familles. Or, le législateur ne doit prendre sous sa protection que la famille nationale. C'est donc une disposition qui, tout en comportant une pénalité civile, ne s'appliquera point aux époux étrangers, domiciliés dans le territoire, et recevra application obligatoirement aux époux nationaux en quelque lieu qu'ils se trouvent, ou qu'ils soient domiciliés.

Mais en est-il de même de la règle inverse, celle qui est proclamée par notre Code, et suivant laquelle la communauté ne continue en aucun cas après le décès de l'un des époux? Il faut examiner pour quel motif la loi condamne formellement, dans l'art. 1442, al. 1, la règle de l'ancien droit. Ce motif est précisément la crainte des complications inextricables, des procès qu'entraînait cette règle, surtout dans le cas où l'époux survivant se remariait. Il y avait alors enchevêtrement de communautés, et une espèce de communauté que l'on appelait *tripartite*, parce qu'elle se partageait en trois têtes. On a cru mieux sauvegarder l'intérêt des enfants, en les autorisant à prouver par des moyens exceptionnels la consistance de la communauté : « tant par titres que par la commune renommée », et en reconnaissant la dissolution de celle-ci. Cette disposition, fondée également sur l'intérêt de la famille, s'impose aux époux nationaux, quel que soit leur domicile, mais à eux seulement. Notons toutefois, que l'inventaire est soumis, quant à la forme, à la loi du lieu où il devrait être dressé.

1102. — La disposition de l'art. 1442, al. 2, en ce qui concerne la perte de jouissance de l'époux survivant sur les biens des enfants mineurs, nous paraît s'appliquer sans contredit au national, c'est-à-dire au sujet de l'Etat dont la loi édicte cette déchéance. Il y a ici une question de statut personnel en jeu, et la loi compétente pour établir ce droit de jouissance nous paraît compétente également pour déterminer sous quelle condition il se perd. Or, nous avons essayé de démontrer plus haut que cette loi était celle du chef de la famille, et non du mineur. Mais l'art. 1442 ajoute une autre pénalité à celle dont il vient d'être question. Le subrogé tuteur, qui n'a pas obligé le tuteur à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. Pas plus que pour la disposition précédente, la portée de cette disposition ne peut dépendre de la volonté libre des parties, ni de leur accord tacite au sujet de la loi qui doit régir leur association d'intérêts. C'est une disposition dans laquelle domine l'intérêt des mineurs. Le subrogé tuteur n'a pas été partie au contrat de mariage, ni dans les conventions tacites qui le remplacent. L'intérêt des mineurs, que les lois sur la tutelle sont destinées à garantir, est la seule base de cette obligation; et par conséquent la question de savoir à quelle loi les parties *ont entendu* se soumettre, quant à leur communauté, est indifférente. C'est la loi nationale qu'il faut consulter. Mais laquelle ? Celle du mineur ou celle du subrogé tuteur? A notre avis, bien qu'il s'agisse des obligations d'un tiers, il faut appliquer la loi qui régit la tutelle, et cette loi est en général celle du mineur, puisque c'est dans son intérêt que la tutelle est établie.

1103. — La rupture de la communauté par la séparation de corps et par le divorce dépend, dans une certaine mesure, de la loi nationale des époux, en ce sens qu'elle ne peut se produire que par des faits subordonnés à leur loi nationale. Mais, si la séparation de corps ou le divorce a été prononcé, le résultat de ces événements, quant à la rupture de l'association relative aux biens, n'est plus abso-

lument subordonné à leur loi nationale. En principe il faut cependant appliquer la loi qui régit l'association matrimoniale quant aux biens, à moins qu'elle ne se heurte contre des dispositions d'ordre public. La loi qui rompt l'association conjugale, quant aux biens, en cas de divorce ou de séparation de corps, est-elle dictée par des intérêts d'ordre public absolu, ou national, ou local ? En ce qui concerne le divorce, nous n'hésiterons guères, et il n'est pas probable qu'il se produise des conflits à cet égard. La disposition nous paraît fondée sur l'intérêt de la famille, absolument comme celle d'après laquelle la communauté est dissoute par la mort naturelle de l'un des époux. Le lien conjugal étant brisé, l'association quant aux biens ne pourrait subsister, sans qu'il en résultât de graves complications. A la vérité, il ne s'agit pas ici de l'intérêt immédiat des enfants, mais il s'agit peut-être de leur intérêt éventuel, et de l'intérêt immédiat des époux, ou des ci-devant époux qui constituaient la famille nationale. Il faudra donc appliquer la loi nationale. Pour ce qui concerne la séparation de corps, il faut bien reconnaître que la dissolution de la communauté conjugale, quant aux biens, est une conséquence naturelle de la séparation des personnes, mais elle n'en est pas une conséquence nécessaire. On peut concevoir que le législateur, se plaçant au point de vue de la possibilité d'une réconciliation entre les époux, maintienne la communauté de biens dans l'espoir de rendre cette réconciliation plus facile. Il n'en est pas moins vrai que c'est encore l'intérêt de l'union personnelle qui prédomine ici, et le législateur qui a compétence pour relâcher cette union, a compétence aussi pour déterminer les effets de cette mesure. C'est donc encore la loi nationale des époux qu'il convient d'appliquer en la matière.

1104. — Autre est la question de savoir quelle est la loi qui régit la liquidation des intérêts pécuniaires des époux divorcés ou séparés. Il a été décidé que cette liquidation doit se faire, conformément à la loi à laquelle les époux se sont soumis expressément ou tacitement, pour

leur régime matrimonial (1). Cela est vrai en thèse générale. Mais une restriction semble s'imposer. Si les conditions normales de la liquidation étaient modifiées, par suite de certaines pénalités civiles infligées à l'épouse coupable, il faudrait, en cette matière, suivre la loi nationale des époux. Ce sont là des effets de la séparation de corps ou du divorce. Il en serait ainsi de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, de la privation de l'usufruit sur les biens des enfants, sans que l'on puisse distinguer, dans notre pays, entre les meubles et les immeubles (2). La Cour de Chambéry a cependant décidé, par arrêt du 26 juin 1869 (3), que c'est la loi sous l'empire de laquelle la donation a été passée, qui en régit la révocabilité après divorce ou séparation, et elle s'est fondée sur ce qu'il s'agissait moins d'une peine infligée par la loi, que d'une interprétation de la volonté des parties. Cette question est assez délicate; mais nous pensons cependant que c'est l'idée de peine, de pénalité civile qui prédomine. Admettrait-on que les époux pussent renoncer d'avance par leur contrat de mariage à cette revocation? Nous ne saurions le penser, parce que pareille convention serait immorale (4). Dès lors ce n'est point par une simple interprétation de leur volonté que la révocation a lieu, et l'arrêt de la Cour de Chambéry repose sur une fausse base.

1105. — Pour ce qui concerne la dissolution de la communauté par la séparation de biens, aucun conflit n'est possible relativement au principe, puisque la séparation de biens n'est que la dissolution de la communauté. Mais la question de savoir pour quelles causes la séparation de biens peut être prononcée par justice (art. 1443, alin. 1), peut au contraire fournir matière à discussion. A

(1) Vincent et Pénaud. V. *Séparation de corps*, nº 87. — Tribunal de la Seine, 25 janv. 1882. *J. de dr. int. privé*, 1882, p. 74.

(2) Laurent. *Dr civ. internat.*, T. V, pp. 297 à 299. — Despagnet. p. 355, et les autres autorités, y compris Weiss, citées par Vincent et Pénaud. V. *Séparation de corps et divorce*, nº 68.

(3) Sirey. 70, 2, 279.

(4) Laurent. *Droit civil*, T. III, nº 305. La question n'est pas même discutable d'après lui.

notre avis, la solution n'en est pas douteuse, et il faut consulter la loi qui régit la communauté de biens existant entre époux, soit en vertu de leurs conventions expresses, soit en l'absence de convention (1). A la vérité, un jugement du tribunal de la Seine a décidé implicitement, que la demande en séparation de biens ne doit être accueillie que si les faits exposés par la femme demanderesse rentrent dans les cas prévus par la loi nationale (2). Cela nous paraît complètement inadmissible, si ce n'est en l'absence de conventions expresses, cas dans lequel la loi nationale des époux règle leurs rapports quant aux biens.

Il est vrai que la séparation de biens n'entraîne pas seulement la dissolution de la communauté : elle enlève aussi, d'après notre droit, au mari le droit d'administrer les biens de sa femme et d'en toucher les revenus. Mais envisagée même sous ce rapport, la séparation de biens n'a rien qui touche à l'ordre public, au moins d'après nos lois, puisque ce droit d'administration et de jouissance n'est nullement de l'essence de l'union conjugale. Or, il semble qu'à moins d'objections d'ordre public, la loi qui régit la communauté régisse nécessairement sa durée. On peut, nous paraît-il, invoquer en faveur de cette opinion de nombreuses décisions rendues en matière de compétence, et aux termes desquelles, *la séparation de biens ne touchant pas à l'état des personnes*, la question de compétence doit être réglée, comme elle l'est dans toute autre contestation entre étrangers relative à des intérêts pécuniaires (3). Il est vrai qu'il y a quelques décisions moins nombreuses en sens contraire, et que certains auteurs enseignent, conformément à celles-ci, que la séparation de biens porte essentiellement atteinte à l'autorité maritale, en privant le mari d'un droit d'administration auquel

(1) Vincent et Pénaud. V. *Séparation de biens*, n° 17.
(2) 7 Févr. 1882. *J. de dr. int. privé*, 1882, pp. 88 et 89.
(3) V. ces décisions dans Vincent et Pénaud, op. cit. V. *Séparation de biens*, n° 6. Ils citent également Déglin. *Contrat de mariage*, etc., p. 250. — Gerbaut. *Compétence des trib. franç. à l'égard des étrangers*, nos 419 et 420. — Féraud-Giraud. *Journ. de dr. int. pr.*, 1885, p. 377.

il ne peut lui-même valablement renoncer (1). Mais cette affirmation est trop absolue, et nous croyons avoir démontré que le droit d'administration des biens de la femme n'a rien qui intéresse essentiellement la puissance maritale. La puissance maritale est de tous les régimes, tandis que le droit d'administration est exclu dans certains cas.

1106. — Nous croyons devoir adopter une solution différente en ce qui concerne l'alinéa 2 de l'art. 443 : *Toute séparation volontaire est nulle*. Laurent fait remarquer très justement que cette disposition est une conséquence de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales (2). D'où il suit que, si la règle de l'irrévocabilité est obligatoire pour les nationaux, en quelque pays qu'ils se trouvent, et quel que soit le lieu du contrat (telle est notre opinion), il en résulte que, nulle part et en aucun pays, des époux belges ne pourront conclure une séparation de biens volontaire. On admet cependant, en général, que l'exclusion de la séparation de biens volontaire repose également sur l'intérêt des tiers, qui pourrait être lésé par une séparation de biens volontaire, tandis que la loi organise la protection de cet intérêt dès qu'il s'agit d'une séparation judiciaire. Nous ne croyons pas que ce motif soit celui qui a déterminé la disposition dont il s'agit; car il eût suffi pour protéger les tiers de déclarer que cette séparation ne pourra leur être opposée; ou comme le dit l'art. 1447, en ce qui concerne la séparation judiciaire, de leur permettre d'attaquer la séparation exécutée en fraude de leurs droits. Et nous pensons qu'ils auraient toujours cette faculté en Belgique, en ce qui concerne une séparation volontaire, même effectuée en pays étranger et entre étrangers. Mais l'intérêt des tiers n'imposait pas au législateur la nécessité d'annuler la convention, *même entre parties*. Et, s'il l'a fait, c'est probablement par ce motif qu'elle constitue une modification des conventions matrimoniales, et que cette modification pourrait être arrachée à la

(1) Vincent et Pénaud. V. *Séparation de biens*, nº 2.
(2) Laurent. *Droit civil*, T. XXII, nº 119.

faiblesse ou à l'affection de l'un des époux par les intrigues et les moyens de pression de l'autre, lesquels se produiraient au grand détriment de l'étroite union personnelle qui doit exister entre eux. Nous n'admettons point en conséquence, avec Vincent et Pénaud, que la disposition permettant la séparation de biens volontaire ne saurait, comme contraire à l'ordre public, produire effet en France. Cela doit dépendre, suivant nous, de la loi nationale des parties [1].

1107. — La disposition de l'art. 1444 ne donne guères lieu à des difficultés. Elle déclare la séparation nulle à défaut d'exécution dans un délai déterminé. C'est une déchéance qui se rattache évidemment à la procédure; on appliquera, selon nous, la *lex fori*. Et nous considérons également comme une simple règle de procédure l'article 1445, al. 1, relatif à la publicité de la demande. En est-il de même de la disposition de l'alinéa 2, qui fait remonter le jugement au jour de la demande? Cet alinéa

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., vis *Séparation de biens*, nº 19. — Comp. *Reichsgericht*, 7 octobre 1884. *J. de dr. int. privé*, 1886, p. 730. — Nous ne connaissons aucune décision judiciaire qui ait été rendue sur cette question, soit en France, soit en Belgique. Mais plusieurs arrêts ont admis en Belgique que des époux « mariés sous l'empire des lois anciennes, ou de coutumes qui ne leur interdisaient pas de déroger, par des conventions post-nuptiales à leurs conventions matrimoniales, soit expresses, soit tacites, ont pu, depuis l'émanation du Code civil, stipuler une séparation de biens ». V. entre autres : Cass. Belg., 13 mai 1839. Pas., 1839, p. 96. Or, il existe une analogie assez étroite entre les questions relatives à l'autorité des lois dans le temps, et celles qui concernent leur autorité *dans l'espace*, pour nous servir des expressions de Savigny. Ces arrêts ont du reste parfaitement saisi le lien logique qui existe entre la disposition qui défend de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage, et celle qui interdit toute séparation de biens volontaire. Or, nous avons admis avec plusieurs auteurs l'application, quant à la première question, de la loi nationale des époux, et en cas de nationalité différente, de celle du mari. Nous devons préconiser en conséquence l'application de la même loi, en ce qui touche la question qui nous occupe. L'arrêt du *Reichsgericht*, mentionné ci-dessus, a été vivement critiqué en France par divers jurisconsultes, entre autres M. Beauchet (*J. de dr. int. privé*, 1886, p. 730) et Despagnet (op. cit., 2e édition, nº 523). Mais il allait trop loin. Il s'agissait en effet de deux époux Wurtembergeois, auxquels la faculté de séparation de biens volontaire n'était nullement interdite par leur loi nationale. Pouvaient-ils user de cette faculté dans le Grand Duché de Bade, dont la législation interdit la séparation de biens volontaire? Nous sommes tout disposé à admettre l'affirmative à raison des considérations que nous avons fait valoir. C'est la loi nationale des époux qui doit prévaloir en général, s'agissant de dispositions qui enchaînent dans une certaine mesure leur liberté, à moins que l'application de cette loi ne se heurte, dans d'autres pays, contre des objections d'ordre économique, ou contre des principes d'ordre moral absolu.

se rattache logiquement à celui qui précède : c'est à raison de la publicité de la demande qu'on peut faire rétroagir le jugement[1]. Au surplus, rien, dans cette rétroactivité, ne blesse les principes généraux, un jugement étant de sa nature déclaratif en pareille matière. Il y aura donc lieu d'appliquer la *lex fori*. Mais l'art. 1446, qui fixe les droits des créanciers de la femme, ne se rattache plus à la procédure : c'est une disposition qui touche au fond du droit. Cela ne résout point toutefois la question de savoir quelle loi est applicable. Brocher, sans se dissimuler les difficultés que présente cette matière, opine pour le statut personnel.

Mais il ajoute qu'il faut vérifier de quelle nature est la loi étrangère qui doit être prise en considération, et il est d'avis que la disposition dont il s'agit, ayant de profondes racines dans la nature abstraite et générale du mariage, pourrait facilement être considérée comme régissant les étrangers, en l'absence de toute règle contraire de leur loi personnelle. Tout cela nous paraît bien vague, et la solution proposée par le savant jurisconsulte genevois n'est pas beaucoup plus nette que les considérants sur lesquels elle se fonde. Il importe, selon nous, d'examiner séparément les deux dispositions de l'art. 1446. La première, refusant aux créanciers personnels de la femme le droit de demander la séparation de biens sans son consentement, est une limitation de l'art. 1166, limitation qui s'explique par le fait qu'il y a dans pareille demande un intérêt moral en jeu, en même temps que l'intérêt matériel. Une demande de cette nature compromet presque toujours, dans une certaine mesure, la bonne harmonie qui doit régner entre les époux. On n'a pas voulu que, dans un intérêt purement pécuniaire, les créanciers de la femme puissent s'interposer entre les époux, sans le consentement de celle-ci. Il est parfaitement exact que cette limitation de l'art. 1166 a sa source dans la nature du mariage, telle que la conçoit la loi nationale, qui, en général, doit

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 169.

prédominer en tout ce qui concerne la détermination de ses effets. Il faut reconnaître, en conséquence, qu'en Belgique ou en France, on fera nécessairement l'application de cette disposition chaque fois qu'il s'agira d'époux français ou belges, lors même qu'ils auraient adopté, comme règle de leurs rapports pécuniaires, une loi étrangère. Mais il n'en sera pas nécessairement de même en pays étranger; car l'art. 1166 est une disposition protectrice des droits des tiers : et l'application de la loi nationale belge en pays étranger pourra se heurter contre des dispositions d'intérêt général, accordant aux tiers des droits plus étendus. Quant aux époux étrangers qui se trouvent sur notre territoire, rien ne s'opposera, d'après nous, à ce qu'on leur applique la loi étrangère, si elle accorde aux tiers, créanciers de la femme, le droit de demander la séparation de biens, même sans son consentement. Pourquoi nous montrerions-nous plus soucieux de l'intérêt moral de la femme que ne l'est sa loi nationale? La seconde disposition, dont la portée est assez discutée, apparaît, dans tous les cas, comme un correctif de l'alinéa premier, ou si l'on veut, comme destinée à remédier aux inconvénients qui en peuvent résulter. Chaque fois que la règle française recevra application, elle la recevra évidemment avec ce correctif. Et si une loi nationale étrangère contenait la disposition du premier alinéa, sans y ajouter ce correctif, on n'en ferait pas moins l'application de celui-ci dans notre pays, lors même qu'il s'agirait d'époux étrangers, parce qu'il repose sur l'intérêt des tiers, lequel est un intérêt général et touche dès lors à l'ordre public.

1108. — Brocher est d'avis que « la nature de procédure semble dominer » dans la disposition de l'art. 1447, « *ce qui justifie la compétence de la législation du lieu où le procès se démène* », c'est-à-dire qu'il faut appliquer, d'après lui, la *lex fori*, dès qu'elle contient une disposition de ce genre[1]. Par une voie un peu différente, nous arrivons à la même conclusion. Nous n'admettons pas que

(1) Op. cit., T. II, p. 169.

cette disposition, autorisant les créanciers du mari à se pourvoir contre la séparation de biens, prononcée et exécutée en fraude de leurs droits, et même à intervenir dans l'instance sur la demande en séparation, pour la contester, se rattache principalement à la procédure. Ce qui dépend de la procédure, c'est la forme de l'action et la manière dont elle est poursuivie, c'est la forme de l'intervention. L'existence du droit d'action, du droit d'intervention se rattache au fond du droit. Et qui ne voit que la disposition de l'art. 1447, al. 1, n'est qu'une application de l'art. 1167 du Code civil, aux termes duquel les créanciers peuvent en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits? Or, il nous paraît impossible de soutenir que cette disposition se rattache à la procédure. Mais si de pareilles dispositions se rapportent au fond du droit, il est incontestable qu'elles se rattachent au droit *des tiers*, et que de plus leur objet est de combattre les effets de la fraude ; et à ce double titre elles nous paraissent d'intérêt général et d'ordre public. D'où nous déduisons que l'application de la *lex fori* s'impose.

1109. — L'application des art. 1448 à 1450 (1) dépend essentiellement, à notre avis, de la loi qui régit en général les rapports des époux quant aux biens, et à laquelle ils se sont soumis. En l'absence de conventions expresses, c'est, comme nous l'avons dit, leur loi nationale ; s'il y a des conventions expresses, c'est la loi à laquelle les parties se sont soumises, à moins qu'elle ne se heurte contre des prohibitions absolues. Mais il y a quelque difficulté en ce qui concerne l'art. 1451. Le premier et le quatrième alinéa de cet article déterminent les conditions sous lesquelles la communauté, dissoute par la séparation de biens, peut être rétablie. Elle peut l'être du consentement des deux parties, mais seulement sous les conditions primitives. Cette prescription présente un lien évident avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

(1) Situation des époux après la séparation de biens.

Si elle n'existait point, la séparation de biens poursuivie et obtenue en justice pourrait n'être qu'un moyen indirect de parvenir à les modifier. Nous croyons en conséquence que, comme le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, cette règle ne lie que les nationaux, mais qu'elle est obligatoire pour les nationaux, pour les époux belges ou français, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Il se pourrait cependant que quelque loi étrangère interdise le rétablissement de la communauté, par des motifs d'ordre public absolu, et l'application de nos lois, même en ce qui concerne les époux belges, se heurterait dans ce cas en pays étranger contre des motifs de ce genre. Mais le rétablissement de la communauté n'en produirait pas moins tous ses effets dans notre pays, en ce qui concerne des époux de nationalité belge. Il y aurait donc, dans ce cas, un conflit qui peut toujours surgir, chaque fois que des considérations d'ordre public absolu sont en cause.

1110. — L'alinéa 2 de l'art. 1451 concerne la forme : il exige un acte passé devant notaire et avec minute : il exige même qu'une expédition en soit affichée dans la forme de l'art. 1445, c'est-à-dire sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de 1re instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile. Au premier abord, il semble qu'il y ait lieu d'appliquer tout simplement ici la maxime *locus regit actum*, et que le rétablissement de la communauté, conforme à la loi du lieu où il s'opère, doive être considéré comme régulier partout. Mais il faut, à notre avis, distinguer. L'authenticité et la publicité sont choses essentiellement différentes, et la publicité, qui peut exister sans authenticité, est évidemment requise dans l'intérêt des tiers. En ce qui concerne l'authenticité, on appliquera, d'après la pratique généralement suivie, la loi du lieu de l'acte : *locus regit actum*. En ce qui concerne la publicité, il ne suffira pas, à notre avis, de satisfaire à cette loi. Mais laquelle faudra-t-il observer en outre? On pourrait proposer la loi du domicile des époux, ou leur loi nationale,

mais aucune ne répondrait au caractère spécial, au but des dispositions prescrivant cette publicité. On a voulu garantir les intérêts des tiers qui traiteraient avec les époux. Il faut appliquer, d'après nous, soit la *lex fori*, soit la loi sous l'empire de laquelle s'est formé le rapport juridique entre les époux ou l'un d'eux, et les tiers intéressés ; et cette dernière nous paraît être, au point de vue de la question qui nous occupe, la loi du pays où le contrat s'est formé. Si l'on n'a pas observé cette loi, la séparation de biens ne pourra être opposée aux tiers dont il s'agit. Peut-être cependant pourrait-on donner la préférence à la loi du lieu où la séparation de biens a été prononcée, puisqu'il s'agit de l'événement qui y a mis fin. Mais il nous paraît plus pratique d'exiger l'observation de la première. Les intérêts de ces tiers sont placés sous la protection naturelle de la loi du pays où ils agissent (1).

(1) Notre opinion ne paraît point conforme à la doctrine française. A la vérité, un arrêt de la Cour de Cassation de France du 19 déc. 1892 (Dalloz. 93, 1, 88), a décidé que : la règle de l'art 1445 doit être appliquée non-seulement au cas où le jugement émane d'un tribunal français, mais encore au cas où la séparation a été prononcée par une juridiction étrangère, pour qu'on puisse l'opposer aux tiers en France. Et un arrêt de la Cour de Besançon du 13 mars 1895 (D. 1895, 2, 529), tout en n'ayant fait application de ce principe que dans un cas où il s'agissait d'un jugement de séparation de biens, prononcé en pays étranger entre Français, est conçu en termes tellement généraux dans ses considérants, qu'il en résulte que la Cour aurait jugé de même s'agissant d'un jugement prononcé entre étrangers. Mais, dans une note très savante sous le dernier de ces arrêts, M. De Boeck en fait une critique assez vive sur ce dernier point, et observe que, s'il s'agissait d'époux étrangers dans l'espèce soumise à la Cour suprême, c'étaient des époux étrangers *mariés en France sous le régime de la loi française et y résidant*. D'après lui, les formes de publicité dont il s'agit ne peuvent être exigées, que s'il s'agit d'un jugement prononcé entre époux Français, ou entre époux étrangers mariés sous le régime de la loi française. Tout en reconnaissant ce qui est manifeste, que la publicité est prescrite dans l'intérêt des tiers, il se demande de quels tiers il est question. Et il répond que les tiers, dont le législateur a voulu sauvegarder les intérêts, sont ceux qui ont traité avec des époux français, ou mieux avec des époux étrangers dont la loi française régit les conventions matrimoniales. Cela nous paraît bien douteux. Si l'intérêt des tiers a dicté la disposition, comme cela paraît indubitable, pourquoi admettre ou exclure la protection que la loi leur accorde, suivant que les époux sont mariés ou non sous un régime établi par la loi française ? N'est-il pas plus rationnel de la leur refuser ou de la leur accorder, suivant qu'ils ont traité oui ou non avec les époux dans des circonstances où ils pouvaient compter sur cette protection, ou de la leur accorder toujours dès que la juridiction française est saisie complètement du litige ? On pourrait contester que l'étranger ait droit à cette protection, s'agissant de faits juridiques accomplis en pays étranger, et vis-à-vis d'époux étrangers. Mais pourquoi la refuser aux tiers français, alors qu'il s'agirait d'actes accomplis en France, fût-ce vis-à-vis d'époux étrangers?

1111. — L'alinéa 3 de l'art. 1451 fait rétroagir le rétablissement de la communauté de biens au jour du mariage, sauf le maintien des actes accomplis dans l'intervalle par la femme, c'est-à-dire qu'il agit à l'égal d'une clause résolutoire pour les rapports entre parties. Cette disposition de notre droit s'appliquera-t-elle au rétablissement de la communauté, lorsque celle-ci est régie par une loi étrangère, et lorsque la séparation de biens est en conséquence régie par la même loi, quant à ses effets? Nous estimons qu'il y a lieu ici encore de faire une distinction. S'agit-il de l'effet rétroactif en principe, nous considérons la disposition qui l'établit comme se rattachant encore indirectement à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Dès que les effets du jugement qui a modifié celles-ci, non en vertu de la volonté commune et d'une convention des époux, mais par autorité de la justice, cessent, l'immutabilité est rétablie et ce avec effet rétroactif. Nous considérons donc cette disposition qui est absolue, qui ne dépend point de la libre volonté des parties, comme régissant les époux belges en tout pays, comme une dépendance de la loi nationale. Quant au maintien des actes faits par la femme dans l'intervalle, il est évidemment fondé sur l'intérêt des tiers, bien que la disposition touche en même temps au statut personnel, à la capacité. Nous croyons donc qu'elle pourra être invoquée dans notre pays, même contre les époux étrangers, à raison des actes accomplis par la femme en Belgique. Mais nous pensons en outre qu'elle pourra être invoquée contre les époux belges, même en pays étranger, parce que c'est une règle qui touche indirectement à la capacité de la femme, en interdisant de faire rétroagir le rétablissement de son incapacité.

1112. — La disposition de l'art. 1452 concerne les effets de la dissolution de la communauté par le divorce, et par la séparation, soit de corps, soit de biens, sur les droits de survie de la femme. Comme le fait observer avec raison Laurent[1], cet article ne fait qu'exprimer, sous

(1) *Droit civil*, T. XXII, nº 275.

forme d'une exception pour la femme, ce qui n'est qu'une règle de raison, dérivant des principes généraux sur la condition, et s'appliquant par conséquent tout aussi bien au mari. Il n'est pas probable qu'une disposition aussi simple puisse jamais engendrer un conflit. Si par hasard il pouvait y avoir des divergences de législation à cet égard, il faudrait, nous paraît-il, appliquer la loi nationale des époux. Ces divergences ne pourraient résulter que d'une espèce de pénalité civile appliquée à un époux coupable au profit de l'époux innocent.

1113. — Brocher fait au sujet de l'art. 1453 des observations remarquables[1]. Cet article donne à la femme et à ses héritiers la faculté d'accepter la communauté, ou d'y renoncer, et déclare nulle toute convention contraire. La femme ne peut donc pas abdiquer ce droit d'option, et Brocher émet l'opinion que cette disposition prohibitive se rattache au statut personnel. « L'incapacité dont il s'agit a sa cause et sa justification dans les pouvoirs presque illimités, accordés au mari comme administrateur de la communauté; ces pouvoirs devaient avoir, comme corrélatif, la pleine liberté garantie à la femme d'accepter ou de refuser, en connaissance de cause, les conséquences d'une telle gestion. Or, c'est au mari, comme tel, qu'ils sont accordés : il est même impossible de ne pas les lui accorder (art. 1388, C. civ.). Les pouvoirs du mari provenant de son statut personnel, les dangers qui en résultent, et le remède qu'on leur oppose semblent en dériver également. » Ces observations sont justes, et elles nous déterminent à adopter l'opinion du savant jurisconsulte. Il importera donc peu que les époux belges se soient soumis à une loi étrangère quant à leur communauté de biens. De même qu'il ne leur est point permis de se soustraire aux lois qui déterminent les droits du mari, comme chef de la communauté, de même aussi l'épouse belge aura, nonobstant convention contraire, la faculté d'accepter ou de renoncer.

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 172 et ss.

1114. — Brocher n'examine pas malheureusement les difficultés que peut présenter l'application du principe, en supposant qu'elle ne se heurte pas en pays étranger contre la *lex rei sitae* ou contre les lois d'ordre public. La femme perd, d'après nos lois, le droit de renoncer, lorsqu'elle s'est immiscée dans les biens de la communauté (art. 1454), lorsqu'elle a pris dans un acte la qualité de commune (art. 1455), lorsqu'elle n'a pas fait inventaire, dans les trois mois du jour du décès de son mari, à moins qu'elle n'ait renoncé auparavant (art. 1456), lorsqu'elle a diverti ou recélé quelques effets de la communauté (art, 1456); et, dans ce dernier cas, elle est déclarée commune nonobstant sa renonciation antérieure. Comme ce sont là des restrictions du droit de renonciation, il nous semble, qu'en principe, elles doivent être régies par la même loi que le droit de renonciation lui-même. Mais il y a lieu de faire, à cet égard, quelques observations. Lors même que le droit de renoncer ne serait pas interdit, dans des cas de ce genre, à la femme étrangère par sa loi nationale, il pourrait lui être dénié dans notre pays en vertu de l'art. 1460, qui constitue une disposition de moralité publique, au moins si les faits de détournement et de recel qu'il prévoit s'y sont réalisés. Nous signalerons ici dans la doctrine de Brocher[1] une certaine imperfection de raisonnement. « Les art. 1460 et 1477[2] sont » dit-il, « indépendants du statut personnel, et doivent ressortir leurs effets, dans quelque lieu que soient intervenus les faits de déprédation dont il s'agit. » Il n'en serait pas autrement s'ils se rattachaient au statut personnel, et ils s'y rattachent en réalité. Mais il est vrai de dire qu'ils n'en dépendent point complètement, qu'ils reposent, en outre, sur des considérations d'ordre public plus générales, et s'appliquent même aux étrangers.

1115. — L'application de la loi nationale, en ce qui concerne les conséquences du défaut d'inventaire, peut

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 173.
(2) L'art. 1477 prive l'époux qui a diverti ou recélé certains objets, de toute part dans ces objets.

rencontrer en outre quelques difficultés, s'il s'agit d'époux domiciliés en pays étranger ou y ayant leur résidence. Mais elles ne sont pas spéciales à notre système, et elles peuvent se produire également, si l'on applique la loi à laquelle les époux se sont volontairement soumis. Il se peut qu'il n'y ait dans le pays où la communauté vient à se dissoudre, et où les époux sont domiciliés, aucun officier public ayant mission de dresser inventaire et de recevoir l'affirmation de la femme. On pourrait, dans ce cas, et vu la force majeure, admettre des équipollents, fût-ce un inventaire par acte sous seing privé en présence de témoins, et peut-être cette forme d'inventaire trouverait-elle, en outre, sa justification dans la règle *locus regit actum*.

Il y a également un délai prescrit pour la renonciation (art. 1457), mais l'absence d'inventaire dans ce délai n'emporte point déchéance de la faculté de renoncer, et la seule conséquence en est que la femme peut provisoirement être poursuivie comme commune, et supporte les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation (art. 1459). La veuve peut, du reste, demander une prolongation de délais au tribunal de 1re instance, prolongation qui est prononcée, s'il y a lieu, contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés (art. 1458). Toutes ces dispositions nous paraissent encore se rattacher au droit d'option accordé en principe à la femme, et qu'elles ne font que modifier ou réglementer : il faudra donc appliquer en règle générale la loi nationale des époux. Toutefois, quant à la question de savoir à quel tribunal la veuve doit s'adresser, et dans quelles formes le jugement doit être rendu, il faut donner la préférence, ce nous semble, à la *lex fori*. Ce sont de simples questions de procédure. Mais ce n'est point une question de procédure que celle de savoir, si les créanciers de la communauté ont action contre la femme : c'est une question qui se rattache au fond du droit. Et ce droit existera pour les créanciers de la communauté contre la femme, dès qu'il sera établi par sa loi nationale. Ajoutons toutefois qu'il

pourrait trouver sa justification en outre dans les dispositions de la *lex fori*, parce qu'il s'agit de l'intérêt des tiers. Cet intérêt, l'intérêt général, veut que l'on puisse forcer la femme à se prononcer.

1116. — L'application de l'art. 1462, qui détermine les droits des héritiers de la femme décédée avant d'avoir fait inventaire, ou avant de s'être prononcée, peut être modifiée dans une certaine mesure par la loi qui régit la succession ; mais, en l'absence de modifications ayant leur fondement sur la loi successorale, elle doit être déterminée de la même manière que celle des articles qui précèdent. C'est du droit de la femme elle-même que le droit des héritiers jaillit. L'art. 1462 nous apporte, en outre, un nouvel exemple des conséquences d'une institution qui existait autrefois en Belgique et en France, qui existe encore dans certains pays, et qui a été abolie chez nous comme immorale et pernicieuse : *la mort civile*. Il ne peut certes être question d'appliquer encore les conséquences de la mort civile à des époux belges ou français, au moins dans notre pays. Quant aux époux étrangers, il ne s'agit pas de savoir si on leur appliquera l'art. 1462, mais si on devrait admettre, dans notre pays, l'application ou plutôt la reconnaissance des effets de la loi étrangère, au cas où elle reconnaîtrait la mort civile, et la dissolution de la communauté par cette cause. Nous avons examiné cette question plus haut.

1117. — L'art. 1463 qui présume la renonciation de la femme séparée ou divorcée, si elle n'accepte dans un certain délai, est spécial au cas de dissolution de la communauté par le divorce ou la séparation de corps, et c'est une grosse question que celle de savoir s'il pourrait être étendu à la séparation de biens. Nous penchons pour la négative, contrairement à l'opinion de la généralité des auteurs, parce qu'il s'agit ici d'une véritable présomption, qui plus est, d'une présomption *juris et de jure*, c'est-à-dire d'une disposition exceptionnelle non susceptible d'être étendue par analogie ; et en outre parce que, dans le cas de séparation de biens, le législateur a pris des mesures

plus énergiques pour contraindre la femme à prendre parti (art. 1444, C. civ. modifié par l'art. 174, C. pr.). Quoi qu'il en soit, cette disposition nous paraît s'appliquer aux époux nationaux quel que soit le domicile conjugal, quelle que soit la loi à laquelle ils ont entendu soumettre leur communauté de biens : elle se rattache toujours à la loi qui donne à la femme un droit d'option. D'autre part nous ne croyons pas qu'elle puisse s'appliquer à des époux étrangers, à moins que la loi étrangère ne contienne une disposition semblable. On pourrait avoir quelque doute s'ils avaient déclaré se marier sous le régime de la communauté, telle qu'elle est réglée par nos lois. Mais, même dans ce cas, si leur loi nationale exclut le droit d'option, elle exclut par cela même les modifications de ce droit, et les présomptions d'où l'on pourrait induire qu'il a été exercé. Et il nous paraît qu'une saine conception du droit international privé oblige les nations à ne pas empiéter sur leur compétence respective, en ce qui touche la détermination des droits de leurs ressortissants. Une règle de justice internationale nous oblige à reconnaître aux lois étrangères une certaine action extraterritoriale, dans les cas où nous revendiquons cette action pour les nôtres. L'harmonie du droit qui est le beau rêve du droit international privé, et qu'il ne faut pas confondre avec son uniformité, irréalisable et peut-être nuisible, n'est possible qu'à cette condition.

C'est du reste encore une question controversée en France et en Belgique, que celle de savoir si l'art. 1460, qui déclare *commune* nonobstant toute renonciation la *veuve* coupable de détournement ou de recel, s'étend à la femme divorcée, ou séparée de corps ou de biens. Contrairement à l'opinion de Laurent, nous admettons la négative, parce qu'il s'agit d'une pénalité, et qu'en principe les pénalités ne peuvent être étendues par analogie. Du reste les motifs ne sont pas les mêmes. Des actes de cette nature sont beaucoup plus à redouter de la part de la femme, lorsque la femme se trouve en présence des héritiers de son mari, que lorsqu'elle se trouve en présence de

son mari lui-même, qui sait mieux qu'elle ce dont se compose la communauté et qui veillera d'autant plus à ses intérêts, que les rapports entre les époux sont devenus plus hostiles et plus malveillants.

1118. — L'art. 1464 n'est qu'une application des art. 1166 et 1167 du Code civil. Il est évident qu'il ne pourra être question d'appliquer cet article, en ce qu'il donne aux créanciers de la femme le droit d'attaquer une renonciation frauduleuse, que lorsqu'elle a le droit d'option entre l'acceptation et la renonciation. Sinon, la renonciation ne produit aucun effet. Mais, comme il s'agit de l'intérêt des tiers, et en outre de remédier aux effets d'une fraude, cette disposition nous paraît se rattacher à l'ordre public absolu. Et nous croyons en conséquence que les créanciers auront toujours ce droit en Belgique, pourvu que les tribunaux belges soient compétents (question qui est du domaine de la procédure civile), lors même qu'il s'agirait de deux époux de nationalité étrangère, et que leur loi nationale ne contiendrait aucune disposition de cette nature.

1119. — L'art. 1465 est une disposition de faveur: faveur accordée à la veuve personnellement et qui ne s'étend point à ses héritiers. Il en est de même de l'art. 1481. L'art. 1570 contient une disposition analogue pour la femme dotale. Les motifs sur lesquels reposent ces avantages relativement modiques, sont assez difficiles à préciser, et cependant cela paraît indispensable au point de vue du droit international privé. En ce qui concerne l'art. 1465, aux termes duquel la femme commune a droit aux aliments et à l'habitation pendant trois mois et quarante jours, la Cour de Cassation a décidé que cette disposition reposait sur des motifs d'humanité et de haute convenance [1]. Aubry et Rau considèrent cet avantage comme une espèce de compensation de la charge, consistant dans les actes d'administration et de conservation; mais Laurent fait observer avec une certaine apparence

(1) Rejet Chambre civile, 15 décembre 1873. Dalloz. 1874, 1, 113.

de raison que l'on ne comprendrait guères, dans ce cas, que cette rémunération fût accordée à la femme seulement, et non au mari. Il y a cependant une différence. La femme a le droit de renoncer à la communauté, et pendant trois mois et quarante jours elle ne peut pas être forcée de prendre parti. Dans l'intervalle elle administre; on ne sait pour qui : peut-être est-ce exclusivement dans l'intérêt d'autrui. Et c'est précisément pendant ces trois mois et quarante jours qu'elle a droit aux aliments et à l'habitation. Dans le silence des travaux préparatoires, nous croyons qu'il y a un lien entre ces deux droits. Et nous estimons que, s'il y a lieu d'appliquer la loi nationale des époux, en ce qui concerne le droit de renonciation, il faut donc aussi l'appliquer en ce qui concerne le droit de jouissance accordé à la femme pendant le délai qu'elle a pour opter. Nous ne croyons pas que ce droit de jouissance puisse lui être enlevé, même par des conventions matrimoniales expresses, car il n'est point fondé sur une convention expresse ou tacite. Mais il ne suit pas des observations qui précèdent, que ce droit de jouissance ne puisse être exercé, même par la veuve étrangère. Il le pourra, si les époux étrangers avaient soumis leur régime de communauté à nos lois, à moins que la veuve n'en soit privée par une disposition formelle de la loi nationale des époux; et c'est bien dans ce cas en vertu de la volonté des parties que ce droit s'exercera.

1120. — Le droit de la femme survivante aux frais de son deuil lui appartient lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté (art. 1481), et sous le régime dotal (art. 1570). On s'est fondé sur l'esprit de la loi, et sur les traditions juridiques pour le lui reconnaître sous tous les régimes. Ce droit repose, à notre avis, sur des considérations autres que le droit aux aliments et à l'habitation. Toullier donne une explication historique de la différence qui existe à cet égard entre les époux, et c'est la seule vraie, à notre avis. La loi 9 au *Dig. de his qui not. inf.* dispensait les maris de porter le deuil de leurs femmes, et le motif réel en était que le mari n'était

point tenu de garder l'année de viduité imposée à celle-ci qui, en compensation de cette rigueur, recevait les frais de son deuil. Dans l'état actuel de nos mœurs, le mari porte le deuil de sa femme, et, bien que la femme ne puisse se remarier avant dix mois révolus depuis la dissolution du mariage, il n'y a plus de raison pour maintenir au profit de la femme cette espèce de privilège. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il est encore consacré par nos lois, et nous doutons fort qu'il soit permis d'y déroger. Il est cependant difficile d'y voir une disposition d'ordre public absolu. C'est, nous paraît-il, une règle d'ordre public national, fondée sur l'état supposé de nos mœurs, dépendante de la loi nationale, ou des traditions juridiques de la nation. Indépendante de la question de savoir à quel régime les époux se sont soumis, elle ne saurait dépendre davantage de la question de savoir s'ils ont accepté une loi étrangère comme règle de leurs rapports pécuniaires. Elle résulte plutôt de la conception communément admise, quant aux situations personnelles respectives des époux, en un mot, de l'idée que l'on se fait du mariage en lui-même. Elle ne s'appliquera pas aux époux étrangers; elle devrait recevoir application aux époux belges, même en pays étranger.

1121. — L'art. 1466 concerne le droit de renonciation des héritiers de la femme. Nous pouvons nous en référer à ce que nous avons dit sur le même sujet, à propos de l'art. 1461. Il nous reste seulement à examiner quelle est la loi qui régit les formes de la renonciation. La question est résolue par la vieille règle *locus regit actum*. Mais il peut se faire que la loi du lieu où la renonciation s'effectue, ne contienne aucune prescription, aucune indication relativement à sa forme; et tel sera le cas spécialement si la renonciation à la communauté y est inconnue. Nous pensons que, dans ce cas, la renonciation pourrait résulter, même d'un écrit sous seing privé, même d'un acte impliquant manifestement la volonté de renoncer. Cette hypothèse doit être assimilée à celle où la loi du lieu de l'acte admet la renonciation, et est muette sur la forme

dans laquelle elle doit se faire. Il est à remarquer cependant que la renonciation doit être inscrite sur le registre, établi pour recevoir les renonciations à succession, et que cette formalité semble bien prescrite dans l'intérêt des tiers. Mais comment cette formalité pourrait-elle être remplie en pays étranger, s'il n'y a pas de registre de ce genre au greffe du tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile, ou si, ce registre n'étant pas destiné à constater les renonciations à la communauté, le greffier refuse de les y inscrire? On se trouve en présence d'une impossibilité. Il nous paraît que, dans un cas de ce genre, cette formalité ne peut pas être exigée; mais il faudrait remédier aux inconvénients qui en résultent, en exigeant de la part de la femme belge une renonciation qui serait faite devant le consul belge, et inscrite sur un registre tenu par ce dernier. Dans l'état actuel, on ne peut pas exiger l'inscription de cette renonciation sur un registre, quand il n'y en a pas.

1122. — L'art. 1467 ne fait qu'annoncer les dispositions qui vont suivre, et leur objet. Il ne donne lieu à aucune observation. Mais il en est autrement des dispositions qui suivent et qui, sous le § 1er, traitent du partage de l'actif. On y trouve d'abord trois articles (1468 à 1470) qui n'établissent aucune différence entre le mari et la femme, et dont l'application dépend évidemment de la loi qui régit en général les rapports pécuniaires des deux époux (1468 à 1470). Cette loi, c'est, d'après les principes les plus généralement admis, celle à laquelle les époux se sont soumis par une déclaration formelle (1), et à défaut de déclaration formelle, ce serait, d'après nous, la loi nationale des époux, mais, d'après la doctrine prédominante en France et en Belgique, celle à laquelle ils se sont soumis même tacitement, ce que l'on induit tantôt de leur domicile, tantôt de leur résidence, tantôt de leur nationalité, tantôt d'autres circonstances. En Belgique la jurisprudence semble surtout favorable à la loi du domicile matrimonial.

(1) On sait qu'en Angleterre et dans les Etats-Unis on applique, quant aux immeubles, la *lex rei sitae*.

1123. — Mais les art. 1471 et 1472 accordent à la femme un véritable privilège, quant à ses prélèvements. Quelle en est la raison d'être? C'est évidemment que le mari est chef de la communauté ; or, les époux ne peuvent déroger par leurs conventions matrimoniales aux droits qui appartiennent au mari comme chef (art. 1388, C. civ.). Cette disposition enchaîne évidemment la liberté des époux belges : elle se rattache à leur statut personnel. Et les art. 1471 et 1472, qui sont la compensation de cette situation inférieure que la loi fait à la femme belge, quant à la gestion des intérêts de la communauté, doivent s'appliquer aux époux belges partout où ils se trouvent. Ils ne s'appliqueront aux époux étrangers qu'à raison de leur soumission volontaire à nos lois. C'est l'opinion de Brocher, et elle nous paraît parfaitement rationnelle (1). Mais la loi que les époux ont acceptée, comme devant régir leurs rapports pécuniaires, reprend évidemment son empire pour ce qui concerne l'application de l'art. 1473. La loi nationale gouverne celle de l'art. 1475, sauf les effets de la loi successorale, en ce qui touche ce dernier article, qui détermine les droits des héritiers de la femme en matière de renonciations isolées (2).

1124. — L'art. 1474, ordonnant le partage de l'actif par moitié après les prélèvements, ne constitue évidemment pas, dans notre droit, une règle à laquelle les époux, même belges, ne puissent déroger en soumettant leur communauté de biens à une loi étrangère, puisqu'ils peuvent le faire directement (art. 1520 et ss.). L'application de cette disposition dépendra donc de la loi qui régit leurs rapports pécuniaires en vertu de leur volonté. Ce que la

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 173.

(2) C'était une question controversée dans l'ancien droit que celle de savoir si la part du renonçant n'accroissait pas à l'acceptant. Pothier a parfaitement démontré le contraire. Il ne s'agit pas tout d'abord de l'accroissement entre colégataires ni du non-décroissement entre les héritiers. Il n'y a pas de légataires, et l'héritier qui renonce à la communauté fait acte d'acceptation de l'hérédité. La vérité est que les héritiers représentant la femme, celle-ci est censée renoncer dans la mesure où ses héritiers renoncent, et cesse dans la même mesure d'être femme commune, de sorte que la part du renonçant appartient nécessairement au mari.

loi leur interdit, c'est de stipuler que l'un d'eux aura une part différente dans les dettes de celle qui lui appartient dans l'actif. Nous y reviendrons. L'art. 1476 se rattache également à la loi que les époux ont choisie comme règle de leurs relations, sauf pour ce qui concerne la forme du partage, laquelle est régie par la *lex loci* en vertu de la maxime *locus regit actum*. Quant à l'art. 1477, c'est une disposition d'ordre public ; il s'agit d'une véritable pénalité, de la peine du talion appliquée à l'époux qui a diverti ou recélé. Nous croyons que cette pénalité frappera tout époux, même étranger, qui aura accompli un acte de ce genre sur notre territoire, et qu'elle frappera de plus l'époux belge qui s'en serait rendu coupable, même en pays étranger. Il n'y a pas seulement quasi-délit dans l'espèce, et un quasi-délit dont l'immoralité ne dépend nullement de considérations locales ; il y a violation d'une obligation contractuelle par un acte malhonnête au dernier chef.

1125. — L'application des art. 1478 à 1480, concernant la question de savoir, sur quels biens s'exercent les créances personnelles de l'un des époux contre l'autre, à quelle condition elles portent intérêt, et sur quels biens s'exécutent les donations faites par l'un des époux à l'autre, dépend de la loi qui, en vertu de leur volonté présumée ou expresse, régit leur situation pécuniaire. On pourrait bien soutenir qu'il n'y a lieu d'appliquer ici que la loi qui régit naturellement ces actes juridiques, c'est-à-dire, dans l'opinion qui prédomine encore en France et en Belgique, la loi du lieu du contrat. Mais, lorsqu'il s'agit d'actes juridiques, intervenant entre deux époux, leurs effets peuvent être modifiés, par suite des conventions formées entre eux explicitement ou implicitement, et sont dominés par celles-ci. C'est donc à ces conditions qu'il faut s'en référer, ou à la loi qu'ils paraissent avoir adoptée, ou sont légalement censés avoir adoptée comme règle de leur régime pécuniaire. Quant à l'art. 1481, nous nous sommes suffisamment expliqué sur les principes qui président à son application.

1126. — Sous l'intitulé : *Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes*, le Code traite, au § 2, liv. III, t. V, sect. V, non-seulement de la manière dont les dettes se répartissent entre époux, mais aussi de leurs obligations vis-à-vis des tiers (art. 1482 à 1492). La disposition qui ordonne en principe le partage des dettes de la communauté par moitié, et y comprend les frais de scellé, inventaire, etc. (art. 1482, C. civ.), n'est pas plus d'ordre public, même national, que la disposition qui prescrit le partage de l'actif par moitié (v. nos observations sur l'art. 1474). L'art. 1483 consacre un privilège pour la femme, c'est celui de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument. Ce privilège nous paraît être, comme celui qui consiste dans le droit de renoncer, la conséquence des droits du mari comme chef, droits auxquels il est interdit de déroger. Il n'y a cependant aucun texte ici qui prohibe et frappe de nullité toute convention contraire. Dans la rigueur des principes, il paraît donc difficile de l'annuler. Et cependant nous croyons qu'il faudrait considérer pareille convention comme nulle. Nous nous fondons d'abord sur l'ancien droit. L'art. 228 de la Coutume de Paris, qui formulait le principe, en donnait la raison suivante : « Le mari ne peut par contrat et obligation faite avant ou durant le mariage obliger la femme, sans son consentement, plus avant que jusqu'à concurrence de ce qu'elle et ses héritiers amendent de la communauté .» La règle prend donc le caractère d'une prohibition. Nous nous basons ensuite sur ce que la raison morale et plus profonde du principe est, que le mari est maître et seigneur, règle à laquelle il n'est pas permis de déroger. Comme compensation de ce principe, le privilège accordé ici à la femme est aussi justifié que le droit de renonciation. Il en est le complément. D'où nous concluons que le privilège doit être reconnu à la femme belge, lors même que les époux se seraient soumis, quant à leur communauté de biens, à une législation étrangère. La femme est cependant tenue *ultra vires*, dans le cas de l'art. 1524, ainsi que nous le verrons.

1127. — L'art. 1484 distingue *l'obligation* du mari aux dettes *vis-à-vis des tiers*, de *la contribution*. Quant à la contribution, il y a lieu simplement de recourir à la loi qui, d'après la volonté expresse ou légalement présumée des époux, les régit relativement aux biens. Quant à l'obligation vis-à-vis des tiers, l'article ne l'impose en totalité au mari que pour les dettes par lui contractées; il n'est tenu que pour moitié, aux termes de l'art. 1485, des dettes personnelles à sa femme, et qui étaient tombées à charge de la communauté. Bien que l'intérêt des tiers soit engagé dans des dispositions de ce genre, nous ne croyons pas qu'elles puissent être considérées comme portant atteinte à l'ordre public, à l'intérêt général.

Il ne suffit pas qu'une disposition soit plus ou moins avantageuse aux tiers pour qu'elle soit considérée comme d'intérêt général; il faut qu'elle soit dictée par leur intérêt, par exemple celle qui prescrit des mesures de publicité quant au jugement de séparation de biens, celle d'après laquelle les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Mais rien ne s'opposera sans doute à l'application des règles dont il s'agit ici, même en pays étranger, lorsque l'association conjugale est régie par la loi française ou belge, à moins qu'elles ne soient en contradiction avec quelque règle manifestement fondée sur l'intérêt des tiers. Et s'il s'agit d'époux dont l'union est régie, quant aux biens, par la loi étrangère, rien ne s'opposera à l'application de la loi étrangère dans notre pays, sous les mêmes conditions. Nous croyons toutefois que, quant à l'*obligation* aux dettes, la question de savoir quelle est la loi applicable ne dépend point de l'autonomie des parties. Elle se rattache au principe d'après lequel le mari est maître et seigneur de la communauté, et c'est la loi nationale qui doit recevoir application. Il en est de même, d'après nous, des dispositions des art. 1486 et 1487 du Code civil, relatives aux obligations de la femme vis-à-vis des tiers. Aucune ne tend à enlever à ces derniers leur débiteur; quelques-unes ont pour résultat de leur donner un double recours. Si des dispositions étrangères avaient

pour conséquence de compromettre les intérêts des créanciers dans notre pays, elles ne pourraient y recevoir aucune application. Mais, à part cela, quelle loi faudra-t-il appliquer? En tant que les droits des tiers dépendent de la capacité de la femme mariée, il faudra évidemment appliquer la loi nationale des époux, et en cas de nationalité différente celle du mari. Il en est de même lorsqu'il s'agit de savoir si le mari belge, ou le mari français a pu obliger la communauté; car il n'est pas permis de déroger, même par des conventions expresses, aux droits du mari comme chef, et l'étrangère est devenue Belge par le mariage. Mais ces dispositions ne sont pas nécessairement applicables aux époux étrangers. On leur appliquera, soit leur loi nationale, soit, dans la mesure où celle-ci l'ordonne ou le permet, telle ou telle autre loi, fût-ce la *lex situs*, ou la loi qu'ils ont tacitement acceptée, ou sont présumés avoir acceptée. Il n'en sera autrement que si l'application de la loi étrangère constituait, dans notre pays, pour les tiers, une véritable spoliation, cas auquel cette application se heurterait contre un intérêt général, contre notre ordre public. L'application de l'art. 1488 nous paraît devoir être soumise aux mêmes principes. Celle de l'art. 1489, concernant les rapports des époux entre eux, dépendra de la loi qui régit leur communauté, comme celle de l'art. 1490 et de l'art. 1491, sauf l'influence que pourrait exercer sur l'application de ce dernier article la loi successorale.

1128. — Ce que nous avons dit plus haut, quant aux obligations des époux vis-à-vis des tiers, doit être subordonné cependant à certaines restrictions. S'agit-il des dettes antérieures au mariage, les époux peuvent parfaitement stipuler qu'elles resteront propres à chacun d'eux. Il y a un régime, celui qui est prévu par les art. 1510 et ss., sous lequel il en est ainsi. Et de pareilles conventions sont permises, parce qu'elles ne touchent en rien aux droits du mari comme chef. On objecterait en vain qu'elles ne peuvent produire aucun effet vis-à-vis des tiers, puisque les tiers ne peuvent puiser leur droit d'action

contre le conjoint que dans les conventions matrimoniales elles-mêmes, et dans la loi qui détermine les effets de ces conventions *sauf stipulation contraire*. Le mariage ne produit dans ce cas aucune diminution de leurs droits antérieurs. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il ne leur apporte pas un droit nouveau. Mais les époux français ou belges ne pourraient pas stipuler, que le mari ne sera point tenu, vis-à-vis des tiers, pour la totalité des dettes de la communauté par lui contractées, parce que cela serait contraire aux droits du mari comme chef. Nous ne croyons pas que les tiers seraient tenus de respecter une stipulation de ce genre. La communauté c'est le mari : il a le droit de l'engager. Ils ne seraient pas davantage tenus de respecter une convention qui dispenserait la femme de payer ses dettes (art. 1486), même s'il s'agissait d'époux étrangers. Cela serait contraire à l'art. 2092 du Code civil, lequel est devenu l'art. 7 de notre loi hypothécaire, et qui constitue, à notre avis, une disposition d'ordre public (1).

1129. — Il est traité en la section VI de la renonciation à la communauté et de ses effets (art. 1492 à 1496).

La femme peut toujours renoncer à la communauté, et toute convention contraire est nulle, dit l'art. 1453. Ce droit de renonciation est donc d'ordre public ; mais nous avons vu plus haut qu'il doit être considéré comme d'ordre public national. S'il est d'ordre public national, il faut considérer, comme appartenant au même ordre public, les lois qui déterminent les effets de la renonciation. Rien ne servirait de dire que toute convention, excluant le droit de renonciation, est nulle, s'il était permis de déroger par les conventions matrimoniales aux lois qui en déterminent les effets. Les art. 1492 à 1495 doivent donc recevoir application aux époux belges ou français, quelle que soit la loi à laquelle ils se sont soumis, quant à leur communauté de biens, quelle que

(1) V. entre autres : Laurent. *Droit civil*, T. XXIII, nº 262.

soit l'étendue de cette communauté. Ils ne recevront application à des époux étrangers, que s'il se sont soumis à nos lois, et les ont acceptées comme règle de leurs rapports juridiques. Et encore le respect de la compétence législative des Etats étrangers nous obligerait-il à admettre l'application de la loi d'origine des époux de nationalité étrangère, si elle excluait toute convention permettant à la femme de renoncer à la communauté, ou attribuait à cette renonciation des effets différents.

1130. — La section VI se termine par une *disposition relative à la communauté légale, lorsque l'un des époux ou tous deux ont des enfants d'un précédent mariage*, et l'art. 1496 prescrit en principe que toutes les dispositions ci-dessus recevront application, même dans ce cas. Mais il y ajoute une restriction importante, c'est que : si la confusion du mobilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui autorisé par l'art. 1098, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'*action en retranchement*. L'art. 1827 soumet à la même restriction les effets de toutes les conventions quelconques modificatives de la communauté légale. Des restrictions de ce genre semblent dépendre, à certains égards, de la loi qui régit normalement la mesure dans laquelle on peut disposer de ses biens à titre gratuit, en tant qu'elle est limitée par l'institution de la réserve ; et la loi qui régit la succession paraît seule applicable. Nous n'y aurions aucune objection, si l'on pouvait admettre en présence de la tradition historique et des textes de nos lois, que la succession est régie par la loi nationale du *de cujus*. Car cette loi sera aussi en général celle qui régira les époux, quant à leurs biens, qui les régira même obligatoirement dans une certaine mesure. Mais, étant donné que la loi qui régit la succession est encore celle de la situation en matière immobilière, nous avons une extrême répugnance à en admettre l'application dans le cas actuel. Il s'agit au surplus d'une réserve spéciale, établie seulement dans l'intérêt des enfants du premier lit, dans un intérêt qui est manifestement celui de la

famille, et de la famille ancienne. Il faut cependant bien appliquer la *lex situs* en matière immobilière, si l'on veut être conséquent; mais, nous le reconnaissons franchement, en cette matière plus qu'en aucune autre, cela blesse la saine raison et la justice. Peut-être serait-il sage de n'en faire application que lorsqu'elle limite encore davantage la faculté de disposer.

1131. — Dans la deuxième partie du titre V, le Code traite de la communauté conventionnelle et des conditions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale.

L'art 1497, al. 1, pose le principe, que les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux art. 1387, 1388, 1389 et 1390. C'est la reproduction, sous une autre forme, du principe consacré par ces articles mêmes, et que l'art. 1527, al. 2, rappellera de nouveau. Nous avons eu l'occasion de signaler certaines conséquences qui en dérivent, et de faire remarquer qu'il est en outre interdit, en termes formels, de stipuler que la femme n'aura pas le droit de renoncer à la communauté. L'art 1497 énumère ensuite les principales modifications de la communauté qu'il est loisible aux parties de stipuler. Il est à peine nécessaire de remarquer que, si nous admettons que notre législation peut limiter la liberté des conventions matrimoniales de ses ressortissants, nous devons admettre également que la liberté des étrangers, à cet égard, peut être limitée également par leur loi nationale. Il se pourra donc que, pour les époux étrangers, l'un ou l'autre des régimes conventionnels prévus ou autorisés par nos lois soit exclu; et nous pensons que, s'il en était ainsi, cette exclusion devrait être prise en considération dans notre pays. L'organisation du régime matrimonial des biens a des attaches étroites, ainsi que nous l'avons rappelé, avec l'organisation des rapports personnels entre les époux, avec la conception même du mariage. On doit respecter, sous ce rapport, la loi nationale des époux, lorsqu'elle ne se heurte pas contre l'ordre public absolu. C'est sous le

bénéfice de ces observations que nous allons examiner les divers régimes prévus et organisés par nos lois.

1132. — Mais il peut arriver que les futurs époux soient de nationalité diverse: Quelle est dans ce cas la loi qui a compétence pour assigner des limites à la liberté de leurs conventions? Comme, d'après la plupart des législations, la femme doit acquérir en se mariant la nationalité de son mari, il est rationnel que la loi nationale du mari reçoive application. Il faut bien choisir, car il se peut que le régime imposé par telle loi soit exclu par telle autre. On peut objecter que les conventions matrimoniales devant précéder le mariage, d'après beaucoup de législations, d'après la nôtre notamment, la femme se trouve encore à ce moment sous le lien de sa loi nationale. Mais il faut considérer que les conventions en question, bien qu'elles doivent précéder le mariage, sont lettre morte aussi longtemps que le mariage n'a pas suivi. Ce n'est qu'au moment où le mariage a été célébré qu'elles prennent force et vigueur, c'est-à-dire à un moment où la femme participe en général de la nationalité du mari. Et d'autre part, l'Etat d'origine de la femme n'a en règle aucun intérêt dans l'organisation de la famille étrangère, et du régime des biens entre des époux étrangers.

1133. — La section I^re^, art. 1498 et 1499, traite de la communauté réduite aux acquêts. En ce qui concerne la détermination de l'actif, nulle difficulté. En thèse générale, on appliquera la loi à laquelle les époux se sont soumis expressément ou tacitement. Si le régime en question était le régime légal, on l'appliquerait en vertu de la loi nationale par une espèce de présomption légale, comme on doit appliquer, à notre avis, les règles de la communauté légale aux époux belges qui se marient sans contrat, quel que soit le domicile matrimonial, quel que soit le lieu de la célébration. En ce qui concerne les dettes, il y a des questions plus délicates. Le régime en question emporte exclusion des dettes actuelles et futures. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord, qu'il ne faut pas comprendre dans les dettes exclues les dettes contractées

par le mari pendant la durée de la communauté. Laurent, qui approuve cette doctrine et cette jurisprudence, s'appuie sur l'art. 1528 du Code civil, lequel ne prouve rien. Le véritable motif d'en décider ainsi est dans l'art. 1388 qui ne permet pas de déroger par conventions matrimoniales aux droits du mari comme chef, c'est-à-dire, de l'aveu de tous, *comme chef de la communauté*. Il en est de même et par raisons analogues pour les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari. Mais on va plus loin, et l'on comprend dans les dettes de communauté, malgré l'exclusion des dettes futures, celles prévues par l'art. 1427, c'est-à-dire celles contractées par la femme avec autorisation de justice pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement des enfants communs en cas d'absence du mari. L'art. 1528, qui dispose simplement que la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, sauf dérogation conventionnelle explicite ou implicite, suffit-il pour justifier cette thèse? Nous en doutons fort. Tout ce que l'on pourrait dire c'est que l'art. 1427 est une disposition d'équité et de moralité publique, laquelle se trouve placée en conséquence en dehors du champ des libres conventions.

1134. — S'il en est ainsi, nous dirons que la communauté d'acquêts, stipulée entre époux belges, ne peut jamais comporter l'exclusion de ces sortes de dettes, mais qu'il n'en est pas de même de la communauté d'acquêts stipulée entre époux étrangers. Il s'agit d'ordre public; mais ce ne peut être que d'un ordre public national. Pour le surplus, on appliquera la loi que les époux ont expressément ou tacitement admise comme devant régler leurs relations pécuniaires. Il en sera ainsi notamment en ce qui concerne la détermination des objets du partage, et l'espèce de présomption légale inscrite dans l'art. 1495, aux termes de laquelle le mobilier, existant lors du mariage ou échu depuis, est réputé acquêt, s'il n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme. On pourrait bien objecter que cette dernière disposition intéresse les tiers. Mais l'objection ne nous paraît point fondée. Il

ne suffit point, nous l'avons dit, que les tiers puissent trouver certains avantages dans telle ou telle disposition légale, pour qu'on puisse la considérer comme d'intérêt général. Il faut qu'elle soit *dictée* et *commandée* par leur intérêt. Les formes de publicité, la transcription, par exemple, sont de ce nombre. — Mais l'art. 1499 ne distingue pas entre les rapports des époux avec les tiers et leurs rapports réciproques. Nous savons bien que la jurisprudence française a établi cette distinction ; elle n'a cependant aucune base dans le texte. C'est à tort, suivant nous, que l'on se prévaudrait de l'art. 1510, al. 3. Il figure sous une autre section ; il a pour objet un autre régime ; le régime de séparation de dettes. Or, si la séparation de dettes est également l'accessoire de la stipulation de communauté d'acquêts, elle n'est ici que la conséquence d'une séparation corrélative des biens, de l'exclusion de certains biens de la communauté, tandis que l'art. 1510, al. 3, apparaît comme une mesure destinée spécialement à protéger les tiers créanciers contre les effets d'une convention, dont le but direct est de soustraire certains biens à leur action. Notre conclusion est qu'il faut appliquer ici la loi que les époux ont acceptée comme règle de leur communauté. En ce qui concerne les rapports entre époux, cela ne peut faire de doute. Nous croyons qu'il en est même ainsi vis-à-vis des tiers créanciers.

On peut encore se demander quelle est la loi d'après laquelle on décidera, s'il y a inventaire ou état en bonne forme. Supposons qu'il s'agisse d'époux belges, ayant conservé leur domicile en Belgique, bien que résidant en pays étranger. C'est en pays étranger que l'inventaire est dressé ; il l'est par acte sous seing privé et cela suffit d'après la loi locale. Cela suffira-t-il également au regard de la loi belge, des tribunaux belges, si nos lois, comme on l'admet généralement, du moins pour la validité de l'inventaire vis-à-vis des tiers, exigent un acte authentique ? Il faut répondre affirmativement, si l'on s'en tient à la portée que l'on attribue ordinairement à la maxime

locus regit actum. Mais cela est difficilement admissible en principe, dans la matière qui nous occupe, et cela prouve, une fois de plus, ce qu'il y a de contestable dans la doctrine qui applique cette maxime d'une manière absolue, aux actes pour lesquels l'authenticité est prescrite comme condition de validité.

1135. — La section II traite, sous les articles 1500 à 1504, de la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie. Cette clause présente beaucoup de rapports avec celle qui précède, mais il y a des différences notables. Ici encore nous pensons qu'il y a lieu de se conformer en principe à la volonté des parties, quant à la question de savoir par quelle loi elles doivent être régies. Cela n'est pas douteux pour les dispositions des art. 1500 à 1503, bien que les droits et les intérêts des tiers puissent également en subir l'influence. Quant à l'art. 1504 qui concerne la constatation du mobilier échu à chacun des époux pendant le mariage, il établit une différence importante entre le mari et la femme, et tout à l'avantage de cette dernière. Sur quoi se base cette distinction? Il n'est pas douteux que ce soit uniquement sur l'état de subordination dans lequel se trouve la femme pendant le mariage, sur ce que le mari est chef de la communauté, et ne peut pas ne pas l'être. Des époux belges adoptent le régime exclusif de communauté, tel qu'il est réglé par une loi étrangère qui ne contient point de distinction de ce genre, aura-t-elle force et vigueur pour ce qui les concerne? On peut invoquer pour l'affirmative le motif sur lequel cette distinction repose, motif qui subsiste, quel que soit le lieu où les époux sont domiciliés, où ils se sont mariés. Mais la négative nous semble cependant préférable, parce que, si telle est la raison inspiratrice de la distinction établie par l'art. 1504, rien n'indique cependant que la volonté des parties soit ici enchaînée. Il n'y a aucune disposition légale qui interdise à la femme d'abdiquer, par ses conventions matrimoniales, l'espèce de privilège dont elle jouit en vertu dudit article. Nous sommes ici en plein dans le domaine de la liberté des conven-

tions, sous les restrictions indiqués par le législateur (art. 1497, C. civ.).

1136. — La section III traite de la clause d'ameublissement, clause dont l'effet est l'extension de la communauté à certains immeubles qui n'y sont point compris en général. On appliquera ici encore les conventions expresses des parties, ou la loi à laquelle elles se sont soumises en stipulant l'ameublissement, soit expressément, soit tacitement, sous la condition bien entendu que pareille convention ne leur soit pas interdite par leur loi nationale. Il y a une difficulté cependant. Si l'immeuble n'est ameubli qu'à concurrence d'une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de sa femme. Rien de plus naturel et de plus logique, s'il s'agit d'une aliénation pour le tout, et nous croyons que, dans cette mesure, la disposition devrait recevoir application non-seulement quand il s'agit d'époux belges, mais même quant aux époux étrangers, si l'acte d'aliénation a été effectué dans notre pays. C'est une vente de la chose d'autrui ; la vente de la chose d'autrui est nulle, et le principe nous paraît s'appliquer à tous les immeubles situés dans le territoire[1]. La disposition de l'art. 1507 a cependant une portée plus étendue. Le mari ne peut pas aliéner les immeubles ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme, même dans les limites où il est ameubli, où il devient bien de communauté. Le législateur permet lui-même ici une clause impliquant dérogation aux droits du mari comme chef. Il est évident que rien ne s'opposerait, dans notre pays, à l'application d'une loi étrangère qui reconnaîtrait ce droit d'aliénation partiel, et ferait retour ainsi aux principes généraux sur les droits du mari comme chef, pour peu que des époux, même belges, se soient soumis à cette loi étrangère. Nous en dirons autant des effets de l'ameublissement indéterminé quant au droit d'aliénation du mari : tout dépend évidemment de la volonté des époux, et en conséquence de la loi à laquelle ils se sont

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 185 et 186.

soumis. C'est elle qui déterminera si l'ameublissement indéterminé rend ou non la communauté propriétaire, et si le mari peut aliéner ou seulement hypothéquer à concurrence de l'ameublissement. Et l'application de l'art. 1509 dépendra des mêmes circonstances.

1137. — La section IV, art, 1510 à 1515, traite de la clause de séparation de dettes. L'art. 1840, al. 1er, détermine les effets généraux de cette clause entre les époux. Nous avons vu plus haut qu'elle ne concerne pas, et ne saurait concerner les dettes contractées *par le mari* durant le mariage : ce serait une dérogation aux droits du mari comme chef. Elle ne concerne pas davantage les dettes contractées *par la femme* durant le mariage avec l'autorisation de son mari, et nous croyons qu'ici encore une stipulation contraire devrait être considérée comme dérogeant aux droits du mari, en tant que chef de la communauté. Enfin, il résulte de l'économie de l'article que la clause ne concerne pas les dettes contractées par la femme avec autorisation de justice, et engageant exceptionnellement la communauté, comme celles dont il est question dans l'art. 1427 du Code civil, par exemple les dettes contractées pour tirer le mari de prison. Mais ici il ne s'agit plus des droits du mari comme chef. L'art. 1427 est une disposition fondée sur l'intérêt bien entendu des enfants et du mari, reposant en outre sur des considérations de morale et d'humanité, et qui nous paraît, par conséquent, placée au-dessus de leurs conventions matrimoniales. Les conventions contraires des époux pourraient se heurter non-seulement contre leur loi nationale, mais même contre la *lex fori*. Quoi qu'il en soit, l'art. 1510 ne vise évidemment que les dettes antérieures au mariage, et les dettes futures relatives aux successions mobilières qui viendraient à leur échoir. Mais il vise même les dettes relatives aux successions mobilières échues au mari, bien que l'on puisse dire que l'obligation résultant en ce cas de l'acceptation de la succession par le mari, a été en réalité contractée par lui, et qu'il y ait ici par conséquent une dérogation autorisée aux droits du mari comme chef.

1138. — Rien ne s'oppose évidemment à ce que les effets d'une clause de séparation de dettes soient régis par la loi que les époux ont adoptée comme règle, sauf les restrictions que nous avons signalées plus haut. Cela est manifeste aussi longtemps qu'il s'agit des rapports des époux entre eux. Mais les deux dernières dispositions de l'art. 1510 sont, semble-t-il, dictées par la nécessité de protéger les tiers contre les abus, les injustices qui pourraient résulter pour eux de stipulations de ce genre. Il en résulte, d'une part, que l'effet normal de cette clause est de ne permettre aux créanciers en question d'exercer leurs droits, que sur le mobilier apporté par leur débiteur ou échu à leur débiteur; d'autre part, que si un inventaire ou état authentique n'a pas été dressé aux fins d'en constater la consistance, ces créanciers peuvent exercer leurs droits sur tous les biens de la communauté.

Puisque cette disposition est dictée par l'intérêt des tiers, nous croyons qu'elle est d'intérêt général et d'ordre public. Nous estimons qu'elle devra recevoir application dans notre pays, non seulement aux époux belges qui s'y marient, ou y recueillent une succession, mais même aux époux étrangers qui se trouveraient dans ce cas. Notons cependant les singulières conséquences auxquelles mène ici l'application de la règle *locus regit actum*, avec la portée qu'on lui donne généralement. Deux époux étrangers, allons plus loin, deux époux *belges même*, se marient dans notre pays. Mais ils ont des biens meubles en pays étranger, et la loi de ce pays n'exige pas un inventaire ou un état authentique. Leur suffira-t-il de dresser dans ce pays un état sous seing privé? Il faut répondre affirmativement, d'après l'opinion et la pratique généralement suivies. En vain objecterait-on qu'il s'agit de formes de publicité; car la forme authentique n'est pas requise dans un but de publicité, mais dans un but de certitude, comme élément de preuve, ou pour prévenir la fraude. Il est évident que cette solution ne satisfait nullement aux intentions du législateur. Que décider au surplus, si la clause de séparation de dettes est inconnue dans le pays

où se trouvent les biens mobiliers qu'il s'agit d'inventorier? Dans ce cas, la *lex loci actus* est muette sur la forme. Est-ce à dire qu'il n'en faut aucune? Ce serait, à notre avis, aller trop loin ; et s'agissant d'une institution que la loi locale n'interdit pas, mais qu'elle ne prévoit pas non plus, il faudrait bien appliquer la loi qui crée le bénéfice, quant à toutes les conditions auxquelles le bénéfice est subordonné.

Voici, d'autre part, des époux belges, ou même des époux étrangers, qui se sont mariés en pays étranger, et qui ont stipulé la séparation de dettes, telle qu'elle est réglée par la loi étrangère. Une succession échoit à l'un d'eux en Belgique. Faudra-t-il que l'inventaire ou l'état du mobilier soit dressé en forme authentique pour exclure l'action des créanciers? Nous le croyons, non pas seulement à raison de la maxime *locus regit actum*, mais surtout parce qu'il s'agit de l'intérêt des tiers, bien que cette mesure n'ait pas directement en vue de sauvegarder cet intérêt.

1139. — L'art. 1511 concerne spécialement les rapports pécuniaires entre époux. Des auteurs fort sérieux ont cependant soutenu que l'espèce de séparation de dettes, résultant par une convention tacite de ce que les époux ont apporté dans la communauté une somme déterminée, ou un corps certain, peut être opposée même aux tiers créanciers[1]. Cela nous paraît douteux, et le contraire nous semble résulter précisément de ce que les époux sont obligés de se faire raison des dettes en question, ce qui implique que la communauté peut être poursuivie par les tiers. Or, il n'y a aucune disposition qui vienne limiter ici le droit de poursuite. Quoiqu'il en soit, il n'y a évidemment rien dans la disposition de l'art. 1511, dans la présomption qu'il établit, dans les effets qui en résultent, qui touche à l'ordre public, même national. Il y aura donc lieu d'appliquer la loi qui les régit en vertu de leur volonté expresse ou tacite, même

(1) Entre autres : Aubry et Rau. T. V, p. 406, note 11, § 523 et Laurent. *Droit civil*, T. 23, nº 312.

en ce qui concerne les effets de cette exclusion vis-à-vis des tiers. Nous en dirons autant de la question tranchée par l'art. 1512, celle de savoir si la clause de séparation de dettes empêche que la communauté ne soit chargée des intérêts et arrérages de ces dettes, qui ont couru pendant le mariage. Il est bien vrai que la disposition de l'art. 1512 est superflue, comme on l'a fait remarquer avec raison, et que c'est une conséquence de l'art 1409, n° 3 ; mais cette dernière disposition elle-même est de celles auxquelles il n'est pas interdit aux époux de déroger. On appliquera donc la loi à laquelle les époux se sont soumis, ou leurs conventions expresses.

1140. — On est d'accord que la clause de franc et quitte, dont s'occupe l'art. 1513, ne peut être opposée aux tiers. Cela est logique, car elle ne comporte pas en elle-même l'exclusion des dettes de l'époux déclaré franc et quitte ; elle implique seulement sa responsabilité et celle de ses garants, dans le cas où cette déclaration serait inexacte. Que, dans ces limites, la disposition de cet article puisse être appliquée à tous les époux qui sont censés s'être soumis à nos lois, pour les effets de cette convention, rien de plus clair. Mais si, d'après quelque loi étrangère, cette clause avait une portée plus étendue, et pouvait être opposée même aux tiers, dés époux étrangers ou belges, qui se sont soumis à cette loi, pourraient-ils l'invoquer devant nos tribunaux à l'encontre des prétentions du créancier de l'un d'eux? Alléguera-t-on qu'il s'agit de l'intérêt des tiers? La question est difficile. Il est bien vrai que les époux peuvent stipuler, avec effet vis-à-vis des tiers, la séparation de dettes ; mais, pour qu'on puisse l'opposer à ces derniers, il faut un inventaire ou un état authentique du mobilier ; et nous avons vu que cette exigence est dictée par l'intérêt des créanciers. Nous croyons que, pour que la clause de franc et quitte produisit en Belgique, en vertu d'une loi étrangère, le même effet vis-à-vis des créanciers, il faudrait accomplir les mêmes formalités. Il y aurait alors entre les époux une véritable séparation de dettes, ayant la même étendue

que celle de l'art. 1510, et il n'y aurait de différence qu'en ce que la loi la ferait dériver d'une convention moins expresse et moins claire.

1141. — Le Code ne consacre qu'un seul article (art. 1514, sect. V) à la clause qui attribue à la femme la faculté de reprendre son apport franc et quitte. Il est clair qu'il s'agit ici d'un privilège établi au profit de la femme, et qu'une stipulation de ce genre, aussi appelée *clause de reprise d'apports*, au profit du mari, n'aurait pas la moindre valeur. Comme c'est un privilège contraire non-seulement aux principes généraux sur la communauté, mais même aux règles sur la société, il en résulte que les dispositions de l'art. 1414 sont de droit strict. Nous pensons cependant, avec Laurent, que la Cour de Cassation de France a été trop loin, en exigeant, pour que la clause puisse être opposée par la femme aux créanciers du mari, que cela ait été expressément stipulé. Car c'est perdre de vue le but principal dans lequel la clause a été établie. Mais s'il en est ainsi, et s'il s'agit d'une exception aux principes, d'un vrai privilège, il s'en suit que la soumission des époux étrangers à la loi belge, à cet égard, pourra parfaitement se heurter contre leur propre loi nationale. Il se pourrait qu'elle leur fut interdite. Et nous irions plus loin. Nous admettons même que, s'agissant d'époux belges, la femme ne pourrait invoquer avec succès ce privilège devant les tribunaux d'un pays étranger où il serait inconnu, à l'encontre des prétentions des créanciers, de même que le mari étranger ne pourrait en aucun cas l'invoquer en Belgique.

1142. — Le préciput conventionnel, dont traite la sect. VI, art. 1515 à 1519, ne constitue en rien un privilège pour l'un des époux. Il autorise simplement l'époux survivant, au profit duquel il est stipulé, à prélever avant tout partage certaines sommes ou valeurs sur la communauté. Mais il ne produit aucun effet vis-à-vis des créanciers de la communauté (art. 1519). Il n'y a donc aucune raison pour ne pas appliquer ces dispositions aux étrangers qui s'y sont soumis, à moins que leur loi nationale ne leur

interdise des conventions de ce genre. Il convient toutefois de rappeler que, s'il est généralement admis en doctrine que le respect des interdictions et restrictions, auxquelles est subordonnée la liberté contractuelle des époux, par leur loi nationale ou par la loi nationale du mari, s'impose même en pays étranger, il n'en est pas de même en jurisprudence. La Cour de Cassation de France a jugé, à plusieurs reprises, qu'il était permis aux époux étrangers de convenir d'un régime *que leur loi nationale n'admet pas* ou même interdit[1]. Il est vrai que le tribunal de la Seine a décidé, que des étrangers (Espagnols) ne peuvent stipuler l'inaliénabilité de la dot ou l'aliénabilité avec charge de remploi, lorsque leur loi nationale n'admet pas le principe de l'inaliénabilité[2], mais c'est là une décision qui semble isolée. En Belgique, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la question.

Si une loi étrangère attribuait à la clause de préciput des effets plus étendus, elle n'en devrait pas moins être appliquée, lorsqu'elle a été acceptée par les époux comme règle de leurs rapports pécuniaires. Il en serait ainsi lors même qu'elle excluerait le droit, pour les créanciers de la communauté, de faire vendre les biens compris dans le préciput de la femme. Mais il n'en serait plus ainsi, à notre avis, de la loi qui établirait la même exclusion quant au préciput du mari, au moins lorsqu'il s'agit d'époux belges. Cela serait contraire au principe d'après lequel le mari est maître et seigneur de la communauté et, par voie de conséquence, engage celle-ci, chaque fois qu'il s'engage lui-même, comme il s'oblige personnellement vis-à-vis des tiers, chaque fois qu'il oblige la communauté. Le préciput, avec exclusion des droits des créanciers sur les biens à prélever, transforme cette clause en une espèce de clause de reprise d'apports. Mais la clause de reprise d'apports n'est permise, d'après le texte, qu'au profit de la femme ou de ses ayants cause; elle ne l'est pas au profit du mari.

(1) Cass., 4 mars 1857. Dalloz 57, 1, 109 et *Req.*, 15 juillet 1885. *Droit* du 23 août 1885.

(2) 20 août 1884. *J. de dr. int. privé*, 1885, p. 76.

1143. — La sect. VII, art. 1520 à 1525, prévoit diverses clauses « par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté ». On appliquera, en général, les conventions des parties ou la loi à laquelle elles se seront soumises. Mais il est à remarquer que ces conventions ne sont pas entièrement libres. L'art. 1521, al. 2, dispose que la convention est nulle, si elle oblige l'épouse ainsi réduite (c'est-à-dire réduite à une part inférieure à la moitié de l'actif) ou ses héritiers, à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de supporter une part dans les dettes, égale à celles qu'ils prennent dans l'actif. Elle est déclarée nulle d'une manière générale, c'est-à-dire non-seulement vis-à-vis des tiers, mais même entre les époux. Le motif de cette disposition est très clairement indiqué par Pothier. La convention est nulle, parce qu'elle donnerait au mari le moyen de s'avantager personnellement, ou d'avantager sa femme, en faisant des acquisitions sans les payer; de s'avantager lui-même, si sa femme doit supporter une plus forte part dans les dettes que ce qu'elle recueille dans l'actif, d'avantager celle-ci au cas inverse. Cela ne doit point être permis, parce que l'effet des conventions matrimoniales se trouve ainsi livré à l'arbitraire du mari. L'intérêt des tiers ne nous paraît pas avoir dicté cette disposition, parce que, si les engagements qui pèsent sur chacun des époux comme associés vis-à-vis des tiers, se trouvent ainsi modifiés, les obligations qu'ils ont contractées personnellement n'en continuent pas moins à peser sur eux. C'est ainsi que le mari, dans l'hypothèse prévue, n'en reste pas moins obligé à la totalité de la dette vis-à-vis des tiers. Il est bien vrai que, si la femme recueille plus, dans la communauté, qu'elle n'est tenue pour les dettes, les tiers pourront en souffrir : mais tout acte de disposition entre vifs et à titre particulier du mari pourrait leur causer un préjudice semblable, et ils ne peuvent cependant l'attaquer que s'il y a fraude. Nous en concluons que la nullité édictée par l'art. 1521, al. 3, n'est point fondée sur l'intérêt général, sur l'intérêt des tiers, mais sur

les principes qui régissent la société et spécialement la société conjugale, et qu'en conséquence elle ne s'applique qu'aux époux belges ou aux époux étrangers, qui se sont soumis à loi belge ou à une loi semblable.

1144. — Les art. 1523 et 1524 constituent une forme spéciale de convention de partage inégal, celle que l'on appelle le forfait de communauté. Cette clause est de stricte interprétation, et ne peut être invoquée que par celui au profit duquel elle a été stipulée : elle ne peut l'être par les héritiers de celui-ci à moins de stipulation expresse; elle ne peut l'être par l'époux lui-même, si elle n'a été établie qu'au profit des héritiers (art. 1523), et le forfait ne produit ses effets qu'en cas de dissolution de la communauté par la mort de l'un des époux, bien que rien n'empêche de convenir qu'il produira également ses effets en cas de dissolution de la communauté de toute autre manière. La conséquence en est, au point de vue des dettes, que celui qui ne doit retenir qu'une somme fixe, pour toute part dans la communauté, n'y contribue point. Y est-il obligé vis-à-vis des tiers? Il ne l'est point comme commun en biens, comme associé : il peut l'être encore à titre personnel. Quant à l'époux qui garde la communauté, il est tenu en principe non-seulement de ses obligations personnelles, mais de toutes les dettes de la communauté. Jusqu'ici rien qui touche à l'intérêt général, qui soit d'ordre public : le législateur traduit la volonté des parties, leur volonté muette. C'est du droit supplétif, et l'application de tous ces principes dépendra de la loi que les parties auront acceptée. Mais l'art. 1524 permet, même dans ce cas, à la femme de s'affranchir de ses obligations, en renonçant à cette communauté qui devrait lui rester; l'art. 1453, qui lui accorde le droit de renonciation nonobstant toute convention contraire, est donc respecté. Voici une disposition qui s'appliquera chaque fois qu'il s'agira d'époux belges. Observons que, d'après la plupart des auteurs, si elle n'exerce pas ce droit, elle ne peut se prévaloir du bénéfice d'émolument. Bien que Laurent considère ce bénéfice comme d'ordre public [1], lui-même

(1) Laurent. T. XXIII, nº 64 et nº 372.

reconnaît que c'est une conséquence de l'art. 1524. On devrait cependant avoir égard, s'agissant d'époux étrangers, aux dispositions impératives ou prohibitives que contiendrait à cet égard leur loi nationale, lors même qu'ils se seraient soumis à nos lois.

1145. — L'art. 1525 expose la troisième forme d'assignation de parts inégales dans la communauté. Il permet aux époux de stipuler que la communauté tout entière appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux seulement; mais il subordonne ce droit à une restriction. Les héritiers de l'autre époux, et à plus forte raison l'autre époux lui-même, lorsque la communauté est dissoute du vivant des époux, et lorsque la convention s'applique à cette hypothèse, pourront faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Comme il s'agit bien ici d'une dérogation aux principes en matière de société, et d'une véritable exception au droit commun, les époux belges ne pourront faire une convention de ce genre sans admettre cette reprise; l'exclusion de ce droit de reprise rendrait la convention nulle. Il est à peine nécessaire de remarquer que, comme le fait observer Toullier, ce droit de reprise porte sur les valeurs *tombées* en communauté, c'est-à-dire sur celles qui y ont été confondues de fait sans en faire partie légalement, sans y *être entrées*. Au surplus, si la clause dont il s'agit était exclue ou interdite par la loi nationale des époux étrangers, c'est en vain qu'ils se prévaudraient de leur soumission tacite ou expresse à nos lois, pour soutenir qu'elle est valable.

1146. — L'art. 1525, al. 2, déclare que la clause dont il est question dans cet article, n'est point réputée un avantage sujet aux règles des donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés. Notons toutefois qu'elle est en opposition avec les règles sur la société. Il en est de même à plus forte raison des deux autres clauses. Il s'en suit que l'avantage qui en résulte n'est pas sujet en principe à réduction d'après nos lois. Il y a lieu toutefois, nous

paraît-il, de combiner cette règle avec celle de l'art. 1529, al. 3. Cet article accorde l'action en réduction aux enfants du premier lit, chaque fois qu'une convention tend, dans ses effets, à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'art. 1098. Nous croyons inutile d'approfondir la question. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il faut, nous paraît-il, appliquer en pareille matière la loi qui régit la réserve et la quotité disponible. Cette loi, c'est la loi personnelle du disposant, lorsqu'il s'agit d'effets mobiliers, et il faut entendre par là sa loi nationale ou celle de son dernier domicile. C'est, dans l'opinion commune fondée sur la tradition, la loi de la situation des biens, lorsqu'il s'agit d'immeubles. Au point de vue de la théorie et de la raison, cette distinction est certainement illogique et vicieuse ; il serait beaucoup plus juste de s'en tenir dans tous les cas à la loi personnelle et spécialement à la loi nationale du *de cujus*. Mais la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles, au point de vue du droit successoral et de *la réserve*, n'en prévaut pas moins incontestablement jusqu'ici dans la pratique du droit international, comme nous l'avons démontré, et paraît consacrée par nos lois, comme par la plupart des législations positives. Il faudra donc, pour décider si la clause dont il s'agit peut être considérée comme un avantage réductible au profit des enfants du premier lit, ou même des enfants du second lit, consulter la loi du lieu où les biens sont situés en ce qui concerne les immeubles ; et, en ce qui concerne les meubles, soit la loi du lieu du dernier domicile, soit la loi nationale. — Nous avons vu en effet, que beaucoup d'auteurs français récents soutiennent que la succession mobilière doit être régie, en droit positif français, par la loi nationale du défunt, et que, d'après la jurisprudence française, c'est au moins à cette loi qu'il faut recourir, lorsqu'il s'agit de répartir en France la succession mobilière d'un étranger qui n'y était domicilié que de fait, et sans autorisation du gouvernement. Voici, sans contredit, encore un cas dans lequel ce singulier système révolte le bon sens, bien qu'il faille, à

notre avis, s'incliner devant un texte dont la portée est précisée par la tradition. Il est clair que la disposition de l'art. 1525 n'a rien de commun avec le bon régime des biens. Elle intéresse avant tout les époux, et cet intérêt est essentiellement un intérêt de famille, d'où il suit qu'il se rattache à l'ordre public des familles, à un ordre public national.

1147. — Le Code ne s'occupe que sous un seul article, l'art. 1526, de la communauté *à titre universel*, expression un peu incorrecte qui figure dans l'intitulé, et à laquelle l'expression de *communauté universelle*, qui se trouve dans l'article même, eût été préférable, toute communauté conjugale étant à titre universel. Il ne s'en occupe du reste que pour autoriser aussi bien la communauté universelle de biens présents et à venir, que celle de biens présents, ou de biens à venir seulement. Il est évident que l'adoption de cette communauté peut entraîner également des avantages pour l'un des époux. On appliquera en théorie du moins, aux époux belges, la loi belge, art. 1527, al. 3; aux époux étrangers leur loi nationale, si elle édicte des dispositions différentes. Mais en droit positif, la loi qui régit la succession y pourrait former obstacle, si elle limitait davantage la quotité disponible, et sauvegardait plus scrupuleusement la réserve. Si la communauté universelle était le régime légal du pays d'origine des époux, par exemple, s'ils étaient Hollandais, ils devraient, d'après nous, être censés l'avoir acceptée à défaut de convention contraire, quel que soit le lieu de leur domicile, le lieu de célébration du mariage. Mais d'après l'opinion dominante en France et en Belgique, il faudrait recourir à la loi de leur domicile, ou à d'autres circonstances propres à révéler leurs intentions. Nous avons discuté toutes ces questions.

1148. — Les art. 1527 et 1528 (sect. VIII) ne sont que des conséquences des art. 1377 et 1496, et ne font même, dans une certaine mesure, que reproduire ces articles. Ce serait donc tomber dans des répétitions que d'examiner à nouveau leurs effets en droit international privé. Mais la section IX, dans laquelle le Code traite du régime exclusif de communauté proprement dit, et du

régime de séparation de biens sous une seule et même rubrique : *des conventions exclusives de la communauté*, donne lieu à certaines observations. L'art. 1529 ne fait qu'annoncer les dispositions qui suivent. Les art. 1530 à 1535 déterminent les effets du régime exclusif de communauté, ou du contrat aux termes duquel les époux se marient sans communauté. Cette clause diffère essentiellement de la séparation de biens, en ce que le mari a l'administration et l'usufruit des biens de sa femme; du régime dotal, en ce que les biens dotaux de la femme ne sont pas inaliénables sous le régime exclusif de communauté. Nous tomberions dans des redites, si nous examinions les effets de chacun des articles qui définissent les conséquences de ce régime, en droit international privé, et les conditions auxquelles leur application est subordonnée. Nous avons cependant quelques observations à faire sur l'art. 1533 et sur l'art. 1535, al. 2. Sous ce régime le mari est usufruitier des biens de sa femme : on ne peut pas dire que les revenus en tombent en communauté. Mais l'art. 1533 dit que le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit, et il est évident qu'il faut consulter également les règles sur l'usufruit, pour savoir comment il fait les fruits siens, et ce qu'il faut considérer comme fruits. Quelle est la loi qu'il faudra appliquer à cet égard? Est-ce la loi du lieu de la situation? Ou la loi nationale des époux? Ou celle à laquelle ils sont censés s'être soumis? Si le régime exclusif de communauté est la conséquence nécessaire des dispositions de la loi nationale des époux, si elle le leur impose, il faudra leur appliquer celle-ci : c'est une espèce d'usufruit légal. S'il résulte d'une convention expresse ou tacite, il faudra leur appliquer la loi à laquelle ils se sont soumis d'après les présomptions indiquées plus haut. C'est alors un véritable usufruit conventionnel. Mais, dans tous les cas, on appliquera la loi du lieu de la situation des biens, lorsqu'il s'agira de dispositions qui semblent prescrites, non dans l'intérêt des époux seulement, ou par interprétation de leur volonté muette, mais dans un intérêt général, dans

l'intérêt du régime territorial des biens, du régime économique.

1149.—L'art. 1535, al. 2, dispose que les biens (de la femme) ne peuvent être aliénés sans le consentement du mari, et à son refus, sans l'autorisation de justice. Les auteurs considèrent en général cette disposition comme inutile, parce qu'elle est la conséquence de l'incapacité de la femme mariée, laquelle existe sous tous les régimes (art. 217, C. civ.). Mais cette incapacité peut ne pas exister d'après la loi nationale des époux, qui gouverne la capacité de la femme. Que décidera-t-on, si ces époux étrangers se sont mariés sous le régime exclusif de communauté, tel qu'il est réglé par les art. 1530 à 1535? La femme pourra-t-elle aliéner ses biens sans le consentement de son mari? Elle ne pourra certes les aliéner sans réserver son usufruit, car il a droit à son usufruit en nature. Mais pourra-t-elle en aliéner la nue propriété, de son autorité privée? Nous ne pensons pas que ce droit puisse lui être contesté. La capacité n'est pas une chose qu'il soit permis d'abdiquer : capable d'après sa loi nationale, elle restera capable, nonobstant toutes conventions contraires.

1150. — La clause de séparation de biens fait l'objet du § 2 de la section IX, art. 1536 à 1539. L'applicabilité de ces dispositions, et celle des dispositions d'une loi étrangère relativement au régime matrimonial des biens, sont soumises aux mêmes distinctions que celles des dispositions relatives aux autres régimes. L'art. 1538 contient seul une disposition, qui peut être considérée comme strictement prohibitive et de droit national. Dans aucun cas, et à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans autorisation de justice; et toute autorisation générale donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle. Il est manifeste que cette disposition se rattache à la capacité, à l'état de la femme mariée, au droit de famille. Elle a son fondement dans la conception que se fait le droit

national de l'essence du mariage. Cette incapacité suivra donc l'épouse belge, en quelque lieu que les époux se rendent, et qu'ils fixent leur domicile. Il ne leur est pas plus possible de s'y soustraire indirectement, en se soumettant à une loi étrangère, que de s'y soustraire par une convention formelle.

1151. — Le Code consacre les art. 1540 à 1581, c'est-à-dire tout le chapitre III du titre V, l. III, au régime dotal, régime presque inconnu en Belgique, parce que notre pays était un pays de droit coutumier, et que le législateur n'a admis, même en France, que comme exceptionnel, et avec une certaine répugnance. Ce caractère spécial du régime dotal ressort de l'art. 1392, aux termes duquel, la simple stipulation que la femme se constitue, ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard, et la soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration faite par les époux, qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens. Cette disposition, qui n'est pas une simple interprétation de la volonté des parties, mais restreint les termes dans lesquels le régime dotal peut être stipulé, est visiblement, comme le fait remarquer Laurent, une conséquence du caractère exceptionnel du régime dotal, et il faut ajouter, de la défaveur dont il est entouré. Il nous semble que cette restriction s'impose aux époux belges, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Il ne suffira donc pas qu'ils se soient mariés, et qu'ils soient domiciliés dans un pays, où la simple stipulation du régime exclusif de communauté impliquerait pour la femme l'adoption du régime dotal, pour qu'ils puissent être considérés comme s'étant mariés sous ce régime. Mais il ne faudrait pas pousser les choses à l'extrême, et exclure pour eux la possibilité d'adopter ce régime par la stipulation expresse du régime exclusif de communauté « tel qu'il est réglé par la loi locale », si, d'après la loi locale, cela équivaut à l'adoption du régime dotal. Il y a bien dans ce dernier

cas une manifestation de volonté expresse, et c'est tout ce que la loi exige.

1152. — En parcourant rapidement les dispositions relatives à ce régime, nous y rencontrons d'abord trois articles qui appartiennent évidemment au droit supplétif pur; ce sont les art. 1540 à 1542. Il n'en est pas de même de l'art. 1543, aux termes duquel la dot ne peut être constituée, ni même augmentée, pendant le mariage. C'est une disposition prohibitive, qui apparaît comme une conséquence des art. 1394 et 1395. Mais nous avons vu que, d'après la Cour de Cassation de France, ces articles ne règlent qu'une question de forme, et que dans la pratique générale du droit international on applique, en tout ce qui touche les formes, même substantielles, la maxime *locus regit actum*. Sur le premier point toutefois la plupart des auteurs ne sont pas d'accord avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, et ils appliquent la loi nationale des époux (1). Nous avons essayé de justifier ce dernier système, et nous sommes par conséquent d'avis que l'art. 1543 doit recevoir application aux époux belges mariés sous le régime dotal, en quelque lieu qu'ils soient domiciliés. L'application stricte de la maxime *locus regit actum* conduirait d'ailleurs à de singulières conséquences. Deux époux belges, mariés en Belgique sous le régime de communauté, ayant leur domicile matrimonial en Belgique, pourraient valablement stipuler le régime dotal par convention nouvelle, dans un pays étranger où la loi locale le leur permettrait. Tout au plus pourrait-on attaquer cette stipulation comme faite en fraude de leur loi nationale, s'il était démontré qu'ils ne se sont rendus en pays étranger, que dans le but d'éluder leur loi nationale, et encore cette question est-elle fortement controversée. Mais on ne pourrait certainement en contester la validité, s'ils avaient établi leur domicile en pays étranger, ou même s'ils avaient été appelés à l'étranger par quelque autre cause plausible.

(1) V. Vincent et Pénaud. *Dict.*, v° *Conventions matrimoniales*, n° 112.

1153. — Les art. 1544 à 1548 ont ceci de particulier, qu'ils ne règlent pas les effets de la constitution de dot entre époux, mais ses effets entre les époux et les tiers qui les ont dotés, ou entre ces tiers eux-mêmes. Quelle est la loi qu'il faut appliquer ? Il faut, nous paraît-il, distinguer. L'application de l'art. 1544, qui concerne les conditions sous lesquelles l'obligation de supporter la dot se répartit entre les père et mère, et la mesure dans laquelle elle se répartit, ne nous paraît pas dépendre de la loi à laquelle les nouveaux époux se sont soumis, mais de celle qui régit les rapports pécuniaires de leurs père et mère. Cet article et le suivant présentent un lien étroit avec les dispositions des articles 1438 et 1439; mais ils les étendent dans une certaine mesure, et ne dépendent plus en aucune manière du régime sous lequel ils sont mariés. Ils recevront application dès que les père et mère sont censés s'être soumis à la loi belge, ou à une loi semblable. Remarquons toutefois que, d'après la doctrine, l'alinéa 2 de l'art. 1544, aux termes duquel la femme n'est pas engagée, lors même que le mari aurait doté *pour droits paternels et maternels*, et qu'elle aurait été présente au contrat, reçoit exception dans une certaine mesure, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, la femme étant tenue, dans ce cas, sur sa part dans la communauté. Ce n'est pas toutefois une véritable exception; car, l'alinéa 2 de l'art. 1544 n'entend décider évidemment que si la femme est tenue personnellement.

L'art. 1545 a donné lieu à bien des controverses, et il a ceci de particulier qu'il résout une question de droit entre *la fille dotée* et *le survivant des père et mère* qui la dote. Quelle loi faut-il appliquer ? Il nous paraît plus rationnel de s'en tenir cette fois à la loi qui régit la situation pécuniaire des nouveaux époux, et nous en dirons autant des art. 1546 à 1548. Les tiers qui leur constituent une dot dans ces conditions, sont censés s'en remettre, quant aux effets d'un acte de ce genre, à la loi qui détermine leur situation pécuniaire. Ils ne font que prêter leur collaboration à un acte d'importance souveraine pour

les deux époux; et ceux-ci ont le droit de compter, en l'absence de stipulation contraire, sur les conséquences qui doivent jaillir de cette collaboration, d'après la loi sous l'empire de laquelle ils s'unissent.

1154. — Les dispositions des art. 1549 à 1553 constituent des dispositions de droit supplétif. On appliquera donc la loi à laquelle les époux se sont soumis. Il en est de même en principe des dispositions des art. 1554 à 1561 sur l'inaliénabilité de la dot, sur les exceptions que ce principe comporte, et sur l'imprescriptibilité des biens dotaux. Brocher déclare cependant que l'inaliénabilité de la dot est le problème le plus difficile à résoudre en cette matière, et émet le vœu que l'on s'entende au sujet des mesures de publicité nécessaires, pour qu'un tel régime produise le moins d'effets perturbateurs qu'il est possible. Il n'est personne, pensons-nous, qui ne soit disposé à s'associer à ce vœu, sauf les partisans de la doctrine anglo-américaine, qui appliquent d'une manière absolue le principe que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, même en matière de contrats; moyen fort simple, mais peu équitable, de remédier aux inconvénients naissant de la force expansive extraterritoriale des conventions. Quoi qu'il en soit, il s'agit de déterminer, en l'absence de conventions internationales, de quelle loi dépend cette inaliénabilité. Nous pensons, comme Brocher, qu'ayant sa cause dans une convention, « elle est revêtue de la force expansive qui s'attache en principe à toute manifestation de volonté individuelle[1]». Il réserve toutefois les dispositions d'ordre public qui pourraient y mettre obstacle. Cette réserve est parfaitement fondée. Il se peut tout d'abord que l'aliénabilité des biens dotaux soit en opposition formelle avec la loi du lieu de la situation; elle met obstacle, en effet, à la libre circulation des biens, qui constitue un intérêt économique territorial. Si la loi de la situation défendait toute stipulation d'inaliénabilité, l'aliénation des biens dotaux situés

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 175.

dans le pays où ces biens se trouvent serait valable, quelle que soit la loi nationale des parties, ou celle à laquelle elles se seraient soumises. Mais il se peut aussi que l'inaliénabilité des biens dotaux soit en opposition avec la loi nationale des époux. Ils n'échapperont pas, à notre avis, à l'empire de cette loi, même en se transportant en pays étranger, même en y fixant leur domicile, et pour les biens situés dans ce dernier pays. A part ces circonstances, nous admettons qu'il faut observer la loi à laquelle les parties se sont soumises, et qui n'est que la traduction de leurs libres conventions. Il faut, dit Brocher, appliquer le statut des faits juridiques, c'est-à-dire la loi du lieu du contrat. Cette opinion trop absolue se rattache à l'extension singulière et peu justifiée qui doit être attribuée, dans son système, à la règle *locus regit actum*, règle qui concerne, d'après lui, non-seulement la forme, mais même la substance des conventions. Ce que nous venons de dire de l'inaliénabilité, nous paraît devoir être étendu à l'imprescriptibilité des biens dotaux, laquelle n'en est que la conséquence.

1155. — Il nous reste à dire quelques mots des restrictions auxquelles nos lois subordonnent le principe de l'inaliénabilité. Selon nous, ces restrictions s'appliquent aux époux nationaux, quelle que soit la loi qu'ils aient adoptée, comme devant régir leurs relations pécuniaires. Il est à remarquer, en effet, d'abord, qu'elles ne sont qu'un retour à la règle de l'aliénabilité, et semblent bien constituer une limitation du droit qui appartient aux parties, de placer leurs biens sous un autre régime. Et il faut ajouter que la plupart semblent, en outre, fondées sur la nécessité de ne pas rendre impossible à la femme l'accomplissement de certains devoirs moraux ou même légaux, qui constituent en réalité des devoirs de famille, régis à ce titre par la loi nationale. Il en est ainsi des limitations de l'inaliénabilité consacrées par les art. 1555 et 1556, dans le cas où il s'agit pour la femme de doter elle-même ses enfants d'un premier lit et les enfants communs. Quant à l'art. 1557, ce n'est pas une exception à l'inaliénabilité,

puisqu'il suppose que l'on a stipulé l'aliénabilité : cet article ne fait que consacrer la liberté des conventions matrimoniales. Mais l'art. 1558 établit d'autres restrictions des *effets* de l'inaliénabilité stipulée ; et ce qui nous paraît prouver qu'elles ne dépendent pas de la libre volonté des époux, c'est qu'elles sont toujours subordonnées à la permission de justice. Examinons-les de plus près. L'immeuble dotal peut être aliéné pour tirer de prison le mari ou la femme, c'est-à-dire pour l'accomplissement d'un devoir naturel et même légal, le devoir d'assistance mutuel, résultant de nos lois sur les relations personnelles des époux (art. 212, C. civ.). Il peut l'être pour l'exécution de l'obligation alimentaire (art. 203, 205 et 206, au titre *Du mariage*). N'est-ce pas encore la loi nationale des époux qui doit prédominer ici? Il n'en est plus ainsi, il est vrai, des trois derniers cas, dans lesquels l'aliénation est autorisée. Mais il reste vrai de dire que ces dispositions sont limitatives du droit de stipuler l'inaliénabilité. Ce sont des restrictions établies soit dans l'intérêt de la femme elle-même, par exemple les dispositions qui autorisent l'aliénation pour faire de grosses réparations, indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal, soit dans l'intérêt des tiers, lorsqu'elle est autorisée pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, ayant date certaine antérieure au mariage, ou lorsque l'immeuble dotal et indivis avec des tiers est reconnu impartageable, cas dans lequel la licitation est nécessaire. Nous pensons donc que toutes ces dispositions devront être appliquées aux époux belges, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Il en est de même, pensons-nous, de la disposition de l'art. 1559 qui autorise un mode d'aliénation spécial, l'échange, dans les conditions indiquées par ledit article. Mais quant aux effets de l'aliénation autorisée ou non autorisée, ils nous paraissent devoir être réglés par la loi à laquelle les époux se sont soumis. Les intérêts protégés par leur loi nationale sont sauvegardés, pourvu que l'inaliénabilité ne soit pas étendue à des cas, auxquels elle ne peut s'étendre aux termes de celles-ci.

1156. — Mais il semble qu'il y ait, dans certaines de ces dispositions, plus encore que des règles d'ordre public national. Il en est ainsi incontestablement de celle d'après laquelle l'aliénation peut avoir lieu avec autorisation de justice, lorsque l'immeuble dotal est indivis avec des tiers, et reconnu impartageable. Ceci touche au principe d'ordre public, territorial, à notre avis, aussi bien que national, d'après lequel personne n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815). Les indivisions sont défavorables à la bonne et fructueuse exploitation des biens, et font obstacle à leur transmission, en même temps qu'elles peuvent être une source de procès. Nous croyons en conséquence que, dès qu'il s'agira d'immeubles situés en Belgique, l'art. 1558 al. 2, devra recevoir application, quand même les époux seraient étrangers et se seraient soumis à la loi étrangère. Et nous sommes fort tenté d'admettre qu'il en devrait être de même de la disposition qui précède, celle qui autorise l'aliénation pour grosses réparations aux immeubles dotaux, bien entendu si ces grosses réparations sont à la charge de la femme, nue propriétaire desdits immeubles, ce qui dépend des conventions expresses ou tacites. Il est bien vrai que l'aliénation est dans ce cas autorisée principalement, parce que la femme y est elle-même intéressée, parce que sans cela, sous prétexte de conservation des immeubles dotaux, on les laisserait dépérir. Mais n'y a-t-il pas un intérêt public également en cause, et la fortune économique de la nation n'est-elle pas engagée à ce que les biens ne dépérissent point faute d'entretien?

1157. — Lorsqu'il s'agit d'époux étrangers, il faut appliquer soit la loi nationale étrangère, en tant qu'elle établit obligatoirement leur régime ou qu'elle le leur impose, soit la loi à laquelle les époux étrangers se sont soumis. Des auteurs importants ont cependant soutenu qu'il fallait observer le principe de l'inaliénabilité de la dot en France, même dans le cas où des époux se trouvent mariés sous le régime dotal d'après la législation étrangère, parce que la loi française doit seule déterminer l'étendue de la prohibition d'aliéner, au regard des biens

situés sur le territoire. Ainsi les immeubles que la femme posséderait en France seraient inaliénables, alors même que la loi étrangére n'admettrait pas cette inaliénabilité absolue (1). Mais cette opinion est repoussée en termes exprès par divers auteurs plus récents, entre autres Aubry et Rau, Demangeat, Weiss, etc. (2), et elle est en opposition absolue avec les principes généralement admis quant à l'effet extraterritorial des conventions matrimoniales, en ce qui concerne les immeubles aussi bien que les meubles. Nous avons déjà vu en effet qu'on est presque unanime, sauf dans les pays de race anglo-saxonne, à reconnaître qu'une seule et même loi doit régir les intérêts pécuniaires des époux, et produire ses effets sur leurs immeubles comme sur leurs meubles, partout où ils sont situés, sauf les obstacles d'ordre public. La Cour de Cassation de France l'a constaté à diverses reprises. Or, comme en règle les conventions matrimoniales sont libres (art. 1387, C. civ.), et cette règle est admise dans la plupart des pays, cette loi est nécessairement celle à laquelle les époux ont entendu se soumettre, sauf les prohibitions édictées par leur loi nationale, ou par des lois territoriales d'ordre public, d'intérêt général. C'est par application de ces principes, que la Cour de Cassation de France a décidé que la femme anglaise, mariée sous l'empire de la loi anglaise, ne peut prétendre faire appliquer la loi française et le régime français de la communauté légale à des immeubles acquis en France au cours du mariage (3). Et le tribunal de la Seine a décidé avec raison, par application des mêmes principes, que des époux mariés sous le régime *dotal*, tel qu'il est régi par une loi étrangère d'après laquelle les biens sont aliénables, ne peuvent être soumis en France aux dispositions

(1) V. Vincent et Pénaud. Op. cit., *Conv, matrim.*, nº 14 et les autorités citées : Fœlix, édit. Demangeat. T. I, nº 90, p. 124. — Massé. *Dr. comm.*, T. I, nº 548. — Duranton. T. I. nº 85. — Troplong. *Contr. de mar.*, T. I, nº 3317. — Odier. *Traité du contr de mar.*, T. I, nº 55.

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., *eod. loco*, nº 15.

(3) Les mêmes, *eodem loco*.

(4) Cass., 30 janv. 1884. Sir. 54, I, 267. — Cass., 18 août 1873. D. 74, 1, 258.

du Code civil sur l'inaliénabilité [1]. Pourquoi, en effet, en serait-il autrement? C'est en vain que l'on soutiendrait que l'inaliénabilité est d'ordre public en Belgique ou en France, puisque l'art. 1557 permet expressément de stipuler le contraire. L'argument nous paraît péremptoire. Et il ne serait pas moins irrationnel d'invoquer le principe d'après lequel les immeubles (situés en France) sont régis par la loi française, puisqu'il est admis en jurisprudence et en doctrine, que cet article ne fait pas obstacle à l'effet extraterritorial des conventions, sauf dans le cas où elles portent atteinte à l'ordre public absolu dans le pays où leur exécution est réclamée.

Mais il y a lieu d'appliquer, même en pays étranger, la loi à laquelle les époux sont soumis à raison de leur nationalité, lorsqu'elle vient restreindre leur autonomie. Et il n'y a aucune raison de ne pas la leur appliquer en général, quand elle limite, par exemple, les effets de l'inaliénabilité stipulée. L'inaliénabilité est nuisible au point de vue du bon régime des biens, et des dispositions qui en limitent les effets ne pourront donc blesser des intérêts économiques dans le pays de la situation. Des restrictions fondées sur des considérations d'ordre public national : sur des obligations d'assistance que le mariage explique, sur le devoir de doter les enfants, sur l'obligation alimentaire, se rattachent à l'organisation de la famille. On peut revendiquer pour elles, lorsqu'elles sont inscrites dans la loi nationale des époux, une force expansive extraterritoriale, qui ne pourra guères se heurter contre des intérêts économiques locaux. Mais il n'y a aucune raison pour que nous ayons la prétention d'en faire l'application chez nous à des époux étrangers, à l'encontre de leur loi nationale, ou de leurs conventions, soit expresses, soit tacites, dans la mesure où celles-ci sont libres. Les époux étrangers sont seulement obligés de s'abstenir de toute acte qui constituerait un délit ou un quasi-délit, ou une atteinte quelconque à l'ordre public

(1) 20 août 1884. *France judiciaire*, 1884, 2, 90.

absolu dans le pays où ils se trouvent. Mais on concevrait parfaitement que le principe de l'inaliénabilité put être soumis dans tel ou tel pays, en vertu de quelque intérêt économique, à d'autres restrictions encore, à d'autres exceptions que celles admises par nos lois. Cela n'empêchera du reste en aucune manière, que toutes les exceptions auxquelles il est soumis, d'après nos lois, n'y suivent les époux belges. L'intérêt économique local peut bien réclamer une extension de ces exceptions, il ne peut guères exiger qu'elles soient encore restreintes. Toutes ces distinctions n'ont rien de contraire à la jurisprudence, bien qu'elle soit loin d'avoir rencontré toutes les difficultés que peut présenter cette matière, et elles sont la conséquence des principes généraux. Lorsque la loi limite les effets de certaines conventions, cela équivaut à établir une incapacité. C'est, en règle, la loi nationale qui détermine la capacité et l'incapacité. Une loi de ce genre lie donc les nationaux. Mais notre loi ne peut lier d'ordinaire les époux étrangers, dans notre pays. Il n'en serait autrement que si la législation étrangère, et son application en Belgique, se heurtaient contre une loi belge d'ordre public territorial, économique, indépendant de la nationalité. Dans ce cas notre loi devrait nécessairement prévaloir comme *lex situs*. Mais il n'en saurait être ainsi dans l'espèce. Dès que la loi territoriale permet, comme le fait la loi belge, de stipuler dans les conventions anténuptielles l'inaliénabilité des biens dotaux, sous certaines restrictions commandées les unes par l'ordre public national, les autres principalement par un ordre public économique, c'est à la loi nationale qu'il faut s'en référer exclusivement quant aux premières, tandis que les autres pourront être admises aussi en vertu de la loi de la situation, au moins lorsqu'il s'agit de l'intérêt de la bonne organisation de la propriété immobilière.

1158. — Mais l'art. 1558 en permettant, dans certains cas, l'aliénation des biens dotaux, exige, outre la permission du juge, formalité habilitante, et qui est obligatoire pour les époux nationaux, certaines formes proprement

dites. La vente ne peut avoir lieu qu'aux enchères, et après trois affiches. L'application de la maxime *locus regit actum* conduit à l'observation des formes prescrites, par les lois du lieu où la vente se fait, lors même qu'il s'agirait d'époux belges, Or, ce système de l'application absolue de la maxime *locus regit actum* prévaut, nous l'avons vu, dans la doctrine et la jurisprudence, malgré des dissentiments fort importants. Ici encore les inconvénients en sont palpables. L'on enlève à la femme nationale une des garanties les plus précieuses, qui puisse lui être accordée contre toute aliénation qui lui serait préjudiciable. Nous constatons la pratique actuelle sans l'approuver. Rappelons que, dans certains pays, on a déjà adopté, ou l'on propose d'adopter, en matière de donations et de testaments, le principe nouveau : que les formalités substantielles doivent être observées par les nationaux même en pays étranger, s'agissant d'actes dont la substance est régie par la loi nationale. Nous nous en référons à ce que nous avons dit sur la forme des actes.

1159. — L'art. 1562, nous paraît, appartenir au droit supplétif. Le mari étant en réalité usufruitier des biens dotaux, ses droits et obligations sont régis par la loi à laquelle les époux ont entendu soumettre leurs rapports pécuniaires, en tant du moins que la *lex reï situs* n'y fait pas obstacle par des dispositions empreintes d'ordre public absolu. Nous nous en référons à cet égard aux observations que nous avons faites sur l'usufruit conventionnel. Toutefois, si les époux étaient placés obligatoirement par leur loi nationale sous le régime dotal, c'est évidemment cette loi que l'on devrait appliquer sous les mêmes restrictions, c'est-à-dire sous celles établies obligatoirement par la *lex reï situs* dans l'intérêt du régime économique de la propriété immobilière. Quant à l'art. 1563, qui autorise la femme, dont la dot est mise en péril, à poursuivre la séparation de biens, nous avons admis sous l'art. 1443 que l'application de cette disposition dépend de la loi à laquelle les parties se sont soumises, ou sont censées s'être soumises. La question n'est cependant pas

sans difficulté. Le droit de demander la séparation de biens paraît être un *remedium juris* devant être régi par la *lex fori*, par la loi du lieu où la demande est intentée, pourvu bien entendu que les tribunaux soient compétents pour en connaître, question qui se rattache à la procédure. Mais nous persistons néanmoins dans notre opinion. Si l'on admet la compétence de la *lex fori*, en principe, il faut l'admettre aussi en ce qui concerne les motifs de la demande. Dès lors les conventions matrimoniales pourront être rompues par des motifs qui ne sont, en aucune façon, autorisés ni reçus aux termes des conventions matrimoniales, aux termes de la loi à laquelle les époux se sont d'un commun accord soumis. C'est renverser le principe d'après lequel les conventions légalement faites sont la loi des parties contractantes. L'intérêt de la femme suffit-il à justifier cette dérogation aux principes ? Que décider cependant si la dissipation est manifeste, si les époux, mariés sous l'empire d'une loi qui ignore la séparation de biens judiciaire, ont établi leur domicile matrimonial dans un pays où elle existe, s'il y a dol ou esprit de nuire de la part du mari? Nous avouons que la question nous laisse fort perplexe, et que, dans un cas si extrême, nous serions fort tenté de reconnaître à la femme ce droit de recours suprême à la justice du pays où elle réside, surtout s'il est inscrit dans la loi nationale des époux. Peut-être pourrait-on dire, pour justifier cette thèse, que le droit de demander la séparation de biens est une conséquence nécessaire des droits qui appartiennent au mari sur les biens de sa femme, que sa fortune serait sans cela livrée au caprice du mari, qu'à ce titre ce droit se rattache à l'ordre public, au moins national, et qu'il ne serait pas même licite à la femme de l'abdiquer par ses conventions matrimoniales.

1160. — Le Code traite, sous la sect. III, art. 1564 à 1573, de la restitution de la dot. Et c'est dans ces articles que se trouvent définis certains effets du droit d'usufruit appartenant au mari sur les biens dotaux. Presque toutes les dispositions de ces articles se rattachent au droit sup-

plétif, et leur application dépend, en conséquence, de la loi à laquelle les époux se sont soumis. Nous ne noterons que les points sur lesquels il peut y avoir doute. L'art. 1569 présume le paiement de la dot, lorsque le mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour ce paiement; et dans ce dernier cas, la femme ou ses héritiers peuvent la réclamer du mari, après la dissolution du mariage, sans devoir prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne prouve avoir fait inutilement des diligences pour en obtenir le paiement. Voici une disposition relative à la preuve, et édictant, en cette matière, une espèce de déchéance, les rôles se trouvant tout d'un coup renversés au point de vue du fardeau de la preuve. Quelle loi appliquera-t-on? Il n'y a pas de doute, d'après nous, c'est celle à laquelle les parties se sont soumises. Cela n'est peut-être pas conforme aux principes ordinaires sur la question de savoir quelle est la loi qui régit la preuve. Mais il s'agit d'un mode particulier de preuve, d'une présomption légale, et nous nous en référons à nos observations sur ce point.

1161. — Nous avons déjà dit quelques mots de l'art. 1570. Nous croyons qu'il y a lieu ici de distinguer. C'est par la loi que les époux ont expressément ou virtuellement acceptée, comme règle du régime matrimonial de leurs biens, qu'il faut décider si les intérêts de la dot courent de plein droit au profit des héritiers ou de la femme. Mais la faculté pour celle-ci de se faire fournir des aliments, en remplacement de ces intérêts, pendant l'an de son deuil, et dans tous les cas d'exiger l'habitation pendant le même temps, ainsi que ses habits de deuil, constitue, selon nous, un véritable privilège établi par la loi nationale des époux et dépendant de celle-ci, quand même ils auraient adopté une autre loi. Ces dispositions doivent être rapprochées de celles des art. 1465 et 1481, et la question de savoir quelle est la loi applicable doit être résolue d'après les mêmes principes. Nous nous en référons à nos observations au sujet de ces deux articles.

1162. — L'art. 1572 établit la règle que la femme et

ses héritiers n'ont point de privilège pour la répétition de la dot, sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. La faveur inique accordée à cet égard à la femme par une constitution de Justinien, a été abolie comme injuste. Il s'agit de l'intérêt des tiers, et l'on a considéré cette faveur comme une véritable spoliation consacrée à leur détriment. Nous considérons, sans hésiter, cette disposition comme étant d'intérêt général et d'ordre public. Nous pensons que la femme ne pourrait revendiquer ce privilège en Belgique, quelle que soit sa nationalité, et à quelque loi que les époux se soient soumis. Il ne leur appartient pas de se créer des droits de préférence vis-à-vis des tiers, en se soumettant à une loi étrangère; et lors même qu'il s'agirait d'époux soumis à celle-ci, à raison du lien de nationalité, cette loi ne pourrait avoir pour effet de diminuer les droits des tiers dans notre pays. Quant à la disposition de l'art. 1473, qui concerne le rapport de la dot, sa place serait plutôt au titre des successions, et c'est avant tout de la loi successorale que son application dépendra. Il s'agit bien en effet d'une règle touchant à la répartition des successions et à l'égalité des partages. Il faudra donc appliquer, d'après la doctrine et la pratique actuelles, s'il s'agit de la dot immobilière, la loi du lieu de la situation des immeubles, et s'il s'agit d'une dot mobilière, la loi personnelle, c'est-à-dire, d'après nous, la loi du dernier domicile du *de cujus*. Mais, d'après les vrais principes admis en Allemagne et en Italie et consacrés par le projet belge, c'est à la loi nationale ou à la loi personnelle du *de cujus* qu'il faudrait s'en référer dans tous les cas.

1163. — A l'exception d'une seule, toutes les dispositions des derniers articles du titre du contrat de mariage, art. 1574 à 1580 (section IV, des biens paraphernaux) et art. 1581 (disposition particulière) ne sont destinées qu'à combler les lacunes laissées par l'expression de la volonté des parties, en ce qui concerne les effets de leurs stipulations. Celle qui fait exception est le deuxième alinéa de l'art. 1576, aux termes duquel la femme ne

peut aliéner ses biens paraphernaux, ni paraître en jugement à raison de ces biens sans l'autorisation du mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice. Cette disposition se rattache directement à l'incapacité de la femme mariée (art. 215 et 217, C. civ.), laquelle constitue essentiellement un statut personnel. Il en résulte manifestement que les époux belges ne pourraient y échapper en se soumettant à une loi étrangère, et que partout, et en tous lieux, cette incapacité subsistera pour la femme belge.

TITRE XXIV

DE LA VENTE ET DE L'ÉCHANGE.

1164. — La liberté des parties joue un rôle plus important dans le contrat de vente que dans le contrat de mariage. Le régime des biens matrimoniaux, quoique la liberté soit le principe admis par notre législation, touche d'assez près à la conception générale du mariage, des droits et des devoirs qui en sont la conséquence. Et la faculté, que les époux ont en règle de déterminer par leur libre choix le sort de leur patrimoine rencontre, même d'après nos lois, certaines limitations que nous avons indiquées, et qui sont précisément la résultante de la manière dont la législation règle les rapports personnels entre époux. Il ne s'agit pas d'un contrat entre personnes affranchies de toute obligation l'une vis-à-vis de l'autre, ou du moins de toute obligation personnelle pouvant se rattacher aux conventions pécuniaires qu'elles forment. La vente au contraire est un contrat qui peut se former, qui se forme en général entre personnes indépendantes, ou qui n'a avec le lien de dépendance existant entre elles qu'un rapport indirect et lointain. On peut donc dire que la volonté commune des parties exerce d'ordinaire ici une influence prépondérante. C'est donc par cette volonté que la substance et les effets de la vente devront être régis. Elle s'exercera même extraterritorialement dans les limites fixées par l'art. 3 du Code civil, dans les limites fixées en outre par la maxime *locus regit actum*, qui, quoique non inscrite dans le Code, est universellement admise en ce

qui concerne les formes proprement dites des contrats... Cette volonté peut s'être manifestée d'une manière expresse, et dans ce cas nulle difficulté en général. Mais s'il n'en est pas ainsi, et si des circonstances particulières ne viennent point préciser la portée des intentions des parties, quant à la question de savoir quelle est la loi applicable, il y aura lieu de se guider d'après les présomptions générales que nous avons indiquées plus haut. Notre tâche consistera dans l'application de ces principes à la vente, et dans la détermination des cas où la volonté des parties se heurte contre un obstacle.

1165. — Le chapitre I[er], titre VI, traite d'après son intitulé : *de la nature et de la forme de la vente*. L'intitulé n'est pas très exact. Ce chapitre est absolument étranger à la forme de la vente, sauf l'aliéna 2 de l'art. 1582. Il s'occupe en réalité de la nature et de certaines modalités de la vente (art. 1582 à 1593) : vente pure et simple, conditionnelle, vente en bloc, vente au compte ou à la mesure, ventes du vin, de l'huile, etc., vente à l'essai, etc. L'art. 1582, al. I[er], définit ce contrat. Tout contrat qui ne réunit pas ces conditions n'est pas une vente, d'après le droit français et belge. Mais la définition n'est pas très complète. Elle est empruntée à Pothier qui, comme le fait remarquer Laurent, est plus exact et plus complet, au risque d'être long (1). La vente est, d'après Pothier, un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre, à lui *faire avoir la chose librement à titre de propriétaire*, et l'autre à prester une certaine somme d'argent. Toutefois cette définition elle-même ne répond pas entièrement au système du Code civil. L'art. 1599, et le commentaire législatif dont il a été l'objet, démontrent clairement que le vendeur s'oblige *à transférer la propriété* à l'acheteur, puisque la vente de la chose d'autrui est nulle.

1166. — Laurent dit que la translation de la propriété n'est cependant pas de l'essence de la vente, et que rien n'empêche les parties de faire une vente romaine. Il

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXIV, p. 5.

faut s'entendre. Certes, rien n'empêche les parties de faire une vente romaine, mais, comme le fait remarquer Laurent lui-même [1], bien que pareille convention soit parfaitement licite, ce ne serait plus une vente aux yeux de notre droit, ce serait un contrat innommé. La conséquence en est que la translation de propriété est bien un objet essentiel de la vente d'après nos lois. Quand même les parties contracteraient sous l'empire d'une loi étrangère, cette condition n'en restera pas moins indispensable pour qu'*aux yeux de notre législation*, le contrat constitue une véritable vente. Ce qui n'empêchera en aucune façon que la loi étrangère, qui leur attribue le caractère d'une vente, ne puisse recevoir application dans notre pays. Seulement cette vente sera régie par cette loi étrangère qui en détermine les effets. Si elles s'étaient soumises à la loi belge, ce serait un contrat innommé.

Supposons maintenant que les parties aient fait une vente romaine. Si elles sont toutes deux Belges, et domiciliées en Belgique, si le contrat de vente doit recevoir tout son développement, toute son exécution dans notre pays, on ne pourra y voir qu'un contrat innommé, auquel on pourra appliquer par analogie, *mutatis mutandis*, les dispositions de nos lois sur la vente. Mais si les parties étaient étrangères toutes deux, ou si elles étaient domiciliées en pays étranger, ou si le contrat y était conclu, ou même s'il devait simplement y être exécuté, il ne faudrait plus considérer le contrat comme nécessairement régi par la loi belge. Rien n'empêcherait d'appliquer celle des lois étrangères d'après laquelle il y a vente, de préférence aux autres. Il y a une stipulation qui, corroborée par l'une de ces circonstances, permet d'attribuer aux parties l'intention de se soumettre à cette loi. Si plusieurs de ces lois étrangères s'accordent sous ce rapport, le choix entre ces diverses législations doit évidemment se déterminer d'après d'autres règles, et il faut appliquer les principes que nous avons posés plus haut,

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXIV, nº 106.

exactement comme quand les parties n'ont rien stipulé relativement à l'obligation de transférer la propriété.

Nous rappellerons seulement ici pour mémoire les conclusions auxquelles nous nous sommes arrêté sur cette question. Il faut avoir égard, nous paraît-il, en premier lieu à la loi d'un domicile commun, ou même d'une résidence prolongée et commune, lors même qu'elle n'aurait pas tous les caractères d'un domicile légal, en second lieu, à la loi nationale commune, en troisième lieu, à la loi du lieu du contrat. On suit cependant en général la *lex loci contractus* pour apprécier les effets de la vente, sa substance, les obligations qui en découlent directement. Mais la plupart des auteurs les plus récents, et plusieurs décisions judiciaires appliquent de préférence la loi personnelle des parties, lorsqu'elles ont une nationalité commune ou un domicile commun. Cette restriction aboutit en définitive à proclamer qu'il faut consulter en premier lieu la loi personnelle, c'est-à-dire la loi d'un domicile commun ou d'une nationalité commune. Entre les deux, laquelle faut-il choisir? Nous avons donné la préférence à celle du domicile et même à celle d'une résidence commune et prolongée. Rappelons toutefois les nombreuses limitations auxquelles nous avons subordonné ces règles, par exemple quand il s'agit de ventes dans des foires ou marchés, d'achats faits dans un magasin par un particulier, etc... Il y aura lieu en fait d'appliquer très souvent la loi du lieu du contrat.

1167. — L'alinéa 2 de l'art. 1582 se borne à dire que la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, ce qui revient à dire qu'aucune forme spéciale n'est prescrite; et il est certain qu'elle peut être faite verbalement, puisqu'aucune loi ne l'interdit. On appliquera, s'agissant de la forme, la règle *locus regit actum*. Aux termes de l'art. 1583, la vente est un contrat consensuel : c'est la règle admise par nos lois. Il est manifeste qu'il y a lieu d'appliquer ici encore la loi à laquelle les parties se sont, ou sont présumées s'être soumises. Une convention, une loi étrangère d'après laquelle la vente ne deviendrait

parfaite que par la tradition, n'aurait certes rien de contraire à notre ordre public. Cela est manifeste, s'il s'agit de biens situés en pays étranger, et nous admettons sans hésiter qu'il en doit être de même lorsqu'il s'agit d'immeubles situés en Belgique. Il en doit être ainsi, à notre avis, lorsqu'il s'agit d'apprécier en pays étranger la perfection d'un contrat de vente non encore suivi de tradition, et pour lequel les parties sont censées s'être soumises à la loi belge ou à la loi française. Il nous est impossible d'apercevoir un motif d'ordre public, soit moral, soit économique, soit national, qui s'oppose à ce que la volonté des parties, tacite ou expresse, soit scrupuleusement respectée en cette matière.

Mais le législateur ne dit pas seulement que la vente est parfaite entre les parties par leur seul consentement sur la chose et sur le prix. Il ajoute que la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, par l'effet de cette convention, sans livraison préalable, ni paiement du prix. Nous pensons que si, d'après les principes généraux, les parties doivent être censées avoir accepté une législation aux termes de laquelle la propriété n'est point transférée par le seul effet de la convention, même entre parties, mais seulement par la tradition, cette loi étrangère devra être observée. En vain objecterait-on que les immeubles, et les meubles mêmes, considérés individuellement, d'après certains auteurs, sont soumis à la loi du lieu de leur situation. Tout au plus pourrait-on admettre que cela exclut pour les parties la faculté d'en transmettre la propriété, sans accomplir les œuvres de loi, les actes juridiques requis à cet effet. Mais il n'en résulte pas qu'elles ne puissent soumettre, expressément ou tacitement, la transmission de propriété, par surcroît, à d'autres conditions encore. La question est plus délicate, lorsque c'est la loi de la situation qui prescrit à cet égard des conditions plus rigoureuses que celle qui régit le contrat; mais au point de vue des rapports entre parties, nous admettrions la même solution. Dans la pratique du droit international, on applique *en cette*

matière, la règle que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. On peut dire que c'est le droit traditionnel[1]. Or, comme d'après une doctrine récente, il n'y a pas lieu de distinguer entre les *meubles* considérés individuellement et les *immeubles*, pour l'application de la *lex rei situs*, on l'appliquerait même aux ventes mobilières. Fiore, très partisan cependant de l'autonomie des parties contractantes, applique cette loi, en ce qui concerne la question qui nous occupe, aux uns et aux autres. On a sans doute exprimé des doutes sérieux sur cette assimilation en ce qui touche les législations belge et française. Elle tend cependant à prévaloir dans la doctrine. Il faudrait donc, si la loi du lieu de la situation exige la tradition pour le transfert de la propriété entre parties, appliquer la dite loi, lors même qu'il s'agirait d'un contrat conclu en pays étranger, et entre étrangers, fussent-ils domiciliés dans ce pays[2]. Mais des autorités des plus graves protestent contre cette extension de l'application de la loi du lieu de la situation, à la question de savoir si la propriété peut être transmise entre parties par le seul effet de la convention, ou seulement par la tradition[3]. En théorie, nous nous rallions complètement à l'opinion de ces auteurs. Aussi longtemps qu'il ne s'agit pas de l'effet de la transmission de propriété vis-à-vis des tiers, mais seulement de son effet entre parties, pourquoi ne respecterait-on pas les conventions de celles-ci, quant à la question de savoir s'il faut oui ou non la tradition? Et si les conventions des parties doivent être respectées, pourquoi, lorsqu'elles se sont soumises à une loi étrangère, n'appliquerait-on pas la loi en question? Nous ne pouvons

(1) V. Asser et Rivier. Op. cit., nº 41 et la note 2. — Fiore. Op. cit., nos 337 et 338. — Duguit. *Conft. de législ.*, p. 103. — Westlake. *J. d, dr. int. pr.*, 1882, p. 12. — De Bar. Op. cit., T. I. p. 616.

(2) Diverses décisions semblent conduire à cette conclusion. V. notamment : Paris, 27 janvier 1840. Dalloz. *Lois*, p. 185. — Paris, 2 août 1865. *Gaz. des Trib.*, 2 sept. 1865. — Cass., 9 nov. 1868. S. 69, 1, 122. — Id., 16 déc. 1873. S. 74, 1, 151. — Paris, 12 mai 1874. *Bull. Cour de Paris*, 1874, p. 582. — Seine, 23 déc. 1881. *Loi*, 24 déc. — Seine, 9 juin 1885. *Droit*, 26 juillet 1885.

(3) Laurent. T. VII, pp. 350 et ss. — Despagnet. p. 523, nº 543. — Weiss. p. 594. — Esperson. *Journal*, 1882, p. 164. — Renault. Note. S. 83, 1, 65.

découvrir d'intérêt national, d'intérêt économique et local qui puisse être rationnellement invoqué, comme formant la base d'une disposition d'après laquelle la propriété se transfère entre parties, soit par la convention de vente, soit seulement par la tradition. Pourquoi dès lors ne pas admettre ici l'extension extraterritoriale de l'accord des volontés? On l'admet bien en fait lorsqu'il s'agit de l'action extraterritoriale des conventions matrimoniales.

Pour quelle raison ne pas l'admettre également en ce qui concerne la transmission de la propriété par la vente? Il y aura cependant un obstacle de plus à cette extension en Belgique, si l'on adopte, comme c'est probable, l'art. 5, al. 1, du projet de réforme du Code civil belge : « Les biens meubles et immeubles sont soumis à la loi du lieu de leur situation, en ce qui concerne les droits réels dont ils peuvent être l'objet. » Il est vrai que cette formule est un peu vague. Mais il résulte clairement du remarquable rapport de M. le conseiller Van Berchem, que l'on a entendu affirmer par là que le transfert de la propriété et des droits réels sera uniquement réglé par la loi de la situation, aussi bien pour ce qui concerne les meubles qu'en ce qui touche les immeubles. Nous devons nous arrêter un moment encore à cette question, puisqu'il s'agit de discuter *de lege ferendâ*.

1168. — Le savant magistrat démontre parfaitement, qu'il est rationnel d'appliquer la loi de la situation aux meubles, considérés individuellement, aussi bien qu'aux immeubles, dès que les choses sont considérées objectivement, *abstraction faite de la personne du propriétaire*, puisque la personnalité du propriétaire est complètement indifférente. Et il y a lieu d'en conclure que, quand il s'agira, par exemple, de déterminer quelles choses sont hors du commerce, de quels droits les biens peuvent être l'objet, ou autres questions de ce genre, il faut appliquer la loi du lieu de la situation. Mais il va beaucoup trop loin, à notre avis, quand il applique le principe à la question de savoir si la propriété sera transférée *entre parties*, par le seul consentement, ou s'il faudra pour cela une

tradition effective accompagnée ou non d'œuvres de loi. Les biens ne sont plus ici envisagés objectivement, mais relativement à deux personnes qui s'en disputent la propriété, et entre lesquelles il existe un rapport contractuel. Laquelle est la propriétaire : telle est la question. En vain objecterait-on que, lorsqu'il s'agit de savoir de quels droits un bien peut être l'objet, la question se débat également entre deux parties contractantes. La loi qui place une chose hors du commerce se tient en dehors des rapports contractuels ; elle les exclut relativement à cette chose, elle les condamne, et l'on peut dire qu'elle régit la chose indépendamment, abstraction faite de la personne. Dans ce dernier cas, sur quoi se fonde-t-elle ? Elle se fonde évidemment sur des considérations d'intérêt public et social. Mais que l'on nous indique les considérations d'intérêt public et social, réelles ou même apparentes, sur lesquelles pourrait se fonder la règle d'après laquelle la propriété ne serait transmise, même entre parties, que par la tradition. Il n'y en a pas, il n'y a qu'une règle basée sur l'intention probable des parties contractantes, rien de plus.

C'est tout aussi inexactement que M. Van Berchem représente le système qu'il combat, et qu'il qualifie en termes trop absolus de système de la personnalité du statut réel immobilier, comme impuissant à résoudre les difficultés qui peuvent se présenter. Voici l'hypothèse qu'il prévoit : « Le procès se meut en Belgique, à l'occasion d'un immeuble situé soit dans ce pays, soit à l'étranger. Quel est le propriétaire ? Est-ce le vendeur ; est-ce le premier acquéreur qui n'a pas reçu la délivrance, mais dont l'acte est transcrit ; est-ce le second acquéreur qui a les bénéfices de la possession résultant de la tradition ? Dans le système de la réalité du statut immobilier, la solution va de soi. Si l'immeuble est situé en Belgique, c'est le premier acquéreur qui est propriétaire vis-à-vis de tous, vendeur et tiers. Si l'immeuble est situé en pays étranger, là où il faut la tradition, le vendeur est resté propriétaire vis-à-vis du premier acquéreur qui ne l'est pas

devenu, et il n'y a de transfert valable qu'au profit du second acquéreur. Dans le système de la personnalité du statut immobilier, la question est tout à fait insoluble. » Est-ce bien vrai? Nullement. La solution de la question est toute simple. Elle se résoudra d'après la loi qui régit le contrat, s'il s'agit de la translation de propriété entre parties; d'après la loi de la situation, s'il s'agit de la translation de propriété vis-à-vis des tiers. Ce dernier point est admis par Laurent lui-même (bien qu'il n'admette pas la réalité du statut immobilier, ni même du statut mobilier en théorie), sans qu'il lui donne la même extension que M. Van Berchem. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la question de la transmission de la propriété, entre parties, ne présente guères d'intérêt qu'au point de vue des risques de perte.

Le savant magistrat fait, du reste, une assez étrange confusion d'idées. Il oppose aux droits personnels qui tiennent « au climat, aux mœurs, à l'éducation, au sang, à la patrie, en un mot, et que l'étranger n'a point abdiqués en venant habiter un autre pays » les droits réels, « ceux qui affectent la chose considérée objectivement », ce que l'on appelle les *jura in re*. Et il ne semble pas réfléchir qu'il y a, entre ces deux droits, des droits qui sont d'une autre nature, tout en étant patrimoniaux comme les droits réels, des droits qui ne sont pas personnels dans le sens propre du mot, les *jura ad rem*, qui sont des droits *contre la personne*, des droits qui dérivent d'un lien obligatoire personnel, d'une convention, par exemple, sans se confondre avec ces droits qui tiennent au climat, à l'éducation, etc., et qui dérivent de qualités personnelles. De cette confusion dérive peut-être l'erreur que nous paraît commettre M. Van Berchem. Aussi longtemps qu'il ne s'agit que de l'effet des conventions *entre parties*, il n'est question ni du statut personnel, ni du statut réel, mais du statut des conventions. Et, à moins qu'on ne se trouve en présence de dispositions d'ordre public ou d'intérêt social, la loi n'apparaît ici que comme l'interprète du silence des parties, comme suppléant aux lacunes que présente l'ex

pression de leur volonté. M. Van Berchem proteste contre l'introduction de cet élément de l'ordre public ou de l'intérêt social, dans la matière du statut réel, parce qu'il peut susciter tant de discussions. Mais l'honorable rapporteur est forcé de l'admettre lui-même sous un nom un peu différent, puisque l'art. 14, adopté par la commission sur son rapport, dispose : « Nonobstant les articles qui précèdent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères, dans les cas où l'application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume, qui consacrent ou garantissent *un droit ou un intérêt social*. »

1169. — Les art. 1584 à 1590, relatifs aux diverses modalités de la vente, et à leurs effets, sont évidemment du domaine des libres conventions des parties, et il en est de même de l'art. 1593, aux termes duquel les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur. Dans le silence des parties, il faudra donc appliquer la loi à laquelle elles sont censées s'être soumises. Si cependant, chose très improbable, telle ou telle législation interdisait l'une ou l'autre des clauses prévues dans ces articles, la volonté des parties pourrait se heurter contre une disposition de ce genre. Mais dans quelle mesure? Il faudrait distinguer, nous paraît-il, d'après les motifs sur lesquels repose la prohibition. Si elle était fondée sur des motifs d'ordre économique, par exemple sur la bonne organisation du régime des biens, ou sur l'intérêt des tiers, elle devrait être respectée même par les étrangers s'agissant des biens situés dans notre territoire. Nous admettons parfaitement le statut réel dans ce sens, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de déterminer de quelles conventions les biens peuvent former l'objet; et nous considérons, par exemple, comme se rattachant au statut réel, et s'appliquant à tous les biens situés dans le territoire, la disposition aux termes de laquelle le partage peut toujours être provoqué, nonobstant toutes prohibitions et conventions contraires, en admettant toutefois l'effet de celles-ci pendant une période de 5 ans maximum. Mais il se peut aussi, bien que la chose soit assez invraisemblable, que telle

ou telle modalité de la vente soit interdite seulement à certaines personnes, à raison de rapports de famille. Quelle loi appliquera-t-on ? La loi nationale.

On peut se demander si le paiement des frais d'actes et autres, accessoires à la vente, ne rentre point dans ces détails d'exécution qui doivent être régis, d'après l'opinion dominante, par la loi du lieu de l'exécution, à raison de la volonté présumée des parties. Nous opinons pour la loi qui régit les effets du contrat en général, celle à laquelle les parties se sont soumises. Il s'agit bien d'un effet direct de la convention telle que le législateur la conçoit. La question de savoir où le paiement doit se faire, ne peut avoir aucune influence sur celle de savoir s'il doit comprendre non-seulement le prix, mais les frais. Pourquoi dès lors supposerait-on que les parties s'en sont référées à la loi du lieu fixé pour l'exécution ? Nos lois considèrent en somme les frais comme un accessoire, comme une partie du prix : et *accessorium sequitur principale*. Il est vrai que divers auteurs enseignent en termes trop généraux que *l'exécution* est régie par la loi du lieu où elle peut être demandée, ou par la loi du lieu où elle s'opère (1). Mais la fausseté d'une maxime aussi générale est manifeste. L'exécution n'est pas autre chose que la réalisation des effets du contrat. C'est un non-sens que de faire régir les effets du contrat par une loi, et d'une manière absolue, son exécution par une autre. Il est bien vrai que lorsqu'il s'agit de *certains détails* d'exécution, du *mode d'exécution* par exemple, la loi du lieu où elle doit se produire exercera son influence ; mais en faire dépendre la mesure de l'exécution, l'intensité de celle-ci, ce serait, nous paraît-il, y subordonner les effets mêmes de la convention.

1170. — Nous n'examinerons pas quelle est la valeur de la promesse *unilatérale* de vente ou d'achat, dont l'art. 1589 ne traite pas avec précision.

La question est très débattue même dans notre droit,

(1) Vincent et Pénaud. V. *Obligations*, nº 54, et les autorités citées, qui sont loin de se servir toutes, d'expressions aussi absolues.

en l'absence d'un texte formel et suffisamment explicite. Supposons toutefois que la loi contienne une disposition formelle à cet égard : dans quelle mesure aura-t-elle force extraterritoriale? Il ne nous paraît pas qu'une telle disposition puisse avoir pour base l'ordre public absolu; elle ne serait qu'une présomption de l'intention des parties, et nous semblerait devoir s'appliquer chaque fois que les parties peuvent être considérées comme s'étant soumises à nos lois, comme les ayant acceptées. Il en serait autrement si ce principe était en fait basé sur quelque considération d'ordre social, ce qui sera, à notre avis, assez rare. Remarquons toutefois qu'il ne serait guères admissible qu'un *Belge* essayât de se soustraire, au lien obligatoire résultant pour lui d'une promesse unilatérale de vente ou d'achat acceptée, sans même d'engagement réciproque de la part de l'autre partie, en se fondant sur ce qu'à raison des circonstances, du lieu de la promesse, ou du domicile des parties par exemple, il devrait être considéré comme s'étant soumis à une loi étrangère. Il y a une présomption, nous semble-t-il, qui domine ici ces circonstances, c'est celle qu'il a voulu faire quelque chose de sérieux, présomption confirmée par sa nationalité. Nous n'irions cependant pas jusqu'à soutenir qu'une disposition, attribuant force obligatoire à une promesse unilatérale de vente ou d'achat, oblige les nationaux d'une façon absolue. Il est difficile de soutenir qu'il y ait ici un élément se rattachant dans une certaine mesure aux lois d'ordre public, même national. Et comme une convention contraire expresse ne serait point interdite, nous sommes plutôt d'avis qu'il y a lieu d'appliquer la loi qui régit le contrat, d'après l'intention commune des parties.

1171. — Les art. 1591 et 1592 combinés exigent que le prix soit déterminé, ou au moins déterminable, c'est-à-dire qu'il ne soit pas abandonné à la libre appréciation des parties. Le prix peut être inconnu au moment du contrat, par exemple s'il est indiqué dans un billet renfermé sous une enveloppe scellée. Il n'en est pas moins déterminé et désigné. Il peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers,

ou à l'arbitrage d'experts, et dans ce cas la vente a plus ou moins un caractère conditionnel d'après les auteurs. C'est-à-dire qu'il n'y aura pas vente, si le tiers se refuse à déterminer le prix, si l'une des parties refuse de nommer des experts. Dans le premier cas, l'observation est exacte, le refus des tiers n'étant imputable à aucune des parties. Dans le second, il y a doute : on peut soutenir en effet qu'il y a simplement refus de sa part d'accomplir les obligations du contrat de vente, et que ce refus ne peut anéantir le contrat. Mais nous pensons que la vente est subordonnée dans ce cas à une condition suspensive ; elle dépend d'un fait ultérieur. Il est vrai que les parties se sont obligées à l'accomplir, mais, si l'une d'elles s'y refuse, il y a lieu simplement à des dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation de faire. Quoi qu'il en soit, la solution de toutes ces questions nous paraît dépendre de la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises. Leur intérêt est seul en cause : l'intérêt des tiers ni l'ordre public n'y sont engagés ; et c'est sous le bénéfice de cette loi que les actes accomplis par elles sont censés avoir été accomplis.

1172. — Le chapitre II du titre VI, art. 1494 à 1497, traite de la question de savoir qui peut acheter ou vendre. La liberté est le principe (art. 1594), et ce principe s'applique évidemment dans notre pays aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux : « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. » Mais quelle est la loi qu'il faut consulter? Il existe dans certains pays des interdictions, concernant spécialement les étrangers, quant aux immeubles situés dans le territoire : c'est ici la *lex reï sitae* qu'il faut consulter. Que faut-il penser des interdictions comminées par le Code civil? L'art. 1595 ne permet la vente entre époux que dans trois cas. Cette disposition rentre évidemment dans le statut personnel, et ne s'applique qu'aux époux belges. Elle est fondée sur les rapports de famille qui sont du domaine du statut personnel. Si les époux étaient de nationalité différente, si l'un était Belge, l'autre étranger, il faudrait, semble-t-il,

appliquer en Belgique la loi belge, en ce qui concerne la question de capacité. Mais nous pensons qu'il n'en est pas ainsi si c'est la femme qui est belge. Il est plus rationnel d'appliquer la loi qui régit les effets du mariage, c'est-à-dire la loi nationale du mari. Il s'agit en effet d'une incapacité spéciale dérivant du mariage, la capacité devant exister dans le chef des deux parties. Quant aux incapacités édictées par l'art. 1596, il est impossible de résoudre la question d'une manière uniforme. Celle du tuteur est évidemment de statut personnel : elle dépend de la loi qui régit la tutelle, et nous admettons ici qu'il faut prendre en considération la loi nationale du mineur, et non celle du tuteur, lorsqu'ils sont de nationalité différente, parce que la tutelle est établie dans l'intérêt du mineur. Telle est, comme nous l'avons dit, l'opinion générale. C'est une question controversée que celle de savoir si l'incapacité du tuteur s'étend au père, administrateur légal des biens de ses enfants mineurs. Nous penchons pour l'affirmative, mais la question n'est pas du ressort du droit international privé : tout ce que nous pouvons dire c'est que, si elle s'y étend, il faut prendre également en considération la loi nationale du mineur.

Brocher incline à croire que la prohibition de la vente entre époux peut également se justifier, par la crainte de manœuvres frauduleuses dirigées contre des tiers, et que le régime des biens s'y trouve en conséquence intéressé[1]. Que les tiers puissent trouver profit dans des dispositions de ce genre, cela n'est pas contestable, mais il nous paraît évident que ce n'est pas leur intérêt qui les a dictées, les travaux préparatoires le démontrent ; et il ne suffirait pas à justifier cette restriction de la liberté des époux. D'où il suit qu'une législation étrangère, régissant des époux étrangers, et ne contenant pas cette prohibition, pourra étendre ses effets sur le territoire belge à titre de statut personnel étranger.

1173. — Les autres prohibitions de l'art. 1596 donnent

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 182.

lieu à plus de doutes. Cet article interdit de se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées « aux mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; aux administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ; aux officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère ». Brocher pense que ces dispositions sont étrangères au statut personnel, qu'elles constituent « des mesures de protection se rapportant aux droits de fortune, et paraissant rentrer par cela même dans le statut réel en se rattachant au régime des biens ». Nous croyons qu'il y a lieu de distinguer. La disposition générale qui interdit aux mandataires, de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, est fondée sur une opposition manifeste entre leur intérêt, et celui des personnes pour lesquelles ils ont mission de vendre, et par conséquent sur des considérations de moralité publique. Elle est indépendante de la question de savoir si les personnes, pour lesquelles ils ont mission de vendre, sont majeures ou mineures, ou ont besoin, en tant que personnes morales, d'une protection spéciale. Elle nous paraît s'imposer au mandataire belge, et le suivre en quelque lieu qu'il se trouve. Elle nous paraît obligatoire aussi pour le mandataire étranger qui achèterait en Belgique. Il en est ainsi du reste, d'après plusieurs auteurs, de toutes les incapacités édictées par les art. 1594 à 1597 du Code civil[1], mais nous croyons que cela est trop général. La prohibition faite aux administrateurs de se rendre adjudicataires des biens des communes, ou des établissements publics confiés à leurs soins, nous paraît s'appliquer non-seulement aux nationaux, mais même aux étrangers, s'ils sont investis de fonctions de ce genre, relativement aux biens des communes ou des établissements publics belges. S'il s'agit de biens situés en Belgique, cela ne paraît rencontrer aucune difficulté. Mais que décider s'il s'agit de biens situés en pays étranger?

(1) Fœlix et Demangeat. T. I., p. 284. — Laurent. T. VIII, nos 134 et ss, etc.

On peut considérer l'incapacité, dont sont frappés, à cet égard, nos nationaux, comme les suivant dans ce pays, comme s'attachant à leur personne. La question est beaucoup plus délicate s'il s'agit d'administrateurs de nationalité étrangère, hypothèse qui se réalisera du reste rarement, mais qui n'est point irréalisable. Nous croyons qu'il y aurait lieu, en ce cas, d'appliquer la loi qui régit la fonction, la loi qui organise une protection spéciale pour ces espèces de mineurs, que l'on appelle des communes ou des établissements publics, par analogie de ce que l'on admet pour les mineurs. L'incapacité tient moins dans ce cas à la loi nationale de l'administrateur qu'à celle de l'administré. Le législateur, qui a compétence pour créer la fonction, est le législateur de la nation dont dépendent ces établissements. Cette compétence entraîne pour lui le droit de déterminer les devoirs qu'elle implique.

1174. — La quatrième des prohibitions édictées par l'art. 1596 se rapproche de la deuxième et de la troisième. On peut considérer les officiers publics qui prêtent leur ministère à une vente, comme étant, dans une certaine mesure, des *mandataires* chargés de vendre, mais leur mandat se réduit en réalité à constater la mise en vente, l'offre, et l'acceptation, à donner l'authenticité à la convention, et c'est à la troisième prohibition, celle qui vise les administrateurs, que se rattache plutôt celle dont il est ici question. Elle étend évidemment ses effets à tous les biens nationaux situés en Belgique, et elle s'applique, d'après nous, à tous les officiers publics belges, lors même qu'il s'agirait de biens situés en pays étranger. Mais il nous paraît impossible qu'elle s'applique aux officiers publics étrangers, procédant là où ils ont le droit d'instrumenter, c'est-à-dire en pays étranger, à la vente de biens nationaux qui y sont situés. Le législateur belge est impuissant à frapper de nullité de pareilles ventes.

1175. — Laurent, dans son remarquable traité de droit civil international, émet l'opinion que toutes ces incapacités sont de statut personnel[1]. Il est donc en opposition

(1) Laurent. Op. cit. T. VIII, nº 140.

directe avec Brocher, qui les considère comme se rattachant à la *lex rei situs*. Il nous a paru qu'il y avait lieu de faire des distinctions, fondées sur l'examen attentif des motifs sur lesquels reposent les incapacités dont il s'agit. Il n'est pas rare que, dans les questions de droit international privé, on voie ainsi s'établir une lutte entre des influences diverses. Nous avons cherché à faire à chacune sa part légitime et rationnelle. Il a été jugé, dans le sens de notre opinion, que la prohibition de l'art. 1598 du Code civil, en ce qui concerne la vente entre époux, suit les Français en pays étranger(1). Il a été jugé également d'une façon générale, que c'est d'après la loi personnelle d'un individu qu'il faut apprécier s'il a la capacité d'aliéner, et les formes habilitantes auxquelles il doit satisfaire(2). Mais il ne s'agissait pas des incapacités spéciales, sur lesquelles nous avons adopté les solutions que nous venons d'exposer. Les incapacités attachées à une fonction dépendent de la loi qui régit la fonction, et qui a naturellement compétence pour sauvegarder les intérêts en vue desquels la fonction est établie. N'est-ce pas pour cela que les droits et pouvoirs du tuteur sont régis, d'après une opinion presque unanimement acceptée par les auteurs les plus récents, par la loi qui régit la fonction, c'est-à-dire par la loi nationale du mineur, et non par la loi nationale du tuteur? Mais la compétence législative de la loi qui régit la fonction, compétence qui sera maintenue évidemment, dans la mesure des possibilités matérielles, dans l'Etat qui l'a créée, devra-t-elle être reconnue dans les autres Etats? Il nous paraît qu'il est juste qu'elle le soit, pourvu que ses dispositions ne se heurtent pas, dans leur application, contre des lois d'ordre public local, soit morales, soit économiques. Et nous ne voyons guères comment il pourrait en être ainsi des prohibitions dont il s'agit dans l'espèce, prohibitions purement relatives et qui ne frappent pas les biens d'indisponibilité. C'est un devoir pour les Etats que d'avoir

(1) Cassat, 18 avril 1852. S. 52, I, 801.
(2) Paris, 27 janvier 1840. Dalloz. V° *Lois*, n° 185, note. — Liége, 31 déc. 1879. Pas. 80, 2, 122.

égard dans ces limites à leur compétence législative respective.

1176. — L'art. 1597 concerne l'incapacité des juges, juges suppléants et officiers du ministère public, des greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, aux fins de 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 et dommages et intérêts. Cette incapacité donne lieu à une question plus délicate. Elle nous paraît tout d'abord personnelle et locale, en ce sens qu'elle n'existe que pour les fonctionnaires en question exerçant leurs fonctions dans notre territoire, et seulement pour les procès, etc., qui sont de la compétence du tribunal dans l'arrondissement duquel ils exercent leurs fonctions. Il s'agit d'une incapacité attachée à la fonction : c'est à la loi qui régit la fonction à les régler. Elle s'attache à la personne du fonctionnaire, et n'existe que pour des objets locaux. Mais elle nous paraît indépendante de la nationalité. Le principe vrai nous paraît être que les incapacités derivant de l'exercice d'une fonction, sont réglées par la loi qui la crée et l'organise, loi qui sera souvent la loi nationale, mais pas toujours. Il n'est cependant pas impossible que des incapacités de ce genre soient considérées comme basées sur la morale absolue, et qu'en conséquence, des ventes de ce genre consommées dans notre pays y soient tenues pour nulles, alors même que la loi étrangère qui régit la fonction ne contiendrait aucune prohibition.

1177. — Le chapitre III traite des choses qui *peuvent être vendues* (art. 1598 à 1601). L'art. 1598 établit le principe, et, sur le principe, il n'y a aucune difficulté. Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont point prohibé l'aliénation. La question de savoir si une chose est dans le commerce, si l'aliénation en est prohibée, dépend évidemment de la *lex rei situs*; et, d'après l'opinion commune, il en est ainsi des meubles aussi bien que des immeubles. L'application de

ce principe ne présente en général aucune difficulté. Il est défendu, aux termes du Code pénal, art. 319 à 321, et de l'arrêt du conseil du 16 juillet 1785, de vendre ou d'exposer en vente des chevaux ou bestiaux atteints ou suspects de maladies contagieuses; les ventes en détail de marchandises neuves à cri public sont interdites dans les conditions indiquées par la loi du 20 mai 1896; les pensions civiles, ecclésiastiques et militaires sont insaisissables et *incessibles*, d'après les lois des 12 juillet 1844 et 24 février 1847. Il en est de même de la rémunération des volontaires avec prime, aux termes de la loi du 27 décembre 1885, et même, au moins partiellement, des traitements et salaires, aux termes de diverses lois. On appliquera sans contredit la loi du lieu de la situation, et en ce qui concerne les pensions, traitements et salaires; cette loi est celle où le paiement doit en être effectué, ou plutôt encore celle du domicile du débiteur. Nous avons parlé ailleurs de la vente d'une succession future, et nous n'y revenons pas. Il semble, d'après ce qui vient d'être dit, qu'il faudrait appliquer la loi du lieu où la succession est ouverte, ou plutôt la loi qui régit la succession, et il suffira évidemment que cette loi interdise la vente, pour qu'elle doive être tenue pour nulle. Mais la question se complique de considérations d'ordre public absolu.

1178. — L'art. 1599 déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Mais on est assez généralement d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour reconnaître que ces expressions ne doivent pas être prises dans leur sens rigoureux. Nous n'examinerons pas la controverse. La vente de la chose d'autrui est nulle comme vente, mais elle laisse subsister souvent un contrat innommé qui peut même constituer une vente aux yeux de la loi étrangère, lorsque les parties s'y sont soumises. Quoi qu'il en soit, s'il s'agit d'une chose située en Belgique, elle ne constituera pas une vente aux yeux du législateur belge, pour autant du moins que les parties s'y soient soumises. Les principes, généralement admis, paraissent conduire à l'application de la *lex rei sitae*. Mais nous croyons que

c'est là une illusion. Si la vente de la chose d'autrui est nulle, ce n'est pas à raison de la nature de la chose, c'est à raison de la nature du contrat de vente, *tel que le conçoit la loi française, la loi belge*. Nous pensons donc que si les parties peuvent être considérées comme s'étant soumises à la loi étrangère, la vente de la chose d'autrui pourra valoir comme vente, même dans notre pays. Brocher est d'une opinion contraire. Il considère la règle de l'art. 1599 comme intéressant grandement le régime des biens, « parce qu'en donnant à chacune des parties le droit de faire prononcer la nullité de l'acte, elle tend à mettre un terme aux incertitudes et aux dangers qui peuvent en résulter au sujet de la propriété ». Mais en supposant que tel puisse être le *résultat* de la règle, ce n'est certainement pas le motif qui l'a dictée. Nous ajoutons que l'avantage indiqué par Brocher nous paraît illusoire. Le droit attribué à chacune des parties de faire prononcer la nullité de la vente ne rend pas la propriété plus certaine. Elle n'est pas plus incertaine dans le système de la vente romaine, que dans le système du Code civil.

1179. — La disposition de l'art. 1601 dépend également, d'après Brocher, de la *lex rei sitae*. Cet article annule la vente, si, au moment de celle-ci, la chose vendue était périe en totalité, et donne à l'acquéreur, si elle n'était périe qu'en partie, le choix d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation. Mais est-il bien possible d'appliquer la *lex rei sitae* dans la première hypothèse? La chose vendue n'a pas de situation au moment de la vente, puisqu'elle n'existe plus. — Appliquera-t-on la loi de sa *dernière situation?* En vertu de quel principe, et par quel motif juridique? Il s'agit tout simplement de savoir si l'article se fonde sur une présomption de la volonté des parties ou sur l'ordre public. Laurent considère l'art. 1601, al. 1, comme une application du principe général qu'un objet est, dans tout contrat, une condition requise non-seulement pour la validité mais pour l'existence de la

convention. Lorsque la chose est périe, la vente est sans objet, elle est inexistante; il n'est pas nécessaire d'intenter une action en nullité, et l'action en répétition du prix dure trente ans.

Tout le monde est, dit-il, d'accord sur ce point. Concevrait-on que l'acheteur fût obligé de livrer une chose qui n'existe point? (1) Notons tout d'abord que cette dernière objection n'est pas péremptoire; on pourrait la faire valoir dans une certaine mesure contre la validité de la vente d'une chose future, dès qu'il devient certain que la chose n'existera pas. Mais on ne l'admet pas, parce que l'objet de la vente n'est dans ce cas qu'une chance, de sorte que l'obligation de livrer du vendeur est conditionnelle à certains égards. Ce qu'il y a de spécial dans la vente d'une chose déjà périe, c'est qu'en fait on n'achète pas même une chance, puisque la chose a déjà cessé d'exister au moment de la vente. La vente se réduirait alors à une espèce de pari sur l'existence de la chose. Il n'y a pas de vente proprement dite, sans qu'on puisse dire que l'obligation est sans objet. Elle n'a pas d'objet matériel peut-être, mais elle a un objet immatériel. Si la chose existe, le vendeur devra livrer. Toutefois, il est bien certain que c'est comme vente sans objet que pareille vente a été déclarée nulle par le législateur; et il nous paraît que toute convention contraire serait inopérante, que les parties ne pourraient pas stipuler valablement que si la chose n'existe pas, l'acheteur n'en sera pas moins tenu d'en payer le prix. Il faut donc voir quelle est la loi qui régit obligatoirement le contrat. Sans qu'on puisse dire que la disposition soit fondée sur des considérations d'ordre moral absolu, elle repose sur des motifs d'équité générale, et s'impose, nous paraît-il, au respect de ceux qui contractent en Belgique ou en France, ainsi que de nos nationaux même en pays étranger. Il en résulte que nos nationaux ne pourront pas se soustraire à cette disposition, en se soumettant tacitement ou expressément à une

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXIV, nº 88 et ss.

loi étrangère; ils ne peuvent faire indirectement ce qu'il ne leur est pas permis de faire directement, et la vente n'en serait pas moins nulle. S'il s'agissait par contre d'une vente conclue entre étrangers, on appliquerait soit leur loi nationale, si elle établissait la nullité d'une vente de ce genre, soit celle à laquelle ils sont soumis par le fait qu'ils ont contracté dans un pays déterminé.

Mais, au cas de perte partielle, l'art. 1601, al. 2, donne à l'acheteur un droit d'option. Il peut demander la partie conservée de la chose, en faisant déterminer le prix par la ventilation. La question de savoir s'il aura ce dernier droit, nous paraît devoir être résolue uniquement d'après la loi que les parties ont acceptée, expressément ou implicitement, comme règle des effets de leur convention. Le principe semble toujours être la nullité, fondée sur le défaut partiel d'objet, et ce principe semble se rattacher à l'ordre public, au moins national et intérieur. Mais une fois la nullité admise, on n'aperçoit aucun motif d'ordre public qui prescrive d'accorder à l'acheteur la faculté dont il est question dans l'alinéa 2 de l'article. Dès lors la règle que l'intention des parties contractantes doit être respectée reprend nécessairement son empire.

1180. — Le chapitre IV du titre de la vente traite des obligations du vendeur, et la section première, intitulée *Dispositions générales*, ne contient que deux articles. Nous nous sommes déjà occupé sommairement du premier, qui impose une obligation plus rigoureuse au vendeur, en ajoutant que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui. Cet article ne semble au premier abord qu'une règle d'interprétation ordinaire. Brocher commence par dire qu'on pourrait le prendre pour une règle de procédure, mais qu'il repose en fait sur deux principes tenant au fond du droit[1]. Et, après avoir expliqué d'une manière un peu confuse ces deux principes, il en revient à cette conclusion, que c'est le caractère de procédure qui y domine. La conséquence en serait, qu'il y aurait lieu

(1) Brocher. Op. cit., p. 186.

d'appliquer la *lex fori*. Il nous est bien difficile d'admettre cette opinion. Sans doute, la disposition de l'art. 1602 est fort rationnelle. Le premier alinéa établit que le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Le motif en est, comme le dit Brocher, qu'il connaît mieux la chose vendue, tandis que le prix sur lequel portent les engagements de l'acheteur, est une valeur abstraite « ou du moins très précise, s'exprimant en chiffres également appréciables par l'une ou l'autre des parties ». Et il paraît assez naturel que, quant aux obligations de l'acheteur, on reste sous l'empire de la règle générale, que la convention s'interprète, en cas de doute, en faveur de celui qui a contracté l'obligation, tandis que tout pacte obscur, en ce qui concerne les obligations du vendeur, s'interprète contre lui. Mais, quelque rationnelle que soit la disposition, elle ne s'en rattache pas moins au fond du droit, à la mesure des obligations du vendeur. Il nous paraît donc qu'il y a lieu d'appliquer la loi à laquelle les parties sont présumées s'être soumises. Il n'y a aucun motif pour ne pas appliquer la même loi en ce qui concerne l'obligation de délivrer, et celle de garantir la chose vendue, inscrite dans l'art. 1603.

1181. — La section II traite de la délivrance, et l'art. 1604, qui n'en contient que la définition, ne saurait donner naissance à des conflits de droit. Mais les art. 1605 à 1607, qui concernent la *forme* de la délivrance, nous paraissent se rattacher à la forme en général, et devoir être régis par la loi du lieu où la délivrance s'effectue, c'est-à-dire en général par celle du lieu où la chose se trouve réellement. La bonne foi, qui est l'âme des conventions, exige que la chose soit mise d'une manière effective en la puissance et la possession de l'acheteur, et elle ne le sera que s'il est satisfait aux conditions prescrites par la *lex reï sitae*. Voici bien un détail d'exécution, pour lequel les parties sont censées nécessairement s'en référer à la loi du lieu de l'exécution. Si, par exemple, la remise des clefs du bâtiment vendu, ou des titres de propriété, ne suffisait point pour en opérer la délivrance,

pour en transférer la possession d'après la *lex rei sitae*, le vendeur devrait en faire la tradition dans les formes voulues par la loi locale. Mais la loi qui, d'après la volonté des parties, régit le contrat, est évidemment appelée à déterminer sur qui retombent les frais de délivrance (art. 1608), le lieu où la délivrance doit se faire (art. 1610 et 1611), et l'exemption de l'obligation de livrer, si l'acheteur ne paie pas le prix (art. 1612). Dans les ventes commerciales on appliquera très souvent la loi du lieu du contrat, en cette matière, lors même que les parties appartiendraient toutes deux par leur nationalité commune à un autre pays. Cette solution ne peut laisser aucun doute, si le lieu du contrat est en même temps le lieu de l'exécution, de la délivrance ; et elle a été nombre de fois consacrée par les tribunaux. Nous estimons qu'il en doit être de même en principe, lorsque le lieu de la délivrance, ou celui fixé pour la délivrance, est différent, bien que la présomption de soumission volontaire à la loi de ce lieu ou de ce pays, n'ait plus dans ce cas la même force. Il a été observé du reste, dans la partie générale de cet ouvrage, que, lorsque le contrat a été conclu par correspondance, le lieu du contrat n'a plus la même importance, précisément parce qu'il est déterminé à l'aide de considérations psychologiques assez compliquées, et qu'au fond il s'agit d'un contrat dont les bases, les consentements respectifs reposent en deux territoires divers. Nous croyons inutile de revenir ici sur les observations que nous avons faites à ce sujet, inutile même de citer des séries interminables de jugements et d'arrêts, qui semblent reposer sur tel ou tel principe absolu, et qui au fond se justifient très souvent par d'autres principes encore ou par la combinaison de plusieurs principes.

1182. — Quant à la question de savoir si le vendeur est également exonéré de l'obligation de livrer, même lorsqu'il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture (art. 1613, C. civ.), elle nous semble devoir être résolue en principe de la même manière. Mais cette

solution peut se heurter contre les règles admises par la loi qui régit la faillite ; et ces règles, en tant qu'elles déterminent les droits des créanciers, sont inspirées et dictées par l'intérêt des tiers, par un intérêt général. Elles se rattachent ainsi à l'ordre public dans le sens large du mot, à l'ordre public économique. Si les dispositions de la loi sur les faillites établissent, d'une manière absolue, que la faillite de l'acheteur ne dégage pas le vendeur de l'obligation de livrer, elles l'emporteront, dans le pays où elles sont en vigueur, sur la loi qui régit le contrat d'après la volonté présumée des parties. Toutefois, ce serait là une véritable injustice, et il ne devrait pas en être ainsi. La bonne foi exigerait le respect des conventions, telles que les parties ont entendu les conclure (1).

1183. — Tous les articles qui suivent (art. 1614 à 1624, C. civ.) constituent essentiellement des règles de droit supplétif ; toutes sont destinées à suppléer au silence des parties. Leur application dépend donc de la loi que celles-ci ont implicitement ou explicitement admise comme règle des effets du contrat. Le domicile commun, la nationalité commune, le lieu du contrat, le lieu du contrat surtout, dans les ventes commerciales en foire, en bourse, etc., seront pris en considération suivant les distinctions que nous avons énumérées plus haut. En thèse générale, le lieu destiné pour l'exécution ne devra pas l'être. Mais, comme nous l'avons dit, il n'y a dans ces indications rien d'absolu, et la volonté des parties devra dans tous les cas être respectée. C'est à ce propos que s'élève la question de savoir à quelle *mesure* il faut avoir égard, lorsque les mêmes dénominations servent à exprimer des mesures différentes dans le pays où le contrat est conclu, dans celui auquel les parties appartiennent par leur domicile ou leur nationalité, et dans celui où il doit être exécuté. Mais, comme nous l'avons dit, ce sont là

(1) Nous n'avons pas à examiner ici quelle est la loi qui régit la faillite. Nous dirons seulement que la thèse de l'unité et de l'universalité de la faillite compte des adhérents de plus en plus nombreux, et que, d'après les tendances les plus récentes, la loi unique applicable est la loi nationale. — Weiss, p. 854.

fréquemment des questions d'interprétation plutôt que de droit supplétif. En l'absence de la manifestation explicite ou implicite d'une volonté contraire, il est assez naturel de croire que les parties s'en sont référées aux mesures usitées dans le pays où doit se faire la délivrance, et où la chose doit être mesurée : de même pour le poids, et pour ce qui concerne la *manière* de peser ou de mesurer. C'est en ce sens que l'on pourrait dire que la loi du pays d'exécution, c'est-à-dire en général celle du pays où se trouve la chose qui fait l'objet de la vente, gouverne les questions relatives au mode de délivrance, et au mesurage, comme on l'affirme très généralement. Mais l'expression n'est pas très exacte, car il ne s'agit pas à proprement parler d'un conflit de lois. Il s'agit uniquement d'une question d'interprétation.

1184. — Le Code civil traite dans la section III, art. 1625 à 1649, de la garantie. Il s'agit de la garantie du chef d'éviction et de la garantie relative aux défauts de la chose vendue. Nous croyons, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'il faut en général appliquer en cette matière la loi du contrat, c'est-à-dire celle qui régit le contrat en vertu de la volonté présumée des parties, sauf en ce qui concerne la disposition de l'art. 1649, qui exclut la garantie des vices dans les ventes par autorité de justice [1]. Les actions en garantie ont, comme l'obligation de garantir, leur source directe dans le contrat lui-même. Il faut donc voir à quelle loi les parties ont entendu se soumettre, ou peuvent raisonnablement être présumées avoir voulu se soumettre. Cette loi, en matière commerciale, sera souvent la loi du lieu du contrat. Il n'y a pas plus de motif pour s'en référer, en cette matière, à la loi du lieu destiné pour l'exécution, ou du lieu de l'exécution effective, que pour les autres obligations naissant du contrat. Fœlix lui-même, qui distingue entre les effets et les suites du contrat, et qui considère les effets comme régis par la loi du lieu de la célébration, tandis que les suites seraient déterminées d'après celle du lieu de l'exécution, range

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Vente*, n° 17.

parmi les effets du contrat l'action en garantie. M. Asser n'a pas admis cette distinction, comme nous l'avons vu, en traitant des contrats en général, tout en lui en substituant une autre, qui n'est pas beaucoup plus satisfaisante. Mais il est évident qu'il considère l'obligation de garantie, en tant que conséquence juridique du contrat, comme soumise à la loi qui régit l'obligation en général (1).

1185. — M. Laurent est cependant d'avis que le délai pour agir, spécialement le délai pour exercer l'action rédhibitoire, est régi par la *lex fori* (2). Il nous est impossible de nous rallier à cette opinion. Les déchéances qui touchent à la faculté d'intenter l'action initiale ne concernent nullement la procédure, mais le fond du droit, à la différence de celles qui font simplement obstacle au droit de former un recours contre une décision déjà rendue. Ce sont de véritables prescriptions. La loi qui régit le droit lui-même, doit régir en principe la question de savoir dans quel délai il doit être exercé, à moins que les limitations plus étroites encore, dans lesquelles l'exercice en est renfermé par la *lex fori*, ne soient fondées sur des motifs d'ordre public absolu. En est-il ainsi des dispositions de nos lois sur les délais dans lesquels l'action en garantie doit être intentée ? La négative n'est pas douteuse, tout le monde étant d'accord, que les délais de garantie peuvent être prolongés par une convention expresse entre parties. S'ils peuvent l'être par convention expresse, pourquoi les parties ne pourraient-elles prolonger ces délais virtuellement, en se plaçant sous l'autorité d'une loi étrangère ? Toute la question sera donc de savoir à quelle loi les parties ont entendu se soumettre à cet égard. Nous ne voyons aucun motif sérieux pour nous écarter des principes que nous avons suivis jusqu'ici, en ce qui concerne les effets du contrat en général. La loi du domicile commun nous paraît devoir être consultée en premier lieu ; à défaut de domicile commun celle d'une nationalité commune. Et s'il n'y a ni domicile commun, ni nationalité commune,

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 81.
(2) Laurent. Op. cit., T. VIII, p. 225.

il faudra, selon nous, s'attacher à la loi du lieu du contrat. Mais ces règles ne peuvent avoir rien d'absolu, et la volonté commune des parties peut résulter d'autres circonstances qu'il est impossible d'analyser et de préciser. Nous tenons à dire, en terminant nos observations sur ce point, que si M. Laurent se prononce en cette matière pour la *lex fori*, ce pourrait bien être par une espèce d'inadvertance, les motifs qu'il invoque devant plutôt faire pencher la balance en faveur de la loi du lieu de l'exécution.

Pour ce qui nous concerne, nous estimons que dans les ventes faites en foire, ou dans des marchés, la loi du lieu du contrat devra en général l'emporter sur toute autre, les parties fussent-elles de même nationalité et eussent-elles leur domicile dans un même pays étranger. Cela n'est pas douteux si le lieu de la vente est en même temps celui de la livraison (1), et il a été décidé qu'il en est ainsi, même si dans les ventes d'animaux domestiques, l'animal a été transporté en pays étranger. Ce point a été reconnu, au moins implicitement, dans nombre de décisions. C'est donc la loi du lieu du contrat qui déterminera en général, tout au moins lorsqu'il s'agit de ventes faites en foire, dans quel délai l'acheteur doit intenter l'action pour vices rédhibitoires, dans quel délai il doit provoquer l'expertise et y faire procéder. Les décisions qui prescrivent ou autorisent, quant à la forme de l'expertise, l'observation de la loi du lieu où elle s'opère (2), ce qui est parfaitement conforme à la maxime *locus regit actum*, telle qu'elle est généralement interprétée par la jurisprudence, reconnaissent tacitement ou expressément que, quant aux délais eux-mêmes, ou à la condition de l'expertise préalable, la loi belge doit être appliquée. Mais les jugements et arrêts ne se sont pas prononcés nettement entre la loi du lieu du contrat, et celle du lieu de la délivrance, entre chacune de ces lois, et la loi nationale. Et s'ils appliquent la loi du lieu du contrat, ils le font d'une manière un peu

(1) Liége, 5 mars 1871. *B. j.*, 1871 1258. — Louvain, 6 mars 1875. *B. j.*, 1875, 490. — Bruges, 17 janvier 1879, 1389.

(2) Arrêt de Gand, 9 mars 1876. *B. j.*, 1876. 367 et beaucoup d'autres décisions.

mécanique, et sans démontrer les titres de cette loi à une application privilégiée lorsque sa compétence peut être discutée. La plupart de ces décisions se justifient cependant en fait, tout en proclamant de principes trop absolus, trop dogmatiques. S'il est vrai qu'il ne s'agit pas ici de dispositions d'ordre public, mais d'une réglementation introduite dans l'intérêt des parties, et au bénéfice de laquelle elles peuvent renoncer, il en résulte deux conséquences : d'abord que la *lex fori* ne doit pas prédominer comme telle, ensuite que, si dans beaucoup de cas il y a lieu d'appliquer la *lex loci contractus*, en vertu de la volonté des parties, il se pourra aussi qu'il y ait lieu d'appliquer quelque autre loi, par exemple, en dehors des contrats faits en foire, la loi nationale commune, ou la loi du domicile commun des parties.

1186. – Mais, comme nous venons de le dire, en ce qui concerne la forme dans laquelle l'existence du vice doit être constatée, il y a lieu d'appliquer la loi du pays dans lequel l'animal a été transporté, et où cette constatation s'effectue en conséquence. Il y a eu en Belgique maintes décisions en ce sens (1). C'est ainsi qu'il a été jugé avec beaucoup de raison que l'étranger qui, après avoir transporté dans son pays le cheval acheté par lui en Belgique, s'aperçoit que l'animal est atteint d'un vice rédhibitoire, doit en faire constater l'existence dans les formes prescrites par la loi de son pays. L'on a considéré comme tenant lieu du procès-verbal d'expertise exigé par l'art. 4 de la loi du 28 janvier 1838, les certificats constatant le vice rédhibitoire délivrés en Prusse par les vétérinaires de première classe, et les constatations faites par des experts en Angleterre sans aucune forme spéciale. Mais le tribunal de Courtrai nous paraît avoir été trop loin dans cette voie, en décidant que, la loi anglaise ne subordonnant à aucune formalité préalable l'exercice de l'action

(1) Arr. Liége, 31 janv. 1863. Pas. 1863, II, 95. — Huy, 19 févr. 1863. Cl. et B. XI, 1118. — Gand, 5 déc. 1871. Cl. et B. XXII, p. 505. — Gand, 18 mai 1870. Cl. et B. XXII, p. 505. — Liége, 16 juillet 1873. Cl. et B. XXII, p. 1234. — Liége, 10 juin 1874. Cl. et B. XXII, p. 1234. — Louvain, 6 mars 1875. *B. j.*, 1875, p. 490. — Courtrai, 2 juillet 1881. Pas. 1882, III, 258.

rédhibitoire, l'expertise peut être valablement provoquée après le délai fixé par la loi belge en cas de transport de l'animal en Angleterre. La nécessité de l'expertise, ou de la constatation du vice *dans les délais fixés* n'est pas une forme de l'exercice de l'action rédhibitoire, mais une condition de sa recevabilité, et la loi anglaise ne pourrait être invoquée à cet égard que si les parties avaient entendu s'y rapporter.

1187. — Il est généralement admis en Belgique que, lorsque la vente a pour objet des animaux domestiques soupçonnés d'être infectés de maladies contagieuses déterminées par le gouvernement, la vente est nulle, et que l'acheteur, déchu de l'action rédhibitoire par suite de l'expiration des délais, conserve l'action en nullité (art. 319 et 320, C. p.). Ces animaux sont donc véritablement placés hors du commerce. Or, il résulte des observations que nous avons faites plus haut, que, pour déterminer si une chose est hors du commerce, il faut recourir à la loi du lieu où elle se trouve. Dès lors la vente d'un cheval atteint d'une maladie de ce genre sera nulle, si le cheval se trouve en Belgique au moment de la vente. Mais les dispositions des art. 319 et 320 du C. p. constituent en même temps des dispositions d'ordre public au premier chef, puisque ce sont des lois pénales; et nous considérerions également comme nulle la vente, faite en Belgique, d'un animal infecté et se trouvant en pays étranger. Elle le serait sans aucun doute aux yeux du juge belge, et elle devrait être tenue pour telle, même par le juge étranger, celui-ci ne pouvant prêter son appui à la violation, dans un autre pays, des lois d'ordre public qui y sont en vigueur.

1188. — Les art. 1650 à 1657, chapitre V du titre de la vente, déterminent les obligations de l'acheteur, les restrictions auxquelles elles sont subordonnées, et les conséquences de leur inexécution. Toutes ces dispositions se rattachent manifestement au droit supplétif. C'est donc la volonté des parties qui décidera en dernière analyse de l'application de ces dispositions, et il faudra consulter la loi à laquelle elles ont entendu se soumettre. C'est d'après

cette loi que l'on déterminera le lieu et le jour du paiement, que l'on décidera si l'acheteur doit l'intérêt du prix, si une sommation est nécessaire pour le faire courir, sauf à consulter la loi du lieu quant à la *forme* de la sommation. C'est encore la loi expressément ou tacitement admise par les parties qui dira, si l'acheteur peut suspendre le paiement du prix en cas de danger d'éviction, et sous quelles conditions ; si le vendeur, à défaut de paiement, peut réclamer la résolution de la vente, et dans quels cas elle est résolue de plein droit. Tout cela ne paraît pas douteux. Mais la question de savoir d'après quelle loi il faut décider, si le juge peut oui ou non accorder un délai à l'acheteur, pour se libérer avant de prononcer la résolution, est plus délicate. Au premier abord il semble que ce pouvoir accordé au juge soit fondé sur des considérations d'humanité, et doive dépendre en conséquence de la *lex fori*. Mais nous pensons que cette opinion serait erronnée, et que la disposition de l'art. 1655 repose plutôt sur la volonté présumée des parties. Il n'y a aucune considération d'ordre public en cause, et la preuve, c'est que les parties peuvent parfaitement stipuler que la résolution aura lieu de plein droit en cas de non-paiement du prix, ce qui exclut pour le juge le droit d'accorder un délai. C'est donc encore ici la volonté des parties qui doit l'emporter, et il y a lieu de recourir à la loi à laquelle elles sont censées s'être soumises. La question est cependant bien délicate, et nous penchons à croire qu'elle serait en général résolue dans le sens de la *lex fori*.

1189. — Brocher dit que la question la plus importante en cette matière est celle de savoir en quelle monnaie le prix a été stipulé[1]; et il pense que l'étude des circonstances, dans lesquelles le contrat est intervenu, est généralement le plus sûr moyen d'arriver à une solution convenable. Il attache, sous ce rapport, une grande importance à la loi du lieu où le contrat se réalise, se fondant sur les art. 1135, 1159 et 1160 combinés, tout

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 189.

en ajoutant que ce sont là des principes dirigeants qui, en eux-mêmes, n'ont rien d'absolu (art. 1156). Il fait remarquer que la loi du lieu où le contrat doit recevoir son exécution, celle du domicile ou de la nationalité des parties, leur position respective, et leurs habitudes doivent souvent être prises en considération. Mais des questions de ce genre ne soulèvent pas, à proprement parler, des conflits de lois. Il s'agit plutôt de questions d'interprétation et de conflits de langages ou de terminologie. En stipulant le prix en livres ou en florins, les parties ont-elles entendu parler de livres anglaises ou de livres turques, de florins de Hollande ou de florins d'Autriche? Pures questions d'interprétation, pour la solution desquelles il est impossible d'établir à priori des règles absolues et invariables. La langue dans laquelle les conventions ont été rédigées, les présomptions dérivant de ce que le prix serait vil, ou absurdement exagéré, dans l'hypothèse de telle ou telle interprétation, le fait que l'acheteur, de passage dans une localité déterminée, y a traité avec un vendeur établi et domicilié, ou d'après des prix-courants uniformes, dressés dans la langue de ce pays, mille autres considérations peuvent influer sur la décision du juge, qui doit avoir ici un large pouvoir d'appréciation.

1190. — Le chapitre VI traite de la nullité et de la résolution de la vente (art. 1658 à 1685). L'art. 1658 se borne à dire qu'indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà indiquées, « le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix », et la section I^re^, art. 1659 à 1673 traite de la faculté du rachat. La plupart de ces dispositions se rattachent manifestement au droit supplétif, et il n'en est que quelques-unes au sujet desquelles il y ait lieu soit de concevoir des doutes, soit d'adopter une solution différente. Il en est ainsi de l'art. 1660, qui limite à cinq ans la validité d'une stipulation de rachat. A vrai dire, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un réméré ou d'un rachat, mais plutôt, dans notre droit moderne, d'un droit

de reprise en vertu d'une condition résolutoire potestative dans le chef du vendeur. L'exercice de la prétendue faculté de rachat *résout* la vente aux termes formels de l'art. 1658 du Code civil. — Mais pourquoi n'est-il pas permis de stipuler ce droit de reprise ou de résolution pour un délai de plus de cinq ans? — « Le *bien public* » dit Portalis, « ne comporte pas que l'on prolonge trop une incertitude qui ne peut que nuire à la culture et au commerce. » Et Grenier en a donné une raison presque identique. Il serait difficile d'en assigner une autre à cette disposition, qui, dès lors, est manifestement dictée par un intérêt général, et notamment par l'intérêt de la bonne organisation du régime des biens. S'il en est ainsi, elle recevra application en ce qui concerne tous les biens situés dans notre pays. En ce qui concerne les immeubles, cela n'est pas douteux, et résulte suffisamment de l'art. 3 du Code civil. En ce qui concerne les meubles, nous pensons qu'il en faut décider de même, malgré l'absence d'une disposition de ce genre, toujours parce qu'il s'agit d'un intérêt d'ordre économique. Il faut remarquer toutefois que cet intérêt public est d'ordre local, qu'il dépend de la situation des biens, et que, s'agissant de meubles, il y a lieu d'examiner à quel moment ils doivent se trouver dans notre pays pour que l'on puisse se prévaloir de la nullité de la clause. Il semble, au premier abord, que l'on peut s'en prévaloir, dès qu'à *l'expiration du délai* autorisé, et lorsque le vendeur veut exercer le droit de reprise, les objets mobiliers qui font l'objet de la vente se trouvent dans notre pays, et que le lieu ou ils se trouvent *au moment du contrat* ou dans l'intervalle soit indifférent. Nous ne pensons pas cependant que cela soit exact. Ce que l'on considère comme contraire, à tort ou à raison, à l'intérêt public, c'est que les choses vendues soient placées pour ainsi dire hors du commerce pendant un temps trop long, c'est que pendant plus de cinq ans, la propriété en reste incertaine et comme suspendue. Cet intérêt existe-t-il lorsqu'il s'agit de choses mobilières qui se trouvent au moment du contrat en pays étranger? Non, et dès lors, à

ce moment du moins, nos lois ne pourront pas faire obstacle à la validité de la clause. Et si la clause est valable à l'origine, pourra-t-il dépendre de l'acheteur de la rendre nulle, en transportant les objets achetés dans notre pays? Cela nous paraît bien difficilement admissible. La question est cependant douteuse. Peut-être devrait-on admettre que l'effet de la clause dépend à la fois, et de la loi de la situation au moment du contrat, et de celle de la situation au moment où le vendeur prétend lui faire produire ses effets. Dans tous les cas, elle ne pourrait produire effet au préjudice des tiers, contrairement à cette dernière loi.

1191. — L'art. 1663 qui fait courir le délai contre toutes personnes, même contre les mineurs, soulève une question différente. L'application de cette disposition ne dépend-elle pas de la loi nationale du mineur? Nous le pensons. On pourrait bien objecter qu'il ne s'agit pas ici d'une question de capacité, mais de l'effet du contrat. Mais au fond la véritable question est celle de savoir si le mineur a le pouvoir de faire un contrat de cette espèce, ou si son représentant légal a le droit de le conclure pour lui, avec cet effet que le délai courra même contre lui. Si pareil contrat est nul, d'après la loi nationale du mineur, il s'agit bien d'une question de capacité. Il est vrai que, lorsqu'il s'agit d'une clause réservant au vendeur le droit de reprise pour plus de cinq ans, l'exercice de ce droit après l'expiration des 5 ans se heurtera, pour le mineur comme pour le majeur, contre des considérations d'ordre public local. Mais, à défaut de pouvoir exercer le droit de reprise à proprement parler, le mineur aura l'action en nullité ou l'action en rescision pour cause de lésion, et l'on est d'accord que ces actions dépendent du statut personnel.

1192. — Les art. 1664 à 1666 concernent les effets de la convention; et leur application sera régie en principe par la volonté des parties, à moins qu'elle ne se heurte contre des dispositions établies dans l'intérêt des tiers, là où ces articles devraient recevoir exécution. C'est ainsi

que l'application absolue de l'art. 1664, en matière mobilière, vis-à-vis d'un sous-acquéreur de bonne foi, est impossible, même dans notre pays, par suite de la disposition de l'art. 2279 du Code civil : *en fait de meubles, possession vaut titre*. Cette disposition, édictée dans l'intérêt du commerce, et destinée à protéger les tiers, doit l'emporter sur celle de l'art. 1664, s'il n'y a pas moyen de les concilier ; et on peut la considérer comme dérogeant virtuellement à cet article. Quant à l'art. 1665, il n'est que l'application des principes généraux, en matière de contrats sous condition résolutoire, et l'on ne concevrait guères que l'intérêt des tiers pût être plus compromis par la prescription au profit du vendeur seulement. Mais l'art. 1666 établit une règle qui s'appliquait, d'après Laurent, sous l'empire du Code civil, et avant notre loi hypothécaire, à deux cas bien distincts. Le premier est celui où l'immeuble, acquis sous réserve de rachat, se trouve hypothéqué avec d'autres au profit d'une dette du vendeur (1). Aux termes de l'art. 2170 du Code civil, le tiers détenteur, poursuivi par un créancier hypothécaire, jouit du bénéfice de discussion ; il peut exiger que le créancier discute au préalable les biens du débiteur personnel, hypothéqués au profit de la même créance. Mais cette disposition est abrogée par la loi hypothécaire belge, et la question de savoir si l'acheteur avec clause de réméré possède ce droit, dépendra tout d'abord des droits reconnus à l'acheteur dans les cas ordinaires, c'est-à-dire de la *lex situs*. Si la loi du lieu de la situation l'admet pour l'acheteur ordinaire, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'il puisse être reconnu, même à l'acheteur sous clause de réméré, pourvu que telle soit l'intention vraisemblable des parties. Et la situation des biens est un élément qui n'est pas sans importance, même pour la solution de cette question d'intention. Mais si la *lex situs* ne l'admet pas, comme les dispositions de la loi hypothécaire, sur les droits du tiers détenteur, se rattachent au régime des biens, le droit

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXIV, nº 390.

dont il s'agit n'appartiendra pas plus à l'acheteur sous condition de réméré, qu'à tout autre tiers détenteur.

1193. — L'art. 1666 reçoit de l'avis général une autre application. L'acheteur peut aussi opposer le bénéfice de discussion aux créanciers ordinaires du vendeur prétendant exercer le rachat, comme étant aux droits de ce dernier en vertu de l'art. 1166. On peut soutenir qu'il s'agit ici encore de l'intérêt des tiers, mais ils agissent au nom du vendeur ; ils ne peuvent exercer que les droits de ce dernier. Il n'est plus question de l'exercice d'un droit réel indépendant des conventions faites entre vendeur et acheteur. Aussi croyons-nous qu'il n'y a lieu d'avoir égard qu'à la loi qui régit les effets du contrat en général, en vertu de l'intention probable des parties, à la loi qu'elles sont censées avoir acceptée comme régissant leurs conventions. L'intérêt des tiers ne saurait en être sérieusement compromis.

1194. — L'art. 1667 du Code civil, aux termes duquel l'acquéreur à pacte de réméré d'une partie indivise d'un héritage, qui a acquis la totalité sur une licitation provoquée contre lui, peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte, n'est envisagé par Brocher (1) que comme une conséquence des effets donnés au partage et à la licitation par l'art. 883 du Code civil ; et il en conclut qu'il faudra rechercher quelles dispositions contient à cet égard la loi régulatrice de la succession, dont provient la chose dont il s'agit. Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte. L'art. 1667 du Code civil n'est nullement une conséquence de l'art. 883, et cette disposition n'a rien de commun avec les règles générales qui régissent le partage des successions. C'est au contraire une disposition de droit exceptionnel. L'acheteur ne peut s'en prévaloir, que s'il s'est rendu acquéreur de la totalité de l'héritage dont une partie avait été achetée sous condition de réméré, à la suite d'une licitation provoquée contre lui. Il ne le peut pas si c'est lui-même qui

(1) Op cit., T. II, p. 172.

a provoqué la licitation, et il en résulte en même temps que cette disposition n'est point fondée sur l'intérêt du régime des biens. Elle ne repose que sur une équitable interprétation législative de la volonté des parties. On a considéré que l'acheteur était dans ce cas forcé d'acheter le tout, pour conserver la partie indivise déjà acquise par lui. Il faudra donc, à notre avis, s'en référer encore à la loi que les parties ont tacitement acceptée comme règle de leurs conventions. Il en est de même, à notre avis, de l'art. 1668, qui n'est que la conséquence des principes généraux en matière d'obligations. Il pourrait cependant arriver que l'application de cet article, comme celle de l'art. 1667, se heurtât, dans le lieu de la situation, contre des dispositions étrangères basées sur l'intérêt du régime économique des biens, ou sur l'ordre public.

Mais il ne faut pas admettre, sans des raisons sérieuses, qu'il en est ainsi; car, au nom de l'intérêt général, on en arriverait trop souvent à méconnaître la volonté des parties au préjudice de la bonne foi qui est l'âme des conventions. D'autre part, l'art. 1669, qui divise la faculté de rachat entre les héritiers du vendeur, se rattache évidemment à la loi qui régit la succession et son application doit dépendre, à notre avis, de la loi successorale. C'est d'après les mêmes principes que l'on décidera, s'il y a lieu oui ou non d'appliquer l'art. 1670 qui restreint les effets de la division de la faculté de rachat, soit entre les divers vendeurs, soit entre les héritiers d'un vendeur unique, et l'art. 1671 qui exclut l'application de l'art. 1670 vis-à-vis des copropriétaires, vendant par actes séparés leurs parts respectives dans l'immeuble commun.

1195. — C'est encore à la loi qui régit la succession qu'il faut recourir, pour décider s'il y a lieu d'appliquer l'art. 1672, lequel traite de la divisibilité de l'action en réméré, *en ce qui concerne les héritiers divers* de l'acquéreur. Notons cependant que, d'après le droit positif français comme d'après le droit positif belge, cette loi est précisément celle de la situation des immeubles. C'est du moins ce qu'admettent avec raison, selon nous, la plu-

part des auteurs et la jurisprudence. Peut-être le moment est-il proche où l'on en reviendra législativement à des idées plus saines et plus rationnelles. Cette tendance est assez fortement accusée dans presque tous les écrits les plus récents, et, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, le projet belge de revision du Code Napoléon accueille à cet égard la réforme déjà consacrée par le Code civil italien, le Code espagnol, la législation du Congo, etc.... Pas de distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière, qui l'une et l'autre seront régies par la loi personnelle, c'est-à-dire la loi nationale du *de cujus*. Il en est de même des projets allemands.

L'art. 1673, al. 1, est une disposition de droit supplétif, et son application dépend d'autant plus manifestement de la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises, qu'il ne s'agit que des effets de la convention entre parties. Quant à l'alinéa 2, il intéresse les tiers. L'application du principe, d'après lequel la résolution ou le rachat s'opère avec effet rétroactif, en ce sens que les hypothèques et charges, dont l'acheteur a grevé l'immeuble dans l'intervalle, viennent à tomber, peut se briser contre les dispositions contraires de la *lex rei situs* qui dans l'intérêt des tiers, prescriraient leur maintien. Elle n'est pas d'ordre public du reste dans notre pays, et rien ne s'opposerait à ce qu'un contrat conclu sous l'empire d'une loi étrangère différente, fût-il relatif à des immeubles situés en Belgique, y reçut exécution. Mais la disposition qui prescrit le respect des baux concédés sans fraude par l'acheteur, ne repose pas seulement sur l'intérêt commun des parties : elle est dictée par un intérêt public, l'intérêt de la bonne exploitation des biens et de leur bon entretien. Nous pensons que cette disposition doit produire ses effets en conséquence, chaque fois qu'il s'agira d'immeubles situés en Belgique, lors même qu'il serait démontré que les parties ont entendu contracter sous l'empire d'une loi différente.

1196. — Le chapitre VI, section II, traite de la rescision de la vente, pour cause de lésion.

Les dispositions des art. 1674 à 1685 concernent la rescision pour cause de lésion *entre toutes personnes*, même parfaitement majeures et capables, mais elles s'appliquent seulement en matière de vente immobilière. Elles n'impliquent pas un dol, ni une erreur sur la substance de la chose, ni une contrainte injuste destructive du consentement. Mais, comme on l'a fait remarquer avec raison, « l'idée d'une perturbation survenue dans l'exercice de la volonté » n'en prédomine pas moins dans ces dispositions essentiellement fondées sur l'égalité. On suppose que l'acheteur n'a contracté que sous l'empire d'une pression, provenant d'un urgent besoin d'argent. Un défaut de liberté est donc la base rationnelle de la rescision, et Laurent en a conclu que cette règle doit rentrer dans le statut personnel (1). Pas plus que Brocher nous ne pouvons nous rallier à son opinion d'une manière absolue. Mais cet auteur nous paraît à tort pencher pour l'application du statut réel en la matière. La règle qui autorise la rescision d'une vente immobilière, au profit du vendeur, pour lésion de plus des sept douzièmes, n'a rien de commun avec le régime économique de la propriété foncière. C'est, en réalité, une règle d'ordre public, puisque la renonciation à la faculté de demander la rescision pour cause de lésion serait inopérante, et il ne s'agit que de savoir de quelle nature est cet ordre public, quelles sont les personnes dont il peut légitimement enchaîner la liberté.

1197. — S'il s'agissait d'ordre public personnel ou d'un *statut personnel*, comme le dit Laurent, nos lois, autorisant la rescision au profit du vendeur pour lésion des sept douzièmes, ne pourraient être invoquées que s'agissant d'un contrat dans lequel les citoyens belges sont parties. Elles seraient applicables, sans nul doute, si les deux parties, le vendeur et l'acheteur, étaient de nationalité belge. Elles le seraient également, à notre avis, si l'acheteur était Belge, car le législateur belge a

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 84. — Laurent. *Droit civil international*, T. VIII, p. 212.

compétence incontestablement, pour imposer certaines obligations aux sujets belges, en vertu de la conception qu'il se forme des exigences de l'équité. Et de quoi se plaindraient dans ce cas les législateurs étrangers? Il n'en peut résulter pour leurs nationaux, qui se trouvent en rapport avec nos concitoyens, que des avantages. Mais nos lois ne seraient pas applicables, d'après nous, si le vendeur seul était belge. Du moins ne le seraient-elles pas nécessairement. Nous n'admettons en aucune manière, en nous plaçant au point de vue du système de la loi personnelle, qu'il faille suivre en cette matière la loi personnelle de la partie lésée, sous prétexte que la lésion supposerait ou impliquerait un vice de consentement dérivant d'une espèce d'incapacité de l'une des parties. Cette opinion ne nous paraît pas juridiquement soutenable, bien qu'elle soit enseignée par de sérieuses autorités[1]. Il ne s'agit pas ici d'une véritable *incapacité*, dont les éléments peuvent être rationnellement abandonnés à l'appréciation de l'Etat dont relève l'incapable, parce qu'ils dépendent de la nationalité. Il s'agit de circonstances de fait identiques, dont les effets sont diversement déterminés par les diverses législations, et qui, d'après nos lois, doivent faire autoriser la rescision sur le fondement de *considérations d'équité*. Il est *équitable* que l'acheteur subisse la rescision de la vente immobilière en cas de lésion d'outre moitié. Mais pouvons-nous la lui imposer, s'il n'est aucunement soumis à nos lois, par cela seul que le vendeur y est soumis? Nous ne le pensons pas. La sujétion de la partie lésée à nos lois ne peut, sauf les cas d'incapacité proprement dite qui doivent être appréciés d'après la loi nationale de l'incapable, constituer pour elle la base d'un droit contre l'autre partie qui n'y est pas soumise.

1198. — Jusqu'ici le système d'après lequel la rescision pour cause de lésion dépendrait du statut personnel, ne conduit à aucune conséquence inadmissible, pourvu que l'on s'attache au statut personnel de celui qui *subit*

(1) Demangeat sur Fœlix. T. I, p. 217, note *a* et p. 250, note *a*. — Despagnet. nº 418, p. 411. — Laurent. *Droit civ. international*, T. VIII, p. 215.

la rescision. Mais il en résulterait qu'on ne pourrait avoir aucun égard ni à la loi du lieu du contrat, ni à la *lex situs*, lors même qu'elles s'identifieraient ou seraient d'accord pour admettre la rescision pour cause de lésion en faveur du vendeur, si elle n'est point consacrée ou admise par la loi personnelle des parties ou de l'une d'elles. Deux étrangers, appartenant à un Etat dont la législation ne consacrerait pas le droit pour le vendeur, de demander la rescision pour cause de lésion, et qui feraient en Belgique un contrat de vente ayant pour objet un immeuble situé en Belgique, ne seraient donc pas soumis à nos lois à cet égard. La rescision pour lésion d'outre moitié ne pourrait donc être demandée par le vendeur, s'agissant d'un contrat conclu et d'un bien situé en Belgique. Telle est la conséquence à laquelle on est forcément entraîné par ce système, et cette conséquence nous paraît inadmissible. Nous ne pensons pas que ce système ait la moindre chance de triompher devant nos tribunaux.

1199. — Mais le système, d'après lequel l'action en rescision dépend de la loi de la situation, conduit également à des conséquences qui nous paraissent devoir être repoussées. Il s'en suivrait en effet qu'elle pourrait être admise si elle est consacrée par la *lex situs*, alors même qu'elle ne le serait point par la législation nationale commune des parties contractantes, ni par la loi du lieu du contrat. Telle est cependant, comme nous l'avons vu, l'opinion de Brocher[1]. Il reconnaît, il est vrai, que l'idée « d'un défaut de liberté, d'une pression provenant d'un urgent besoin d'argent » est le véritable motif déterminant de nos dispositions légales sur la matière. Mais il finit par opter pour le statut réel, c'est-à-dire la loi de la situation, après avoir hésité entre ce statut et *celui des faits juridiques*, c'est-à-dire, dans sa terminologie, la *lex loci contractus*. Les raisons qu'il en donne, nous paraissent bien peu satisfaisantes. On peut les résumer comme suit :

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 85. — Dans le même sens : Massé, *Droit commercial*, T. I, p. 641. — Fœlix. T. I, p. 217.

1° « La rescision n'est admise qu'en fait d'immeubles, parce que les immeubles présentent généralement une certaine valeur, sont d'une vente plus difficile, d'un prix moins variable et plus facile à apprécier. » Cela est exact en thèse générale, mais il en résulte seulement, à notre avis, que si elle a été exclue s'agissant de meubles, c'est parce qu'il en résulterait des procès d'une solution délicate, et pour des objets peu importants. Il n'en résulte nullement que si, *on l'admet* en matière immobilière, en faveur du vendeur seulement, ce soit par des considérations tirées du régime des biens, de l'intérêt économique de la nation.

2° « Il s'agit d'une disposition d'ordre public, tout au moins d'ordre public interne. » Soit; mais lorsque l'auteur affirme que la loi n'a pas voulu, qu'un immeuble *situé en France* pût être définitivement aliéné sous l'empire d'une telle pression, il affirme ce qui devrait être démontré. Comment peut-il affirmer que le législateur n'a eu en vue que les immeubles situés en France? Est-ce dans l'intérêt de l'immeuble que la règle est établie? L'auteur reconnaît lui-même que l'idée d'une pression, d'un défaut de liberté est à la base de la rescision pour caus de lésion. S'il en est ainsi, c'est dans l'intérêt de la partie lésée, et à l'encontre de l'autre, qu'elle est instituée.

3° « Toutes les dispositions relatives à ce sujet paraissent inséparables et indivisibles. Or, il en est un grand nombre qui intéressent le régime des biens, en ce sens qu'elles entourent cette rescision de garanties et de mesures, tendant à atténuer les perturbations qui pourraient en résulter dans le mouvement social, etc... » Cette indivisibilité nous paraît plus imaginaire que véritable. Les garanties et mesures, tendant à atténuer les perturbations que pourrait produire la rescision dans le mouvement social, peuvent parfaitement être de droit réel, en ce sens que la *lex situs* viendra *limiter* l'action en rescision fondée sur un droit étranger, mais elle n'en sera pas la base.

4° « Il résulte de ce qui précède que la loi française

serait bien difficilement appliquée en pays étrangers, et qu'une loi étrangère rencontrerait des obstacles insurmontables, s'il s'agissait d'en faire l'application sur le territoire français. » Si, au lieu de dire des *obstacles insurmontables*, Brocher avait dit des *limites*, il se serait exprimé plus exactement. Le meilleur moyen de répondre à ces observations, c'est de sortir du champ des généralités pour entrer dans le domaine des exemples pratiques. Supposons que la loi nationale du vendeur et de l'acheteur autorise la rescision pour lésion des 5/12 ou des 6/12, le vendeur étranger ne pourra néanmoins obtenir la rescision de la vente que pour lésion de plus des 7/12, s'agissant d'un immeuble situé en Belgique. On conçoit parfaitement que, dans l'intérêt de la bonne exploitation des biens, le législateur limite les causes de rescision de la vente et leur effet, l'incertitude du droit de propriété étant nuisible à cet intérêt économique. Supposons qu'un Belge vende à un autre Belge en Belgique un immeuble situé en pays étranger, il ne pourra obtenir la rescision de la vente que pour lésion de plus des 8/12, si telle est la disposition de la *lex situs*. En résumé la *lex situs* sera appliquée, en tant qu'elle limite ou interdit la rescision, pour atténuer les perturbations qui en résultent dans le mouvement social. Elle n'est pas la base de cette action.

1200. — D'autres auteurs appliquent la loi du contrat, c'est-à-dire, dans le cas le plus général, la *lex loci contractus* [1], en vertu de la volonté présumée des parties. Mais la question ne rentre point dans l'autonomie des parties, et la disposition dont il s'agit n'est pas de pur droit supplétif, elle n'est pas du nombre de celles auxquelles les parties puissent se soumettre, ou ne pas se soumettre, par une stipulation expresse. Si elles pouvaient s'en affranchir par une convention formelle, la loi perdrait toute efficacité, car des conventions pareilles deviendraient de style.

(1) Fiore. p. 460, nº 294. — Lecasble. p. 247. — Rocco. p. 351. — Weiss. p. 803. — Bossion. p. 250. — De Bar (T. II, p. 43) enseigne d'une manière générale qu'il faut appliquer la loi qui régit la validité du contrat, et ne s'explique pas autrement. La jurisprudence est muette, croyons-nous.

Elles ne seraient pas plus libres d'ailleurs que la convention de vente elle-même, dans laquelle on suppose un défaut de liberté chez le vendeur. L'art. 1674 condamne du reste expressément toute stipulation contraire. Dès lors, il faut rechercher à quelle loi les parties sont soumises, et non pas à quelle loi elles ont *entendu se soumettre* à cet égard. Or, il nous paraît tout d'abord qu'elles sont soumises à leur loi nationale commune, et que la loi nationale de l'acheteur seule peut même limiter dans une certaine mesure sa liberté, et les effets de la stipulation faite en sa faveur. Toutefois en cas de nationalités différentes, il suffirait à notre avis que la rescision fut inscrite dans la loi nationale du vendeur, si la loi du lieu de la situation n'y fait pas obstacle. Nous comprendrions en outre que l'action en rescision pût également trouver sa base dans la loi du lieu du contrat, non pas précisément comme loi acceptée par les deux parties, mais comme loi régissant naturellement, dans ses dispositions *obligatoires*, les effets de leurs conventions. Elle pourrait donc se justifier, soit par la loi personnelle, soit par la loi du lieu du contrat. Il paraît rationnel, en effet, que celui qui contracte dans un pays déterminé soit soumis aux lois locales qui limitent les effets de son activité juridique, sans être affranchi des prescriptions de sa loi personnelle. Mais la *lex situs* ne doit être prise en considération, que si elle limite ou exclut la rescision pour cause de lésion. Elle ne peut être la base de cette action.

1201. — On peut, il est vrai, se demander s'il n'y a pas lieu d'appliquer ici la maxime romaine « *Unus quisque contrahere videtur in eo loco ubi ut solveret se obligavit* ». Comme la rescision pour cause de lésion implique l'obligation pour l'acheteur de rendre le bien en cas de lésion, il semblerait naturel d'appliquer en ce cas la loi du lieu où l'immeuble doit être restitué, c'est-à-dire la loi de la situation, non comme telle mais comme loi du siège de l'obligation. Cela conduirait en somme à l'application, au moins en cette matière, du système de Savigny. L'on pourrait dire en sa faveur que le législateur du pays où

l'obligation doit être exécutée, a une compétence naturelle pour déterminer les conditions dans lesquelles elle doit l'être. Mais, en ce qui concerne la question qui nous occupe, nous croyons qu'il vaut mieux s'attacher à la loi personnelle des parties, et à la loi du lieu du contrat. Si l'obligation de restituer était basée sur des considérations d'ordre public purement économique et local, nous admettrions volontiers la compétence de la loi du lieu de la situation pour l'imposer. Mais, comme elle repose sur des considérations générales d'équité, sur l'hypothèse plus ou moins exacte d'une perturbation du libre arbitre interne chez l'une des parties contractantes, nous pensons qu'il faut attacher une importance prépondérante à la loi sous l'empire de laquelle le contrat s'est formé, ainsi qu'à la loi personnelle de l'acheteur. Elles seules peuvent servir de base à l'action en rescision pour cause de lésion, bien que cette action puisse se heurter, nous le répétons, contre les obstacles et les limitations que peut lui opposer la loi du lieu de la situation.

1202. — Nos lois n'admettent pas la rescision pour cause de lésion en faveur de l'acheteur, et elles ne l'admettent pas davantage en faveur du vendeur de choses mobilières. Nous ne pensons pas que ce droit puisse être reconnu au vendeur, ou à l'acheteur étranger dans ces hypothèses, quel que soit du reste le lieu du contrat, dès qu'il s'agit d'immeubles situés ou de choses mobilières se trouvant en fait dans notre pays. Toute action de ce genre trouble une situation acquise, établie, et n'est dès lors pas sans inconvénient au point de vue économique, au point de vue du régime des biens. Si l'on vend assez souvent un immeuble sous l'empire d'une pressante nécessité, il est bien rare que l'on en achète sous la même pression, et ce n'est pas en vue d'éventualités aussi exceptionnelles que l'on peut admettre une action de cette espèce. Quant aux motifs qui l'ont fait exclure, *même en faveur du vendeur*, dans les ventes de choses mobilières, ils sont moins plausibles peut-être ; mais il n'en est pas moins certain que le législateur maintient dans ce cas le contrat, et que

la stabilité des contrats présente un certain intérêt économique. Elle ne peut pas être ébranlée sans de sérieux motifs. Il ne faut certes pas que ces motifs, lorsqu'ils reposent sur un défaut de consentement réel, et sont admis par la loi qui régit normalement les consentements, soient expressément admis par la *lex situs*, mais il faut tout au moins que, s'ils sont basés sur des considérations générales d'équité, ils ne soient pas repoussés par cette loi.

1203. — Il résulte de cet ensemble d'observations que tout vendeur d'immeubles, si le contrat a été fait en Belgique, ou si l'acheteur est Belge, pourra se prévaloir de l'art. 1674 contre ce dernier, pour demander la rescision du chef de lésion de plus des 7/12, pourvu que son droit ne se heurte point contre la *lex situs*. Cette dernière pourrait lui refuser ce droit, ou le subordonner à une lésion plus grave. Mais, si elle se contentait d'une lésion moindre, cela ne suffirait pas pour autoriser le vendeur à demander la rescision du chef de lésion de moins des 7/12. C'est exactement d'après les mêmes principes qu'il faut apprécier, nous paraît-il, l'applicabilité de l'art. 1675, d'après lequel il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente; mais si la *lex situs* prescrivait l'estimation au moment de l'action, ce qui est peu vraisemblable d'ailleurs, on pourrait exiger l'estimation et l'existence de la lésion aux deux époques. L'art. 1676, alinéa 1, limite la durée de l'action à deux années, à compter du jour de la vente; l'action pourra être limitée à un terme moindre par la *lex situs*, mais non prolongée au delà. L'alinéa 2 dispose que le délai court contre les femmes mariées, les absents, les interdits, et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. On pourrait croire qu'il y a lieu d'appliquer la loi nationale de ces incapables. Il n'en est pas ainsi. Cette disposition, fondée sur un intérêt territorial, fait bon marché de l'incapacité du national, même d'après sa loi nationale; à plus forte raison n'aura-t-on pas égard à l'incapacité de l'étranger. Nous estimons que son application pourra se justifier, non-seulement par la loi qui gouverne ici le

contrat, mais en vertu de la situation de l'immeuble. Et nous en dirons autant de l'alinéa 3, qui dispose que ce délai court aussi pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de réméré.

1204. — Il semble au premier abord que la nature de lois de procédure prédomine absolument dans les art. 1677 à 1680; et cela est incontestable, en ce qui concerne les art. 1679 à 1680, qui sont relatifs à la forme de l'expertise et au mode de désignation des experts. Il en est même ainsi, d'après nous, de l'art. 1677, qui exige un jugement d'admission à preuve, basé sur une articulation de faits, assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion. Il faudra donc appliquer, à cet égard, la *lex fori*. Mais la disposition de l'art. 1678, qui n'admet que la preuve par experts, touche sous ce rapport au droit matériel, car il est de principe que l'admissibilité des moyens de preuve dépend du droit matériel. On ne pourra donc admettre que les moyens de preuve qui sont autorisés à la fois par la *lex situs*, et par la loi qui gouverne le contrat d'après les observations que nous avons faites ci-dessus. La loi qui régit le contrat obligatoirement, celle qui s'impose à l'acheteur, en tant que loi nationale de ce dernier, ou la *lex loci contractus* suffirait bien en principe, pour justifier l'admissibilité de tel ou tel moyen de preuve; mais elle peut se heurter ici contre la *lex situs*, si cette dernière se montre plus rigoureuse dans un intérêt territorial et économique, dans le but de restreindre ces actions en rescision.

1205. — Pour que l'acquéreur ait la faculté de s'affranchir de la restitution du fonds, en payant le supplément du juste prix, sous déduction du dixième du prix total, et à plus forte raison, pour que le tiers possesseur ait ce droit (art. 1681), il suffit que ce droit lui soit reconnu par la *lex situs*. Mais, lors même que cette loi ne le lui reconnaîtrait pas, aucun intérêt économique ne peut s'opposer dans le pays de la situation, à ce que ce droit soit exercé en vertu de la loi qui gouverne le contrat. Cela nous paraît évident. Nous ne voyons pas non plus en quoi le

régime économique pourraît être compromis dans le pays de la situation, par l'application de l'art. 1682, lequel règle certaines conséquences accessoires de l'action en rescision pour cause de lésion, quant aux fruits et aux intérêts; et le vendeur pourra se prévaloir, à cet égard, contre l'acquéreur, soit de la loi nationale de ce dernier, soit de la loi du lieu du contrat. Quant à l'art. 1683, aux termes duquel la rescision n'a pas lieu en faveur de l'acheteur, nous en avons examiné les conséquences et l'applicabilité. L'art. 1684 qui exclut cette action s'agissant des ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice, donne lieu à quelques observations.

Cet article n'exclut pas la rescision dans toute vente judiciaire, dans toute vente faite avec l'intervention de la justice, mais dans toute vente qui *ne peut* être faite, *d'après la loi*, que *d'autorité de justice*. Il ne suffit donc pas que l'intervention de la justice soit nécessaire pour la régularité de la vente, si celle-ci est d'ailleurs le résultat de la volonté libre du vendeur ou des vendeurs. Il faut que ce soit pour ainsi dire la justice qui vende, lorsque le propriétaire ne veut pas vendre, ou est incapable, comme il arrive dans les ventes sur expropriation forcée, ou dans les ventes de biens de mineurs. Il est superflu de rechercher les motifs de cette disposition qui sont des plus transparents, et il est manifeste que jamais nos tribunaux n'accueilleront une action en rescision pour cause de lésion, s'agissant d'une vente qui, d'après la loi, ne pouvait être faite et n'a été faite en Belgique que d'autorité de justice. Ils ne sont pas tenus de l'admettre, lors même qu'il s'agirait d'étrangers soumis à une législation différente, ou d'immeubles situés en pays étrangers. Mais quel sera le sort de ces ventes, si l'action en rescision était portée devant les tribunaux étrangers? Nous pensons qu'elles devraient être maintenues. D'abord, lorsqu'une vente ne peut avoir lieu que par autorité de justice, les immeubles qui en font l'objet sont généralement situés en Belgique. Il en est nécessairement ainsi quand il s'agit

d'expropriation forcée. L'acte a été passé dans ce cas en Belgique par une espèce de nécessité légale, et doit logiquement sortir ses effets d'après la loi belge. Que l'on admette que la justice vende véritablement en ce cas, ou que ce soient les créanciers qui vendent, la rescision pour cause de lésion n'est pas concevable. Quant au cas où il s'agit de vente de biens de mineurs, ou autres incapables, ventes qui ne peuvent être faites en Belgique que conformément à la loi du 12 juin 1816, s'il s'agit d'incapables de nationalité belge, il est tout naturel d'appliquer la loi belge, et cela pour beaucoup de raisons. Mais il faudra en décider de même, nous paraît-il, s'il s'agit d'incapables de nationalité étrangère, au moins si les biens sont situés en Belgique; car l'action en rescision pour cause de lésion ne peut être autorisée en dehors des cas prévus par la *lex situs*. Il n'y a lieu d'hésiter que s'il s'agit, par exemple, d'un mineur étranger et de biens situés hors du territoire belge. Dans ce cas l'action en rescision pourrait être admise, si la *lex situs* ne s'y opposait pas, et si elle était justifiée d'après la loi nationale du mineur ou d'après la loi qui régit le contrat. Le législateur étranger est en principe le meilleur juge de la valeur des garanties, que l'observation des formes par lui prescrites offre aux parties contre leurs propres entraînements. Cette observation présente surtout de l'importance, quand il s'agit d'apprécier en Belgique l'irréfragabilité d'un lien juridique formé en pays étranger. Il n'est pas rationnel que le juge belge attache plus de valeur à l'intervention de l'autorité judiciaire étrangère, que ne lui en reconnaît la loi du pays où l'acte a été accompli, ou la loi de l'Etat dont les parties dépendent rationnellement. L'application de la loi étrangère ne pourrait, dans ce cas, trouver obstacle, en ce qu'elle admet la rescision de la vente lésionnaire, que dans les dispositions de la *lex situs*.

1206. — L'art. 1685 renvoie à la section précédente, c'est-à-dire aux articles 1668 à 1672, quant à la solution des questions qui se présentent, lorsque plusieurs ont vendu conjointement ou séparément et lorsque le vendeur

ou l'acheteur a laissé plusieurs héritiers. L'application de ces dispositions à la rescision pour cause de lésion est soumise aux mêmes distinctions que celles faites plus haut. Elle dépend de savoir quel est le droit qui régit l'obligation en général ou du droit héréditaire. Nous ne croyons rien devoir ajouter à nos observations.

1207. — Le chapitre VII traite de la licitation. L'art. 1686, qui détermine quand il y a lieu à licitation, et qui la prescrit si une chose commune ne peut être partagée commodément et sans perte, ne peut guères donner lieu à des conflits de droit, le principe qu'il pose étant pour ainsi dire commandé par la nécessité. Il semble seulement que, quant à la forme, il faille appliquer la maxime *locus regit actum*. L'art. 1687 contient deux dispositions : l'une aux termes de laquelle chacun est le maître de demander que les étrangers soient appelés à la licitation, nous paraît dépendre essentiellement de la loi qui régit l'indivision entre parties, et dès lors le partage, quant au fond. Cette loi est celle qui régit la succession, si l'indivision provient d'une succession ; et, comme les immeubles sont encore considérés chez nous comme régis par la loi de leur situation quant au droit successoral, ce sera la loi belge qu'il y aura lieu d'appliquer, s'agissant d'immeubles situés dans notre pays. Nous ne croyons pas qu'il s'agisse ici d'une question de forme, c'est un élément substantiel du partage, ou de ce mode de partage. Quant à la seconde disposition de l'art. 1687 prescrivant d'appeler les étrangers à la licitation, dès que l'un des copropriétaires est mineur, elle fait partie des dispositions de fond destinées à protéger les mineurs contre toute lésion, Il nous semble donc qu'il faut observer les dispositions de sa loi nationale. Nous savons bien qu'il y a d'autres dispositions tutélaires ou protectrices en faveur des mineurs, qui sont, de l'avis général, régies par la loi du lieu où l'acte est accompli. Et c'est ainsi que, dans l'opinion commune, les biens des mineurs étrangers situés dans notre pays y seront vendus dans les formes prescrites par la loi du 12 juin 1816.

Mais ici il ne s'agit pas, à vrai dire, d'une question de forme. Il s'agit de la nature même de l'acte juridique qui se modifie suivant que les étrangers y sont ou non appelés, et ne constitue une véritable vente que dans le premier cas. Quant aux formes de la licitation, dont il est question dans l'art. 1688, elles seront exclusivement régies par la loi du lieu.

1208. — Il est traité au chapitre VIII : *Du transport des créances et autres droits incorporels*.

Le Code traite sous ce titre, dans les art. 1689 à 1701, du transport ou de la vente des créances, de la vente ou cession d'une hérédité ou de droits litigieux. Nous n'avons pas à examiner si le terme *droits incorporels* constitue une espèce de barbarisme, comme le dit Laurent, ou s'il est rationnel. Nous dirons seulement que ce terme plus, ou moins imparfait, s'explique dans une certaine mesure, le législateur ayant voulu opposer au droit de propriété, qui s'incorpore pour ainsi dire dans la chose qui en est l'objet, et s'identifie avec elle, qui l'absorbe tout entière, tous les autres droits que l'on peut avoir sur une chose déterminée. Il serait trop long également d'entrer dans l'examen détaillé des nombreuses controverses, que soulèvent les diverses dispositions du Code relativement à cette matière. Nous nous bornerons à exposer brièvement les principes qui doivent servir à résoudre les conflits, de nature à surgir à propos de ces dispositions. — Il convient de remarquer d'abord que, si l'art. 1689 traite du transport des créances et droits incorporels en général, les art. 1690 à 1695 ne concernent, dans l'opinion générale, que la vente des créances, les art. 1696 à 1698 la vente d'une hérédité, et les art. 1699 à 1701 la vente d'un droit litigieux. Nous noterons tout d'abord que l'art. 1689 ne traite que de la manière dont s'opère la délivrance *entre le cédant et le cessionnaire*.

Au point de vue de notre droit, cette question ne présente guères d'importance. Il en résulte simplement que, pour exécuter ses obligations vis-à-vis du cessionnaire, le cédant doit remettre le titre; mais cette tradition

n'a plus aucun effet sur la translation de propriété entre parties, laquelle s'opère par l'effet seul de la convention (art. 1138, C. civ.). Or, la question de savoir ce que les parties doivent faire pour exécuter leurs obligations, dépend absolument de leur volonté commune, et la disposition de l'art. 1689 est par conséquent de pur droit supplétif. Il est peu probable que l'application d'une disposition aussi simple puisse entraîner un conflit. Dans tous les cas, s'il y avait des divergences de législation à cet égard, il faudrait appliquer la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises. Nous nous en référons à cet égard aux observations que nous avons faites plus haut. Il en est exactement de même des art. 1692 à 1694, qui ne concernent également que les effets de la cession de créances entre parties.

1209. — Mais il en est autrement des art. 1690 et 1691, relatifs aux effets de la cession vis-à-vis des tiers. La loi exige ici une condition, c'est la signification du transport au débiteur. Le débiteur, qui est un tiers relativement à cette convention, se libère valablement en payant au cédant, aussi longtemps que la cession ne lui a pas été notifiée. La jurisprudence tend à admettre, il est vrai, qu'il n'en est ainsi, que si le débiteur est de bonne foi. Mais tel n'en est pas moins le principe expressément consacré par l'art. 1691. Or, l'intérêt des tiers est incontestablement un intérêt général, et dès lors l'effet des dispositions dont il s'agit, semble ne point dépendre de la libre volonté des parties. Il importe donc peu d'examiner à quelle loi elles ont entendu se soumettre. Mais d'autre part, ce serait aller trop loin, ce nous semble, que de considérer cette formalité comme devant toujours être exigée par nos tribunaux, pour que la cession produise effet vis-à-vis des tiers, quelle que soit la nationalité des parties, quel que soit le lieu où la dette originaire est née, en quelque lieu que la cession et le paiement se soient opérés. On aboutirait ainsi directement à des décisions contradictoires. Il serait peu rationnel aussi de s'attacher au lieu où la cession a été opérée. De quoi s'agit-il en

effet? De savoir à quelles conditions le paiement fait par un tiers (le débiteur), soit au créancier primitif, soit à un second cessionnaire qui aurait fait la notification, tandis que le premier ne l'aurait point faite, sera valable. C'est en somme la question de savoir comment *le premier contrat*, le contrat ayant donné naissance à la dette primitive, *pourra être exécuté*, qui se pose. Il faut donc voir par quelle loi l'exécution de ce premier contrat est logiquement régie. D'après les principes que nous avons posés plus haut, on serait tenté d'admettre qu'il faut avoir égard à la loi du domicile commun, à la loi nationale commune des parties, ou au lieu du contrat si elles sont de nationalité différente. Il convient toutefois de remarquer qu'il s'agit ici d'une règle relative à l'exécution, il est vrai, mais prescrite uniquement dans l'intérêt des tiers. Cela nous détermine à donner la préférence à la loi du lieu de l'exécution ou du paiement, pourvu que ce lieu n'ait pas été frauduleusement choisi, ce qui invaliderait d'autant plus le paiement que, d'après la jurisprudence, la validité de celui-ci présuppose la bonne foi. D'après la doctrine de Savigny, cela ne saurait faire de difficulté, puisqu'il donne en règle la préférence à la loi du lieu de l'exécution. Et les auteurs qui font prédominer la loi du lieu du contrat, ou celle de la nationalité des parties, quand elles ont une nationalité commune, font eux-mêmes des réserves (trop amples même, à notre avis), en ce qui concerne l'exécution. Notre solution nous paraît devoir être admise par eux sans difficulté. Le paiement, en tant qu'il peut compromettre les intérêts de personnes qui n'ont point été parties au contrat primitif, apparaît comme un acte juridique séparé, et il est bien naturel d'en apprécier la validité en tant qu'il intéresse ces personnes, c'est-à-dire des tiers, d'après la loi du lieu où il s'effectue.

1210. — Les dispositions des art. 1696 à 1698, sur la cession d'une hérédité, ne concernent que les effets de cet acte juridique entre parties. Elles sont étrangères à l'intérêt des tiers et constituent du pur droit supplétif. C'est

donc à l'intention des parties que l'on devra s'attacher. En l'absence de circonstances spéciales, qui révèlent cette volonté d'une manière certaine, la nationalité commune des parties devra, nous paraît-il, avoir une grande influence sur la solution de cette question d'intention, bien que leur domicile commun, le lieu du contrat, le lieu même où il doit se réaliser, puissent être pris également en sérieuse considération. Dans des contrats de cette espèce, il est assez naturel de supposer que les parties se placent au point de vue de leur loi nationale. En général cependant, la réunion de plusieurs de ces éléments nous paraît devoir exercer plus d'influence que l'existence d'un seul. Il est très dangereux de poser en cette matière des règles absolues. Nous nous référons aux observations générales que nous avons faites plus haut.

1211. — Les art. 1699 à 1701 ne constituent pas des dispositions de droit supplétif. Lorsque la cession d'un droit litigieux s'opère, ces dispositions établissent au profit d'un tiers, de celui contre lequel le droit litigieux est cédé, et qui n'est nullement intervenu au contrat de cession, un droit indépendant de la volonté commune des parties contractantes. Laurent faisant assez bon marché des explications que l'on a données de ces dispositions exorbitantes, dans les discussions dont elles ont été l'objet, fait remarquer que le seul motif qu'on en puisse donner, c'est qu'elles mettent fin à un procès (1). C'est donc dans un intérêt général qu'elles paraissent avoir été édictées. Prévenir, arrêter les procès, c'est là un intérêt général. Nous n'examinerons pas si le retrait litigieux concerne le cas de cession par échange, aussi bien que par vente, question qui nous paraît devoir être résolue affirmativement. Mais nous ne croyons pas, en tout cas, qu'il s'applique au cas de donation d'un droit litigieux. Si le vrai motif sur lequel repose ce droit exceptionnel, qui implique une véritable expropriation sans juste indemnité, est le désir de prévenir les procès, il apparaît bien clairement par les

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXIV, n° 318.

discussions que l'on n'a entendu le consacrer que vis-à-vis de ceux qui spéculent sur un procès; et d'autre part. l'obligation pour le débiteur de rembourser le prix de la cession suppose nécessairement une cession à titre onéreux. Par contre, les mots *droits litigieux* étant généraux, comprennent toute espèce de droits litigieux, même les droits réels, même la propriété.

Or, si le véritable but de la disposition est de prévenir les procès, il faut bien reconnaître que cet intérêt se réalise là où le droit litigieux doit être régulièrement poursuivi, et est peut-être poursuivi déjà. Remarquons, au surplus, que ce lieu est aussi le plus souvent celui où doit se réaliser le rapport juridique qui a donné naissance au droit litigieux. Et, s'il s'agit d'un droit réel immobilier, c'est là aussi que se trouvera situé l'immeuble dans la plupart des cas. On ne peut s'attacher au lieu où est né le contrat de cession, s'agissant d'un droit que la loi consacre au profit d'un tiers étranger à ce contrat. D'autre part, la nationalité des parties et leur domicile sont choses indifférentes, le retrait litigieux étant fondé sur des considérations d'intérêt général. On admettra donc le retrait litigieux là où le procès est, ou devrait être poursuivi, s'il est consacré par la loi locale. Certes, cela peut paraître exorbitant, mais cela ne présente cependant rien de plus exorbitant que la disposition elle-même. On peut se demander toutefois si l'inverse sera vrai également. Supposons que le retrait litigieux ne soit pas consacré, par la loi du lieu où vient à s'engager le procès tendant à le faire appliquer. Ne pourra-t-on jamais l'admettre lors même qu'il serait établi par la loi nationale des parties, par la loi du lieu où le contrat originaire a été conclu, et par celle du pays où s'effectue la cession? Nous inclinons vers cette dernière solution, à cause du caractère exceptionnel et anormal de ce droit, qui viole, quoi qu'on en dise, les règles ordinaires du droit. La question de savoir dans quelle mesure il est permis de porter atteinte, dans un intérêt général, à des droits privés, se rattache toujours plus ou moins à l'ordre public. Les tribunaux d'un pays ne peu-

vent être obligés de sanctionner, contrairement à leur propre législation, l'espèce d'expropriation dont il s'agit ici, en vertu d'un droit étranger.

1212. — On est bien loin d'être d'accord cependant en doctrine et en jurisprudence sur la solution de ces questions. D'après M. Laurent, le retrait litigieux est une disposition d'ordre public qui dépend de la *lex fori*(1). M. Brocher, tout en reconnaissant que le motif de ces dispositions est « que le législateur n'a pas voulu que les procès puissent être entretenus et aggravés par l'intervention de tels mobiles », c'est-à-dire par « l'esprit de chicane qui pousse certaines personnes à intervenir dans des procès, en acquérant les droits de l'une ou de l'autre des parties », ajoute que « c'est bien du régime des biens et de protection qu'il s'agit(2) ». C'est trop restreindre et trop spécialiser le but du retrait litigieux. Il ne s'agit pas, à proprement parler, du régime des biens. Il s'agit de prévenir les procès, sources de frais inutiles et frustratoires, ferments de discorde et de ressentiments. Le régime des biens n'y est pas intéressé directement, mais bien l'intérêt général. Au moins cela ne touche-t-il en rien les biens sur lesquels le procès porte, et qui font l'objet de la cession. La situation de ces biens semble indifférente. Pourquoi donc s'arrêter, comme il le fait, à la loi de la situation quand il s'agit de choses immobilières? Il est vrai que, d'après le droit français et belge, les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. Mais on admet généralement que ce principe ne reçoit pas application, s'agissant d'une loi qui ne régit pas directement les immeubles, et lorsqu'il est simplement question des effets des contrats relativement à ceux-ci. Pourquoi, d'autre part, s'attacher à la loi du lieu du contrat de cession, s'agissant de choses mobilières? N'est-ce pas une disposition d'intérêt général, et où cet intérêt général, surgit-il?

Il a été décidé d'autre part que la demande en retrait

(1) Laurent. *Droit civil international*, T. VIII, nº 140.
(2) Brocher. *Cours de droit international*, T. II, pp. 199 et 200.

litigieux était admissible, bien que la cession eût été faite dans un pays qui n'admettait pas le retrait litigieux. Il était question, il est vrai, d'un engagement souscrit par un Français domicilié en France « et ayant le droit d'invoquer le bénéfice et la protection de la loi française »[1]. Et cette décision est exacte, parce que le procès se mouvait en France. Mais le motif invoqué nous paraît erroné. Le retrait litigieux n'est pas basé sur le désir de protéger le débiteur du droit litigieux, qui ne mérite peut-être aucune protection, mais sur l'intérêt général. Le Tribunal de l'empire a décidé toutefois la question en Allemagne dans un autre sens[2].

1213. — Le titre VII, liv. III du Code traite *De l'échange* (art. 1702—1707, C. civ.).

Le Code Napoléon assimilant l'échange, dans une large mesure, à la vente, nous ne pourrions, sans de nombreuses répétitions, examiner l'échange d'une manière complète au point de vue du droit international privé. L'art. 1702 le définit; et il est certain qu'au point de vue de notre droit, il n'y a échange que si l'acte juridique accompli répond à cette définition, laquelle n'est du reste pas très précise, en ce qu'elle ne dit pas que, dans l'échange, aucune des choses respectivement données ne consiste principalement dans une somme d'argent. L'art. 1703 assimile l'échange à la vente, quant à l'effet translatif de propriété de la seule convention. Nous ne voulons point reproduire ici les observations que nous avons faites, en ce qui concerne l'effet de cette disposition en droit international privé, et les conflits qui en peuvent résulter. — « Les art. 1704 et 1705 semblent être » dit Brocher, « les conséquences de ce que l'échange » doit transférer de plein droit la propriété des choses » qui en font l'objet, principe que l'art. 1702 énonce en » termes clairs et directs[3]. » Par ces mots *de plein droit*, Brocher entend la transmission par le seul effet de la

(1) Paris 20 fév. 1874. *Bull. Cour de Paris*, 1874, p. 307.
(2) 13 nov. 1885. *J. de dr. int. privé*, 1887, p. 342.
(3) Brocher. *Eod.*, T. II, p. 203.

convention. Pour le surplus, son observation est vraie en ce qui concerne l'art. 1704, inexacte en ce qui concerne l'art. 1705, lequel n'est que l'application de l'art. 1184 du Code civil, comme l'est du reste l'art. 1630 relatif à la vente. Quant à l'art. 1704, il établit au profit de l'échangiste un droit analogue à celui que l'art. 1599 consacre au profit de l'acheteur, et nous n'avons qu'à nous référer ici à nos observations sur l'application de cet article.

1214. — La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu aux termes de l'art. 1706 dans le contrat d'échange. Cette règle de notre droit reçoit-elle application, lorsque le contrat a été passé dans un pays étranger soumis à une loi différente; lorsque les deux parties appartiennent à ce pays par leur nationalité; lorsque les immeubles y sont situés? Sur toutes ces questions, nous pouvons nous en référer à ce que nous avons dit plus haut de la rescision pour cause de lésion en matière de vente. Nous ferons également remarquer que la loi de la situation peut ici encore former, à elle seule, obstacle à cette rescision. Et l'observation est d'autant plus importante qu'il y a deux biens en jeu, deux immeubles peut-être, situés dans des pays différents. La rescision peut se heurter contre deux lois de la situation. Il suffit que la *lex situs* de l'un des biens s'y oppose. Pour le surplus, l'art. 1707 applique à l'échange les règles prescrites pour le contrat de vente, et nous n'avons, par conséquent, aucune observation nouvelle à faire ici.

TITRE XXV.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

Observations générales.

1215. — « Le Code civil réunit, dit Brocher, sous le nom de louage, des contrats de natures fort diverses, qu'il ramène toutefois à deux catégories, le louage de choses et le louage d'ouvrage [1] ». Il traite en outre, dans un chapitre séparé, du bail à cheptel qui semble être, dit Brocher, une combinaison des deux autres. Mais nous croyons plutôt que le bail à cheptel est une variété du louage de choses. Cela nous paraît résulter des termes mêmes dans lesquels le législateur s'exprime. Après avoir divisé les contrats de louage en deux grandes catégories : le louage de choses et le louage d'ouvrage (art. 1708), et défini l'un et l'autre (art. 1709 et 1710), il ajoute que ces *deux genres* de louage *se subdivisent* encore en plusieurs espèces particulières : le bail à loyer, le bail à ferme, le loyer ou louage de travail ou de services, qui n'est évidemment qu'un louage d'ouvrage, le bail à cheptel qu'il définit *louage des animaux, etc...*, c'est-à-dire comme un louage de choses, et les devis, marchés ou prix faits qui constituent une variété du louage d'ouvrage. Il ajoute que ces trois dernières espèces sont soumises à des règles particulières, et les définit plus loin avec plus de précision.

1216. — Quelle est la force, l'importance de ces classifications, de ces définitions en droit international privé?

(1) Brocher. Op. cit. T. II. p. 204.

On peut en conclure, ce nous semble, que tout contrat qui ne répondra à aucune de ces définitions, ne sera pas un vrai louage aux yeux de notre législateur, mais un contrat innommé en droit belge et français. Et ce contrat n'en sera pas moins valable, pourvu qu'il ne contienne rien de contraire à notre ordre public, ou au régime des biens situés dans notre pays. Supposons maintenant que ce contrat ait un nom dans telle ou telle législation étrangère, et qu'il porte, par exemple, le nom de louage, cette circonstance devra entrer en ligne de compte, pour résoudre la question de savoir si les parties n'ont pas entendu tout simplement contracter d'après cette loi. On ne l'admettra certes pas si les deux parties sont Belges et domiciliées en Belgique, si l'objet du contrat est situé dans notre pays, si le contrat doit s'y développer, y produire ses effets. Mais si, à raison de la nationalité, du domicile des parties, ou même de l'une d'elles, de la situation des biens, du lieu de l'exécution, un doute peut s'élever, le fait que la convention réellement conclue entre parties constitue une convention spécialement qualifiée, et réglée avec précision dans telle ou telle législation étrangère, nous paraît un motif très sérieux pour donner à celle-ci la préférence, s'agissant de déterminer quelle est celle qui doit suppléer au silence des parties. Tel est en général, d'après nous, l'effet de ces définitions et classifications.

1217. — Ici surgit la question de savoir quelle est la nature du droit que le bail des choses confère au preneur. Est-ce un droit réel ou un droit purement personnel? On sait qu'après de longs débats, principalement soulevés par Troplong, la question paraît avoir été définitivement tranchée dans le dernier sens et contrairement à son opinion, bien que les dispositions des art. 1743 et ss. attribuent au droit du preneur, quelques-uns des effets dérivent en général des droits réels, comme le fait remarquer Brocher [1]. Supposons donc qu'un contrat, expressément qualifié de bail, attribue au preneur un droit réel. Ce contrat

(1) Op. cit., p. 208.

sera-t-il nul? On pourrait le soutenir en France, si l'on admettait avec certains auteurs que l'emphytéose doit être considérée comme abolie dans ce pays, par le seul fait qu'elle est passée sous silence dans le Code civil. Mais cette opinion a été rejetée par la Cour de Cassation. Dans notre pays, une loi spéciale du 10 janvier 1824 règle l'emphytéose, sa durée minima et maxima et ses effets. Une loi de la même date admet et règle également le droit de superficie, c'est-à-dire un droit réel consistant à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui, mais en fixant le maximum de sa durée à 50 ans. En dehors de ces droits, qui ne peuvent être établis que pour un temps limité, et des droits d'usufruit d'usage d'habitation, auxquels on peut ajouter dans une certaine mesure les droits d'hypothèque et de gage, on ne peut avoir aucun droit réel sur un fonds appartenant à autrui. Nous ne parlons pas des servitudes réelles, parce qu'elles sont inhérentes au fonds dominant et non à la personne. Ces règles s'appliquent incontestablement à tous les immeubles situés sur le territoire, peut-être même aux meubles considérés *in specie*, d'après une théorie qui tend à se répandre. Mais il est non moins certain, qu'elles ne s'appliquent pas aux biens situés hors du territoire. D'où suit qu'un contrat de bail attribuant expressément au preneur quelque autre droit réel, ou un droit d'emphytéose, un droit de superficie d'une durée plus longue sur un immeuble situé en pays étranger, ne serait pas nul d'après nos lois, s'il est valable d'après la *lex situs*. L'on pourra y voir au contraire l'intention des parties de se soumettre, quant à l'ensemble de leurs stipulations, à la loi du lieu de la situation. Ces observations préliminaires sont d'une sérieuse importance.

1218. — L'art. 1712 dispose que les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics, sont soumis à des règlements particuliers. Tous les biens situés sur le territoire de la nation sont soumis à ces lois et règlements, qui sont édictés dans un but d'intérêt général. Mais que faut-il penser des biens situés en

pays étranger, qui peuvent appartenir à l'Etat belge, à des communes ou à des établissements publics belges ? Nous avons vu que ces personnes morales sont ce que M. le Procureur général Leclercq appelait des personnes morales *nécessaires*, dont la reconnaissance s'impose entre nations. Mais lorsqu'elles agissent et possèdent en pays étranger, elles n'y étendent leur activité juridique que dans la mesure de la capacité qui leur est reconnue, dans le pays auquel elles appartiennent par leur nationalité. D'où suit que les conditions qui limitent leur capacité en Belgique, la limiteront également en pays étranger. Si les communes et les établissements publics ne peuvent louer leurs biens que moyennant certaines autorisations, ces conditions préalables devront être remplies par elles, alors même qu'il s'agirait de biens situés en pays étranger. Il en sera de même des formes habilitantes. Quant aux formes proprement dites, elles seront celles du pays où la mise en location aura lieu.

Chapitre 1er. — Du louage des choses.

1219. — L'art. 1713 dispose qu'on peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles. Il y a cependant évidemment des exceptions au principe, et les choses hors du commerce ne peuvent, en général, être louées. La question de savoir si une chose est hors du commerce, si elle peut être louée, dépend en principe de la loi de la situation. Cela n'est pas douteux en ce qui concerne les immeubles, et c'est une conséquence du principe que les immeubles sont régis par la *lex situs*. Quant aux meubles, il n'existe pas de disposition expresse, et l'on a longtemps admis, comme maxime incontestable, que les meubles n'avaient pas de situation, qu'ils suivaient la personne du propriétaire. La vérité est que les meubles, considérés individuellement et *in specie*, peuvent parfaitement avoir une situation. La vérité est que leur situation est mobile et changeante. Mais, pendant le temps qu'ils se trouvent dans un pays déterminé, dont la législation les répute hors

du commerce, non susceptibles d'être vendus ou loués, nous ne voyons pas pourquoi ils ne seraient pas régis par cette loi locale, qui les frappe d'indisponibilité. Les art. 631 et 634, qui interdisent de louer les droits d'usage et d'habitation, soulèvent plus de difficulté. Il ne paraît pas que ces dispositions aient rien de commun avec le régime des biens. On a dit que le droit d'usage avait pour objet d'assurer la subsistance de l'usager, et que le meilleur moyen d'atteindre ce but était d'interdire à l'usager de louer son droit et de le transmettre : une raison analogue pourrait être invoquée quant à l'habitation. Mais cette raison nous paraît peu satisfaisante : un usufruit pourrait être concédé dans le même but, et cependant il peut être cédé et loué. Domat en donne une autre raison qui paraît plus sérieuse : c'est que, si le droit d'usage ou d'habitation était loué, la situation du nu-propriétaire pourrait en être aggravée, et la charge augmentée. Mais, comme le fait remarquer Laurent, cela n'est pas un motif pour mettre un droit hors du commerce. Il est donc très difficile de justifier cette disposition, qui ne trouve peut-être son explication que dans la tradition. Quoi qu'il en soit, elle est une conséquence du caractère purement personnel qu'à tort ou à raison le législateur a attribué à ce droit, et ne se rattache pas au régime économique des biens. Il semblerait devoir en résulter, comme nous le disions plus haut, que la loi du lieu de la situation est sans influence sur l'application du principe, et qu'il y aurait plutôt lieu d'avoir égard à la loi du lieu du contrat ou à la nationalité des parties. Mais en présence du principe absolu que les immeubles sont régis par la *lex situs*, cela n'est pas possible pour les immeubles situés en Belgique. Et tout droit d'usage ou d'habitation sur des immeubles sis dans notre pays, ne peut en conséquence être cédé ni loué. Au moins pareille cession ou location n'y serait-elle pas reconnue comme valable. Mais en ce qui concerne les meubles, il n'y a pas de principe formel. Il faudra donc examiner, quelle est la loi qui régit logiquement l'acte juridique d'où résulte le droit

d'usage et d'habitation. Et cette loi nous paraît être celle de la nationalité commune des parties, ou à défaut de nationalité commune, celle du lieu du contrat ou de l'acte juridique. Elle recevra application, non à raison de la volonté supposée, ou de la soumission volontaire des parties, puisqu'il ne s'agit pas d'un effet du contrat qui dépende de leur volonté, mais à raison de leur soumission logique et nécessaire à cette loi.

1220. — La section I^re^ du chap. II expose certaines règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux. La première concerne la forme, et à cet égard l'art. 1714 laisse pleine liberté aux parties. On appliquera ici la maxime *locus regit actum*. L'art. 1715 concerne la preuve du bail sans écrit, et déroge, dans une certaine mesure, aux règles ordinaires en matière de preuve. Nous avons dit plus haut, et c'est aujourd'hui l'opinion générale, que l'admissibilité de tel ou tel moyen de preuve ne touche pas à la procédure, mais au droit matériel. Et nous avons ajouté que, si la forme des actes était régie en général par la loi du lieu où ils sont passés, il en résultait que c'est aussi d'après cette loi qu'il faut apprécier l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve. Mais lorsque les parties sont de même nationalité, on admet assez généralement aujourd'hui qu'elles peuvent aussi se conformer à leur loi nationale commune, bien que cela ne soit pas conforme à la portée que la maxime *locus regit actum* avait acquise dans le dernier état du droit ancien. Si elles l'ont fait, l'admissibilité de preuves offertes pourra être appréciée d'après cette loi, et elle devrait être préférée peut-être à celle du lieu où l'acte est intervenu, s'il y a entre ces deux lois quelque contradiction. Ce que nous disons de l'art. 1715 s'applique par identité de raison à l'art. 1716, qui dispose, qu'en cas de contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution aura commencé, et qu'il n'existera pas de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts.... M. Brocher, grand partisan de la règle *locus regit actum*, à laquelle il donne même

souvent une extension qu'elle ne comporte pas, d'après nous, ne croit pas qu'il y ait lieu d'en faire l'application ici. « Le but manifeste de ces dispositions est » dit-il, « de couper court aux procès, et d'éviter les frais d'une enquête, en vue de l'intérêt presque nul, qui fait l'objet de la contestation. » Et c'est bien là en effet le but de la disposition, comme l'a déclaré formellement Jaubert, dans son rapport au *tribunat*. Brocher ajoute que le texte s'exprime en termes impératifs et prohibitifs, et répond à l'objection déduite de la règle *locus regit actum*, que cette règle n'est nulle part écrite dans le Code en termes abstraits et généraux.

Ces observations sont extrêmement graves, la première du moins. Nous attachons moins d'importance aux termes prohibitifs ou impératifs, dans lesquels le Code s'est exprimé. Les termes de l'art. 1348 ne sont pas moins impératifs et prohibitifs, et cependant l'on applique ici sans hésitation la maxime *locus regit actum*, bien qu'elle ne soit nulle part inscrite dans le Code en termes abstraits et généraux. Mais il est bien certain que le but des art. 1715 et 1716 est de couper court au procès, et que c'est là un motif d'intérêt général. Cela ne nous conduira pas cependant à exclure ici complètement l'application de la maxime ancienne et traditionnelle. Tout ce que nous en conclurons, c'est qu'en Belgique et en France, et en général là où existe cette règle, qui fait peut-être un peu trop bon marché des droits des parties, elle recevra application, quelle que soit la nationalité des parties, quel que soit le lieu du contrat. Mais, s'agissant de savoir comment on pourra prouver, en pays étranger, une convention de bail intervenue en Belgique, rien ne s'opposera, ce nous semble, à ce que l'on fasse application de la règle *locus regit actum*, à la condition qu'elle ne se heurte pas contre les règles d'ordre public en vigueur dans ce pays. Disons donc qu'en général la preuve du bail sera faite, suivant la loi du lieu où la convention est intervenue, ou peut-être suivant la loi nationale commune des parties. (1).

(1) On pourrait objecter à la doctrine de Brocher que l'intérêt général, *eviter*

1221. — Avant de parler de l'art. 1717, nous dirons un mot de l'art 1718, qui aurait pu trouver sa place dans le titre *De la minorité*. Cet article déclare applicables aux biens des mineurs les articles du titre du contrat de mariage, etc..., relatifs aux baux des biens des femmes mariées. Ce sont les art. 1429 et 1430. Il en résulte que les baux de plus de 9 ans, faits par le tuteur, ne sont obligatoires vis-à-vis des mineurs devenus majeurs, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de 9 ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, et que les baux de 9 ans ou au-dessous, passés et renouvelés par le tuteur plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la majorité. L'application de ces dispositions qui se rattachent aux droits du tuteur dépendra manifestement de la loi personnelle du mineur. Et c'est en général d'après la loi personnelle des parties que l'on appréciera, si elles sont respectivement capables de louer ou de prendre à bail. La solution de ces questions ne saurait présenter aucun doute.

1222. — Les art. 1717, 1719 et ss. ne semblent constituer en général que de pures règles de droit supplétif. Brocher fait remarquer toutefois que l'art. 1717, qui accorde au preneur le droit de sous louer et de céder son bail, sauf convention contraire, tout en faisant une large part à l'autonomie des parties contractantes, n'intéresse pas seulement les parties, mais même les tiers, auxquels il importe beaucoup de savoir si le locataire peut louer ou céder son bail. D'après notre droit, il le peut, si cette faculté ne lui a pas été interdite. « Il serait difficile d'admettre » dit Brocher, « que cette règle pût être infirmée quant aux tiers, par une disposition différente consacrée

des procès dispendieux, dont il s'agit ici, n'est au fond que l'intérêt des parties, et que, si elles sont étrangères, le législateur n'a pas à s'en préoccuper. Mais cela conduirait trop loin, et le législateur peut se préoccuper des intérêts communs de tous ceux qui portent leurs procès devant les juges émanant de la nation.

par la loi sur le territoire de laquelle le bail serait intervenu. Il resterait, dans tous les cas, à résoudre la question de savoir, si les parties n'ont pas entendu se soumettre au droit français. » Cette dernière observation révèle les hésitations du savant auteur. Nous croyons, quant à nous, que la loi ne fait pas seulement une large part à l'autonomie des parties contractantes : il s'agit manifestement d'une faculté qui dépend entièrement de leurs libres conventions. Certes, les tiers ont intérêt à connaître la capacité de celui avec qui ils traitent, ou pour mieux dire, ses droits. Il leur incombe de s'en assurer. La vraie question, la seule est de savoir à quelle loi les parties ont entendu se soumettre, ou peuvent être considérées raisonnablement comme s'étant soumises, par le fait seul de leur silence.

Mais il convient de faire observer à cet égard que le contrat de louage de choses, et spécialement le louage d'immeubles, présente un aspect assez particulier. Il ne s'exécute pas d'une manière pour ainsi dire instantanée comme la vente; tout au contraire, son exécution se développe d'une manière continue, pendant un temps plus ou moins long. Il entraîne une continuité de rapports juridiques relativement à un bien qui a une assiette fixe. C'est là que se centralise, non par des circonstances fortuites, mais par la force des choses, par la nature du contrat, l'exécution du bail, sauf celle de l'obligation de payer le prix, qui n'est *qu'une* des obligations du preneur. Si le contrat est passé ailleurs, ce n'est que par hasard. Il ne nous paraît pas exact de présumer que les parties, à défaut de stipulations expresses, ont accepté, comme règle de leurs droits et obligations réciproques, la loi et les usages du lieu où elles ont contracté, ou de leur nation commune, si elles sont de même nationalité ; ni même celle de leur domicile commun. Le juge appelé à connaître du différend sera, par la force des choses, presque toujours celui du pays où l'immeuble est situé. Il lui est difficile de connaître les lois étrangères, plus difficile encore de connaître les usages étrangers; et les usages ont en cette

matière une très grande importance. Il nous paraît donc assez rationnel de présumer, à défaut de conventions contraires, que les parties ont tacitement accepté comme règle de leurs conventions la loi du lieu où l'immeuble est situé.

1223. — Dans la doctrine de Savigny et de ses partisans, cela ne fait guères difficulté, sauf en ce qui concerne le paiement du prix, puisqu'il fait prédominer la loi du lieu où l'exécution doit se réaliser. Mais certains auteurs qui ne partagent nullement l'opinion de Savigny, et qui donnent en général la préférence à la loi nationale commune des parties, ou à la loi du lieu du contrat, enseignent que, lorsqu'il s'agit d'immeubles donnés à bail, les parties doivent, à défaut de volonté exprimée, être présumées s'être soumises à la loi de la situation[1]. C'était du reste l'opinion des anciens auteurs, de Burgundus par exemple, qui « ne peut assez s'étonner » que les auteurs s'attachent exclusivement à la loi du lieu où le contrat a été passé, et qui, *en matière de bail par exemple*, fait prédominer la loi du lieu de la situation[2]. Telle était également l'opinion de Boullenois et du célèbre Dumoulin, cités par de Bar, qui n'hésite pas à s'y rallier[3].

Il suffit de se représenter les conséquences de la doctrine contraire, pour comprendre que le principe trop général admis par la Commission belge de revision du Code civil est inadmissible. D'après ce projet, il faudrait toujours s'en tenir à la loi du lieu du contrat, à moins que les parties ne soient de même nationalité, auquel cas il faudrait préférer à cette loi leur loi d'origine commune. Supposons qu'un étranger soit propriétaire d'immeubles situés en Belgique, et qu'un contrat de louage intervienne par correspondance entre cet étranger et un Belge domicilié en Belgique, à propos de ces immeubles. Pour peu que la convention soit censée faite en pays étranger, les parties seront réputées, d'après le système du projet belge,

(1) Fœlix. *Dr. int.*, T. I, p. 124. — Demangeat sur Fœlix. T. I, p. 250, note C. — Brocher. T. II, pp. 212, 214 et ss. — Laurent. T. VIII, nos 164 et ss.
(2) Burgundus. *Tract.* IV, nº 9.
(3) De Bar. Op. cit , T. II, p. 108.

avoir accepté la loi étrangère quant aux effets de leurs conventions. C'est d'après cette loi qu'il faudrait apprécier les droits et obligations réciproques du bailleur et du fermier ou locataire, par exemple quant à la sous-location et à la cession du bail, quant aux obligations d'entretien, quant à la tacite reconduction, aux congés, etc... N'est-ce pas se mettre en contradiction absolue avec la volonté probable des parties? Notons que, d'après ce système, il en serait ainsi quand même cet étranger serait domicilié en Belgique. L'application de la loi nationale commune peut conduire aux mêmes abus. Il peut arriver que les deux parties, quoique étrangères, soient toutes deux depuis longtemps domiciliées en Belgique, que le contrat y soit passé, que les immeubles y soient situés. Et on admettrait qu'elles se sont soumises par leur silence à leur loi d'origine! Combien n'est-il pas plus sage de présumer qu'elles se sont soumises à la loi de la situation des immeubles! Cela nous paraît d'autant plus rationnel, que ces lois seront en général connues des deux parties, et qu'elles ont des rapports étroits, non-seulement avec les usages généralement suivis, mais souvent, lorsqu'il s'agit de baux à ferme, avec les nécessités du bon régime économique des biens, tel qu'on le conçoit dans le pays de la situation.

1224. — On verra, pensons-nous, les avantages de cette solution se manifester plus clairement en analysant les dispositions du Code sur les effets du contrat de louage. L'art. 1717 autorise le preneur à céder et à sous-louer sauf clause contraire. Le preneur de l'immeuble situé en Belgique sera naturellement amené à consulter la loi belge, sur la mesure de ses droits à cet égard, puisque c'est en Belgique qu'il sera établi. Et il aura toutes facilités pour s'en assurer. Si le bailleur n'est ni Belge, ni domicilié en Belgique, il n'en aura pas moins les mêmes facilités pour connaître les lois belges, puisqu'il aura nécessairement dans notre pays un représentant ou un agent, si ce n'est pour percevoir les loyers et fermages, au moins pour contrôler le mode de jouissance du pre-

neur. La loi de la situation est donc à la portée des deux parties. Quant aux tiers, ils n'en connaissent point d'autre en général. Et ils seront naturellement amenés à croire que, si la faculté de céder le bail et de sous-louer n'a pas été formellement interdite au preneur dans l'acte de bail, cette faculté lui appartient. La solution que nous adoptons est donc conforme à leur intérêt, et elle nous paraît conforme à l'intention probable des deux parties.

Délivrer au preneur la chose louée, l'entretenir en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail, telles sont les trois obligations imposées au bailleur par l'art. 1719. La première se retrouve sans doute dans toutes les législations, Mais il n'est pas certain qu'il en soit de même des deux autres. Les art. 1720 et 1721 ne sont que la conséquence, le développement de ces obligations du bailleur, et les précisent. Certes, toutes ces dispositions n'intéressent point directement les tiers, mais elles ne sont pas sans rapport avec le bon régime économique des biens, avec leur conservation. Il est utile que ces charges retombent sur le propriétaire, qui s'en acquittera mieux, parce qu'il y a un intérêt plus considérable: et il trouvera ainsi plus aisément un preneur consciencieux pour jouir de ses biens avec modération, et pour les exploiter convenablement. Or, la bonne exploitation des fonds constitue un intérêt général d'ordre économique pour le pays de la situation. Sans doute, cet intérêt général n'est pas assez directement engagé, pour qu'il ne soit point permis aux parties de déroger à ces obligations du bailleur, mais il l'est assez pour que la présomption inscrite dans la loi s'impose, jusqu'à preuve contraire, quant aux immeubles situés dans le pays. Quoi de plus rationnel, en tout cas, que de supposer que les parties s'en sont référées à la loi de la situation de l'immeuble?

1225. — L'art. 1722, qui résilie le bail si la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, etc., n'est plus une conséquence directe de l'obligation d'entretenir. On peut dire qu'il est une conséquence de l'obligation de

faire jouir. Mais si l'exécution de cette obligation est devenue impossible par cas fortuit, le preneur est-il encore tenu de payer le loyer ou le fermage? Telle est la question que résout l'article, et il la résout en faveur du preneur, tout en ajoutant qu'il n'a droit à aucun dédommagement. Il se peut parfaitement que, dans des pays où des accidents, des désastres de ce genre sont relativement fréquents, l'on rencontre des dispositions contraires, et alors le prix du bail sera proportionnellement moindre. Les conditions climatériques, les conditions géologiques du sol influent sur des dispositions de ce genre. Mais, dans les pays où le preneur jouit de cette faveur relative, les loyers et fermages seront, en général, plus élevés. Il est raisonnable de croire que les bailleurs étrangers profiteront de ces conditions plus favorables. Il est juste qu'ils soient soumis, sauf disposition contraire, à la loi de la situation des immeubles, et il est à présumer que c'est bien cette loi que les parties ont eue en vue.

Des observations analogues pourraient être faites au sujet des art. 1723 à 1727 inclusivement, qui définissent d'autres obligations du bailleur. L'art. 1724, qui détermine un de ses droits, celui de faire procéder immédiatement à des réparations urgentes, a même un rapport direct avec le régime économique des biens. Il importe qu'on ne laisse pas tomber les bâtiments en ruine. Une certaine harmonie se manifeste entre toutes ces dispositions. Elles constituent un ensemble; on ne peut en détacher une sans compromettre leur harmonie générale. Et il est difficile, par exemple, de séparer l'alinéa 1[er] de l'art. 1724 des alinéas qui le suivent, et qui n'en constituent que la détermination et la limitation. Il est difficile d'imaginer que les parties acceptent tacitement quelques unes de ces règles, sans admettre les autres.

1226. — Passons aux obligations du preneur. Il doit user de la chose en bon père de famille : c'est la première de ses obligations, et elle a un rapport immédiat avec l'intérêt général de la bonne administration, de la bonne exploitation des biens. On ne le rencontre plus, aussi apparent,

dans l'obligation d'en user suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, encore moins dans l'obligation de payer le prix (art. 1728). Mais ces dispositions ne peuvent guères donner lieu à des conflits, surtout la dernière. Les art. 1729 à 1737 ne sont que la sanction ou l'application des obligations inscrites dans l'art. 1728, bien que ces sanctions puissent varier d'après les pays. Il en est qui se rattachent au mode d'exécution, comme l'art. 1730. D'autres concernent la charge de la preuve et les présomptions qui s'y rattachent, comme les art. 1731 et 1732. Mais pour tous, il nous paraît plus conforme aux intentions vraisemblables des parties de s'en référer à la loi de la situation qu'à celle du lieu du contrat. Cela nous paraît plus naturel encore quand il s'agit des obligations du preneur, que quand il s'agit de celle du bailleur, parce qu'il est établi ou va s'établir dans le pays où se trouve l'immeuble, et a les regards fixés sur la législation de ce pays.

1227. — Les mêmes considérations peuvent être invoquées quand il s'agit de la responsabilité du preneur en cas d'incendie; et les dispositions des art. 1733 et 1734 à cet égard, semblent inspirées, en outre, par le souci de la conservation des propriétés en général, qui forment une espèce de richesse nationale, consistant dans le sol même du pays, ou incorporée au sol. Quoi de plus propre à exciter le preneur qui détient, qui habite, qui exploite l'immeuble, à veiller avec un soin jaloux à sa conservation, que de le rendre responsable de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie a eu lieu par cas fortuit, par force majeure ou par vice de construction? Aussi est-ce avec pleine raison, nous semble-t-il, que Brocher applique sans hésiter la *lex situs* dans un cas de ce genre. Il nous paraît que la même observation s'applique à l'art. 1735. Le bailleur n'est pas en état d'empêcher les dégradations et les pertes par le fait des tiers, puisqu'il ne détient pas l'immeuble. C'est le preneur qu'il fallait amener, par le souci de sa responsabilité, à prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter ces causes de dommage. Au sur-

plus, toutes ces dispositions sont conformes aux principes généraux.

1228. — Les art. 1736 et 1739 concernent l'extinction du bail par l'expiration du terme, les congés, et la reconduction tacite. Il est à peine nécessaire de rappeler que les mots *bail sans écrit*, *bail par écrit*, sont universellement interprétés comme signifiant bail sans terme, et bail avec terme. Que le bail avec terme cesse de plein droit par l'expiration du terme, sans qu'il soit besoin de congé (art. 1737), c'est ce que l'on admet sans doute partout. Qu'il faille un congé pour faire cesser le bail sans terme, cela n'est pas moins logique; mais l'art. 1736 exige un congé *préalable*, c'est-à-dire en observant certains délais, et notamment les délais fixés par l'usage des lieux. Dans la pratique, on entend par là l'usage des lieux *où l'immeuble est situé*, et nullement du lieu où le contrat est passé. Sans doute, cette règle n'est pas établie au point de vue du droit international privé. Mais si, dans un même pays où les usages diffèrent, et où la loi ordonne de se conformer aux usages des lieux, on doit suivre ceux de la situation de l'immeuble, s'ils forment, pour ainsi dire, la loi des parties, il est très rationnel de suivre la même règle, quand le conflit s'établit entre les usages et les lois de pays divers. La loi ordonne de s'en rapporter aux usages, leur donnant pour ainsi dire force législative, et tolérant la diversité de ces usages ayant force de loi dans un même pays. C'est une diversité législative analogue à celle qui existe entre les nations, et il est naturel de suivre également, en cas de conflit entre les coutumes et les lois des divers pays, la même règle, c'est-à-dire de se conformer aux lois et aux usages du pays de la situation. Des considérations du même genre plaident en faveur de l'application de la *lex situs*, en ce qui concerne les conditions de la tacite reconduction. Mais il y a plus : la tacite reconduction n'est pas autre chose qu'un contrat tacite, naissant de la jouissance d'une part, de la tolérance de l'autre. Où se produit ce double fait? C'est nécessairement dans le lieu de la situation de l'immeuble;

c'est-à-dire que c'est en même temps le lieu où se forme ce nouveau contrat. Il n'y a donc aucun motif pour ne pas appliquer ici la loi en vigueur dans le pays où l'immeuble est situé.

1229. — L'art. 1740 concerne les obligations naissant non pas du contrat de louage, mais d'un contrat accessoire qui vient s'y greffer, le contrat de cautionnement. Ici il y a plus de doute. On peut dire certes que l'accessoire suit la condition du principal. Mais, bien que le cautionnement ait en ce cas pour cause et pour objet les obligations naissant du bail, ce n'en est pas moins un contrat différent. Il est bien certain que le cautionnement a pour objet les obligations du preneur, telles qu'elles sont déterminées par la loi du lieu de la situation. Mais, lorsqu'il s'agit de savoir quelle est la durée des obligations de la caution, il faut examiner avec soin ce que la caution a entendu garantir. Or, ce qu'elle a garanti, c'est le bail, et les obligations qui en résultent; ce n'est pas le nouveau contrat tacite qui s'est formé sans son intervention. Supposons par impossible qu'une loi étrangère étende la responsabilité de la caution aux obligations naissant du nouveau contrat, et qu'il s'agisse d'immeubles situés dans le pays où cette loi est en vigueur. Si l'engagement de la caution a été souscrit en Belgique, et à fortiori si la caution y est en outre domiciliée, si elle est Belge, il serait excessif de se prévaloir de la loi de la situation de l'immeuble loué, pour étendre les effets de sa garantie aux obligations dérivant d'un nouveau contrat. Il y aurait dans cette solution quelque chose qui blesserait l'équité. Nous examinerons plus loin quelle est la loi qui régit les effets du cautionnement dans le silence des parties.

1230. — Les art. 1741 à 1751 concernent l'extinction du contrat de louage par la perte de la chose due, par le défaut respectif des parties de remplir leurs engagements, sa non-extinction par la mort de l'une d'elles, et les conséquences de la vente de l'immeuble loué. Pour ce qui touche l'extinction du louage, nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer la loi de la situation de l'immeuble, à raison

de l'intention vraisemblable des parties, à raison aussi du lien qui existe entre les dispositions sur les effets du contrat et celles qui déterminent comment il prend fin. Mais les art. 1743 à 1751, relatifs aux effets de la vente de la chose louée vis-à-vis du preneur, présentent un caractère particulier ; et l'on est tenté de se demander s'il ne faut pas consulter à cet égard la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises, en ce qui concerne les effets de la vente. Nous ne le pensons pas. Il ne s'agit pas en réalité ici des effets de la vente. Il s'agit de l'influence de la vente sur un contrat antérieur conclu par le vendeur, c'est-à-dire, principalement et en premier lieu, des effets du contrat primitif, de la permanence des obligations et des droits qui en résultent. Dans quelle mesure, et à quelles conditions le contrat de vente nouveau troublera-t-il les rapports juridiques dérivant du contrat de louage, et cela au mépris des droits du preneur qui est un tiers relativement à ce nouveau contrat? A tous égards, il nous paraît qu'il y a lieu d'appliquer ici la loi de la situation.

1231. — La section II du chapitre II traite des règles particulières aux baux à loyer.

L'art. 1758 oblige le locataire à garnir la maison de meubles suffisants. Outre les raisons générales que nous avons invoquées, pour appliquer en matière de louage d'immeubles la *lex situs*, il y en a ici une particulière. « Cette disposition » dit Brocher[1], « semble être une conséquence du privilège spécial que l'art. 2102 (auquel correspond l'art. 20 de la loi hypothécaire belge) accorde au bailleur. Elle doit ressortir à la loi territoriale qui régit ce privilège. » L'argument n'est peut-être pas aussi concluant qu'il le paraît au premier abord. Mais on peut ajouter que ce qui tend à augmenter les garanties du bailleur, intéresse dans une certaine mesure le régime des biens, en favorisant leur exploitation régulière et loyale. Cela tend en outre à éviter les procès; car, le locataire, qui fournit ainsi une garantie au bailleur, s'acquittera de ses obliga-

(1) Op. cit., T. II, p. 214.

tions avec plus d'exactitude. On pourrait objecter, il est vrai, que l'obligation n'est pas d'ordre public, puisqu'il est évidemment permis aux parties d'y déroger. Mais, sans que l'obligation soit d'ordre public, il est parfaitement admissible que la présomption le soit. Et nous croyons qu'il en est réellement ainsi, sans qu'elle devienne pour cela une présomption *juris et de jure*.

1232. — L'art. 1753 règle la situation du bailleur vis-à-vis du sous-locataire. Brocher[1] fait remarquer avec raison que « ce rapport, assez peu conventionnel de sa nature, (il ne l'est pas du tout, à vrai dire) rentre naturellement, en principe, sous la compétence de la loi de la situation de l'immeuble, auquel il se rattache par sa base ». Quant aux réparations locatives mentionnées dans les art. 1744 et 1745, il fait observer qu'elles dépendent généralement de l'état de l'immeuble, et de la manière dont le locataire en fait usage, que ces faits juridiques, se réalisant sur le territoire, semblent devoir être régis par la loi locale, en l'absence de convention contraire. Cela serait plus incontestable encore s'il s'agissait de faits juridiques isolés ; mais il s'agit de faits qui constituent l'exécution d'une convention, et l'observation de Brocher conduirait à l'application générale de la loi du lieu de l'exécution, ce qui est, du reste, conforme à l'opinion de Savigny et de ses partisans, ce qui est même conforme à l'opinion de beaucoup d'auteurs qui distinguent entre le lien obligatoire d'une part, et tout ce qui se rattache à l'exécution de l'autre. Nous avons insisté plus haut sur ce que cette distinction présente de vague et d'incertain. Les raisons de décider se trouvent ailleurs, notamment dans les considérations générales que nous avons fait valoir pour l'application de la *lex situs*, en matière de louage d'immeubles. Mais il y en a en outre, de particulières. Les réparations dites *locatives* sont pour la plupart de minime importance pécuniaire, mais présentent un certain caractère d'urgence, et doivent être faites assez fréquemment. S'il fallait chaque fois prévenir

(1) Op. cit., T. II, p. 214.

le bailleur, il se produirait des retards dans leur exécution, l'immeuble en souffrirait, et il pourrait en résulter en outre des contestations, des procès. Il y a donc un intérêt général, un intérêt économique en cause, bien que par un sentiment d'équité fort compréhensible, l'art. 1755 limite l'obligation du locataire aux réparations des dégradations causées par sa jouissance, et que l'art. 1756 ne l'étende point au curement des puits et des fosses d'aisances, qui s'effectue plus rarement et périodiquement. Remarquons de plus que l'art. 1754, en s'en référant, quant à la détermination plus précise des réparations locatives, à l'usage des lieux, semble admettre ici la prédominance des règles territoriales.

1233. — L'art. 1757 concerne le bail des meubles, mais seulement des meubles meublants fournis pour garnir une maison entière, un corps de logis, une boutique, ou tous autres appartements. La loi semble l'assimiler à un bail d'immeubles en ce qui concerne sa durée. Nous croyons qu'il y a lieu en conséquence d'appliquer ici encore la loi de la situation, bien que nous ne soyons pas de cet avis quant aux effets généraux du bail des objets mobiliers. Aux yeux du législateur, il est évident que ce bail se localise pour ainsi dire, là où se trouve l'immeuble qu'il s'agit de garnir. Ce n'est pas un bail mobilier ordinaire, c'est un bail mobilier avec destination précise, déterminée et immobilière. Quant à l'art. 1758 et à l'art. 1759, qui concernent la durée du bail d'un appartement meublé, et la tacite reconduction, il nous paraît d'autant plus rationnel de s'en référer à la *lex situs* que, sous plusieurs rapports, ces articles se réfèrent encore à l'usage des lieux, c'est-à-dire du lieu de la situation, et rendent ainsi hommage à la prédominance de la loi territoriale[1].

En ce qui touche les art. 1760 à 1762, il n'y a rien de spécial à en dire, et les motifs qui plaident pour l'application de la *lex situs* consistent uniquement dans les motifs généraux que nous avons donnés plus haut, si ce n'est que

(1) En ce sens : Brocher. Op. cit., T. II, p. 215.

l'art. 1762 se réfère encore, quant aux délais de congé, aux règles déterminées par les usages des lieux, ce que l'on entend constamment en pratique de l'usage du lieu de la situation.

1234. — La sect. III du chapitre II traite *Des règles particulières aux baux à ferme*. Brocher pense que la loi territoriale doit également prédominer dans les baux à ferme, et les auteurs que nous avons cités plus haut ne font aucune distinction. Les raisons d'ordre général, invoquées plus haut, peuvent seules entraîner l'application de la loi territoriale dans les cas prévus par les art. 1763 et 1764. Et il en est de même en ce qui concerne l'art. 1765. Mais les art. 1766 et 1767 intéressent les exigences de l'agriculture, et la bonne exploitation des fonds; et c'est un motif de plus pour attribuer prédominance à la *lex situs*. Telle est l'opinion de Brocher qui fait en outre, en ce qui concerne l'art. 1768, une observation si juste que nous croyons devoir la reproduire littéralement ici : « L'art. 1768, qui impose au preneur l'obligation d'avertir le propriétaire, des usurpations qui peuvent être commises sur les fonds, se rattache de même à des intérêts naturellement placés sous la compétence territoriale. C'est *une mesure de police et de sûreté* rentrant dans l'application du § 1er de l'art. 3 du Code civil; le fermier doit être considéré comme le gardien naturel du domaine qu'il cultive. — Il est d'ordre public qu'il soit pourvu à la garde de l'immeuble par une disposition de droit commun, mais cela ne saurait empêcher le propriétaire d'y pourvoir d'une autre manière, s'il l'estime convenable[1]. » Le savant jurisconsulte va peut-être un peu loin, en déclarant tout d'abord qu'il s'agit ici d'une mesure de police et de sûreté, mais il ramène cette observation à sa juste portée, en disant ensuite qu'il est d'ordre public qu'il soit pourvu à la garde de l'immeuble par une disposition de droit commun; et l'on pourrait même dire qu'il est d'ordre public que cette obligation de garde incombe au fermier

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 215.

en l'absence de disposition contraire expresse. Il est le gardien naturel de l'immeuble, et seul en état de connaître immédiatement les usurpations dont il est l'objet.

1235. — Les art. 1769 à 1771 concernent les réductions accordées au fermier, sauf conventions contraires, en cas de récoltes exceptionnellement mauvaises. Des dispositions de ce genre ne sont pas sans intérêt au point de vue de la bonne culture. Elles peuvent être plus ou moins larges suivant la nature du sol, le climat, la fréquence plus ou moins grande de certaines perturbations atmosphériques considérables, d'invasions d'insectes destructeurs. Elles varient donc suivant la situation des immeubles. Il importe, d'autre part, à l'intérêt public que le fermier, cet agent producteur des richesses du sol, ne puisse être ruiné, à moins qu'il ne s'y soit bien expressément et volontairement exposé, par les exigences déraisonnables du propriétaire. Les dispositions des art. 1772 et 1773 tendent au même but et sont inspirées par la même pensée. En ce qui concerne la durée et le renouvellement des baux à ferme, et spécialement les dispositions diverses de l'art. 1774, qui fixent la durée des baux quand il n'y a pas de terme stipulé, l'intérêt de la culture et de l'exploitation régulière des terres est manifestement engagé (art. 1774à 1776). — Brocher ne voit dans les dispositions de l'art. 1778 que des règles destinées à faciliter les changements de fermiers. Nous y voyons autre chose encore. Elles ont pour but manifeste de favoriser la bonne culture, le développement des richesses naturelles du sol, en feurnissant au fermier entrant les moyens de cultiver, au fermier sortant les moyens de récolter. Brocher, le seul auteur qui analyse avec quelque détail toutes ces dispositions au point de vue du droit international privé, n'hésite pas à appliquer la loi du lieu de la situation, comme nous l'avons fait, tout en se fondant sur des considérations un peu différentes de celles que nous avons invoquées[1].

1236. — Aucune de ces considérations ne s'étend au

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 215 et 216.

bail des meubles en général. Le Code ne contient à ce sujet qu'une seule disposition, et elle ne vise que le bail des meubles meublants, avec destination immobilière spéciale. Nous avons appliqué en ce qui le concerne la loi de la situation. Mais il n'en est pas de même de tout bail de meubles quelconques. S'il n'est pas exact de dire que les meubles n'aient pas de situation, il est bien évident que leur situation est, en général, essentiellement changeante. Lorsqu'il s'agit d'immeubles, la jouissance ne peut se réaliser que sur un territoire, celui où ils sont situés; en fait de meubles, elle peut s'exercer successivement sur plusieurs territoires différents, au moins dans la généralité des cas. Il n'est pas possible de s'attacher ici au lieu de la situation, puisque les effets du contrat pourraient se modifier suivant les déplacements subis par son objet. Et quant à s'attacher exclusivement à la loi du lieu où les meubles sont situés au moment où le contrat se forme, cette solution n'offrirait rien de satisfaisant. Car, par cela même que leur situation est mobile et temporaire, il n'y a aucun motif pour croire que les parties se soient tacitement soumises à cette loi. Enfin, les considérations déduites de l'intérêt du régime économique sont sans application ici. L'Etat n'a pas le même intérêt au développement de la richesse mobilière qui se déplace et se transporte, qu'à celui de la richesse immobilière laquelle fait corps avec le sol même de la nation. Le domicile commun, la nationalité commune, le lieu du contrat joueront donc ici un rôle important, s'agissant de déterminer la volonté muette des parties; et il n'y a aucun motif pour s'écarter des règles générales. Brocher applique la loi qui régit le fait juridique, c'est-à-dire, dans son système, celle du lieu où le fait juridique s'accomplit (1). D'autres auteurs préfèrent la loi du lieu de l'exécution, d'autres celles de la loi nationale commune, quelques-uns la loi du domicile du débiteur, ou du domicile commun. Nous ne reviendrons pas sur les observations que nous avons faites à cet égard dans la

(1) Op. cit. T II. p. 217.

partie générale de notre ouvrage. Nous dirons seulement qu'à notre avis, un domicile commun, une résidence commune même peuvent avoir plus d'importance que la nationalité.

Chapitre II. — *Du louage d'ouvrage et d'industrie.*

1237. — Le Code distingue trois espèces de louage d'ouvrage et d'industrie : le louage des gens de travail, celui des voituriers et celui des entrepreneurs. Il n'y range donc pas les contrats qui se forment entre les avocats, les avoués, les notaires, les médecins, et en général entre ceux qui exercent une profession libérale d'une part, et leurs clients de l'autre. D'après la tradition juridique, de pareilles conventions se rattachent plutôt au mandat salarié, mais le salaire lui-même prend un nom particulier celui d'*honoraires*. Brocher observe qu'elles ne s'identifient point avec le mandat, en ce qu'elles ne confèrent pas le pouvoir d'agir pour autrui. L'observation n'est pas absolument exacte, notamment pour ce qui concerne les avoués, et même, dans une certaine mesure, pour les avocats et les notaires. La vérité est que l'on peut y rencontrer les éléments de ces deux espèces de contrats. La convention entre le médecin et le malade participe plutôt de la nature du louage d'ouvrage, et la convention entre l'avoué, parfois même entre l'avocat, et son client, se rapproche davantage du mandat salarié, lequel n'est au fond qu'un louage d'ouvrage avec mission d'agir pour le locateur aux lieu et place de ce dernier. Il est bien certain toutefois, que de pareilles conventions ne rentrent dans aucune des espèces de contrats de louage d'ouvrage, prévues par le Code ; et pour déterminer la compétence internationale en pareille matière, c'est-à-dire pour décider quelle est la loi qui régit ces conventions, il semble qu'il faille s'en référér aux règles du mandat. Cependant, lorsque ces professions ne sont pas libres, il faudra en général appliquer la loi du lieu où elles sont exercées.

1238. —La section Ire du chapitre III, t. VIII du Code ne contient que deux dispositions en ce qui concerne le louage des domestiques et ouvriers. La première, celle de l'art. 1780, suivant laquelle il n'est permis d'engager des services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée, est évidemment d'ordre public. « C'est » dit Brocher, « une règle d'ordre public interne et d'ordre public international ; on ne pourrait y contrevenir en France, même dans le cas où l'on invoquerait une loi de statut personnel et étranger se prononçant en sens contraire. » Sur cette application du principe il ne saurait y avoir aucun doute. Mais il peut se présenter des questions beaucoup plus délicates. Quelle valeur aurait en Belgique un contrat de louage de services à vie conclu *en pays étranger entre étrangers ?* Que décider si les deux parties contractantes sont Belges, si celui qui fournit les services, ou celui qui les paie est seul de nationalité belge? Nous disons d'abord que, dans aucun cas, le juge belge n'est tenu de sanctionner une convention de ce genre en ce qu'elle a de perpétuel. Il ne peut pas être tenu de prêter l'appui de l'autorité dont il dispose, sur le sol de la nation dont cette autorité émane, à l'exécution forcée d'un engagement contraire à notre ordre public, les deux parties fussent-elles étrangères. Si celui qui a loué ses services à vie se refuse à exécuter ses engagements sur notre sol, nos tribunaux ne pourront le condamner de ce chef à des dommages-intérêts, soit globaux, soit calculés par jour de retard. L'exécution même de ce contrat en Belgique, pour autant qu'elle serait forcée, serait contraire à notre ordre public. Mais il ne nous paraît point qu'ils puissent aller jusqu'à annuler le contrat, s'il a été passé entre étrangers et en pays étranger, ou même si celui qui a loué des services est étranger, ni, en aucun cas, jusqu'à méconnaître les effets que le contrat a régulièrement produits dans le pays où il a été conclu.

1239. — Les auteurs sont d'ailleurs très perplexes en ce qui concerne les effets de cette prohibition, et l'on rencontre des décisions assez contradictoires[1]. Les uns

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXV, nos 493 et ss.

soutiennent que l'engagement du domestique est seul nul, qu'il s'agit donc d'une nullité relative, que le maître ne peut s'en prévaloir pour renoncer au contrat. D'autres, et c'est l'opinion la plus générale, professent qu'il s'agit d'une nullité absolue, parce qu'elle est d'ordre public, qu'un pareil engagement ne peut en conséquence produire aucun effet. Nous croyons que cette opinion est exacte, et qu'il en résulte que le contrat tout entier peut être annulé, s'il a été fait en Belgique ou dans un pays où la prohibition dont il s'agit est établie. Mais supposons qu'il ne soit pas annulé immédiatement, qu'il ne le soit qu'après un certain temps. Des services ont été prestés, des salaires ont été payés dans l'intervalle. Ces salaires payés en vertu d'un contrat annulé devront-ils être restitués? Ils peuvent être plus élevés ou moindres qu'ils ne l'eussent été, si l'engagement n'avait pas été pris à vie. Il y aura lieu, nous paraît-il, pour le juge de les ramener ou de les élever à un taux tel, qu'ils constituent une indemnité convenable à raison du service rendu. Mais, s'agissant d'un contrat soumis à l'empire d'une loi étrangère qui permet de pareils engagements, le juge belge ne peut, nous semble-t-il, agir ainsi, parce qu'il ne peut annuler le contrat. Il doit se borner à lui refuser dans notre pays un effet qui serait contraire à notre ordre public. Et, si sa compétence était justifiée par le fait, par exemple, que les parties auraient fixé postérieurement leur domicile sur notre territoire, il nous semble même qu'il ne pourrait se refuser à condamner le maître au paiement des salaires déjà mérités, soit en pays étranger, soit en Belgique. La question ne nous paraît douteuse qu'en ce qui concerne les salaires mérités en Belgique. Peut-être, en ce qui concerne ces derniers, le juge devrait-il apprécier *ex æquo et bono* l'indemnité due au serviteur.

1240. — La disposition de l'art. 1781, abrogée en Belgique par la loi du 10 juillet 1883, en France par une loi du 6 août 1868, dérogeait à toutes les règles ordinaires en matière de preuve. Elle disposait que le maître en est cru sur son affirmation pour la quotité des gages,

pour le paiement des salaires de l'année échue, et pour les à-comptes donnés pour l'année courante. Nous ne savons si d'autres législations contiennent encore aujourd'hui une pareille exception aux principes généraux. Mais nous n'en avons pas moins à examiner rapidement quelle est son autorité, sa force expansive en droit international privé. Nous avons dit, qu'en thèse générale, la maxime *locus regit actum*, généralement admise quant à la forme des actes destinés à constater les conventions, devait recevoir également application en ce qui concerne leur force probante, leur nécessité même, aux fins d'établir l'acte juridique, c'est-à-dire l'admissibilité de tel ou tel autre moyen de preuve, de la preuve par témoins, par exemple. Mais il faut reconnaître qu'il s'agit ici d'un moyen de preuve tout anormal, créé de toutes pièces par le législateur, n'ayant aucun fondement dans la réalité des choses. Brocher considère cette disposition comme une règle de procédure, s'imposant au juge dans le but d'exclure d'autres preuves non préconstituées[1], et ce n'est, en effet, qu'une règle ou un expédient de procédure. S'il en est ainsi, le juge ne pourra l'appliquer que là où elle existe, le contrat fût-il passé en pays étranger. On pourrait ajouter qu'elle place deux citoyens dans une inégalité flagrante au point de vue de la preuve, et qu'à ce titre elle pourrait être considérée comme contraire à notre droit public. Nous pensons donc qu'on ne saurait appliquer que la *lex fori*.

1241. — La section II traite des voituriers par terre et par eau.

Le contrat de voiture est assurément un de ceux qui présentent le plus d'intérêt et le plus d'importance au point de vue du droit international privé. Par sa nature même, et par suite des relations de plus en plus multipliées entre les différents pays, son exécution peut se développer, et se développe souvent sur plusieurs territoires. C'est alors qu'il se complique le plus, parce qu'au

(1) Op. cit., T. II, p. 220.

louage d'ouvrage viennent se joindre des sous-locations d'ouvrage, et cela non point par le libre choix, le caprice du voiturier, mais par la force des choses, et par une espèce de convention tacite ou expresse entre l'expéditeur et le voiturier originaire. C'est ce qui a donné naissance à la fameuse convention internationale de Berne du 14 octobre 1890 sur les transports par chemins de fer. Seulement il importe de remarquer que cette convention ne concerne que les transports internationaux ; elle ne s'applique, en outre, qu'aux marchandises et non aux voyageurs et aux bagages. Et, enfin, elle n'a pas encore obtenu l'adhésion de toutes les nations (1).

Tout d'abord elle ne concerne que les transports internationaux, et il s'en suit que les transports faits d'un point du territoire à un autre point du même pays, échappent nécessairement à l'application de ces règles. Par quelle loi le contrat sera-t-il régi dans ce cas, si les parties sont étrangères, si elles sont domiciliées en pays étranger, si l'une d'elles du moins est étrangère ou domiciliée en pays étranger ?

Nous n'avons pas besoin de rappeler que la capacité des parties contractantes est toujours régie par leur loi nationale, que les lois locales d'ordre public doivent être observées, que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés, et qu'il en est de même de leur force probante. Mais, outre que l'application de ces principes peut présenter des difficultés, il s'agit d'apprécier les effets de ce genre de contrat, en tant qu'il dépend des parties de les soumettre, ou de les soustraire à l'empire de telle ou telle loi.

(1) La convention dont il s'agit a été conclue à Berne entre l'Allemagne, la Belgique, l'Autriche-Hongrie, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Russie et la Suisse. Elle a été approuvée en Belgique par la loi du 25 mars 1892 publiée seulement le 8 novembre suivant. Cette convention fort développée (60 articles), est basée, comme le constate son préambule, sur le projet que les mêmes Etats avaient fait élaborer d'un commun accord, et qui se trouve contenu dans le protocole de Berne du 17 juillet 1886. On peut même dire qu'elle est la reproduction intégrale de ce projet également conçu en soixante articles. Or, le projet en question a fait l'objet d'un excellent ouvrage de M. C. Dr Asser, avocat à Amsterdam, qui a proposé d'y apporter certaines modifications, et il est regrettable que l'on n'y ait pas eu égard. Nous ne pouvons évidemment examiner ici cette convention avec détail, mais il en sera sommairement question plus loin.

Nous avons à faire au début de cette matière une observation importante. Le contrat de transport par terre et par eau appartient souvent au droit commercial, parce que les voituriers sont, en général, des commerçants. Le Code civil ne s'en occupe que pour déterminer la responsabilité du voiturier, et la preuve du contrat de transport. Aujourd'hui cependant que, dans certains pays, l'Etat exploite lui-même les chemins de fer, et tel est en général le cas en Belgique, le contrat de transport est souvent purement civil et non commercial, l'Etat remplissant dans ce cas un service public. Il a fallu une loi spéciale, en 1849, pour soumettre de ce chef l'Etat à la juridiction des tribunaux de commerce en Belgique, et une exception virtuelle y a été introduite depuis par la loi du 27 mars 1891, qui soumet aux tribunaux de 1re instance toutes les demandes en réparation de dommages causés par la mort d'une personne, par des blessures ou maladies.

1242. — Parcourons maintenant les articles relatifs à la responsabilité des voituriers. L'art. 1782 les soumet pour la garde et la conservation de la chose aux mêmes obligations que les aubergistes. Or, l'aubergiste est responsable, comme dépositaire nécessaire, des effets apportés par le voyageur qui loge chez lui (art. 1952) ; il répond 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 ou préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie (art. 1953) ; il n'est pas responsable des vols faits avec force armée ou autre force majeure (art. 1954). — Est-il permis de déroger conventionnellement à ces dispositions ? Il nous paraît incontestable que de pareilles conventions sont parfaitement licites, en tant qu'elles ont seulement pour objet d'écarter du transporteur la responsabilité du cas fortuit, et de rejeter sur l'expéditeur l'obligation de prouver la faute, au lieu de la présumer chez le voiturier. Mais celui-ci ne pourrait pas stipuler *qu'il ne répondra pas de sa faute, fût-elle prouvée*. Cela étant, et si les deux parties sont étrangères, si leur loi nationale n'impose pas au voiturier la respon-

sabilité du vol, quelle loi faut-il appliquer ? Est-ce leur loi nationale commune, ou celle de leur domicile commun, ou celle du lieu du contrat ? D'après le principe général proposé par la commission de revision belge du Code civil, ce serait la loi nationale commune des parties, et à défaut de nationalité commune, la loi du lieu du contrat.

Cela nous paraît fort dangereux dans la matière qui nous occupe, et très peu conforme à l'intention probable des parties. Supposons qu'un étranger domicilié en Belgique y exerce la profession de voiturier. Si un autre étranger de même nationalité lui confie des marchandises à transporter, la mesure de sa responsabilité dépendra-t-elle de leur loi nationale commune ? Cela ne nous paraît vraiment pas sérieux. Peut-être le voiturier ignore-t-il même la nationalité de l'expéditeur. Dans tous les cas, il ne saurait entrer dans sa pensée, il n'est pas probable du moins, en l'absence d'une convention expresse, qu'il ait eu l'intention, de modifier pour cet étranger les conditions du contrat de transport, tel qu'il est réglé par la loi belge. Il exerce son industrie sous l'égide de cette loi : les conditions qu'il offre au public doivent être censées les mêmes pour tous. On l'étonnerait considérablement si on lui disait après coup que, parce qu'il a traité avec un de ses concitoyens, sa responsabilité doit être mesurée plus rigoureusement ou moins rigoureusement qu'elle ne devrait l'être d'après nos lois, et qu'elle doit l'être d'après sa loi nationale qu'il ne connaît peut-être plus.

C'est bien assez de lui appliquer la présomption que chacun est censé connaître la loi, en ce qui concerne la législation qui régit dans les cas normaux l'exercice de son industrie, sans exiger qu'il connaisse en outre la loi qui régit le contrat de transport dans son pays, où il n'exerce pas son industrie, et qu'il a peut-être quitté depuis longtemps. Il est bien plus rationnel de lui appliquer la loi du pays où il exerce sa profession, où le contrat de transport sera nécessairement exécuté. Ajoutons que ce pays sera presque toujours aussi le lieu du contrat. Et s'il ne l'était pas, ce qui pourrait arriver si le contrat

avait été conclu par correspondance, il n'en faudrait pas moins appliquer la loi belge, de même qu'il faudrait appliquer la loi étrangère s'il s'agissait d'un voiturier ayant fixé le siège de son industrie en pays étranger.

1243. — La question présente un peu plus de difficulté lorsqu'il s'agit d'un transport international, et elle subsiste relativement à tous les transports internationaux de marchandises faits autrement que par chemin de fer. Or, si ces transports sont devenus plus rares qu'autrefois, parce que les transports de ce genre se font généralement par voie ferrée, ils se présentent encore souvent pour les transport opérés, soit par messageries, soit par les canaux, fleuves et rivières, soit par mer. Il y a eu même, comme le fait remarquer Laurent (1), pendant le siège de Paris des entrepreneurs d'aérostats, et il a pu y avoir des aérostats en destination de pays étrangers. Dans tous ces cas, le contrat ne se localise pas autant par son exécution. L'application de la loi du lieu de l'exécution, préconisée par Savigny, conduirait fréquemment à des incertitudes ou à des conflits de lois. Il nous paraît rationnel d'appliquer ici encore la loi du lieu où est fixé le siège de cette industrie spéciale. Elle est dans tous les cas préférable à la loi nationale commune, qui pourrait être ignorée des parties, qu'elles pourraient même se trouver dans l'impossibilité de connaître. Ici encore il semble que le transporteur n'ait pu songer qu'à la loi en vigueur dans le pays où il a fixé le siège de son entreprise, et surtout qu'il n'a pu entrer dans ses intentions de modifier sa responsabilité d'après la nationalité de l'expéditeur.

1244. — Ce que nous disons de l'art. 1782 s'applique également à l'art. 1783, qui étend la responsabilité du voiturier à ce qui lui a été remis dans un port ou dans l'entrepôt, à l'art. 1784 qui le rend responsable de la perte et des avaries, sauf la preuve du cas fortuit ou de la force majeure. Quant à l'art. 1785, qui oblige les entrepreneurs de voitures publiques par terre ou par eau, et ceux

(1) *Droit civil*. T. XXV, p. 576. — Colmet de Santerre, T. VII, p. 345.

des roulages publics, à tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent, c'est une disposition d'utilité générale et de police qui s'impose à tous voituriers exerçant leur profession dans notre pays. Enfin l'art. 1786 les assujettit en outre à des règlements particuliers qui font la loi, dit-il, entre eux et les autres citoyens.

A en croire le texte, et à ne l'interpréter que d'une manière judaïque, on pourrait en conclure que ces règlements particuliers n'ont aucune force vis-à-vis des étrangers. Ce serait une erreur : le législateur a évidemment voulu dire que ces règlements faisaient la loi entre les voituriers et les autres personnes avec lesquelles ils contractent. Il n'y a aucun motif pour lequel ils ne seraient applicables qu'aux seuls citoyens.

Il ne faut pas confondre avec les règlements dont il est ici question, les règlements-tarifs que l'Etat, agissant, non comme pouvoir public, mais comme entrepreneur de transports, met en vigueur, pour déterminer les conditions du contrat et limiter sa responsabilité. L'Etat a longtemps soutenu qu'ils avaient force de loi, mais cette prétention a été condamnée par divers arrêts de la Cour de Cassation de Belgique, qui n'en font résulter qu'une convention tacite entre les expéditeurs et l'Etat voiturier. Il a été jugé de plus que l'Etat ne pouvait, par des conventions de ce genre, s'affranchir de la responsabilité de sa faute, contrairement au droit commun et à la bonne foi, que leur seul effet pouvait être de limiter sa responsabilité, en l'absence d'une déclaration de valeur et de faute établie, et de rejeter le fardeau de la preuve d'une faute dans le chef du voiturier, sur l'expéditeur. La discussion de ces questions de droit intérieur nous entraînerait beaucoup trop loin. Mais il est indubitable, d'après nous, que l'étranger qui confie sa personne, ses bagages ou ses marchandises à l'Etat belge voiturier, doit être censé, comme le régnicole, accepter les conditions règlementaires qui précisent les effets du contrat, et notamment la responsabilité de l'Etat. Tout d'abord ces règlements sont publiés;

ensuite l'Etat qui les met en vigueur se lie lui-même et s'interdit virtuellement d'accepter la mission d'effectuer des transports dans d'autres conditions.

1245. — Nous n'aurons que quelques mots à dire des transports internationaux de marchandises par chemins de fer, en tant qu'ils sont réglés par la convention internationale conclue à Berne le 14 octobre 1890. Cette convention substitue en effet, pour toutes les parties contractantes, l'unité de droit à la diversité des législations. Elle supprime par conséquent, dans la mesure où elle est applicable, les questions de droit international privé. Nous n'avons donc pas à nous en occuper spécialement ici. Nous nous bornerons à indiquer les points principaux qu'elle règle, et les difficultés ou conflits qu'elle résoudrait en conséquence. Elle proclame tout d'abord l'obligation de transporter, sauf certaines restrictions. Elle détermine la forme dans laquelle doit être conclu le contrat de transport, et la question si délicate de savoir quel est, au regard du voiturier, le propriétaire de la marchandise, celui qui a le droit d'en disposer. Elle règle l'étendue de la responsabilité, et l'exercice du droit d'action, l'extinction de celle-ci, les recours des chemins de fer entre eux, et la force exécutoire des décisions. Sur tous ces points les clauses de cette convention internationale, semblent avoir été inspirées surtout par l'intérêt du commerce, et spécialement du commerce international. Un certain nombre d'Etats ont adhéré aux principes qu'elle proclame. Mais on ne doit pas perdre de vue qu'elle ne concerne ni les transports de voyageurs ou des bagages, ni les transports de marchandises à l'intérieur. L'adoption formelle de cette convention par la plupart des pays constituerait néanmoins un grand progrès, et paraît assez vraisemblable (1).

1246. — Il y aurait beaucoup à dire sur la question de savoir, quelle est la loi qui doit présider à la solution de ces questions, en l'absence d'un lien légal de ce genre,

(1) Asser junior. *Internationaal goederenvervoer langs spoorwegen*, 1887.— Meili. *Internationale Eisenbahnverträge* etc., 1887.

entre les transporteurs. Il nous paraît cependant que les principes ci-dessus exposés permettent déjà de la résoudre, dans la plupart des cas. S'agit-il de savoir à quelles conditions, et jusqu'à quel moment, l'expéditeur peut disposer de la marchandise, exiger qu'elle lui soit réexpédiée, ou remise à une autre destination ? Il semble que chaque voiturier ne puisse consulter que les principes de droit en vigueur dans le pays où il exerce son industrie. — De quoi se plaindrait l'expéditeur ? Il a dû savoir que la compagnie, avec laquelle il traitait, devait se substituer d'autres compagnies pour l'exécution complète du contrat. Il en est de même en ce qui concerne la responsabilité. Si la marchandise s'est perdue, a été avariée, ou si le transport a subi des retards sur son réseau, elle en sera responsable dans les limites où elle l'est d'après la loi qui y est en vigueur, et d'après ses règlements. Des difficultés sérieuses peuvent cependant se présenter en ce qui concerne les recours, si l'on ne sait pas où la faute a été commise, ou si des fautes sont imputables à plusieurs. Dans ce dernier cas, le juge pourra bien arbitrer les responsabilités *ex bono et aequo*.

Mais dans le premier, si l'on suppose que la responsabilité du voiturier originaire est illimitée, tandis que celle du second est limitée à une certaine somme par kilogramme, à moins que l'on ne prouve la faute, l'application du principe que chaque contrat de transport est régi par ses lois et ses conditions spéciales, peut conduire à une répartition fort peu équitable des responsabilités. L'unification du droit, à cet égard, est un grand bien. Elle l'est également en ce qu'elle règle la force exécutoire des jugements, et la question de savoir contre qui l'action peut être dirigée. L'expéditeur n'est plus forcé de consulter diverses lois, divers règlements : il sait immédiatement à quoi s'en tenir.

1247. — Le Code traite dans les art. 1787 à 1799 des devis et marchés, c'est-à-dire de la *locatio conductio operis*, du contrat d'entreprise. On y rencontre diverses espèces de dispositions, et s'il en est qui se rattachent au droit sup-

plétif, toutes ne sont pas de cette nature. L'art. 1787 semble d'abord indiquer les deux formes sous lesquelles ce contrat peut se présenter. Il dit expressément que, lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. Mais, en permettant la deuxième convention comme la première, il ne résout pas la question de savoir si c'est un louage d'ouvrage ou une vente. Et il résulte, tant des travaux préparatoires que du texte de l'art. 1791, que ce n'est en réalité qu'une *vente*. Le projet primitif le disait expressément; et si cette disposition a disparu du texte définitif, c'est uniquement parce qu'elle a paru superflue. Supposons toutefois, qu'à raison de telle ou telle circonstance, les parties soient censées s'être soumises à une loi étrangère, qui considérerait pareille convention comme un louage, et non comme une vente, il nous paraît que cette loi devrait être respectée, même dans notre pays. Ni l'ordre public, ni le régime économique des biens, ne semblent intéressés à ce que l'on adopte l'une opinion plutôt que l'autre.

1248. — Dès le début surgit donc la question de savoir à quelle loi les parties sont censées s'être soumises. On serait tenté, à première vue, d'appliquer la loi du domicile commun des parties, ou leur loi nationale commune, ou, si elles n'ont ni le même domicile, ni la même nationalité, la loi du lieu du contrat. Nous croyons cependant que cette solution serait trop générale, et ne doit point prévaloir d'une manière absolue lorsque l'*opus*, l'ouvrage à fournir, se rattache à un immeuble, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une entreprise de construction. Il nous paraît plus rationnel d'appliquer, dans ce cas, la loi de la situation. L'exécution d'un contrat de ce genre, comme celle du louage d'immeubles, suppose une continuité d'opérations, qui ne peuvent s'effectuer que dans un lieu déterminé, dans un lieu unique, celui où l'immeuble est situé. On peut admettre que les parties se sont soumises tacitement à cette loi locale. Toutefois, si les deux parties contractantes n'étaient ni l'une ni l'autre établies dans ce pays,

cette solution serait bien difficilement admissible. Il faudrait plutôt en revenir à la loi du lieu d'établissement de l'entrepreneur, à moins qu'ayant traité avec un Etat étranger, il ne doive être considéré comme s'étant soumis aux lois qui lient ce dernier.

Mais l'art. 1788 donne lieu à une difficulté particulière. Cet article suppose que l'ouvrier fournit la matière; or, nous avons admis plus haut avec Laurent, que, dans ce cas, il n'y a pas véritablement louage d'ouvrage, mais vente. Est-ce en général à la loi de la situation que les parties sont censées se soumettre, lorsqu'il s'agit d'une vente immobilière? Nous ne l'avons pas admis, et nous persistons à ne pas l'admettre. Mais il faut bien reconnaître qu'il s'agit ici d'une vente de nature toute spéciale. C'est la vente d'une chose future, et d'un immeuble futur, qui sera le produit d'une succession d'opérations à effectuer, là où se trouve déjà l'immeuble dont la construction nouvelle doit devenir l'accessoire. En fait, il nous paraît bien difficile que le juge belge n'applique pas la règle de l'art. 1788, relative au cas de perte de la matière, chaque fois qu'il s'agira d'une construction entreprise en Belgique. Il ne se préoccupera probablement pas de la question de savoir si les parties sont étrangères, et domiciliées en pays étranger. Il est vraisemblable que, s'agissant d'une exécution d'une certaine durée, et se localisant tout entière dans le lieu où l'immeuble est situé, les parties ont voulu la faire régir par la *lex situs*. Il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'une exécution momentanée, et qui ne se localise point, d'une manière durable, par la force des choses dans tel territoire.

1249. — Nous appliquerons la même loi chaque fois qu'il s'agira d'immeubles, en ce qui concerne les dispositions des art. 1789 à 1791 inclusivement, non comme loi régissant obligatoirement le contrat mais comme loi rationnellement acceptée par les parties. S'il s'agit d'une chose mobilière il n'en sera plus de même, et nous pensons qu'il y aura lieu, en général, de suivre les règles ordinaires sur la détermination de la loi qui régit les effets

des contrats. Mais ici encore nous devons constater tous les inconvénients que présenterait l'application de la loi nationale commune des parties, par préférence à toute autre. Voici un ouvrier qui travaille à la pièce; il reçoit du fabricant la matière première, le fil; il la transforme en toile, et son ouvrage lui est payé à raison d'autant par mètre de toile. C'est le louage d'ouvrage proprement dit. Supposons que le fabricant soit un étranger domicilié en Belgique, et que l'ouvrier, à son insu peut-être, appartienne à la même nation étrangère que lui, tout en ayant également son domicile en Belgique, les effets du contrat seront-ils régis par leur loi nationale commune? Nous ne saurions l'admettre. Le fabricant étranger établi en Belgique n'a pu évidemment songer à faire à cet ouvrier des conditions spéciales, exceptionnelles, à raison de sa nationalité; et celui-ci n'a pu songer à les réclamer. Les relations entre le fabricant et ses ouvriers sont nécessairement régies par des règles uniformes indépendantes de la question de nationalité; et quelles peuvent être ces règles, si ce n'est celles du pays où ces relations existent et se développent? A moins de stipulation contraire expresse, telle est bien certainement l'intention des parties. Dans la plupart des cas il y aura lieu d'appliquer la *lex loci contractus*, parce que des conventions de louage d'ouvrage de ce genre se font presque toujours au siège même de l'industrie qu'elles alimentent.

Mais ce ne sera *pas toujours* la loi du lieu du contrat. Supposons que l'industriel dont il s'agit soit établi à proximité de la frontière. Ce n'est pas là une hypothèse en l'air, cela se présente dans la pratique, et pour n'en citer qu'un exemple: deux localités industrielles importantes, Halluin et Menin, absolument contiguës, sont situées l'une en France, l'autre en Belgique. Il n'y a rien d'impossible à ce qu'un contrat de louage d'ouvrage se forme en France entre un fabricant de Menin et un ouvrier français domicilié en France. D'après quelle loi appréciera-t-on les effets de ce contrat dans le silence des parties, et en supposant qu'il y ait divergence entre les deux législa-

tions? Il y aurait lieu, d'après nous, d'appliquer la loi belge. Pourquoi? Parce qu'en l'absence de stipulations expresses, on ne peut supposer que le fabricant établi en Belgique et qui s'adresse au public ouvrier en général, à la main d'œuvre en général, entend diversifier les effets du contrat d'après le lieu où il est conclu; et l'ouvrier qui traite avec lui ne peut s'attendre à pareille intention de sa part. A quelle loi peut-on présumer rationnellement que les parties se soient soumises? A la loi en vigueur dans le pays où l'industrie est établie et fonctionne.

1250. — L'art. 1792 traite de la responsabilité de l'entrepreneur, et concerne spécialement le cas où il s'agit d'un immeuble, de l'entreprise de construction d'un édifice. On appliquera, en général, pensons-nous, la loi de la situation. Nous ne croyons pas toutefois que la *lex situs* doive recevoir application ici par une espèce de nécessité juridique, et en vertu du principe que les immeubles sont régis par la loi de leur situation (art. 3, C. civ.). Rien ne s'oppose, d'après nous, à ce que les parties abrègent ou prolongent la durée de la responsabilité. L'ordre public n'est donc pas en cause. Et, d'autre part, le principe, d'après lequel les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, ne vise, dans l'opinion générale, que les lois qui régissent directement les immeubles, notamment celles qui déterminent ce qui est immeuble, quels sont les droits que l'on peut acquérir sur un immeuble, de quelle manière peut s'opérer la transmission de ces droits, et la succession immobilière. Il ne concerne pas les effets des contrats, en tant qu'ils dépendent de la libre volonté des parties. Mais, à notre avis, il n'en faut pas moins appliquer, en ce qui concerne la disposition de l'art. 1792, la *lex situs*, à raison de l'intention probable des parties de se soumettre à cette loi. C'est, du reste, aussi la loi de l'exécution et non pas d'une exécution momentanée, mais d'une exécution continue, se localisant nécessairement là où l'immeuble est situé. Ce sera dans la plupart des cas le lieu du contrat. Nous appliquerons cette loi non-seulement en ce qui concerne l'étendue de

l'obligation, mais en ce qui concerne son terme. Il ne s'agit pas ici, à proprement parler, d'une prescription, mais de la durée attribuée ou assignée à l'obligation, à la responsabilité. Peut-être pourrait-on soutenir cependant que cette disposition a pour but d'éviter des procès qui, après un temps fort long, entraînent des vérifications presque impossibles et sont très difficiles à trancher. Mais il ne faut pas oublier que l'article ne dit en aucune manière que l'action en responsabilité doive être intentée dans les dix ans. Cette action n'est soumise qu'à la prescription ordinaire de trente ans. C'est la garantie qui dure dix ans, de sorte que si l'accident se produit après dix ans, la loi présume qu'il n'a eu pour cause ni un vice de construction, ni un vice du sol. Mais, *s'il se produit dans les dix ans*, le propriétaire peut agir *même après les dix ans*. Il ne s'agit donc pas de prévenir les procès. On pourrait soutenir de plus que la *lex situs* est logiquement la plus compétente, pour établir une prescription du genre de celle de l'art. 1792.

1251. — C'est d'après les mêmes principes, et les mêmes distinctions, que nous croyons devoir résoudre la question de savoir quelle est la loi applicable, quant aux matières réglées par les art. 1793 à 1797 et 1799 du Code civil. Mais l'art. 1798 donne lieu à quelque difficulté. Il ne s'agit plus de l'effet de la *locatio conductio operis*, mais des effets d'un louage de services venant se greffer sur le contrat d'entreprise, et dans lequel intervient un tiers étranger au contrat primitif. Cet article ouvre à l'ouvrier qui a fait un contrat de ce genre avec l'entrepreneur, une action directe contre celui pour qui les ouvrages sont faits, à concurrence de ce qu'il doit à l'entrepreneur au moment où l'action est intentée. En apparence, ce n'est que l'application de l'art. 1166 ; mais, comme on l'a fait observer, l'art. 1798 ainsi entendu serait inutile, et l'on voit généralement dans cet article l'attribution exclusive aux ouvriers des sommes encore dues par le propriétaire, ce qui peut avoir une grande importance en cas de faillite. Il s'agit donc d'une espèce

de privilège spécial. Mais où ce privilège devra-t-il être reconnu? Il n'est plus question ici de la volonté commune des parties contractantes, puisque les intérêts des tiers sont en jeu. A notre avis, la seule loi qu'il soit possible d'appliquer, c'est la loi du siège de l'obligation du propriétaire, vis-à-vis duquel l'action doit être exercée, en d'autres termes, la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée. M. Brocher reconnaît qu'il ne peut s'agir d'intention probable des parties. Mais il voit dans l'art. 1798 une espèce de délégation légale qui suppose, dit-il, des *travaux faits en France*. Il applique donc la loi du lieu où les travaux sont exécutés. Il ajoute qu'en supposant même que cet agissement dût apparaître comme un quasi-contrat, on arriverait au même résultat, cette loi devant être celle sur le territoire de laquelle se sont accomplis les faits servant de base à cette obligation fictive. Mais il ne peut s'agir de quasi-contrat dans l'espèce, et M. Brocher le reconnaît, en reprenant immédiatement après l'idée de la délégation fictive, c'est-à-dire, en d'autres termes, d'une délégation légale. Comme il n'y a point de délégation réelle, cela conduit tout simplement à établir un privilège spécial au profit de l'ouvrier, c'est-à-dire un droit de préférence vis-à-vis des tiers sur un certain bien faisant partie de l'avoir de l'entrepreneur. Si l'on n'applique pas ici la loi du siège de l'obligation, il ne peut être question que d'appliquer la *lex fori*.

1252. — Le chapitre IV du titre *du louage* traite du bail à cheptel, et l'on trouve dans la section I^re^ les dispositions générales relatives à ce contrat.

Le bail à cheptel est un bail d'objets mobiliers, mais d'objets mobiliers d'une nature particulière, notamment d'*un fonds de bétail*. Ce contrat participe jusqu'à un certain point du contrat de société; Pothier le considérait même comme un contrat de société de bestiaux. Mais il est certain que le Code a repoussé la fiction que Pothier avait imaginée pour justifier son opinion, et qui consistait à supposer que la moitié des bestiaux était fournie par le bailleur *pour le preneur*, auquel il était censé en

faire l'avance. Cela n'est pas exact, au moins quant au cheptel simple. C'est le bailleur qui, seul, fournit le cheptel, et il en demeure propriétaire (art. 1805). Laurent voit dans ce contrat une espèce de louage de services; « le preneur loue ses services pour la garde, la nourriture et les soins qu'il donne au cheptel du bailleur ; le prix du bail consiste dans les menus profits » que recueille le preneur ; « la moitié du croît est un supplément du prix[1] ». C'est assez étrange, et il semble au premier abord qu'il y ait contradiction dans les termes. Si le preneur loue ses services, il est locateur et non pas seulement preneur. En réalité, il semble qu'il y ait ici un double bail : bail de choses et location de services. C'est un contrat *sui generis* qui n'est ni le louage ni la société, mais que le Code considère plutôt comme un *louage*, ainsi qu'il résulte suffisamment de la place qu'il lui a assignée, et des termes dont il se sert. Il y a plus : ce qui lui a paru prédominer, c'est le bail de choses ; et le prix de la jouissance de celles-ci, c'est le coût de leur entretien, et une partie du profit provenant du croît.

1253. — Quoi qu'il en soit, les parties règlent en général librement les effets de ce contrat (art. 1800) ; il n'y a d'exception que pour certaines stipulations prohibées. Mais le législateur ne se borne pas à autoriser la convention, il prévoit certaines formes qu'elle peut revêtir (art. 1801). C'est le cheptel simple ou ordinaire, le cheptel à moitié, le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire, et une quatrième espèce de contrat « *improprement appelé cheptel* ». Si les parties sont étrangères, ou si le contrat a été conclu en pays étranger, ou s'il doit être exécuté en pays étranger, à quelle loi les parties sont-elles censées s'être soumises quant aux effets de leurs conventions ? Dans la plupart des cas, les termes de celui-ci permettront vraisemblablement de résoudre cette question. C'est ainsi qu'à défaut même de stipulations expresses, si elles se sont servies d'une terminologie *belge*, inconnue

(1) Laurent. *Droit civil international*, T. XXVI, nº 87.

dans la législation étrangère avec laquelle le conflit s'engage, pour qualifier leur contrat, la question sera résolue. L'emploi de la langue étrangère même constituera une indication des plus significatives. Mais il peut n'en être pas ainsi, il se peut que la terminologie juridique de deux pays soit identique, et que leurs lois respectives attachent des effets différents à des conventions portant le même nom. C'est alors que la question de savoir quelle est la loi qui régit le contrat présente des difficultés sérieuses.

Faut-il appliquer, suivant les règles ordinaires admises par beaucoup d'auteurs, la *lex loci contractus*, ou, en cas de nationalité commune des deux parties, leur loi nationale, ou la loi de leur domicile commun, etc...? Doit-on s'en tenir à la loi du lieu de l'exécution, ou à quelque autre loi? La question ne nous paraît pas susceptible d'une solution absolue et uniforme. Le contrat de cheptel peut se présenter sous l'apparence d'une convention indépendante de toute autre. Tel est le cas du cheptel simple, et souvent du cheptel à moitié. Mais le cheptel peut être aussi l'*accessoire d'un bail d'immeubles*, et il en est ainsi, lorsque le cheptel est donné par le propriétaire à son fermier ou au colon partiaire. On ne peut appliquer les mêmes principes, semble-t-il, dans les deux cas, et nous examinerons séparément chacune de ces hypothèses.

1254. — Dans le cas de cheptel simple, il s'agit d'une convention ayant pour objet des choses mobilières, et dont l'exécution ne se localise pas nécessairement dans un endroit déterminé. Nous appliquerons sans hésiter, dans ce cas, les principes ordinaires quant à la détermination de la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises, à défaut de stipulation expresse. Ce sera, en général, d'après ce que nous avons dit plus haut, la loi de leur domicile commun en première ligne, si elles ne sont pas domiciliées dans le même pays, la loi de leur nationalité commune, et si elles n'ont ni nationalité commune, ni domicile commun, la loi du contrat. Il n'y a rien ici dans la nature

spéciale du contrat, dans les situations relatives des parties qui doive faire préférer la loi du lieu d'établissement de l'une d'elles. Il en sera ainsi notamment quant aux dispositions des art. 1804 à 1807 inclusivement, et nous appliquerons les mêmes principes en ce qui concerne l'art. 1808, lequel impose la preuve du cas fortuit au preneur, et la preuve de la faute du preneur au bailleur, et ne fait en cela qu'appliquer les principes généraux. Brocher est d'avis que cette règle ne concerne que la procédure, et qu'il faut appliquer en conséquence la loi du for ; nous ne pouvons pas nous rallier à cette opinion, et tout ce qui concerne la preuve, sauf la forme dans laquelle celle-ci est reçue, nous paraît se rattacher au fond (1). Pour les art. 1809 et 1810, relatifs à la responsabilité du preneur en cas de perte, il n'y a pas de doute : ils appartiennent en principe au droit supplétif et au fond. Mais l'art. 1811 ne se rattache nullement au droit supplétif. Il est certain que les trois premières dispositions de cet article sont d'ordre public, puisque toute clause contraire est frappée de nullité. Peu importe donc la question de savoir à quelle loi les parties ont *entendu se soumettre ;* il s'agit de savoir à quelle loi elles *sont soumises*, et il faut pour cela, nous paraît-il, rechercher dans quel esprit, dans quel but le législateur a établi ces prohibitions. Les travaux préparatoires prouvent qu'il s'est déterminé par des considérations d'humanité pure, par l'intérêt de ceux que Laurent appelle les « misérables chepteliers ». Si tel est le motif de la disposition, on serait tenté de croire que jamais le juge belge ne pourrait reconnaître force et valeur aux stipulations en question. Ce serait cependant aller trop loin, à notre avis. Si le contrat a été conclu en pays étranger, si les parties sont étrangères, si leur loi nationale ne leur défend point des stipulations de ce genre, nos tribunaux n'ont pas le pouvoir, à notre avis, de les considérer comme nulles, lorsque par hasard ils sont saisis de la question, ce qui, dans ce cas, arrivera rarement. Il

(1) Brocher. Op cit., T. II, p. 226.

est bien difficile de considérer ces conventions comme empreintes d'une immoralité absolue, plus difficile encore d'envisager leur simple exécution comme telle, lorsqu'elles ont été légalement conclues en pays étranger, entre personnes non soumises à nos lois.

Quant aux deux dernières dispositions de l'art. 1811, nous croyons avec Laurent qu'il n'est pas interdit aux parties d'y déroger. Il y a donc lieu d'appliquer la loi à laquelle elles sont censées s'être soumises, d'après les présomptions indiquées plus haut. Et il en est de même quant aux dispositions des art. 1812 à 1817.

1255. — Le cheptel à moitié diffère essentiellement du cheptel simple, en ce que chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, et la loi elle-même le qualifie de société. Il y a ici une véritable mise en commun (art. 1818). A la différence du cheptel simple, le cheptel à moitié entraîne nécessairement l'attribution au preneur seul des laitages, du fumier et des travaux des bêtes, et le partage par moitié des laines et du croît; et toute convention contraire est nulle à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire (art. 1819, C. civ.). D'où vient cette différence? De ce que le preneur, dans ce cas, apporte non seulement son travail, son activité, mais la moitié du capital. Sa mise est donc plus forte que celle du bailleur. Tout ce que nous venons de dire au sujet de l'art. 1811, en parlant du cheptel simple, s'applique à l'art. 1819, lorsqu'il s'agit du cheptel à moitié. C'est une disposition évidemment inspirée par des considérations d'humanité, par la faveur dont la loi couvre le « misérable cheptelier ». Mais lorsque le bailleur est propriétaire de la métairie, la situation change, parce que les bestiaux sont logés aux frais du propriétaire, et en outre parce que le preneur étant en même temps fermier, les clauses du bail à ferme peuvent, comme le fait remarquer Laurent [1], « compenser les avantages exceptionnels qu'il consent au profit du propriétaire ».

(1) *Droit civil*, T. XXVI, nº 112.

Dans l'un et l'autre cas, les autres règles du cheptel s'appliquent au cheptel à moitié. Il en sera donc ainsi même de l'art. 1811, qui défend certaines stipulations considérées comme iniques ou inhumaines vis-à-vis du preneur. Mais comment, en ce qui concerne les autres dispositions, décidera-t-on la question de savoir à quelle loi les parties ont entendu se soumettre, lorsqu'un doute peut s'élever à cet égard? Si le cheptel à moitié n'est pas donné au fermier ou au colon partiaire, il n'y a aucun motif de déroger aux présomptions ordinaires que nous avons indiquées, s'agissant du cheptel simple. Mais, dans le cas contraire, le contrat de cheptel apparaît comme l'accessoire d'un bail d'immeubles. Le contrat se localise nécessairement là où les immeubles sont situés. Il a un lien intime avec le bail des immeubles. C'est pour l'exploitation et le service des fonds que l'opération s'accomplit. Il semble qu'à moins de stipulations contraires, les parties doivent être censées se soumettre à la loi du pays de la situation, à la *lex situs*. Nous avons déjà dit que d'excellents auteurs l'admettent en ce qui touche le bail d'immeubles.

Nous devons faire exception cependant pour l'art. 1893: « Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier le tient; sans quoi il peut le saisir, et le faire vendre, pour ce que son fermier lui doit. » Brocher[1] fait observer avec raison que cette disposition, qui a pour but de réglementer les droits respectifs des propriétaires, ainsi mis en présence, se rapporte au régime des privilèges. Le propriétaire a privilège, en effet, sur les bestiaux qui garnissent la ferme louée. Il ne faut pas, qu'à son insu, il puisse être privé de cette garantie pour le paiement des fermages. Cette disposition est d'ordre public, mais d'ordre public économique ou territorial; c'est-à-dire que le bailleur d'un immeuble rural, situé en Belgique, conservera son privilège sur le bétail appartenant à un tiers, et garnis-

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 227.

sant les lieux loués, si le cheptel ne lui a pas été régulièrement notifié. Le bailleur est un tiers, relativement au contrat de cheptel, et celui-ci ne peut produire effet à son détriment que dans la mesure déterminée par la *lex situs*.

1256. — Le Code traite, dans la section IV, du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire. Le § 1er concerne le cheptel donné au fermier. C'est, d'après l'art. 1821, celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail le fermier laissera des bestiaux, d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus. Le cheptel apparaît ici, plus encore que dans le cas précédent, comme l'accessoire du bail d'un immeuble rural. Il en est la condition. S'il en est ainsi, la loi qui régit le bail à ferme régira accessoirement le cheptel. Or, nous croyons avoir démontré plus haut que cette loi doit être celle de la situation de l'immeuble. Il faudra donc appliquer cette loi, relativement aux effets de ce genre de contrat, tels qu'ils sont déterminés par les art. 1822 à 1826. Cela est d'autant plus rationnel que, tout en n'étant pas strictement obligatoires pour les parties, qui peuvent y déroger, certaines de ces dispositions contiennent tout au moins des présomptions, jusqu'à preuve contraire, qui ne sont pas sans présenter un grand intérêt pour les tiers. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1822, l'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété. En admettant, comme nous le croyons, que les parties puissent déroger à cette règle, il n'en reste pas moins vrai que la présomption présente un intérêt capital pour les tiers, pour les créanciers du fermier, par exemple. D'autres dispositions présentent un intérêt considérable pour l'agriculture, par exemple, celle de l'art. 1824, aux termes duquel le fumier appartient à la métairie, et doit être exclusivement employé pour l'exploitation de celle-ci. L'application de la *lex situs* semble sous tous les rapports s'imposer, quand il s'agit d'un contrat de cette nature.

Le § 2 de la section IV, art. 1827 à 1830, traite du

cheptel donné au colon partiaire. La loi ne définit point ce contrat, mais il est visible que ses dispositions ont en vue le cas où tout le cheptel est donné au colon partiaire, c'est-à-dire celui du cheptel simple constitué en faveur de cette espèce de fermier (art. 1830, C. civ.). L'art. 1829 indique du reste clairement, à quel point le législateur considère lui-même ce contrat comme l'*accessoire du bail de biens ruraux*. Il finit, dit cet article, *avec le bail à métairie*. Nous pensons donc qu'il est régi par la *lex situs*, par la loi de la situation des biens qui font l'objet du bail principal. Et, s'il en est ainsi des effets facultatifs du cheptel donné au colon partiaire, il en est à plus forte raison de même, et d'une manière absolue, des dispositions auxquelles les parties ne peuvent déroger, notamment de celle qui défend de stipuler que le colon sera tenu de toute la perte. Cela n'empêche pas, cependant, que la nullité de cette stipulation ne puissse résulter également de la loi nationale des parties, peut-être même de la loi du lieu du contrat. — Mais la loi n'interdit pas le cheptel à moitié en faveur du colon partiaire. Il semble que, pour déterminer quels sont les effets d'un pareil contrat, il faille recourir nécessairement aux règles du cheptel a moitié donné au fermier. Et, comme dans ce cas encore, le cheptel paraît être un accessoire du bail d'immeubles, il y a lieu, à notre avis, d'appliquer la loi de la situation de ceux-ci.

1257. — Le contrat « improprement appelé cheptel » est défini par l'art. 1831, sect. V. Suivant certains auteurs, c'est un louage, suivant d'autres un contrat innommé, et Pothier était de cette dernière opinion. Mais le Code civil le considère évidemment comme un louage, puisqu'il en est question au titre du louage, et puisque l'art. 1831 qualifie de bailleur celui qui donne une ou plusieurs vaches pour les loger et les nourrir, sous la seule condition de profiter du croît. On appliquera donc à ce contrat les règles ordinaires du louage. Mais c'est un louage de meubles, et à moins qu'il ne se rattache d'une façon étroite à un louage d'immeubles, dont il se pourrait qu'il ne fût

que l'accessoire, il n'y a aucune raison, à notre avis, d'appliquer en cas de conflit la loi du lieu de la situation, la situation des meubles étant essentiellement changeante. Il est donc rationnel de présumer que les parties ont plutôt entendu se soumettre, en cette matière, à la loi de leur domicile commun, ou à celle de leur nationalité commune, ou enfin à celle du lieu du contrat, si elles n'ont ni domicile commun ni nationalité commune. Rien dans la nature du contrat ne semble prescrire l'application de la loi personnelle de l'un plutôt que de l'autre. Mais ce n'est là qu'une indication générale, et il se pourrait que l'application de la loi à laquelle est soumise l'une des parties s'imposât à raison de leurs situations relatives, par exemple si l'on avait traité avec une administration publique d'un pays déterminé.

TITRE XXVI.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

Observations générales.

1258. — La société constitue un des contrats les plus intéressants à étudier au point de vue du droit international privé. Elle entraîne tout d'abord *entre les parties contractantes elles-mêmes* des rapports qui ne sont nullement momentanés, mais essentiellement durables et prolongés. Elle semble en outre la négation bien nette d'une interprétation trop absolue et trop judaïque de la règle de l'art. 1165, al. 1, suivant laquelle les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Il est au contraire de la nature de certaines sociétés de produire certains effets vis-à-vis des tiers. Cela est surtout vrai lorsqu'il s'agit des sociétés commerciales. Quand on les compare d'autre part aux sociétés civiles, lorsqu'on examine les effets qui en dérivent, on constate en premier lieu que leur importance est en général beaucoup plus considérable dans l'état de notre civilisation, et ne cesse de croître avec le développement du commerce et de l'industrie. Ce sont essentiellement des sociétés de travail, et elles centuplent les forces productives individuelles. A la différence de la plupart des sociétés civiles, elles sont douées d'une force expansive considérable, et restent beaucoup moins souvent confinées dans les limites territoriales d'un pays déterminé. Elles rayonnent et étendent leur activité au dehors et en pays

étranger. Par cela même elles donnent plus souvent naissance à des conflits de législation. Or, ces conflits de législation sont d'autant plus graves, que les tiers ne sont pas désintéressés dans le règlement et l'organisation des sociétés commerciales, qu'on peut se prévaloir contre eux des clauses du contrat de société quand il est valable, qu'ils peuvent souvent s'en prévaloir contre les associés, même quand la convention est nulle entre ces derniers. La société civile n'a certes pas des effets aussi importants, outre que son champ d'action est généralement bien plus localisé, bien plus limité. On pourrait presque dire qu'elle est ordinairement nationale, tandis que la société commerciale est internationale ou extraterritoriale. Aussi beaucoup de traités de droit international privé, dans lesquels il est question de la société, s'occupent-ils avec prédilection des sociétés commerciales, ou conclues dans une forme commerciale. Et il est remarquable que, si nos lois ne contiennent aucune disposition quelconque réglant l'effet des sociétés civiles, au point de vue du droit international privé, elles en contiennent au contraire de fort importantes, sur la solution des conflits qui peuvent surgir en ce qui touche les sociétés commerciales.

1259. — Il est évident que ces règles ne peuvent recevoir une application littérale en ce qui concerne les sociétés civiles. La nature même de celles-ci s'y oppose ; car elles n'ont pas, comme les sociétés commerciales, la personnification civile. Mais il n'en résulte pas que l'on ne puisse les invoquer par analogie, s'agissant même des sociétés civiles, dans la mesure où elles ne se rattachent pas étroitement à la notion de la personnalité civile ou juridique. On peut y trouver des indications précieuses sur l'importance que le législateur attache à tel ou tel élément : le lieu du contrat, le siège d'opérations ou principal établissement, la nationalité des parties, etc... C'est ce qui nous a déterminé à étudier avec soin la question de savoir quelle est la loi qui régit, en général, les sociétés commerciales, dans les cas où un conflit peut surgir, et dans quelle mesure les règles tracées à cet

égard par notre loi du 18 mai 1873, modifiée par la loi du 22 mai 1886 sur les sociétés commerciales, peuvent recevoir application, s'agissant d'une société qui n'a rien de commercial. On ne peut se dissimuler toutefois la nécessité d'établir nettement, avant d'entamer cette étude, les différences qui existent entre les unes et les autres, et de définir leurs natures fort diverses. Nous examinerons ensuite, en termes généraux, dans quels cas une loi étrangère peut être considérée comme régissant une société commerciale qui étend ses opérations en Belgique, et dans quelle mesure il peut en être ainsi lorsqu'il s'agit d'une société civile. Nous nous occuperons ensuite séparément des sociétés civiles, puis des sociétés commerciales. Et nous croyons qu'il sera facile de se convaincre par cette étude que, comme nous l'avons dit dans la partie générale de notre ouvrage, la question de savoir quelle est la loi applicable à la substance et aux effets du contrat ne dépend pas toujours du lieu du contrat, ni de la nationalité commune des parties, ni même du domicile commun, mais, suivant la nature du contrat, d'autres circonstances encore.

1260. — Le Code civil établit, relativement à la société civile, un ensemble de règles qui, d'après une disposition formelle (art. 1873), ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points n'ayant rien de contraire *aux lois et usages de commerce*. L'art. 1er de la loi belge du 28 mai 1873 sur les sociétés commerciales, dispose que les sociétés commerciales sont celles *qui ont pour objet des actes de commerce*, et qu'elles se règlent par *les conventions des parties*, par *les lois particulières* au commerce, et par *le droit civil*. Cette définition de la société commerciale, d'après son objet, ne laisse rien à désirer au point de vue de la clarté, notre législation définissant les actes de commerce. On pourrait seulement regretter que le législateur ne se soit pas expliqué sur la nature des sociétés dont l'objet est complexe et multiple, et qui ont pour objet à la fois des actes de commerce et des actes non commerciaux. Il faut évidemment leur reconnaître la nature de sociétés commerciales, dès que

leur objet principal est le commerce, et c'est, nous semble-t-il, la solution admise par la jurisprudence. En tout cas, il nous paraît clair que, chaque fois que le législateur belge parle des sociétes commerciales, il entend par là ce qui constitue une société commerciale d'apres nos lois, et non pas ce qui est qualifié de cette manière par telle ou telle législation étrangère. — La deuxième partie de l'art. 1er de la loi du 18 mai 1873 a, en somme, la même portée que l'art. 1873 du Code civil, sauf que ce dernier ne dit mot des *conventions*, et qu'il n'est pas question, dans l'art. 1er de la loi de 1873, des usages du commerce. L'insertion du mot « conventions » dans la disposition nouvelle n'a eu évidemment pour but que de maintenir l'autonomie des parties, dans la mesure où elle n'est pas entravée par le législateur. Quant à l'omission des mots *usages du commerce*, dans la même disposition, rien n'autorise à croire, quand on examine les rapports et les documents, qu'elle ait pour but et pour effet de supprimer leur autorité en cette matière quand ils n'ont rien de contraire à des lois d'ordre public. On doit conclure, en conséquence, de la combinaison des deux textes que les dispositions du Code civil recevront application aux sociétés commerciales, sur tous les points où les lois commerciales et les usages commerciaux n'y dérogeront point. Mais elles ne reçoivent application d'*une manière complète* qu'aux sociétés civiles; et encore faut-il observer que certaines sociétés civiles fort importantes, celles formées pour l'exploitation des mines, peuvent être contractées sous une forme commerciale et jouir ainsi de la personnification juridique, sans cesser d'être civiles. Elles sont alors régies par les mêmes règles que les sociétés commerciales dont elles ont emprunté la forme (art. 136, loi du 18 mai 1873). Le gouvernement avait proposé dans le principe, qu'il en fût de même des sociétés contractées pour l'achat et la revente d'immeubles, mais cette proposition, assez vivement combattue, fut plus tard retirée.

1261. — Lorsqu'on envisage la société civile et la société commerciale au point de vue de leurs effets, on

constate qu'elles diffèrent essentiellement, d'après la loi belge comme d'après la loi française, en ce que la seconde a seule, en règle, la personnification civile, est seule douée d'une existence propre indépendante de celle des associés. D'où naît une première et très importante question. Supposons qu'une société civile se forme en pays étranger, entre étrangers domiciliés en ce pays, et que, d'après la loi de ce pays, elle possède la personnification civile, lui reconnaîtra-t-on la qualité de personne civile dans notre pays? S'il s'agissait d'une société commerciale ou peut-être même de certaines sociétés minières constituées sous la forme de l'anonymat, la question ne présenterait aucune difficulté; elle serait résolue par l'art. 128 de notre loi sur les sociétés, et ce dans le sens de l'affirmative, pourvu que cette société ait dans ce pays son principal établissement. Mais il importe de remarquer qu'antérieurement à cette loi, et en l'absence de traités conclus sur la base de la réciprocité, elle était résolue d'une manière toute différente, et la solution négative doit donc prévaloir actuellement pour les sociétés que cette loi ne concerne point. On peut dire en faveur de cette opinion, que les personnes civiles sont une création de la loi, et que la loi n'étend son empire que dans les limites du territoire. Qu'une loi étrangère érige en personne civile une société civile constituée et établie dans le territoire, celle-ci n'aura pas pour cela cette qualité dans un pays étranger où cette loi est sans autorité. A plus forte raison en est-il ainsi des sociétés de pur agrément. Nous ne pourrions admettre de dérogation à ce principe, comme nous l'avons dit en traitant d'une manière générale des personnes morales étrangères, que s'il s'agissait simplement d'ester en justice *à l'occasion d'opérations accomplies dans le pays où ces sociétés jouissent de la personnification civile.*

1262. — Mais indépendamment de la question de savoir si une société étrangère jouit de la personnification civile en Belgique, il en est une foule d'autres qui concernent les effets du contrat de société, et qui peuvent se présenter,

s'agissant même d'une société civile. La question de savoir quand une société doit être considérée comme étrangère, donne lieu elle-même aux plus sérieuses difficultés. Nous négligerons momentanément cette dernière question, et nous nous attacherons à rechercher d'après quelle loi il faut apprécier les effets du contrat de société civile, lorsque la question de savoir à quelle loi les parties sont soumises nécessairement, ou se sont volontairement soumises, peut paraître douteuse. Il faut distinguer, nous paraît-il, comme lorsqu'il s'agit de la généralité des contrats, d'après la nature des différentes dispositions qui régissent ce contrat. Mais nous ne pensons pas qu'il soit vrai de dire, comme l'enseignent un assez grand nombre d'auteurs, qu'en principe le contrat de société obéisse aux règles qui gouvernent tous les autres contrats, soit pour les conditions de forme et de preuve, soit pour les conditions de fond (1). Cela est trop général et trop absolu, et nous verrons bientôt combien plusieurs de ces auteurs, et la jurisprudence se sont écartés de ce principe général et absolu.

1263. — Nous admettons toutefois que, quant à la forme, il y a lieu d'appliquer les principes généraux, à moins que le législateur n'y ait dérogé, ce qui nous paraît être le cas dans une certaine mesure pour les sociétés *commerciales*. Mais il n'existe, en ce qui concerne les sociétés civiles, aucune disposition semblable à celle des art. 129 et 130, relatifs aux sociétés commerciales. On devra donc appliquer la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire que la société civile sera régie, quant à la forme, par la loi du lieu où la convention est conclue; et, si l'on considère cette règle comme facultative, l'on admettra qu'elle sera également valable en la forme, si les parties se sont soumises à leur loi nationale commune. Nos lois n'exigent aucune condition de forme pour la validité des sociétés civiles; mais il se peut qu'une loi étrangère dispose différemment. Aucune condition de forme ne

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Société*, n° 1 et les autorités qu'il cite.

sera exigée pour la validité du contrat, si celui-ci se noue en Belgique. D'autre part, le contrat de société civile est soumis, quant à la preuve, aux mêmes règles que tous les autres contrats civils. S'il s'agit de sommes ou valeurs, supérieures à 150 francs, la preuve n'en pourra être faite que par écrit. A cet égard, la règle *locus regit actum* conserve toute son importance. Elle conduirait, il est vrai, à une bien grande rigueur, si on la considère comme rigoureusement obligatoire, mais il serait peut-être imprudent d'admettre comme tempérament à cette règle, l'autorité de la loi nationale commune des parties, c'est-à-dire la recevabilité de la preuve par témoins, lorsqu'elle est recevable d'après cette loi, et cela n'est pas généralement admis.

1264. — Il en est de même, à notre avis, en tant qu'il s'agit de dispositions d'ordre public absolu; c'est-à-dire qu'ici encore on observera les mêmes règles que lorsqu'il s'agit de tout autre contrat. Une société, formée en vue d'un objet illicite, immoral, ne pourrait être reconnue comme valable dans notre pays, lors même qu'on pourrait la considérer comme commerciale. L'on devrait considérer, par exemple, comme nulle dans notre pays, une société organisée dans le but de pratiquer la contrebande, même au détriment d'un pays étranger. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point plus haut(1). Nous en déciderons de même s'il s'agit d'une société contractée en vue du jeu de hasard, ou d'une loterie. Il a été décidé pareillement qu'une société entre étrangers, mettant en commun *les biens qui adviendraient aux sociétaires par succession*, est contraire aux dispositions d'ordre public de la loi française. Et comme toutes les clauses d'un acte de société forment un tout indivisible, il a même été jugé que les tribunaux français ne pouvaient pas même ordonner la liquidation des biens présents, compris dans cette société(2). Telle n'est cependant pas l'opinion de M. Brocher. Pour lui, l'art. 1837 n'est pas l'application d'un

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Société*. n° 61.
(2) Trib. de la Seine, 18 juillet 1885, et Paris, 26 janvier 1888. *Gaz. du Palais*, 29 février 1888.

principe général, des art. 1130 et autres, prohibant toute stipulation sur une succession non ouverte. « Le texte ne se réfère ni directement, ni indirectement, à un principe supérieur et plus général; il débute par une disposition interprétative, qu'il empreint ensuite d'un caractère d'ordre public; il considère comme hors de cause, par une rédaction plus ou moins vague, les art. 1830 et autres, mentionnés plus haut. S'il en était autrement, l'art. 1837 devrait être considéré, non comme conséquence d'un principe supérieur, mais comme exception destinée à en amoindrir les effets (?); cette exception ne serait pas facile à comprendre. L'article paraît, d'ailleurs, s'appuyer sur des considérations se rapportant plus directement au contrat de société. On a voulu éviter, soit des mises en fonds trop aléatoires et trop inégales, soit la faculté de dissimuler des donations sous forme de sociétés. » Et il invoque en ce sens les travaux préparatoires de la loi, d'après Locré, notamment les exposés de motifs. Sa conclusion est, qu'il ne s'agit que d'une règle d'ordre public interne, et qu'il faut appliquer la loi qui, d'après lui, a compétence pour déterminer les effets de la société, c'est-à-dire, d'après son système, la loi du lieu où elle a son siège effectif.

1265. — Bien que cette opinion du savant jurisconsulte genevois soit basée sur des raisons très habilement déduites, nous ne pouvons nous rallier entièrement à son raisonnement. Il nous paraît évident que l'art. 1837 n'est, dans sa disposition finale, qu'une application du principe qui interdit tout pacte successoire; et cela est tellement vrai que, si cette disposition n'existait pas, le principe dont il s'agit n'en conduirait pas moins à la nullité de la société formée dans ces conditions. On a pu invoquer dans la discussion d'autres considérations encore, spéciales à ce contrat; mais outre qu'elles sont assez faibles, il n'en est pas moins vrai que l'on ne trouve ici que l'application d'un principe général. Il y a lieu en conséquence d'examiner quelle est la nature de ce principe général, et s'il repose sur des considérations d'ordre public absolu, pour

résoudre la question qui nous occupe. On pourrait soutenir que ces dispositions mettent en réalité cette chose, que l'on appelle une succession future, hors du commerce, et que le législateur n'entend mettre hors du commerce que les successions régies par la loi belge. Mais la question serait seulement déplacée, car il conviendrait toujours de se demander si ces choses sont mises hors du commerce par des motifs d'ordre public absolu, ou de morale absolue. Or, tel nous paraît bien être le cas. A tort ou à raison, le législateur français et le législateur belge considèrent de pareilles stipulations comme immorales, d'où il suit que quel que soit le lieu où elles se réalisent, quelle que soit la nationalité des parties, elles seront considérées comme nulles en France, comme nulles en Belgique, où les mêmes règles sont admises.

1266. — La plupart des auteurs perdent cependant de vue que la disposition finale de l'art. 1837 est, à certains égards, moins étendue, et à d'autres plus étendue encore que la règle qui interdit d'une manière générale tout pacte successoire. Il est permis de stipuler que la société comprendra pour la jouissance les biens à provenir de successions ou de legs. Voilà bien cependant un pacte successoire. Pourquoi cette dérogation aux principes généraux? Peut-être le législateur n'a-t-il pas songé à ces principes, et il y a, sous ce rapport, du vrai dans cette observation de M. Brocher, qu'il semble ne s'être placé qu'au point de vue des règles spéciales à la société, de la nature particulière de ce contrat. Ce n'en est pas moins une dérogation virtuelle aux règles normales, et il est difficile de la justifier, si ce n'est par cette observation que, dans le cas de la société universelle prévu par l'art. 1837, la considération d'un apport, consistant dans la simple jouissance de ces biens futurs, est accessoire et secondaire, ou par cet autre motif que la mise en société pour la jouissance n'emporte aucune aliénation définitive de la succession future, et semble être exclusive de ces motifs intéressés et cupides, de ces calculs honteux d'une part, de cette tendance à la prodigalité et à la dissipation

de l'autre, qui semblent avoir déterminé le législateur à condamner tout pacte sur une succession future.

1267. — D'autre part, il n'est pas même permis aux parties de faire entrer en société les gains qui pourraient leur advenir par donation, au moins pour la propriété. Il ne s'agit cependant pas nécessairement ici d'un pacte sur succession future. Il n'en serait ainsi que s'il s'agissait des biens pouvant advenir aux parties par institution contractuelle, ce qui équivaudrait aux biens pouvant leur advenir par succession. Pourquoi cette extension de la prohibition des pactes sur succession future ? C'est ici que l'on semble réduit à invoquer les motifs indiqués par Brocher. « On a voulu éviter soit des mises de fonds trop aléatoires et trop inégales, soit la facilité de dissimuler des donations sous forme de société. » Ces motifs sont bien vagues, bien peu décisifs, mais il semble cependant qu'ils aient déterminé le législateur ; ce qui n'empêche pas que la partie de la disposition, qui interdit de mettre en société les biens pouvant advenir par succession, ne soit la conséquence des principes généraux. Il en résulte qu'en ce qui concerne la disposition relative aux donations, nous n'apercevons nul motif d'ordre public absolu, de morale absolue, qui puisse en former la base. Si donc la société tombe naturellement sous la compétence d'une loi étrangère, il n'y a pas de raison sérieuse pour ne pas lui appliquer cette loi, en ce qui concerne la question de savoir si elle peut comprendre les biens à provenir d'une donation. Or, comme le pense M. Brocher, la loi qui régit logiquement la société, nous paraît être en théorie celle du lieu non pas où elle a été constituée, mais où elle a son siège effectif, le centre de ses opérations.

Peut-être objectera-t-on que, d'après l'art. 1er de la loi de 1873, les sociétés commerciales sont régies en premier lieu par les conventions des parties, et que par conséquent les dispositions prohibitives qui concernent les sociétés civiles, n'enchaînent point la liberté de ceux qui forment une société commerciale. Et il est certain que c'est sur une proposition formelle de M. Bara, ministre de la

Justice, et comme correspondant à l'ordre logique des influences, qu'a été formulé le principe d'après lequel les sociétés commerciales se règlent par les conventions des parties d'abord, ensuite par les lois particulières au commerce et par le droit civil. Mais il est évident que l'on n'a entendu faire prédominer les conventions des parties, que dans la mesure où elles ne sont point formellement interdites par la loi, fût-ce un article du Code civil, dès que l'ordre public est engagé. Une société commerciale, entièrement soumise à la loi étrangère, ne pourrait elle-même poursuivre dans notre pays un objet absolument délictueux ou immoral, et les associés ne seraient point admis à réclamer les uns contre les autres, devant nos tribunaux, l'exécution d'engagements qui seraient considérés comme contraires à nos lois d'ordre public.

Mais il ne faut pas en conclure que toutes les dispositions qui ne sont pas de pur droit supplétif, s'appliqueront dans notre pays aux sociétés étrangères comme aux sociétés belges. Cela serait directement contraire à l'esprit, au texte même des art. 128 et ss. de la loi de 1873. Lorsqu'une société est rationnellement et logiquement régie par la loi étrangère, ce n'est plus la loi belge qui organisera, qui règlementera, même par voie d'autorité, les droits et les obligations des associés, soit entre eux, soit vis-à-vis des tiers, la constitution et la formation de la société, son vêtement juridique, si nous pouvons nous exprimer ainsi, les conditions de son fonctionnement, sauf dans la mesure où l'intérêt général l'exigerait impérieusement, intérêt qui peut être d'une nature morale ou d'une nature économique. Et cet intérêt lui-même ne peut légitimer, s'agissant d'une société soumise à une loi étrangère, que l'opposition du législateur belge à l'action pernicieuse et perturbatrice de cette société sur notre territoire, ou un refus de reconnaître et de sanctionner les effets immoraux ou nuisibles qu'elle prétendrait y produire. Nous reviendrons sur ces questions délicates en traitant plus particulièrement des sociétés civiles, et spécialement à propos de l'art. 1833 du Code civil.

1268. — Quelle est maintenant la loi qui, en théorie, doit régir normalement les effets de la société, sa validité, sa substance en général? Nous ferons abstraction momentanément de la société commerciale, et nous n'entendons parler en ce moment que des sociétés qui ne présentent point ce caractère. M. Brocher[1] fait observer très justement que, même lorsqu'une société ne produit pas une personnification juridique, « elle suppose généralement un centre commun de ressources et d'activité, d'où résulte une sorte de domicile que l'on désigne bien souvent sous le nom de siège ou principal établissement ». Et il cite en ce sens Fœlix et Demangeat, T. II, p. 33. Nous ajouterons que ces conditions se présentent dans toute société, et souvent plus accentuées dans les sociétés civiles, dans les simples sociétés d'agrément même, que dans les sociétés commerciales, plus accentuées parce que les premières n'étendent pas leur activité au dehors, parce qu'elles sont par la nature des choses plus localisées, plus centralisées et plus immobilisées dans un pays, dans une province, dans une ville déterminée.

Or, quels sont les principes assez généralement admis quand il s'agit d'une société *commerciale?* C'est que la loi qui régit la société est celle de sa *nationalité*. Il n'y a nul motif pour ne pas appliquer la même règle aux sociétés civiles. Nous verrons plus loin ce que l'on entend par la loi nationale d'une société. Cela n'empêche certes point que les sociétés étrangères ne puissent être tenues de satisfaire à certaines conditions, lorsqu'elles prétendent établir dans un autre pays une succursale ou un siège d'opérations, et l'on conçoit que la loi locale puisse dans un intérêt d'ordre public les leur imposer. Mais la société n'en restera pas moins une société étrangère, et soumise en principe à sa loi nationale. La difficulté commence lorsqu'il s'agit de déterminer à quels caractères une société commerciale *étrangère* se distingue de la société nationale, en d'autres termes quelles sont les bases de la

(1) Op. cit., T. II, p. 228.

nationalité d'une société. En ce qui concerne la société anonyme, et nous pensons qu'il faut y assimiler toutes les sociétés par actions, on est assez généralement d'accord que la nationalité d'une société n'est point déterminée par le lieu de sa constitution, si son principal établissement et son siège administratif sont ailleurs. Ce serait, dit-on, autoriser les fraudes.

Aussi la jurisprudence a-t-elle refusé plusieurs fois la qualification de société étrangère à des sociétés qui s'étaient constituées en pays étranger, pour éluder la rigueur des lois du pays où elles devaient fonctionner. Vincent et Pénaud, qui le constatent, citent en ce sens un assez grand nombre de décisions belges et françaises, et même une décision du Conseil fédéral suisse(1). En serait-il ainsi, alors même que ce but frauduleux n'apparaîtrait pas? Nous le croyons, bien que le motif indiqué par Vincent et Pénaud et par la jurisprudence ne soit d'aucune importance dans ce cas. Lorsqu'une société a son siège social et son centre d'opérations dans notre pays, le fait qu'elle s'est formée dans un pays différent n'apparaît que comme un fait plus ou moins fortuit, et la société n'en est pas moins belge(2). Il n'y aurait aucun motif pour en décider autrement, lors même qu'il ne serait nullement démontré que les parties auraient de propos délibéré passé acte de leurs conventions sociales dans le pays A, pour se soustraire aux formalltés prescrites dans le pays B, ou aux conditions de validité du contrat dans sa substance d'après les lois de ce dernier pays, Il n'y aurait même aucune raison pour croire que, quant au droit supplétif, elles auraient entendu s'en rapporter également à la loi du pays A. Nous pensons que l'on est généralement d'accord sur cette formule négative, car la question sur laquelle il y a véritablement controverse est

(1) V° *Société*, n° 6.

(2) C'est ce que la loi belge admet parfaitement. Il semble toutefois que, par une inconséquence palpable, elle n'admette pas l'inverse, et qu'une société constituée en Belgique, lors même qu'elle aurait son siège et son centre d'opérations en pays étranger, soit soumise à la loi belge. Mais nous croyons que ce serait une interprétation erronée.

celle de savoir si la nationalité d'une société est déterminée par son siège d'administration, ou par son centre réel d'exploitation. En ce qui concerne les sociétés anonymes, auxquelles il faut assimiler, sans doute, les sociétés en commandite par actions, la doctrine semble donner la préférence au *centre d'exploitation*, qui est en même temps, comme l'ont fait remarquer certains auteurs, son domicile réel[1]. La jurisprudence française semble plutôt s'attacher au lieu du siège statutaire, et spécialement du siège administratif. Enfin, l'Institut de droit international a voté, dans sa session de Hambourg, en ce qui concerne les règles en matière de conflits de lois concernant les sociétés par actions, une série de résolutions dont nous détachons la deuxième et la cinquième ainsi conçues : « Art. II. Le fonctionnement des sociétés par actions, les pouvoirs, les obligations et la responsabilité de leurs représentants sont régis, même dans les autres Etats, par les lois du pays d'origine de ces sociétés. » — « Art. V. On doit considérer comme pays d'origine d'une société par actions le pays dans lequel elle a établi sans fraude son *siège social légal*. » Notons toutefois que, d'après les dites résolutions, les sociétés qui établissent des succursales ou sièges d'opérations dans un pays étranger, doivent y remplir les formalités de publicité prescrites par les lois de ce pays (art. III) et qu'en ce qui concerne les conditions légales des émissions et négociations d'actions ou d'obligations des sociétés étrangères, il faut également observer la loi du pays dans lequel ces émissions ou négociations ont lieu.

1269. — La loi d'origine d'une société, dont parle l'Institut, c'est évidemment ce que les auteurs appellent sa loi nationale. Or cette loi est, d'après l'Institut, celle du lieu où la société a établi sans fraude *son siège social légal*. Ces expressions ont été substituées à celles proposées par le rapport de M. Lyon Caen, *centre* d'exploitation, et

(1) V. surtout Lyon Caen et Renault. *Précis de dr comm.*, p. 295. — Asser et Rivier, p. 197, note, et autres autorités citées par Vincent et Pénaud (v° *Société*, n° 7).

à celles de *siège administratif* qui figuraient dans le texte de la commission. L'assemblée n'a donc pas voulu admettre que le lieu du centre d'exploitation, ou du principal établissement fût nécessairement déterminant. Elle a d'autre part écarté les mots *siège administratif*, parce que le lieu où siège le conseil d'administration peut ne pas être le vrai siège social, parce que ce lieu peut se modifier dans le cours de la vie sociale. Mais en exigeant un *siège social légal*, elle semble avoir entendu exclure tout siège social fictif, c'est-à-dire ne correspondant point au domicile réel de la société, au lieu de son principal établissement, au moins si ce siège social a été fixé dans une intention frauduleuse. La discussion a été un peu confuse, et l'on croirait presque, qu'en adoptant finalement les expressions *siège social légal*, l'assemblée a voulu éviter de trancher la question agitée par la jurisprudence et la doctrine, celle de savoir s'il faut s'attacher au centre d'exploitation ou au lieu du siège administratif, ou bien que l'une ou l'autre doit l'emporter, suivant que le siège administratif ou le centre d'exploitation est *d'après les statuts* le lieu du siège social. La seule condition serait que le siège social n'ait point été frauduleusement établi.

1270. — Nous ne pouvons pas adhérer sans réserve à ces résolutions. De quelle fraude s'agit-il, et à quelles conditions le siège social sera-t-il considéré comme établi sans fraude? Dans quel cas dira-t-on qu'il est établi *avec fraude?* L'Institut semble s'en être reposé à cet égard sur la jurisprudence; mais il eût été utile de donner à la jurisprudence un fil conducteur pour résoudre ces questions. Une société établit son siège social dans le pays où doit être son centre d'opérations, bien que son conseil d'administration se tienne dans un autre pays, et que ses actionnaires s'y réunissent d'après les statuts en assemblée générale. Pourra-t-on jamais soutenir que le siège social y a été établi frauduleusement? N'est-ce pas le siège social naturel, rationnel de cette société, et quand même elle aurait été déterminée à le faire par la considération des avantages qui en résultent pour elle, de la plus grande

liberté d'allures dont elle y jouit, pourra-t-on lui en faire un grief? En est il de même lorsqu'une société établit son siège social dans le pays où vont fonctionner sa direction générale et son conseil d'administration? La question paraît plus douteuse, et il semble que l'on puisse n'avoir aucun égard à un siège social ainsi établi, s'il l'a été dans une pensée de fraude. A plus forte raison pourra-t-on n'avoir pas égard à un siège social établi dans un pays où la société n'a ni centre d'opérations, ni administration organisée. Ces questions si délicates auraient dû peut-être recevoir une solution.

1271. — Mais malgré tout le respect que nous professons pour les éminentes autorités qui ont examiné ces difficiles questions, nous croyons que la confusion qui règne en la matière provient en grande partie de ce que l'on n'a pas établi une distinction assez nette, entre ce qui dépend absolument de la volonté des parties, et ce qui lui échappe. S'agissant d'une société anonyme, la chose est assez aisée à comprendre, parce que la personnalité des associés s'efface d'une manière beaucoup plus complète devant celle de la société, parce que les rapports avec les tiers dominent, et que le domaine de la liberté absolue des conventions n'existe guères, une fois qu'il s'agit de l'effet que peuvent produire vis-à-vis des associés personnellement, ou vis-à-vis de la société les obligations vis-à-vis des tiers. Néanmoins, il y a ici même une part laissée à l'autonomie des parties contractantes, et il en est ainsi notamment chaque fois qu'il s'agit de dispositions légales se rattachant au droit supplétif, et auxquelles il est permis de déroger par les statuts. On en rencontre des exemples assez fréquents dans nos dispositions légales sur les sociétés anonymes : elles sont nécessairement plus nombreuses s'agissant des sociétés en commandite simple ou en nom collectif. Or, chaque fois que la loi ne fait ainsi qu'interpréter le silence des parties, combler les lacunes que présente l'expression de leur volonté, toute la question est de savoir à quelle loi elles ont entendu se soumettre. La désignation du siège social paraît extrêmement signi-

ficative à cet égard, et il n'y a pas lieu de se préoccuper de la question de savoir si elles l'ont fait dans une intention frauduleuse. En tant qu'il s'agit de droit supplétif, cette intention ne se conçoit guère.

1272. — Mais il n'en est plus de même quand il s'agit de dispositions qui n'appartiennent pas au droit supplétif, et surtout de celles auxquelles il est expressément défendu aux parties de déroger. Il est évident que les sociétés anonymes constituées dans certaines conditions sont absolument soumises à ces dispositions. Toute la question est de savoir lesquelles. Dire que ce sont les sociétés dont le siège social aura été fixé en Belgique par les statuts, c'est en réalité abandonner à la libre volonté des parties, la détermination de la loi qui régira la société impérativement. Or, nous venons de voir que cela ne rentre pas dans le domaine de l'autonomie des parties contractantes. Et l'on n'esquive pas la difficulté en exigeant un siège social établi *sans fraude*. Pour décider quand il y a fraude, il faut toujours examiner quelle est la loi qui régit logiquement et rationnellement les rapports sociaux, quelle est la loi à laquelle la société se trouve soumise par la nature des choses. Or, la loi compétente à cet égard nous paraît être celle du lieu de son principal établissement, et par principal établissement nous entendons son véritable centre d'opérations. C'est en général le législateur du pays où la société a son centre d'opérations, qui a le principal intérêt à régler les conditions de son existence et de son fonctionnement, spécialement en tant qu'ils intéressent les tiers. Et l'intérêt nous paraît être souvent un des fondements de la compétence législative internationale.

1273. — C'est bien dans cet esprit qu'a été voté l'art. 129 de la loi belge du 15 mai 1873 sur les sociétés. Il apparaît comme une limitation de l'art. 128, qui habilite sans aucune condition les sociétés commerciales constituées, et ayant leur siège en pays étranger à ester en justice et à faire leurs opérations en Belgique, et dispose que toute société dont le principal établissement est en

Belgique est soumise à la loi belge. Et qu'est-ce que notre loi entend par le principal établissement? M. Pirmez, le savant rapporteur de la commission de la Chambre des Représentants, l'a dit en termes fort clairs dans son rapport à cette assemblée; et son langage n'a été contredit ni à la Chambre, ni au Sénat. Quelle sera, s'est-il demandé, la règle que fixera la nationalité d'une société à notre égard? Voici sa réponse: « Nos anciennes coutumes pour déterminer quelle était la loi qui devait régir l'association conjugale, voulaient qu'on recherchât le lieu où les conjoints devaient aller et allaient effectivement s'établir. Cette règle peut être ici sagement appliquée: elle résout la difficulté. C'est le siège de la société, son siège principal si elle en a plusieurs, qui détermine par quelle loi elle est régie. Quand une société a son principal établissement dans un pays, n'est-ce pas ce pays qui a intérêt *à lui imposer ses règles? N'est-ce pas la loi sous la protection de laquelle elle vit et fonctionne* qui doit la régir, plutôt qu'une loi étrangère sous laquelle un accident ou une fraude l'a fait naître? » Et plus loin, le rapporteur [1] ajoute que « la désignation d'un siège social dans les actes, qui ne serait pas en vérité le principal établissement de société, ne désarmerait pas les tribunaux, qui savent que les déclarations de domicile peuvent éclaircir les faits, mais s'évanouissent quand elles leur sont contraires ».

1274. — Il résulte bien de là que le législateur belge entend par siège social le lieu du principal établissement réel de la société, et ce lieu est celui où la société vit et fonctionne. Cela ne résout pas, il est vrai, en termes précis la question du choix entre le centre d'opérations réelles et le siège administratif. Ne peut-on pas dire que la société vit et fonctionne dans le pays où elle a son siège administratif, aussi bien que dans celui où elle accomplit ses opérations matérielles? Celles-ci ne sont-elles pas l'effet d'une force inspiratrice, dont le siège est ailleurs, et si

(1) Guillery. *Des sociétés commerciales en Belgique* (commentaire législatif), pp. 150 et ss.

la vie physique de la société se déroule dans le pays où s'accomplit son œuvre matérielle, sa vie morale, intellectuelle, n'est-elle pas là où ont lieu les séances du conseil d'administration, des assemblées d'actionnaires? La société constituée en France pour le percement de l'isthme du Panama, serait-elle une société étrangère, alors que le conseil d'administration et les assemblées d'actionnaires ont lieu en France? Il paraît au premier abord bien difficile de l'admettre, et le public français surtout la considéra, suivant toute apparence, comme une société française; le fait que les capitaux français ont principalement servi, et ont malheureusement été absorbés dans cette fatale entreprise, n'influera pas dans une médiocre mesure sur cette opinion. Et cependant, nous plaçant au point de vue purement juridique, nous croyons que ce serait peut-être une erreur. Tout au plus pourrait-on le soutenir, si la société n'avait eu pour objet que le percement de l'isthme, moyennant une somme déterminée à payer par les gouvernements le plus directement intéressés, et non pas l'exploitation future du canal.

1275. — Dans la première phase d'une société de ce genre, il semble que l'on puisse séparer, d'une façon tranchée, le travail intellectuel, des opérations matérielles. C'est la phase de création de l'œuvre qu'il s'agira d'exploiter plus tard. Mais ce n'est là qu'une phase initiale et temporaire de la vie sociale : elle ne devrait du moins pas être autre chose, bien qu'elle s'éternise parfois en fait, de la manière la plus lamentable. A cette phase doit succéder normalement la période d'exploitation; et, de ce moment, quel que soit le siège administratif de la société, on peut dire que son véritable centre d'opérations est là où se trouve le grand œuvre qu'il faut exploiter. Il n'est pas exact, au surplus, que, même dans le principe, il soit possible d'envisager, séparément des opérations matérielles, l'exécution matérielle de l'entreprise, comme se localisant dans un certain pays, tandis que le travail intellectuel de la pensée qui les dirige, se localiserait dans un autre. Là où se fait l'exécution, les résolutions et

délibérations, dont elle est l'effet, se prolongent et s'étendent, et cette exécution matérielle elle-même comporte en outre bien des décisions de détail, à prendre au jour le jour, tout un travail de direction, qui ne peut se faire que sur place. C'est là, en outre, que la société est appelée à entrer le plus fréquemment en contact avec les tiers. C'est le pays dont l'intérêt général est le plus immédiatement engagé à régler les conditions de son existence. C'est la loi de ce pays qui aura compétence pour les régler (1).

1276. — Cependant cette solution ne saurait être absolue. Il se peut que l'exécution et l'exploitation du travail entrepris doivent se faire sur plusieurs territoires, et qu'elles ne présentent pas plus d'importance dans l'une que dans l'autre. A moins d'admettre que la société soit dans ce cas régie par plusieurs lois différentes, il faut bien, semble-t-il, laisser à la société la faculté de fixer son siège social dans l'un ou dans l'autre. Est-il possible d'admettre qu'elle soit soumise à plusieurs législations différentes? Oui, relativement à certains actes de la vie sociale, par exemple quant aux émissions et négociations d'obligations et d'actions, et quant aux formes de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers; et l'Institut de droit international nous paraît avoir eu parfaitement raison de proposer les deux règles suivantes : « Art. III. Les sociétés par actions qui établissent des succursales ou sièges d'opérations dans un pays étranger, doivent y remplir les formalités de publicité prescrites par la loi de ce pays..... Art. IV. Les conditions légales, soit des émissions, soit des négociations d'actions ou obligations des sociétés étrangères, sont celles qu'exige la loi du pays

(1) Un jugement du tribunal de commerce de Gand, confirmé en appel, du 26 janvier 1884 (*B. j.*, 1884, p. 573), et un arrêt de la Cour de Gand du 18 févr. 1888 (*B. j.*, 1888, p. 855) se sont prononcés nettement pour le centre d'exploitation. Il s'agissait de deux sociétés, la Compagnie des Eaux de Gand, et la Compagnie du gaz de Gand dont le siège administratif était à Paris, et qui avaient été constituées à Paris. Il a été décidé que leur centre d'exploitation étant à Gand, leur véritable siège social était également à Gand, qu'elles étaient régies par la loi belge, qu'elles pouvaient être assignées et mises en faillite en Belgique.

dans lequel ces émissions ou négociations ont lieu. » Le premier de ces articles n'est en somme que la reproduction de l'art. 130 de la loi belge. Le second contient une disposition nouvelle qui nous paraît sage. Dans certains pays, comme l'a fait remarquer M. Lyon Caen, la loi exige un minimum de valeur par titre comme condition du droit d'émission, ce qui s'explique par divers motifs, et sans doute principalement par le désir de protéger les petites bourses. Il a même ajouté qu'il se peut qu'il faille se protéger davantage encore contre les émissions de valeurs étrangères, et qu'il pouvait y avoir un intérêt d'ordre public pour un Etat à empêcher certaines émissions et certaines négociations. Ces observations paraissent avoir déterminé la résolution de l'Institut à cet égard.

1277. — Mais il y a un ensemble de règles relatives aux sociétés par actions, celles qui sont relatives à leur fonctionnement en général, aux pouvoirs, aux obligations et à la responsabilité de leurs représentants, règles dont la nature est telle qu'elles comporteraient bien difficilement l'application concurrente de législations diverses. La loi belge l'admet cependant, en ce qui concerne la reponsabilité des gérants d'une succursale établie en pays étrangers. Ils sont soumis à la même responsabilité envers les tiers que s'ils géraient une société belge (art. 130, al. 2). Or, dans le pays d'origine de ces sociétés, leur responsabilité n'en sera pas moins appréciée d'après la loi de ce pays. — Une disposition de ce genre peut se défendre. Mais si l'action est portée devant les tribunaux d'un pays tiers, quelle règle y suivra-t-on? Il nous paraît que la loi du pays d'origine devra l'emporter. Et alors du moins se posera la question de savoir quelle loi il faut choisir, si la société a entrepris des opérations d'importance équivalente dans divers pays. Il faudra se prononcer, à notre avis, pour la législation de celui des divers pays dans lequel elle a établi son siège administratif. Si elle l'a établi dans un pays tiers, il faudra donner la préférence à ce dernier pays, parce que c'est le seul centre commun

vers lequel viennent converger les intérêts que la société peut avoir dans différents pays.

1278. — Il résulte de la discussion un peu longue à laquelle nous venons de nous livrer, qu'en théorie du moins, le lieu du siège social réel détermine, en règle générale, la nationalité de la société, c'est-à-dire la loi par laquelle elle est régie. Cela n'empêche pas qu'il ne faille avoir égard également à la loi du lieu où elle est constituée, quant à la forme de l'écrit; à celle du lieu où elle a une succursale ou un siège d'opérations, quant aux formalités de publicité; à celle du lieu où se font les émissions et négociations de ses actions et obligations, quant aux conditions de celles-ci. Mais la loi qui prédomine est celle du siège social réel. On discute sur le point de savoir si le siège social réel est au lieu du siège administratif, ou bien dans le pays où la société a son principal centre d'opérations, et nous avons donné la préférence en général au lieu du centre principal d'opérations. Mais la question n'est pas susceptible d'une solution absolue; ce que l'on peut affirmer, c'est que c'est le lieu du principal établissement, sans qu'il faille s'attacher même au siège social indiqué par les statuts. Tel est bien, semble-t-il, le système du législateur belge, qui semble même s'attacher de préférence à la loi du lieu où la société a son centre d'opérations. C'est aussi l'opinion admise par des autorités des plus graves.

1279. — Mais, comme nous l'avons dit, le législateur belge semble ici commettre une véritable inconséquence. L'art. 128 de la loi de 1873, inspiré du reste par des idées larges et généreuses, reconnaît aux sociétés anonymes et aux autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées *et* ayant leur siège en pays étranger le droit de faire leurs opérations et d'ester en justice en Belgique. Il n'exige plus aucune condition de réciprocité, et accorde cette faveur à toutes les sociétés qui présentent les caractères dont il s'agit. Nul doute qu'il s'agisse des sociétés étrangères, pareille disposition étant inutile pour les sociétés belges. Une société étran-

gère est donc, aux yeux de notre législateur, une société constituée *et* ayant son siège en pays étranger. Il semble donc qu'une double condition soit nécessaire pour qu'une société soit considérée comme étrangère : d'abord qu'elle soit constituée en pays étranger, ensuite qu'elle ait son siège en pays étranger. Et dans ce cas, il est clair qu'elle sera régie par la loi étrangère. Le législateur ne s'occupe point de l'organisation de ces sociétés. La loi belge régira d'autre part, disait M. Pirmez, le judicieux rapporteur de cette loi sur les sociétés : « non-seulement les sociétés formées en Belgique, mais aussi celles qui devraient y être constituées parce qu'elles y auront leur siège principal ». C'est bien ainsi que l'art. 128 paraît tout d'abord interprété par Namur, dans son commentaire du Code de commerce revisé[1]. Il y dit très nettement que l'art. 128 « exige *deux* conditions pour que des sociétés soient régies par la loi étrangère quant à leur statut personnel : il ne suffit pas qu'elles soient constituées en pays étranger ; il faut en outre qu'elles y aient leur siège ou établissement principal ». Il en déduit immédiatement après une des conséquences, laquelle est, du reste, consacrée, ainsi qu'il le fait observer, par l'art. 129. « Si la deuxième condition fait défaut, la loi belge reprend son empire, c'est-à-dire que toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. »

C'est exact, mais il en résulte une autre conséquence, c'est que la société est également soumise à la loi belge, si la première condition fait défaut, c'est-à-dire si la société a été constituée en Belgique, lors même qu'elle aurait son siège, son principal établissement, en pays étranger. Loin de reconnaître cette conséquence de l'art. 128, tel qu'il l'interprète, Namur induit, par réciprocité de l'art. 129, que pareille société serait étrangère, bien que l'acte constitutif ait été passé en Belgique, et qu'elle serait soumise à la loi étrangère, sauf pour ce qui

(1) Namur. *Le Code de commerce revisé*, T. II, nº 1369.

concerne les formes externes de l'acte. Cette opinion est sans doute très sage et très satisfaisante en théorie. Mais elle ne semble être en harmonie parfaite, ni avec le texte, ni avec le principe posé par l'auteur lui-même, qu'il faut une double condition pour qu'une société soit soumise, en Belgique, à la loi étrangère, d'abord qu'elle soit constituée, ensuite qu'elle ait son siège en pays étranger. Nous la croyons cependant conforme à l'esprit de la loi, et il n'est pas impossible de la concilier avec le texte. L'esprit de la loi se révèle clairement dans le rapport de Pirmez, bien que lui-même se soit parfois servi de termes inexacts. Or, les idées exprimées dans ce rapport n'ont été combattues à cet égard par personne. « C'est le siège de la société, son siège principal, si elle en a plusieurs, qui détermine par quelle loi elle est régie. Quand une société a son principal établissement dans un pays, n'est-ce pas ce pays qui a intérêt à lui imposer ses règles? N'est-ce pas la loi, sous la protection de laquelle elle vit et fonctionne, qui doit la régir, plutôt qu'une loi étrangère, sous laquelle un accident ou une fraude l'a fait naître? » Il est clair, d'après ces observations, que le lieu du principal établissement est seul à considérer. Quant au texte de l'art. 128, il est possible, croyons-nous, de ramener sa portée dans des limites plus restreintes. Il dit une chose vraie, en reconnaissant plus ou moins explicitement le caractère de société étrangère à la société constituée, et ayant son siège en pays étranger. Mais ce n'est que par un argument *a contrario* qu'on peut refuser ce caractère à la société qui a son siège en pays étranger, sans y avoir été constituée. Or, pareil argument n'est décisif, que s'il ne conduit pas à des conséquences désavouées par les principes généraux, ou par d'autres textes. Et il est bien vrai de dire qu'une interprétation équitable et rationnelle de l'art. 129 conduit, ainsi que les travaux préparatoires de la loi, à reconnaître le même caractère de société étrangère à la société qui a son principal établissement en pays étranger, bien que l'acte constitutif ait été passé en Belgique.

1280. — La loi belge applique ces principes à toutes les sociétés commerciales, *aux sociétés anonymes*, dit-elle, et *aux autres associations commerciales, industrielles ou financières*. Il y a certainement ici un luxe d'adjectifs, puisque les sociétés industrielles et financières sont des sociétés commerciales. Et ces expressions, sur la portée desquelles nous reviendrons, ont été empruntées aux lois françaises, et aux traités conclus avec la France. Mais il n'en ressort que plus évidemment que la règle s'applique à toutes les sociétés commerciales, quelle que soit leur forme, qu'elles soient en nom collectif, en commandite simple, en commandite par actions, coopératives ou anonymes, et, quand il s'agit d'une société ayant son principal établissement en pays étranger, lors même qu'elle aurait été constituée sous une forme inconnue dans notre pays. C'est à la loi du principal établissement qu'il faudra recourir, pour décider si une société a la personnification civile, et en général, pour déterminer la situation des associés entre eux, et même vis-à-vis des tiers, à moins que l'intérêt général ne soit évidemment lésé. C'est cette loi qui règle le fonctionnement de la société. Il en est ainsi notamment des sociétés anglaises, qui étendent leur activité dans notre pays, non-seulement des *joint stock companies*, qui correspondent à nos sociétés anonymes, et qui sont réglées principalement par la loi du 17 août 1862, mais aussi des sociétés assez rares, créées par charte royale ou patente, comme la Banque d'Angleterre, et des *partnerships*. Si elles sont nulles, d'après la loi de leur siège, ou principal établissement, que beaucoup appellent leur loi nationale, elles le seront également chez nous, et l'on admet pour les sociétés une espèce de statut personnel, analogue à celui des personnes physiques, bien que ce statut personnel ne puisse jamais être, pour les sociétés, que la loi de leur domicile, ou de leur siège. Il existe en ce sens de nombreuses décisions, sur lesquelles nous croyons inutile d'insister.

La législation française sur les sociétés ne contient pas de règles semblables à celles des art. 128 à 130 de notre

loi de 1873. En ce qui concerne particulièrement les sociétés anonymes étrangères, elle repose encore sur la notion de la réciprocité, et elle n'a reconnu leur droit de faire des opérations en France, même sous condition de réciprocité, que par des concessions successives et non par une loi générale.

Elle ne contient aucune indication semblable à celles de la loi belge sur les caractères distinctifs de la société étrangère et de la société française. Mais la doctrine y reconnaît aussi en général, comme dans d'autres pays, que la circonstance essentielle et prédominante est le lieu du *principal établissement*, ou pour nous servir d'un terme à peu près équivalent employé par certains auteurs, *le lieu du domicile*. MM. Lyon Caen et Renault, qui attachent surtout de l'importance au centre d'exploitation comme étant en général le vrai domicile de la société, appliquent le principe à toutes les sociétés, même à celles en nom collectif. Et MM. Asser et Rivier pensent également que, même quand il s'agit de sociétés en nom collectif, la question de savoir par quelle loi elles sont régies dépend de la question de savoir où la société a son véritable siège. Ils vont plus loin et enseignent que les mêmes principes sont applicables, lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif, qui, d'après la loi du lieu où elle a son centre d'opérations, son principal établissement, ne constitue pas une personne civile[1]. « Il est vrai » dit M. Asser, « que dans les pays de la dernière catégorie, on ne pourrait guères parler de siège social au point de vue juridique ; mais il existerait bien un siège de fait qu'il serait possible de reconnaître. » Cette observation nous paraît parfaitement exacte, et elle s'appliquera même aux sociétés civiles, bien qu'il n'en soit pas question dans les art. 128 à 130 de notre loi de 1873. Certains auteurs ne croient pas cependant que la règle puisse recevoir une application complète, même aux sociétés en nom collectif jouissant de la personnification civile. Ils pensent que, dans ce cas, la

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 197, note 1.

personne des associés ne peut pas disparaître complètement, de telle sorte que leur nationalité n'ait aucune importance, et ils inclinent à croire que, la personne des associés étant plus en évidence, il est difficile d'en faire abstraction pour déterminer la nationalité de la société (1).

1281.—Il y a dans ces observations un fond incontestable de vérité, et nous serions fort tenté de nous y rallier, lorsqu'il s'agit véritablement de la nationalité d'une société, lorsque la question de nationalité apparaît au premier plan, quand la nationalité de la personne morale qui agit est la condition *sine quâ non* d'un droit ou d'un privilège qui n'appartient qu'aux seuls nationaux. Mais c'est là une exception. On peut parfaitement soutenir, par exemple, avec Renault et Teissier (2), qu'une société en nom collectif, formée uniquement entre étrangers, ne peut point être propriétaire de navires français, et que ceux-ci sont dénationalisés lorsqu'ils passent entre ses mains. On peut aller jusqu'à admettre qu'une société en nom collectif, dont tous les associés sont étrangers, peut être tenue à fournir la caution *judicatum solvi* (3). Mais il n'en résulte pas qu'il faille s'en référer en général à la loi étrangère plutôt qu'à la loi nationale, comme règlementant cette société, si son siège n'est pas en pays étranger. Brocher, tout en faisant des restrictions de ce genre pour les sociétés en nom collectif, n'en décide pas moins, comme nous le verrons plus loin, que, même en ce qui concerne les sociétés civiles qui n'ont pas de nationalité parce qu'elles n'ont pas de personnalité juridique, il faut appliquer pour déterminer les règles qui les régissent, la loi du lieu « qui doit être le centre de leur activité et de leurs intérêts communs (4)». Nous ajouterons seulement que la loi étrangère ne pourrait suffire, d'après nous, à leur attribuer dans notre pays le bénéfice de la personnalité juridique, s'il ne leur est reconnu par notre législation.

(1) Brocher. Op cit., T. I, pp. 193 et ss.

(2) Renault (à son cours), cité par Vincent et Pénaud. Op. cit., v *Société*, nº 18. — Teissier, *Condition des navires dans les rapports internationaux*, p. 120.

(3) Tr de la Seine, 26 mai 1884. *J. de dr. int. privé*, 1885, p. 192.

(4) Brocher. Op. et loc. cit.

L'application de la loi du lieu du siège social ou du principal établisssement ne tient pas autant à cette idée de nationalité, trop littéralement étendue peut-être, des personnes physiques aux personnes morales, qu'à une subordination naturelle et nécessaire de la société à la loi du lieu où elle doit déployer son activité juridique. Que l'agrégation des personnes physiques dont la société se compose soit reconnue comme personne morale ou non, les motifs sur lesquels cette subordination repose ne perdent rien de leur poids. Il y a là toujours une union de forces que le législateur règlemente dans une certaine mesure. Et quel est le législateur le plus compétent pour le faire? C'est celui du lieu où l'activité de ces forces collectives va se déployer. C'est celui du lieu du principal établissement de cette société, du lieu où se concentrent ses opérations. Les associés seront nécessairement soumis à cette législation locale, en tant qu'il s'agit de dispositions impératives ou prohibitives. Et s'il s'agit de dispositions supplétives, ils seront naturellement censés s'y être soumis, en tant qu'ils n'y auront pas dérogé expressément ou implicitement.

1282. — Les auteurs ne se sont guère occupés de la situation des sociétés civiles en droit international privé, et cela par une raison fort simple, notamment parce qu'elles n'étendent guères leur activité en dehors du territoire, ainsi que nous l'avons fait remarquer, et qu'en conséquence la question de savoir quelle est la loi qui les régit ne donne que rarement naissance à des conflits. Brocher leur applique la loi de leur principal établissement, comme nous l'avons fait. Mais la loi qui leur accorde la personnification civile n'a point en principe d'effet extraterritorial, au moins en ce qui concerne la faculté d'acquérir et de posséder. Et à cet égard, il est très important de déterminer ce qu'il faut entendre dans l'art. 129 de notre loi sur les sociétés commerciales par ces expressions : les *sociétés anonymes et autres sociétés commerciales, industrielles et financières*. Nous croyons avoir démontré, en traitant des personnes morales étran-

gères, que les sociétés anonymes étrangères de nature civile ne peuvent revendiquer le bénéfice de cette disposition. Quant aux qualificatifs : *industrielles ou financières*, qui ont passé de la loi belge du 14 mars 1855, puis de certaines lois françaises, et de quelques traités français, dans notre nouveau Code de commerce, ils semblent y avoir été insérés sans beaucoup de réflexion, et n'ajoutent rien à l'idée exprimée par ces simples mots : *sociétés commerciales*. De pareilles sociétés sont en elles-mêmes des sociétés commerciales. Mais c'est une question extrêmement délicate que celle de savoir, d'après quelle loi on décidera si une société étrangère est une société commerciale, ou si l'on veut, une société *commerciale, industrielle ou financière*. Est-ce d'après la loi étrangère, ou d'après la loi belge? Les sociétés formées uniquement pour l'acquisition et la revente d'immeubles ne sont pas considérées en Belgique comme des sociétés commerciales. Mais on concevrait parfaitement qu'il en fût autrement d'après telle ou telle loi étrangère. Leur reconnaîtra-t-on cette qualité et partant la personnification civile, si elles sont des sociétés commerciales d'après la loi du lieu de leur principal établissement? Nous ne le pensons pas. Le législateur qui subordonne la personnification civile des sociétés étrangères sur le sol national, à la condition qu'elles présentent le caractère de sociétés commerciales, entend naturellement qu'elles le possèdent d'après sa propre appréciation.

En théorie, on pourrait aller beaucoup plus loin. On pourrait admettre qu'au moins au point de vue du droit d'ester en justice, les sociétés, même non commerciales, revêtues de la personnification civile d'après la loi du lieu de leur principal établissement, conservent cette personnification en Belgique, s'agissant de l'exécution des contrats conclus dans leur pays d'origine. C'est le système de M. de Bar. Et les principes du statut personnel, appliqués d'une manière absolue aux sociétés, conduisent même plus loin. Ils conduiraient à leur reconnaître la qualité de personnes morales, dès qu'elles l'ont d'après la loi de

leur pays d'origine, même au point de vue des rapports juridiques qui auraient pris naissance sur notre sol, au point de vue de leur capacité d'acquérir et de posséder en Belgique. Et l'on en pourrait conclure que certains couvents étrangers, jouissant de la personnification civile dans leur pays, pourraient posséder et acquérir dans notre pays. Nous ne pouvons accepter ni le principe, ni la conséquence. Ils nous paraissent nettement condamnés par un argument *a contrario* déduit de l'art. 128 de notre loi commerciale, et ne sont pas recommandables, même en théorie.

Mais, sauf cette restriction, nous appliquerons en général aux sociétés civiles, et même aux sociétés de pur agrément étrangères, la loi du lieu de leur principal établissement, en ce qui concerne le fond du droit, la substance de la société. La *lex loci actus* devra par contre recevoir application quant à la forme. Les lois d'ordre public devront dans tous les cas être respectées. Et la capacité des personnes sera régie manifestement par leur loi nationale. Nous allons essayer de faire l'application de ces principes aux diverses dispositions du *Code civil* relativement au contrat de société.

Chapitre I^er^. — *Des sociétés civiles en particulier.*

1283. — Le chapitre I^er^ du titre des sociétés contient certaines dispositions générales. L'art. 1832 définit la société. D'après notre droit, comme d'après le droit français, le contrat de société implique un but de lucre. C'est le contrat par lequel on met quelque chose en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Il faut donc une mise en commun, et en outre l'intention de partager le bénéfice qui en peut résulter. Aussi la doctrine ne considère-t-elle pas comme de véritables sociétés, les sociétés d'assurances mutuelles, dont le but est de répartir entre les assureurs les pertes que les associés peuvent subir par un accident quelconque : l'incendie, le grêle, les épizooties, les blessures, etc.[1]

(1) V. entre autres Laurent. *Droit civil*, T. XXVI, n^os^ 148 et ss.

Il en est de même des tontines, des associations entre agents d'assurance en vue de partager les courtages résultant de leurs opérations, à plus forte raison des sociétés de pur agrément, et des congrégations religieuses. La chose est discutable cependant en ce qui concerne les sociétés d'assurances mutuelles et les tontines. Il n'en résulte pas au surplus, bien que l'on s'y soit parfois trompé, que de pareilles conventions soient nécessairement nulles, mais tout simplement que les principes du Code sur le contrat de société ne leur sont pas nécessairement applicables. Ce sont des contrats *sui generis*.

Nous n'avons pas à discuter les difficiles questions qui peuvent s'élever à cet égard. Nous n'avons à nous occuper que de la question de savoir si une association de ce genre, une société d'agrément, par exemple, ayant son principal établissement en pays étranger, et considérée dans ce pays comme une société civile, pourrait être tenue pour telle en Belgique. A notre avis, la question doit sans nul doute être résolue affirmativement. C'est la législation du pays étranger qui, d'après nous, aura compétence pour régler les effets de ce contrat. Tout au plus pourrait-on revendiquer l'application des principes de droit belge, relativement au caractère d'un pareil contrat, si tous les membres de l'association étaient Belges. Encore cela nous paraît-il bien difficilement admissible. Il ne s'agit pas d'une disposition qui touche, en quoi que ce soit, à l'ordre public national, et on ne saurait davantage la considérer comme intéressant l'ordre public absolu, cet ordre public que l'on qualifie d'international. Et cependant, il est clair qu'elle ne constitue pas une disposition de droit supplétif, qu'il ne saurait dépendre des parties, lorsqu'à tous égards elles sont soumises à la loi belge, de faire d'une société d'agrément ou d'une société sans but lucratif une société civile. A notre avis, la règle se rattache à un ordre public purement local. A tort ou à raison, le législateur, hostile aux indivisions, refuse, sauf certaines exceptions peut-être, de reconnaître le caractère et les effets de la société civile à une association avec mise en

commun, qui n'a pas pour objet un partage de bénéfices, une augmentation de la puissance productrice des forces individuelles par leur union. Il estime que cela n'est pas conforme au bon ordre juridique, et il a incontestablement le droit de réglementer l'ordre juridique sur son territoire. Mais il n'y a droit et intérêt qu'en ce qui concerne les relations juridiques qui doivent se dérouler sur son territoire. Que les indivisions, même sans but lucratif, qui s'établissent et se maintiennent en pays étranger, y acquièrent grâce au caractère de société une certaine persistance, cela importe assez peu à notre législateur. Il n'a pas compétence pour s'y opposer ou pour y contredire, lors même que le contrat serait fait en Belgique, et dès lors il n'y a pas intérêt. Il importerait même peu, à notre avis, que les membres d'une société d'agrément établie en pays étranger, et considérée comme une société civile dans le lieu de son établissement fussent ses ressortissants. Ni la morale, ni l'ordre public moral, ni l'ordre public national, ni l'intérêt économique de notre pays ne sont en cause. Mais il n'en serait plus de même s'il s'agissait d'une société ayant un objet illicite ou contraire aux bonnes mœurs.

1284. — L'art. 1833 dispose d'abord que toute société doit avoir un objet licite, et touche dès lors directement à l'ordre public. Il est incontestable que toute société qui aurait un objet illicite serait tenue pour nulle au regard de la loi belge, si elle avait été contractée en Belgique, ou entre Belges même en pays étranger. Il suffirait même, à notre avis qu'un Belge fût intéressé dans une société de ce genre, formée même en pays étranger, pour que l'exécution des obligations qui en dérivent ne pût être réclamée avec succès devant nos tribunaux, ni par le Belge en question, ni contre lui en vertu de ce contrat, alors même que l'obligation dont l'exécution est réclamée ne présenterait en elle-même rien d'immoral. Nos lois d'ordre public moral qui s'imposent à tous ceux qui se trouvent sur notre territoire, suivent le citoyen en pays étranger. Nous ajouterons même que, d'après la saine doctrine du

droit international privé, la compétence de l'Etat belge devrait être respectée en cas pareil dans les autres pays, pourvu que nos conceptions ne s'y heurtent point contre un ordre public local qui n'autoriserait pas seulement ce que nous condamnons, mais qui exigerait le maintien du contrat.

Nous en dirons autant du cas où la société, formée en pays étranger, devrait vivre et fonctionner sur notre territoire. Il n'en résulte pas, toutefois, qu'il faille toujours et nécessairement apprécier d'après nos lois si l'objet est illicite. Il n'en serait ainsi d'une manière absolue, que si l'objet de la société était contraire, d'après nos conceptions, à la morale absolue. Tel serait le cas, s'il s'agissait d'une société, contractée en vue de faire la contrebande, même en pays étranger, et au préjudice de celui-ci, ou d'exploiter une maison de jeux de hasard, une maison de débauche, la traite des blanches, etc... Toute différente serait notre appréciation, si la prohibition reposait uniquement sur des motifs d'ordre public, purement local. L'association conclue avec un notaire pour l'exploitation de son étude, avec un huissier, avec un avocat, peut n'être pas réprouvée, d'après les lois et les mœurs du pays, où cette association à son siège, et devra fonctionner. Pourquoi la considérerions-nous comme nulle en Belgique, lors même que les parties seraient Belges, lors même que la convention s'y serait formée? Cela dépend de la législation de l'Etat qui régit la fonction, et qui seule est appelée à décider si une étude ou une charge peut être vendue ou apportée en société.

Mais il se peut qu'il s'agisse d'une société formée en pays étranger, ayant son siège dans ce pays, et dans laquelle des étrangers seuls sont partie. Dans un cas de ce genre, lors même que l'objet et la cause de la société seraient d'une illégalité absolue, d'après nos conceptions d'ordre public, il y aurait lieu d'appliquer la distinction délicate, mais très juste, faite par M. de Bar, et dont nous avons parlé dans la première partie de notre ouvrage, en traitant de l'ordre public. L'acte juridique, constituant

la société, échappe à notre appréciation ; ou tout au moins n'avons-nous pas le pouvoir de l'annuler. Mais, nous avons le droit et le devoir de nous opposer à ce qu'il produise sur notre sol des effets nuisibles ou immoraux. Quelqu'impure que soit la source, nous n'avons pas le pouvoir de la tarir, lorsqu'elle jaillit en pays étranger : elle échappe à notre action, mais nous devons arrêter ses eaux malfaisantes, lorsqu'on prétend les faire dériver sur notre territoire. L'Etat menacé examine alors les effets que l'on prétend faire produire à l'acte étranger sur son territoire, en eux-mêmes, et en faisant abstraction de l'acte originaire, à moins que l'appréciation de ses effets ne s'y lie étroitement. Il les repousse, s'ils sont contraires à ses conceptions d'ordre public moral, ou à ses intérêts économiques.

1285. — L'art. 1833, après avoir posé en règle que toute société doit avoir un objet licite, ce qui était presque inutile, ajoute qu'elle doit être contractée pour l'intérêt commun des parties, et que chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. Il n'est pas probable que des dispositions aussi simples puissent donner lieu à des conflits de législations, et il est vraisembable que l'on rencontre des dispositions équivalentes partout. Un associé qui ne ferait aucun apport quelconque, et qui prendrait sa part des bénéfices, la recevrait, semble-t-il, à titre gratuit. Il ne serait pas impossible cependant que d'après telle ou telle législation, l'apport pût consister dans le nom, le crédit d'une personne, la notoriété qu'elle a acquise, et nous doutons fort qu'un tel apport fut considéré comme un apport valable et suffisant aux termes de notre loi, comme un apport en argent, en biens ou en industrie. Dans le cas de conflits ou divergences de législations à cet égard, il ne nous paraît pas douteux qu'il faudrait appliquer, tant en vertu des principes rationnels qu'à raison de l'analogie entre la société civile et la société commerciale, la loi du principal établissement.

L'art. 1834 prescrit que toutes sociétés soient régies par

écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. Mais il est visible, d'après le second alinéa de cet article, qu'il ne le prescrit qu'au point de vue de la preuve. Il ne fait en somme qu'appliquer, quant à la preuve des contrats de société, les principes généraux en matière de preuves. La loi qui doit l'emporter est évidemment ici la loi du lieu du contrat. Ce n'est pas la loi du principal établissement de la société. Tout ce qui concerne la preuve est régi par la règle générale *locus regit actum*. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait de formes de publicité prescrites pour la preuve ou pour l'effet à l'égard des tiers. Dans ce cas l'on appliquerait, à notre avis, la loi du lieu du principal établissement de la société, cette loi étant celle du lieu où se nouent en général ses relations avec les tiers. L'argument d'analogie, déduit de l'art. 130 de la loi belge sur les sociétés, apparaît ici avec plus de force. Mais les sociétés civiles n'ayant point, en général, la personnification civile dans notre pays, et la responsabilité des associés ne s'effaçant pas en conséquence devant celle de la société, la question ne présente guères d'importance pratique.

1286. — Le chapitre II du titre IX traite des diverses espèces de sociétés. Il est exact, comme le fait remarquer Brocher, que les dispositions purement facultatives, c'est-à-dire celles de droit supplétif, prédominent dans ce chapitre. Il n'y a donc, en principe, aucune raison pour ne pas appliquer ici la loi en vigueur au lieu du principal établissement de la société; question de fait plutôt que de droit. Il semble toutefois que le principal établissement soit, dans ce cas, le lieu de la situation des biens ou de la majeure partie des biens mis en société. Et, s'il y a doute, il semble qu'il faille s'en référer à la loi du lieu où est établi le centre d'administration ou de négociation de ces biens. Il y a cependant dans ce chapitre certaines dispositions limitatives de la volonté des parties. Nous citerons tout d'abord celle de l'art. 1837, al. 2, concernant la société universelle de biens futurs, et à cet égard nous nous bornerons à nous référer à ce que nous avons dit

plus haut. L'art. 1838 semble contenir également une disposition limitative en ce qui concerne la société universelle de gains : elle comprend les meubles « mais les immeubles personnels n'y entrent que *pour la jouissance seulement* ». Or, comme la loi ne distingue que deux formes de sociétés universelles, celle de tous biens, et celle de gains, elle paraît exclure implicitement les sociétés universelles de gains qui comprendraient en même temps tous biens immeubles *en propriété pleine*. S'il en est ainsi, et telle est notre opinion, la disposition de l'art. 1838, qui ne permet pas d'apporter dans une société universelle de gains les biens immeubles en propriété pleine, tandis qu'il en est autrement des meubles, constitue une loi régissant la propriété immobilière ; et elle recevra application ou non, suivant la loi de la situation des immeubles.

1287. — Si la disposition de l'art. 1839 est de pur droit supplétif, l'art. 1840 appartient encore au droit prohibitif. A quelles sociétés universelles recevra-t-il application ? La réponse ne nous paraît guères douteuse. Il s'agit d'une question de capacité. La disposition recevra évidemment application si les associés sont tous Belges. Faudra-t-il l'appliquer également si l'un est Belge, les autres étrangers ? Il faudrait, nous paraît-il, recourir en principe à la loi nationale de chacune des parties pour résoudre la question. Il faut que toutes soient capables. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le principe qui découle immédiatement de l'art. 1840, suivant lequel cette capacité spéciale est exigée, et la question de savoir si cette capacité de s'avantager réciproquement existe en réalité. L'une et l'autre question devraient en principe être décidées par la même loi ; car, il est clair que le droit d'association n'est limité dans un cas de ce genre, que pour éviter des atteintes indirectes à la prohibition de donner et de recevoir. Tout cela n'a rien de commun avec la bonne organisation du régime de la propriété immobilière. Il est évident d'autre part que la loi qui a compétence pour établir l'incapacité de disposer ou recevoir à titre gratuit, a compétence aussi pour faire respecter ses

prohibitions. Mais si cette loi semble devoir être en théorie la loi nationale, il n'en est pas ainsi, lorsque l'on admet, comme la jurisprudence fondée sur le droit traditionnel et sur l'art. 3 du Code civil le fait en France et en Belgique, que la succession immobilière est régie par la loi de la situation. La loi qui régit la succession ne régit-elle pas aussi la capacité spéciale de disposer et de recevoir au moins à cause de mort? Cela nous paraît incontestable en droit strict, et nous nous en référons à ce que nous avons dit à cet égard en traitant des donations et des testaments. Voilà donc la loi de la situation des immeubles présents, celle même des immeubles futurs, qui sera concluante relativement à la question de savoir, si telles personnes sont capables de former entre elles une société universelle! Est-ce compréhensible? Non, sans doute, et le principe qui conduit à de pareilles conséquences doit être condamné au point de vue de la saine raison. Mais il n'en découle pas moins de la tradition et des textes. Les inconvénients, les difficultés inextricables qu'il entraîne ne sont nullement amoindris par le fait que la succession mobilière est régie par une loi différente. Cette loi n'est autre, en effet, que celle du dernier domicile du défunt, d'après la même tradition juridique, et non pas la loi nationale. Il en résulte que, pour décider si deux personnes peuvent former une société universelle, en d'autres termes si elles sont respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, il faudra consulter la loi de la situation de leurs immeubles présents, celle de leurs immeubles futurs, celle de leur domicile à l'époque peut-être éloignée, et dans tous les cas incertaine, de leur mort. Cela est-il admissible? Nous ne le pensons pas, et nous présumons que la jurisprudence répudierait ces conséquences d'un principe juste en droit positif, déraisonnable en théorie.

L'art. 1840 ne dit mot de la capacité générale de donner, de disposer, de contracter. Il faut observer la loi nationale de chacune des parties intéressées, et il faut que la capacité de donner existe chez les associés qui

avantagent, comme celle de recevoir chez les associés avantagés.

1288. — Les art. 1841 et 1842 qui déterminent ce qu'il faut entendre par société particulière appartiennent évidemment au droit supplétif. Il en est de même des dispositions du chapitre III, section I^re^, relatives aux engagements des associés entre eux (art. 1843 à 1861), à l'exception de l'art. 1855, dont nous aurons à parler séparément. Toutes ces dispositions ne sont pour ainsi dire qu'interprétatives du silence des parties. Il faut donc s'en référer à la loi à laquelle elles se sont tacitement soumises. Cette loi nous paraît être celle du pays où la société doit vivre, à moins que les parties n'aient manifesté de quelque manière l'intention de se soumettre à une loi différente. On ne peut prendre en considération ni la loi du pays où le contrat s'est formé peut-être fortuitement, ni celle du lieu du domicile, ni celle de la nationalité des parties. La législation du pays où la société doit vivre, se développer, et fonctionner, nous paraît bien plus vraisemblablement celle que les parties ont tacitement adoptée, comme destinée à régler des relations d'une certaine durée, d'une certaine continuité. C'est là que les parties seront le plus souvent et régulièrement en relations les unes avec les autres, et elles trouveront sur place les renseignements nécessaires pour s'éclairer sur les conséquences de ces relations.

1289. — Mais l'art. 1855 n'appartient plus au droit supplétif. C'est une disposition prohibitive. « 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 ». Quel est le but de cette disposition[1]? D'empêcher, dit Brocher, que l'un des associés n'abuse du crédit et de l'influence dont il jouit, pour imposer des conditions par trop onéreuses à ses coassociés; de proté-

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 236.

ger la partie la plus faible, dit Troplong, dans un style un peu pompeux, contre les entreprises de l'homme plus puissant ou plus astucieux. On peut faire observer aussi que ces clauses, comme le fait remarquer Laurent, sont contraires à l'essence de de la société. Mais ce n'est pas assez dire. La loi, en prohibant ces clauses, les *annule*, et déclare *nulles* les sociétés qui les contiennent. Il ne reste qu'une communauté de fait qui se liquidera sans égard à cette clause. Quel est maintenant l'effet de cette disposition en droit international privé? Brocher dit que les termes de l'article paraissent ne se préoccuper que d'ordre public interne, et supposer un acte directement régi par la loi française. Mais nous nous demandons où il a vu cela. Au surplus, il ne paraît guères fixé sur la solution de la question. Après s'être demandé ce qu'il en serait au sujet d'une société étrangère, et si elle devrait également être considérée comme nulle en France, il répond *qu'il aurait de la peine* à l'admettre *d'une manière absolue*, en l'absence d'un texte exprès et direct; que la société constituée régulièrement, suivant la loi sous l'empire de laquelle elle a pris naissance existe et qu'il faut la reconnaître; « qu'il semble toutefois que les magistrats français pourraient refuser de prêter l'appui de leur ministère à l'application d'une telle clause, qui leur paraîtrait un acte d'exploitation déloyale ». L'opinion du savant auteur est donc extrêmement ondoyante. Si les magistrats français peuvent refuser de prêter leur appui à l'application d'une telle clause, c'est qu'à leurs yeux elle est nulle comme entachée de déloyauté. Et telle est aussi notre opinion.

Il y a deux choses à distinguer ici : la nullité de la clause, et la nullité du contrat dans lequel elle apparaît. La nullité de la clause, étant donnés les motifs sur lesquels elle repose ici (motifs de moralité publique), est d'ordre public absolu. Il est impossible que les tribunaux de notre pays prêtent leur appui à son exécution forcée, lors même qu'il s'agirait d'étrangers. Déclareront-ils pour cela le contrat nul? La question est toute autre. Il n'y a aucun motif d'ordre public absolu qui commande d'annuler le contrat

tout entier, plutôt que de se borner à annuler la clause immorale. Nos tribunaux ne pourront donc annuler le contrat lui-même que s'il est régi par la loi belge, et il n'est régi par la loi belge, à notre avis, que s'il doit se réaliser, s'exécuter en Belgique, si c'est en Belgique que les rapports dont il est la source doivent s'établir. A ce point de vue, il faudra donc examiner quel est le véritable siège de la société, le lieu de son principal établissement. Tout au plus pourrait-on le considérer également comme nul si toutes les parties étaient soumises à la loi belge.

1290. — La section II du chapitre III traite des engagements des associés à l'égard du tiers. L'art. 1862 exclut la solidarité des associés pour les dettes sociales, et la faculté pour l'un des associés d'obliger les autres, *si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir*. Cette restriction même indique qu'il s'agit d'une question abandonnée dans une certaine mesure à l'autonomie, à la libre volonté des parties contractantes. Les dispositions des art. 1863 et 1864 sont analogues. Toutes sont fondées sur le principe que la société civile n'a pas d'existence propre vis-à-vis des tiers. L'associé qui s'engage seul, les associés qui s'engagent conjointement sont tenus vis-à-vis d'eux, comme s'il n'y avait pas de société, et les tiers n'ont ni contre eux ni contre les associés l'action dérivant du contrat de société, mais l'action du mandat, ou l'action *de in rem verso*. Voilà ce qui résulte implicitement de ces diverses dispositions. Quand ces principes peuvent-ils cesser de recevoir application, et dans quelle mesure? Nous croyons qu'ils peuvent cesser d'être applicables à une société civile dont le siège véritable est en pays étranger, l'ordre public n'étant pas en cause, puisque les parties peuvent déroger aux règles établies dans ces articles. Mais nous ne pensons pas cependant qu'une société civile étrangère puisse être considérée comme ayant la personnalité civile dans notre pays, à moins peut-être qu'il ne s'agisse d'une société civile formée pour l'exploitation des mines et carrières (art. 136 de la loi sur les sociétés). Toute autre société civile, constituée et établie dans notre pays

sous la forme commerciale, n'acquiert point par l'adoption seule de cette forme une individualité juridique distincte de celle des associés[1]. Or, nous ne croyons pas qu'il soit entré dans la pensée des auteurs de la loi d'attribuer une espèce de privilège aux sociétés de ce genre établies en pays étranger. On ne pourrait donc pas considérer comme applicables dans notre pays les dispositions ou stipulations ayant pour objet d'attribuer à une société civile étrangère cette situation privilégiée, et de faire disparaître la responsabilité des associés, celle même de l'associé qui a parlé au contrat, derrière la responsabilité du corps moral.

1291. — Le chapitre IV, art. 1865 à 1872, traite des différentes manières dont finit la société. Brocher observe avec raison que « la dissolution de la société, soit par expiration du terme originairement prévu; soit par suite de motifs plus ou moins exceptionnels, dépend, en principe, des termes de la loi sous l'empire de laquelle l'acte constitutif s'est formé ». Et par cette loi il entend évidemment celle du lieu du principal établissement. Tel est l'esprit des dispositions de la loi belge, en ce qui concerne les sociétés commerciales. L'auteur ne fait des réserves qu'au sujet « de causes locales et fortuites, telles que la faillite, qui est généralement régie par la loi du domicile du failli, et dont les effets domineraient, dans une large mesure, ceux du contrat ». La réserve, en ce qui concerne la faillite, était à peine nécessaire, et il est probable qu'en tous pays la faillite comme la déconfiture de l'un des associés entraîne la dissolution de la société. Au surplus, en parcourant les diverses dispositions du chapitre IV, nous signalerons les points sur lesquels il peut y avoir des difficultés, et la solution qu'elles doivent recevoir.

1292. — L'art. 1865 énumère les cas dans lesquels la société finit. C'est d'abord par l'expiration du temps, pour lequel elle a été contractée. Aucun doute, s'il y a eu stipulation expresse; et l'on ne concevrait guères qu'il pût

(1) Namur. *Le Code de commerce revisé*, T. II, p. 454.

y avoir des divergences de législations à cet égard. Mais l'art. 1844 établit une présomption de volonté. « S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869. » Il est clair, suivant nous, que cette présomption s'appliquera à toutes les sociétés qui seront régies par notre loi, et il semble rationnel d'appliquer ici encore la loi du lieu du principal établissement. S'agissant d'une société ayant son principal établissement dans un autre pays, c'est la loi étrangère qui devrait recevoir application, si elle établissait une présomption différente. Peut-être, cependant, pourrait-on quelquefois appliquer, suivant les circonstances, la loi du lieu du contrat, ou celle du domicile commun, ou celle même de la nationalité commune, s'agissant d'une question d'intention. Mais, en général, la loi du principal établissement, du pays où la société doit vivre et agir, nous paraît devoir l'emporter, à raison de la nature des relations que la société implique, et par analogie de ce qui est admis, quant aux sociétés commerciales.

En est-il de même de l'art. 1869? Cet article qui ne fait que préciser la portée de l'art. 1865, alinéa 5, réserve, dans le cas de société à durée illimitée, à chaque associé, la faculté de renoncer *ad nutum*, pourvu que la renonciation soit de bonne foi et non faite à contretemps. Et l'art. 1870 détermine ce qu'il faut entendre, dans ce cas, par une renonciation faite de mauvaise foi, ou à contretemps. Ce droit de renonciation est, d'après la jurisprudence et d'après la plupart des auteurs, d'ordre public. Pothier était d'un avis contraire, et la Cour de Lyon s'est rangée de l'avis de Pothier. Nous ne pouvons évidemment discuter avec développement cette question de droit intérieur. Nous dirons seulement que le droit de renonciation n'est établi par la loi que dans l'hypothèse où les parties ont gardé le silence sur la durée de la société, ne lui ont assigné aucun terme, et où le législateur lui attribue une durée déterminée, par une espèce de présomption de la volonté des parties. L'art. 1869 ne limite donc

que l'effet de la présomption établie par le législateur, et nullement l'autonomie des parties.

Par cela même que les parties s'interdiraient la faculté de renoncer *ad nutum*, elles assigneraient implicitement une durée à leur association. Si elles peuvent le faire d'une manière expresse, elles peuvent aussi le faire tacitement en se plaçant sous l'égide d'une autre législation, qui, du reste, régit logiquement leur association, lorsque la vie sociale doit se dérouler sur le territoire où elle est en vigueur. Il paraît donc rationnel d'appliquer ici encore la loi du principal établissement. Nous en dirons autant quant aux dispositions qui restreignent le droit de renoncer *ad nutum*, qui interdisent toute retraite de mauvaise foi ou à contre temps. Il est vrai que la prohibition de toute renonciation qui serait faite de mauvaise foi, semble au premier abord se rattacher à l'ordre public absolu. Mais la mauvaise foi ne résulte ici que de l'abus d'une faculté ayant sa source et sa justification dans la loi seule. Lorsque les parties puisent en outre cette faculté dans la convention, rien n'empêche, lorsqu'elles en sont ainsi convenues, que la renonciation soit faite en tout temps, et ainsi l'a décidé la Cour de Bruxelles[1]. Il nous paraît en résulter que la renonciation pourrait être interdite, ou qu'elle pourra être faite en tout temps, si tel est le prescrit de la loi du pays où la société a son principal établissement qui régit rationnellement la société, et à laquelle en outre les parties s'en sont référées, suivant toute probabilité, pour la détermination des effets de leur association. Nous admettrions seulement avec quelque difficulté que, pour la détermination de la loi qui régit la société à cet égard, on puisse s'en référer uniquement à des circonstances quelconques indicatives de la volonté des parties. Leur liberté n'est pas absolue. L'art. 1844 établit une présomption, tout en en limitant les effets. Cette présomption légale, avec les restrictions auxquelles la loi subordonne ses effets, s'impose au moins dans cer-

(1) Arrêt du 31 mars 1874. P. 1874, II, 156.

tains contrats de société. Dans lesquels? Il est rationnel de répondre qu'elle doit s'imposer, s'agissant de sociétés qui ont leur principal établissement en Belgique, qui y vivent, qui y fonctionnent. On ne peut pas dire qu'il s'agisse à proprement parler d'ordre public, mais l'organisation et le règlement de ces sociétés nous paraît appartenir naturellement au législateur belge, lorsqu'elles font partie de la vie juridique qui se développe sur son sol, et par conséquent de son ordre juridique. Il y a en général le principal intérêt. — Quant à la forme dans laquelle la notification de la renonciation doit être faite aux coassociés, on appliquera évidemment la règle *locus regit actum*.

1293.—L'art. 1844 contient une seconde présomption. S'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, la société est censée contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire, et ici notre article ne se réfère point à l'art. 1869, de sorte que le droit de renonciation, dont il est question dans cet article, n'existe pas. Du reste, la renonciation, en cas pareil, serait toujours faite à contre-temps, lorsque l'affaire n'est point terminée. Et, en réalité, il y a dans ce cas un véritable terme tacitement convenu. La seconde disposition de l'art. 1844 est tellement rationnelle, qu'il est difficile d'imaginer que des lois étrangères s'en écartent. S'il en était autrement, nous pensons qu'il faudrait appliquer la loi du lieu où la société à son principal établissement. Nous croyons toutefois que le Belge ne pourrait renoncer à une pareille société par un acte unilatéral de volonté, au mépris de sa loi nationale. Mais cela est très discutable.

La société à temps limité peut être prorogée; il était inutile de le dire. Aussi l'art. 1866 se borne-t-il à résoudre une question de preuve. La prorogation ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. S'agissant d'une question de forme, il fait appliquer la maxime *locus regit actum*, c'est-à-dire que l'on observera la loi du lieu de l'acte, la loi du lieu où a été redigé l'instrument, l'écrit s'il y en a eu un, celle

du lieu de l'acte juridique s'il n'y a pas d'écrit. Mais on peut se demander s'il ne faut pas s'en référer à la loi du lieu où a été conclue et actée la société primitive, l'art. 1866 décidant que la prorogation ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. Il y a des raisons assez graves qui militent en faveur de cette solution. On peut dire qu'il s'agit d'une espèce de modification aux stipulations de la société ancienne relativement à sa durée. Et il semble rationnel au premier abord que, si un acte écrit et régulièrement fait en double ou en triple établit les stipulations primitives, leurs modifications ne puissent être prouvées que de la même manière. Ce serait toutefois une assez grave dérogation à la règle *locus regit actum*, si la prorogation est convenue dans un autre pays où l'acte écrit n'est pas exigé. Et dans la réalité des faits, la prorogation implique virtuellement la formation d'une société nouvelle aux mêmes conditions que l'ancienne. Si, dans le pays où elle a lieu, les parties eussent pu former en termes exprès une société nouvelle, sans s'en référer à l'ancienne qui va expirer, si la preuve de cette convention est admissible d'après la loi du lieu de l'acte, pourquoi n'en serait-il pas ainsi lorsque, procédant d'une manière plus brève, elles prorogent simplement la société existante?

1294. — La société finit en second lieu, aux termes de l'art. 1865, par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation. Nous n'avons pas à revenir sur l'extinction de la société par la consommation de la négociation. C'est, sous une autre forme, le cas prévu dans la seconde partie de l'art. 1844. Quant à l'expiration de la société par l'extinction de la chose, étant donné qu'il s'agit évidemment du cas d'extinction complète, c'est une disposition si naturelle, si nécessaire, que des divergences législatives ne se concevraient point. Mais on peut parfaitement concevoir que telle ou telle loi étrangère déclare la société éteinte, si le tiers, la moitié ou les trois quarts du capital social ont disparu. Quand pareille loi devra-t-elle être observée en Belgique? — Lorsque ce sera la loi

du lieu du principal établissement de la société. Il s'agit dans ce cas d'une disposition fondée sur l'intention probable des parties. Il faut appliquer la loi à laquelle elles peuvent rationnellement être censées se soumettre.

L'art. 1867 prévoit le cas de perte de la chose qui constituait la mise de l'un des associés soit avant, soit après l'apport effectué. Les diverses dispositions de cet article nous paraissent appartenir au droit supplétif. Elles sont fondées sur l'intention probable des parties, et dans une certaine mesure sur la conception de la nature de la société d'après notre droit. Il ne semble pas que l'ordre public y soit intéressé dans une mesure quelconque. Nous pensons donc qu'il faut appliquer la loi du lieu où la société a son siège réel.

Nous en dirons autant de la disposition de l'art. 1865, 3°, relativement à l'extinction de la société par la mort naturelle de quelqu'un des associés, et ce par identité de raison. Ce n'est pas là, nous paraît-il, une disposition se rattachant à l'ordre public, puisqu'il est permis de convenir que la société continuera avec les héritiers du défunt, ou seulement avec les héritiers du survivant (art, 1868). Et la disposition de la dernière partie de cet article, relative aux droits que les héritiers peuvent exercer dans le dernier cas, se rattache pareillement au droit supplétif, d'où il résulte qu'il faudra se régler d'après la loi en vigueur au lieu où la société a son siège réel, son principal établissement.

1295. — Aux termes de l'art. 1865, 4°, la société finit également par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés. Un mot d'abord au sujet de la mort civile. Comme elle est actuellement abolie en Belgique, par l'art. 13 de la Constitution, en France par une disposition beaucoup plus récente, toutes nos éditions du Code mettent en lettres italiques ou suppriment tout simplement ces mots : *par la mort civile*. Aux yeux des modernes éditeurs du Code civil en Belgique, ce mode d'extinction ne saurait donc plus être admis, au moins lorsqu'il s'agit d'une société régie par la loi belge. La

question est cependant assez délicate. Supposons que l'un des associés soit frappé de mort civile d'après la loi de son pays d'origine, d'après sa loi nationale. En principe l'incapacité qui en résulte s'attache à sa personne *comme une cicatrice*, pour nous servir de l'énergique expression des auteurs anciens. Mais, la mort civile étant une institution contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs chez nous, il s'en suit que l'étranger mort civilement aux yeux de sa loi nationale, n'est pas plus incapable chez nous, que ne le serait l'esclave étranger qui se trouverait sur notre sol. Dès lors la société ne sera dissoute aux yeux de notre législateur, de nos tribunaux, ni par la mort civile du Belge, prononcée en pays étranger ou résultant *re ipsâ* d'une condamnation étrangère, ni par celle de l'étranger, lorsque celui-ci se trouve sur notre sol, ou sur le territoire d'une nation qui repousse cette institution comme immorale. Et il importera même peu que la société ait ou n'ait pas son principal établissement en Belgique. Mais si, au moment où la mort civile frappe l'étranger, il se trouve dans un pays où cette institution existe, et si le principal établissement de la société dont il fait partie se trouve dans ce pays, la société dont il fait partie *est dissoute*, et elle ne saurait revivre par l'émigration de l'étranger dans un pays où la mort civile n'existe pas. La dissolution de la société est un fait juridique accompli, consommé, et qui s'est consommé sous l'empire de la loi étrangère. Il ne nous reste plus qu'à le reconnaître. Admettre que nous puissions faire revivre cette société étrangère éteinte, sous prétexte que nous n'approuvons pas la cause de son extinction, ce serait admettre un intolérable contrôle des institutions étrangères, une immixtion usurpatrice d'un Etat dans la sphère des attributions légitimes et normales de l'autre. L'esclavage n'est pas plus admis chez nous que la mort civile, et répugne encore davantage à nos mœurs, à notre ordre public. Mais les contrats conclus par un esclave dans un pays où il est frappé d'incapacité comme tel, n'en seront pas moins considérés comme nuls chez nous. Telle

est l'opinion d'une des principales autorités en droit international privé, M. de Bar (1). Il paraît logique d'en conclure que la convention est pareillement résolue et doit être tenue pour telle partout, lorsqu'elle l'a été d'après la loi du lieu où elle a son véritable siège, d'après la loi à laquelle elle est naturellement soumise, lors même que la cause de cette résolution résiderait dans une incapacité personnelle à l'une des parties et non conforme à nos principes de droit public et d'ordre public, si cette partie était soumise à la loi étrangère.

1296. — La société s'éteint, aux termes du même article, par l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés. Cette disposition recevra incontestablement application à toutes les sociétés civiles dont le principal établissement est en Belgique. Elle nous paraît appartenir au droit supplétif. Les sociétés civiles dont le principal établissement serait en pays étranger, seront régies à cet égard par la loi du lieu de leur établissement propre. — Le Code ne parle que de la déconfiture, et ne dit mot de la faillite. Mais on admet unanimement que le mot déconfiture doit être interprété dans un sens large, et il y a même un argument *a fortiori* en faveur de l'extinction de la société par la faillite de l'un des associés, la faillite ayant pour effet de le frapper d'une espèce d'incapacité. Il y a même une observation spéciale à faire en ce qui concerne la faillite. Les lois organisatrices de la faillite touchent à l'utilité publique. Lors donc que l'un des associés a été légalement déclaré en faillite, dans un pays où la faillite entraîne la dissolution d'une société civile dans laquelle il serait intéressé, on y considérera cette société comme dissoute, comme éteinte, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi du pays où la société est établie.

1297. — L'art. 1865, 5°, déclare que la société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

(1) Op. cit., T. I, pp. 406 et ss.

L'art. 1869 restreint la portée de cet article, et démontre que cela n'est vrai que des sociétés à durée non fixée par le contrat. Nous avons parlé plus haut de cette hypothèse, et nous croyons inutile de revenir sur nos observations. Si la durée de la société est contractuellement fixée, aucun des associés ne peut en demander la dissolution que par de justes motifs, et l'art. 1871 donne quelques exemples des motifs que l'on peut faire valoir à cet égard. Cette disposition nous paraît encore appartenir au droit supplétif, et son application dépendra par conséquent de la question de savoir à quelle législation les parties ont entendu se soumettre. On devra appliquer en général la loi du lieu où la société a son siège réel, son principal établissement. Il en est de même, à notre avis, quant à l'art. 1872, qui déclare applicables entre associés les règles concernant le partage des successions, si ce n'est que, quant à la forme, on devra toujours observer la loi du lieu où le partage se fait, que dans aucun pays le partage ne pourra se faire contrairement aux règles d'ordre public qui y sont en vigueur, et que la capacité des parties sera régie par leur loi nationale. Nous n'avons pas à revenir sur les considérations générales que nous avons fait valoir à cet égard.

1298. — Le dernier article du titre des sociétés déclare applicables toutes les dispositions qu'il contient aux sociétés de commerce (art. 1873), dans les points seulement où elles n'ont rien de contraire aux lois *et usages du commerce*. Cet article résout ainsi, en ce qui concerne les sociétés, une question qui peut surgir à propos de tous les contrats, qui sont commerciaux ou civils suivant les circonstances. Les usages commerciaux peuvent-ils prévaloir contre les règles du droit civil? Cette question est résolue affirmativement en ce qui concerne les sociétés. C'est une question de droit supplétif. Si, dans tel pays étranger, la loi civile l'emporte sur les usages commerciaux, il est évident que, dans notre pays, on ne pourra pas plus avoir égard à des usages commerciaux sans valeur, parce qu'ils sont en opposition avec la loi civile,

qu'on ne pourrait avoir égard à une loi étrangère abrogée. L'art. 1873 ne règle que l'étendue de la force obligatoire des lois dont il fait partie intégrante. — Peut-être la généralité des termes de l'art. 1873 dépasse-t-elle un peu la pensée des auteurs de la disposition, et il nous paraît bien difficilement admissible, par exemple, que des usages commerciaux puissent rendre valable une société manifestement léonine. Mais, c'est là une question de droit intérieur plutôt que de droit international privé. Ce qui importe, tant au point de vue du droit intérieur que du droit international privé, c'est de déterminer ce que l'on doit entendre par une société commerciale, puisqu'elle est affranchie des règles ordinaires dans une certaine mesure.

1299. — Nous avons dit plus haut qu'au point de vue de la personnification civile, laquelle constitue une espèce de privilège dépendant de la volonté du législateur, et qui n'est accordé en principe qu'aux sociétés commerciales constituées sous certaines formes, et aux sociétés anonymes ayant pour objet l'exploitation des mines (minières et carrières) *malgré leur caractère civil*, on ne peut considérer comme sociétés commerciales que celles qui présentent ce caractère d'après la loi belge. On objecterait en vain que l'art. 128 a été délibéré et voté, à la suite des difficultés qui s'étaient élevées sur le point de savoir, si l'on pouvait admettre les sociétés françaises jouissant de la personnification civile en France à ester en justice en Belgique, et que la pensée des auteurs de la loi aurait été dès lors d'accorder cette faveur à toutes les sociétés étrangères jouissant d'une faveur semblable dans leur pays d'origine. Car, ces difficultés ne s'étaient élevées qu'au sujet de sociétés commerciales françaises. On se prévaudrait non moins inutilement de la portée générale des paroles de M. Pirmez, le judicieux rapporteur de la loi sur les sociétés, à la Chambre des Représentants en Belgique, paroles dont il semble résulter qu'on voulait reconnaître aux sociétés étrangères tous les droits, dont elles jouissent dans leur pays d'origine. Ces paroles doivent être entendues *pro subjectâ materiâ*. Il s'agissait des

sociétés commerciales. La loi ne parle que des sociétés anonymes et *des autres sociétés* commerciales industrielles et financières, et il nous paraît inadmissible que le législateur n'ait pas entendu par là les sociétés présentant ce caractère à tout point de vue, sans quoi il eût accordé aux Etats étrangers une espèce de blanc-seing, leur permettant d'y inscrire comme sociétés commerciales toute espèce de sociétés, même celles qui, sans contestation aucune, ne présenteraient point ce caractère. Or, les sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet les actes de commerce (art. 1er de la loi sur les sociétés), et les actes de commerce sont définis avec précision par le Code.

1300. — La matière des sociétés commerciales est si importante qu'il nous est impossible de la passer sous silence ici. Mais nous avons à examiner d'abord s'il n'y a pas d'autres sociétés que les sociétés commerciales, et les sociétés anonymes ayant pour objet l'exploitation des mines, qui jouissent de la personnification civile en Belgique. Et ceci nous amène à parler de certaines sociétés dont l'importance grandit tous les jours, et dont le caractère doit être déterminé au point de vue du droit international surtout, parce qu'elles étendent leurs opérations au-delà du territoire où elles ont leur siège social, parce que ce sont même, dans une certaine mesure, des sociétés cosmopolites. Nous voulons parler des sociétés d'assurances.

1301. — Les sociétés d'assurances à primes sont incontestablement des sociétés commerciales, la loi rangeant parmi les actes de commerce l'assurance à primes (art. 2, loi du 15 déc. 1872). Mais en est-il ainsi des sociétés d'assurances mutuelles? — Il a été déclaré, à diverses reprises dans le cours des discussions de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances en général, qu'elles constituaient des sociétés purement civiles, et la jurisprudence leur a même souvent contesté ce caractère, et décidé que ce n'étaient pas même des sociétés civiles, à défaut d'intention de partager des bénéfices. Les rétributions annuelles imposées aux assurés, lorsqu'il s'agit d'assurances de ce genre, portent

quelquefois dans l'usage le nom de primes, mais ce ne sont pas des primes dans le sens que la loi attache à ce mot. Peut-être cependant y a-t-il lieu d'établir quelque distinction entre les sociétés d'assurances sur la vie d'une part, et les sociétés d'assurances contre l'incendie, de l'autre. Dans ces dernières, la somme à payer à l'assuré est la représentation exacte d'un préjudice matériel. Pas la moindre idée de spéculation. L'assuré ne prétend pas faire un gain, mais éviter une perte : il obtient une somme équivalente à celle-ci. S'agit-il d'une assurance sur la vie, il en est un peu différemment. La mort est un événement inévitable qui doit nécessairement se produire tôt ou tard; si elle frappe l'assuré prématurément, le contrat d'assurances lui aura certainement procuré un bénéfice; si elle l'épargne jusqu'à un âge avancé, ce bénéfice se réduit et peut même être ramené à rien. L'idée de gain n'est donc pas si étrangère à la constitution d'une mutualité de cette nature, qu'à celle d'une société mutuelle d'assurances contre l'incendie. Toutefois, ce qui nous paraît prédominer, c'est l'idée d'éviter les conséquences désastreuses du décès prématuré d'une personne, pour ceux qu'elle est appelée à soutenir par son travail. Dans tous les cas, on n'y voit pas trace d'acte de commerce. Nous pensons donc que la jurisprudence est dans le vrai en attribuant à toutes les mutualités un caractère purement civil.

1302. — Mais autre est la question de savoir si ces sociétés d'assurances jouissent de la personnification civile. Elle a été soulevée lors de la discussion de la loi sur les assurances, mais il ne semble pas qu'elle ait été décidée *en termes exprès*. On ne leur a pas reconnu le caractère de sociétés à proprement parler, à défaut d'avoir pour objet des actes de commerce, et la loi les qualifie d'*associations*. « Les *associations* d'assurances mutuelles sont régies par leurs règlements, par les principes généraux du droit, et par les dispositions du présent titre en tant qu'elles ne sont point incompatibles avec ces sortes d'assurances (art. 2). » Mais la disposition finale dudit article contient une innovation de la plus haute impor-

tance. Ces sociétés « sont représentées en justice par leurs directeurs ». Il en résulte, d'après un excellent auteur[1], qu'elles ont aujourd'hui une individualité juridique à l'instar des sociétés commerciales proprement dites. En est-il ainsi non-seulement des associations dont le siège est en Belgique, mais de celles qui ont été constituées et ont leur siège en pays étranger? Nous le croyons. Sans doute, on ne peut guères invoquer ici l'art. 128 de la loi sur les sociétés commerciales que comme un argument d'analogie : car il ne s'agit pas d'une société commerciale. Mais l'esprit de cette loi, antérieure à celle sur les assurances, est évidemment d'étendre le bénéfice de la personnification civile qu'elle accorde à certaines sociétés, à raison de leur objet et de leur nature, à toutes les sociétés étrangères dont l'objet et la nature sont analogues. On n'y a pas parlé des associations d'assurances mutuelles, parce qu'on n'y a pas songé. D'autre part, la faveur qui résulte du dernier alinéa de l'art. 2 de la loi sur les assurances en général, est accordée en termes généraux à toutes les associations d'assurances mutuelles, sans distinction entre celles dont le siège est en Belgique et celles dont le siège est en pays étranger. Notre conclusion est donc, que ces sociétés jouissent de la personnification civile en Belgique, surtout si elles ont la qualité de personnes civiles dans le pays où elles ont leur siège. Peut-être même cette dernière condition n'est-elle pas impérieusement exigée. Des associations de ce genre n'ont pas à proprement parler de principal établissement définitif, et sont de leur nature plus ou moins cosmopolites, bien qu'elles aient un siège administratif.

Chapitre II. — *Des sociétés commerciales.*

1303. — La loi belge de 1873 détermine avec assez de précision par quelle loi les sociétés commerciales sont régies, et ses dispositions nous paraissent pouvoir être

(1) Namur. Op. cit., T. III, nº 1425.

approuvées dans leur ensemble. Le siège réel de la société doit être pris en considération avant tout, ainsi que nous l'avons vu plus haut. Cela résulte des art. 128 et 129 combinés. Peu importe que la société soit constituée en pays étranger, elle est régie par la loi belge dès qu'elle a son principal établissement en Belgique. Elle ne sera donc régie par la loi étrangère, que si elle a son principal établissement en pays étranger. Toutefois l'un et l'autre principe ne peuvent s'appliquer évidemment, qu'en ce qui concerne les effets du contrat de société, les droits et obligations qui en dérivent d'après la loi commerciale belge. Ils doivent être mis en harmonie avec les principes généraux du droit international privé, et il est évident que le législateur n'a pas entendu déroger aux règles qui prescrivent l'observation de la loi nationale des parties quant à leur capacité, de la loi du lieu de l'acte, quant à la forme, sous les restrictions qu'il indique, ainsi que le respect de nos lois d'ordre public. Ainsi nos tribunaux ne pourraient considérer comme valable une société contractée entre personnes incapables d'après leur loi nationale, ni une société formée sans écrit qui la constate, lorsque la loi du lieu où elle est constituée prescrit un acte écrit comme condition de la validité du contrat. C'est à la loi du lieu où la société est *constituée* que l'on aura égard, malgré le texte de l'art. 129, pour apprécier si la société est régulière sous ce rapport, et la même loi déterminera si l'écrit est régulier, soit au point de vue de la validité, soit au point de vue de la preuve du contrat, lorsqu'il n'est requis que pour la preuve. « Les formes du contrat » disait M. Pirmez à la Chambre, « sont soumises à la règle *locus regit actum*, mais les » conditions d'existence de la société, son organisation, » doivent appartenir au statut personnel. »

Le savant rapporteur entendait par le statut personnel le statut du pays auquel la société appartient, car il ajoutait immédiatement : « Si l'on peut s'en référer *entièrement* à la loi du lieu où l'acte est passé en ce qui concerne les formalités et la portée des actes, il faut que la société

même soit régie par la loi du pays auquel elle appartient. » Or ce dernier pays est, d'après le rapporteur, dont personne n'a contredit les appréciations, celui où la société a *en fait et en vérité* son principal établissement. De même, ainsi que le fait observer M. Namur[1], si une société qui a son siège en pays étranger, se constituait en Belgique, la loi belge serait prise en considération pour les formes externes de l'acte.

1304. — Il n'est pas même nécessaire, d'après notre législation, qu'une société constituée en pays étranger, et ayant son siège en ce pays, soit publiée en Belgique, pour pouvoir y faire valablement ses opérations et ester en justice. L'art. 63 du projet du Gouvernement prescrivait cette condition, mais la Commission de la Chambre des Représentants l'a écartée. La formalité est, au contraire, exigée dès qu'il s'agit d'une société ayant son siège, ou ayant simplement une succursale en Belgique, lors même qu'elle n'y aurait pas été constituée. Ceci n'est pas une dérogation à la maxime *locus regit actum*, cette maxime, sainement entendue, ne s'étendant pas, d'après la doctrine et la jurisprudence, aux formalités prescrites dans l'intérêt des tiers. On peut seulement se demander s'il n'eût pas été rationnel de l'exiger de toutes sociétés venant faire des opérations en Belgique. Mais cela serait peut-être bien rigoureux.

1305. — En ce qui concerne la validité de la société, au point de vue de l'ordre public, rien n'a été dit dans les discussions, ni dans les rapports. Il nous semble cependant impossible que l'on puisse considérer comme valable, en Belgique, une société formée en pays étranger, en vue d'opérations contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public belge, en vue d'un objet interdit peut-être par nos lois pénales. L'on n'a évidemment pas songé aux conditions de validité de la société à ce point de vue, parce que nos législateurs avaient les yeux fixés sur la loi commerciale, qui ne s'en occupe point, pas plus qu'elle ne

(1) Op. cit., T. II, p. 214.

s'occupe de la capacité des parties contractantes. C'est l'art. 1833 du Code civil, applicable aux sociétés commerciales en l'absence de dérogation, qui dispose que toute société doit avoir un objet licite. Et cet article lui-même n'est que la conséquence des principes généraux. Il nous paraît manifeste que l'art. 128 de la loi belge sur les sociétés n'a pas entendu déroger au principe général, d'après lequel les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, c'est-à-dire tous ceux qui s'y trouvent; et nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence attribuent à ces mots *lois de police et de sûreté* un sens fort large, et y comprennent toutes les lois qui touchent à l'intérêt public, ou à l'ordre public, sauf celles d'ordre public purement national. Nous avons vu que parmi ces lois se trouve entre autres la disposition de l'art. 6, aux termes de laquelle on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. Nous avons, en outre, essayé de démontrer que les lois fondées sur les bonnes mœurs, ou sur l'intérêt politique, lient les Belges, même en pays étranger, que celles qui sont fondées sur des considérations économiques ne concernent que les biens ou les droits soumis à l'empire des lois belges. Nous avons ajouté que, quant aux conventions conclues entre étrangers, et en pays étranger, rien ne permet de les considérer comme nulles, si elles sont licites d'après la loi du lieu où elles ont été faites, et d'après la loi nationale des parties, mais que l'on ne peut faire appel à l'intervention des autorités de notre pays, pour leur donner exécution forcée, en ce qu'elles ont de contraire à notre ordre public. Nous estimons que ces distinctions sont applicables au contrat de société, sauf qu'il faudra tenir compte également du lieu où la société aura son principal établissement ou son siège social réel[1].

(1) Il est vrai que, dans la rigueur des principes, on pourrait contester qu'une société, non investie de la personnification civile, puisse avoir un principal établissement, c'est-à-dire une sorte de domicile. Mais, comme nous l'avons déjà dit, une société qui n'est pas une personne morale, n'est pas pour cela le néant, et lorsqu'elle devient personne morale, celle-ci n'est pas faite de rien. Il y a

1306. — Si nous les appliquons au contrat de société, nous arrivons aux conclusions suivantes. Une société dans laquelle est partie un individu mineur d'après sa loi nationale est nulle ou rescindable partout, au moins vis-à-vis de cet individu. Une société ayant pour objet la mise en commun de choses hors du commerce d'après la loi belge dont elles dépendent, devra être considérée également comme nulle en Belgique, et devrait l'être même en tout pays. Et, par une juste réciprocité, le respect de la compétence rationnelle des nations étrangères nous obligerait de considérer comme nulles les sociétés étrangères ou belges, impliquant la mise en commun de choses hors du commerce d'après la loi étrangère dont elles dépendent par leur situation. Il n'y a pas à se préoccuper en ce cas de la nationalité des parties ou du lieu du contrat. De même, les sociétés constituées en Belgique, ou ayant en Belgique leur principal établissement, celles formées entre Belges, même en pays étrangers, seront nulles dans notre pays, si elles sont contraires aux bonnes mœurs belges, ou à notre intérêt politique; et on devrait les considérer partout comme telles. Quant aux sociétés de cette nature formées entre étrangers en pays étranger, et y ayant leur siège, elles ne seront pas considérées comme nulles dans notre pays, mais nos tribunaux ne pourront prêter leur appui à l'exécution forcée des obligations dérivant d'une pareille société, si ces obligations, considérées en elles-mêmes et indépendamment de leur source, étaient illicites, contraires à nos bonnes mœurs ou à notre droit politique. Mais nous pourrions et devrions les considérer comme nulles, si elles étaient contraires aux bonnes mœurs du pays où elles ont été constituées, ou de celui où elles ont leur siège, ou de celui auquel appartiennent les contractants.

1307. — Il y a des sociétés qui pourront présenter ce

toujours, au préalable, un groupement de personnes physiques, qui ont mis en commun certains intérêts, et peuvent en avoir centralisé la gestion dans une localité déterminée. En ce sens, une société civile même peut parfaitement avoir un principal établissement.

double caractère d'être contraires à ce que nous considérons comme les bonnes mœurs, et contraires à notre intérêt économique. Telles seraient les sociétés formées en vue de la contrebande au détriment de la Belgique. Quel que soit le lieu où elles sont constituées et où elles ont leur siège, quelle que soit la nationalité des parties, elles seront considérées comme nulles dans notre pays. Mais elles sont en même temps contraires aux bonnes mœurs. D'où il suit que, si elles sont conclues entre Belges, elles seront également considérées comme nulles en notre pays, quel que soit leur siège et le lieu de leur constitution, et n'eussent-elles pour objet de faire la contrebande qu'au détriment d'un Etat étranger. Et, en bonne justice, elles devraient être tenues pour telles en tous lieux. Mais que faudrait-il décider si de pareilles sociétés étaient conclues entre étrangers? Elles ne pourront être considérées comme nulles dans notre pays que si elles le sont d'après la loi nationale des parties, d'après la loi du siège réel de la société, ou d'après celle du lieu où elles sont formées. Sinon nos tribunaux pourront bien refuser leur sanction à l'exécution forcée des clauses de cette société qui seraient contraires à nos bonnes mœurs, mais ils ne pourront tenir la société même pour nulle, et méconnaître, par exemple, sa capacité d'ester en justice aux fins de faire consacrer judiciairement ceux de ses effets qui n'ont rien d'illicite en eux-mêmes.

1308. — Il y a des dispositions qui se rattachent dans une certaine mesure à l'ordre public tout en étant protectrices des intérêts de l'individu dans les contrats. Ce sont celles qui ont pour but de garantir la liberté des consentements. Nous citerons entre autres celles d'après lesquelles le dol et la violence énervent, et peuvent faire annuler le consentement extorqué ou surpris. Il nous paraît qu'il y a ici autre chose encore qu'un intérêt privé en cause : il y a un intérêt de moralité publique. Impossible de parler de la soumission volontaire des parties à telle ou telle loi; puisque le consentement est vicié, cette soumission volontaire serait infectée du même vice. S'il y a un intérêt de

moralité publique en cause, de pareilles conventions sont contraires à nos bonnes mœurs, et il serait contraire à nos bonnes mœurs de les considérer comme valables, au moins vis-à-vis du Belge dont le consentement a été surpris ou extorqué, quel que soit le lieu du contrat. Mais si nos bonnes mœurs n'ont été lésées qu'en pays étranger, et entre étrangers, il semble que nos juges excéderaient le cercle d'action légitime de la législation belge, en annulant de pareilles conventions sur le seul fondement de la loi belge. Nos bonnes mœurs n'ont pas été lésées par ces actes accomplis entre étrangers et en pays étranger. Tout au plus le juge belge pourrait-il se refuser à consacrer les obligations naissant d'un contrat de ce genre, à la charge de celui dont le consentement a été vicié. Et nous en doutons fort.

1309. — L'art. 128 de la loi de 1873 sur les sociétés commerciales ne concerne donc pas les principes généraux relatifs à la validité de tous les contrats en général, qu'ils soient ou non reproduits dans les lois relatives aux sociétés, mais les règles spéciales au contrat de société. Et la règle qui résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 129, c'est que les sociétés dont le principal établissement est en Belgique sont régies par la loi belge, et celles dont le principal établissement est en pays étranger, par la loi étrangère, sauf en ce qui concerne la forme pour laquelle on observe la *lex loci actus*, et sauf aussi les restrictions de l'art. 129, si une société étrangère a une succursale ou un siège quelconque d'opérations dans notre pays. La première question qui s'élève ici est celle de savoir si la loi étrangère s'applique à toute société étrangère, même quant à la question de savoir ce qui constitue une société commerciale, et ce qui constitue un acte de commerce. C'est une question très délicate que nous avons examinée et résolue plus haut. Elle n'a pas été résolue *in terminis* par la jurisprudence, mais la tendance de celle-ci semble plutôt être d'admettre que la société étrangère a une espèce de statut personnel, qui la suit complètement dans notre pays. Resterait cependant la question de savoir

à quelles conditions elle a ce statut personnel; or, la loi ne l'accorde qu'aux sociétés anonymes et *aux autres* sociétés commerciales. Il est bien permis peut-être (?) de l'étendre aux sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines et carrières constituées sous une forme commerciale: mais il nous paraît difficile de l'appliquer même à d'autres sociétés civiles étrangères, par cela seul qu'elles seraient des sociétés commerciales d'après la loi du lieu de leur principal établissement. La question est très importante puisqu'il s'agit de savoir quand une société étrangère a la personnification civile en Belgique[1]. Avant qu'il puisse être question du statut personnel d'une société, il faut qu'il soit bien établi que celle-ci a une personnification.

1310. — Il est évident, d'autre part, que les art. 2 et 3 déterminant les différentes espèces de sociétés commerciales ne font pas obstacle à ce que d'autres espèces de sociétés commerciales étrangères soient reconnues dans notre pays, et à ce que des sociétés momentanées ou en participation y jouissent de la personnalité juridique, si elles l'ont d'après la loi du lieu de leur principal établissement. Nous ne pensons pas que la maxime *locus regit actum* reçoive application à cette espèce de formes. Mais les dispositions des art. 3, 4 et 5 nous paraissent absolument dominées par la maxime en question. Il s'agit bien ici de la forme du contrat, tandis que la question de savoir si l'on constitue une société en nom collectif ou en commandite simple, etc... se rattache plutôt à l'espèce de société, au genre de lien obligatoire qui existe entre parties, à la substance de l'acte juridique. Cela peut donner lieu à certaines difficultés, si l'espèce de société constituée en pays étranger est inconnue dans notre pays. Mais cette difficulté peut se représenter à propos d'une autre question

(1) Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 14 janvier 1875 (*B. j.*, 1875, 409) a cependant reconnu la personnification civile à une société d'assurances mutuelles française, bien que le caractère civil de ces sortes de sociétés soit généralement reconnu. et cela par interprétation des termes de la loi du 14 mars 1855 «les sociétés anonymes et autres sociétés commerciales, industrielles et financières». Mais cette décision se justifie, comme nous l'avons vu, par d'autres considérations, et la Cour ne s'est pas occupée de l'interprétation de l'art. 128.

dont la solution n'est cependant pas douteuse. Il semble que la loi du lieu de l'acte ne prescrivant aucune forme particulière en ce cas, aucune ne soit nécessaire. Telle est bien la conséquence de la maxime *locus regit actum*, telle qu'on l'applique notamment dans la matière si importante du mariage.

1311. — Nous avons dit que cette difficulté peut se représenter à propos d'une autre question, et elle s'y présente même avec plus d'acuité. —Les art. 6 à 12 sont relatifs aux formes de publicité, et l'art. 14 n'en dispense que les associations commerciales en participation. Les sociétés constituées et ayant leur siège en pays étranger n'y sont certainement pas sujettes en règle générale (1). Mais nous pensons que les sociétés constituées en Belgique y sont soumises en vertu de la règle *locus regit actum*, lors même qu'elles auraient leur principal établissement en pays étranger ; et l'on doit sans nul doute considérer comme y étant soumises, les sociétés étrangères qui ont en Belgique une succursale ou un siège quelconque d'opérations, même dans le cas où elles auraient été constituées en pays étranger (art. 130, loi belge du 18 mai 1873). Or, ces sociétés, tout en étant incontestablement des sociétés commerciales, peuvent être d'un genre absolument inconnu dans notre pays : certaines sociétés anglaises, par exemple ; ou ne présenter avec nos sociétés en nom collectif, en commandite, anonymes, etc... que d'imparfaites analogies. Elles n'en jouiront pas moins de la personnification civile, du moins si elle leur appartient d'après les lois de leur pays d'origine. Mais faudra-t-il que les actes constitutifs de ces sociétés soient publiés ? Devront-ils l'être en totalité, comme la loi le prescrit quand il s'agit des sociétés anonymes ou en commandite par actions, ou seulement par extrait, comme elle le déclare quand il s'agit de sociétés en nom collectif, etc. ? Il est à observer que la loi n'ordonne la publication que quand il s'agit d'une de ces formes belges de la société commerciale. Le législateur

(1) Plusieurs arrêts se sont prononcés en ce sens dans notre pays, et la question n'est pas douteuse.

n'a vraisemblablement pas songé à cette difficulté, et il eût été sage de régler ce cas spécial par une disposition précise. La loi belge n'en a rien fait. Dans le silence du législateur, et d'après la lettre de la loi, il ne faudrait rien publier du tout. Mais nous croyons qu'il serait plus prudent de faire la publication, soit en entier, soit par extrait, suivant l'analogie plus ou moins grande que présenterait la société étrangère avec telle ou telle de nos formes sociales (1).

1312. — La disposition de l'art. 13, relative à la question de savoir par qui les sociétés sont représentées, ne s'applique qu'aux sociétés dont le principal établissement est en Belgique. Et toutes les questions réglées par les art. 15 à 17 (section II. Des sociétés en nom collectif), art. 18 à 25 (section III. Des sociétés en commandite simple), sont régies par la loi du lieu du principal établissement de la société. Ces articles ne s'appliquent qu'aux sociétés qui ont leur principal établissement en Belgique. Ils ne s'appliquent pas aux sociétés étrangères, lors même qu'elles seraient constituées en Belgique, lors même qu'elles y auraient un siège social statutaire, mais non leur principal établissement. Il en est de même en général des dispositions concernant les sociétés anonymes (art. 26 à 73, section IV), mais sous certaines restrictions. C'est ainsi que les dispositions des art. 30, alinéa 1, 31, 32, et 33, sont évidemment relatives à la forme, et doivent recevoir application à toutes les sociétés constituées en Belgique, lors même qu'elles auraient leur siège social réel en pays étranger. Et les formalités prescrites par l'art. 31, relatives à la publicité du projet de société, s'appliquent même aux sociétés constituées et ayant leur siège en pays étranger, pour peu qu'elles aient en Belgique une succursale ou un siège quelconque d'opérations (art. 130, al. 1).

(1) Il est à observer que, d'après la jurisprudence belge, le fait d'avoir un représentant dans un pays n'équivaut pas à celui d'y avoir une succursale (Cass. Belg., 2 juillet 1891. *B. jud.*, 1891, p. 1089). Nous croyons cette jurisprudence fondée.

L'art. 34, concernant la responsabilité des fondateurs, est dominé évidemment par la loi du lieu du principal établissement. C'est une question de fond et non pas de forme. Comme il s'agit cependant d'une question qui, sous certains rapports, intéresse les tiers, on peut critiquer ce système, en ce qu'il a d'absolu ; mais c'est incontestablement le système de la loi belge. Il a été décidé, en ce sens, que celui qui souscrit un certain nombre d'actions d'une société française, se soumet non-seulement aux obligations expressément définies dans les statuts, mais aussi à tous les devoirs et à toutes les responsabilités édictés par la loi française du 24 juillet 1867, si c'est sous l'empire de cette loi que la société a été constituée (1). Ce n'est donc pas d'après la loi belge que ces obligations doivent être appréciées. « Nous n'avons pas la responsabilité de ces sociétés, » disait M. Pirmez, le rapporteur de la loi belge, « nous ne devons pas la prendre ; ceux qui s'y engagent en contractant avec elles, savent qu'ils ont affaire à une création exotique ; c'est à l'étranger qu'ils doivent réclamer leurs renseignements ou leurs garanties (2). » Peut-être est-ce pousser un peu trop loin l'abdication du souci des intérêts belges, mais la portée de notre législation n'est pas douteuse.

1313. — Les art. 35 à 42 sont relatifs aux actions et à leur transmission. La question de savoir si la règle *locus regit actum* doit recevoir, en pareille matière, une application absolue nous paraît extrêmement délicate. Il est à observer qu'il ne s'agit pas ici des formes dans lesquelles la société peut être constituée, bien que, dans quelques-uns de ces articles, il soit visiblement question des formes. Or, la règle qui découle de la combinaison des art. 128, 129 et 130 de notre loi sur les sociétés est bien : qu'en thèse générale une société commerciale étrangère est régie dans son organisation et son fonctionnement par la loi étrangère, sauf les restrictions de l'art. 130 quant aux sociétés étrangères qui ont en Belgique une

(1) Gand, 20 juillet 1888 et 2 févr. 1889. *Belg. jud.*, 1889, p. 598.
(2) Rapport de M. Pirmez. *Docum. parlement.*, 1865 à 1866, p. 558.

succursale ou un siège d'opérations. M. Pirmez ne réserve l'application de la règle *locus regit actum* qu'en ce qui concerne *les formes du contrat*, c'est-à-dire sans doute *du contrat constitutif de la société*. Et il ajoute que les conditions d'existence de la société, son organisation doivent appartenir au statut personnel; et comme une société n'a point de nationalité dans le sens propre du mot, il faut s'en référer à la loi de son domicile, ou de son principal établissement. C'est, d'après toute l'économie de la loi, comme d'après la docrine, le domicile, ou siège social effectif, le lieu du principal établissement qui fait d'une société une société belge, française, anglaise, etc. Si donc une société est incontestablement anglaise, quoique constituée en Belgique, et si l'on a observé la loi belge en ce qui concerne les formes proprement dites auxquelles la constitution de la société est soumise dans notre pays, elle nous paraît relever de la loi anglaise pour le surplus.

Nous réservons naturellement le cas où les parties contractantes ne seraient point capables d'après leur loi nationale, et celui où l'ordre public absolu serait blessé en Belgique.—C'est la loi du principal établissement qui décidera, s'agissant d'une société anonyme étrangère, si les actions peuvent être divisées en coupures qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action (art. 35, al. 2). Au surplus, cela ne se rattache pas à la forme à proprement parler. Mais nous croyons en outre que c'est elle qui dira si les actions et les coupures doivent porter un numéro d'ordre (art. 35, al. 3). Bien qu'il soit difficile de ne pas envisager cette disposition comme une disposition touchant à la forme, nous la considérons plutôt comme une disposition réglementaire et organique de la société anonyme. Or, d'après tout l'esprit de nos législations, l'organisation de ces créations exotiques nous échappe. L'art. 130 ne renvoie pas même à cette disposition, s'agissant des sociétés étrangères qui ont une succursale en Belgique.

1314.— Les art. 36 et 37 concernent les actions nominatives et leur cession ou transfert, la manière dont le

transfert s'opère et peut être prouvé. Ici nous sommes fort perplexe. Il s'agit évidemment de formes. Mais il s'agit non moins évidemment du fonctionnement de la société, des modalités de son existence. En l'absence de dispositions, telles que celles des art. 128 à 130, et des commentaires dont elles ont été l'objet, nous serions assez tenté d'appliquer la règle *locus regit actum*. Et cependant, même si ces dispositions n'existaient pas, cela nous paraîtrait irrationnel et pratiquement impossible. Les dispositions sur la forme des transferts et sur la preuve de ceux-ci ont un lien étroit avec le mode d'organisation de la société. On peut bien, en vertu du principe que le contrat de société est soumis, quant à la forme de sa constitution, à la loi du lieu où elle est constituée, exiger un acte authentique, ou un acte sous seing privé en plusieurs exemplaires, mais on ne peut pas régler sa vie, l'obliger à avoir un registre des transferts, à y faire telles ou telles indications. Et si on ne peut pas l'y obliger, comment pourrait-on lui imposer l'observation de la loi belge, en tant qu'elle exige pour la validité de la cession d'une action nominative l'inscription de celle-ci sur un registre de ce genre? Ce serait paralyser la faculté de céder l'action nominative en Belgique. De même pour la conversion des titres nominatifs en actions au porteur. Tout cela fait partie de la vie de la société, de son fonctionnement. Il en est encore ainsi, à notre avis, de la forme de l'action au porteur et des indications qu'elle doit contenir, bien que la question soit un peu plus douteuse s'agissant d'une société constituée en Belgique. Il nous paraît que les dispositions de l'art. 38 à cet égard sont indivisibles de celles qui concernent l'organisation de la société, et l'organisation de la société est réglée par la loi du lieu du principal établissement. Nous comprendrions cependant que l'observation de la loi du lieu d'émission des actions, quel que soit le pays où la société est constituée, fût imposée à celle ci, mais cela ne nous paraît pas admissible en présence de notre législation.

1315. — Il en est autrement, en apparence, de la disposition de l'art. 39, aux termes duquel la cession de

l'action au porteur s'opère par la seule tradition du titre. Il semble que toute disposition contraire dût se heurter, s'agissant d'une tradition opérée dans notre pays, contre la règle de l'art. 2279 du Code civil : *en fait de meubles, possession vaut titre*, règle qui, de l'avis général, régit les effets de toute possession mobilière dans notre pays, si bien qu'elle devrait peut-être recevoir application même si la possession résultait d'une tradition opérée en pays étranger. Mais il faut s'entendre. Supposons que, d'après la loi du principal établissement qui régit l'organisation et le fonctionnement de la société, la cession de l'action ne puisse résulter que d'un endossement. Il s'agirait dans ce cas d'une action qui ne serait pas réellement au porteur, d'une forme spéciale de l'action nominative. Or, si l'art. 2279 du Code civil ne fait pas obstacle, à ce qu'une action ne puisse être transmise que moyennant un transfert régulier opéré sur les registres de la société, nous ne voyons pas trop comment il pourrait s'opposer à ce qu'elle ne puisse être transmise que par voie d'endossement. Ce n'est plus dans ce cas une véritable action au porteur.

Quant à la disposition de l'art. 40, èlle ne concerne nullement la forme. C'est une disposition qui limite le droit de cession des actions, et le subordonne entre autres à une condition de temps. Il faut consulter uniquement la loi qui régit la société dans sa substance.

1316.—L'art. 41 donne lieu à des observations particulières. Il prescrit la *publication de la situation du capital social*, au moins une fois par année, *à la suite du bilan*. Et cette publication doit comprendre l'indication des versements effectués, la liste des actionnaires dont les actions ne sont pas entièrement libérées, etc... Il est évident que cette obligation n'existe pas, en vertu de la loi belge, pour les sociétés qui ont leur principal établissement en pays étranger, et qui n'ont en Belgique ni succursale, ni siège d'opérations. Mais nous pensons que l'art. 41 n'est pas même applicable aux sociétés étrangères qui ont une succursale en Belgique. L'art. 130 ne leur déclare applicables que les articles relatifs à la publication des actes

et des bilans, et en outre l'art. 66. Par les *actes*, il entend évidemment les actes constitutifs de la société. Quant aux bilans des sociétés anonymes, ce n'est pas l'art. 41, c'est l'art. 65 qui en prescrit la publication. Et s'agissant d'une disposition exceptionnelle, dérogeant à la règle d'après laquelle les sociétés étrangères sont régies par la loi étrangère, rien n'autorise à étendre cette prescription à la publication des indications accessoires dont il est question dans l'art. 41. Ce ne sont ni des actes ni des bilans. Enfin, lorsque le législateur entend exiger la publicité de certaines autres indications, il le dit en termes exprès; et ce qui le prouve, c'est qu'il prescrit l'application de l'art. 66 à ces sociétés étrangères. Nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir des doutes sérieux sur la solution de cette question.

Mais l'art. 42, relatif à la responsabilité des souscripteurs, et au recours du souscripteur primitif contre son cessionnaire, concerne essentiellement le fond des obligations sociales. En vain objecterait-on que cette disposition intéresse les tiers qui peuvent se rendre acquéreurs d'actions non libérées. Il s'agit bien du fonctionnement de la société étrangère, et le législateur abdique la mission de protéger les intérêts des tiers qui se mettent en rapport « avec cette institution exotique », pour nous servir des paroles de M. Pirmez. Il y aura donc lieu de s'en référer à la loi du principal établissement. Les sociétés étrangères seront donc régies à cet égard par la loi étrangère, lors même qu'elles auraient une succursale en Belgique. L'art. 130 ne fait exception dans ce cas à l'application de la loi du siège social réel, qu'en ce qui concerne la responsabilité du gérant de la succursale.

1317. — Les art. 43 à 58 traitent de l'administration et de la surveillance des sociétés anonymes. Ce sont encore des matières se rattachant en principe au fond même des obligations sociales et des droits sociaux : elles seront donc régies par la loi du siège principal de la société anonyme. Il en sera ainsi notamment des droits des administrateurs, de leur nombre, de leur désignation, du

temps pour lequel ils peuvent être nommés, de leur rééligibilité, du dépôt d'actions comme garantie, et des conséquences du défaut de dépôt, de leurs obligations et de leur responsabilité, soit vis-à-vis des actionnaires, soit vis-à-vis des tiers, de la responsabilité des agents inférieurs, de la responsabilité des commissaires, etc. Toutefois, le principe qui exclut en général toute responsabilité personnelle des administrateurs vis-à-vis des tiers, pour les engagements de la société, sauf infraction aux statuts sociaux, nous paraît, il est vrai, de l'essence même de la société anonyme, mais il en peut être autrement d'après la loi étrangère. Ajoutons que, lorsqu'une société étrangère a une succursale ou un siège quelconque d'opérations en Belgique, la responsabilité des agents qui administrent ces succursales est soumise à la loi belge, qui les assimile à des mandataires ordinaires, lorsqu'il ne s'agit pas d'administrateurs. Si ces agents étaient en même temps des administrateurs, leur responsabilité vis-à-vis des tiers serait régie, nous paraît-il, par les art. 51 et 52.

1318. — Le § 5, art. 59 à 61 traite des assemblées générales. Dans la plupart des cas les assemblées générales se tiendront dans le pays où la société a son principal établissement ou tout au moins *un de ses sièges d'exploitation* ; et, si elle a plusieurs sièges d'exploitation, il faudra même considérer comme lieu du principal établissement celui où la société aura à la fois un siège d'exploitation et son siège administratif. Dans ce cas, il ne peut y avoir aucune difficulté. La loi du lieu où l'assemblée générale est tenue, s'identifie avec celle du principal établissement. Dans les cas exceptionnels où il n'en sera pas ainsi, ce sera cette dernière loi qui devra évidemment être appliquée, quant à la détermination des pouvoirs de ces assemblées, quant à la manière de délibérer et aux majorités nécessaires, quant au droit de convocation et aux réunions légalement imposées, quant à la détermination du lieu. Mais il y a dans les dispositions des art. 59 à 61 certaines prescriptions qui semblent se

rattacher à la forme. Il en est ainsi notamment de l'alinéa 3 de l'art. 60, d'après lequel les convocations pour toute assemblée générale doivent contenir l'ordre du jour, et être faites par des annonces insérées à deux reprises dans certains journaux; de l'alinéa 4, qui prescrit d'adresser des lettres missives aux actionnaires en nom ; de l'alinéa 5, qui se contente de lettres missives recommandées, lorsque toutes les actions sont en nom ; de l'art. 61, alinéa 1er, en tant qu'il règle la signature des procès-verbaux et la forme des expéditions à délivrer aux tiers. Nous ne croyons pas cependant qu'il soit nécessaire d'appliquer ici la règle *locus regit actum*, en supposant que cette règle soit impérative et non facultative. Dès que la société est régulièrement constituée, les conditions de validité des actes qu'elle pose, nous paraissent devoir être appréciées d'après la loi de son principal établissement. Or, les formes des convocations, la signature des procès-verbaux ne concernent au fond que les conditions de validité des délibérations. Il n'en est pas absolument de même des formes des expéditions à délivrer aux tiers. Mais tout d'abord l'article prescrit que les expéditions soient signées par la majorité des administrateurs et des commissaires. Or, il peut arriver qu'une société étrangère n'ait qu'un seul administrateur et pas de commissaire, de sorte que l'article serait inapplicable tel qu'il est formulé. Ensuite cette disposition semble se rattacher au fonctionnement social qui doit, d'après l'esprit de la loi belge, être régi tout entier par la loi du principal établissement, dès que la société est valablement et régulièrement constituée.

1319. — Si l'on admet que la maxime *locus regit actum* est simplement facultative, la question présente peu d'importance. La société, dans ce cas, aura le choix entre les formes prescrites par sa loi nationale, c'est-à-dire par la loi de son siège réel, et celle du lieu où les assemblées se tiennent. Or, dans l'opinion la plus généralement suivie, la règle *locus regit actum* n'a qu'une portée facultative. Et, comme nous l'avons vu, on en donne ordinairement ce

motif, qu'elle aurait été introduite en faveur des parties, pour leur faciliter l'accomplissement des actes juridiques en pays étranger, et non comme une entrave. Mais des auteurs très sérieux, Laurent, par exemple, combattent cette opinion, et font valoir à l'appui de la thèse contraire des raisons dont on ne peut se dissimuler la gravité. La jurisprudence même est loin d'être unanime, notamment lorsqu'il s'agit de formalités exigées non pas seulement pour la preuve, mais pour la validité de l'acte juridique. Telle semblait bien être, en ce qui concerne la question qui nous occupe, l'opinion de M. Pirmez, lorsqu'il disait dans son rapport à la Chambre : les formes du contrat sont SOUMISES à la règle *locus regit actum*. Il semblait bien vouloir dire, qu'elle seule est appelée à régler ces formes. Mais il ne visait probablement que les formes de constitution de la société, car il ajoutait immédiatement après : « *les conditions d'existence* de la société, *son organisation* doivent appartenir au statut personnel ». Il résulte, à notre avis, de ces paroles qu'une fois la société régulièrement constituée, tout son fonctionnement, toute la vie sociale dépendent du statut personnel.

1320. — Le législateur ne paraît pas avoir attaché aux formes des assemblées générales la même importance qu'aux formes de constitution. Nous en trouvons la preuve dans l'observation suivante. Parmi les formes des convocations, il y a des formes de publicité, et ce sont certes les plus importantes, vis-à-vis des détenteurs d'actions au porteur. Or, le législateur, qui s'est montré particulièrement rigoureux, en ce qui concerne les formes de publicité vis-à-vis des sociétés étrangères ayant une succursale en Belgique, ne prescrit cependant que l'observation des articles relatifs à la publication des actes et bilans, c'est-à-dire, dit M. Namur, des art. 9, 10, 11, 12, 68 et 104[1]. Il ne prescrit donc pas l'observation des formes de publi-

(1) Cet auteur se trompe cependant, en ce qui concerne l'art. 68, lequel ne prescrit aucune forme de publicité. A-t-il entendu parler de l'art. 60? Nous pensons que ce serait une erreur. Mais il faut évidemment observer, s'agissant de ces sociétés, l'art. 65.

cité, relatives aux convocations des assemblées générales. Tel est aussi le sens qu'il faut attribuer à l'art. 3 des résolutions votées par l'Institut de droit international à Hambourg : « Les sociétés par actions qui établissent des succursales ou sièges d'opérations, dans un pays étranger, doivent y remplir les formalités de publicité, prescrites par les lois de ce pays. » Il semble même que l'Institut n'ait eu en vue que les formalités prescrites dans l'intérêt des tiers, et seulement celles relatives à la constitution de la société.

1321. — La loi belge n'impose aux sociétés étrangères, même à celles qui ont une succursale dans le pays, ni condition spéciale relativement à l'émission et à la négociation des actions en Belgique, ni même les conditions qui pourraient être imposées, à cet égard, aux sociétés belges. Dans certains pays, la loi exige un minimum de valeur par titre, comme condition du droit d'émission. M. Lyon Caen a fait observer, lors de la discussion du projet de résolutions de l'Institut de droit international à Hambourg, que cette prescription avait sans doute pour but principal de protéger les petites bourses. En Portugal, les émissions et négociations de valeurs étrangères sont soumises aux mêmes conditions que celles de valeurs nationales. Il en est de même en France et en Allemagne. Mais il est possible, comme l'a fait remarquer M. Lyon Caen, qu'il faille se protéger davantage contre les émissions de valeurs étrangères. Aussi a-t-il critiqué, comme trop libérale, la disposition de l'art. 4 du projet de la commission de l'Institut, aux termes de laquelle les émissions et négociations des actions et obligations étrangères sont soumises aux mêmes conditions que celles des actions et obligations nationales. Et, conformément à ces conclusions, l'Institut a émis l'avis : que les conditions légales des émissions et négociations de ces valeurs sont celles qu'exige la loi du pays dans lequel elles ont lieu.

La loi belge ne contient aucune disposition de ce genre. Il est vrai que, dans notre pays, il n'y a pas de minimum fixé quant au montant de l'action ou de l'obli-

gation, pas plus qu'il n'y en a en Angleterre. Peut-être eût-il été sage d'établir un minimum, afin d'éviter ces émissions d'actions d'une valeur très peu considérable, par exemple de 25 francs, qui se produisent fréquemment en Angleterre, et offrent trop d'appât pour les petites bourses. C'est surtout dans les sociétés constituées pour l'exploitation des mines d'or qu'on les voit se produire; et plusieurs de ces entreprises, chanceuses par leur nature même, ont abouti à un lamentable désastre.

1322. — Les art. 62 à 65 concernent les inventaires et bilans. Toutes ces matières sont évidemment régies par la loi du lieu de la situation, et il en est de même des art. 66 et 67 (§ 7) concernant certaines indications à faire dans les actes. Mais il n'en est ainsi d'une manière absolue que s'il s'agit de sociétés étrangères, n'ayant en Belgique ni succursale ni siège quelconque d'opérations. Dans le cas contraire, l'art. 130 prescrit d'observer non-seulement la disposition de l'art. 65 qui ordonne la publication des bilans, mais aussi l'art. 66. Cet article dispose que, dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres pièces émanées des sociétés anonymes, on insère la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement de ces mots écrits lisiblement et en toutes lettres : *société anonyme*. Ces pièces ne doivent pas énoncer le capital social, mais si elles l'énoncent, ce doit être le capital social résultant du dernier bilan. L'art. 130 ne dit mot de l'art. 67; mais ce dernier n'est que la sanction de l'art. 66; et bien que la loi ne le dise pas, il s'étend par la force des choses à toute société anonyme ayant une succursale en Belgique. M. Pirmez l'a reconnu dans son rapport à la Chambre des Représentants : l'infraction à cette obligation (l'obligation imposée par l'art. 130, al. 1) aura les *conséquences ordinaires*. Telle est d'ailleurs l'opinion de M. Namur (1).

1323. — Les art. 68 à 70 contiennent des dispositions de haute importance, non-seulement sur l'émission des

(1) Op. cit., nº 1374.

obligations, comme l'énonce un intitulé trop limitatif, mais sur les droits des obligataires en cas de faillite, et même pendant la durée de la société. L'art. 68 subordonne l'émission des obligations à trois conditions, qui nous paraissent bien se rattacher à l'ordre public, sinon à des considérations d'ordre public moral, tout au moins à des considérations d'ordre public économique. C'est ainsi que les sociétés anonymes ne peuvent émettre d'obligations remboursables par tirage au sort, à *un taux supérieur au prix d'émission*, qu'à la condition de rapporter 3% d'intérêt au moins, que toutes soient remboursables par *la même somme*, et que le montant de l'annuité comprenant l'amortissement et les intérêts soit *le même* pendant toute la durée de l'emprunt.

Les deux premières conditions sont dictées évidemment, comme on l'a du reste formellement déclaré, par le désir d'écarter la création de véritables loteries. La troisième a pour but d'éviter les déceptions qui pourraient être produites par des remboursements exagérés pendant les premières années de la vie sociale. Le 2e alinéa de l'art. 68 interdit d'émettre des obligations de cette nature avant la constitution de la société, et le 3e d'en émettre pour une somme supérieure au capital social. Ces dispositions sages et préservatrices auraient dû être étendues à toutes les émissions d'obligations faites en Belgique, la première de ces dispositions tout au moins. Il s'agit d'empêcher des espèces de loteries, disait M. Pirmez, de protéger le public contre cette espèce d'appât, jeté à la dangereuse passion des gains purement aléatoires. Voilà le but, et s'il en est ainsi, rien ne serait plus légitime que d'étendre la prohibition à toute émission d'obligations de ce genre, faite sur le sol national. Mais les textes combinés des art. 128 à 130 de la loi belge ne permettent point cette extension d'une manière indéfinie. Et sous l'empire d'une législation moins large, et moins précise que la nôtre, la jurisprudence française et la plupart des auteurs ont admis que les art. 13 et 14 de la loi française de 1867 sur les sociétés, qui contiennent cependant des dispositions

pénales sur les sociétés, ne peuvent être étendus aux sociétés étrangères. Ces dispositions exigent que le capital de la société anonyme soit entièrement souscrit, que le taux de leurs actions ne soit pas inférieur à 100 ou à 500 francs, et enfin que ces dernières soient libérées du quart (1).

Nous croyons cependant devoir faire une exception pour ce qui concerne les émissions d'obligations remboursables par la voie du sort avec primes. La loi du 31 décembre 1851, sur les loteries, ne permettait des opérations de ce genre qu'à la condition qu'elles fussent autorisées par le gouvernement. Elles étaient considérées comme de véritables loteries. L'art. 68 autorise les sociétés anonymes à émettre des obligations remboursables par voie de tirage au sort, sous les conditions qu'il détermine, sans exiger que, dans ce cas, elles soient autorisées par le gouvernement. Des émissions d'obligations en dehors de ces conditions et non autorisées constituent des délits. L'ordre public absolu est donc directement intéressé, et il ne nous paraît pas admissible qu'une société étrangère puisse faire sur le sol belge des émissions de ce genre, alors qu'elles sont interdites aux sociétés belges. Dès lors, si rien ne s'oppose à ce que ces émissions aient lieu dans le pays du principal établissement de la société étrangère, pourvu qu'elles y soient autorisées, il est impossible d'admettre qu'elles puissent avoir lieu sur le sol belge. Elles tomberaient sous l'application des art. 301 et ss. du Code pénal.

Les dispositions des art. 69 et 70 relatives à la détermination des droits de ces sortes d'obligataires en cas de faillite de la société, et au droit de contrôle attribué à tous les obligataires en général, pendant toute la durée de la vie sociale, ne présentent certainement pas, au même degré, le caractère de dispositions d'ordre économique. Il est indubitable que la loi du lieu du principal établissement devra recevoir ici application. N'est-ce pas, du

(1) Weiss. Op. cit., 2e édit., p. 726, note. — Vincent et Pénaud. Op. cit., vo *société*, nos 74 à 76, et les nombreuses autorités et décisions qu'ils citent.

reste, en général, cette loi qui régit la faillite de la société? N'est-ce pas au lieu du principal établissement que la faillite peut être déclarée? Il en est de même quant aux art. 71 à 73 (§ 9), relatifs à la durée et à la dissolution des sociétés anonymes.

1324. — La société en commandite par actions diffère, comme on le sait, de la société anonyme, en ce qu'elle comporte, outre les actionnaires engagés à concurrence de leur mise, un ou plusieurs associés indéfiniment responsables, et solidaires s'ils sont plusieurs. Dans ce dernier cas, la société est en nom collectif entre ceux-ci. Sauf les modifications peu nombreuses résultant de ces circonstances, et déterminées par les art. 74, 75 et 77 à 86, toutes les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux commandites par actions. Il en est ainsi notamment des formes de publicité. Mais l'art. 66, alinéa 1er, est remplacé, en ce qui concerne les commandites par actions, par l'art. 83, aux termes duquel on doit trouver, si la société prend une dénomination particulière, dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres pièces, la dénomination sociale précédée ou suivie des mots : *commandite par actions*. Pour le surplus, les art. 66 et 67 restent applicables, c'est-à-dire que si le capital est indiqué, ce doit être le capital constaté lors du dernier bilan. Mais nous ne croyons pas que les sociétés étrangères en commandite par actions, ayant une succursale en Belgique, soient assujetties à l'observation de ces formalités. Cela nous paraît manifeste, en ce qui concerne la formalité de l'art. 83, cet article n'étant pas visé dans l'art. 130. Et nous pensons qu'il en est de même, en ce qui concerne l'obligation résultant de l'art. 60, alinéa 2. Car cet article ne s'applique par lui-même qu'aux sociétés anonymes, et s'il est étendu aux commandites par actions, c'est par une autre disposition à laquelle l'art. 130 ne renvoie point. Peut-être est-ce une simple inadvertance du législateur; mais il faut cependant reconnaître que la question ne présente pas la même importance pour les sociétés en commandite par actions, où il y a toujours un

ou des associés indéfiniment responsables. Et il n'appartient pas, en tout cas, à l'interprète de combler cette lacune de la loi.

1325. — La section VI traite, sous les art. 85 à 107, des sociétés coopératives. La qualification spéciale donnée à ces sociétés s'explique, comme on le sait, par ce fait, qu'elles doivent leur origine au mouvement coopératif qui s'est produit dans les populations ouvrières de certains pays; et c'est particulièrement en vue des sociétés de consommation, de production et de crédit, issues de ce mouvement, que la section VI a été ajoutée à notre loi nouvelle. La société coopérative a, d'après nos lois, la personnification civile, mais il faut que, comme les autres sociétés commerciales, elle ait pour objet des actes de commerce. La loi ne limitant pas autrement son objet, il en résulte que toute société commerciale peut être constituée sous cette forme. Les caractères distintifs de la société coopérative sont, aux termes de l'art. 85, que le nombre et les apports des associés sont variables, bien qu'elle doive se composer de sept personnes au moins, et que les parts sont incessibles aux tiers. Lors même qu'une société commerciale étrangère ne représenterait pas ces caractères, rien ne s'opposerait, sans doute, à ce qu'elle soit considérée comme une personne civile en Belgique, lors même qu'elle porterait le nom de société coopérative dans la loi qui la régit, et qu'elle ne constituerait en rien une société coopérative d'après nos lois, pourvu qu'elle ait pour objet de faire le commerce. L'art. 128 est général. Il suffira qu'elle ait la personnification civile d'après la loi de son principal établissement. Inutile de dire que, si elle est néanmoins constituée en Belgique, elle sera régie par la loi belge quant à la forme de l'acte constitutif, et que si cette société étrangère a une succursale ou un siège d'opérations quelconque en Belgique, elle est soumise également à nos lois quant à la publication des bilans (art. 104), quel que soit le lieu de sa constitution, de même que la responsabilité de ses gérants sera, dans ce cas, appréciée d'après nos lois. Sauf ces restrictions, les

sociétés coopératives seront régies par la loi du lieu de leur principal établissement. Mais il importe d'examiner d'un peu plus près les conséquences qui en résultent quant aux diverses dispositions qui règlent cette matière en Belgique.

1326. — On doit évidemment envisager comme concernant des conditions de fond et non de forme les dispositions de l'art. 86. Mais, s'il est impossible de considérer comme une société coopérative, au regard de notre législation, une société commerciale étrangère qui ne répondrait pas à la définition de l'art. 85, celle qui y répond n'en serait pas moins une société coopérative, lors même que la législation étrangère n'exigerait pas toutes les conditions de fond, et n'en ferait pas jaillir tous les effets déterminés par l'art. 86, et c'est la loi étrangère qui recevrait application en ce qui concerne cette question. Il n'y a d'exception que pour la responsabilité des gérants d'une succursale établie en Belgique, responsabilité qui serait réglée par la loi belge. Mais si cette société coopérative étrangère, répondant ainsi à la définition de l'art. 85, était constituée en Belgique, l'acte constitutif devrait être passé dans la forme prescrite par l'art. 4, lequel est commun aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite simple et aux sociétés coopératives. Il y a plus de difficulté en ce qui concerne les dispositions des art. 87 et 88, qui indiquent les mentions nombreuses que l'acte constitutif doit contenir, à peine de nullité, en ce qui touche les prescriptions de l'art. 87. Il semble au premier abord que les prescriptions de ce dernier article touchent jusqu'à un certain point au fond, la première surtout en tant qu'elle exige la mention de la dénomination de la société. Si nos lois impliquent que la société coopérative soit qualifiée par une dénomination particulière, ne peut-il pas en être autrement d'après telle ou telle législation étrangère? Nous ne croyons pas que cela soit possible; il faudra toujours, si elle a la personnification civile, qu'elle se présente au public sous une dénomination quelconque. Nous tenons les prescriptions de l'art. 87 pour relatives à la

forme. Il est impossible d'isoler la disposition qui prescrit la constatation de la société par écrit, de celle qui indique avec précision ce que l'acte écrit doit contenir. C'est le complément nécessaire de l'art. 4. Si d'autre part la société étrangère ne présente ni les caractères de la société coopérative d'après l'art. 85, ni ceux d'aucune autre espèce de société commerciale prévue par la loi belge, il est évident qu'elle échappera aux formes prescrites par cette loi. — La question ne présente que peu d'importance, quant aux mentions prescrites par l'art. 88. Il résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 89, que s'il n'est pas satisfait au prescrit de l'art. 88, on s'en réfèrera simplement à la loi, relativement aux points non réglés dans l'acte constitutif, sans que la nullité de l'acte en soit la conséquence. A quelle loi ? — Il y a lieu sans nul doute d'appliquer la loi qui régit la société dans son ensemble, celle du principal établissement.

1327. — L'art. 90, concernant certaines obligations de forme imposées aux sociétés coopératives pendant leur fonctionnement, ne semble pouvoir s'appliquer qu'aux sociétés dont le siège administratif est en Belgique, mais il devrait logiquement s'appliquer à elles, alors même que leur principal établissement serait en pays étranger. Toutefois, comme nous l'avons fait remarquer en parlant des sociétés anonymes, il est naturel que, dès qu'une société étrangère est régulièrement formée, tout ce qui concerne son fonctionnement soit réglé par sa loi nationale, c'est-à-dire par la loi de son principal établissement, plutôt que par celle de son siège administratif. Il en est de même, à notre avis, des formes d'admission, de démission et d'exclusion (art. 91, 93 à 95). Quant aux art. 92, 96 à 98 et 100, ils se rattachent manifestement au droit matériel. — Il semblerait également logique que la forme des titres (actions ou obligations) dût être réglée par la loi du siège administratif, plutôt que par celle du principal établissement, lorsqu'ils ne s'identifient pas, car c'est le lieu de l'émission. Mais tel ne paraît pas être le système du législateur belge. Dans ce système, une seule et même loi, la loi du

principal établissement règle, comme nous croyons l'avoir démontré, tout le fonctionnement de la société, sauf les exceptions assez rares que cette loi admet.

1328. — Le § 3 traite des mesures dans l'intérêt des tiers (art. 101 à 107). Il paraîtrait assez rationnel que la loi du pays où la société fonctionne fût compétente à cet égard, aussi bien que la loi du principal établissement. Tel n'est cependant pas l'esprit de notre législation. Le principe est que les conditions d'existence de la société, son organisation appartiennent au statut personnel de la société. Cela résulte de la combinaison des art. 128 et 129. On s'en réfère au statut personnel, c'est-à-dire à la loi du principal établissement « quant aux conditions d'existence de la société, quant à son organisation », ainsi que le disait M. Pirmez. « Nous n'avons pas » ajoutait-il, « la responsabilité de ces sociétés, nous ne devons pas la prendre; ceux qui s'y engagent, en contractant avec elles, savent qu'ils ont affaire à une création exotique; c'est à l'étranger qu'ils doivent réclamer leurs renseignements et leurs garanties. » D'où il suit qu'il y a une première catégorie de sociétés étrangères, qui échappent aux obligations prescrites dans l'intérêt des tiers, ce sont celles qui sont constituées et ont leur siège uniquement en pays étranger. Elles sont entièrement soumises à la loi étrangère, *et quant au fond, et quant à la forme.* Nous n'avons fait d'exception qu'en ce qui concerne l'ordre public. Cela est vrai des sociétés coopératives, comme des autres sociétés commerciales, et des dispositions établies dans l'intérêt des tiers, comme de celles qui sont établies dans l'intérêt des parties elles-mêmes. *Notre loi sur les sociétés ne les concerne pas.*

Tout cela n'est cependant exact *en théorie* pour les sociétés qui sont constituées en Belgique, que pour autant qu'il ne s'agisse pas de la forme des actes, et ne reçoit application, même en ce qui concerne les sociétés ayant une succursale en Belgique, tout en ayant leur siège en pays étranger, que s'il ne s'agit pas de certaines formes de publicité des actes et bilans, ou de

l'art. 66, relatif à certaines indications que les actes doivent contenir. Cela étant, l'art. 101, prescrivant l'inventaire annuel et la formation d'un fonds de réserve, ne s'applique qu'aux sociétés belges. Les art. 102 et 103 devraient s'appliquer à toute société coopérative ayant une succursale ou un siège d'opérations en Belgique, par la même raison que les art. 66 et 67 s'appliquent aux sociétés anonymes qui se trouvent dans cette situation. Le législateur n'en dit rien, par l'effet d'une inadvertance sans doute, mais d'une inadvertance que le juge n'a pas le pouvoir de réparer. Quant aux art. 104 et 107, ils devraient s'appliquer, en saine raison, à toute société ayant son siège administratif, ou une succursale en Belgique, alors même que son principal établissement serait en pays étranger. Mais le législateur n'en dit rien, sauf pour l'art. 104, qui concerne la publication des bilans. Toutes ces opérations ont cependant pour but de donner aux tiers connaissance de la situation de la société, et des pouvoirs de ceux qui les administrent. Une petite difficulté peut, il est vrai, se présenter. Il est possible que la loi du principal établissement ne prescrive ni bilan, ni inventaire annuel. Nous croyons cependant que les sociétés étrangères seront obligées de faire des bilans, si elles ont une succursale ou un siège d'opérations en Belgique. L'obligation de les publier emporte celle de les faire. Et, bien que la loi ne le dise pas en termes exprès, nous croyons que le bilan devra être accompagné du compte de profits et pertes, qui n'est, en somme, que l'accessoire et le complément du bilan, et qui doit être publié en même temps.

1329. — Les associations momentanées ou en participation sont absolument régies par la loi du principal établissement. Nos lois ne prescrivent ici aucune forme spéciale. Toutefois, si des associations de ce genre avaient leur siège réel en pays étranger, tout en ayant été constituées en Belgique, et si la loi étrangère prescrivait certaines formes particulières, ces formes ne pourraient être exigées en thèse générale, s'agissant d'un contrat formé en Belgique. La maxime *locus regit actum* s'y opposerait.

Elle entraîne, d'après l'opinion générale, l'application de la loi du lieu de l'acte, non-seulement quand elle est positive, quand elle prescrit des formes, mais quand elle est négative, quand elle n'en impose aucune.

L'association momentanée, qui n'était point spécialement prévue dans le Code de commerce, résulte du seul fait que plusieurs personnes ont traité conjointement une ou plusieurs affaires commerciales déterminées sans raison sociale. Elles n'ont pas la personnification civile d'après nos lois, et il n'y a pas association momentanée, il y aurait société en nom collectif si elles avaient traité sous une raison sociale. Tous ceux qui traitent conjointement sont tenus solidairement vis-à-vis des tiers. Il s'agit d'une association de personnes et non d'une simple association de capitaux, et elle n'est point formée en vue d'une succession indéfinie d'affaires. Il nous paraît indubitable que si une association de ce genre a son principal établissement en pays étranger, c'est la loi étrangère, celle du principal établissement qui règle ses effets. Mais une société de ce genre peut-elle avoir un *établissement?* Son caractère d'association momentanée semble protester contre cette supposition. Toutefois si elle n'a pas d'établissement durable, elle n'en a pas moins un établissement momentané, et cet établissement nous paraît être dans le pays où doit s'accomplir l'opération commerciale en vue de laquelle elle est formée, lors même que le contrat se serait formé dans un autre pays; c'est le lieu où doivent être exécutées les obligations contractées par ces associés temporaires. C'est donc d'après la loi de ce pays qu'il faudra résoudre la question de savoir si les associés sont solidaires ou s'ils ne le sont pas.

1330. — L'association en participation est de sa nature essentiellement occulte, et rien ne s'oppose à ce qu'elle ait pour objet une succession indéfinie d'affaires (art. 109). Les tiers ne connaissent que le gérant ou les gérants, et s'il y a plusieurs gérants, ils sont solidairement responsables. Mais ils n'ont aucune action contre les associés qui ne prennent point part à la gestion, et ceux-ci n'en ont

aucune contre eux, si ce n'est en vertu de l'art. 1166. Tels sont en quelques mots les caractères principaux de cette association dans notre droit. Mais ici encore il faut s'attacher à la loi du principal établissement, c'est-à-dire à celle du lieu où la société a son centre d'opérations. A la vérité, le texte de l'art. 128 ne parle que des *sociétés*, et notre loi de 1873 ne reconnaît pas à ces associations le caractère de sociétés véritables : elle les qualifie d'associations. On pourrait en conclure que la loi étrangère ne régit jamais les effets d'une pareille association, au moins vis-à-vis des tiers. Cette conclusion nous paraîtrait cependant excessive. L'esprit de notre législation nous paraît être de s'en référer à la loi étrangère, quant aux effets de toute association commerciale dont le principal établissement est en pays étranger. Et, bien que ces associations n'aient d'après nos lois aucune personnalité juridique, elles n'en ont pas moins par le fait un principal établissement.

1331. — La section VIII, art. 111 à 121, règle la liquidation des sociétés commerciales. Le mode de liquidation, la désignation des liquidateurs et leurs pouvoirs, leur responsabilité et leurs obligations, tout cela nous paraît indubitablement du ressort de la loi du principal établissement. Mais il y a cependant certains points qui peuvent laisser des doutes. Lorsqu'une société étrangère, c'est-à-dire une société dont le principal établissement est en pays étranger, a une succursale ou un siège d'opérations quelconque en Belgique, les articles relatifs à la publication des actes et bilans doivent y être observés. Or, l'art. 120 prescrit la publication du bilan annuel des sociétés anonymes, *même pendant la liquidation*, et l'art. 121 prescrit en outre la publication de l'acte par lequel la liquidation est déclarée close, le tout conformément à l'art. 10. Il y aura donc lieu d'appliquer la loi belge à cet égard dans le cas préindiqué. En faut-il décider de même en ce qui concerne la disposition de l'art. 111, al. 2, aux termes duquel toutes les pièces émanées d'une société dissoute doivent mentionner qu'elle est en liquida-

tion? Il serait sans doute fort utile de l'exiger, et les sociétés étrangères qui ont une succursale en Belgique agiront prudemment en observant cette formalité, mais, en droit strict, la question est des plus douteuses. Est-ce bien là une formalité de publicité dans le sens strict du mot? Ces actes et la mention en question ne s'adressent pas au public en général, mais seulement aux personnes qui sont en relations d'affaire avec la société. D'autre part, l'ensemble de ces personnes est précisément le public qui a intérêt à savoir que la société est en liquidation, et il faut reconnaître qu'il n'y a guères de moyen plus efficace de lui en donner connaissance.

1332. — Enfin, s'agissant toujours de sociétés ayant une succursale ou un siège d'opérations en Belgique, l'art. 130 dispose que les personnes préposées à la gestion de l'établissement belge sont soumises à la même responsabilité envers les tiers que si elles géraient une société belge. Il en résulte que, lorsque de pareilles sociétés sont en liquidation, la loi belge devra recevoir application en ce qui concerne la responsabilité vis-à-vis des tiers des personnes qui seraient spécialement chargées de liquider les affaires de la succursale belge. Il n'y a aucun motif, nous paraît-il, de distinguer. Les raisons de décider sont les mêmes et le texte est général. Mais s'il s'agissait d'une société absolument étrangère, la responsabilité des liquidateurs serait exclusivement régie par la loi étrangère. Quant à l'art. 111, al. 1, le principe qu'il établit, et aux termes duquel les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, censées exister encore pour la liquidation, semble commandé par l'intérêt du commerce et par celui de l'ensemble des associés. Et il résulte de ce principe, entre autres conséquences : que la société peut encore ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, sans que tous les associés doivent intervenir, que la purge en cas d'hypothèques se poursuit contre la société, de même que la saisie immobilière doit être poursuivie contre elle, qu'il n'y a lieu ni à apposition de scellés lors de la dissolution, sauf le cas de faillite, ni à l'obser-

vation des formes du partage judiciaire. Mais c'est d'après la loi du principal établissement, cette espèce de loi nationale des sociétés, que ces questions devront être résolues, selon nous. En vain soutiendrait-on qu'elles touchent à la procédure. Leur solution dépend essentiellement de la question de savoir si la société constitue encore une personne civile, même après sa dissolution.

1333. — Il en est de même en général des dispositions de la section IX (des actions et des prescriptions, art. 122 à 127). Ces dispositions sont bien, dans une certaine mesure, relatives à la procédure, mais elles ont cependant leur point de départ dans les règles qui régissent les effets du contrat de société quant au fond. Pour la prescription spéciale de cinq ans établie en cette matière, il n'y a aucun doute. Les dispositions relatives à la prescription se rattachent essentiellement au droit matériel, qui est tout entier dans la domaine de la loi du principal établissement. Quant à la prescription des actions contre la société, l'art. 26 s'en rapporte aux règles qui régissent la prescription des actions contre les particuliers. Il est assez invraisemblable que quelque loi étrangère en dispose autrement, et nous n'en connaissons pas qui établisse des délais particuliers pour la prescription des actions contre les sociétés. Mais s'il en était ainsi cette loi devrait-elle recevoir application en Belgique? Nous opinons pour l'affirmative en présence de la généralité des principes admis au moins implicitement par nos lois. Il en est de même, à notre avis, des art. 123 à 125 qui touchent essentiellement au régime des sociétés dans notre pays, bien qu'ils soient en apparence relatifs à la procédure. Il y a plus de doute en ce qui concerne l'art. 122, aux termes duquel aucun jugement à raison d'engagements de la société portant condamnation personnelle des associés en nom collectif ou en commandite simple, et des gérants de commandite par actions, ne peut être rendu avant qu'il y ait condamnation contre la société. On peut dire qu'il a toute l'apparence d'une règle de procédure; il établit une fin de non recevoir, et c'est

une fin de non recevoir non basée sur le fond du droit. Elle ne tend qu'à déterminer l'ordre des poursuites, elle ne ferme pas définitivement la voie à celles-ci. Mais elle est fondée en réalité sur ce que les associés et gérants ne sont dans l'espèce que des cautions, sur ce que le débiteur principal est la société, c'est-à-dire sur le droit matériel. Et nous croyons en conséquence qu'il y a lieu ici encore d'appliquer la loi du principal établissement.

1334. — Nous avons parlé des art. 128 à 130 et nous n'y revenons pas. Mais que faut-il penser des dispositions pénales contenues dans la section XI, art. 131 à 135? En thèse générale, les lois pénales obligent tous les habitants du territoire, et non pas seulement tous les habitants, mais toutes les personnes *qui s'y trouvent*. Elles obligent les nationaux même en pays étranger. Il semble au premier abord qu'il faille en conclure que tous ceux qui, sur le sol belge, et tous les Belges qui même sur le sol étranger accomplissent les actes prévus par les art. 131 à 134, se rendent coupables des délits prévus par ces articles et puissent être poursuivis sur notre sol. Et cependant la jurisprudence a décidé « qu'on ne peut poursuivre correctionnellement les administrateurs d'une société anglaise en France, pour avoir émis et négocié en France des actions de 250 francs seulement, et sans versement du quart du capital (1) », ni « les administrateurs d'une société anglaise à responsabilité limitée, qui avaient laissé opérer des distributions de dividendes non réellement acquis (2) ». Mais par contre la jurisprudence a fini par reconnaître, d'accord avec la doctrine, que la disposition de l'art. 15 de la loi française de 1867, qui punit des peines de l'art. 405 du Code pénal ceux qui par publications fausses, faites de mauvaise foi, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements, s'applique aussi bien aux agents des sociétés étrangères qu'à ceux des sociétés françaises, que c'est là une disposition générale ne comportant aucune distinction entre elles, et que, s'il importe de protéger les

(1) Trib. de la Seine, 20 juin 1883. — Loi du 21 juin 1883.
(2) Paris, 22 février 1866. *Gaz. des Trib.*, 9 mars 1866.

capitalistes contre les exploitations dont ils sont si souvent victimes, cette protection est surtout nécessaire, lorsque la fraude a pour but de faire passer à l'étranger les ressources de l'épargne française (1). Ces considérations utilitaires ont leur importance, mais elles ne suffisent pas à la solution du problême. Elles conduiraient à l'application des lois pénales françaises aux sociétés étrangères, même en ce qui concerne l'insuffisance du versement, ou du capital de l'action. C'est dans des motifs d'un autre ordre que la solution du problême doit être cherchée.

1335. — Il y a des sanctions pénales qui ne sont destinées qu'à assurer l'observation des dispositions établissant le régime sous lequel la société peut être organisée, et peut fonctionner, et ce dans l'intérêt des sociétaires ou dans l'intérêt même du public, sans que ces dispositions touchent à un intérêt de moralité publique. Telles sont incontestablement les dispositions aux termes desquelles un certain versement doit avoir été opéré sur les actions, et d'après lesquelles l'action doit représenter une certaine somme *minima*, de même celles qui défendent aux administrateurs, commissaires, etc., de racheter des actions ou parts sociales, de faire des prêts ou avances au moyen de fonds sociaux sur des actions ou parts d'intérêts de la société. Si de pareils faits sont autorisés par la loi du principal établissement de la société, à quel titre pourrait-on les considérer comme délictueux? Nos lois pénales ne peuvent être considérées comme visant de pareils faits, que pour autant qu'ils soient défendus par la loi sous le régime de laquelle la société existe, parce qu'ils ne sont point empreints d'une immoralité intrinsèque, absolue. Mais s'il s'agit au contraire de faits réprimés à raison de leur immoralité intrinsèque, par exemple de ceux visés par les art. 131, 132, 133 et 134 *in fine* de la loi sur les sociétés, faits dont la criminalité est évidemment indépendante du régime particulier auquel la société est soumise, tous ceux qui les auront commis en Belgique,

(1) V. surtout Cass., 16 août 1873. *Gaz. des Trib.*, 30 août 1873. — Pont. N° 1880. — Bédarride. N° 267. — Vincent et Pénaud. V° *Sociétés*.

et les Belges qui les auront commis même en pays étranger, pourront tomber sous l'application de nos lois. Quelques-uns de ces faits sont même assimilés à l'escroquerie, tous impliquent la fraude. La considération du régime sous lequel la société s'est établie est indifférente.

Les faits prévus par les autres alinéas de l'art. 134 ne constitueront pas, à notre avis, des infractions à la loi pénale en Belgique, s'ils sont autorisés par la loi qui régit le fonctionnement de la société étrangère. Il est possible que la loi étrangère autorise le rachat par les administrateurs d'actions ou de parts sociales, autrement qu'au moyen d'un prélèvement net sur les bénéfices réels. Or, un fait de ce genre ne nous paraît pas empreint d'une immoralité intrinsèque, pas plus que celui de faire des prêts ou avances, au moyen des fonds sociaux, sur les actions ou parts d'intérêts de la société. Ces faits sont simplement contraires aux règles qui régissent les sociétés belges. Mais s'ils étaient interdits par la loi qui régit la société étrangère, même sans aucune sanction pénale, ils tomberaient sous l'application de la loi pénale belge dès qu'ils sont commis en Belgique. Dans le fait d'effectuer aux frais de la société des versements sur les actions, ou d'admettre comme faits des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites, nous apercevons au contraire une tromperie, dont la criminalité ne peut être subordonnée à la loi sous le régime de laquelle la société est placée. Toutes ces questions sont cependant extrêmement délicates, et dans l'art. 133 lui-même on pourrait peut-être faire une distinction entre les répartitions faites sans inventaire, et celles faites sur un inventaire frauduleux.

1336. — L'art. 135 est relatif à la preuve des imputations dirigées contre les gérants, administrateurs, commissaires, etc., à raison de faits relatifs à leurs fonctions. Il se réfère, à cet égard, aux art. 6, 7 et 8 du décret du 20 juillet 1831 sur la presse. Contrairement à ce que nous avons admis quant à la preuve des contrats, des règles de ce genre, s'agissant de faits délictueux ou au moins quasi-

délictueux se rattachent à la *lex fori*. L'individu poursuivi devant les tribunaux belges, du chef d'imputations relatives à des faits illicites, doit pouvoir se défendre par les moyens que cette loi admet. Les gérants, administrateurs ou commissaires sont, à ce point de vue, assimilés par notre loi, dans une certaine mesure, aux fonctionnaires publics, mais seulement lorsqu'il s'agit de faits relatifs à leur gestion ou à la surveillance.

1337. — La prescription de l'action en responsabilité contre les gérants, administrateurs, etc., donne lieu dans notre droit intérieur à une question assez délicate, lorsque le fait dommageable constitue un délit. L'action civile naissant d'une infraction se prescrit comme l'action publique, c'est-à-dire par dix ans, trois ans ou six mois, à moins que la prescription n'ait été interrompue, suivant qu'il s'agit de crimes, délits ou contraventions(1). Cette prescription est évidemment d'ordre public. Or il se peut parfaitement que l'action intentée contre un administrateur ait pour base un délit. Appliquera-t-on la prescription de cinq ans ou celle de trois ans? A notre avis, la réponse n'est pas douteuse. La prescription de l'action civile naissant d'un délit est essentiellement d'ordre public, et rien n'indique que le législateur ait entendu déroger aux principes généraux en cette matière. M. Pirmez s'en est du reste expliqué en ce sens dans son rapport à la Chambre. Mais pourra-t-on opposer cette courte prescription à une action de ce genre lorsqu'il s'agit d'une société étrangère? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement, pour peu qu'il s'agisse d'un délit donnant ouverture à l'action publique en Belgique. Mais, s'il s'agissait d'un délit tombant uniquement sous l'application de la loi étrangère, il faudrait se conformer à la loi du principal établissement.

1338. — Il nous reste à dire quelques mots de la disposition de l'art. 136, modifiée dans une certaine mesure, ou plutôt complétée, par la loi du 22 mai 1886.

(1) Art. 21 et ss , loi du 17 avril 1878.

Dans son alinéa premier, cet article accorde une espèce de privilège aux sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières. Elles peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes des sociétés commerciales, en se soumettant aux dispositions du titre : *Des sociétés commerciales*. Il n'en résulte pas que d'autres sociétés civiles ne puissent également emprunter la forme commerciale, et cela sans perdre leur caractère civil. Et à cet égard, l'article est imparfaitement rédigé. Ce que le législateur a voulu dire, c'est que ces sociétés pouvaient revêtir la forme de sociétés commerciales avec le privilège y attaché, celui de constituer des personnes civiles. Cela résulte très clairement des rapports et discussions, mais il est regrettable que le texte ne soit pas plus explicite. Que faut-il penser des sociétés étrangères ayant pareil objet? Nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet, dans la première partie du présent ouvrage (pp. 172 et ss.), et nous croyons inutile d'y revenir. La question n'est cependant pas sans difficulté pour les sociétés minières. Mais quant aux sociétés ayant pour objet l'achat et la revente d'immeubles, le doute ne nous paraît pas possible. Ces sociétés étrangères pourront certainement se constituer sous la forme anonyme, mais elles n'auront pas, pour cela, la personnification civile.

1339. — L'art. 137 de la loi de 1872 abroge le titre III du livre I^er^ du Code de commerce, et l'une des conséquences de cette abrogation est la suppression de l'arbitrage forcé. Il n'est pas douteux qu'en cette matière encore l'application de la loi du siège social véritable s'impose. Cela est d'autant plus certain que l'arbitrage volontaire est maintenu, et que les parties peuvent par conséquent se placer sous le régime d'une loi qui leur impose l'arbitrage. Ne peut-on pas dire qu'elles se soumettent à la loi du principal établissement à cet égard, par cela seul qu'elles ne protestent point? Mais leur serait-il permis d'exclure l'arbitrage forcé par convention expresse lorsque cette loi le leur impose? Nous croyons que rien n'y fait obstacle en général : il a été décidé en effet que l'arbitrage

forcé n'est pas d'ordre public. Il nous est difficile d'imaginer le motif d'ordre public que l'on pourrait invoquer comme base de l'arbitrage forcé. Il semble bien qu'il n'a été établi que dans l'intérêt commun des parties, et s'il en est ainsi, pourquoi ne pourraient-elles y renoncer d'un commun accord? C'est le nom de cette institution qui est de nature à faire illusion, le nom d'arbitrage *forcé*. Mais il n'est forcé qu'en ce que l'une des parties ne peut s'y soustraire malgré l'autre[1].

Nous croyons inutile d'examiner les dispositions transitoires des art. 138 et 139, et la disposition additionnelle (art. 2 de la loi du 22 mai 1886). Il nous paraît manifeste que ces dispositions concernent exclusivement les sociétés dont le principal établissement est en Belgique, en d'autres termes, les sociétés belges. Pour ce qui concerne les sociétés étrangères, on s'en réfèrera donc à la loi étrangère qui les régit. Tel est bien l'esprit de notre législation, tel qu'il se dégage des art. 128 à 130 de la loi sur les sociétés commerciales, élucidés par les travaux préparatoires.

(1) Il a cependant été décidé en Belgique antérieurement à la suppression de l'arbitrage forcé, que lorsqu'une société néerlandaise assigne un de ses actionnaires en son domicile en Belgique, le défendeur ne peut décliner la juridiction arbitrale en alléguant que l'arbitrage forcé est aboli dans les Pays-Bas, lieu du contrat. (Cour de Brux., 15 févr. 1872. *B. j.*, 1872, p. 406.) Mais c'était sous le régime de réciprocité internationale établi par l'arrêté royal du 25 mai 1866 conformément à notre loi du 14 mars 1855.

TITRE XXVII.

DU PRÊT.

1340. — Il y a dans les dispositions du Code civil, qui concernent spécialemeut le contrat de prêt, bien peu de règles qui se rattachent à l'ordre public. Mais il y en a un grand nombre qui tiennent à la nature de ce contrat, tel que le conçoit notre législation. Il est certes permis aux parties de régler d'une autre manière la nature et les effets de la convention, et tout ce qui pourra en résulter ; mais la convention rentrera, en ce cas, dans un autre genre de contrats, ou constituera un contrat innommé, pour autant qu'il doive être apprécié d'après notre droit. Il peut toutefois arriver que les parties aient expressément manifesté l'intention de conclure une convention de prêt, et si le contrat constitue un prêt d'après la loi nationale, ou d'après la loi du domicile de l'une d'elles, à plus forte raison, s'il en est ainsi d'après leur loi nationale commune, ou celle de leur domicile commun, on devra admettre assez facilement qu'elles ont fait tout simplement un contrat de prêt régi par la législation étrangère. Des circonstances de ce genre peuvent donc être fort importantes pour fixer, pour établir l'intention des parties de se soumettre à telle ou telle loi. Ce sont des circonstances de fait qui pourront l'emporter sur les présomptions générales, au moyen desquelles on est le plus souvent forcé de résoudre cette question. Examinons maintenant rapidement les dispositions du Code, en ce qui concerne le prêt.

1341. — L'art. 1874 distingue deux espèces de prêts : le prêt à usage, ou le commodat, et le prêt de consommation; et l'art. 1875 définit avec précision le premier. Aucune difficulté ici. Cette distinction très ancienne existe probablement partout, et la définition du prêt à usage ne peut guères varier. S'il en était autrement, et si les circonstances particulières, les termes du contrat, par exemple, ne permettaient pas de constater avec certitude à quelle loi les parties ont voulu se soumettre, il faudrait appliquer les présomptions générales que nous avons indiquées. Mais l'art. 1876 ajoute que ce prêt est essentiellement gratuit. Qu'est-ce à dire? — Simplement que, si une rémunération ou un prix est stipulé, il n'y a plus prêt, mais louage, d'après notre législation; et il faudra appliquer les règles du louage. Il n'y a plus prêt également, si le preneur ne demeure pas proprétaire de la chose louée (art. 1877), et certes, il n'y a aucune législation qui considère une pareille convention comme un prêt. Mais il se pourrait que quelque législation étrangère considérât comme un prêt, non comme un louage de choses, et soumît aux règles du prêt, le commodat même non gratuit. Il y aura lieu d'examiner si les parties n'ont pas entendu soumettre leurs conventions à cette législation, et il sera bien probable qu'il en est ainsi, si les parties ont qualifié leur convention de prêt, et si cette législation est la loi nationale ou la loi du domicile de toutes deux, ou de l'une d'elles, comme aussi lorsqu'elle est la loi du lieu du contrat.

1342. — L'art. 1878 n'énonce qu'une règle de bon sens, en disposant que tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme point par l'usage, peut être l'objet de cette convention. Mais, pour déterminer si une chose est dans le commerce, il faut généralement consulter la loi du lieu de la situation. L'art. 1879 dispose virtuellement que le contrat de prêt à usage, ne prend pas fin par la mort de l'une des parties, sauf par la mort de l'emprunteur, si le prêt a été fait *en considération de celui-ci, et à lui personnellement*, c'est-à-dire en considération de la

personne. On comprendrait parfaitement ici des divergences de législation. Il faudra appliquer la loi que les parties sont censées avoir acceptée comme règle de leurs conventions. Mais quelle sera cette loi? Le commodat peut avoir pour objet des meubles ou des immeubles. On peut se demander si, dans ce dernier cas, il n'y a pas lieu d'appliquer la *lex situs*. Nous sommes assez porté à le croire, non plus à raison de l'art. 3 du Code civil, et comme loi qui s'impose aux parties, mais parce qu'il nous paraît assez naturel de supposer que, s'agissant d'un contrat dont l'exécution se prolonge pendant un certain temps, et se réalise *nécessairement* au lieu de la situation, les parties se sont soumises à cette loi. Il n'est guères admissible, du reste, qu'elles ne la connaissent pas.

Si cependant il apparaissait, par suite des circonstances, qu'elles ne la connaissent pas, il faudrait, nous paraît-il, donner la préférence à la loi du domicile ou à la loi de la nationalité du prêteur, *parce qu'il s'agit d'un contrat de bienfaisance*. Le prêteur rend un service gratuit : il importe surtout de se préoccuper des conditions dans lesquelles il entend le rendre, et son intention doit être prise en considération plus que celle de l'emprunteur. S'agit-il de choses mobilières, il n'y a lieu d'appliquer la loi du pays de leur situation que si elles ont, dans l'intention des parties, une assiette d'une certaine fixité, par exemple s'il s'agit de meubles meublants garnissant une maison occupée par l'emprunteur, et dont l'usage serait abandonné gratuitement, à titre de commodat, à l'occupant, pendant la durée de l'occupation. Sinon on recherchera la loi que le prêteur a eue en vue, et cette loi est plutôt, d'après nous, celle de son domicile ou de sa nationalité, que celle du lieu où le contrat est conclu par le hasard des circonstances.

1343. — C'est d'après les mêmes règles que l'on déterminera quels sont les engagements de l'emprunteur, et ceux de la personne qui prête à usage (art. 1880 à 1891). Mais il nous semble qu'ici encore, à raison de la nature du contrat, il faut avoir plus d'égard, dans le doute, à la

loi sous l'empire de laquelle le prêteur a entendu céder l'usage de la chose, qu'à celle que l'emprunteur aurait pu avoir en vue. Ce système nous paraît le plus équitable dès que l'on admet que le commodat est gratuit, parce que c'est un contrat de bienfaisance. Il importe peu que quelques-unes des dispositions de ce chapitre (art. 1882, 1885, 1887, 1889) puissent sembler au premier coup d'œil, comme le fait remarquer Brocher [1], d'une nature plus ou moins douteuse ou exceptionnelle, par la faveur exceptionnelle qu'elles accordent au prêteur ; elles ne sont certainement pas pour cela d'ordre public. Mais il est bien entendu que, pour qu'elles puissent recevoir application, il faut qu'il s'agisse d'un commodat gratuit, comme l'est le commodat d'après notre droit. La gratuité est la véritable raison d'être de ces dispositions de faveur. S'il ne s'agissait pas d'un commodat gratuit, ce ne serait plus un commodat aux termes de nos lois, mais plutôt un contrat de louage, ou un contrat innommé. Ce pourrait être, il est vrai, un commodat aux yeux de quelque législation etrangère, et cette loi devrait recevoir application, s'il apparaissait que les parties ont entendu s'y soumettre. Mais pour résoudre la question préalable de savoir si le contrat est soumis à cette législation, il n'y a évidemment pas lieu de tenir compte de la circonstance que le commodat est un contrat de bienfaisance, puisque c'est précisément la question qui se pose *in specie*. On examinera alors, suivant les règles ordinaires, quelle est la volonté *commune* des parties, lorsqu'un doute peut surgir. Et si l'on admet qu'il faut appliquer la loi d'après laquelle il est gratuit, c'est aussi cette loi qui déterminera les obligations et la responsabilité de l'emprunteur.

1344. — Le prêt de consommation, ou simple prêt, peut être fait gratuitement ou avec stipulation d'intérêt. Le prêt de consommation a pour objet des choses qui se consomment par l'usage, et oblige l'emprunteur à restituer des choses de même quantité et qualité, *outre l'inté-*

(1) Brocher, Op. cit., T. II, p. 242.

prêt, s'il s'agit d'un prêt à intérêt. Lorsque le prêt est gratuit, il faut, par la même raison que lorsqu'il s'agit du commodat, examiner exclusivement à quelle loi le prêteur a entendu se soumettre. L'emprunteur ne peut équitablement bénéficier du contrat que dans la mesure où le prêteur a entendu le gratifier de ce bénéfice, sous les conditions et restrictions qu'il a entendu y mettre. Il n'y a pas lieu de tenir compte de la situation de la chose en cas pareil, à cause de la nature essentiellement mobile des choses consomptibles. C'est donc en thèse générale à la loi du domicile commun, subsidiairement à celle du domicile du prêteur, qu'il faudra s'attacher. Le *locus contractus* n'a dans ce cas qu'une assez faible importance.

1345. — Il importe cependant d'examiner si quelques-unes des dispositions de notre législation ne sont pas d'ordre public. Brocher se pose la question, en ce qui concerne l'art. 1894, aux termes duquel on ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux. Mais le genre de sanction établi pour le cas où il en serait autrement : « *alors c'est un prêt à usage* » indique par lui-même que la disposition n'est pas strictement prohibitive, et ne se rattache point, dans tous les cas, à l'ordre public. C'est en réalité, sous une forme prohibitive, une disposition interprétative de la volonté des parties, une disposition de droit supplétif. Si les parties étaient censées s'être soumises à une loi étrangère, aux termes de laquelle ce serait là encore un prêt de consommation, cette loi devrait être observée. Mais aussi longtemps que la question de savoir, si le prêt est gratuit ou ne l'est pas, n'a point été résolue, il ne faut pas s'attacher principalement à la loi que le prêteur pourrait avoir eue en vue plutôt qu'à celle de l'emprunteur. C'est la volonté commune effective, ou rationnellement présumable, qu'il s'agit de déterminer.

1346. — Il y a quelque difficulté en ce qui concerne l'art. 1895, d'après lequel l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent, n'est toujours que de la somme numérique

énoncée au contrat, le débiteur ne devant rendre que la somme numérique prêtée, en espèces ayant cours légal au moment du paiement, ce qui signifie que, si le titre en a été réduit, il ne devra néanmoins que la même somme nominale. Brocher fait remarquer, avec raison, que cet article se rattache aux rigueurs législatives usitées en matière de cours forcé de la monnaie, ou des valeurs fiduciaires qui lui sont assimilées. « Ce sont là » dit-il, « des mesures auxquelles on ne peut recourir qu'en imposant des limites à la volonté individuelle. Il s'agit d'une contrainte générale qui n'atteint pas seulement le prêt. » Il confesse cependant que cette disposition soulève de vives critiques, mais il ne l'en considère pas moins comme essentiellement territoriale, d'où il résulte qu'elle s'applique nécessairement à toutes les restitutions de sommes prêtées qui auront lieu dans notre pays. La question est extrêmement délicate, lorsqu'il s'agit des contrats qui sont dominés, régis en principe par un droit étranger, et il nous semble qu'il y a lieu de distinguer. La règle d'après laquelle on ne peut payer qu'en espèces ayant cours légal dans le territoire, nous paraît se rattacher à l'ordre public. Mais il n'en est pas de même, à notre avis, de la règle d'après laquelle l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. Que cette règle s'impose à ceux qui ont entendu contracter sous l'empire de nos lois, nous n'avons rien à y redire. Ils l'ont acceptée. Mais qu'elle s'impose à des étrangers qui ont contracté en pays étrangers, par cela seul que le hasard des circonstances force le prêteur à réclamer le paiement dans notre pays, nous ne pouvons l'admettre. Et nous ne comprenons pas que l'ordre public soit intéressé à ce que l'on admette qu'il en soit ainsi.

1347. — Serrons de plus près la difficulté, et prenons un exemple. Un Belge prête mille francs en espèces à un autre Belge, et il se trouve forcé d'en réclamer le paiement en Italie où celui-ci était domicilié, ou a établi son domicile postérieurement. Le débiteur pourra-t-il se libérer en papier monnaie au taux nominal, ou même en

espèces si le poids ou le titre du franc ou de *la lire* avait été réduit dans l'intervalle? Cela serait bien difficilement admissible, même en présence de notre loi. Mais supposons qu'il s'agisse d'un étranger qui prête à un autre étranger, sous l'empire d'une loi obligeant l'emprunteur à restituer exactement la valeur de ce qu'il a emprunté, ce dernier, s'il s'est établi en pays étranger, où l'on a mis en circulation une monnaie altérée ou un papier déprécié, se libérera-t-il en payant la même somme valeur nominale? Dans un cas pareil, cette solution nous paraît complètement inadmissible. Nous comprenons qu'il en soit ainsi s'agissant de contrats entièrement régis par la loi nationale, bien que cela puisse conduire à d'assez criantes injustices. Nous ne le comprenons plus, dès qu'il s'agit de contrats soumis à une loi étrangère. C'est à cette dernière loi qu'il faudra recourir. C'est elle qui déterminera comment l'obligation dérivant du prêt devra être exécutée. Et, s'il s'agit d'un prêt gratuit, d'un prêt sans intérêts, il paraît équitable de s'attacher avant tout à la loi que le prêteur a eue en vue, c'est-à-dire à la loi de son domicile ou à sa loi nationale.

1348. — Le prêt à intérêt n'a rien de commun avec un contrat de bienfaisance; c'est un contrat d'avantage mutuel et réciproque. Mais aux termes de l'art. 1905 du Code civil, l'intérêt n'est dû que s'il a été stipulé. Ce principe n'a évidemment aucun rapport avec l'ordre public : il appartient au droit supplétif. Il faudra donc rechercher si les parties peuvent raisonnablement être présumées se soumettre à la loi qui l'établit, ou à quelque autre loi. Il ne s'agit évidemment plus de la volonté du prêteur seul. Car la question de savoir si l'intérêt est dû sans stipulation aucune, se confond en somme avec celle de savoir si le prêt est, *in specie*, à intérêt. Seulement, comme la stipulation d'intérêt n'est point interdite par la loi, comme celle-ci se borne à exiger une manifestation de volonté pour que l'intérêt soit dû, tout se réduit à une question d'intention commune quand il peut y avoir doute sur le point de savoir à quelle loi les parties se sont soumises. Il ne suffira

pas que la loi du domicile du prêteur seul ou sa loi nationale fasse courir les intérêts de plein droit. Cette question se confond en somme à peu près avec celle de savoir à partir de quel moment les intérêts sont dus, mais pas d'une manière complète. Elle ne s'identifie nullement, ainsi que le fait remarquer M. de Bar, avec celle de la détermination de la loi qui fixera le taux de l'intérêt, c'est-à-dire soit le taux légal ordinaire, soit le maximum (1). Nous nous sommes expliqué sur celle-ci dans le second volume du présent ouvrage (2), et nous n'avons pas à y revenir. Que l'on considère les intérêts comme des fruits, ou comme une indemnité, il est assez rationnel de s'en référer, à cet égard, à la loi et aux usages du lieu où le prêt est *realisé*, le capital *versé*, ainsi que l'a fait la Cour de Cassation de France (3), bien que la règle ne soit pas absolue, et qu'il faille parfois prendre en considération la loi sous l'empire de laquelle se trouve naturellement celui qui prête, et qui fait du prêt une profession. Mais en ce qui concerne la question qui nous occupe, et à moins de circonstances spéciales résultant par exemple des qualités relatives des parties, nous croyons qu'il y a lieu de tenir compte de la loi du domicile commun, de la loi nationale commune, et subsidiairement de la loi du lieu du contrat. Avant de rechercher à quel taux l'intérêt peut être dû, il faut examiner si un intérêt est dû, et les considérations qui font appliquer, dans le premier cas, la loi du pays où le prêt est réalisé, sont de nulle valeur lorsqu'il s'agit de rechercher si un intérêt est dû ou s'il ne l'est pas.

Nous ne voyons aucun motif de déroger ici aux principes généraux que nous avons exposés dans la première partie de notre ouvrage. Il est vrai que Brocher, qui préconise d'une manière générale l'application de la *lex loci contractus*, applique plutôt la loi du domicile du

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 56, note 1.
(2) T. II, nos 226 et ss.
(3) Ch. civ., 21 déc. 1874. D. P. 1876, I, p. 107. — On a appliqué la loi du Brésil, parce que les fonds y avaient été remis, bien que le contrat eût été conclu en France.

débiteur, qui se confondra souvent avec celle du lieu de réalisation du prêt, quand il s'agit du taux de l'intérêt. Mais la question n'est pas la même, comme nous l'avons fait observer. Rappelons ici que la plupart des partisans de l'application de la loi du lieu du contrat, système qui a trouvé le plus de faveur dans la jurisprudence belge et dans la jurisprudence française, par exemple Fœlix, Massé, Aubry et Rau, Weiss, Fiore, Laurent, Despagnet, Asser et Rivier, etc., ajoutent que, lorsque les parties ont une même loi personnelle, c'est-à-dire d'après les uns, une même loi nationale, d'après les autres, un même domicile, il faut donner la préférence à cette loi. « Si le débiteur et le créancier sont citoyens de la même patrie, ou domiciliés dans le même pays, » dit Fiore, « on doit avec plus de raison présumer qu'ils se sont référés à la loi de leur patrie ou de leur domicile connue de tous deux, plutôt qu'à celle du lieu de la stipulation, qui pourrait être ignorée d'eux. » Nous avons également indiqué plus haut les motifs qui nous portent, lorsqu'il s'agit de déterminer l'intention des parties, à préférer en général la loi de leur domicile commun, si elle ne se confond pas avec la loi nationale, ce qui n'arrivera qu'exceptionnellement. Et l'on ne peut objecter que beaucoup d'auteurs distinguent entre les effets et les suites du contrat ; car l'obligation de payer les intérêts d'une somme prêtée est manifestement un effet et non une suite.

1349. — Il peut arriver toutefois que par des motifs d'ordre religieux, ou de morale absolue, les stipulations d'intérêts soient complètement interdites. Nous ne connaissons sans doute aucun pays où il en soit ainsi, mais il en a été ainsi en France à une certaine époque. A notre avis, quelque absurde que soit une règle de ce genre, elle ne s'en imposerait pas moins à tous ceux, nationaux ou étrangers, qui contractent dans l'étendue du territoire de ce pays. Il est clair tout d'abord qu'une stipulation de ce genre serait radicalement nulle aux yeux des tribunaux de ce pays. Mais nous inclinons à croire qu'elle devrait être considérée comme nulle partout. La question rentre

dans celles que nous avons examinées en traitant de l'ordre public d'une manière générale, et des obligations conventionnelles. Une stipulation de ce genre ne pourrait être validée, dans ce cas, en notre pays, sans empiètement sur la sphère légitime d'action du législateur *loci actus*. Il n'en serait autrement que si notre ordre public exigeait impérieusement le maintien et la validation de cette stipulation. Mais peut-on bien soutenir que notre ordre public moral réclame le maintien de cette stipulation, lorsqu'elle est nulle d'après la loi du lieu où elle est faite? Certes, l'intérêt économique de notre pays est engagé à ce que de pareilles conventions soient reconnues licites, lorsqu'elles se forment sur notre sol. Mais, outre que cet intérêt n'est point engagé dans la même mesure s'agissant d'actes accomplis en pays étranger, pareil intérêt, à moins qu'il ne s'agisse d'objets situés dans le ressort de notre souveraineté, ne nous autorise pas à nous immiscer dans la réglementation des faits juridiques qui se consomment en dehors du territoire.

Il nous paraît conforme aux bonnes relations internationales, et au respect des compétences législatives respectives, que chaque Etat reconnaisse aux autres le droit de faire la police sur leur terrritoire. Et il ne le fait loyalement qu'à la condition de ne pas valider sur son propre sol, à moins que son propre ordre public ne l'exige, ce qui est condamné en pays étranger, et s'y accomplit au mépris des lois locales. Nous savons bien que MM. Aubry et Rau, dont l'opinion est adoptée par Vincent et Pénaud, professent que le juge français ne devrait pas rejeter une demande, par cela seul qu'elle serait fondée sur une convention ou sur un acte qui, dans le pays auquel appartiennent les parties, serait considéré comme étant en opposition avec l'ordre public et les bonnes mœurs[1]. Mais la question est différente, bien que, sur ce point même, la solution qu'elle a reçue nous paraisse trop absolue[2]. Des autorités des plus graves,

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, v° *Ordre public*, n° 8.
(2) La Cour de Cassation de France a adopté l'opinion d'Aubry et Rau (20 févr. 1882. Sir. 82, 1, 145).

MM. de Bar et Asser entre autres, soutiennent d'autre part, en se fondant sur des raisons un peu diverses, que l'obligation prohibée par la loi, sous l'empire de laquelle elle a été contractée, est nulle partout(1). Il est bien entendu toutefois, qu'il faut qu'il s'agisse d'une nullité absolue, fondée sur des considérations d'ordre moral. S'il s'agissait d'une prohibition d'ordre économique, ou d'une prohibition d'ordre moral, ayant un rapport avec la situation économique, on aurait plutôt égard à la loi sous l'empire de laquelle le fait juridique doit se développer. Et c'est pour cela que, s'agissant de la loi fixant le taux maximum de l'intérêt, nous avons admis, avec la jurisprudence française, l'application de la loi du lieu où le prêt est réalisé(2).

1350.— Aux termes de l'art. 1906, l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital. Les auteurs ne sont pas tout à fait d'accord sur le motif, ni même sur la portée de cette disposition. Laurent pense, avec Troplong et Zachariae, qu'elle repose sur la présomption que les intérêts ont été stipulés(3). D'après Merlin et Duranton, le législateur considérait plutôt l'emprunteur comme s'étant acquitté d'une obligation naturelle(4). Nous avouons qu'il nous est difficile d'imaginer que cette disposition repose sur la supposition que les intérêts étaient dus, alors que le législateur suppose expressément qu'ils n'ont pas été stipulés. Quoi qu'il en soit, on est généralement d'accord que cette disposition n'est pas applicable, lorsque l'emprunteur a payé par suite d'une fraude ou d'une violence, ni même lorsqu'il peut démontrer que son paiement est

(1) Asser et Rivier. pp. 78 et ss.

(2) Brocher. Loc. cit. — Aubry et Rau. Op. cit., T. IV, p. 606. — Massé. *Droit commercial*, T. I, nos 614 et 616. — Troplong. *Du prêt*, no 359. — Despagnet. p. 415. — Lecasble. p. 260. — Fiore. Op. cit., § 264. — De Bar. T. II, p. 59.

(3) Laurent. T. XXVI, nos 522 et 523. — Troplong. *Du prêt*, no 413. — Zachariae. § 396.

(4) Merlin. *Rep.*, vo *Prêt*, no 1. — Duranton. *Droit civil*, no 599. — Nous n'avons toutefois pas trouvé ce passage de Merlin qui est cité par Dalloz (vo *Prêt*, no 200).

le résultat d'une erreur. Cela étant, la présomption, qui paraît tout d'abord en opposition formelle avec l'art. 1376, n'a guères d'intérêt qu'au point de vue de la preuve. Il ne suffira pas à l'emprunteur de prouver que les intérêts n'ont pas été stipulés pour que son erreur soit admise : il faudra qu'il prouve son erreur. Nous ne pensons pas qu'il dépende absolument de la volonté des parties de se soustraire à cette présomption. L'emprunteur y sera soumis, à notre avis, soit lorsqu'il aura contracté en Belgique, soit lorsque les parties seront Belges, l'une et l'autre. La loi du domicile ne doit pas être prise en considération. Il ne s'agit pas, en effet, de rechercher l'intention commune des parties, mais quelle est la loi qui régit normalement la convention. Ce n'est cependant pas sans une certaine hésitation, que nous émettons cette opinion, et nous nous demandons s'il n'y aurait pas lieu d'appliquer, dans cette hypothèse, la loi du lieu du paiement. Mais il faudrait pour cela envisager le paiement comme un acte juridique important, l'isoler complètement de la convention, dont il n'est en somme que l'exécution. Et cela ne nous paraît pas rationnel en pareille matière.

1351. — La disposition aux termes de laquelle le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit touche à la forme, et il y a lieu d'appliquer la maxime *locus regit actum* (1). Il n'en est pas tout-à-fait de même de l'art. 1908, aux termes duquel la quittance du capital, donnée sans réserves des intérêts, en fait présumer le paiement et en opère la libération. Cette disposition se rattache à l'étendue de la force probante de la quittance, mais elle constitue en même temps une véritable présomption. Du fait constaté par la quittance, le législateur induit un autre fait, un fait différent. Faut-il également appliquer ici la règle *locus regit actum?* C'est l'opinion de M. Brocher, puisqu'il généralise la portée de cette maxime ; mais il ne s'occupe pas spécialement du cas dont il s'agit ici. Pour ce qui nous concerne, s'il nous était possible d'admettre

(1) V. entre autres : Brocher. Op. cit., T. II, p. 256.

l'application de la loi du lieu où la quittance a été remise, ce ne serait pas en vertu de l'ancienne maxime *locus regit actum* qui, d'après la doctrine généralement reconnue, ne touche qu'à la forme de l'acte, mais plutôt à raison de la circonstance que telle est probablement l'intention des parties. L'application de la maxime prémentionnée conduirait à appliquer plutôt la loi du lieu où la quittance est rédigée. D'autre part, si le lieu où la quittance est remise est purement fortuit, on ne voit pas pourquoi l'on y attacherait quelque importance au point de vue de l'intention des parties. D'ailleurs, quand on examine la question de près, quand on ne s'arrête pas à la surface, on doit bien reconnaître que cette présomption ne repose pas sur l'intention probable des parties ou de celui qui donne la quittance, mais plutôt sur l'usage où l'on est d'imputer les paiements sur les intérêts d'abord, et subsidiairement sur le capital. La loi déclare même que le débiteur d'une dette qui porte intérêt ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts, et que le paiement fait sur le capital et intérêts s'impute d'abord sur les intérêts. Cette loi présente un lien intime avec la disposition de l'art. 1908. Et il nous paraît rationnel d'admettre que ce dernier article recevra application dans le cas où il y aurait eu lieu d'appliquer l'art. 1254. Or, l'art. 1254 constitue une disposition obligatoire : il n'est pas de pur droit supplétif. Il régit, nous paraît-il, toutes les conventions entre personnes qui y sont sujettes l'une et l'autre, entre nationaux d'un même Etat où il est en vigueur, et celles passées, entre les sujets d'Etats différents, dans le pays où cette disposition existe. Il en sera de même de l'art. 1908 du Code civil.

1352. — Les art. 1909 à 1914 concernent les constitutions de rentes perpétuelles et viagères ; mais le contrat de rente viagère n'est réglé que dans le chapitre II du titre XXI, art. 1968 à 1983. Il y a en outre une espèce particulière de rente dont il est question dans l'art. 530. Il s'agit dans ce dernier article de la rente établie à per-

pétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier. L'art. 530 dispose qu'elle est essentiellement rachetable, et que le rachat ne peut être conventionnellement interdit pendant plus de trente ans. Le Code ne contient aucune autre disposition, en ce qui concerne ce genre de rentes. Bien que de pareilles rentes soient mobilières comme les autres, le principe qu'elles sont essentiellement rachetables s'applique à toutes celles relatives à des immeubles situés en Belgique. Ce principe est fondé en effet sur des considérations économiques qui dépendent essentiellement de la situation des biens.

1353. — Nous n'avons à examiner, en ce qui concerne les constitutions de rentes perpétuelles, qu'un petit nombre de questions. Dans quels cas ces conventions tombent-elles sous l'application de l'art. 1911, de l'art. 1912 et de l'art. 1913? L'art. 1911 qui déclare ces rentes essentiellement rachetables et interdit de convenir que le rachat ne pourra être effectué, si ce n'est pour un terme de dix ans, n'appartient évidemment pas au droit supplétif. Il limite la liberté des parties; mais de quelles parties et dans quels cas? Il est évident, tout d'abord, qu'il devra recevoir application chaque fois qu'il s'agira d'une rente hypothéquée sur des immeubles situés en Belgique; or, presque toujours de pareilles rentes sont garanties par hypothèque. Mais supposons qu'il s'agisse d'une rente non hypothécaire, ou hypothéquée sur des immeubles situés en pays étranger, on ne peut certes en conclure que l'art. 1911 ne recevra pas application, car il est général, et n'implique nullement qu'il s'agisse d'une rente hypothécaire. Mais quel est alors le motif de la disposition? Laurent confesse qu'il l'ignore. Et, en effet, l'intérêt économique qui explique parfaitement l'art. 1914, s'agissant d'une rente garantie par une hypothèque, semble faire défaut en cas pareil, d'autant plus que l'on peut faire sous forme de prèt ce que l'on ne peut pas faire sous forme de rente. Il n'y a qu'une différence, c'est que dans la constitution de rente le prêteur s'interdit d'exiger le capital.

L'explication de cette dispostion nous paraît être tout simplement que le législateur n'a songé qu'au cas le plus fréquent, au cas normal où la rente est hypothécaire. On conçoit très bien, dans ce cas, que l'intérêt économique soit contraire à la perpétuité de la rente, l'hypothèque qui grève un immeuble constituant toujours une entrave à la libre circulation des biens, une entrave même à leur libre exploitation. En dehors de ces, cas on ne peut guères justifier la disposition, qu'en observant que la rente absolument perpétuelle et non rachetable établirait, entre deux personnes et leurs héritiers, un lien de dépendance qu'ils ne pourraient faire cesser que par leur volonté commune, et constituerait ainsi une atteinte importante à leur liberté et à leur dignité. Mais nous nous hâtons d'ajouter que cette raison n'est pas entièrement satisfaisante. Quoi qu'il en soit, il s'agit ici d'une faveur accordée au débit rentier. Il nous paraît qu'il pourra se prévaloir de la loi qui la lui confère, chaque fois qu'il aura contracté avec une personne soumise, comme il le serait lui-même, par sa nationalité à l'empire de cette loi, ou que le contrat aura été conclu dans un pays, où cette loi est en vigueur.

1354. — L'art. 1912, qui autorise le crédit rentier à obliger le débiteur au rachat, lorsque ce dernier cesse de remplir ses obligations pendant deux années, ou manque à fournir les sûretés promises, apparaît comme une application de l'art. 1188, relatif à la déchéance du terme, ainsi que l'enseigne Laurent dans son grand ouvrage sur le droit civil[1]; et cet auteur démontre excellemment que ce ne saurait être une application de l'art. 1184, lequel concerne la résolution tacite pour inexécution [2]. Il en est de même de l'art. 1913. Il est assez difficile de dire si ces dispositions appartiennent au droit supplétif ou au droit impératif, et la limite est ici un peu indécise. En ce qui concerne l'art. 1912, on admet que les parties y peuvent déroger, et avec raison, selon nous. Il ne s'agit pas d'ordre

(1) T. XXVII, nº 18.
(2) Laurent. *Droit civil*. T. XXVII, nº 19.

public. Si donc elles peuvent raisonnablement être censées avoir accepté une loi étrangère, comme devant régir leur contrat, cette loi leur sera appliquée. Et pour déterminer quelle loi elles sont censées avoir acceptée, on devra, à notre avis, attribuer plus d'importance à leur domicile commun qu'à leur nationalité commune, à leur nationalité commune qu'au lieu du contrat. Si elles étaient toutes deux domiciliées en Belgique, le crédit rentier pourrait incontestablement se prévaloir de la disposition de l'art. 1912. Il en serait de même si toutes deux étaient Belges, à moins qu'elles ne fussent toutes deux domiciliées en pays étranger. Nous avons relevé ailleurs l'importance du domicile commun au point de vue de la détermination de la volonté des parties. Nous pensons qu'il en est de même en principe de l'art. 1913. Mais, à notre avis, il y a cependant une loi qui pourra dominer éventuellement la volonté présumée ou explicite des parties, c'est celle qui régit la faillite, l'organisation de la faillite étant dans une certaine mesure d'ordre public, et souverainement réglée par la loi du lieu où la faillite est ouverte.

1355. — Nous ne nous occuperons pas ici du contrat de rente viagère, pour lequel l'art. 1914 du Code civil renvoie au titre des contrats aléatoires. Il en sera question plus loin. Nous ne croyons pas non plus pouvoir examiner quelle est la loi qui régit l'espèce particulière de prêt connue sous le nom de prêt à la grosse, et qui appartient essentiellement au droit commercial. Cela nous entraînerait trop loin. Nous ferons seulement remarquer qu'il existe en cette matière une autre loi que celle du lieu du contrat, que celle du domicile ou de la nationalité des parties, à laquelle on tend à reconnaître une grande influence : c'est la loi du pavillon. Le Congrès d'Anvers de 1885 a voté la résolution suivante, qui paraît assez conforme à la doctrine la plus récente : « Les pouvoirs du capitaine pour contracter un emprunt à la grosse sont déterminés par la loi du pavillon, sauf à lui à se conformer quant à la forme des actes, soit à la loi du pavillon, soit à la loi du port où il accomplit ses opérations. »

Mais la *lex rei sitæ* peut se trouver en conflit avec la loi du pavillon s'agissant du privilège, et cette question donne lieu à de grandes controverses, qu'il nous est impossible d'examiner ici[1].

(1) *J. de dr. intern. privé*, 1885, p. 599.

TITRE XXVIII.

DU DÉPÔT ET DU SEQUESTRE.

—

1356. — Les art. 1915 et 1916, qui ne font que définir la notion du dépôt, et distinguer deux espèces de dépôts : le *dépôt proprement dit* et le *sequestre*, ne doivent donner lieu à aucune observation particulière. Il en est autrement de certaines dispositions relatives à la nature du dépôt proprement dit et à ses effets. L'art. 1917 commence par indiquer *la gratuité* comme un caractère essentiel du dépôt. Il n'en résulte certes pas qu'il soit interdit de stipuler une rémunération pour la garde de la chose, mais simplement que le contrat change alors de nature d'après notre droit. Pothier le considère dans ce cas comme un contrat de louage, et cela est parfaitement exact, lorsque l'acte peut être considéré comme régi par les principes de notre droit, ce qui, en règle générale, dépend essentiellement de l'intention des parties. Si leur intention est évidemment que leur convention soit régie par une loi étrangère, il n'y a rien qui y fasse obstacle dans la mesure où cette loi ne blesse pas notre ordre public, lorsque la convention est conclue dans notre pays ou entre nos nationaux. — Mais comment déterminera-t-on si les parties ont entendu soumettre leur contrat à une loi étrangère ou à la loi belge? MM. Vincent et Pénaud disent que le dépôt est soumis en général, comme les autres contrats, à la *lex loci contractus*(1). Il n'y a

(1) *Dict.*, v° *Dépôt*, n° 1.

cependant pour ainsi dire aucun auteur qui examine spécialement la question en ce qui concerne le contrat de dépôt. Brocher fait seul exception, et il applique la *lex loci contractus ;* mais il ne l'applique que comme conséquence de la maxime *locus regit actum*, dont il fait une application étendue et, à notre avis, abusive à la substance même de l'acte juridique. Or cette extension est bien loin d'être généralement admise. Il n'est pas exact non plus que, dans l'opinion générale, les contrats soient *toujours* soumis à la *lex loci contractus*, non en vertu de la maxime *locus regit actum*, mais *par présomption de la volonté* des parties. La doctrine la plus récente, que reflète le projet de Code civil belge, tend plutôt à résoudre la question d'intention d'après d'autres bases. Les parties sont censées se soumettre à leur loi nationale commune, et seulement à défaut d'une nationalité commune à la *lex loci contractus*. Et, d'après une doctrine plus ancienne, plus rationnelle à notre avis, il faut plutôt encore donner la préférence à la loi du domicile commun, lorsqu'il ne s'agit que d'une question d'intention.

1357. — Mais nous avons admis en principe que cela dépendait pour une grande part de la nature du contrat, ou du fait juridique. S'il est de sa nature momentané, c'est-à-dire si son exécution n'est pas prolongée et permanente, ces principes devront recevoir application. Il n'en est pas ainsi du dépôt. Le dépôt comporte, il est vrai, la restitution de la chose, mais aussi sa garde, fait d'une certaine durée qui doit se réaliser au lieu du domicile du dépositaire. N'est-il pas naturel de supposer que les parties se sont soumises à la loi du lieu où ces obligations naissant du dépôt doivent se réaliser? Or, cette loi est évidemment celle du dépositaire. Le lieu du contrat peut être purement fortuit. Un dépôt peut être fait entre parties qui se trouvent l'une et l'autre en voyage dans un pays étranger. Ne serait-il pas absurde de supposer qu'elles aient voulu se soumettre à la loi du pays où elles se trouvent peut-être momentanément, c'est-à-dire à une loi qu'elles ne connaissent ni l'une ni l'autre? Peut-être sera-t-il même

difficile de déterminer où elles se trouvent, au juste, au moment où le contrat se forme. On objecterait vainement que le déposant ne connaît peut-être pas le domicile du dépositaire, ni surtout la loi en vigueur dans le pays où il est domicilié. La première hypothèse est assez invraisemblable, le dépôt impliquant la confiance, et par conséquant des relations préexistantes entre parties. Quant à la seconde, on peut répondre que le déposant ne peut pas supposer que le dépositaire se charge de la mission qu'il assume, dans d'autres conditions que celles déterminées par la loi de son domicile, et que cette loi doit être préférée, s'agissant d'une espèce de contrat de bienfaisance et d'une charge gratuite. Nous ne faisons en somme qu'appliquer ici, dans la plupart des cas, la loi du lieu de l'exécution préconisée par Savigny; et, si ce principe prête à des objections graves s'agissant de conventions synallagmatiques, il n'en est plus de même, nous paraît-il, lorsqu'il s'agit des conventions unilatérales. Mais si le lieu de l'exécution ne s'identifiait pas avec celui du domicile du débiteur, ce qui, à notre avis, constituera l'exception, il nous semble qu'il faudrait donner la préférence à la loi de ce dernier domicile. On ne pourrait hésiter qu'entre cette loi et la loi nationale : or, s'agissant de volonté présumée, nous pensons qu'il faut attribuer plus d'importance au domicile, lequel a, d'ailleurs, quelque chose de plus apparent et de plus visible.

1358. — C'est donc d'après cette loi, à notre avis, qu'il faudra apprécier si le dépôt se parfait par la tradition réelle ou feinte, ou par le simple consentement (art. 1919), la mesure de la responsabilité et les obligations du dépositaire (art. 1927 à 1934, art. 1936, art. 1942 à 1946). Il en sera de même, quant aux obligations accessoires et purement éventuelles du déposant (art. 1947), et quant au droit corrélatif de rétention attribué au dépositaire par l'art. 1948. Mais il y a certains articles dont l'application dépend d'autres principes. Aucune difficulté ne s'élèvera certainement, en ce qui concerne la distinction établie par l'art. 1920 entre le dépôt volontaire et le dépôt

nécessaire, ni en ce qui concerne l'art. 1922 qui indique comment se forme le dépôt volontaire. La distinction sera admise, pour peu qu'elle le soit d'après la loi du domicile du dépositaire, et l'art. 1921 ne fait que dire une chose superflue, en proclamant que le dépôt volontaire se forme par le concours de consentement effectif du déposant et du dépositaire. Il est vrai qu'il en est de même dans une certaine mesure du dépôt nécessaire, mais ici les consentements ne sont plus aussi libres. Quant à l'art. 1922, il signifie simplement, de l'avis des auteurs, que le dépôt fait par un non-propriétaire ne lie pas le propriétaire et ne peut lui être opposé, mais non pas qu'il soit nul. Cela résulte du reste des art. 1937 et 1938. Le propriétaire n'a, dans ce cas, qu'une action en revendication, et l'art. 1922 ainsi entendu pose une règle si simple qu'elle ne saurait donner lieu à un conflit.

1359. — L'art. 1923, exigeant la preuve du dépôt volontaire par écrit, dépend de la règle *locus regit actum*. On appliquera la loi du lieu où le contrat s'est formé, et il en est de même de l'art. 1924. Nous n'avons pas à revenir sur les observations générales que nous avons faites à cet égard en traitant de la preuve des contrats. Quant aux articles 1925 et 1926, qui sont relatifs à la capacité, leur application dépend en principe de la loi nationale, c'est-à-dire que c'est d'après cette loi que l'on appréciera la capacité du déposant et celle du dépositaire. Toutefois, dès que cette incapacité est ainsi reconnue, l'application des dispositions des art. 1925, al. 2, et 1926 ne nous paraît plus exclusivement gouvernée par la loi nationale de l'incapable. C'est ainsi que l'alinéa 2 de l'art. 1925 obligeant le dépositaire vis-à-vis du déposant incapable, comme si celui-ci était capable, est fondé sur des principes de justice et d'équité, indépendants de la nationalité du déposant. Si l'on pouvait supposer que la loi nationale du déposant n'établit pas une règle de ce genre, elle n'en serait pas moins appliquée par nos tribunaux à tout dépositaire belge, probablement même au dépositaire étranger, si tant est qu'ils fussent compétents. Cet article est

du reste parfaitement conforme aux principes généraux en matière de nullité fondée sur l'incapacité. Quant à l'art. 1926, il concerne l'étendue des obligations du dépositaire incapable. Le principe est sans doute qu'il ne saurait être obligé que dans la mesure admise par sa loi nationale. Mais il est à remarquer que l'action en revendication, et l'action en restitution établies par l'art. 1926 sont basées également sur un principe de justice élémentaire, sur ce que personne ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, comme l'est du reste l'art. 1312 du Code civil. Il s'agit d'une restriction des conséquences de l'incapacité. Nous pensons que, s'il est incontestable que l'incapable est lié à cet égard par sa loi nationale, l'obligation dont il s'agit peut lui être imposée également en vertu de la *lex fori* (1).

1360. — L'art. 1935 concerne les obligations de l'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt. Il n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur s'il n'a pas touché le prix. Cette disposition, conforme aux lois romaines, repose sur des considérations d'équité, comme celle dont nous venons de parler. Le dépôt étant un contrat de bienfaisance, c'est en somme au déposant à prévoir l'éventualité du décès du dépositaire, et à prendre les mesures nécessaires pour que les héritiers soient avertis du dépôt, pour qu'ils ne soient point exposés à aliéner de bonne foi les choses déposées, comme les autres biens du déposant. Il est donc assez rationnel que, dans cette hypothèse, ils ne soient tenus que dans la mesure où ils se sont enrichis, et cette disposition de notre loi doit recevoir application chaque fois que le dépôt sera régi par nos lois, quant à sa substance : elle a un lien étroit avec notre conception légale du dépôt. Il suffira donc, d'après nous, que le dépositaire soit domicilié en Belgique ou dans un pays où une disposition semblable est en vigueur, en France, par exemple. Mais nous croyons que la disposi-

(1) En ce sens d'une manière générale : Paris, 8 février 1883, et Tr. de la Seine, 1er juillet, dans Vincent et Pénaud, vo *Etat et capacité*, no 37.

tion a un lien plus intime encore avec la loi héréditaire. Elle nous paraît avoir pour but principal de régler équitablement la situation des héritiers, vis-à-vis des créanciers de leur auteur. La loi qui régit la succession a en principe compétence pour établir ce règlement. Il suffira donc que la succession du dépositaire soit réglée par la loi belge, pour que celle-ci doive recevoir application, au moins dans notre pays, en ce qui concerne la responsabilité des héritiers. Cette conclusion qui peut avoir quelque chose d'étrange, aujourd'hui que l'on admet encore en droit positif que la succession immobilière est régie par la *lex situs*, n'aura plus rien de choquant, lorsqu'on admettra que la succession est régie par la loi nationale du *de cujus*.

Nous rencontrons cependant ici une question qui, à notre connaissance, n'est point prévue par les auteurs, et qui peut donner naissance à de nouvelles difficultés en droit international privé. Le fondement originaire de l'obligation imposée à l'héritier qui a aliéné, de restituer *ce qu'il a reçu* est toujours sa qualité d'héritier. Mais si l'héritier n'a accepté que sous bénéfice d'inventaire, et si, après avoir aliéné de bonne foi la chose disposée, il en a réparti le prix entre les créanciers, doit-il encore restituer au déposant ce qu'il a reçu? Nous ne saurions l'admettre. Il n'est tenu de cette espèce de dette que pour autant qu'il ait profité du prix. La pensée du législateur est qu'il ne doit le restituer que dans la mesure dont il s'est enrichi. Le déposant est un créancier. Il paie les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent. L'institution du bénéfice d'inventaire pourra donc influer sur les obligations et la responsabilité de l'héritier; et à cet égard il ne nous paraît possible d'appliquer que la loi qui régit la succession.

1361. — Les art. 1937 et 1938 donnent lieu également à quelque difficulté. Nous estimons que le premier de ces articles et l'art. 1938, al. 1, aux termes desquels le dépositaire ne peut restituer la chose déposée qu'au déposant, à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir, sans pouvoir exiger la

preuve que le déposant était propriétaire, posent une règle dont l'application dépend de la loi qui régit en général les obligations du dépositaire, c'est-à-dire de la loi de son domicile. Mais l'alinéa 2 lui impose une obligation vis-à-vis du véritable propriétaire, lorsqu'il découvre que la chose a été volée, et nous estimons que cette obligation fondée sur des considérations de morale pure, nullement sur la volonté commune des parties, se rattache à l'ordre public. Il s'agit ici d'une espèce de quasi-délit, dont l'essence consiste dans le fait de restituer la chose au déposant, sans avoir averti au préalable le propriétaire. Dans l'opinion générale, les obligations résultant d'un quasi-délit dépendent de la *lex loci actus*. Et nous croyons également que la responsabilité, encourue de ce chef par le dépositaire, pourra lui incomber en vertu de cette loi, c'est-à-dire en vertu de la loi du lieu où s'effectue la restitution illégale. Mais nous pensons qu'elle peut lui incomber aussi à raison de sa loi nationale, à l'empire de laquelle il ne nous paraît pas échapper par le seul fait qu'il se trouverait en pays étranger, ainsi qu'en vertu de la loi qui régit le dépôt.

1362. — Aux termes de l'art. 1939, la chose déposée ne peut être restituée, en cas de mort du déposant, qu'à ses héritiers, à chacun d'eux pour sa part et portion s'il y en a plusieurs, à celui qu'ils auront désigné pour le recevoir si elle est indivisible. Bien que ces dispositions semblent fort rationnelles, la question dépendra plus ou moins de la loi qui organise la succession. Mais l'art. 1939 établissait primitivement la même règle au cas de mort civile. La mort civile est abolie dans la plupart des pays. Que faudrait-il décider si le déposant venait à être frappé de mort civile dans son pays? Ses héritiers pourraient-ils réclamer la restitution du dépôt en Belgique du dépositaire belge ? Nous ne le pensons pas. Ils ne pourraient se fonder que sur une institution étrangère qui répugne à nos mœurs, et demanderaient à nos juges de prêter à l'exécution de cette loi l'appui de leur autorité. Ceux-ci ne sauraient être tenus de le faire. La décision serait diffé-

rente, à notre avis, si, les héritiers étant déjà entrés en possession de la chose déposée dans le pays du déposant, ce dernier, frappé de mort civile, intentait contre eux une action en revendication devant les tribunaux belges. Nos tribunaux ne pourraient pas, à notre avis, renverser un état de choses régulièrement établi en pays étranger en vertu de la loi étrangère. Ce serait, pensons-nous, empiéter sur la compétence législative étrangère. Sans doute, ils ne doivent pas se prêter à consacrer dans notre pays une conséquence de la loi étrangère qui serait contraire à notre ordre public, mais, pour ce qui concerne les effets qu'elle a déjà produits, et légitimement produits en pays étranger, ils ne peuvent que les reconnaître, et n'auront pas la prétention de les détruire. Il n'y aurait d'exception que si le déposant frappé de mort civile en pays étranger était Belge.

1363. — Nous n'avons qu'un mot à dire au sujet des art. 1940 et 1941. Il s'agit ici encore d'incapacités légales. Nous n'avons pas besoin de rappeler que, d'après une doctrine de plus en plus répandue, l'état et la capacité d'un individu sont régis par sa loi personnelle, c'est-à-dire, d'après la pratique et la doctrine reçues dans notre pays, par sa loi nationale. Cette loi dira s'il est incapable de recevoir la restitution d'un dépôt, si sa capacité s'est modifiée et par qui il est représenté. La loi du domicile sera appliquée à titre subsidiaire, s'agissant d'un individu dont la nationalité est inconnue, ou sans nationalité, puisque, dans l'état d'imperfection du droit international privé, il y a encore des individus sans nationalité. Ajoutons cependant que, s'il s'agit d'individus tombés en état de démence, c'est à la loi de leur domicile, quelquefois même de leur résidence, à pourvoir à l'administration de leurs personnes et de leurs biens, lorsqu'on est resté en défaut d'y pourvoir dans leur pays d'origine. Enfin s'il s'agit d'étrangers déclarés incapables par une sentence répressive, et en vertu de nos lois criminelles, par exemple d'étrangers en état d'interdiction légale, bien qu'une pareille sentence n'ait aucun effet en dehors du

pays où elle a été rendue, elle produira tous ses effets dans ce pays. La restitution d'un dépôt ne pourra être réclamée dans ce pays que par le représentant légal de cet individu, quoique ce dernier soit étranger, quoiqu'il ne soit pas incapable d'après sa loi personnelle. Les lois criminelles obligent même les étrangers qui se trouvent sur le territoire. Nous pensons même que les sentences prononcées contre un individu dans son pays d'origine devraient produire effet en tous pays, en tant qu'elles modifient sa capacité dans une mesure non contraire aux principes d'ordre public local.

1364. — Les art. 1942 et 1943 qui déterminent où le dépôt doit être restitué et à qui incombent les frais de transport de la chose déposée, l'art. 1944, al. 1, qui impose à celui qui a reçu l'obligation de restituer le dépôt, aussitôt que le déposant le réclame, sont des dispositions de droit supplétif. On appliquera en règle la loi du domicile du dépositaire, sauf manifestation d'une volonté contraire. Mais l'art. 1944 du Code civil impose l'obligation de restituer de suite, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution, et il semble au premier abord que ce soit là une disposition d'ordre public. Il n'en est rien cependant : cela implique simplement que le terme est présumé stipulé en faveur du déposant, le dépositaire étant tenu de garder jusqu'à l'expiration du terme. Et il n'y a aucun motif de ne pas appliquer ici encore la loi qui régit le dépôt en général, celle du domicile du débiteur, qui sera presque toujours la loi du lieu du contrat. Ajoutons qu'il paraît cependant de l'essence du dépôt que le dépositaire soit tenu de restituer dès qu'il y a réclamation. Une disposition contraire ne s'expliquerait que par le fait qu'il pourrait se servir de la chose, et s'il en était ainsi d'après la loi qui régit le dépôt, il n'y aurait plus dépôt dans le sens propre du mot, mais prêt à usage ou prêt de consommation, sans qu'on puisse en inférer la nullité du contrat.

L'art. 1944 ajoute encore : « à moins qu'il n'existe entre les mains du dépositaire une saisie-arrêt ou une

opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ». Quel que soit le lieu du dépôt, quelle que soit la nationalité des parties, cette disposition recevra nécessairement application dès que la restitution est réclamée en Belgique. L'intérêt général y est engagé. Quant à la disposition de l'art. 1945, aux termes de laquelle le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession, c'est là encore une disposition d'ordre public local, pour l'application de laquelle on consultera la loi du lieu où le bénéfice de cession est réclamé, c'est-à-dire la *lex fori* ; mais nous avons vu que le bénéfice de cession n'a plus guères d'importance aujourd'hui. Enfin nous pensons que c'est également à la *lex fori* qu'il faudra recourir, s'agissant de savoir si, comme le déclare l'art. 1946, toutes les obligations du dépositaire cessent lorsqu'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée. Mais cette disposition est tellement naturelle que des divergences de législations ne sont guères vraisemblables sur ce point. Les art. 1947 et 1948 s'appliqueront à tout dépôt normalement régi par nos lois.

1365. — Le dépôt nécessaire, dont il est question dans les art. 1949 à 1954 du Code civil, ne donnera lieu qu'à un petit nombre d'observations. Sauf un très petit nombre d'exceptions, il est régi par les mêmes principes que le dépôt volontaire. L'art. 1949 le définit, et l'art. 1952 y assimile le dépôt des effets apportés par un voyageur chez l'aubergiste, ou chez l'hôtelier où il loge. Pareil dépôt peut être prouvé par témoins quelle que soit sa valeur (art. 1950), et à ce point de vue on appliquera évidemment la loi du lieu où il s'effectue : *locus regit actum*, tant en ce qui concerne la nature du dépôt nécessaire au point de vue de la question de preuve, qu'en ce qui concerne le mode de preuve. Pour le surplus, ce dépôt est régi, dit l'art. 1951, par toutes les règles énoncées relativement au dépôt volontaire. Il y a cependant une autre différence, d'après notre Code, c'est en ce qui concerne la responsabilité du vol ou du dommage des effets du voyageur. L'hôtelier en est responsable, à

moins qu'il ne s'agisse de vols faits avec force armée ou autre force majeure (art. 1953 et 1954). Tiendra-t-on compte, pour l'application de cette disposition exceptionnelle, du domicile ou de la nationalité de l'une ou de l'autre des parties, d'une nationalité commune même? Nous ne le pensons pas. Il n'y a lieu de prendre en considération que la loi du lieu où le dépôt se fait. Ces dispositions, qui aggravent la responsabilité du dépositaire, sont fondées sur ce que le dépôt en cas pareil n'est pas absolument libre, mais nécessité par les circonstances. Elles impliquent des devoirs particuliers pour ceux qui exercent ce genre de professions, devoirs attachés par la loi à leur exercice dans un pays déterminé. Elles participent dans une certaine mesure de la nature des lois de police. Le rapporteur du tribunat faisait du reste remarquer, que cette sévérité est de nature à tourner indirectement à l'avantage des aubergistes eux-mêmes, en augmentant la sécurité dont on jouit en voyage et par conséquent le nombre des voyageurs. Il résulte de ces considérations, comme du texte, que l'assimilation établie entre le dépôt nécessaire et le dépôt des aubergistes n'est pas complète; elle n'existe qu'au point de vue de la preuve. Au surplus, tout cela ne fait que tendre à recommander encore davantage, en cette matière, l'application de la loi du lieu où le dépôt se fait, ou plutôt du domicile du débiteur. Et il en serait de même des dispositions étrangères qui feraient peser une responsabilité encore plus grave sur les aubergistes[1].

1366. — Le sequestre, dont il est question dans le chap. III, titre XI, du Code civil, n'est qu'une espèce de dépôt. Il est, dit l'art. 1953, volontaire ou judiciaire, suivant qu'il est le résultat d'un accord entre parties, ou d'une décision judiciaire. Son caractère essentiel est d'avoir pour objet une chose litigieuse, et il peut comprendre des immeubles comme des effets mobiliers (art. 1956, 1958 et 1961). Quelle est d'abord la loi qui régit

(1) En ce sens: Brocher. Op. cit., T. II, p. 263. — Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Dépôt*, n° 6.

le sequestre volontaire? Il est à remarquer qu'aux termes de l'art. 1957, ce sequestre *peut n'être pas gratuit*, d'où l'on peut induire que la gratuité n'en est pas moins la règle d'après notre droit, et qu'elle sera admise en l'absence de conventions contraires, si c'est notre loi qu'il faut appliquer. M. Brocher ne traite du sequestre qu'en quelques lignes. « Le sequestre est » dit-il, « un dépôt qui a pour but d'assurer l'action de la justice sur des valeurs litigieuses, ou soumises à des actes d'exécution. Nous y retrouvons le même principe de compétence territoriale, se rattachant, dans certains cas, à des actes de procédure[1]. » Il applique donc la règle *locus regit actum*, sans distinguer entre le sequestre volontaire et le sequestre judiciaire. C'est une conséquence de son système général, qui tend à exagérer, à notre avis, la portée de la maxime traditionnelle. Nous n'avons trouvé dans la jurisprudence qu'une seule décision en ce qui concerne le sequestre envisagé au point de vue international, et elle ne concerne que le sequestre judiciaire. Le tribunal de Lyon a décidé le 21 novembre 1877[2] qu'un tribunal français ne doit pas désigner comme dépositaire un établissement étranger qui, par sa situation et sa constitution, ne pourrait pas, le cas échéant, être promptement ramené à l'exécution des lois françaises. Il en résulte que, d'après cette Cour, tout sequestre désigné par l'autorité judiciaire française serait soumis aux lois françaises.

1367. — Nous estimons, quant à nous, qu'il y a lieu d'appliquer, en ce qui concerne le sequestre volontaire, les principes généraux. Toutefois, aussi longtemps qu'il s'agit de savoir si le sequestre est gratuit ou non, on ne peut s'attacher exclusivement à la loi du domicile du débiteur, ou à sa loi nationale seule. Il faudra, nous paraît-il, appliquer la loi du domicile commun des parties, et à défaut de domicile commun, leur loi nationale commune; la loi du lieu du contrat ne pourra être appliquée, suivant nous, que si elles n'ont ni domicile commun, ni

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 263.
(2) *Jur. de Lyon*, 1878, p. 20.

patrie commune, le tout sauf le mode de preuve de la convention, lequel sera exclusivement régi par la *lex loci contractus*. Les mêmes règles seront suivies pour le surplus des effets de la convention, si, par cette vérification préalable, l'on est conduit à constater, que le contrat n'est pas gratuit(1). Mais, si le contrat est gratuit, il nous paraît tout naturel d'apprécier les effets de la convention d'après la loi du domicile du dépositaire sequestre. Il y a d'autant moins de motif de s'écarter des règles admises pour le dépôt volontaire, qu'en somme le sequestre gratuit y est assimilé, aux termes de l'art. 1958. Toutefois, l'art. 1960, aux termes duquel le sequestre n'est déchargé, avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime, ne semble pas au premier abord de pur droit supplétif. Mais ce n'est qu'une apparence, et rien n'empêcherait évidemment les parties de convenir que le sequestre pourrait être déchargé, dès que l'une d'elles en manifestera la volonté. Elles peuvent avoir intérêt à faire une stipulation de ce genre, pour le cas, par exemple, où la solvabilité du dépositaire serait devenue problématique, et où l'un des déposants, sur le point de perdre son procès, serait indifférent au danger qui résulte de la situation du dépositaire. Le dépositaire lui-même pourrait avoir intérêt à limiter la durée de la garde qu'il accepte. Pourquoi de pareilles stipulations ne seraient-elles pas licites? Pourquoi les parties ne pourraient-elles revendiquer, à cet égard, le bénéfice d'une loi étrangère qui fait cette stipulation pour elles, si elles peuvent raisonnablement être censées avoir accepté cette loi comme règle de leurs conventions? Toute la question est donc de savoir à quelle loi elles seront censées s'être soumises. C'est, à notre avis,

(1) Il y a cependant un motif de douter, c'est que le sequestre non gratuit tient plutôt, comme le faisait observer Pothier, du louage que du dépôt. C'est un véritable louage de services. Or, nous avons admis, en ce qui concerne ce contrat, l'application fréquente de la loi du lieu du contrat, ou plutôt de celle du lieu où les services sont prestés, à raison de la continuité des travaux ou services, et de leur localisation dans un endroit déterminé. Ne faudrait-il pas appliquer dès lors la loi du lieu où se réalise la garde?

la loi du domicile du dépositaire sequestre, si le contrat est gratuit, et celui-ci nous paraît être fondé à réclamer le bénéfice de cette loi, le cas échéant. Mais, lorsque c'est l'un des déposants qui a intérêt à faire cesser ce dépôt gratuit, la question se pose en réalité entre les déposants et non pas entre ceux-ci d'une part, et le sequestre de l'autre. Il s'agit de l'effet de la convention implicite, en vertu de laquelle ils ont fait le sequestre. On appliquera, à notre avis, la loi du domicile commun des déposants, ou leur loi nationale commune, et subsidiairement la loi du lieu du dépôt. Quant à l'hypothèse où le sequestre est salarié, il y a lieu d'appliquer, quant au droit du dépositaire, les règles énoncées plus haut; et quant aux droits des déposants, on devra, d'après nous, appliquer les mêmes règles, la cessation anticipée du dépôt ne pouvant être, dans ce cas, indifférente au dépositaire, puisqu'il est salarié.

Le sequestre judiciaire (art. 1961 à 1963) résulte d'un mandat de justice. Les tribunaux d'un pays ne peuvent être censés le conférer que dans les conditions établies par la loi qu'ils ont mission d'appliquer. Le dépôt doit être censé accepté dans les mêmes conditions. Les effets de cette espèce de sequestre seront donc déterminés par la loi en vigueur dans le pays où la décision est rendue. Nous ne croyons pas qu'il puisse exister aucun doute sur la solution de cette question. Mais la question de savoir si la justice peut ordonner le sequestre, et quels sont les biens qui peuvent être sequestrés, dépend de la loi de la situation des biens.

TITRE XXIX.

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

1368. — L'art. 1964 définit les contrats aléatoires. Mais le Code en contient une autre définition à l'art. 1104, et la différence entre les deux définitions est que, d'après la dernière, ce contrat implique la chance du gain ou de perte pour *chacune* des parties, tandis qu'aux termes de l'art. 1964, il suffit, pour que le contrat soit aléatoire, que les effets en dépendent, *pour l'une des parties*, d'un événement incertain. La question de savoir laquelle des deux définitions est la meilleure est controversée; mais, comme la définition de l'art. 1104 n'est point conçue sous une forme restrictive, il en résulte qu'il n'y a pas antinomie absolue, et que le contrat est également aléatoire, lorsque l'*aléa* n'existe que pour l'une des parties contractantes. Cette question de principe ne présente d'ailleurs, en Belgique, pas d'intérêt au point de vue du droit international privé, par la raison toute simple que le Code ne contient pas de principes généraux applicables à toute les conventions aléatoires, et se borne à prévoir et à réglementer certaines espèces sous lesquelles ce contrat peut se présenter. Il en indique quatre à titre d'exemple, et ce sont les seules dont notre législateur s'occupe spécialement : le contrat d'assurances, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari, et le contrat de rente viagère. Il ajoute que les deux premiers contrats sont régis par la loi maritime. Ceci n'est plus rigoureusement vrai que pour le prêt à grosse aventure ou contrat à la grosse, qui fait l'objet

des art. 156 et ss. de la loi du 21 août 1879. Quant au contrat d'assurances, il est régi, en Belgique, par la loi du 11 juin 1874, qui ne concerne pas seulement les assurances en général, mais les assurances contre l'incendie, les assurances de récoltes, et les assurances sur la vie en particulier, et par la loi du 21 août 1879, art. 168 à 227, concernant spécialement les assurances maritimes. Nous ne nous occuperons ici que du jeu et du pari d'abord, et ensuite du contrat de rente viagère.

1369. — Le Code ne consacre au jeu et au pari que trois articles (1965 à 1967), ce qui n'est pas surprenant, puisqu'il s'agit de les proscrire. On peut se demander pourquoi la loi condamne ce genre de contrat aléatoire, tandis qu'il y en a d'autres qui trouvent grâce et faveur à ses yeux; pourquoi certains contrats dans lesquels interviennent ces faits, que la volonté de l'homme ne peut ni maîtriser ni prévoir avec certitude, sont admis, d'autres répudiés. Brocher en a exposé les raisons avec une remarquable clarté. « Il y a deux manières de se comporter à l'égard de cette force plus ou moins irrésistible : 1° On peut en augmenter la puissance, en lui faisant produire artificiellement des effets sur lesquels elle n'aurait pas d'influence naturelle : c'est ce qui constitue le jeu ou le pari; 2° On peut s'efforcer d'atténuer, autant que possible, les dommages en résultant, ou de se procurer des ressources contre les privations qu'elle imposerait : ce sont là des actes de prévoyance qui se réalisent dans les nombreux genres d'assurances et dans la rente viagère [1]. » On ne saurait certes mieux analyser ces deux espèces de contrat. Le hasard joue certainement son rôle dans les unes et dans les autres. L'esprit de spéculation peut exister, et existe le plus souvent chez l'une des parties, même dans la dernière espèce de contrats. Mais dans leur ensemble, ils tendent certainement à restreindre dans un sage esprit de prévoyance l'influence de cet élément capricieux sur les destinées humaines. Ils restreignent son domaine tandis que les autres l'étendent.

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 264.

1370. — Si le jeu et le pari sont proscrits, c'est parce-qu'en soumettant au hasard les chances de gains et de pertes des individus, ils détournent l'homme de l'observation de la loi sainte et salutaire du travail, parcequ'ils engendrent de véritables désastres et créent en même temps des fortunes monstrueuses, répandant ainsi le trouble dans l'ordre social, produisant des habitudes de dissipation et de luxe, ruinant le commerce régulier, favorisant les haines de classes qui visent principalement les fortunes non basées sur le travail régulier, exagérant les inégalités sociales. C'est donc sur des motifs d'ordre moral, et en même temps d'ordre économique, qu'est fondée la répudiation du jeu et du pari comme contrats civils.

1371. — Nous n'avons pas à examiner la question de savoir si le jeu ou le pari créent une obligation naturelle. La pensée dominante des auteurs du Code était certainement de les condamner comme illicites. Mais ils n'ont pas été absolument fidèles à cette pensée, en interdisant la répétition de ce qui a été payé, sauf le cas de dol, supercherie ou escroquerie [1]. Car l'on admet en thèse générale la répétition de ce qui a été payé sur une cause illicite. Tout ce que l'on pourrait dire pour justifier cette disposition, c'est que personne n'est reçu à invoquer sa propre turpitude. Mais ce serait donner à cette maxime une portée trop générale peut-être. Quoi qu'il en soit, étant donné que les règles du Code sont fondées, en ce qu'elles refusent l'action du chef de dettes de jeu, sur des raisons d'ordre public absolu, il est clair que l'exception pourra être opposée devant nos tribunaux chaque fois qu'il s'agira de jeux ou paris ayant eu lieu sur notre territoire. Elle pourra l'être également, de l'avis de tous, aux Belges qui se fonderaient sur une dette de jeu contractée vis-à-vis d'eux dans un pays quelconque, lors même que le débiteur serait étranger. Les auteurs enseignent même pour la plupart, que l'exception de jeu peut toujours être soulevée

(1) Art. 1967.

devant les tribunaux d'un pays dont la législation l'admet, alors même qu'il s'agirait d'étrangers, et que l'opération se serait accomplie dans un pays où l'exception n'est pas admise (1). Nous avons examiné la question plus haut, et nous n'y reviendrons pas ici, nous référant à nos observations.

1372. — Mais il est une question que la doctrine ni la jurisprudence ne semblent avoir touchée, et qui présente cependant de l'importance. Supposons que quelque loi étrangère, plus logique peut-être que la loi belge, admette l'action en répétition des sommes payées en vertu d'une dette de jeu, cette loi pourrait-elle recevoir application dans notre pays, et à quelles conditions? Il ne nous paraît pas que notre ordre public s'y oppose d'une manière absolue. Comment pourrait-il y faire obstacle, puisqu'il s'agit après tout d'une obligation fondée sur une cause illicite? Et cependant il s'agit d'une prescription obligatoire, de telle manière que la seule question est de savoir pour qui elle l'est. Elle ne peut l'être, nous paraît-il, qu'en vertu de la loi nationale de celui qui agit, ou à raison du lieu où l'on a joué. Elle ne l'est donc pas pour l'étranger auquel pareille action n'est pas interdite par sa loi nationale, et qui a joué dans un pays où elle serait reçue. Appliquer en cette matière la *lex fori*, comme lorsqu'il s'agit de l'action en *paiement* d'une dette de jeu devant les tribunaux d'un pays où cette action est proscrite, ce serait admettre que l'ordre public y est intéressé. Tout ce que l'on pourrait dire pour justifier cette application de la *lex fori*, c'est que la répudiation de l'action en répétition fait partie de l'ensemble des mesures organisées pour frapper le jeu d'inertie, et constitue une espèce de pénalité, atteignant même celui qui a perdu. Mais telle ne paraît pas avoir été la pensée des auteurs du Code; tel ne semble pas l'esprit de la loi. S'ils ont repoussé l'action en répétition, c'est plutôt parce que le paiement leur a paru fait en vertu d'une obligation, à laquelle le perdant se croyait tenu dans le for de la conscience.

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Jeu et pari*, n° 2, et les nombreuses autorités citées.

1373. — Le Code traite de la rente viagère dans les art. 1968 à 1983. Mais l'art. 1982 est devenu sans objet, par suite de l'art. 13 de la Constitution abolissant la mort civile. Les art. 1968 à 1976 concernent les conditions de validité de la rente viagère, et les art. 1977 à 1983 ses effets. Nous nous occuperons d'abord des conditions de validité. Les art. 1968 et 1969, al. 1er, ne donnent lieu évidemment à aucune difficulté ; ils ne font que consacrer la liberté des parties. Les art. 1969, al. 2, et 1973, al. 2, concernent la forme : elle est soumise à la *lex loci actus*. Pour apprécier quand la rente viagère constituée à titre gratuit est réductible, suivant le prescrit de l'art. 1970, il faut examiner quelle est la loi applicable au débit rentier, à celui qui a constitué la rente, en ce qui concerne la réserve et la quotité disponible. Les art. 1971, 1972 et 1973, al. 1, constituent des dispositions permissives et non prohibitives. Mais ici l'on concevrait parfaitement des divergences de législations ; on concevrait, par exemple, que telle ou telle loi étrangère interdise de constituer une rente viagère sur la tête d'un tiers ou au profit d'un tiers. Dans quels cas pareille prohibition devrait-elle être reconnue par nos tribunaux ? Nous pensons qu'il y aurait lieu de l'appliquer, s'il s'agissait d'un contrat passé dans un pays où cette prohibition existe, car elle ne pourrait être fondée que sur des motifs d'ordre public : l'acte s'est accompli, en ce cas, dans le domaine d'une loi étrangère. Nous croyons de plus qu'elle devrait être respectée, s'agissant même d'un contrat formé dans notre pays, s'il était interdit à l'une et à l'autre des parties contractantes par leur loi nationale. Si notre ordre public ne s'oppose pas au maintien d'une pareille convention, on ne voit pas pourquoi il s'opposerait à ce qu'elle fût annulée, s'agissant d'étrangers auxquels elle est interdite par leur loi nationale.

1374. — Les art. 1974 et 1975, déclarant sans effet la rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, *ou qui était atteinte à cette époque de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours*

de la date du contrat, ne sont, d'après Brocher [1], que les conséquences des règles du Code relatives à la cause des contrats. Cela est exact, surtout pour ce qui concerne l'art. 1974. Quant à l'art. 1975, il est plutôt une application étendue de ces règles. Mais, où il est impossible de suivre Brocher, c'est quand il déclare que ces dispositions semblent rentrer sous l'application du § 2 de l'art. 3 du Code civil, si la rente viagère a pour correspectif un immeuble sis en France. « Le bon régime des biens immobiliers sur le territoire » dit-il, « nous semble exiger qu'il en soit ainsi : un acte que la loi française déclare foncièrement nul pourrait difficilement avoir pour conséquence, de priver de son droit le propriétaire d'un fonds placé sous la protection de cette loi. » Nous ne voyons pas ce que ces dispositions peuvent avoir de commun avec le bon régime immobilier. Parce qu'un fonds est placé sous la protection de la loi française, il ne s'en suit pas que le propriétaire de ce fonds soit placé sous cette même protection. Nous ne voyons aucun motif pour appliquer ici la loi du lieu de la situation, et nous ne croyons pas en conséquence qu'un contrat de ce genre serait nul, par cela seul qu'il aurait pour correspectif des biens situés en Belgique. Mais il est indiscutable que ces règles sont obligatoires pour des Belges qui contractent en Belgique, et nous croyons qu'on en ferait l'application même aux étrangers qui contracteraient en Belgique. La première est en effet basée sur les principes relatifs à la cause, la seconde sur une présomption de fraude. Suffira-t-il pour faire une pareille convention valable aux yeux de la loi belge, de se rendre dans un pays étranger où elle serait permise? Il nous est bien difficile de l'admettre ; il s'agit d'une règle qui limite en somme la capacité des parties en ce qui concerne ce contrat spécial ; et, en thèse générale, les parties ne sont pas relevées de leurs incapacités en se transportant dans un autre territoire. Nous croyons donc que de pareilles conventions seront nulles entre Belges, lors même qu'elles

(1) Op. cit., T. II, p. 270.

seraient conclues en pays étranger. Il ne s'agit pas ici de savoir à quelle loi les parties *se sont soumises*, mais à quelle loi elles *sont soumises* par la nature des choses.

1375. — L'art. 1976 est encore une disposition purement permissive. Les parties peuvent constituer la rente viagère au taux qu'il leur plait de fixer. Mais il nous paraît que la loi locale et la loi nationale ont l'une et l'autre compétence, pour limiter à cet égard la liberté des parties contractantes. Et, pour autant qu'elles ne disposent pas en dehors des limites de leur compétence, ces dispositions doivent être respectées partout où elles ne sont pas en opposition avec l'ordre public. Si toutefois de pareilles limitations ne paraissaient avoir rien de commun avec l'ordre public absolu, ou avec les intérêts économiques du pays où elles sont établies, elles ne s'appliqueraient pas, pensons-nous, à des conventions conclues exclusivement entre étrangers.

1376. — Les dispositions des art. 1977 à 1980 inclusivement rentrent dans le droit supplétif. Les parties pourraient certes y déroger par des stipulations expresses. Pourquoi ces dérogations ne pourraient-elles pas résulter de ce qu'elles doivent être considérées comme s'étant placées sous le régime de telle ou telle législation étrangère? Il s'agit donc avant tout ici de rechercher leur volonté. A cet égard, nous pensons qu'en l'absence de circonstances spéciales indicatives d'une volonté contraire, il faut attribuer une grande importance au lieu du domicile du débit rentier. Ce qui nous détermine à penser qu'il en est ainsi, c'est la nature même de ce contrat, le fait que son exécution se prolonge pendant un certain temps, et se localise en somme là où le débiteur est domicilié. S'il y a lieu de procéder à des mesures d'exécution, c'est là qu'elles peuvent être prises utilement en thèse générale. Il est naturel de supposer que celui qui constitue une rente n'ait en vue que les lois en vigueur là où il est domicilié, où il est établi. C'est sur ce lieu également que doit se concentrer l'attente légitime du crédit rentier. La solution de la question ne nous paraît pas douteuse,

lorsqu'il s'agit d'une constitution gratuite. Le crédit rentier ne peut pas supposer, dans ce cas, que le constituant songe à s'obliger dans des conditions plus dures que celles établies par la loi de son domicile, et ne peut s'en plaindre. Et nous croyons devoir appliquer le même principe si le contrat est à titre onéreux, parce que, s'il est vrai qu'il y ait dans ce cas charge et obligation des deux parts, l'une de ces obligations se réalise immédiatement, tandis que celle du constituant se répartit sur un nombre indéfini de jours, de mois ou d'années.

1377. — Il en est autrement, nous paraît-il, de la disposition de l'art. 1981, aux termes duquel la rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. Voici encore une disposition limitative de la liberté des parties. Et le motif de cette disposition est assez facile à concevoir. L'intérêt des tiers créanciers est en jeu, et l'on considère ordinairement l'intérêt des tiers comme un intérêt général, un intérêt public. On peut même affirmer que l'intérêt des tiers est le motif de la disposition. Nous croyons donc, avec Brocher, que là où existe une disposition de ce genre, elle est applicable d'une manière absolue aux meubles comme aux immeubles, même dans le cas ou le contrat intervien-drait en pays étranger, et, ajouterons-nous, entre étrangers. Brocher fait remarquer, du reste, que les mesures d'exécution sont, en général, régies par la loi territoriale. Cette considération nous paraît très sérieuse, lorsque la loi défend d'exclure conventionnellement telle ou telle mesure d'exécution; et cette défense nous paraît justifiée, lorsque la convention tend à exclure des mesures d'exécution de la part des tiers, par une grave dérogation au principe suivant lequel *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*.

1378. — L'art. 1982, aux termes duquel la rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile de son propriétaire, est sans intérêt dans notre pays, où la mort civile est abolie. Mais on peut se demander quel serait l'effet d'une loi étrangère admettant la mort civile, et d'après laquelle

la rente viagère prendrait fin par la mort civile du propriétaire, s'il s'agissait d'un contrat conclu entre ses sujets, et si la question était portée devant nos tribunaux. Il est certain, nous paraît-il, que si le contrat avait été passé en Belgique, nos juges ne considéreraient point la mort civile du crédit rentier comme pouvant y mettre fin, quelle que soit sa nationalité. En vain objecterait-on que la capacité de l'étranger est régie par sa loi personnelle, c'est-à-dire, d'après nous, par sa loi nationale. La réponse est d'abord, qu'il s'agit dans l'espèce d'une incapacité répudiée par nos mœurs et par notre droit public, en second lieu que, sainement entendu, le principe d'après lequel la capacité des personnes est régie en tout lieu par la loi personnelle ne s'applique d'une manière absolue qu'à la capacité d'agir *(Handlungsfähigkeit)*, c'est-à-dire à la capacité d'exercer soi-même un droit que l'on possède, et non à la capacité du droit *(Rechtsfähigkeit)*, laquelle se confond souvent avec le droit lui-même. La mort civile n'est pas seulement l'incapacité à l'effet d'exercer les droits, c'est la négation des droits eux-mêmes. Or, considérer l'étranger se trouvant en Belgique comme mort aux yeux de la loi civile, comme sans droits, c'est se mettre en contradiction avec le principe qui trouve singulièrement faveur aujourd'hui dans la théorie du droit international privé, qui est consacré par notre droit constitutionnel, et aux termes duquel l'étranger est assimilé en règle au national.

1379. — Nous irions même plus loin. Nous pensons que les conventions, les acquisitions, les actes juridiques faits par un étranger (frappé de mort civile), dans un pays où cette institution n'est point admise, ne pourraient être considérés comme nuls même par les tribunaux de son propre pays. Nous croyons que cette institution de pur droit civil n'a, par la force des choses, qu'un effet purement local. Il en a été décidé ainsi par la Cour de Cassation de France (arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 janvier 1807 (1)), s'agissant des émigrés frappés de mort

(1) Sirey. 7, 1, 123. — Il y a toutefois de nombreux arrêts en sens contraire.

civile par les lois de la Révolution. Il est bien vrai que la Cour s'est fondée sur le caractère essentiellement politique de cette déchéance. Mais nous pensons qu'il doit en être de même dans tous les cas où la mort civile est édictée. L'Etat n'a pas intérêt à ce que ses sujets, frappés par lui de cette incapacité de droit, restent sous le coup de cette incapacité, quand ils se trouvent en pays étranger. Il ne nous paraît avoir ni le droit d'exiger qu'ils le soient, ni le pouvoir matériel de les y maintenir.

1380. — Mais autre est la question de savoir quel serait l'effet des actes juridiques accomplis par des étrangers frappés de mort civile, dans le pays où ils sont considérés comme morts civilement. Ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, nuls d'après leur loi nationale et d'après la loi du lieu où ils sont accomplis, ces actes ne peuvent revivre lorsqu'ils vont s'établir dans un autre pays. En vain objecterait-on que ces actes ne sont pas nuls en regard des autres pays où cette incapacité n'est point reconnue. Il nous semble que les autres Etats n'ont aucune compétence pour apprécier la validité de ces actes ; ils n'en ont ni à raison de la nationalité des parties, ni à raison du lieu du contrat. En vain objecterait-on également que cette nullité ne pourrait être reconnue par nos tribunaux, sans qu'ils rendent hommage à des institutions étrangères contraires à notre droit public. Ils ne feraient en somme que reconnaître les effets déjà produits par la législation étrangère, dans un domaine qui échappe absolument à l'action de notre législateur. Toutefois, il n'en est pas de même lorsqu'il ne s'agit pas de la validité ou de la nullité initiale du contrat, mais, comme dans l'espèce, de déterminer l'influence que peut exercer sur les effets de ce contrat une institution étrangère contraire à notre droit, et si elle peut avoir pour effet d'y mettre fin, alors même que le contrat s'exécute et doit s'exécuter dans notre pays. Nous croyons que nos tribunaux se refuseraient à y voir une cause d'extinction des obligations contractuelles. A plus forte raison s'y refuseraient-ils, s'il s'agissait d'*un Belge* réputé mort civil en pays étranger.

1381. — Nous n'avons qu'un mot à dire de la règle de l'art. 1983, aux termes de laquelle le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence, ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée. C'est une règle de raison fondée sur la maxime générale : *actor probat actionem*, et il n'est pas probable qu'il existe, sur ce point, une divergence entre les législations. Mais, s'il en existait, nous n'hésiterions pas à préconiser l'application de la *lex fori*. A la vérité, le fond de la preuve, la question de savoir à quels modes de preuve on peut recourir, touche au droit matériel, et l'on applique généralement en pareille matière la règle *locus regit actum*. Mais la forme des preuves, et l'ordre dans lequel elles doivent être subministrées touchent à la procédure. Et au surplus, il ne s'agit pas ici de la preuve du contrat, mais de la preuve de l'aptitude personnelle à en réclamer le bénéfice.

TITRE XXX.

DU MANDAT.

1382. — Brocher dit que le mandat est un des actes où l'on trouve les plus grandes complications au point de vue de la doctrine du droit international privé. Il n'y consacre cependant qu'une dizaine de pages; mais il est vrai de dire qu'il restreint son étude au mandat proprement dit, impliquant simplement représentation d'une personne par une autre, et en exclut la commission, l'ordre, la commande « ou tout autre acte, portant autorisation d'agir de telle ou telle manière ». Nous ne connaissons aucun autre auteur qui ait fait du mandat une étude spéciale au point de vue de notre doctrine. Un certain nombre indiquent quelques règles générales, mais sans rencontrer les difficultés que soulève leur application.

A l'exemple de Brocher, nous nous bornerons à parler du mandat proprement dit. Il se distingue essentiellement de la commission, qui, du reste, appartient au droit commercial, en ce que le commissionnaire agit en son propre nom, et non pas au nom du mandant. Quant à l'ordre, ou à la commande, leurs effets dépendent essentiellement de la nature de l'ordre ou de la commande. Ils ne constituent pas des contrats d'une espèce particulière. Il en peut résulter un louage d'ouvrage ou un achat, suivant les circonstances, ou même tel autre contrat.

1383. — La légalité du mandat, aux fins d'accomplir un acte juridique, peut se trouver exclue par des dispositions particulières, interdisant son accomplissement par

mandataire, exigeant l'intervention personnelle des parties. Brocher cite, comme rentrant dans cette catégorie d'actes, la célébration du mariage (art. 36 et 75, C. civ.)[1], la prononciation du divorce (art. 264, 266 et 294, C. civ.), la comparution personnelle des parties, ou leur prestation de serment (art. 121 et 877, Pr. civ.). Il y a, du reste, bien d'autres actes juridiques qui ne peuvent être accomplis par mandataires, en vertu de leur nature même, et malgré l'absence de dispositions spéciales. — Brocher est d'avis que l'élément des formalités extérieures semble devoir généralement prédominer, en ces matières, où la loi suppose que les parties agissent directement et personnellement. Nous admettons ce principe, et il est évident qu'il s'impose lorsqu'il s'agit d'actes de procédure. Il paraît un peu plus douteux, s'agissant, par exemple, de la célébration du mariage ou du divorce. Mais, étant donnée la portée que l'on attribue en général à la règle *locus regit actum*, dans l'état actuel du droit international privé, nous croyons que cette solution est logique. Si l'on en revenait, cependant, à des notions plus saines, à notre avis, si, lorsque la loi prescrit certaines solennités, on considérait cette loi comme applicable aux nationaux, même en pays étranger, en ce qui touche le prescrit de la solennité, il faudrait peut-être admettre une solution différente.

1384. — Brocher émet du reste lui-même des doutes sur l'application de la règle *locus regit actum*, en ce qui concerne certaines questions qui touchent au statut personnel, par exemple en ce qui concerne la régularité d'un mandat impératif, aux fins de prendre part aux délibérations d'un conseil de famille, question fort controversée en droit français, mais qui nous paraît devoir être tranchée négativement, et en ce qui concerne la validité du mandat général, donné par le mari à sa femme. Brocher pense que de pareilles questions doivent généralement ressortir au statut personnel, « puisqu'il s'agit du fonc-

(1) Pour le mariage il y a cependant controverse.

tionnement de règles rentrant bien manifestement dans cette partie de droit ». L'observation est très exacte. On appliquera donc la loi nationale de l'incapable, s'agissant du mandat impératif; la loi qui régit le mariage, c'est-à-dire la loi nationale du mari, en ce qui touche la validité du mandat général, donné par le mari à sa femme. En vain objecterait-on, pour réclamer l'application de la maxime *locus regit actum*, que le mandat impératif, et le mandat général, ne sont que des formes particulières du mandat. On se laisserait égarer par la signification un peu ambiguë du mot : formes. Ce qui est dominé par la loi du lieu, c'est la question de savoir dans quelle forme ce mandat impératif, ou ce mandat général, pourra être donné, et cette question subsiste après la solution de la première, celle de savoir si pareil mandat est légal. Ce sont, en réalité, des variétés du mandat; mais la forme, c'est ce qui révèle l'acte juridique, ce qui en constitue la traduction, la manifestation extérieure.

1385. — L'art. 1984 définit le mandat, et cette définition a été vivement critiquée. Ces critiques ne sont cependant pas absolument justes. On reproche au législateur d'avoir confondu le mandat avec la procuration, mais le mot *mandat* est souvent employé dans le sens d'acte unilatéral comme le mot procuration, et n'est pas nécessairement l'équivalent des mots *contrat de mandat*. Le législateur a du reste soin d'ajouter que le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. Quoi qu'il en soit, ce qui caractérise ce contrat en droit français et dans notre droit, c'est que le mandataire agit au *nom du mandant*, comme nous l'avons dit plus haut. Il ne pourra donc être question d'appliquer toutes les règles qui régissent le mandat, d'après notre droit, qu'à la convention qui présente d'après nos lois le caractère de mandat. Sinon elles ne pourront y recevoir application que dans la mesure où notre loi le prescrit, quand les parties y sont soumises obligatoirement ou sont censées s'y être soumises en fait, suivant qu'il s'agit de dispositions impératives ou facultatives.

1386. — L'art. 1985 concerne la forme du contrat de mandat, et contient des règles en apparence différentes, en ce qui concerne le mandat en lui-même et son acceptation : car il semble en résulter que si l'acceptation peut être tacite, il n'en est pas de même de la procuration. Mais on admet généralement que celle-ci peut être tacite également. Comment en fera-t-on la preuve dans ce cas? Si l'existence du mandat tacite est déduite d'un fait juridique, ce qui est la règle, la preuve ne pourra être faite que d'après les principes généraux du droit, c'est-à-dire par écrit, s'il s'agit de sommes ou valeurs supérieures à 150 francs. Il est toujours possible au mandataire de s'en procurer une preuve écrite. Laurent pense qu'il en est de même de l'acceptation tacite, tout en reconnaissant que ce n'est pas l'opinion générale. Nous nous rangeons à l'opinion générale, non pas à cause des termes de l'article, mais parce que l'exécution du mandat est un fait dans lequel n'intervient point le mandant, et dont il ne lui est pas possible de se procurer une preuve par écrit.

Et maintenant quelle est la loi qui régit le mandat quant à la forme? Si la question ne présente en général aucun intérêt, en ce qui concerne la validité du contrat, le mandat n'étant en principe un contrat solennel dans aucune des législations que nous connaissions, sauf quand il s'agit du mandat aux fins d'accomplir certains actes juridiques, elle peut en présenter quant à la preuve. Quand le mandat et l'acceptation se font dans le même lieu, ou dans des lieux soumis à la même législation, aucune difficulté. Mais la difficulté naît aussitôt que le mandat et l'acceptation se font dans des pays différents. Faut-il rechercher dans ce cas dans quel pays le contrat est censé se former? Ou bien faut-il envisager la procuration et l'acceptation comme deux actes juridiques distincts, en ce qui concerne la forme, et appliquer à chacun d'eux la loi du lieu où il est accompli? Nous fondant sur l'origine même de la règle *locus regit actum*, sur ce que son but principal est de rendre les actes de la vie juridique possibles en tout lieu, nous pensons qu'à ce point de vue,

le contrat du mandat doit être considéré comme scindé, que l'on doit envisager isolément chacun des actes juridiques dont il se compose. Chacun d'eux sera régi par la loi du lieu où il est accompli[1].

L'auteur d'un traité récent sur la règle *locus regit actum*, M. Buzzati, semble bien admettre cette application si absolue de la maxime. Voici en effet comment il s'exprime : « Si l'acceptation est faite après coup par un mandataire du donataire, nous ne croyons pas que la forme authentique du mandat, requise par certains Codes, soit nécessaire, s'il n'est pas requis par la loi du lieu où le mandat est fait, qu'il soit passé devant un fonctionnaire public[2]. » Il est vrai qu'il n'envisage pas séparément le mandat et son acceptation, mais il envisage séparément la donation et son acceptation pour appliquer la loi du lieu de l'acte à chacun de ces fractionnements de l'acte juridique, et la question est analogue pour le mandat.

1387. — Lorsque l'on admet l'applicabilité à l'un et à l'autre de ces actes juridiques d'une loi unique, de la loi du lieu où le contrat se forme, on se trouve en présence d'une sérieuse difficulté, difficulté qu'il faut résoudre d'ailleurs, parce que sa solution peut présenter de l'importance au point de vue d'autres questions. Quel est le lieu du contrat lorsque la procuration et l'acceptation s'opèrent dans des lieux différents? Nous avons dit qu'en thèse générale, c'est, dans le cas d'un contrat conclu par correspondance, celui où l'auteur de la proposition ou de l'offre reçoit la réponse de celui à qui elle a été faite. Cela est très vrai lorsque l'acte initial consiste dans une offre à proprement parler. Mais nous avons admis des exceptions dans le cas où la volonté des parties semble avoir été différente, et ces exceptions peuvent même être fondées sur les usages du commerce auxquels elles sont censées se conformer. Elles peuvent aussi résulter de la nature du contrat, et il en est ainsi dans le mandat en particulier.

(1) Nous avons examiné la même question, en ce qui concerne la donation, au nº 815.

(2) Buzzati. Op. cit., p. 372.

— Dans le mandat, celui qui donne procuration ne fait pas *une offre :* il confie *une mission, une charge*. Or, il arrivera fort souvent, en fait, que, si le contrat n'a pas lieu *inter præsentes*, le mandant ne s'attende pas même à recevoir une réponse expresse du mandataire. Que celui-ci exécute le mandat, et tout sera dit : le contrat se parfait par son exécution même. Et dès lors où se parfait-il? Là où l'exécution se produit. Il ne faut pas que cette exécution soit portée à la connaissance du mandant. S'il fallait donc appliquer aux deux éléments juridiques du contrat la loi du lieu du contrat, en ce qui concerne la forme, il s'en suivrait que la forme de la procuration serait régie par la loi du lieu de l'exécution, ce qui nous paraît inadmissible(1).

1388. — Il en peut être autrement quand il s'agit d'une forme impérativement prescrite par la loi du lieu de l'exécution, pour l'acquisition d'un droit réel, par exemple pour la validité d'un mandat aux fins de constituer une hypothèque sur un immeuble situé dans ce pays, ou de transmettre quelque droit réel par un acte ayant effet même vis-à-vis des tiers. On peut consentir des hypothèques sur des immeubles situés en Belgique par des actes passés en pays étranger, mais le président du tribunal civil doit vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils

(1) Laurent repousse cependant cette opinion en ce qui concerne le lieu de formation du contrat, et il persiste à considérer, même dans ce cas, comme lieu du contrat, celui où l'acceptation vient à la connaissance de l'auteur de la proposition. Cela nous paraît insoutenable. Fiore fait observer que, dans le mandat, la volonté manifestée par le proposant l'oblige aussitôt qu'elle est connue du mandataire, et qu'on doit la considérer comme la volonté actuelle du proposant, tant qu'il ne l'a pas formellement révoquée, c'est-à-dire jusqu'à ce que le changement de volonté ait été connu du mandataire. Et il base cette doctrine sur l'autorité du droit romain : « *Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emeres, mandati tibi obligatus ero.* » (Fiore.Op. cit., p. 109). Sans méconnaître l'autorité du droit romain, nous pensons que la saine raison et la nature du contrat doivent faire admettre la même solution. Celui qui donne mandat de faire une chose, consent implicitement à ce que la chose soit faite, sans attendre que le mandataire ait expressément accepté. Si celui-ci exécute avant que la révocation ne parvienne à sa connaissance, il agit en vertu du mandat. Il suffit pour cela que la chose puisse être exécutée immédiatement sans avertissement nouveau.

ont été reçus (art. 77, loi hyp.). Si l'hypothèque peut être consentie en pays étranger, il est évident qu'elle pourra l'être également en Belgique, en vertu d'une procuration donnée en pays étranger. Mais en quelle forme la procuration devra-t-elle être faite? En forme authentique, évidemment. La règle *locus regit actum* ne reprend alors son empire que pour la détermination des éléments de l'authenticité. De même, pour pouvoir être opposé aux tiers, qui auraient contracté sans fraude, tout acte entre vifs à titre onéreux ou gratuit, translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers, doit être transcrit d'après notre législation, et il en est de même de certains actes analogues, par exemple des baux de plus de neuf années. Mais la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques, ou les actes sous seing privé, qui ont acquis une espèce d'authenticité *ex post-facto* par la reconnaissance en justice ou devant notaire, et les procurations doivent être données dans la même forme. Nous pensons, en conséquence, que si une aliénation immobilière était faite en Belgique, en vertu d'une procuration donnée en pays étranger, cette procuration devrait également être authentique, sauf à appliquer la loi étrangère quant à la détermination des éléments de l'authenticité. La loi ne distingue pas d'après le lieu où la procuration est donnée.

1389. — L'art. 1986 dispose que le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. Voici bien une disposition de droit supplétif, et il se peut que, d'après telle ou telle loi étrangère, le mandat soit de sa nature salarié, sauf convention contraire. S'il fallait s'en tenir aux principes généraux admis par beaucoup d'auteurs, proposés par Laurent et par la commission de revision du Code civil en Belgique, les parties seraient censées se soumettre, quant aux effets du contrat, à leur loi nationale commune, ou, en cas de nationalité différente, à la loi du lieu du contrat. On sait que beaucoup d'autres auteurs recommandent en principe l'application de la loi du lieu du contrat. Et cependant, en ce qui concerne spécialement le mandat, il existe une tendance marquée à appliquer la loi person-

nelle du mandant. Ainsi il a été jugé qu'entre commerçant et commis voyageur, l'étendue des pouvoirs de ce dernier devait être régie par la loi personnelle du mandant. Laurent applique toujours la loi personnelle du mandant. Il est vrai que c'est comme loi du lieu du contrat. Mais nous avons vu qu'il n'est pas possible de soutenir que le lieu du contrat soit toujours le lieu où l'acceptation du mandat parvient à la connaissance du mandant. La diversité des opinions qui ont été formulées sur ce point nous encourage à exprimer la nôtre. Nous estimons que, chacun étant présumé connaître la loi sous l'empire de laquelle il agit habituellement, et accepter cette loi comme règle de ses relations juridiques, le mandant doit être censé donner mandat dans les conditions établies par la loi de son domicile. Le mandataire doit donc présumer que le mandat est donné dans ces conditions. S'il l'accepte, ou l'exécute sans réserves, il est censé accepter ces conditions, qu'il les connaisse ou les ignore. C'est donc la loi du domicile du mandant, c'est-à-dire, en général, la loi du lieu où la procuration est donnée, mais pas toujours, qui prévaudra. C'est donc d'après cette loi que l'on déterminera si le mandat est salarié ou ne l'est pas. Il ne nous paraît pas qu'il soit rationnel de faire intervenir ici la loi nationale, s'agissant des effets du contrat subordonnés à la volonté des parties. Il est beaucoup plus naturel de supposer que le mandant s'en est référé à la loi sous l'empire de laquelle il vit actuellement, qui est observée autour de lui, et de la portée exacte de laquelle il peut aisément s'informer. Si le mandataire ne connaît pas cette loi, il n'acceptera pas sans s'en être informé.

Nous pensons que ce système doit recevoir application notamment en ce qui concerne les rapports d'une maison de commerce avec son représentant ou ses commis voyageurs, tout en faisant observer que la règle est dans ce cas que le mandat est salarié, règle établie par les usages du commerce. Mais il en est autrement, lorsque le mandataire est une personne, dont la profession spéciale est d'agir pour autrui, qui apparait comme telle au public. Nous

ne parlons pas seulement des avocats, des avoués, même dans les pays où ces professions sont libres, mais des agents d'affaires. Et nous croyons qu'il en est de même, en matière commerciale, des commissionnaires et courtiers qui sont des espèces de mandataires. On ne peut pas supposer qu'ils aient l'intention de diversifier les conditions dans lesquelles ils entendent prêter leur ministère, suivant la nationalité ou le domicile de ceux qui s'adressent à eux, ou même suivant le lieu du contrat; et le public ne se fait certainement aucune illusion à cet égard. Il y a lieu d'appliquer sans nul doute la loi du lieu où ils exercent leur profession. Et nous constatons qu'en ce qui concerne la commission spécialement, c'est bien à la loi et aux usages en vigueur au dit lieu que les tribunaux recourent, sans se préoccuper d'examiner où le contrat est conclu, ni quelle est la nationalité du commettant.

1390. — Il règne sur ce point une assez grande confusion dans la doctrine et la jurisprudence. Quelques auteurs appliquent la loi du lieu du contrat au mandat comme aux autres contrats. Tels Fiore, Despagnet, Laurent (1). Mais l'accord n'est qu'apparent, le lieu du contrat étant, d'après Fiore et Despagnet, celui ou le mandataire accepte le mandat, d'après Laurent, celui où l'acceptation parvient à la connaissance du mandant. Weiss, comme la plupart des auteurs, ne s'occupe pas spécialement du mandat, si ce n'est au point de vue de l'effet des conventions conclues en vertu du mandat. Asser et Rivier, cités par MM. Vincent et Pénaud comme partisans de l'application, suivant les circonstances, de la loi personnelle du mandant, s'occupent au passage indiqué d'une espèce particulière de mandataire commercial, le fondé de procuration des législations allemande et suisse, et non du mandat civil (2). Bossion paraît en général favorable à l'application de la loi personnelle du mandant (3). Et il a été jugé qu'entre commerçant et commis voyageur l'étendue des pouvoirs du

(1) Fiore. Op. cit., p. 410 — Despagnet. nº 411. — Laurent. T. VII, p. 542.
(2) *Dict.*, vº *Mandat*, nº 7. — Asser et Rivier. Op. cit., nº 97.
(3) Bossion. *Conflits* etc., p. 216.

dernier devait être appréciée d'après la loi personnelle du mandant[1]. Ceci nous paraît incontestable, mais par des motifs particuliers, à raison notamment des rapports de subordination existant de la part des employés vis-à-vis du patron, et qui doivent faire présumer qu'ils acceptent une loi unique : celle du patron. Mais même en dehors de ces cas, nous persistons, sauf les restrictions indiquées plus haut, s'agissant notamment de la question de savoir si le mandat est salarié ou non, à donner la préférence à la loi personnelle du mandant, et pour préciser davantage notre pensée, à la loi de son domicile. De Bar semble, au premier abord, d'une opinion contraire[2]. Mais il ne s'occupe, en réalité, que de la question de savoir, dans quelle mesure le mandant est responsable des actes accomplis par le mandataire, question toute différente, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer les droits des tiers contre le mandant. Il paraît conforme à la théorie générale de cet auteur de régler tout au moins les obligations du mandant vis-a-vis du mandataire, d'après la loi du domicile du débiteur, c'est-à-dire du mandant. Le système de Savigny semble conduire à la même conclusion en fait.

1391. — Les art. 1787 à 1789 ne concernent pas seulement les effets du mandat entre mandant et mandataire, mais indirectement ses effets vis-à-vis des tiers. L'art. 1987 distingue le mandat général et le mandat spécial. L'art. 1988 dispose que le mandat général n'embrasse que les actes d'administration, et que pour aliéner, hypothéquer, ou faire quelque acte de propriété, il faut un mandat exprès; l'art. 1989 stipule que le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat, et que le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. Et de là une conséquence importante au point de vue des tiers : c'est que le mandant n'est tenu d'exécuter les engagements du mandataire que dans la limite des pouvoirs de celui-ci (art. 1998). Il s'agit donc de dispositions qui n'intéressent pas seulement les parties, mais

(1) Tr. de Leipzig. *J. de dr. int. privé*, 1874, p. 81.
(2) De Bar. Op. cit., T II, p. 108.

les tiers. Au point de vue des rapports entre les parties, nous appliquerons sans hésitation la loi du lieu du domicile du mandant. Au point de vue des rapports avec les tiers, de leurs droits contre le mandant, la question est plus douteuse. Brocher ne semble pas s'exprimer très nettement sur cette difficulté. Mais il dit cependant que l'engagement du mandant peut être régi par autant de lois qu'il y a d'opérations différentes, à moins que les pouvoirs n'aient été donnés que pour en faire usage dans telle ou telle localité seulement[1]. Il en résulterait que la question de savoir ce que comporte le mandat donné en termes généraux, au point de vue des tiers, serait régie par différentes lois, et varierait suivant le lieu où le mandat est exécuté.

Laurent ne s'explique pas non plus nettement sur la question. Il constate tout d'abord que, d'après l'opinion générale, le contrat que fait le mandataire est régi par la loi du lieu où il se fait, et semble approuver cette opinion[2]. L'on objecterait vainement, dit-il, que le contrat sera régi, dans ce cas, par une loi que le mandant peut ne pas connaître. « On répond, et la réponse est péremptoire, que la loi du lieu est une présomption légale, et le législateur recourt à la présomption par nécessité... il ne tient qu'aux parties de prévenir une présomption qui peut ne pas répondre à leur volonté. » Mais au n° 456, après avoir approuvé une décision du tribunal de Leipzig, aux termes de laquelle, s'agissant d'un commis-voyageur qui a traité en pays étranger, il faut suivre la loi du commettant, il dit, quelques lignes plus loin, que le contrat, fait par le commis, sera régi par la loi du lieu où il se fait. La contradiction semble palpable.

1392. — Il nous semble qu'il y a dans tout cela une fâcheuse confusion d'idées. On peut se demander quel est l'effet du contrat conclu par le mandataire avec des tiers, au point de vue de la question de savoir si le mandant est lié ou non vis-à-vis des tiers. Mais il ne s'agit alors, après

(1) Op. cit., T. II, p. 281.
(2) *Droit civil international*, T. VII, pp. 544 et ss.

tout, que de préciser l'objet du mandat, notamment de son *étendue*. Et nous pensons, conformément à la doctrine du tribunal de Leipzig, qu'il faut appliquer la loi du domicile du mandant. Telle est, croyons-nous, la véritable portée de la décision de ce tribunal, décision très importante, parce qu'en Allemagne, comme en Suisse, les fondés de procuration de commerçants ont la capacité générale de représenter leur chef dans l'exercice de son commerce ou de son industrie, sans qu'on puisse opposer aux tiers une restriction de leurs pouvoirs. Mais il peut s'agir de déterminer les effets du contrat fait par le mandataire, abstraction faite de cette question préalable, de celle de savoir *s'il a pu lier le mandant*, et en la supposant résolue affirmativement. C'est probablement en vue de cette hypothèse que Laurent préconise l'application de la loi du lieu du contrat, fait par le mandataire. Mais, lorsqu'il dit que cette loi est une présomption légale, que le législateur recourt à une présomption par nécessité et que cela est péremptoire, il nous force à demander quelle est la loi qui établit la portée de cette présomption. Il n'y en a pas. Il nous paraît donc que la question de savoir quelle est la loi qui régit les effets du contrat, fait par le mandataire, doit être résolue d'après la nature de ce contrat, et conformément aux principes généraux. Dès que le mandant a été valablement représenté par le mandataire, on détermine la portée du contrat, fait par ce dernier, comme si le mandant avait agi lui-même, parce que le mandant, comme le fait observer Casaregis, est censé présent là où il est représenté par son agent. Mais on n'appliquera pas nécessairement la loi du lieu du contrat; on appliquera la loi à laquelle le mandataire et le tiers, avec lequel il a contracté, sont censés s'être soumis, d'après les présomptions que nous avons indiquées, a propos de chaque espèce de contrat.

1393. — Ce n'est pas cependant sans certaines restrictions que nous appliquerons la loi personnelle du mandant, et spécialement la loi de son domicile, quant à sa responsabilité vis-à-vis des tiers du chef des actes accomplis par

le mandataire. Aucun obstacle ne s'y oppose lorsque cette loi étend les obligations du mandant au-delà de la mesure fixée par la législation locale, par la loi du lieu où le mandataire s'engage. Mais il en est autrement si cette dernière loi est plus rigoureuse que la loi personnelle du mandant. La décision prémentionnée du tribunal de Leipzig n'a pour effet que de rendre le mandant responsable en vertu de sa loi personnelle, lors même qu'il ne le serait pas d'après la loi du lieu où il agit. Elle ne résout pas la question de savoir s'il pourrait l'être en outre, en vertu de la loi du lieu où il agit, dans une mesure plus étendue. S'agissant des intérêts des tiers et des rapports du mandant avec ces derniers, nous croyons qu'il faut résoudre la question affirmativement. Lorsqu'ils traitent avec le mandataire agissant comme tel, ils ne sauraient être tenus de connaître la loi étrangère qui précise la portée du mandat, et la limite peut être plus rigoureusement que ne le fait la loi locale. Ils peuvent raisonnablement lui attribuer la portée qui lui serait attribuée d'après cette dernière loi. Et l'intérêt des tiers est l'intérêt général.

1394. — L'opinion qui semble prédominer dans la science, et dans la pratique des tribunaux, est que le contrat qui intervient entre le mandataire et les tiers est soumis aux mêmes règles que les autres conventions[1]. Et sous ce rapport, nous acceptons parfaitement l'opinion générale, en tant qu'il s'agit d'apprécier ce contrat en lui-même, indépendemment des obligations qui en peuvent résulter pour le mandant[2]. Mais nous nous en écartons lorsque l'on en conclut qu'on doit appliquer la *lex loci contractus*, ou la loi personnelle des parties, lorsqu'elles ont la même nationalité.

(1) Vincent et Pénaud (v° *Mandat*, n° 9) citent de nombreux auteurs, en faveur de l'application de la loi personnelle des parties, *lorsqu'elles ont une même nationalité*, ainsi que deux décisions du tribunal de Marseille. Ces citations sont un peu vagues et parfois inexactes. Parmi les auteurs invoqués, il en est qui considèrent le domicile commun comme plus important qu'une nationalité commune. Et s'agissant de déterminer, par une présomption, la volonté des parties, nous persistons à penser qu'ils sont dans le vrai.

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Mandat*, n° 12.

Il faut tenir compte de la nature de ces contrats, et reconnaître une certaine importance à l'élément du domicile commun, dans certains cas même, à la loi du lieu où le contrat doit s'exécuter. Nous nous sommes expliqué à ce sujet. D'autre part, Vincent et Pénaud citent diverses décisions des tribunaux de Nantes et de Rennes, aux termes desquelles une compagnie française, qui a des agents qui la représentent à l'étranger, est tenue des engagements souscrits par ces agents conformément à la loi étrangère, alors même qu'ils seraient contraires à la loi française, pourvu qu'ils ne blessent pas l'ordre public. Ces décisions, que nous n'avons pas eu l'occasion d'examiner de près, semblent concerner l'étendue du mandat, et n'ont rien de contraire aux principes développés plus haut. Il s'agit de l'intérêt des tiers. Le mandant est sans nul doute tenu dans la mesure où il l'est en vertu de sa loi personnelle, de la loi de son domicile. Mais si le mandat doit être exécuté en pays étranger, rien ne s'oppose, s'agissant de l'intérêt des tiers, à ce qu'il le soit même dans une mesure plus étendue en vertu de la loi du lieu de l'exécution, de la loi du pays où les intérêts des tiers sont engagés. Ils ont dû rationnellement lui attribuer les pouvoirs qui résultaient de son mandat d'après la loi locale.

1395. — L'art. 1990 concerne la capacité, et nous pensons qu'il y a lieu en conséquence d'appliquer la loi nationale. Les art. 1991 à 1997 traitent des obligations du mandataire. A l'exception du dernier, ils concernent, tous, les rapports du mandant avec le mandataire, et il est logique d'appliquer la loi personnelle du mandant, comme lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du mandat (1). Mais l'art. 1997 concerne les rapports du mandataire avec les tiers, et exclut toute responsabilité de ce dernier pour ce qui a été fait au delà de son mandat, lorsqu'il

(1) La Cour de Cassation de France a décidé que les intérêts dus par le mandataire au mandant devaient être calculés d'après la loi du lieu de l'utilisation des fonds par le mandataire, et non du lieu de l'encaissement. La question est autre. Mais cette solution ne peut être admise que si l'on considère ces intérêts comme des fruits revenant au mandant. — Ch. civ., 23 mai 1882. D. P. 83, 1, 409.

a donné à la partie, avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs. Brocher considère cette disposition comme une mesure de police et de sûreté, édictée dans l'intérêt du mandataire qui agit loyalement (1). Il en conclut que c'est par une saine appréciation des circonstances, qu'il faut en faire l'application. Si c'est une mesure de police et de sûreté, elle doit être appliquée à tout mandataire qui exécute le mandat dans notre pays. Mais ces expressions nous paraissent un peu exagérées. En quoi cette disposition peut-elle bien être une mesure de police et de sûreté? Laurent considère au contraire cette disposition comme une conséquence des principes généraux en matière de mandat, principes d'après lesquels le mandataire n'est pas obligé vis-à-vis des tiers, quand il contracte comme tel (2). Nous croyons que cette opinion est également erronée. Le mandataire n'agit qu'en apparence comme mandataire, dès qu'il excède son mandat : il le dit, mais son affirmation est contraire à la vérité. L'art. 1997 n'est au fond qu'une mesure de protection pour le mandataire qui s'est trompé sur l'étendue de ses pouvoirs : l'erreur ne lui est point imputée si le tiers a été à même de la rectifier. Mais est-ce là une mesure de police et de sûreté? Nous le répétons, cela est exagéré. Quel est donc le mandataire qui pourra bénéficier en Belgique de cette protection? Nous pensons qu'elle pourra être invoquée par tout mandataire qui aura traité avec des tiers dans notre pays, et qu'elle pourra l'être en outre, si les deux parties sont domiciliées en Belgique, ou de nationalité Belge, ou si les lois diverses, auxquelles elles sont soumises l'une et l'autre, consacrent toutes deux cette espèce d'irresponsabilité pour le mandataire, ou encore si elles ont traité dans un pays où la même règle est en vigueur.

1396. — Les art. 1998 à 2002 traitent des obligations du mandant. L'art. 1998 concerne ses obligations vis-à-vis des tiers, et l'alinéa premier ne peut, ce nous semble,

(1) Op. cit., T. II, p. 280.
(2) *Droit civil*, T. XXVIII, nº 46.

donner lieu à aucune difficulté, toutes les législations consacrant sans doute le principe que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il en est de même, en principe, de la disposition de l'alinéa 2, au sujet de laquelle nous n'avons qu'une observation à faire : c'est que la forme de la ratification, et en particulier la régularité d'une ratification tacite dépend de la loi locale, de la loi du lieu où elle se produit. Quant aux conséquences, aux effets de la ratification, nous pensons que la question doit être résolue, comme si la ratification impliquait une espèce de mandat nouveau, ce qu'elle implique en effet : *Ratificatio mandato aequiparatur*. Les articles suivants ne concernent que les rapports entre le mandant et le mandataire. Comme nous l'avons dit, l'on est généralement d'avis d'appliquer aux effets du mandat la loi du lieu du contrat, ou, suivant une opinion qui tend à s'accréditer, la loi personnelle des parties, si elles sont de même nationalité. Nous croyons préférable d'appliquer la loi du domicile du mandant, toujours sous les restrictions indiquées plus haut, lorsqu'il s'agit de ce que nous appellerions un mandataire professionnel. M. de Bar exprime l'opinion qu'il y a lieu d'appliquer la loi du domicile du mandataire, lorsqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure le mandant est responsable. Mais nous ne comprenons pas très bien la raison qu'il en donne. C'est, dit-il, parce que le mandataire qui a exécuté régulièrement le mandat doit être tenu indemne, et cela ne peut arriver, d'après lui, que si le mandant retire au mandataire la gestion des affaires dont il l'a chargé, telles qu'il les a conclues, et l'en indemnise. Cette observation ne résout nullement la question. D'après quelles règles déterminera-t-on la façon dont le mandant doit indemniser le mandataire ? Voilà la difficulté. Le mandataire peut-il s'imaginer que le mandant entend s'obliger autrement qu'il ne l'est d'après la loi du lieu où il est domicilié, et où la procuration sera vraisemblablement émise ? Peut-il soutenir que le mandant a entendu le charger d'un autre mandat que celui

institué et organisé par la loi qu'il connaît, et assumer des obligations plus étendues? Nous ne le pensons pas, et en ce qui concerne spécialement le mandat des commis voyageurs, la doctrine est en ce sens.

1397.— Le chapitre IV traite des différentes manières dont finit le mandat. Les dispositions des art. 2003 et 2004 ne concernent que les rapports des parties, et appartiennent évidemment au droit supplétif. Il y a lieu d'appliquer la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises; nous nous référons à ce que nous en avons dit plus haut. Pour la plupart des auteurs, c'est, sauf la loi nationale commune, à la loi du lieu du contrat qu'il faut donner la préférence. Mais on ne s'accorde pas, nous l'avons vu, sur le point de savoir où est le lieu du contrat, en cas de contrat fait par correspondance, et tacitement accepté par le mandataire. Nous avons déjà dit que, suivant nous, l'on attribue beaucoup trop peu d'importance à la loi du domicile commun des parties, et que, dans le cas même où les parties sont domiciliées dans des pays divers, il nous paraissait que la loi du domicile du mandant devait prévaloir, au moins lorsqu'il s'agit d'un mandat salarié. Il en est de même, nous paraît-il, en ce qui concerne les dispositions des art. 2006, 2007 et 2008. Mais les art. 2005 et 2009 concernent les intérêts des tiers, et sont destinés à les protéger contre les effets d'une extinction du mandat, qui n'aurait pas été portée à leur connaissance. M. Brocher croit que tout mandat régi par la loi française, c'est-à-dire, d'après lui, tout mandat conclu en France, doit être soumis à cette règle, *même au sujet des contrats qui interviendraient hors du territoire*; et il entend par là évidemment tous les contrats qui seraient conclus par le mandataire avec des tiers en dehors du territoire. Cette conclusion lui parait dériver, soit de l'application directe de la règle *locus regit actum*, soit de ce qu'il y a de conventionnel dans un tel engagement. « C'est » dit-il, « une garantie que le mandant accorde implicitement et dès l'origine au mandataire et aux tiers qui traiteront avec celui-ci. » Le premier motif ne nous

convainct pas. Depuis Dumoulin la maxime *locus regit actum* n'a plus conservé la valeur impérative qu'elle a pu avoir dans la doctrine des postglossateurs, *en ce qui concerne les effets des actes*, et l'on a reconnu que tout dépendait de la volonté des parties, à moins qu'il ne s'agisse de certains effets des conventions soustraits à leur autonomie. La seconde raison est plus sérieuse, et elle conduit à l'adoption de l'opinion de Brocher, sur la question qui a spécialement attiré son attention. Mais il y a une autre question, qu'il n'examine point : c'est celle de savoir si les art. 2005 et 2009, qui ne permettent pas d'opposer aux tiers une révocation ou une extinction par décès qu'ils ont dû ignorer, recevraient ou non application, s'agissant de contrats faits en France par un mandataire étranger, en vertu d'une convention de mandat conclue avec un étranger, et la question se pose également pour la Belgique. Cette question doit, à notre avis, être résolue affirmativement. Ces articles ne constituent pas du pur droit supplétif; le mandant et le mandataire n'y pourraient déroger. Ils sont une protection pour les tiers; et cette protection nous paraît pouvoir être revendiquée devant nos tribunaux par tous ceux qui contractent dans notre pays avec un mandataire, même étranger, et probablement même par un Belge, qui traiterait avec un mandataire étranger en pays étranger, pourvu que le mandant soit Belge. Il nous semble que ces dispositions régissent impérativement, non-seulement tous les contrats de mandat conclus dans notre pays, mais même les obligations du mandant belge, ou de ses héritiers, le contrat fût-il conclu en pays étranger, vis-à-vis des tiers Belges qu'elle a le droit et le devoir de couvrir de sa protection, vis-à-vis d'autres Belges.

1398. — L'art. 2010 du Code civil oblige les héritiers du mandataire à donner avis du décès de celui-ci au mandant, et à pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent. Brocher s'exprime en termes assez énigmatiques au sujet de l'application internationale de cet article. Il commence même par dire que son application

doit être largement abandonnée à l'appréciation du juge, d'où il résulte, semble-t-il, que le juge en fera ce qu'il voudra. Nous y voyons une règle d'équité, intéressant même le bon ordre public dans une certaine mesure, parce que les affaires du mandant ne peuvent être laissées à l'abandon. Il est manifeste qu'il ne peut y avoir lieu à l'application de cette règle, si le mandat, d'après la loi qui le régit, ne s'éteint pas par la mort du mandataire. Elle apparaît comme un corollaire nécessaire du principe d'après lequel la mort du mandataire met fin au mandat. Dans ce cas, elle s'imposera, nous paraît-il, aux héritiers du mandataire belge, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et de plus aux héritiers mêmes du mandataire étranger, si le mandat doit être exécuté en Belgique. Cette obligation n'est point une conséquence directe des conventions expresses ou tacites des parties: c'est une obligation imposée *de plano* par la loi, par des considérations d'équité et d'intérêt général, sans égard à la volonté des parties. Elle sera la conséquence de tout mandat qui doit s'exécuter en Belgique, à moins que l'obligation des héritiers ne soit plus étendue encore d'après la loi qui les régit, et qu'ils ne succèdent aux obligations du mandataire. Elle sera également la conséquence de tout mandat, où le mandataire est soumis à la loi belge.

TITRE XXXI.

DU CAUTIONNEMENT.

—

1399. — La doctrine de Brocher, le seul auteur, à notre connaissance, qui ait consacré un chapitre spécial au cautionnement, envisagé au point de vue du droit international privé, est assez vague et assez mal définie. Il croit qu'en vertu de la règle *locus regit actum*, largement interprétée et étendue au delà de sa portée véritable, suivant l'un des traits caractéristiques de sa doctrine, il faut s'arrêter de préférence à la loi du pays où le contrat est conclu, à moins qu'il ne soit constant dès le principe que l'acte doit recevoir son exécution dans une autre localité, auquel cas l'on applique la loi de cette dernière localité[1], probablement en vertu du principe que l'on est censé contracter là où l'obligation doit s'exécuter en vertu du contrat initial. Rappelons que, d'après Savigny, il y a toujours un lieu fixé pour l'exécution de l'obligation, soit expressément, soit tacitement. — Un autre auteur, M. de Bar, ne s'occupe que très accessoirement du cautionnement, et sa doctrine ne nous paraît pas bien claire. En ce qui concerne l'incapacité spéciale des femmes (s.-c. velléien), il croit qu'il y a lieu d'appliquer en général la loi du domicile. Nous nous sommes expliqué à ce sujet. Quant au surplus, après avoir fait remarquer que l'on applique plus rarement ici la *lex loci contractus*, même dans le cas où cette loi reçoit une application presque

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 284.

illimitée, s'agissant de contrats conclus dans des foires ou marchés, il ajoute : « La substance du *contrat principal* est déterminative de l'étendue des obligations assumées par la caution, et du droit principal qui les régit au lieu où le contrat principal est passé. »

Mais les conditions sous lesquelles la caution est obligée ou déchargée doivent être appréciées d'après la loi qui régit le cautionnement, que l'obligation principale subsiste ou non. « Et c'est dès lors d'après cette loi que se résout la question de savoir, si la caution jouit de l'*exceptio discussionis*, ou *divisionis*, ou du *beneficium cedendarum actionum*. » Mais cela ne nous dit pas encore quelle est la loi qui régit le cautionnement. Il en résulte simplement que ce n'est pas nécessairement la loi qui régit l'obligation principale [1]. Vincent et Pénaud disent que le cautionnement est en principe, à défaut de manifestation de la volonté des parties, soumis à la *lex loci contractus*. Ils ne font aucune exception pour la loi nationale commune, et ne citent aucune autorité. Telle est cependant aussi l'opinion de Pasquale Fiore [2] en ce qui concerne spécialement le bénéfice de division, et aussi en ce qui concerne la solidarité des cautions admise par la loi italienne. On peut invoquer en ce sens, comme il le fait remarquer, l'autorité de Fœlix, de Voet, de Story et de Burge. Mais il nous semble tout d'abord, que, s'il faut s'en tenir à l'intention probable des parties (et c'est aujourd'hui l'opinion dominante, pour autant qu'il s'agisse des effets du contrat abandonnés à leur libre appréciation), on accorde une importance trop exclusive et trop absolue à la loi du lieu du contrat. Pourquoi ceux des partisans de l'application de cette loi, qui lui préfèrent en général *la loi nationale commune* des parties lorsqu'elles sont de même nationalité, ou *la loi du domicile commun*, n'admettraient-ils pas la même restriction s'agissant du cautionnement? Il nous est impossible d'en imaginer la raison. Il nous paraît que, pour résoudre la question de savoir quelle est la loi qui

(1) De Bar. T. II, pp. 109 et 110.
(2) N° 255.

régit les effets du cautionnement, il faut examiner de plus près sa nature et tenir compte des diverses espèces de cautionnements.

1400. — Le cautionnement est un contrat accessoire. Pour déterminer *ce qu'il garantit*, il faut recourir à l'obligation principale, et la loi qui régit la substance de l'obligation principale déterminera également à cet égard les obligations de la caution. De Bar en a fait l'observation, et cela est incontestable. Mais il n'en est plus de même en ce qui concerne la manière dont les cautions sont tenues s'il y en a plusieurs, et les exceptions qu'elles peuvent invoquer, les conditions sous lesquelles elles sont obligées ou déchargées. Le cautionnement apparaît alors comme un contrat séparé, dont les effets doivent être appréciés indépendamment de l'obligation principale, et peuvent être régis par une loi différente. Et ce contrat lui-même présente un aspect particulier. Il s'analyse en une double convention : le cautionnement proprement dit, c'est-à-dire l'engagement de la caution vis-à-vis du créancier principal, et un nouveau contrat accessoire, l'engagement du débiteur principal vis-à-vis de la caution, *mandat ou negotiorum gestio*. En vain dirait-on que ceci n'est plus le cautionnement ; ce n'en est pas moins l'accessoire nécessaire, la conséquence logique du cautionnement. Il y a donc deux genres de rapports à étudier ; et pour déterminer quelle est la loi qui les régit, nous croyons devoir distinguer entre le cautionnement ordinaire, et le cautionnement judiciaire ou légal, c'est-à-dire celui que le débiteur principal est tenu de le fournir en vertu d'une loi ou d'un jugement.

1401. — Nous nous occuperons d'abord du premier, c'est-à-dire de celui qui est procuré par le débiteur librement, ou simplement sur les exigences de son créancier, et des rapports qu'il engendre entre la caution et le créancier. Quelle est la loi qui les régit ? Mettons de côté les questions de forme et de capacité, ces dernières étant soumises, d'après nous, à la loi nationale de la caution, les premières à la *lex loci contractus*. Pour

le surplus, l'application de la *lex loci contractus* nous paraît tout d'abord ne pas répondre à l'intention probable des parties, si aucune des parties n'est domiciliée dans le pays où le contrat est conclu et n'en relève par sa nationalité. Le lieu du contrat est, dans ce cas, purement fortuit, et il est possible qu'aucune des parties ne connaisse même la loi qui y est en vigueur. Nous pensons qu'il faut, en tout cas, donner la préférence à la loi de leur domicile commun, ou aux lois de leurs domiciles divers, si elles sont identiques, à défaut de ces circonstances, à leur loi nationale commune, ou aux lois identiques de leurs nationalités diverses. Mais, en l'absence de circonstances de ce genre, devra-t-on nécessairement appliquer la loi du lieu du contrat, même si l'une des parties y est soumise, à raison de son domicile ou de sa nationalité? Cela nous paraît assez douteux eu égard à la nature du contrat dont nous nous occupons. Le cautionnement proprement dit n'engendre en effet d'obligation que de la part de l'une des parties, de la part de la caution vis-à-vis du créancier principal, aucune de la part de ce dernier vis-à-vis de la caution. Il nous paraît que la caution ne peut être en général ni plus ni moins engagée qu'elle ne l'est d'après la loi de son domicile, et qu'il ne faut pas tenir compte du domicile ou de la nationalité du créancier, ni même du lieu du contrat. Le domicile implique ordinairement la pratique habituelle et la connaissance des institutions du pays où l'on est domicilié, institutions que l'on voit observer sous ses yeux et autour de soi. Il est probable que la caution n'a pas entendu s'obliger autrement qu'elle ne l'est d'après cette loi. Et puisqu'elle est seule à s'obliger, pourquoi ne lui appliquerait-on pas cette loi, alors même qu'elle limiterait ses obligations? Ne serait-ce pas alors au créancier demandeur à établir qu'elle s'est obligée sous des conditions plus rigoureuses? Cela serait conforme à un principe d'équité consacré par l'art. 1162 du Code civil.

1402. — Nous préférons la loi du domicile à la loi de la nationalité du débiteur à raison des considérations

générales indiquées plus haut. La nationalité, qui est un élément d'importance considérable au point de vue de certains rapports obligatoires entre l'individu et l'Etat, au point de vue des lois d'après lesquelles on doit apprécier sa capacité, ses rapports de famille, par exemple, *indépendemment de sa volonté*, n'a pas, comme nous l'avons fait remarquer dans la partie générale de notre ouvrage, à beaucoup près autant d'importance, isolée du domicile, lorsqu'il s'agit d'apprécier d'après quelle loi il a entendu que les effets de ses conventions pécuniaires seraient réglés. Toutefois, la règle que nous venons de proposer n'est pas absolue. Il pourra arriver que l'on ait plus d'égard à la nationalité qu'au domicile récent, à une longue résidence même, plus qu'à un domicile abandonné depuis longtemps. Enfin, les étrangers mêmes qui se portent caution en faveur d'un soumissionnaire dans des adjudications publiques de l'Etat, des provinces, des communes ou des établissements d'utilité publique, ou pour des fournitures faites à ces administrations, doivent être censés se porter caution dans les conditions établies par la loi du pays où ces adjudications ont lieu, parce qu'ils doivent savoir que les administrations publiques sont liées par des lois ou des règlements, quant aux conditions dans lesquelles elles peuvent traiter avec des particuliers, et que, quand elles stipulent un cautionnement, c'est naturellement un cautionnement régi par la loi locale.

1403. — Nous allons maintenant passer en revue aussi rapidement que possible les diverses questions relatives au cautionnement, et tâcher de déterminer d'après quelle loi elles doivent être résolues. Le chapitre I^er^ traite de la nature et de l'étendue du cautionnement; et, dans ce chapitre, on rencontre diverses dispositions qui, par leur forme, semblent échapper à l'autonomie des parties contractantes. Voici d'abord l'art. 2011, qui définit d'une manière générale le cautionnement. « 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. » Est-ce là une disposition de pur droit supplétif? Nous ne le pensons pas. Il s'agit de la nature, et l'on pourrait ajouter de l'essence même du cautionnement. Les parties peuvent sans doute stipuler expressément qu'il en sera autrement, mais alors elles ne feraient plus un contrat de cautionnement, elles feraient un contrat d'une nature différente, d'après nos lois, un contrat innommé, ou elles ne feraient rien du tout. Cette disposition s'appliquera, d'après nous, à tout contrat de cautionnement intervenu en Belgique, et à la caution belge même en pays étranger; elle impose à celle-ci une obligation.

1404. — L'art. 2012 se rattache encore à la nature du cautionnement. Le premier alinéa exclut, à défaut d'obligation principale valable, la possibilité ou l'efficacité du cautionnement; le second la reconnait au contraire exceptionnellement, quand l'obligation ne peut être annulée que pour une cause personnelle à l'obligé. Le premier est donc favorable à la caution, le second au créancier. L'un et l'autre devront être appliqués, ce nous semble, à tout cautionnement contracté en Belgique. Mais tandis que le second qui impose une obligation à la caution liera le Belge, même en pays étranger, le bénéfice qui lui est indirectement conféré par le premier ne pourra être revendiqué par lui, s'agissant d'un contrat fait en pays étranger, que si la *lex loci contractus* le lui accorde. Ajoutons toutefois que l'on devrait considérer comme nul dans notre pays, tout cautionnement, même conclu en pays étranger, pour sûreté d'une obligation contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public absolu, le cautionnement étant alors nécessairement infecté du même vice que l'obligation principale, puisqu'il ne consiste qu'à exécuter celle-ci à défaut du débiteur principal. Jusqu'ici il ne s'agit pas de l'autonomie des parties contractantes.

1405. — Les art. 2013 et 2014 donnent lieu à des observations analogues. Le premier de ces articles interdit le cautionnement contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, tout en ne le déclarant

pas nul, mais simplement réductible, et permet le cautionnement sous des conditions moins onéreuses. Il est clair que cet article n'est point fondé sur des considérations d'ordre public absolu, et cependant il ne se rattache pas au droit supplétif, puisqu'il déclare le cautionnement réductible NONOBSTANT LES CONVENTIONS des parties. Cette disposition découle en réalité de la nature du contrat de cautionnement, et constitue en outre une mesure de protection pour la caution. Nous pensons que le bénéfice en pourra être reclamé, chaque fois que le contrat aura été fait dans un pays où cette disposition est en vigueur. Une exception ne serait guères admissible que si les deux parties appartenaient, par leur nationalité, à un pays ou à des pays, d'après la législation desquels pareil cautionnement doit produire tous ses effets. Mais alors il ne s'agirait plus, aux yeux de notre législateur, d'un véritable cautionnement, ou d'un cautionnement simple. On ne devrait pas avoir égard au domicile, la volonté des parties étant hors de cause. Si l'une des parties seulement était soumise par sa nationalité à une loi déclarant pareil cautionnement nul ou réductible, elle ne pourrait, à notre avis, exiger davantage, ou être tenue de prester plus que sa loi nationale ne le comporte. Si le cautionnement avait été assumé dans un pays, d'après la législation duquel il n'est ni nul, ni réductible, il faudrait, ce nous semble, appliquer la loi nationale commune, ou les lois nationales semblables des deux parties, c'est-à-dire du créancier et de la caution, si elles le déclaraient tel. Que si les parties étaient soumises par leur nationalité à des lois contradictoires sous ce rapport, il semble assez rationnel d'appliquer la *lex loci contractus*, l'ordre public absolu n'étant point en cause. Il n'y aurait lieu d'hésiter qu'entre cette loi et la loi nationale du débiteur, lorsqu'elle invalide le cautionnement excessif. Mais il nous paraît exorbitant que le législateur national prétende protéger ses ressortissants contre leur générosité excessive, même en pays étranger.

1406. — L'art. 2014 déclare valables le cautionnement

sans mandat, et le cautionnement en sous-ordre. Nous pensons que cette disposition recevra application également à tout cautionnement contracté en Belgique, à moins peut-être que la loi nationale, ou les lois identiques des deux parties ne le déclarent nul. De quoi se plaindraient-elles si l'on ne fait que leur appliquer leurs lois nationales? Mais si le cautionnement était contracté dans un pays où un cautionnement de ce genre est nul, pourrait-on le tenir pour valable en Belgique, au cas où la contestation serait soulevée devant nos tribunaux? Nous ne le pensons pas, sauf l'hypothèse où il serait valable d'après les lois nationales des deux parties. La loi qui décréterait la nullité d'un cautionnement de ce genre, ne pourrait guères être fondée que sur le désir d'assurer d'une manière équitable le règlement des relations juridiques qui s'établissent entre deux parties. Or, cette mission nous paraît incomber logiquement, en première ligne, au législateur à qui elles sont soumises l'une et l'autre par leur nationalité, et en seconde ligne à la *lex loci contractus*, en cas de nationalités différentes, et de contradiction entre leurs lois nationales respectives.

1407. — L'art. 2015, qui exige que le cautionnement soit exprès, se rattache à la forme. Mais il n'en est pas ainsi de l'art. 2016, qui concerne l'étendue du cautionnement. Cet article dit en effet que le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires, aux frais de la première demande, et même à ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. Cette disposition est de pur droit supplétif, semble-t-il au premier abord. Il y a cependant des motifs de douter. La loi attache cet effet étendu au cautionnement *indéfini*, c'est-à-dire, pensons-nous, au cautionnement qui n'est pas expressément limité. Il ne servirait de rien, en conséquence, d'invoquer l'une ou l'autre circonstance comme impliquant la volonté tacite de restreindre le cautionnement à l'obligation principale, si *dans ses termes* le cautionnement est indéfini. Dès lors est-il admissible que l'on puisse se prévaloir, pour échapper à

cette disposition, d'une soumission tacite à quelque autre loi? Nous ne le pensons pas; et la conclusion, c'est qu'il faut chercher à quelles conditions cette loi aura force impérative, sur quels éléments elle exercera son influence. Nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer, à cet égard, la *lex loci contractus* à tous les engagements souscrits en Belgique. En sera-t-il de même des cautionnements souscrits par un Belge en pays étranger? Seront-ils assujettis à la loi du lieu, quand même elle serait différente de celle de son pays d'origine; quand même elle n'étendrait pas le cautionnement indéfini à tous ces accessoires? Nous le croyons. Quel intérêt avons-nous à revendiquer l'application de notre loi nationale aux dépens d'un de nos concitoyens? Il n'y aurait d'exception, à notre avis, que si l'autre partie était également Belge. Dans ce cas, la disposition de l'art. 2016, rigoureuse pour la caution, est avantageuse à l'autre partie, et nous croyons que cette disposition, inscrite dans leur loi nationale commune, pourrait être invoquée devant nos tribunaux par celui qui en tire avantage, qu'elle couvre de sa protection.

1408. — L'art. 2017 porte que les engagements des cautions passent à leurs héritiers. C'est la conséquence des principes généraux sur les successions, et, à cet égard, l'application de cet article dépend dans une certaine mesure de la loi qui régit la succession. Celle-ci peut mettre certaines limites aux obligations des héritiers, et même dans notre pays, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire produit cet effet. Mais il y a lieu de se conformer en outre à la loi qui régit le contrat, et d'appliquer en conséquence la *lex loci contractus*, en ce sens du moins qu'elle peut exclure l'obligation des héritiers. C'est l'opinion de Brocher. S'en suit-il que les obligations d'une caution belge qui se serait constituée en pays étranger, ne passeraient pas également à ses héritiers, lorsque tel est le prescrit de la loi locale ? C'est la conséquence à laquelle on en arriverait par l'application exclusive de la doctrine de Brocher. Nous ne saurions l'admettre. Il s'agit d'un principe absolu reposant sur le système général du droit

successoral. Il y aura lieu d'appliquer la loi qui régit la succession, et spécialement le passif de la succession. En théorie, ce devrait être la loi nationale de la caution. En pratique, il est vraiment impossible de tracer des règles certaines. Nous inclinerions fort à appliquer la loi du dernier domicile du *de cujus*, puisqu'il s'agit du passif. C'est la solution à laquelle nous avons été conduit en traitant du passif de la succession.

1409. — Les art. 2018, 2019 et 2020 ne concernent point, à vrai dire, la nature et l'étendue du cautionnement; ils ne règlent point les obligations de la caution, ni ses rapports avec le créancier, mais les rapports entre le créancier et le débiteur principal qui s'est obligé à fournir une caution. Quelle est la loi qui régit cet engagement de fournir caution? Brocher, le seul auteur qui, à notre connaissance, se soit occupé de ces questions de détail, admet en général l'application de la *lex loci contractus*. Mais il fait des réserves pour le cas où l'acte semblerait indiquer suffisamment dans quelle localité la caution devrait être fournie. Il faudrait alors généralement supposer, d'après lui, que les parties auraient eu l'intention de s'en référer à la loi de cette localité, « la force des choses contraindrait, d'ailleurs, fort souvent à suivre les règles fixées par celle-ci ». Nous avons des doutes sérieux sur l'exactitude de cette solution. Quelque rationnelles que soient ces dispositions, rien n'indique qu'elles constituent autre chose que du droit supplétif, c'est-à-dire des règles destinées à suppléer à l'absence de stipulations expresses ou tacites. Il faut donc appliquer la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises, et cela dépendra de la nature du contrat principal. Il y aura lieu, dans les cas ordinaires, pensons-nous, d'appliquer la loi du domicile commun, à son défaut celle de la nationalité commune, etc... Mais si la caution devait, *en vertu de l'acte*, être fournie dans un pays déterminé, nous pensons qu'il serait rationnel d'appliquer la loi de ce pays. La question ne présente guères d'intérêt pour quelques-unes des dispositions visées, par exemple pour celle qui exige que la

caution offerte soit capable de consentir. Elle en présente beaucoup pour d'autres, par exemple pour celle qui prescrit de fournir une autre caution, lorsque la première est devenue insolvable (art. 2020). Ajoutons que lorsque l'engagement est pris vis-à-vis d'une administration publique, on doit appliquer nécessairement les règles qui lient cette administration elle-même, c'est-à-dire celles en vigueur dans le pays où elle a son siège. Il peut en être de même, lorsque l'on a traité avec quelque grand établissement privé, commercial ou industriel, par exemple avec une administration de chemins de fer privés, qui s'adresse au public en général, et traite avec tous, nationaux et étrangers, à des conditions uniformes.

1410. — Les art. 2021 à 2027 traitent de l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution. Certaines de ces dispositions paraissent se rattacher à la procédure : par exemple celle qui exige que la caution requière la discussion *sur les premières poursuites* dirigées contre elle, et indique les biens du débiteur principal, etc... On pourrait, il est vrai, soutenir qu'elles touchent en réalité au droit matériel, qu'elles limitent le droit de demander la discussion, en comminant une déchéance contre celui qui ne l'a pas requise sur les premières poursuites. Mais la réponse est qu'elles ne le limitent, qu'en le soumettant à l'accomplissement de formalités que la caution est en état d'observer, comme toutes les règles de procédure, et qu'elle peut observer sans qu'il en résulte pour elle une aggravation de ses obligations (1). D'autres constituent au contraire de véritables limitations de son droit d'invoquer le bénéfice de discussion. Nous les examinerons avec détail plus loin. Elles appartiennent au droit matériel. Mais elles constituent du droit supplétif comme les dispositions qui établissent le bénéfice de discussion. Nous examinerons successivement les divers articles dont il s'agit.

1411. — L'art. 2021 établit le droit pour la caution d'exiger que le débiteur principal soit préalablement dis-

(1) La doctrine de Brocher sur ce point (op. cit., T. II, p. 286) manque absolument de précision. Il hésite entre la *lex loci contractus* et la *lex fori*.

cuté dans ses biens, à moins qu'elle n'ait renoncé à ce droit, ou qu'elle ne se soit obligée solidairement avec lui. La question de savoir si elle jouit de ce bénéfice doit être résolue, suivant les principes énoncés plus haut, d'après la loi de son domicile, et il en est de même de la question de savoir si elle est solidairement obligée avec le créancier. On ne peut pas présumer qu'elle ait entendu s'obliger plus rigoureusement ou autrement qu'elle ne l'est d'après cette loi et c'est d'après cette loi, sauf les circonstances exceptionnelles indiquées plus haut, que l'on déterminera ses obligations et ses droits. C'est à sa volonté que l'on doit avoir principalement égard, s'agissant d'un contrat qui l'oblige seul. Le créancier ne doit point attribuer une autre intention à la caution qui s'engage vis-à-vis de lui. L'application de la loi du domicile du débiteur ne présente pas, dans les contrats purement unilatéraux, le même inconvénient que dans les contrats synallagmatiques où il y a deux débiteurs, et où cela peut conduire à faire régir les effets du contrat par deux lois différentes, au risque d'en détruire l'harmonie et l'équilibre.

1412. — L'art. 2022 est, à notre avis, une disposition de procédure, et l'on appliquera la *lex fori*, comme nous l'avons fait observer plus haut. Mais la disposition de l'art. 2023 présente un aspect plus complexe. Que l'on considère comme une disposition ne touchant qu'à la procédure, celle qui oblige la caution à indiquer les biens du débiteur principal, soit ! Mais il n'en est plus de même de l'obligation d'avancer les deniers suffisants pour faire la discussion, ni de celle d'indiquer des biens situés dans l'arrondissement de la Cour d'Appel du lieu où le paiement doit être fait. Voilà des dispositions qui touchent au droit matériel et qui limitent véritablement le bénéfice de discussion. Elles aboutissent à priver la caution de ce bénéfice, si le débiteur principal n'a pas de biens *situés dans le ressort de la Cour d'Appel*, si elle n'a pas immédiatement les ressources nécessaires pour faire l'avance des frais. Et il en est de même, à notre avis, de la disposition qui exclut l'indication de biens litigieux, ou de biens

hypothéqués à la dette qui ne seraient plus en la possession du débiteur, quelque rationnelles que soient du reste ces dispositions. Nous appliquerions donc ici la loi qui régit en général les effets du cautionnement, c'est-à-dire la loi du domicile de la caution. Il en sera de même quant à l'art. 2024, qui n'apparaît que comme la conséquence de l'art. 2023. Et nous appliquerons encore la loi du domicile de la caution, s'agissant des art. 2025 et 2026 qui consacrent, sous certaines restrictions, le bénéfice de division, au cas où il y a plusieurs cautions. L'on objecterait en vain que si les diverses cautions sont domiciliées dans des pays différents, les effets de leurs engagements pourront ainsi être régis par des principes divers. L'observation est exacte, mais nous n'y voyons aucun inconvénient. Et d'ailleurs, l'application de la loi du contrat pourrait engendrer la même situation, si les cautions s'étaient engagées par des actes différents. Quant à l'art. 2027, qui interdit au créancier de revenir sur la division de son action volontairement faite par lui, ce n'est qu'une disposition de procédure, et il y a lieu d'appliquer la *lex fori*.

1413. — Les art. 2028 à 2032 (sect. II du chap. II), concernent l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution. Il ne s'agit plus, en ce cas, des rapports juridiques entre les personnes qui ont été parties au contrat de cautionnement, mais de l'effet que ce contrat, envisagé comme un fait, doit produire vis-à-vis du débiteur principal qui n'y a point été partie, soit qu'il en ait eu connaissance, soit qu'il l'ait ignoré. Il peut aussi arriver que le cautionnement soit fourni en vertu d'une convention formelle conclue avec le débiteur principal, et que la caution ait même stipulé une rémunération. Rien ne s'y oppose, la gratuité n'étant nullement de l'*essence* du cautionnement ; et les effets de ce contrat synallagmatique seront, dans ce cas, appréciés d'après les principes généraux que nous avons exposés plus haut. Le Code ne s'est point occupé de cette hypothèse ; il règle seulement le cas où le cautionnement est l'effet d'un contrat tacite entre la caution et le débiteur principal, et celui où il est fourni à

la suite d'une espèce de gestion d'affaires (cautionnement donné au su, ou à l'insu du débiteur).

Si la caution agit à l'insu du débiteur, il y a gestion d'affaires, sinon il y a contrat tacite. Lorsqu'il y a contrat tacite, il nous paraît qu'il y a lieu d'appliquer, par présomption de l'intention des parties, la loi du domicile commun, subsidiairement celle de leur nationalité commune, plus subsidiairement encore celle du lieu du contrat, sans que l'on puisse en faire cependant une présomption absolue. Ici, comme dans d'autres matières, on devra attacher peu d'importance à un domicile récemment établi; il faudra quelquefois tenir compte d'une résidence prolongée. Questions de fait plutôt que de droit, qui devront être résolues d'après les principes de la bonne foi. Il semble toutefois que, dès qu'il est reconnu que le cautionnement est gratuit, il faut plutôt rechercher l'intention probable de la caution que celle des deux parties. Son domicile aura donc une grande importance. C'est alors un véritable contrat de bienfaisance. S'il y a gestion d'affaires, il est à remarquer que, comme dans tout quasi-contrat de gestion d'affaires, il y a une charge pour chacune des parties, et que l'obligation du maître repose peut-être moins sur son consentement que sur des considérations d'équité. Mais il est juste, cependant, de tenir compte surtout des conditions dans lesquelles *le gérant a entendu intervenir*, son intervention étant officieuse et gratuite. On appliquerait en général la loi du lieu du quasi-contrat. Il est plus équitable peut-être d'appliquer la loi du domicile du gérant, laquelle se confondra, du reste, souvent avec la première.

1414. — La subrogation aux droits du créancier contre le débiteur, attribuée par l'art. 2029 à la caution qui a payé, dépend, à notre avis, de la loi du lieu du paiement. Il s'agit d'un effet juridique que la loi attache au payement, en faveur de celui qui paie, et qui paraît naturellement soumis à la loi du lieu où cet acte juridique s'effectue. Il est indépendant de la volonté des parties. Mais la disposition de l'art. 2030, aux termes duquel,

lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution, qui les a tous cautionnés, a contre chacun d'eux le recours pour la répétition de tout ce qu'elle a payé, nous paraît au contraire dépendre de la volonté des parties. La condition des débiteurs originaires n'en est pas empirée. S'il y a eu contrat tacite ou exprès, on appliquerait peut-être en général la loi du lieu du contrat, sauf à lui préférer la loi du domicile commun ou celle de la nationalité commune, et si la caution a payé comme gérant d'affaires, la loi du lieu du quasi-contrat. Cette solution ne nous paraîtrait pas cependant tout-à-fait exacte, dès qu'il est reconnu que le cautionnement est gratuit. C'est alors, en ce qui concerne les rapports de la caution et des débiteurs principaux, un véritable contrat de bienfaisance, et il nous semble que la caution peut puiser le droit de recours solidaire contre tous les débiteurs principaux engagés solidairement, soit dans la loi du lieu du contrat ou du quasi-contrat, la disposition, en tant qu'elle est édictée par cette loi, apparaissant comme une loi d'équité ou d'ordre général, soit, en vertu de son intention présumée, dans la loi de son domicile ou de sa nationalité propre.

1415. Les dispositions de l'art. 2031 excluent le recours de la caution contre le débiteur qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a pas averti du premier payement fait par elle, et contre le débiteur qui aurait eu des moyens de faire déclarer la dette éteinte, lorsque la caution a payé sans avoir été poursuivie et sans l'avoir averti. Cette exclusion parfaitement conforme à l'équité devra recevoir application, d'après nous, chaque fois que ce paiement imprudent aura été effectué en Belgique. Cela n'est pas douteux si le paiement a été fait spontanément sans contrat préalable ni exprès, ni tacite, et il est probable qu'aucune loi étrangère n'admettrait en ce cas le droit de recours. Mais nous pensons qu'il en sera de même, au moins en général, si la caution a payé en vertu d'un engagement pris par elle envers le débiteur principal. La règle édictée par l'art. 2031 est une règle d'équité, qui, sans

se rattacher à l'ordre public, n'a cependant pas son fondement dans la volonté commune des parties. Il n'y a guères de doute qu'en ce qui concerne la seconde disposition de l'article. On pourrait parfaitement concevoir que, d'après telle ou telle loi étrangère, le débiteur principal ait le devoir de prévenir la caution que sa dette est éteinte, et que l'on n'imposât pas implicitement à la caution l'obligation de lui demander, avant de payer, s'il n'en est pas ainsi. Il semble donc qu'ici il s'agisse véritablement d'une question de droit supplétif. Nous croyons cependant que, même dans cette hypothèse, la loi du lieu du contrat suffirait pour faire exclure le recours contre le débiteur principal. Elle ne perdrait pas son caractère de disposition fondée sur l'équité. Mais il ne s'en suit pas que l'on devrait s'en référer exclusivement à cette loi. Supposons que le droit de recours, sans être exclu par la *lex loci contractus*, le soit par la loi du domicile commun ou par la loi nationale commune du débiteur et de la caution, les effets de cette exclusion devraient être respectés partout, et il en serait même ainsi, dans le cas où elle ne serait comminée que par la loi du domicile ou par la loi nationale de la caution, soit à raison de l'obligation que cette loi lui impose, soit à raison de l'intention présumée des parties. Toutefois ce dernier point est plus douteux, et cette solution est peut-être très rigoureuse.

1416. — L'art. 2032 détermine les cas dans lesquels la caution peut agir contre le débiteur principal, même avant d'avoir payé, et ces cas sont assez nombreux. Au premier abord cet article semble appartenir à la procédure. Nous pensons cependant qu'il concerne en réalité le droit matériel. Il ne détermine point la forme dans laquelle la caution peut intenter son action, mais quand elle le peut, c'est-à-dire les conditions sous lesquelles elle le peut. Il appartient en réalité au droit supplétif. On devra donc appliquer les règles que nous avons posées plus haut. Tout dépendra de la loi à laquelle les parties seront censées s'être soumises, et spécialement de celle à laquelle la caution pourra être présumée s'être soumise,

puisqu'elle accomplit un acte de générosité. Nous pensons qu'il en est de même de l'art. 2033 qui règle l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs. Il faut s'en référer, nous paraît-il, à la loi que les cofidéjusseurs sont censés accepter comme règle de leurs rapports juridiques. Mais il nous paraît impossible d'attribuer ici prédominance à la loi personnelle de l'un ou de l'autre : il s'agit d'obligations absolument semblables, d'une répartition de responsabilités que le législateur établit pour suppléer au silence des parties. Quel est le législateur auquel les parties peuvent être censées se soumettre toutes à cet égard? C'est, à notre avis, le législateur du lieu de leur domicile commun, ou de leur patrie commune, ou du lieu de la convention. Supposons toutefois que plusieurs personnes n'ayant ni même domicile, ni même patrie, aient cautionné la même dette par des engagements souscrits en des lieux divers. Dans ce cas, aucune des règles prémentionnées ne pourra recevoir application, et il faudra bien, croyons-nous, appliquer la loi qui régit l'obligation principale dont le cautionnement est l'accessoire, ou bien la loi du for, ce qui serait peut-être la solution la plus rationnelle.

1417. — Les art. 2034 à 2039 indiquent de quelles manières s'éteint l'engagement de la caution, ou celui de la sous-caution. Cet engagement peut s'éteindre, soit par suite de causes propres, indépendantes de la dette du débiteur principal, soit par suite de l'extinction de la dette principale. Il est évident que la question de savoir si celle-ci est éteinte doit être appréciée d'après la loi qui régit le contrat principal. Mais l'effet que produit cette extinction ne peut être déterminé que d'après la loi qui régit le cautionnement. Il en est de même, en principe, de la question de savoir dans quelle mesure la caution peut opposer au créancier les exceptions qui appartiennent au débiteur. Bien qu'il ne s'agisse pas nécessairement ici d'exceptions fondées sur *l'extinction* de la dette, et que la loi, dans sa généralité, comprenne les exceptions fondées sur les vices qui infectent le contrat primitif, elle en parle

à propos de l'extinction du cautionnement. La doctrine généralement admise conduit à résoudre toutes les questions réglées par les art. 2034 à 2039 d'après la loi du lieu où se forme le contrat de cautionnement. C'est l'opinion à laquelle semble s'être arrêté Brocher(1), bien qu'ici encore sa doctrine manque de précision. Quant aux autres auteurs, ils ne semblent pas s'être occupés spécialement du cautionnement, et nous ne connaissons pas de décisions judiciaires sur la matière. Pour ce qui nous concerne, nous croyons plus juste de nous en tenir à la loi du domicile de la caution. Il s'agit encore une fois de ses obligations vis-à-vis du créancier, qui n'est tenu à rien vis-à-vis d'elle. Elle seule est obligée. Si le cautionnement a été souscrit ailleurs qu'au lieu de son domicile, quel motif y a-t-il de croire qu'elle se soit soumise à la loi du lieu du contrat? Mais il faudrait, au contraire, attacher une importance considérable à la loi du lieu du contrat, ou à la loi du lieu du domicile du créancier, si la caution avait dû savoir que celui-ci, par sa qualité même, par les règlements qui restreignent sa liberté d'agir (une administration publique, par exemple), *ne pouvait* se contenter que d'une caution contractée dans les conditions prévues et déterminées par la loi locale.

1418. — Lorsque la caution est donnée en vertu d'une loi ou d'un jugement condamnant le débiteur à fournir caution, c'est évidemment la loi en vertu de laquelle la caution est fournie, ou celle qui a servi de base au jugement de condamnation, qu'il faut consulter, pour déterminer les effets du cautionnement. S'agissant, par exemple, de la caution à fournir par l'usufruitier, si c'est en vertu de la loi belge que la caution est exigée, c'est la loi belge qui réglera les effets du cautionnement. Qu'un individu détenu soit mis en liberté provisoirement sous caution, peu importe que la caution soit étrangère ou domiciliée en pays étranger, les effets de l'engagement de la caution, son objet, son extinction seront réglés uniquement par la

(1) Op. cit., T. II, pp. 288 et ss.

loi en vertu de laquelle il a été incarcéré puis mis en liberté provisoire. Aucun doute n'est possible sur ce point. Celui qui fournit le cautionnement, ou s'engage à le fournir, sait très bien qu'il doit le fournir dans les conditions prescrites par la loi en vertu de laquelle la caution est exigée.

TITRE XXXII.

DES TRANSACTIONS.

1419. — Nous n'aurons que peu d'observations à faire sur ce contrat. La définition assez peu précise de la transaction (art. 2044, al. 1) ne doit point nous occuper. Nous dirons tout simplement que l'acte qui n'y répondrait pas ne serait point une transaction aux yeux de nos tribunaux. Quant à l'alinéa 2 de l'art. 2044, il concerne la forme de la transaction, et d'après une jurisprudence presque unanime en France et en Belgique, jurisprudence à laquelle nous nous rallions sans hésiter, il n'en règle la forme qu'au point de vue de la preuve. Nous ne reviendrons pas sur la question de savoir si la régle *locus regit actum* est facultative ou obligatoire. Toujours est-il qu'il y a incontestablement lieu de l'appliquer aux formes dont il s'agit dans l'espèce, libre à l'Etat auquel appartiendraient les deux parties de les admettre à la preuve par témoins, lorsque la transaction est purement verbale.

1420. — L'art. 2045 a trait à la capacité de transiger. Il nous paraît qu'il y a lieu en principe d'observer la loi nationale de chacune des parties. En ce qui concerne spécialement la question de savoir, si le tuteur peut transiger avec le mineur devenu majeur sur le compte de

(1) La transaction n'est pas un acte solennel. On ne doit pas se laisser égarer par le texte extrêmement impératif de l'art. 2045, al. 2. Après quelque hésitation, la jurisprudence française est devenue constante sur ce point. On pourrait croire au premier abord, d'après les observations de M. Buzzati (p. 136), qu'il en est autrement d'après le Code italien, et nous l'avons cru. Mais nous nous sommes exagéré la portée de ces observations.

tutelle, il faudra incontestablement observer la loi nationale du mineur, la disposition étant établie avant tout dans son intérêt. Faudrait-il, en outre, que le tuteur soit capable de transiger d'après sa loi nationale propre? Nous ne le pensons pas, bien entendu quand il ne s'agit que de déterminer sa capacité comme tuteur.

L'alinéa dernier dispose que les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de l'empereur, en d'autres termes, du chef du gouvernement. Quel est le souverain dont l'autorisation sera requise, s'agissant d'une transaction entre un établissement public belge et un étranger? Ce sera dans tous les cas celle du chef du gouvernement en Belgique; car il s'agit de compléter la capacité d'une personne juridique, qui constitue pour ainsi dire un fractionnement de sa substance. On doit considérer la nécessité de cette autorisation comme une formalité habilitante. Ce pourra être aussi l'autorisation du gouvernement auquel appartient l'étranger, ou de celui où les biens sont situés soit lorsque l'étranger est lui-même une personne juridique qui a besoin de cette autorisation, soit lorsque la transaction doit avoir pour effet l'acquisition par un établissement public belge, d'un immeuble situé en pays étranger.

1421. — L'art. 2046 permet de transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit, mais ajoute que la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public. Il y a quelques rares exceptions au second principe, notamment en matière d'infractions aux lois sur les douanes et accises; mais, dans la mesure où il n'y est pas fait exception par nos lois, il recevra application dans tous les cas où l'action publique sera ouverte en Belgique, quelle que soit la nationalité des parties, quel que soit le lieu de l'infraction, l'action publique étant essentiellement d'intérêt social. Quant au premier principe, il est probable qu'aucune difficulté ne s'élèvera; il n'est guères admissible qu'une loi étrangère interdise toute transaction sur un intérêt civil, lors même qu'il résulterait d'une infraction à la loi pénale. Supposons cependant qu'il en soit

autrement, et qu'il s'agisse d'étrangers, la transaction qu'ils feraient dans notre pays n'aurait vraisemblablement pas d'effet dans le pays auquel ils appartiennent, tout au moins si le délit y a été commis. Quelque opinion qu'on puisse avoir sur l'opportunité de cette interdiction, elle ne pourrait guères s'appliquer que par des considérations d'intérêt général. Il faudrait, pour en apprécier exactement les effets, dans le pays dont relèvent les parties, examiner la nature de cet intérêt. Mais il nous semble que, dans tous les cas, la disposition qui autorise ces transactions, repose dans notre pays sur un intérêt général, celui de diminuer les procès; et cet intérêt nous paraît exister, même lorsqu'il s'agit d'étrangers, si le procès doit se débattre en Belgique. Nos tribunaux ne doivent, ni ne peuvent prêter leur appui à des réclamations étrangères qui, d'après notre législation, sont éteintes par transaction. Au surplus, la disposition qui repousse ces transactions n'empêcherait probablement pas qu'elles eussent lieu, et si on les écartait, dans l'espoir que la partie lésée serait ainsi amenée à prêter un concours utile au ministère public, et à se joindre à lui devant les tribunaux répressifs, cet espoir serait probablement déçu.

1422. — Les art. 2047 à 2049 appartiennent au droit supplétif pur. On devra faire application, selon nous, des règles générales que nous avons posées plus haut. Mais il n'en est pas de même de l'art. 2051. Lorsque l'un des intéressés transige, les autres sont des tiers relativement à la transaction conclue. Or, l'intérêt des tiers est véritablement un intérêt général. Nous pensons donc qu'on ne pourra jamais se prévaloir d'une transaction faite en Belgique, contre ceux qui n'y sont point intervenus. L'art. 2052 et les art. suivants (2053 à 2058) concernent l'effet de la transaction entre parties, et ces dispositions nous paraissent appartenir, en général, au droit supplétif; l'on appliquera, par conséquent en général, la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises quant aux effets de leur transaction. Il ne nous paraît pas qu'il y ait lieu de déroger, à cet égard, aux règles générales que nous

avens tracées plus haut. La loi du domicile commun nous semble devoir l'emporter, s'agissant d'une pure et simple présomption d'intention, sur la loi nationale commune, et la loi du lieu du contrat ne doit prévaloir que si les parties n'ont ni nationalité commune, ni domicile commun. Mais nous croyons cependant que certaines de ces dispositions ne font point partie à proprement parler du droit supplétif. Que la transaction puisse être annulée pour cause de dol ou de violence, et même qu'elle puisse être rescindée pour erreur sur l'objet de la contestation, c'est là une règle d'une nature absolue, à laquelle les parties sont soumises nonobstant toute stipulation ou convention contraire, même expresse. Leur consentement présumé à se soumettre à une législation étrangère serait infecté du même vice que leur adhésion à la transaction elle-même. Il en est de même de la nullité de la transaction faite sur pièces fausses, ou sur un jugement passé en force de chose jugée, dont l'une d'elles n'avait pas connaissance. Il faudra donc examiner, non pas à quelle loi elles peuvent être présumées *s'être soumises*, mais à quelle loi elles sont soumises par le fait. Et l'on pourra être recevable à demander la nullité d'une transaction pour erreur, dol ou violence, soit lorsque la partie contre laquelle on la demande est soumise par sa nationalité à la loi qui commine la nullité, soit lorsque cette nullité est édictée par la loi du lieu où la convention est conclue.

1423. — Le titre XVI du Code civil (art. 2059 à 2070) traitait de la contrainte par corps. Ces articles ont été abrogés en Belgique par la loi du 21 mars 1859, dont les dispositions ont été abrogées à leur tour par la loi du 27 juillet 1871, sauf les art. 17 à 24, 26, 28 à 34, 36 à 39. En France, la contrainte par corps a été supprimée également, sauf quelques restrictions, par la loi du 22 juillet 1867. Notre loi de 1871 ne maintient plus la contrainte par corps que pour les dommages-intérêts encourus à raison d'un acte illicite, posé méchamment et de mauvaise foi, et pour les condamnations aux restitutions, dommages-intérêts et frais en matière criminelle, correctionnelle et

de police excédant trois cents francs. Elle l'exclut vis-à-vis de certaines personnes, par exemple les mineurs, et la durée en est limitée. Il nous paraît évident que toutes les dispositions relatives à la contrainte par corps, non-seulement en tant qu'elles l'excluent et la limitent, mais en tant qu'elles l'autorisent, sont de droit local. Il s'agit de mesures d'exécution, et l'on appliquera la *lex fori*. En ce qui concerne les limitations de la contrainte par corps, il y a un autre motif d'en décider ainsi. Ce sont des dispositions protectrices de la liberté individuelle, et il n'est pas douteux que les étrangers mêmes ne puissent les invoquer, ne fût-ce qu'en vertu de l'art. 128 de notre Constitution, qui assure à tout étranger sur le territoire de la Belgique « la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». S'il en est de même en ce qui concerne les dispositions *autorisant* la contrainte par corps, c'est parce qu'elles ne dépendent en rien de la volonté des parties, et ne se rattachent pas au fond du droit. Elles concernent, en réalité, la procédure. Peu importera donc la nationalité des parties, leur domicile ou le lieu du contrat. La nationalité des parties ne pourra être prise en considération que pour déterminer si une personne est capable ou incapable, et spécialement si elle est majeure ou mineure. Dans ces conditions, il est parfaitement inutile que nous analysions ici les dispositions de notre loi, ou de la législation française sur cette voie d'exécution.

TITRE XXXIII.

DU NANTISSEMENT.

1424. — Voici un contrat qui, par sa nature intéresse essentiellement les tiers. En règle générale, les biens d'un débiteur sont le gage *commun* de ses créanciers (art. 8, loi hyp. belge du 16 décembre 1851, correspondant à l'art. 2093 du C. civ.). Le nantissement a pour effet de transformer en un gage spécial pour certains créanciers, ce qui était la garantie de tous. On sait que, d'après nos lois, il ne constitue pas à proprement parler un droit réel, en ce sens qu'il n'implique pas l'aliénation de la chose, ou d'une partie quelconque de celle-ci, du droit d'en jouir ou d'en user ; mais il implique essentiellement un droit de préférence sur le prix qui en peut provenir par suite de sa réalisation. Le caractère essentiel de la convention de gage est donc de produire effet non-seulement entre parties, mais surtout à l'égard des tiers, non pas que ceux-ci puissent être obligés à une prestation quelconque par suite de cette convention à laquelle ils n'ont point participé, mais parce qu'ils perdent par le fait du gage le droit de faire valoir leurs créances sur les biens engagés, concurremment avec le créancier gagiste, et sur le même pied que celui-ci. Les dispositions qui concernent ce contrat intéresseront donc dans beaucoup de cas les tiers, et l'intérêt des tiers est un intérêt général.

1425. — Le Code civil distingue deux espèces de nantissements : le nantissement d'une chose mobilière qu'il qualifie de gage, et celui d'une chose immobilière qu'il

appelle antichrèse (art. 2072). Cet article, ne concernant que la terminologie, ne présente pas d'importance au point de vue du droit international. Mais il importe de remarquer que les articles de ce titre sont étrangers dans notre pays au gage commercial, lequel est aujourd'hui régi par la loi du 5 mai 1872, et qu'une autre loi spéciale, celle du 18 novembre 1862, règle en outre, avec l'arrêté royal du 2 décembre 1863, l'institution des warrants, espèce particulière de gage commercial. Nous ne nous occuperons ici que du nantissement constitué en matière civile, en faisant remarquer que le gage commercial est, d'après notre loi du 5 mai 1872, celui qui est constitué *pour sûreté d'un engagement commercial*. Tout autre gage est un gage civil aux yeux du législateur belge, et il est évident que nos tribunaux ne consentiront à qualifier de commercial, régi par la loi belge, que ce qui est considéré comme tel par notre loi. Autre est la question de savoir si un gage civil, constitué en pays étranger, ne pourra pas échapper dans une certaine mesure à l'application de nos lois. Nous nous occuperons d'abord du gage proprement dit.

1426. — Quelles choses peuvent être données en gage? Ce sont non seulement les meubles corporels, mais les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, ainsi qu'il résulte de l'art. 2075; mais la question de savoir si une chose peut être engagée doit être régie exclusivement par la *lex situs*, par la loi du lieu de sa situation[1]. On admet généralement, en effet, que les meubles *considérés individuellement*, sont, aussi bien que les immeubles, régis par la loi du lieu de leur situation, notamment lorsqu'il s'agit de savoir de quels droits ils peuvent être grevés. C'est le motif principal. Il y en a un autre, c'est qu'il s'agit d'un droit exceptionnel, de nature à mettre certaines choses hors de la circulation pendant un temps plus ou moins long, et qui, par conséquent, peut intéresser le régime économique du pays où elles se trouvent. L'application du principe n'est pas sans

(1) Fiore. Op. cit., nº 220*a*.

difficulté. Il est parfois difficile de fixer la situation d'une créance mobilière. Nous nous sommes expliqué plus haut sur ces difficultés, et nous ne croyons pas devoir y revenir. Mais il peut arriver aussi qu'une chose, engagée légalement ou illégalement dans un pays déterminé, soit ensuite transportée dans un pays, où elle aurait pu l'être régulièrement, ou bien encore où elle n'aurait pu l'être. Ce déplacement ultérieur influera-t-il sur la validité du contrat initial? On peut soutenir que, lorsque ce déplacement a lieu, la chose qui a été l'objet du gage échappe à l'action du pouvoir qui interdisait ou permettait de l'engager, et que l'Etat, sur le territoire duquel elle se trouvait, n'a plus d'intérêt à ce qu'elle soit ou non enlevée à la circulation, grevée ou non d'un droit de préférence, assez analogue à un droit réel. Mais ne pourrait-on pas objecter que la validité du contrat a été déterminée *ab initio*, et ne peut plus être modifiée par des événements postérieurs? A notre avis la question doit être résolue par une distinction. Le contrat nul *ab initio*, d'après la *lex situs*, qui a compétence pour le frapper de nullité, s'agissant d'objets qui ne peuvent être donnés en nantissement aux termes de cette loi, ne peut point devenir valable par suite du transport des objets dans un autre pays. Mais le contrat valable *ab initio* peut devenir *inefficace*, si les objets donnés en nantissement sont transportés dans un pays où ils ne peuvent être engagés; il ne saurait produire d'effet contrairement à la *lex situs*.

1427. — Parcourant maintenant les dispositions du Code sur le gage, nous y trouvons d'abord l'art. 2073, qui définit l'effet essentiel du gage : c'est le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilège et préférence aux autres créanciers. L'intention des parties n'est pas le seul élément à prendre en considération ici, puisqu'il s'agit d'un droit de préférence vis-à-vis des tiers. On y aura nécessairement égard pour déterminer la nature du contrat qu'elles ont voulu faire, si elles ont entendu oui ou non établir ce droit de préférence. Et, à cet égard, en supposant qu'elles ne s'en soient pas expli-

quées, que cela ne résulte point des circonstances, des expressions dont elles se sont servies, on s'en référera à la loi de leur domicile commun, de leur patrie commune, ou du lieu du contrat. Mais cette intention établie, il pourra se faire qu'elle se heurte contre les prescriptions de la *lex situs*, si celle-ci n'admet pas la constitution d'un droit de préférence de ce genre, et la *lex situs* devra l'emporter, d'autant plus que l'intérêt des tiers est en jeu.

1428. — Les art. 2074 et 2075 sont relatifs à la forme; mais ils impliquent des formes établies dans l'intérêt des tiers : acte public ou sous seing privé *enregistré*, et en outre notifié au débiteur de la créance donnée en gage, lorsque le gage consiste en des meubles incorporels. L'art. 2074 ne fait exception à la règle, pour le gage consistant en meubles corporels, qu'en matières n'excédant pas la valeur de cent cinquante francs. On serait tenté d'appliquer, en ce point, la maxime *locus regit actum*, et il nous paraît incontestable qu'on devra l'appliquer pour apprécier si l'acte authentique ou sous seing privé est valable en la forme. Mais l'enregistrement, et la notification du gage consistant en une créance sont requis dans l'intérêt des tiers, et nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer, en ce qui concerne la validité ou l'effet du gage sous ce rapport, la *lex reï sitae*. Telle est, semble-t-il, l'opinion généralement admise[1].

1429. — L'art. 2076 ne valide le gage que si la chose a été mise et est restée en la possession dudébiteur. Nous croyons, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'il y a lieu d'appliquer la *lex reï sitae*[2]. Mais ici encore s'élève une question que nous avons examinée plus haut au sujet d'un autre point. Supposons que la chose donnée en gage dans un pays où la mise en possession du créancier n'est point exigée, soit transportée dans un pays où cette formalité est requise, tandis qu'elle n'a point été accomplie; ou le cas inverse où la chose n'a pas été mise en la pos-

(1) V. Fiore. Op. cit., p. 374, et les autres autorités citées par Vincent et Pénaud (v° *Nantissement*, n° 6).

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Nantissement*, n° 7.

session du débiteur dans un pays où cette formalité est exigée, et a été transportée dans un pays où elle ne l'est point. Ce déplacement de la chose influera-t-il sur la validité du gage? Les auteurs ne se sont prononcés que sur la première de ces questions. Asser et Rivier (p. 100), ainsi que Milhaud *(Privilèges et hypothèques en droit international*, p. 277), enseignent que, si le gage est constitué dans un pays où la possession n'est pas exigée, il *s'éteint* lorsque la chose est transportée dans un pays où il n'y a pas de gage sans possession. La vérité nous paraît plutôt être que le gage est inefficace dans ce pays. Mais dans le cas inverse, si le gage est constitué sans mise en possession dans un pays où la possession est exigée, et s'il est dès lors sans valeur, on peut soutenir qu'il ne saurait revivre s'il est transporté dans un pays où elle ne l'est point. On pourrait dire en ce sens, que l'acte nul dans le principe en vertu de la *lex reï sitae*, dont l'autorité en cette matière paraît devoir être reconnue, et est reconnue de fait en droit international, ne peut revivre au préjudice des tiers par le simple déplacement de la chose. Nous croyons toutefois ne pas pouvoir adopter cette opinion. La loi n'exige pas que la chose engagée soit immédiatement remise au créancier. On ne peut pas dire, par conséquent, que le gage soit nul, mais sa validité et son effet sont suspendus jusqu'à la mise en possession; et si la chose engagée est transportée dans un pays où la possession n'est pas exigée, avant que les tiers n'aient acquis sur elle quelque droit exclusif, pourquoi cet événement ne produirait-il pas le même effet qu'une mise en possession? C'est la loi de la situation nouvelle qui a désormais compétence pour exiger cette condition. Mais, si, avant son déplacement, la chose avait été engagée au profit d'un autre créancier avec mise en possession réelle, ou frappée de saisie, ou transmise à la masse créancière par suite d'une déclaration de faillite, son déplacement ultérieur ne ferait pas revivre un droit qui est désormais éteint. Il est à observer qu'une mise en possession réelle, effectuée tardivement, ne produirait pas, elle-même, un pareil effet.

1430. — La disposition de l'art. 2079, aux termes de laquelle le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur, ne doit pas nous arrêter longtemps, car il est probable qu'il en est ainsi partout. Que s'il en était autrement, et si, dans tel ou tel pays, le gage ne pouvait être fourni par un tiers, il y aurait lieu, d'après nous, d'appliquer la *lex situs*. Mais les art. 2078 et 2079 donnent lieu à des questions fort délicates. Ils posent en principe que le créancier ne devient pas propriétaire du gage, lequel n'est entre ses mains qu'un dépôt, *qu'il ne peut pas se l'approprier*, *nonobstant toutes conventions contraires*, sans les formalités prescrites par la loi. Quel est la loi qui régira cet ordre de questions? Certains auteurs appliquent la *lex rei sitae*, en général en ce qui concerne les effets du contrat de gage entre créancier et débiteur(1). D'autres observent que l'étendue du droit du créancier est régie par la loi du contrat, c'est-à-dire, d'après eux, à défaut de volonté exprimée par la loi nationale commune des parties, ou la *lex loci contractus*(2). Et Despagnet applique en termes exprès ce principe à la solution de la question de savoir si le créancier gagiste a le droit de vendre le gage, s'il peut en user, etc... « On appliquera » dit-il, « la loi à laquelle les contractants paraissent s'être référés. » Mais qui ne voit que la loi ne donne pas ici libre cours à la volonté des contractants? Les mots *nonobstant toutes conventions contraires* le prouvent assez clairement. Ils excluent aussi bien une convention tacite, résultant de leur intention de se soumettre à une loi étrangère, qu'une convention expresse. Il faut donc voir à quelle loi les parties sont soumises par le fait. En pareille matière, cette loi ne nous paraît pouvoir être que la *lex rei sitae*. Toutefois cette loi perd nécessairement son empire, sa force impérative, relativement au droit du créancier gagiste de disposer de la chose sans formalités de justice, ou seulement moyennant l'observation de ces

(1) Vincent et Pénaud citent en ce sens : Brocher (T. II, p. 353) et Fœlix (T. I, nos 60 et 98). Pour ce qui concerne Brocher, cela est trop absolu.

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., vo *Nantissement*, et les autorités citées.

formalités, lorsque la chose engagée est transportée dans un autre pays, et cette force impérative se trouve alors transférée à la loi de la situation nouvelle. Si elle lui défend d'aliéner ou de s'approprier la chose sans autorisation de justice, elle devra être respectée. Si elle le lui permet, la loi du *situs* ancien pourra encore conserver une certaine force, non comme loi prohibitive, mais comme loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises au moment du contrat, s'il n'apparaît pas que le déplacement de la chose ait été prévu par elles, ou autorisé par le débiteur gagiste.

1431. — Les art. 2080 à 2082 inclusivement ne semblent se rattacher qu'au droit supplétif. Rien n'interdit aux parties d'y déroger, et il ne s'agit en outre que de leurs rapports entre elles. Il faudra donc appliquer la loi à laquelle les parties seront censées s'être soumises, et c'est l'opinion générale. On pourrait soutenir qu'il y a lieu de faire une exception pour l'art. 2082, al. 2, qui semble impliquer la constitution d'une espèce de nouveau gage par convention tacite, ou une extension du gage à une créance pour la sûreté de laquelle il n'était point établi par convention expresse. Le texte de cet alinéa porte en effet ; « S'il existait, de la part du même débiteur envers le même créancier, une autre dette *contractée postérieurement à la mise en gage*, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être 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. » Mais, d'après la doctrine, il ne s'agit pas ici d'un droit de préférence qui puisse s'exercer à l'encontre des autres créanciers du débiteur gagiste, pour sûreté de cette nouvelle créance. Il ne s'agit que d'un droit de rétention qui s'exerce seulement entre parties. Il a son fondement dans le consentement tacite ou légalement présumé du débiteur. Nous en concluons qu'il y a lieu d'appliquer encore en cette matière la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises.

1432. — L'art. 2033, qui déclare le gage indivisible entre les héritiers, malgré la divisibilité de la dette, nous paraît appartenir au même ordre de principes, malgré ce qu'il peut avoir d'anormal. L'indivisibilité n'est pas en effet de l'essence du gage, et les parties peuvent parfaitement convenir que le gage sera divisible, soit entre le créancier et le débiteur en cas de paiement partiel, soit entre les héritiers du débiteur ou les héritiers du créancier (1). Cette indivisibilité n'est donc fondée que sur l'intention présumée des parties. La loi, en la présumant, les dispense de la stipuler expressément, et se rattache par cela même au droit supplétif. Mais supposons que telle ou telle loi étrangère ne contienne aucune disposition de cette espèce, et que les parties puissent être censées avoir accepté cette loi comme règle des effets de leurs conventions, pourra-t-on se prévaloir de notre loi pour soutenir que le gage est indivisible ? Le contraire est évident.

1433. — La question de savoir à quelle loi les parties sont censées s'être soumises est ici particulièrement délicate. La *lex situs* a, lorsqu'il s'agit de gage, une importance toute particulière. Sous plusieurs rapports elle régit le gage indépendamment de la volonté des parties et obligatoirement. C'est là où se trouve la chose engagée que le gage devra vraisemblablement être réalisé, à moins que les parties n'aient dû prévoir qu'il serait transféré ailleurs. C'est là que la chose engagée sera probablement remise entre les mains du créancier gagiste. Lorsque toutes ces conditions sont réunies on peut supposer, nous paraît-il, que les parties s'en sont référées tacitement à la *lex situs*, non pas comme *lex situs* seulement, mais en tant que loi du lieu de l'exécution et du lieu de la remise du gage. A défaut d'application de cette loi, nous pensons qu'il faut suivre les règles générales que nous avons proposées plus haut. C'est-à-dire qu'il conviendrait d'appliquer, de préférence à toute autre, la loi du lieu du domicile

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXVIII, p. 499.

commun, subsidiairement seulement celle de la nationalité commune des parties, et à défaut d'identité de domicile ou de nationalité, la loi du lieu du contrat. Nous ne reviendrons pas sur les motifs qui nous ont déterminé à adopter ce système (1).

1434. — L'antichrèse ou nantissement immobilier diffère essentiellement du gage. Il ne donne au créancier que le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, sauf à les imputer annuellement, d'abord sur les intérêts, s'il lui en est dû, ensuite sur le capital de la créance. C'est une question des plus controversées, en droit français, que celle de savoir si l'antichrèse donne un droit réel ou même un simple droit de préférence au créancier antichrésiste vis-à-vis des autres créanciers, c'est-à-dire vis-à-vis des créanciers hypothécaires ou privilégiés postérieurs et vis-à-vis des chirographaires. Quant aux créanciers hypothécaires ou privilégiés antérieurs, il est clair que l'antichrésiste ne peut leur opposer son droit. En supposant que l'antichrèse confère, de sa nature, un droit réel, ils lui opposeraient la maxime : *Nemo plus juris ad alium conferre potest quam ipse habet.* Il est clair également que l'antichrésiste ne peut faire vendre l'immeuble engagé pour se payer sur le prix par préférence à d'autres ; car la loi ne lui donne pas ce droit alors qu'elle le donne en termes exprès au créancier gagiste, et ne lui accorde qu'un simple droit de rétention et de jouissance Mais la question est de savoir s'il peut exercer ce droit de rétention et de jouissance vis-à-vis de tous les créanciers qui n'ont point un droit réel. Laurent expose et discute très longuement la question dans son grand ouvrage de droit civil, et se prononce contre le droit réel ou le droit de préférence de l'antichrésiste (2). Les auteurs français sont excessivement partagés, et, quant à la jurisprudence, si la Cour de Paris s'est prononcée contre le droit de préférence de l'antichrésiste, la Cour de Cassation s'est pro-

(1) Nous croyons inutile de nous occuper spécialement de l'art. 2084, qui ne fait que restreindre l'application des règles qui précèdent au gage purement civil.

(2) Laurent. *Droit civil*, T. XXVIII, pp. 503 et ss.

noncée en sa faveur par un savant arrêt rendu au rapport du conseiller Laborie[1]. On argumente en faveur de la première opinion de l'absence de tout texte établissant un droit réel ou un droit de préférence, de l'absence de toute forme de publicité en ce qui concerne l'antichrèse, à la différence de ce qui existe pour le gage; et, en faveur de la seconde, de l'ancien droit tel qu'il est exposé par Pothier, dans lequel les auteurs du Code ont si largement puisé, de ce que l'antichrèse est une espèce de nantissement, c'est-à-dire un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier *pour sûreté de la dette*, et de ce qu'il n'en résulterait aucune sûreté pour celui-ci, si elle ne produisait point un droit de préférence sur les revenus de l'immeuble. Il faut observer, en outre, qu'aux termes de l'art. 2087, le créancier peut retenir la jouissance de l'immeuble jusqu'à l'entier acquittement de la dette. Ces considérations nous paraissent très graves, et nous déterminent à adopter l'opinion de la Cour de Cassation de France, d'autant plus que la loi française de 1855, en soumettant l'antichrèse à la formalité de la transcription, uniquement prescrite dans l'intérêt des tiers, semble bien supposer qu'elle doit produire effet vis-à-vis d'eux. Il est vrai que notre loi hypothécaire ne la soumet point à cette formalité; mais ceci est beaucoup moins significatif et pourrait bien être le résultat d'une simple inadvertance, d'un oubli.

1435. — Il peut n'en être pas de même dans d'autres pays, et il n'en est pas ainsi en Italie, par exemple l'art. 1987 du Code italien disposant en termes formels que « l'antichrèse ne produit d'effet que dans les rapports entre le débiteur et le créancier ». Une antichrèse consentie entre Belges, en Belgique, sur des immeubles situés en Italie, produira-t-elle un droit de préférence en faveur du créancier vis-à-vis des tiers? Non, évidemment: la *lex situs* s'y oppose. Cette loi règle les droits dont les immeubles peuvent être l'objet, surtout vis-à-vis des tiers,

(1) Cassation, 31 mars 1851. Dalloz. 1851, 1, p. 65.

lorsqu'il s'agit de droits réels. L'intention commune des parties ne peut prévaloir, en cette matière, contre la loi du lieu de la situation. Mais, dans le cas inverse, on pourra tenir compte de la volonté présumée ou expresse des parties. L'antichrèse, constituée même en Italie sur des immeubles situés en Belgique, pourra donc produire un droit réel, opposable aux tiers, si telle semble avoir été l'intention des parties. Elle pourra aussi produire un effet moindre, sans que la *lex situs* y fasse obstacle. Qui peut le plus, peut le moins. Il s'agira donc, dans le silence des parties, de déterminer ce qu'elles ont voulu, à quelle loi elles ont entendu se soumettre. Nous sommes fort tenté de donner, même en ce point, la préférence à la *lex situs*. Le contrat d'antichrèse se localise si naturellement là où l'immeuble est situé, là où l'exécution doit nécessairement se faire, qu'il semble que les parties aient dû nécessairement songer à cette loi comme devant régir ses effets. Cependant si les parties étaient toutes deux italiennes, et domiciliées en Italie, si le contrat y avait été passé, il serait excessif de faire prévaloir la *lex situs*, malgré cette réunion de circonstances.

1436. — Nous allons maintenant examiner les dispositions qui régissent dans notre pays le droit d'antichrèse. — L'art. 2085, al. 1, dispose qu'elle ne s'établit que par écrit. Il s'agit d'une forme, substantielle en apparence, mais non prescrite dans l'intérêt des tiers. Lors même qu'elle serait substantielle en réalité, cela n'empêcherait pas qu'on ne dût appliquer la *lex loci contractus*, d'après le droit international coutumier. Mais il résulte des travaux préparatoires de la loi, que l'on n'a entendu exiger l'écrit que pour la preuve. L'alinéa 2 de l'art. 2085 définit le droit que le créancier acquiert par l'antichrèse. Que les parties soient étrangères ou belges, qu'elles soient domiciliées ou non en Belgique, que le contrat soit fait dans notre pays ou ailleurs, elles ne pourront en acquérir aucun autre. La *lex situs* est d'application absolue, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature, l'essence même du droit que l'*on peut acquérir* sur un immeuble.

Mais elle ne peut faire obstacle à ce que la convention des parties limite ce droit encore davantage. Et nous pensons que, si elles convenaient expressément ou tacitement que les fruits annuellement perçus seront imputés sur le capital, cette convention devrait être respectée. La loi autorise expressément dans l'art. 2089 la stipulation que les fruits se compenseront avec les intérêts, et toute autre qui n'est point prohibée par les lois. Mais nous croyons que les parties devront être censées en thèse générale s'en référer à la *lex situs*. Nous en dirons autant des dispositions des art. 2086, 2087, 2088 et 2090. Quant à l'art. 2091, il est manifeste que l'on ne peut appliquer que la *lex situs*, en tant qu'elle exclut tout effet de l'antichrèse, vis-à-vis des tiers qui auraient acquis, c'est-à-dire, à notre avis, qui auraient acquis *antérieurement* des droits sur le fonds soumis à l'antichrèse. Mais si, par impossible, la *lex situs* admettait que l'antichrèse peut produire effet, même vis-à-vis des tiers ayant des droits réels antérieurs sur le fonds engagé, on devrait encore examiner si cet effet, vis-à-vis des tiers, n'est point exclu par la loi à laquelle les parties se sont soumises expressément ou tacitement. Nous pensons toutefois que, dans le doute, il faudrait encore admettre que les parties ont accepté la *lex situs* comme règle des effets de leurs conventions.

TITRE XXXIV.

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

—

1437. — L'hypothèque est un *droit réel* sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, et elle les suit dans quelques mains qu'ils passent (art. 41, loi hyp.) [1]. Elle est, d'après notre législation, légale, conventionnelle ou testamentaire (art. 42, loi hyp.). Le privilège est *un droit* que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires (art. 12, loi hyp.). Il semble résulter de la comparaison de ces articles que le privilège ne constitue pas un droit réel. Il est évident que cette conclusion serait fausse en ce qui concerne les privilèges immobiliers. En effet, la loi les place sur le même rang que les hypothèques, et ils donnent le droit de suite, absolument comme celles-ci. Quant aux privilèges mobiliers, il est vrai, qu'ils ne donnent pas le droit de suite, ou ne le donnent que dans une mesure extrêmement limitée, comme le privilège du bailleur. Mais cela tient à la maxime qu'*en fait de meubles possession vaut titre ;* et le propriétaire lui-même, bien que le droit de propriété soit réel dans son essence, n'a le droit de suite que dans une mesure très limitée. Le privilège mobilier implique un droit de préférence sur le mobilier qui en est grevé, et cela suffit pour lui imprimer le caractère de droit réel dans une certaine mesure.

1428. — Les étrangers peuvent-ils acquérir des droits

(1) Loi belge du 16 décembre 1851.

de ce genre en Belgique? Pour l'hypothèque conventionnelle, il n'y a aucun doute (art. 77, loi hyp.), et il n'y en a pas davantage pour l'hypothèque légale du *mineur* et pour celle de la femme mariée (art. 2 additionnel de la loi hypothécaire). La question est implicitement ou explicitement décidée par des textes. Mais tout d'abord l'art. 2 additionnel ne dit rien de l'hypothèque légale des interdits sur des biens de leurs tuteurs. Nous avons touché cette question dans le 2e volume de notre ouvrage, et nous l'avons résolue négativement. Elle mérite d'être examinée ici de plus près. On pourrait induire par argument *a contrario* de l'art. 2 additionnel que les étrangers interdits ne peuvent avoir un droit de ce genre sur des biens situés en Belgique. L'argument serait très sérieux, s'il ramenait au droit commun. Malheureusement le droit commun est excessivement incertain en la matière. Quelques auteurs français, se fondant sur ce que l'hypothèque légale dépend du statut réel, et sur l'art. 3, § 2, du Code civil, décident, en l'absence de texte exprès, que la femme étrangère et les incapables étrangers peuvent en réclamer le bénéfice sur les biens situés en France. Ils sont peu nombreux (1). Il y a ici une confusion d'idées. La *lex situs* détermine de quels droits les immeubles peuvent être grevés, mais elle ne résout nullement la question de savoir si ces droits peuvent être acquis par des étrangers. D'après une autre opinion, c'est d'après la loi personnelle de la femme mariée ou de l'incapable qu'il faut décider, si le droit d'hypothèque légale peut être exercé. C'est l'opinion qui paraît prédominer dans la doctrine, et pour laquelle se sont prononcées en dernier lieu les autorités les plus graves (2). Mais, d'après les uns, il faut cependant que la *lex situs* admette l'hypothèque légale, tandis qu'il suffit, d'après les autres, qu'elle admette en général

(1) Pour ne pas allonger le présent ouvrage par des citations, nous renverrons, comme nous l'avons déjà fait, à l'ouvrage de Vincent et Pénaud, vo *Privilèges et hypothèques*, no 43. Il cite entre autres Merlin, Troplong, Rodière et Pont, etc.

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., vo *Privilèges et hypothèques*. Ils citent notamment : Laurent, Fiore, Demangeat, Weiss, Durand, Despagnet, etc..., et même Savigny.

l'hypothèque (3). Si l'on se rallie à cette opinion, il faut dire que l'art. 2 additionnel, en Belgique, n'est qu'une application du droit commun, et peut être étendu aux interdits étrangers. Toutefois, d'après un troisième système qui réunit également un grand nombre d'autorités, et qui prédomine absolument dans la jurisprudence française, l'hypothèque légale doit être refusée en France aux incapables étrangers sur des biens situés en France, par application de l'art. 11 du Code civil (2). La jurisprudence belge était également en ce sens (3), et l'on se fonde sur ce que l'hypothèque légale des mineurs, des femmes mariées, des interdits, ne dérive pas du droit des gens, sur ce qu'elle est une pure création du droit civil et ne représente qu'une mesure de protection créée par la loi en faveur de certaines personnes privilégiées. Dans ce système on ne reconnaît l'hypothèque légale, en l'absence d'un texte comme celui de notre loi belge, ni à la femme étrangère qui s'est mariée en France, ni à la femme française qui a épousé un étranger, ni à la femme d'origine française devenue étrangère par un démembrement de territoire, ce qui est extrêmement rigoureux, ni aux mineurs étrangers, à moins qu'il ne s'agisse d'incapables, autorisés à établir leur domicile en France, ou qu'il n'existe entre la France et leur pays un traité international de réciprocité.

1439. — Il paraît difficile d'admettre, qu'en l'absence d'un texte précis, comme celui qui figure dans les dispositions additionnelles de la loi hypothécaire belge, les étrangers puissent avoir l'hypothèque légale, et que l'art. 11 du Code civil ne s'y oppose pas. Il est parfaitement exact que ce droit ne dérive pas du droit des gens, qu'il n'est qu'une création de la loi positive. Nous ne pouvons accepter, pour ce qui nous concerne, que l'art. 11 n'ait entendu exclure les étrangers que des seuls droits civils dont la loi a attribué la jouissance exclusivement

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Privilèges*, n° 45.
(2) Vincent et Pénaud. Ibid., n^{os} 46 et ss.
(3) Bruxelles, 19 juillet 1853 *B. j.*, 1853, p. 1578.

aux nationaux, ainsi que l'enseigne M. Weiss. S'il en était ainsi, la disposition de l'art. 11 serait superflue; et on le retrancherait du Code, que la situation des étrangers n'en serait nullement modifiée. L'hypothèque légale est un pur bénéfice de la loi. Elle n'a pas sa source dans une convention tacite : elle est établie en faveur d'incapables, sans égard à une manifestation de volonté quelconque de leur part ou de la part de leur représentant légal. La théorie que nous combattons fait abstraction du texte de l'art. 11, comme le fait remarquer Brocher, soit qu'on le considère isolément, soit qu'on le rapproche de l'art. 8(1).

Il n'en est pas de même, selon nous, de l'hypothèque conventionnelle, ni de l'hypothèque testamentaire, ni des privilèges mobiliers ou immobiliers. Il ne semble même pas que le droit des étrangers de réclamer des hypothèques de ce genre ou des privilèges ait jamais été contesté en pratique. On considère le droit de conclure les conventions dérivant du *jus gentium*, droit reconnu aux étrangers, comme entraînant nécessairement celui de stipuler pour sûreté de l'exécution de ces conventions, toutes les garanties non interdites par la loi. Or, les privilèges ne dérivent en somme que d'une convention tacite. Si la loi les attache à la nature de la créance, c'est dans une certaine mesure par une interprétation de la volonté muette des parties. Celles-ci pourraient arriver au même résultat par une convention expresse de gage, ou par une convention constitutive d'hypothèque. Mais on ne peut pas raisonner de la même manière, quoi qu'en dise Fiore, en ce qui concerne l'hypothèque légale, et celle-ci est une pure faveur qui n'a rien de commun avec l'idée d'une convention tacite. Il est vrai que l'idée de faveur se rencontre aussi dans les privilèges. C'est en considération de la qualité de certaines créances que la loi les

(1) Rappelons toutefois qu'en théorie nous n'approuvons nullement le système du droit français. Il est en contradiction, dit De Bar (T. I, p. 649), avec le principe généralement admis de l'égalité des étrangers et des citoyens, en ce qui concerne les droits civils. Et l'on ne pourrait guères citer des pays où l'inégalité entre les uns et les autres serait erigée en principe.

établit. Mais cette idée n'y apparaît point seule, et la faveur dont il s'agit est en outre le résultat d'un acte de la volonté humaine. Elle a enfin sa source et son fondement, comme le privilège du bailleur, par exemple, non pas dans des considérations tirées de l'intérêt d'une des parties, mais dans des motifs d'utilité générale, et même d'intérêt économique, indépendants de la personnalité et de la nationalité des parties. Il n'est pas contesté d'ailleurs, que les étrangers doivent, sous ce rapport, être absolument assimilés aux nationaux. Un doute peut s'élever en ce qui concerne le privilège immobilier du vendeur, mais nous croyons qu'il est également basé sur un intérêt d'ordre économique, notamment sur la nécessité d'assurer la sécurité des transactions immobilières, et de les faciliter par cela même. On peut hésiter plus encore s'agissant du privilège du copartageant, et il semble qu'il faille s'en référer à la loi qui régit la succession, que ce privilège soit établi uniquement dans l'intérêt des copartageants, et déduit de leur volonté présumée, qu'il n'y ait aucun motif, par conséquent, de l'étendre à des étrangers s'agissant d'immeubles situés en Belgique. Mais n'est-il pas vrai que l'indivision est considérée avec défaveur par le législateur, et que tout ce qui tend à augmenter la sécurité des partages, à les faciliter par cela même, est d'intérêt général et territorial? S'il en est ainsi, il n'y a pas de motif pour refuser ce privilège aux étrangers. Nous pensons qu'il en doit être de même de l'hypothèque judiciaire là où elle existe. Les étrangers admis à plaider devant les tribunaux nationaux doivent y plaider dans les conditions déterminées par la *lex fori*, sauf les limitations prescrites par des dispositions formelles comme celle qui établit la caution *judicatum solvi*.

1440. — Il en est tout autrement, nous paraît-il, de l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit, de la femme mariée. Elle n'est certainement pas établie par des motifs d'intérêt général et d'ordre économique; elle a son fondement dans l'intérêt de ces incapables. Ces limitations du droit de propriété sont plutôt contraires à l'intérêt écono-

mique du pays où les immeubles sont situés. Il semble donc qu'en l'absence d'un texte précis qui accorde ce droit aux étrangers, on devrait le leur refuser. Pareil texte existe en ce qui concerne le mineur étranger, et la femme mariée étrangère (art. 2. Dispositions additionnelles de la loi du 19 décembre 1851). Mais cet article ne parle pas des interdits étrangers. En vain invoquerait-on en leur faveur l'art. 128 de la Constitution qui étend à l'étranger, se trouvant sur le territoire belge, la protection accordée aux personnes et aux biens, car cet article ajoute : *sauf les exceptions établies par la loi*. Or, l'exception semble résulter ici de l'art. 11 du Code civil, lors même qu'on l'interpréterait d'une manière très libérale, c'est-à-dire comme n'excluant les étrangers que des droits civils dans le sens strict du mot, c'est-à-dire des droits qui ont leur fondement dans la loi civile.

1441. — Ces raisons nous paraissent très fortes, et l'on doit, à notre avis, en conclure qu'un interdit étranger n'a point d'hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en Belgique. Il faut reconnaître cependant qu'il est peu conforme à l'esprit de notre loi hypothécaire de leur refuser ce droit, et qu'en présence surtout des tendances actuelles du droit international privé, la solution contraire, plus large et plus généreuse, prévaudrait peut-être devant nos tribunaux. Quel est l'esprit de la législation nouvelle? Lorsqu'on lit les travaux préparatoires, et spécialement le rapport de M. Lelièvre, on demeure convaincu que le législateur a voulu non pas introduire une simple exception à la règle antérieurement admise, qui refusait aux incapables étrangers le droit d'hypothèque légale sur les biens de leur représentant légal situés en Belgique, mais condamner l'ancien principe, et le remplacer par un principe nouveau. C'est manifestement par une simple inadvertance qu'il n'a pas parlé des interdits et des étrangers colloqués. Peut-être est-ce même aller trop loin que de considérer l'art. 2 additionnel comme consacrant un principe nouveau. Il est plutôt le résultat de la répudiation par les Chambres d'une jurisprudence

ancienne, qui méconnaissait, d'après elles, les conséquences du principe que l'état et la capacité d'une personne la suivent en pays étranger, tandis que le droit d'hypothèque légale établi par sa loi nationale comme une conséquence de son incapacité doit l'y suivre également, pour autant que la *lex situs* ne s'y oppose point. Et s'il en est ainsi, on peut invoquer en faveur de tous les incapables le principe de l'art. 128 de la Constitution, suivant lequel tout étranger qui se trouve en Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, principe qui, sainement entendu, s'applique non pas seulement à l'étranger qui se trouve personnellement et physiquement en Belgique, mais à celui qui y possède des biens et des droits dont le respect s'impose. Malgré ces considérations, nous pensons cependant, qu'en droit strict on ne peut reconnaître aux interdits étrangers le droit d'hypothèque légale sur les immeubles de leur tuteur situés en Belgique.

Ce serait dans tous les cas aller trop loin, nous paraît-il, que de reconnaître ce droit à un incapable étranger qui n'en serait point investi d'après sa loi nationale. Ce serait oublier que l'extension de ce droit aux mineurs étrangers n'est que la conséquence des principes sur l'exterritorialité du statut personnel. On ne s'y est pas trompé au Sénat, et le rapporteur de la commission du Sénat, M. d'Anethan, l'a constaté en termes très nets. En vain dirait-on que l'étranger jouit en Belgique de la protection accordée par la loi aux personnes et aux biens. La loi lui accorde protection, en lui conservant en Belgique l'hypotèque légale qui est attachée à son incapacité par sa loi nationale. Elle ne doit pas aller plus loin ; et lui accorder, en vertu de la *lex rei sitae*, qui n'y est nullement intéressée, une protection plus grande que celle jugée suffisante par la loi de la nation à laquelle il appartient, ce serait vouloir se montrer plus catholique que le pape. La loi nationale, qui règle en principe l'incapacité, est compétente pour déterminer ses effets. Et l'on ne doit pas oublier, qu'en étendant les droits de

l'étranger incapable, tels qu'ils résultent de son statut national, on risque de porter atteinte aux droits d'un autre étranger, tels qu'ils résultent également de la loi qui régit la tutelle. Des hypothèques de ce genre ne seront donc admises au profit de l'étranger incapable, que si elles le sont par sa loi nationale, compétente en principe pour régler sa capacité, son incapacité, les conséquences qui en résultent, et les garanties de la bonne gestion des intérêts de l'incapable. Et la *lex rei sitae* n'a compétence que pour limiter les garanties réelles, s'agissant de biens soumis à son empire.

1442. — L'objet des dispositions préliminaires de notre loi hypothécaire est de préciser les formes auxquelles est subordonné l'effet des transmissions de droits réels à l'égard des tiers. La *lex situs* prédomine manifestement en cette matière, puisqu'il s'agit de droits réels immobiliers et de l'intérêt des tiers. L'art. 1, alinéa 1, soumet à la transcription tous actes entre vifs translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques : sinon ils ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude. Ici point de difficulté; et cette disposition recevra application, quels que soient la nationalité des parties ou le lieu de l'acte, dès qu'il s'agira de droits réels sur des immeubles situés en Belgique, autres que des privilèges ou hypothèques, la loi ayant organisé, en ce qui concerne ceux-ci, la formalité de l'inscription. L'alinéa 2, exigeant la transcription des jugements passés en force de chose jugée, tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission de droits réels, des actes de renonciation à ces droits, des baux excédant 9 ans, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyers, ainsi que l'alinéa 3, prescrivant la réduction de ces baux, lorsqu'ils n'ont pas été transcrits, recevront également application chaque fois qu'il s'agira de biens situés en Belgique; mais pour que des jugements étrangers puissent être admis à la transcription, il faudra évidemment que l'on ait obtenu l'exequatur. — L'art. 2 exige, quant aux actes, qu'ils soient

authentiques ou que, s'ils sont sous seing privé, ils aient été reconnus en justice ou devant notaires. L'authenticité des actes passés en pays étranger doit être appréciée d'après la *lex loci actus*, en vertu de la maxime *locus regit actum*. Une décision administrative du 15 déc. 1854 (*Belg. jud.*, T. XIII, p. 102) ne méconnaît nullement ce principe, en exigeant que les actes passés en pays étranger soient légalisés pour que leur authenticité soit établie aux yeux du conservateur des hypothèques. Et cette décision consacre une interprétation large et libérale de la loi, en admettant que l'authenticité de la procuration est suffisamment établie, lorsque l'acte dûment légalisé, mentionne une procuration comme ayant été donnée dans le même pays et dans la même forme.

1443. — L'art. 3, alinéa 1, de la loi hypothécaire exige l'inscription de toute demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription. Nous n'examinerons point si cette disposition s'applique aux demandes en revendications immobilières, question diversement résolue par la doctrine en Belgique. Le défaut d'inscription entraîne une fin de non recevoir qui devra nécessairement être appréciée d'après la *lex fori*. Mais la disposition de l'alinéa 2 ordonne l'inscription du jugement à la suite de l'inscription de la demande, et ici il sera de nouveau indispensable de se conformer à la *lex situs* : sinon le jugement ne pourra être opposé aux tiers qui auraient contracté sans fraude. Or, puisque l'inscription du jugement doit avoir lieu à la suite de celle de la demande, il semble qu'alors du moins la demande doive être inscrite, eût-elle été portée devant un juge étranger compétent, à raison du domicile, par exemple. Mais, outre que cela pourra présenter des difficultés pratiques, on ne voit pas comment le juge étranger pourrait déclarer l'action non recevable à défaut de cette inscription, lorsque la loi du for n'en dit mot. C'est évidemment dans ce cas la demande en exequatur qui devra être inscrite. Quant à l'interdiction au greffier de délivrer aucune expédition de jugements de

cette espèce, avant qu'il lui ait été justifié de l'accomplissement de cette formalité, elle ne peut lier non plus que le greffier belge auquel on demande une expédition du jugement d'exequatur.

L'omission d'inscription de la demande au moment où elle est introduite a un effet important, le jugement de révocation ou d'annulation n'ayant en ce cas d'effet vis-à-vis des tiers qu'à dater du jour où il aura été inscrit (art. 4, loi hyp.). Cette disposition s'appliquera manifestement chaque fois qu'il s'agira d'immeubles situés en Belgique. Il en est de même de l'art. 5, concernant l'inscription des cessions de créances privilégiées ou hypothécaires. Quant à l'art. 6, c'est une disposition qui se rattache exclusivement à la procédure. On appliquera donc la *lex fori*. Il s'agit d'un droit d'action exceptionnel, attribué au cessionnaire du créancier contre toute personne à charge de laquelle il existe une inscription hypothécaire, prise pour sûreté d'une créance liquide et certaine, aux fins de faire la déclaration prescrite par l'art. 570 du Code de procédure civile. Le but est d'assurer la sécurité des transactions en cette matière.

1444. — Les dispositions préliminaires, que nous venons d'examiner au point de vue du droit international privé, sont suivies de certaines dispositions générales formant l'objet du chapitre premier. Les art. 7 et 8, qui rappellent les art. 2092 et 2093 du Code civil, se tiennent de fort près, et le second n'est pour ainsi dire que le développement et la suite logique du premier. Si toute personne obligée personnellement est tenue de remplir ses engagements *sur tous ses biens présents et futurs* (art. 7, loi hyp.), il s'en suit logiquement que ceux-ci sont le gage commun de ses créanciers, et même que le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (art. 8). Nous y voyons des dispositions ayant trait aux biens qu'elles affectent en principe, aux créanciers *en général*, et intéressant ceux-ci, c'est-à-dire des tiers. Ces principes sont donc applicables à tous les biens qu'un débiteur

possèdera dans le pays où elles sont en vigueur, quelle que soit sa nationalité, etc. Il n'y aura pas d'autres causes de préférence sur ces biens que celles admises par la loi de ce pays. Et il en résulte que, s'agissant même d'un débiteur étranger, il n'y en a d'autres, en règle générale, que les privilèges et hypothèques dont parle l'art. 9, lequel doit, du reste, s'entendre dans un sens large, et comme comprenant le droit qui résulte du contrat de gage, et qui n'est, après tout, qu'une espèce de privilège conventionnel. Les partisans les plus déterminés de l'application de la loi personnelle reconnaissent qu'il faut appliquer, en cette matière, la *lex reï sitae*, comme loi d'ordre public international dans le pays de la situation. « Appartiennent sans aucun doute à l'ordre public international » dit M. Weiss(1), « les règles qui concernent *la nature des droits de préférence admis entre créanciers en France, la nature des biens que ces droits peuvent grever*, la publicité que leur constitution doit recevoir et leurs effets essentiels ; ces règles intéressent au plus haut degré le régime de la propriété, le crédit public, et s'imposent à ce titre à l'observation de tous, étrangers ou nationaux sur notre territoire. » Nous verrons toutefois plus loin qu'il n'est rationnel d'attribuer une autorité absolue à la *lex reï situs* en cette matière, qu'en tant qu'elle limite ou exclut le droit de préférence.

1445. — L'art. 10 contient une disposition spéciale que l'on ne rencontre pas dans le Code civil, et qui établit une espèce de subrogation réelle, en vertu de laquelle le droit réel existant au profit du créancier *hypothécaire* sur l'immeuble, et au profit du créancier *privilégié* sur des récoltes ou effets mobiliers ou sur un immeuble, est reporté comme droit de préférence, en cas de destruction totale ou partielle de la chose grevée, sur la somme due par les assureurs, et même sur toute indemnité due par des tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé. Les droits d'hypothèque et de privilège sur

(1) Op. cit., pp. 788 et 789.

un corps certain, sur un bien corporel, sont convertis ainsi en un droit de préférence sur des choses fongibles, sur une somme d'argent, ou pour mieux dire, sur une créance. C'est une question controversée que celle de savoir si les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent s'opposer à ce que l'assureur, au lieu de payer l'indemnité, rebâtisse, reconstruise ou répare. Nous pensons, avec Martou, qu'elle doit être résolue négativement en droit belge. Mais la question de savoir si ce droit de préférence doit être reconnu ou non ne peut, à notre avis, être décidée d'après la loi du lieu de la situation des biens grevés d'hypothèque ou de privilège. Il s'agit en somme de l'institution d'un nouveau droit de préférence, ne grevant plus la chose, *mais sa valeur*, lorsque la chose est détruite. Il est bien vrai que les droits d'hypothèque et de privilège s'exercent également en fait sur le prix de la chose aliénée. Mais ce droit de préférence n'est, dans ce cas, que l'effet nécessaire de la persistance du droit réel, aussi longtemps que ces créanciers ne sont pas désintéressés, et le maintien ou l'anéantissement du droit réel dépend alors de la compétence et de la toute-puissance de la *lex situs*. Au contraire, si la chose est détruite, ce n'est plus que par une fiction que l'on peut admettre la persistance du droit sur cette chose. Et le transfert du droit de préférence, sur l'indemnité ou le capital assuré dus par un tiers, dépend logiquement de la loi à laquelle cette créance est naturellement soumise, c'est-à-dire de la loi du lieu de la situation de la créance, autrement dit du siège de l'obligation.

L'extension qu'a prise dans ces derniers temps l'activité extraterritoriale des compagnies d'assurances, et qui se développera probablement encore, rend cette question particulièrement intéressante, bien que nous ne connaissions pas de précédent en jurisprudence. Supposons qu'une compagnie d'assurances étrangère ait assuré en Belgique une usine grevée d'hypothèques, et que dans le pays où elle a son siège, il n'existe aucune disposition semblable à celle

de l'art. 10. Si l'usine vient à être détruite par un incendie, la question de savoir si la compagnie doit se conformer à l'art. 10, si le créancier hypothécaire a un droit de préférence sur la somme dont la compagnie est débitrice, nous paraît devoir dépendre de la loi du lieu où le paiement doit être effectué d'après la volonté expresse ou tacite des parties. Mais ce ne sera pas à raison de la soumission volontaire des parties à la loi de ce pays, pour autant qu'il s'agisse de l'intérêt des tiers, c'est parce que le caractère libératoire du paiement est logiquement, rationnellement soumis à la loi du lieu où il doit être effectué. Ce lieu sera le plus souvent celui où la chose assurée se trouve. Toutefois, nous ne faisons nulle difficulté de reconnaître que, si le paiement est réellement effectué dans un autre pays, l'intérêt des tiers pourra amener les tribunaux de ce pays, dans un cas comme celui de l'espèce, à l'application de leur propre loi, de la *lex fori*. Et il en sera ainsi notamment s'il s'agissait non d'apprécier la validité d'un paiement déjà fait, mais de la question de savoir à qui doit revenir la somme à payer, ou la somme consignée, à l'occasion, par exemple, d'une distribution par contribution ou d'une faillite.

L'art. 11, qui ne fait que réserver l'application des dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer, ne doit point nous occuper ici, et nous traiterons ailleurs des conditions auxquelles l'application de ces dispositions est subordonnée d'après les principes du droit international privé.

1446. — Le chapitre II de notre loi hypothécaire concerne les privilèges. Il est généralement admis que toutes les dispositions comprises dans ce chapitre s'appliquent en règle aux choses mobilières et immobilières qui se trouvent dans notre pays. C'est donc, selon l'opinion générale, d'après la loi de la situation que l'on déterminera quelle est la nature du privilège, quelles sont les créances qui peuvent être privilégiées, le rang des privilèges entre eux et leur classement, ainsi que leurs effets. Cette solution est aujourd'hui très généralement, et l'on peut même

ajouter presque universellement admise (1). Elle nous paraît d'une justesse incontestable, en ce sens que l'on ne peut admettre, dans le pays de la situation, d'autres créances privilégiées que celles qui sont admises par la *lex situs*, ni modifier leur classement tel qu'il est établi par cette loi. Mais, doit-on admettre comme privilégiées toutes les créances considérées comme telles par la *lex situs*, lors même que les parties se seraient expressément ou tacitement soumises à une loi qui n'accorde pas ce privilège? On l'admet généralement, mais la question nous paraît très délicate au point de vue des principes sainement entendus du droit international privé (2). Le traité franco-suisse de 1869 admet conformément à l'opinion commune, l'application de la *lex rei sitae*, ou pour parler plus exactement, celle de la loi qui régit la faillite. A notre avis, l'application exclusive de la *lex rei sitae*, en *tant qu'elle confère le privilège*, n'est imposée en principe par aucune considération d'intérêt général, à moins que le privilège ne repose sur des considérations d'humanité, ou d'intérêt général, excluant toute convention contraire. Le bailleur pourrait-t-il renoncer à son privilège par la convention de bail? Nous le pensons. Dès lors, pourquoi ne pourrait-il pas se soumettre volontairement à une loi qui le lui refuse? On objectera peut-être que les tiers, auxquels seuls cette renonciation doit profiter, le cas échéant, ne peuvent s'en prévaloir parce qu'elle serait à leur égard *res inter alios acta*. Mais on peut stipuler pour un tiers, au moins d'après nos lois, lorsque telle est la condition

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, vis *Privilèges et hypothèques*, passim.

(2) Vincent et Pénaud. (*Dict.*, vo *Privilèges et hypothèques*, no 8) s'expriment de la manière suivante : « Un créancier, quelle que soit sa nationalité, quelle que soit la loi sous l'empire de laquelle est née sa créance, *peut réclamer, en France, tout privilège admis par la loi française*, mais il ne saurait se prévaloir d'un privilège que la loi française ne reconnaît pas. — Cette application de la *lex rei sitae* est universellement admise en doctrine et en jurisprudence. » Et il cite Aubry et Rau, Despagnet, Weiss, Milhaud, Fiore, Laurent, et Brocher. Cette unanimité est incontestable, en ce qui concerne la force limitative de la *lex rei sitae*, elle l'est moins en ce qui concerne sa force attributive, c'est-à-dire en ce qui touche la question de savoir si elle peut conférer un privilège à l'encontre de la loi à laquelle les parties se seraient explicitement ou tacitement soumises. A vrai dire, la question ne semble pas avoir été examinée d'une manière approfondie.

d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (art. 1121, C. civ.). Nous ajoutons toutefois que pareille renonciation pourra bien difficilement être présumée, lorsque le privilège est établi par la *lex situs*, et qu'il paraît même contraire aux motifs sur lesquels le privilège repose de la supposer à raison des circonstances. Mais peut-être y aurait-il lieu de faire à cet égard certaines distinctions, entre les privilèges admis par la loi du lieu de la situation. Nous y reviendrons. En résumé, la doctrine nous paraît avoir posé, en cette matière, des principes trop absolus. De Bar, dans son excellent ouvrage, n'examine pas s'il suffit toujours que le privilège soit consacré par la *lex situs*, pour qu'il doive être admis; mais les motifs sur lesquels il se fonde pour décider la question négativement, en ce qui concerne l'hypothèque légale, semblent conduire à une décision analogue, au moins en ce qui concerne certains privilèges. Nous examinerons, en analysant les divers privilèges, s'il n'en est point qui soient absolument et exclusivement régis par la *lex rei sitae*, qui se confondra souvent avec la *lex fori*, même au point de vue de l'attribution du droit.

1447. — En ce qui concerne spécialement l'hypothèque et les privilèges maritimes, un très grand nombre d'excellents auteurs ont proposé récemment d'appliquer la loi du pavillon (1). Nous nous bornerons à citer Lyon Caen, Labbé, Despagnet, Jacobs, Clunet, Stocquart, Esperson, Wharton. Et c'est dans ce sens que, s'est prononcé le

(1) Nous croyons devoir encore renvoyer le lecteur *brevitatis causâ* aux autorités citées par Vincent et Pénaud, op. cit., v° *Privilèges et hypothèques*. nos 9 et ss. Mais nous croyons cependant devoir faire remarquer que ces citations ne sont pas toujours absolument exactes. Il indique notamment comme opposé à l'application de la loi du pavillon : Brocher (*Cours de droit international*, T. II, pp. 372 et ss.).Cela n'est pas exact. L'opinion de Brocher n'est pas très clairement déduite. Mais il commence par faire observer (p. 37) que les vaisseaux ont été, dès longtemps considérés comme une prolongation du territoire national, et il ajoute: « La nationalité se substitue pour eux à la situation ; c'est le seul principe de compétence stable auquel on puisse s'arrêter en cette matière. » Il s'abstient seulement, avec sa prudence ordinaire, d'en conclure qu'aucune disposition de la loi française ne doit s'appliquer aux hypothèques étrangères. Et, comme il résulte des développements auxquels il se livre plus loin, il vise spécialement les formes de publicité pour le cas où il n'y a pas été satisfait suffisamment par les lois étrangères.

Congrès d'Anvers en 1885. Mais, même en cette matière, l'application de la *lex rei sitae* conserve des partisans sérieux, parmi lesquels il nous suffira de citer Laurent et Desjardins (dans son traité de droit commercial maritime si justement estimé). Quant à la jurisprudence, elle s'est généralement prononcée pour l'application de la loi de la situation ; mais certaines décisions tendent cependant à accorder la préférence à la loi du pavillon. Nous devons mentionner principalement parmi ces dernières le célèbre arrêt rendu par la Cour de Cassation de France, le 25 novembre 1879, dans l'affaire Barbaressos contre Nicolaïdès, cassant une décision de la Cour d'Aix [1]. Cet arrêt, approuvé par M. Lyon Caen dans une dissertation insérée au *Recueil* de Sirey (1880, 1, 257), a été vivement critiqué par Laurent dans son *Traité de droit civil international* (T. VII, n^os^ 386 et ss). Il s'agissait d'une hypothèque maritime constituée sur un navire grec, par acte passé en pays étranger. L'arrêt a décidé que l'hypothèque établie sur un navire étranger n'est contraire en France à aucune loi prohibitive ; « que si, aux termes de l'art. 2128 du Code civil, les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France (il en est autrement en Belgique), cette disposition, d'après son texte, comme d'après son esprit, ne s'applique qu'aux *immeubles* situés en France, et ne peut par conséquent être étendue aux navires étrangers, *qui ne se trouvent qu'accidentellement en France, et qu'une fiction légale, sur laquelle repose la sécurité des mers et du commerce maritime répute partie intégrante du territoire dont ils portent le pavillon* ; ..... que les formalités prescrites par la loi du 10 décembre 1874, et par conséquent celles qui font l'objet de l'art. 6 de cette loi, ne peuvent s'appliquer qu'à l'hypothèque sur les navires français, et que leur inaccomplissement en ce qui touche l'hypothèque sur les navires étrangers ne saurait faire obstacle à ce que cette hypothèque reçoive son effet en France, lorsqu'elle a été

(1) Dalloz. 1880, I, p. 86.

régulièrement constituée suivant la loi des pays auxquels appartiennent ces navires ».

1448. — On le voit, cet arrêt, signalé à tort par MM. Vincent et Pénaud comme favorable à la *lex rei sitae*, c'est-à-dire à la loi du *situs réel*, applique, au contraire, d'une manière très large, la loi du pavillon. Mais, en le faisant, il rend indirectement hommage, du moins en principe, à la *lex rei situs*. Car s'il applique la loi du pavillon, c'est comme loi de la situation légale du navire. Il convient en effet de remarquer que, si les navires sont, par suite d'une fiction admise dans le droit des gens coutumier, considérés comme faisant partie du territoire de la nation à laquelle ils appartiennent, ils sont nécessairement censés se trouver dans ce territoire même. Aussi admet-on, en général, que les navires ont un domicile fixe au lieu de leur immatriculation. En vain objecterait-on que cette fiction du droit des gens n'est point consacrée par un texte positif de notre législation intérieure. Il s'agit du droit international privé, de la compétence législative respective des divers Etats, de leurs relations entre eux, et quoi de plus naturel que de tenir compte d'un principe qui a précisément été établi en vue des rapports entre nations? Que si l'on objecte l'intérêt économique du pays où le navire se trouve momentanément, nous répétons que son véritable intérêt à ce point de vue, notamment l'intérêt de son commerce, de ses relations avec les pays étrangers, où ses navires, grevés peut-être de droits semblables, pourront se trouver à leur tour momentanément, exige l'observation de la règle si large et si libérale admise par la Cour de Cassation de France.

1449. — Nous n'avons d'hésitation qu'en ce qui concerne les formes de publicité. Si celles-ci étaient nulles, ou manifestement insuffisantes, telles qu'elles sont organisées par la loi du pavillon, l'hypothèque devrait-elle être respectée en Belgique? Doit-on admettre, même, à ce point ce vue, l'application de la loi du pavillon, en vertu de cette fiction que le navire étranger fait partie du territoire de l'Etat dont il porte le pavillon? Au premier abord

cela paraît heurter le bon sens. L'intérêt des tiers, qui est un intérêt général, peut se trouver lésé par l'application de cette règle dans le pays où le navire se trouve réellement. Mais en fait, si le navire se trouvait effectivement dans des eaux étrangères, les tiers français, les tiers belges pourraient également avoir à souffrir de l'absence de formes de publicité. En droit, s'il est censé s'y trouver, les tiers doivent subir ce préjudice, comme s'il y était réellement. Il ne semble pas qu'ils doivent tirer avantage de ce que le navire se trouve momentanément dans les eaux d'un Etat auquel il n'appartient point. Cela nous paraîtrait nuisible au commerce international. Que sont, du reste, les formes de publicité prescrites par nos lois pour l'hypothèque maritime, et quelles garanties donnent-elles aux tiers en pays étrangers? Leur est-il toujours possible de s'informer, au lieu de l'immatriculation des navires, des hypothèques qui peuvent les grever? Nous ne le pensons pas, eu égard à la rapidité des opérations commerciales. Et dès lors les formes de publicité ne constituent pour eux qu'une bien faible protection[1].

1450. — Mais il existe d'autres droits de préférence, en matière maritime, que l'hypothèque sur les navires. Mentionnons notamment les nombreux privilèges sur les navires établis par l'art. 4 de la loi belge du 21 août 1879. L'art. 63 attribue privilège aux matelots pour leurs loyers, non-seulement sur le navire, mais sur les frets acquis pendant la durée de leur engagement. Aux termes des art. 80 et 81, le capitaine est préféré pour son fret, et pour le remboursement des avaries, s'il y a lieu, sur les marchandises de son chargement, pendant la quinzaine après leur délivrance, si elles n'ont passé en mains tierces; et, en cas de faillite des chargeurs ou réclamateurs dans la

(1) V. quant à l'exterritorialité des navires : Pasquale Fiore. *Traité de droit intern. public*, vol. II. — Massé. *Droit commercial*, T. I, nº 109, p. 98, 2e édition. — Wheaton. *Eléments du droit international*, T. I, p. 332, 4e édition. — Bluntschli. *Le droit international codifié*, traduction Lardy, nº 317. — Lorimer. *Institutes of the Law of Nations*, p. 252. — Asser et Rivier. *Droit international privé*, pp 216 et ss. — Code de commerce italien de 1882, art. 483.

quinzaine, le capitaine est privilégié sur tous les créanciers pour le paiement de son fret et des avaries qui lui sont dues. L'art. 114 attribue privilège au capitaine et à l'équipage sur les marchandises ou le prix en provenant, pour le montant de la contribution; et l'art. 124 dispose que les effets du passager *qui se trouvent à bord* sont affectés à titre de gage au paiement du prix du passage et des frais d'entretien, s'il y a lieu. Enfin, le prêt à la grosse peut être affecté sur le corps et la quille du bâtiment, sur les agrès et apparaux, sur l'armement et les victuailles, sur le chargement, sur le fret, sauf qu'il ne peut être affecté sur les marchandises qui n'étaient pas chargées lors de l'événement donnant lieu au prêt (art. 157). Quelle est la loi d'après laquelle ces privilèges doivent être appréciés?

1451. — Il a été jugé que le prêt à la grosse avant le départ d'un navire étranger, conformément à la loi étrangère, n'assure aucun privilège en France sous le régime de la loi du 10 déc. 1874 (art. 27)[1]. Mais il a été décidé, d'autre part, que, malgré les dispositions des lois de 1874 et de 1885, abolitives du privilège inhérent au contrat à la grosse contracté avant le départ, ce privilège pourrait être admis, s'agissant d'un navire étranger, même lorsque le prêt est consenti pour se rendre d'un port français à un autre port français[2]; qu'en cas de contestation sur les privilèges maritimes, c'est la loi du pavillon qu'il faut appliquer, notamment pour déterminer quels sont les gages du capitaine et des gens de mer qui sont privilégiés[3]; que des matelots d'un navire autrichien ont droit de réclamer pour le paiement de leurs salaires, sur le fret saisi en France, le privilège que leur accorde *la loi du pavillon*, et dans les limites admises par cette loi[4]; enfin, que c'est la loi sous l'empire de laquelle a été conclu

(1) Tr. de Marseille, 8 avril 1876, et Aix, 22 mai 1876. — Tr. de Marseille, 4 avril 1881. *Journ. de Marseille*, 1882, 2, 19.

(2) Trib. de commerce du Hâvre, 11 janvier 1887. *Rev. intern. du droit maritime*, 1886-1887, p. 684.

(3) Tribunal d'Anvers, 5 mars 1886. Même revue, 1886-1887, p. 201.

(4) Tribunal de Nantes, 28 nov. 1860. *Journal de Nantes*, 1861, 1, 43.

l'engagement d'un matelot, qui doit fixer ce qu'il faut entendre par dernier voyage, et que si, par exemple, un matelot s'est engagé en France, c'est par la loi française qu'il faut décider quels sont les salaires privilégiés(1). Cette dernière décision, comme on le voit, n'a pas même appliqué la loi du lieu du pavillon, mais la loi du lieu du contrat, comme si l'établissement d'un privilège dépendait en principe de la volonté des parties contractantes, et de leur soumission volontaire à la loi de tel ou tel pays. Le tribunal de Bordeaux a décidé au contraire, que les gens de l'équipage peuvent, conformément à la loi française, réclamer privilège pour le prix de leurs salaires sur le prix du navire et du fret, mis en distribution en France, quelle que soit leur nationalité et celle du navire(2). C'est, on le voit, l'application absolue de la *lex situs*, même en tant qu'elle aurait pour effet l'attribution d'un droit de privilège, qui ne serait point reconnu par la loi de la nationalité du navire. Et il a été jugé en Belgique, qu'en supposant que le prêt à la grosse, consenti sous l'empire d'une loi étrangère, puisse être privilégié sur le fret d'après cette loi, il n'en saurait être de même en Belgique, les tribunaux ne pouvant admettre en Belgique d'autres privilèges que ceux que la loi autorise(3). Les dernières décisions judiciaires, rendues tant en Belgique qu'en France, semblent au premier abord reconnaître la prééminence de la loi du pavillon, bien que plusieurs appliquent encore la *lex loci contractus*, spécialement en ce qui concerne les formes du contrat. La Cour de Bordeaux a décidé par arrêt du 1er avril 1889(4) que « la validité du prêt à la grosse est régie par la loi du pavillon du navire, qui est applicable également en matière d'hypothèque maritime; cette règle est le seul moyen d'éviter des difficultés et des conflits de législation; elle est généralement admise en droit international, et notamment en Angle-

(1) Tribunal d'Anvers, 17 mai 1884. *Rev. internat. du droit maritime*, 1885-1886, p. 170.
(2) 20 août 1883. Même journal, 1884, p. 190.
(3) Cour de Bruxelles, 21 déc. 1887. *Journal des tribunaux*, 9 janvier 1888.
(4) *Droit*, 23 juin 1889.

terre par la Cour d'amirauté. » A été reconnu valable en conséquence, le prêt à la grosse, consenti à Buenos-Ayres, au profit d'un navire anglais, devant le consul anglais et conformément à la loi anglaise. Mais Vincent et Pénaud font observer avec raison qu'il ne s'agissait pas dans cette affaire de l'existence du privilège, mais de la validité du contrat de prêt à la grosse. Il y a eu des décisions du même genre en Belgique. Toutefois, en ce qui concerne l'existence même du privilège, la *lex rei sitae* l'emporte encore dans la jurisprudence et la doctrine.

1452. — Nous estimons, pour ce qui nous concerne, qu'il serait sage de distinguer. En tant que le privilège grève le navire, ses apparaux, ses agrès, etc., ou ce qui s'y trouve actuellement, il y a lieu d'appliquer en principe la loi du pavillon, précisément parce que le navire est censé se trouver dans les eaux du port où il est immatriculé. En tant que le privilège grève le fret, ou des objets qui ne se trouvent plus sur le navire, il n'y a aucun motif de déroger à l'application régulière de la *lex rei situs*. On ne peut faire valoir sur le fret, par exemple, ou sur des marchandises déjà débarquées un privilège qui ne serait pas reconnu par la loi du lieu de la situation. On ne peut le faire valoir dans des conditions autres que celles admises par la loi locale, par la loi du pays de la situation. Mais pourra-t-on faire valoir le privilège établi par cette dernière loi, alors même qu'il ne serait pas reconnu par la loi du pavillon, ou dans des conditions différentes? Nous estimons que la loi du pavillon est ici sans influence nécessaire, s'agissant de choses qui ne sont pas couvertes par le pavillon. Toutefois les parties sont toujours libres de restreindre conventionnellement les privilèges qui sont établis par la loi. Leur intention à cet égard peut résulter de ce qu'elles se sont tacitement soumises à une loi qui ne l'établit point. En thèse générale, s'agissant, par exemple, des privilèges accordés au capitaine, aux matelots, au prêteur à la grosse dans certaines législations, on doit présumer qu'elles ont accepté la loi du pavillon, la loi nationale du navire pour lequel le prêt a été fait, et les

services loués. C'est, en règle générale, la seule loi commune à tous, s'agissant des matelots, par exemple, et l'on ne doit pas admettre facilement qu'ils se soient engagés dans des conditions diverses. Nous n'admettons donc, en cette matière, ni l'application de la loi du lieu du contrat, ni celle de la nationalité ou du domicile des parties. La *lex rei situs* ne constitue aucun obstacle à l'application de la loi à laquelle les parties se sont tacitement soumises, en tant que cette application n'a pour effet que de restreindre le privilège établi par la *lex rei situs*.

1453. — Quant à la validité du contrat générateur de la créance à laquelle le privilège est attaché, et à ses effets entre parties, il n'y a pas de motifs sérieux pour appliquer d'autres règles qu'en ce qui concerne les contrats en général, pour autant que cette validité dépende de la forme ou de la capacité des parties. Mais en ce qui touche les effets que le droit supplétif attache aux contrats, et qui dépendent par conséquent de la volonté des parties, nous pensons qu'en cette matière, s'agissant des engagements du capitaine et des matelots, il est rationnel de s'attacher à la loi du pavillon. On objecterait en vain que les matelots qui traitent avec le capitaine, par exemple, ne connaissent pas toujours, et ne peuvent pas connaître tous les effets que la loi du pavillon attache au contrat. Combien de fois n'accepte-t-on pas une loi que l'on ne connaît pas avec précision? Ils ne peuvent pas supposer que des contrats semblables, pour le même navire, puissent faire à chacun d'eux une position différente suivant sa nationalité, son domicile, le lieu du contrat. Ils doivent supposer qu'il y a une loi commune pour tous, qui suppléera aux éventualités non expressément prévues. Et quelle peut être cette loi, sinon la loi nationale du navire, la loi du pavillon?

1454. — Nous avons été amené, par la nature même du sujet, à faire une excursion un peu longue dans le domaine du droit maritime. Il convenait d'éviter de fausses extensions de la doctrine que nous professons en matière de privilèges ordinaires, et d'indiquer les limita-

tions, ou plutôt les modifications d'aspect qu'elle subit, s'agissant des privilèges et hypothèques maritime. Ce ne sont, disons-nous, que des modifications d'aspect, ou des modifications apparentes. En effet, nous admettons ici encore la *lex situs* comme ayant compétence absolue pour limiter les privilèges et hypothèques maritimes. Seulement, en ce qui concerne les droits de ce genre établis sur des navires, il faut combiner cette loi avec un autre principe, celui de la territorialité des navires, celui que les navires sont censés partie intégrante du territoire de la nation à laquelle ils appartiennent. Cette application de la fiction de la territorialité des navires, reconnue en droit international, nous paraît juste, parce qu'il s'agit précisément du droit international, de déterminer les bornes de la compétence législative des diverses nations. Elle nous paraît répondre de plus à l'intérêt bien entendu des Etats, et devoir assurer davantage la sécurité du commerce maritime international. — Nous en revenons maintenant à la lŏi hypothécaire belge.

1455. — Nous avons dit plus haut qu'en ce qui concerne la question de savoir quelles créances sont privilégiées, le rang et le classement des privilèges, leurs effets, les formalités requises pour leur conservation, il fallait observer la loi du lieu de la situation. Nous n'avons que quelques observations à y ajouter, en ce qui concerne les privilèges sur les immeubles, c'est-à-dire ceux du vendeur, des copermutants, du donateur, des copartageants et des entrepreneurs, architectes, maçons, etc. Bien que le privilège soit attaché à la qualité de la créance, on ne saurait admettre qu'il y est attaché à l'encontre de la volonté des parties. La *lex rei sitae* s'oppose bien à ce que l'on en admette d'autres que ceux qu'elle reconnaît elle-même, mais elle n'exige pas impérieusement qu'ils soient admis, lorsque la loi à laquelle les parties se sont soumises les ignore. On peut faire observer à cet égard que l'on objecterait en vain l'intérêt général, celui-ci semblant plutôt commander de restreindre les privilèges. Il est bien vrai que lorsque la loi établit et attribue un prin-

cipe, on pourrait justifier cette faveur par des motifs puisés eux-mêmes dans l'intérêt général ou dans des conceptions morales et humanitaires. Le privilège du vendeur, celui du copermutant et celui du copartageant ont leur raison d'être dans le désir de faciliter les transmissions et la circulation des biens, ainsi que les partages qui font cesser un état d'indivision préjudiciable à divers points de vue. Ce sont là des considérations d'ordre économique. Le privilège du donateur repose sur des considérations d'ordre moral. Le privilège des entrepreneurs, architectes, maçons, etc..., se justifie peut-être par cette considération qu'il est de l'intérêt général que des travaux de ce genre ne restent pas inachevés, par suite des appréhensions que le constructeur pourrait avoir en ce qui concerne le paiement du prix. Mais tout d'abord, ces causes des privilèges dont il s'agit ne sont en aucune manière mentionnées. Dans l'exposé des motifs et dans le rapport au tribunat, on s'est borné à faire valoir, pour justifier ces privilèges, des raisons d'équité générale. Il est juste, a-t-on dit, que ces créanciers jouissent de droits de préférence sur ce dont ils ont enrichi le débiteur, soit en améliorant, soit en créant la chose, soit même en la faisant entrer dans le patrimoine du débiteur. Ces raisons ne sont peut-être pas pleinement satisfaisantes, mais elles paraissent avoir déterminé le législateur. En second lieu, si le législateur avait été déterminé à son insu par des motifs d'intérêt général, on ne peut certainement pas admettre qu'ils aient été assez puissants pour faire obstacle à une renonciation à cette faveur, puisque les créanciers peuvent dispenser le conservateur de prendre l'inscription qui seule peut conserver le privilège. Or, s'ils peuvent y renoncer de cette manière, pourquoi ne le pourraient-ils pas en se soumettant à une autre loi qui ne leur accorderait aucun privilège ? En admettant que l'intérêt général exige la consécration de ces droits de préférence, ce qui importe au point de vue de cet intérêt, c'est que ce droit soit réservé, attaché à cette catégorie de créances ; ce n'est nullement que le créancier en use. Mais comme nos lois

attachent ce privilège à la qualité de la créance, la nationalité du créancier et celle du débiteur importeront peu. On ne pourra pas présumer que le créancier y renonce, et il faudra de sa part, nous semble-t-il, une manifestation bien formelle de sa volonté d'y renoncer, ou de se soumettre à quelque loi qui le lui abjuge, pour qu'on puisse le lui refuser. Le privilège résulte moins du consentement des parties, qui n'ont pas le pouvoir de créer un privilège, que de la loi qui, dans son omnipotence, accorde cette faveur à la qualité de la créance, dès qu'il s'agit de biens situés en Belgique.

1456. — En est-il de même des privilèges sur la généralité des meubles et des immeubles, sur la généralité des meubles ou sur certains meubles seulement? Il faut, nous paraît-il, distinguer. Les privilèges généraux, dont il est question dans les art. 17 à 19 de la loi hypothécaire, ont pour raison d'être des considérations de justice, ou d'humanité, bien plus évidentes et plus absolues que celles sur lesquelles reposent les privilèges immobiliers. Que les frais de justice, par exemple, priment les créances dans l'intérêt desquelles elles ont été faites, la justice la plus élémentaire l'exige, et il en est probablement ainsi dans la plupart des pays. Quant aux privilèges des frais funéraires, des frais de dernière maladie, des salaires des gens de services, et des fournitures de subsistances, les considérations d'humanité, sur lesquelles ils sont fondés, prévaudront partout où ces privilèges sont établis, et où il s'agira de procéder à la distribution des biens du débiteur entre ses divers créanciers. On en fera donc l'application dans toute faillite, dans toute contribution ouverte en Belgique. Ce ne sera pas précisément la *lex rei sitae* qui l'emportera, ce sera plutôt la *lex fori*, laquelle, du reste, se confondra souvent avec la *lex rei sitae*. On peut, il est vrai, se demander quel sera l'effet de cette reconnaissance des privilèges en question par la loi qui régit la faillite, relativement aux biens meubles ou immeubles qui se trouveraient situés dans un pays où ils ne seraient point reconnus; et il nous paraît incontestable qu'ils viendront

s'y briser contre la *lex situs*. Il pourra en être ainsi, lors même que l'on admettrait en principe, comme nous le souhaitons, l'unité et l'universalité de la faillite. Inversement, si la loi qui gouverne la faillite ne reconnaît pas un privilège fondé sur des considérations de justice absolue, ou d'humanité, d'après la *lex rei sitae*, celle-ci prévaudra. Nous ne croyons pas même qu'une renonciation anticipée à des privilèges de ce genre fût valable. Mais la question est sans le moindre intérêt, attendu qu'il n'est pas à prévoir qu'une renonciation pareille soit jamais accordée ou même demandée. On ne peut donc pas présumer, à raison des circonstances, que la partie intéressée en ait d'avance décliné le bénéfice. Il se peut certes qu'elle n'y ait pas songé ; mais ce n'est pas à raison de l'intention présumée des parties, c'est à la nature de la créance que le privilège est attribué.

1457. — Les privilèges spéciaux sur les meubles reposent sur des motifs différents. Ceux du bailleur (art. 20, 1°) du vendeur des semences, ou de celui qui a fait les frais de la récolte (art. 20, al. 2) et les privilèges agricoles établis par notre loi du 15 avril 1884, nous paraissent incontestablement fondés sur l'intérêt de la bonne exploitation des fonds, c'est-à-dire sur un intérêt économique. En principe, ils seront gouvernés par la *lex situs*, et le bénéfice doit en être reconnu même aux étrangers. Une renonciation expresse pourrait peut-être valoir, mais il ne nous paraît pas qu'elle puisse jamais être présumée à raison de circonstances quelconques. Il ne s'agit pas à proprement parler de droit supplétif, c'est-à-dire d'un droit reposant sur la volonté probable des parties, laquelle est impuissante à créer un privilège, mais d'une faveur accordée à la qualité de la créance.

Le privilège sur le gage dont le créancier est saisi (art. 21, 3°) n'est qu'un privilège conventionnel autorisé par la loi. C'est le droit de gage dont nous avons parlé plus haut, et nous croyons inutile d'y revenir. Le privilège attaché aux frais faits pour la conservation de la chose (art. 21, 4°) repose-t-il sur des considérations d'in-

térêt économique ? Nous pensons que telle est sa véritable base. Il est certainement régi par la *lex rei sitae*, en ce sens qu'il ne pourra être reconnu que si cette loi l'admet. Mais il nous semble que la partie intéressée peut y renoncer ; et, s'agissant de choses mobilières dont la situation est essentiellement changeante, il nous paraît que la seule loi intéressée à sa consécration est la loi du lieu où elle se trouve, au moment où ces frais sont faits. Si cette loi n'admet pas le privilège, pourquoi l'admettrions-nous ? Il est bien vrai qu'en dehors des considérations économiques, il y a une raison d'équité générale. Mais les premières nous paraissent prédominantes. Laurent dit, il est vrai, que c'est le plus légitime des privilèges, puisque c'est grâce aux travaux faits pour conserver la chose qu'elle se trouve encore dans le patrimoine du débiteur (*Droit civil*, T. XXIX, n° 455). Mais on pourrait invoquer des raisons du même ordre en faveur du vendeur d'une chose mobilière non payée, qui n'est cependant pas privilégié en cas de faillite, et en faveur de celui qui est créancier du chet de travaux d'*amélioration*, tandis que, d'après la loi comme d'après la jurisprudence, il n'a aucun privilège. La vraie raison n'est-elle pas que tout dépérissement de choses mobilières constitue une diminution de la richesse générale, et est regrettable au point de vue de l'intérêt économique ? La question est cependant douteuse, et peut-être, s'il s'agit d'une disposition d'équité, devrait-on reconnaître prédominance à la loi de la situation actuelle de la chose, au moment où il s'agit de statuer sur le droit de préférence. — Ces doutes ne nous paraissent pas pouvoir s'élever au sujet du privilège établi par l'art. 20, 5°, au profit des vendeurs mobiliers. Les dispositions qui le limitent sont évidemment de statut réel ; mais nous pensons qu'il en est de même de celles qui l'établissent en principe, et il en est ainsi également, selon nous du 6°, et du 7° de l'art. 2 qui consacrent les privilèges de l'aubergiste et du voiturier. La principale, sinon l'unique base de ces privilèges est l'équité générale. La seule question qui puisse s'élever au sujet de ces deux derniers privilèges

est celle de savoir s'il ne faudrait pas appliquer de préférence la loi du lieu où l'aubergiste exerce sa profession, celle du lieu où les frais de voiture ont été faits. Il en serait ainsi, sans nul doute, si le privilège dépendait de l'intention commune des parties. Mais comme il n'en dépend point, il faut s'en tenir, d'après nous, à la *lex rei situs*.

L'art. 20, 8°, déclare également privilégiées les créances résultant d'abus ou de prévarications commis par des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement, et sur les intérêts qui peuvent en être échus. Il n'est pas douteux qu'il faille appliquer la loi du pays où le cautionnement est déposé. Mais que faut-il penser des privilèges ou hypothèques légales établis par diverses lois spéciales au profit du trésor public [1] ? Il est manifeste, à notre avis, que le législateur, en établissant de pareils privilèges ou droits de préférence, n'a eu en vue que le trésor public national. M. de Bar considère de pareils privilèges comme ne pouvant être invoqués par un Etat étranger, et nous nous rallions absolument à son opinion. Ils sont plutôt fondés sur la qualité du créancier, que sur la qualité de la créance [2].

1458. — En ce qui concerne les formalités de publicité des privilèges immobiliers, le créancier doit en principe se conformer à la loi du lieu de la situation. Il en résulte que, sauf pour ce qui concerne le privilège des frais de justice, dont la loi n'exige point la publicité, le vendeur, le copermutant, le donateur, et le cohéritier ou copartageant, doivent faire transcrire l'acte d'où résulte le droit garanti par le privilège. Quant à la formalité de l'inscription, elle est imposée au conservateur des hypothèques, et ces créanciers ne perdent leur privilège que s'il en a été dispensé par une clause formelle de l'acte. Mais il doivent ensuite renouveler eux-mêmes les inscriptions dans les

(1) Lois du 26 août 1822, art. 290, du 5 septembre 1807, art. 9, du 15 mars 1846, art. 3, al. 2.

(2) De Bar. Op. cit., T. I, p. 649.

délais prescrits par l'art. 90, et les conséquences du défaut de renouvellement sont également régies par la *lex situs*. Il en est de même pour la créance privilégiée des entrepreneurs, architectes, maçons, etc..., et ici encore l'on appliquera exclusivement la loi de la situation.

1459. — Mais l'art. 39 de la loi hypothécaire donne lieu à une observation particulière. Cet article subordonne le droit de demander la séparation de patrimoines accordé aux créanciers du défunt et aux légataires par l'art. 878 du Code civil, à l'égard des créanciers des héritiers, à la condition qu'ils aient pris inscription sur chacun des immeubles de la succession dans les six mois de l'ouverture de celle-ci. Jusqu'à l'expiration de ce délai aucune hypothèque ne peut être établie sur ces biens, ni aucune aliénation consentie par les héritiers ou représentants du défunt, au préjudice des créanciers et légataires. Que l'inscription doive être prise dans la forme prescrite par la loi du lieu de la situation, cela est indubitable. Mais la question de savoir si les créanciers de la succession et les légataires peuvent demander la séparation de patrimoines doit-elle être résolue d'après la loi qui régit la succession, ou d'après la *lex situs?* Il nous paraît que cette faveur ne dépend en aucune façon du régime successoral. Elle est établie uniquement dans l'intérêt des tiers, dans un intérêt général, et l'on devra en conséquence appliquer la *lex situs*, laquelle détermine dès lors aussi les conditions auxquelles elle est subordonnée. Si la succession ne comprend d'autres immeubles que ceux situés en Belgique, il sera facile de prendre l'inscription dont il s'agit sur chacun des immeubles dont elle se compose. Si elle comprend en outre des immeubles situés en pays étranger, où il serait impossible de prendre cette inscription, il ne nous semble pas admissible que cette force majeure puisse influer sur la situation des créanciers et des légataires, en ce qui concerne les immeubles situés en Belgique, et la séparation de patrimoines conservera, quant à eux, tout son effet.

1460. — La *lex rei sitae* prédomine manifestement

dans la matière des hypothèques comme dans celle des privilèges. C'est elle que l'on devra observer, quant à la nature de ce droit (art. 41), quant aux cas dans lesquels elle peut être autorisée, et aux formes à suivre (art. 42 à 44). On n'admettra donc en Belgique, s'agissant de biens situés en Belgique, que l'hypothèque légale, conventionnelle ou testamentaire. C'est elle qui détermine quels sont les biens ou les droits susceptibles d'être hypothéqués (art. 45, 1° et 2°, et art. 46). Mais quelques doutes peuvent s'élever sur le point de savoir d'après quelle loi il faut apprécier les questions résolues par les trois derniers alinéas de l'art. 45.

Cet article dispose, dans le 4e alinéa, que l'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles, et aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. Il est certain qu'en principe la question de savoir si un accessoire est réputé immeuble doit être décidée d'après la loi du lieu de la situation. Mais la disposition qui étend à ces accessoires l'effet de l'hypothèque, et qui l'étend également aux améliorations, nous semble appartenir au droit supplétif. Elle repose essentiellement sur la volonté présumée des parties. Pourquoi les parties ne pourraient-elles stipuler que l'hypothèque ne s'étendra pas aux accessoires réputés immeubles? Il n'y a aucun motif d'ordre public ou d'intérêt économique qui s'y oppose. Il faudra donc appliquer la loi à laquelle les parties seront censées s'être soumises. Mais, dans la matière qui nous occupe, il nous semble bien difficile d'admettre, en l'absence de circonstances tout-à-fait spéciales, qu'elles puissent avoir eu en vue une autre loi que celle de la situation, parce que cette loi a ici en général une influence prépondérante, parce que c'est elle qui détermine la nature de l'hypothèque, et tout au moins limitativement les effets qu'elle peut produire. Il est à remarquer qu'en France cette loi est en même temps celle du lieu du contrat, parce que l'art. 2128 du Code civil s'oppose à ce que des actes, passés en pays étranger, puissent produire hypothèque sur des biens situés dans ce pays.

Les deux derniers alinéas de l'art. 45 prescrivent au créancier hypothécaire de respecter les ventes des coupes ordinaires de taillis et de futaie, faites de bonne foi et d'après l'usage des lieux par le propriétaire, ainsi que les baux contractés de bonne foi par lui après la constitution de l'hypothèque, sauf réduction de ces baux à neuf ans s'ils étaient contractés pour un plus long terme. S'agissant de savoir si le créancier hypothécaire est tenu en principe de respecter des actes de ce genre, nous estimons qu'il y a lieu d'appliquer la loi de la situation. Et nous nous fondons sur un double motif : d'abord sur ce que ces dispositions sont limitatives de l'effet de ce droit exceptionnel, et se rattachent ainsi à sa nature même, ensuite sur ce que l'intérêt économique du pays, le bon régime de la propriété immobilière exige que le propriétaire puisse exploiter suivant l'usage des lieux, et faire des baux d'une certaine durée. Le fermier à très court terme est souvent tenté d'épuiser les terres, et est moins disposé à se munir du matériel d'exploitation nécessaire. — Mais le propriétaire ne pourrait-il se réserver de faire des baux d'une durée plus longue? La question nous semble devoir être résolue affirmativement, et ceci dépendra, dès lors, de la volonté des parties. D'où suit que l'on pourra tenir compte éventuellement de leur intention de se soumettre à une loi étrangère, attribuant au propriétaire des droits plus étendus. Mais ici encore on admettra plutôt, dans le doute, qu'elles ont entendu se soumettre à la loi du lieu de la situation.

1461. — L'art. 45 de la loi hypothécaire réserve cependant au créancier hypothécaire la faculté de faire valoir son droit d'hypothèque sur le prix non payé des taillis et de la futaie. Mais tout d'abord, si ce prix doit être payé en pays étranger, c'est, d'après nous, la loi de ce pays, loi du siège de l'obligation qui décidera de l'admissibilité de cette prétention. Elle serait repoussée, tout au moins dans ce pays, si cette loi n'admettait point le droit d'hypothèque, ou n'admettait pas tout au moins cette espèce de droit de suite sur le prix de vente des

taillis et de la futaie. Elle pourra se trouver exclue, en outre, par la convention formelle des parties, et aucun motif d'ordre public ne paraît s'opposer à une pareille convention. Dès lors, pourquoi n'admettrait-on pas aussi que cette exclusion pourrait résulter de ce que les parties se sont manifestement soumises à une loi étrangère qui la repousse? Nous n'en voyons aucun motif. Il faut toutefois ici encore présumer, dans le doute, que les parties ont entendu se soumettre à la *lex reï sitae*, et ce pour le motif que nous avons indiqué plus haut.

1462. — La loi hypothécaire belge traite, dans les art. 47 à 72 inclus, des hypothèques légales, et elle attribue, par l'art. 47, hypothèque légale à la femme mariée sur les biens de son mari; aux mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs; aux personnes placées dans des établissements d'aliénés sur les biens de leur administrateur provisoire; à l'Etat, aux provinces, aux communes et aux établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. Ici surgit une première et importante question. La femme mariée étrangère, les mineurs et interdits étrangers, les étrangers colloqués, un Etat, des provinces, des communes, des établissements publics étrangers peuvent-ils avoir hypothèque légale sur des biens situés en Belgique? L'art. 2 additionnel de notre loi hypothécaire ne décide la question affirmativement qu'en ce qui concerne la femme mariée et le mineur étrangers. Il est muet quant aux interdits, aux étrangers colloqués, à l'Etat, aux provinces, aux communes, aux établissements publics étrangers. Il semble que l'on en puisse conclure, par argument *a contrario*, qu'ils n'ont pas ce droit, et nous croyons que cette conclusion s'impose en ce qui concerne les personnes morales étrangères, l'Etat, les provinces, les communes, les établissements publics étrangers(1). Nous avons cru devoir admettre la même solution en ce qui concerne les interdits étrangers, bien qu'il puisse y avoir doute. La question devrait recevoir une solution

(1) C'est du reste la conclusion à laquelle nous avons déjà été conduit ci-dessus, par des considérations d'un autre ordre.

semblable en ce qui touche les aliénés étrangers simplement colloqués. Nous pensons devoir admettre qu'ils n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leur administrateur situés en Belgique, à moins peut-être qu'il ne s'agisse d'aliénés *colloqués en Belgique*, cas où l'on pourrait soutenir que cette mesure de préservation, prise en vertu des lois belges, doit produire tous les effets que lui attribuent ces lois[1]. Non-seulement le silence de l'art. 2, en ce qui les concerne, est d'autant plus significatif qu'il est suivi immédiatement d'un article ayant précisément pour objet cette catégorie d'aliénés, de sorte qu'il est difficile d'imaginer que le silence du législateur dans l'art. 2 soit le résultat d'une simple inadvertance. Mais il y a plus : l'art. 2 additionnel renvoie bien au § 1er et au § 2 de la section 1re du chapitre III, qui concernent l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits, mais il ne renvoie nullement aux lois du 18 juin 1850 et du 23 décembre 1873, d'où résulte l'hypothèque des aliénés colloqués. Enfin, il n'y a pas identité absolue dans les situations. La collocation n'est qu'une mesure d'une nature provisoire; l'interdiction implique quelque chose de plus durable, de plus définitif, et une constatation faite par l'autorité judiciaire. Nous doutons même fort que la collocation d'un étranger en Belgique emporte hypothèque légale sur ses biens situés dans notre pays. On pourrait objecter, en effet, que l'Etat fait déjà acte de générosité en prenant des mesures provisoires en faveur de l'aliéné étranger, en faisant intervenir dans ce but des personnes chargées d'un mandat public. C'est souvent, en effet, un membre de la commission des hospices qui est désigné comme administrateur provisoire des personnes colloquées. Il peut paraître un peu dur de disposer que les biens de cet administrateur provisoire seront grevés d'une hypothèque légale au profit de l'aliéné étranger, alors qu'en principe le devoir de prendre des mesures de protection en sa faveur incomberait à l'Etat dont il dépend.

(1) Mais alors on devrait admettre à fortiori la même solution pour les étrangers interdits en Belgique.

1463. — Les formes de publicité prescrites par nos lois, pour que l'hypothèque légale produise ses effets, sont régies évidemment par la loi du lieu de la situation des biens que l'hypothèque frappe. L'art. 48, ne concernant que l'hypothèque de l'Etat, des provinces, etc..., est sans intérêt, puisque nous avons admis que l'Etat étranger n'en bénéficie point. Il en est autrement des art. 49 à 63, relatifs aux garanties à fournir dans l'intérêt des mineurs et des interdits. La spécialité et l'inscription des hypothèques seront évidemment toujours exigées s'agissant d'immeubles situés en Belgique. Ces conditions, auxquelles l'effet de l'hypothèque est subordonné, sont du reste de véritables limitations du droit réel immobilier, qu'elles restreignent, indépendamment de la question de savoir quel est le propriétaire. Sans une inscription, indiquant spécialement les immeubles affectés à la garantie de la gestion du tuteur, l'hypothèque légale des incapables reste en Belgique lettre morte. Les auteurs du Code civil, préoccupés surtout de l'intérêt du mineur, et craignant que cette garantie ne fût illusoire si elle dépendait de l'inscription que le tuteur aurait pu négliger de prendre, avaient un peu perdu de vue l'intérêt des tiers, en n'exigeant ni la spécialité, ni l'inscription. Mais il fallait cependant faire en sorte que l'inscription fût prise chaque fois qu'elle serait nécessaire. Le but principal des articles dont nous allons nous occuper est d'arriver à ce résultat, et d'empêcher en même temps qu'il soit pris une inscription, lorsqu'il est complètement inutile de grever les biens du tuteur d'un droit réel au profit du mineur.

Le législateur impose, dans ce double but, certaines obligations au conseil de famille, au tuteur, au subrogé tuteur, aux greffiers des juges de paix, et leur confère certains droits. Si la tutelle d'un étranger incapable s'ouvre en Belgique, il est possible d'exiger l'observation de ces articles, et nous croyons qu'ils doivent être observés, au moins en tant qu'ils ont pour but d'assurer l'inscription lorsqu'elle est utile, et de l'éviter quand elle ne l'est pas. En vain objecterait-on que les droits et obliga-

tions du tuteur sont régis, en principe, par la loi nationale du mineur. On respecte la loi nationale du mineur, en ne lui reconnaissant l'hypothèque légale que dans les cas où elle lui est attribuée par cette loi. Mais il appartient à la *lex rei sitae* de combiner ce principe avec les exigences de l'intérêt des tiers, de prescrire la spécialisation et l'inscription, et, comme correctif, de prendre des mesures pour que cette spécialisation et cette inscription s'accomplissent chaque fois que l'intérêt du mineur l'exige, et seulement dans la mesure de cet intérêt. Elle exige donc, lors de la nomination du tuteur ou avant l'entrée en fonctions de toute tutelle, une délibération du conseil de famille sur l'utilité de l'inscription, et, en cas de solution affirmative, la fixation de la somme pour laquelle il sera pris inscription et la détermination des immeubles sur lesquels elle sera prise (art. 49). Elle veut que cette délibération soit motivée, et rendue le tuteur entendu ou appelé (art. 40). Elle réserve le droit d'opposition au tuteur au subrogé tuteur et à tout membre du conseil (art. 51). Elle oblige le tuteur, sous peine de se voir retirer la tutelle, et le subrogé tuteur, sous sa responsabilité personnelle, de prendre inscription en vertu de la délibération du conseil de famille (art. 52). Elle permet au conseil de déléguer un de ses membres pour prendre inscription (art. 53). Elle impose certaines obligations aux greffiers des justices de paix (art. 54 et 65), etc... Il ne nous paraît cependant pas admissible que toutes ces dispositions s'appliquent sans distinction à la tutelle d'un étranger ouverte en Belgique.

1464. — Ce qui est certain, c'est que l'inscription ne pourra être prise sur les immeubles du tuteur situés en Belgique qu'en vertu de la délibération du conseil de famille, conforme à l'art. 49 et à l'art. 50, et nous pensons aussi que le droit d'opposition contre cette délibération existera toujours. Il ne faut pas que les immeubles soient inutilement grevés ; les intérêts économiques du pays de la situation y sont engagés. Par la même raison, nous croyons que le tuteur pourra toujours demander la réduc-

tion des garanties, si elles devenaient excessives. Mais supposons que, d'après la loi nationale du mineur, le tuteur ne soit point tenu de prendre inscription. Pourra-t-il être destitué s'il ne le fait pas? Le subrogé tuteur sera-t-il tenu de le faire sous sa responsabilité personnelle? Il est impossible de l'admettre, et ce n'est pas là ce que dit l'art. 2 additionnel de notre loi. Il dit simplement que l'hypothèque légale des incapables étrangers en Belgique sera subordonnée à l'accomplissement de ces formalités. Des inconvénients sérieux pourront en résulter, sans aucun doute, mais on ne peut y remédier que par des modifications à introduire dans les lois intérieures, ou au moyen de conventions internationales, en prescrivant, par exemple, au tuteur, qui a des biens situés en pays étranger, d'accomplir dans ce pays les formalités nécesssaires pour que l'hypothèque légale y soit reconnue et y produise ses effets. Quant aux articles qui imposent des obligations aux greffiers, il semble qu'il faille distinguer également. Leur obligation de tenir un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton, et d'adresser, dans le courant de décembre de chaque année, une copie de cet état au procureur du roi, peut recevoir application sans inconvénient, même en ce qui concerne les tutelles d'incapables étrangers. Mais la défense qui leur est faite de délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille, avant qu'il leur ait été justifié que l'inscription a été prise, ne peut valoir que lorsque le tuteur est obligé de prendre inscription en vertu de la loi nationale du mineur, c'est-à-dire en vertu de la loi qui régit la tutelle. Quant aux autres articles que renferme ce paragraphe, leur application doit dépendre de la même loi : car ils concernent tous certaines garanties que la loi assure aux mineurs, et qui dépendent nécessairement, en principe, de la loi à laquelle la tutelle est assujettie. Elles n'intéressent en rien les tiers.

1465. — Il en est à plus forte raison ainsi lorsque la tutelle d'un incapable étranger vient à s'ouvrir en pays étranger ; et, dans ce cas, il est même pratiquement impossible au législateur belge d'imposer la délibération du

conseil de famille, l'inscription hypothécaire, l'observation des articles relatifs aux obligations des greffiers de justice de paix. Tout ce qu'il peut faire, c'est de refuser l'hypothèque légale aux incapables étrangers, si les formalités requises par la loi belge ne sont pas remplies. Mais s'il y a eu, dans le pays où la tutelle s'est ouverte, une délibération du conseil de famille ordonnant l'inscription et spécialisant l'hypothèque conformément à la loi nationale de l'incapable étranger, on ne pourra se prévaloir de ce que le conseil de famille y est désigné sous une autre dénomination, sous celle de conseil de tutelle, par exemple, et y est organisé d'une autre manière, ni même, à notre avis, de ce qu'il y est remplacé par une autre autorité, pour refuser tout effet à la délibération étrangère, et il y aurait lieu, d'après nous, d'appliquer en cette matière la règle *locus regit actum* et le principe que l'organisation de la tutelle dépend de la loi nationale du mineur. Il y a ici des questions à décider par voie d'analogie, par exemple celle de savoir si le conseil, qui a déclaré qu'il y avait lieu de prendre inscription, correspond à ce que nous appelons un conseil de famille, dans son esprit et dans son essence. Ce qui nous importe, c'est que l'hypothèque soit spécialisée et inscrite, et aussi que l'inscription ne soit prise que quand elle est nécessaire pour sauvegarder les intérêts de l'incapable.

1466. — Des difficultés de ce genre peuvent se présenter du reste même lorsqu'il s'agit de la tutelle d'un Belge ouverte en pays étranger. L'incapable peut évidemment réclamer en ce cas l'hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en Belgique. Mais il faut pour cela que l'hypothèque ait été spécialisée et inscrite dans les formes voulues par la loi belge. Comment s'y prendra-t-on pour faire en sorte que cette spécialisation et cette inscription aient lieu ? Notre loi n'organise que la gestion des tutelles ouvertes en Belgique, au moins en termes explicites, et elle ne contient pas un mot sur la tutelle des Belges ouverte en pays étranger. On a soutenu, il est vrai, que la tutelle des mineurs nationaux ne s'ouvrait pas au lieu

de leur domicile étranger, mais dans leur pays d'origine, et nous sommes certainement d'avis qu'il en devait être ainsi. Il est malheureusement impossible de dire, dans ce cas, dans quelle localité de leur pays d'origine elle s'ouvre, au moins d'après nos lois ; et force nous est d'en conclure qu'elle s'ouvre au lieu de leur domicile réel, c'est-à-dire en pays étranger, si l'incapable est domicilié en pays étranger. Or, dans ce cas, les obligations imposées par la loi nationale du mineur au tuteur, au subrogé tuteur, au conseil de famille peuvent demeurer en fait dénuées de sanction, à moins que, dans ce pays même, on ne leur applique la loi nationale du mineur, ce qui serait certainement le parti le plus rationnel et le plus juste. D'autres prescriptions de la loi belge, par exemple celles qui imposent certaines obligations aux greffiers des justices de paix, y seront sans effet aucun, si elles ne se trouvent point inscrites dans la loi locale. Nous avons fait remarquer plus haut que certains auteurs, M. Weiss, par exemple, avaient suggéré l'idée de recourir au consul de la nation à laquelle appartient le mineur, pour l'organisation d'une tutelle ouverte en pays étranger. Nous renvoyons à ce que nous en avons dit en traitant de la tutelle.

1467. — Les art. 64 à 72 de notre loi hypothécaire traitent des sûretés des femmes mariées; mais deux de ces articles, les art. 64 et 65, concernent plutôt une hypothèque conventionnelle de la femme que son hypothèque légale. Laurent est à peu près le seul auteur qui soutienne que dans ce cas encore l'hypothèque est légale. C'est, dit-il, la spécialisation qui est conventionnelle. Mais, si la spécialisation est indispensable pour que l'hypothèque produise ses effets, et si, comme dans l'espèce, elle implique une convention, ne peut-on pas dire que l'hypothèque elle-même est conventionnelle? Quoi qu'il en soit, si la femme étrangère peut réclamer une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique, à plus forte raison peut elle stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque sur les dits biens pour sûreté de sa dot, des

conventions matrimoniales, et de ses reprises de toute nature contre son mari. On ne saurait faire exception à ce principe que si la loi qui régit les époux, leur loi nationale commune, ou la loi nationale du mari, interdisait formellement pareille stipulation. Mais il est manifeste que la spécialité et l'inscription de l'hypothèque seraient indispensables dans ce cas, comme dans tout autre. — Les articles suivants concernent, à proprement parler, l'hypothèque légale de la femme. Les art. 66 et 67 permettent à la femme de prendre inscription sur les immeubles de son époux pendant le mariage, à défaut de stipulation d'hypothèque, et même pour les recours qu'elle pourrait avoir à exercer contre lui, nonobstant toute convention contraire; mais il lui faut pour cela requérir l'autorisation du président du tribunal de son domicile. Ces articles s'appliqueront sans difficulté à la femme étrangère domiciliée en Belgique. Mais que décider si elle est domiciliée en pays étranger, ce qui sera le cas le plus fréquent? Faudra-t-il qu'elle s'adresse alors au président du tribunal de son domicile en pays étranger? Cela paraîtrait vraiment étrange. Au surplus, la même question peut se présenter pour la femme belge qui n'a aucun domicile dans notre pays. Dire qu'elle doit s'adresser au président du tribunal de son domicile en pays étranger, ce serait rendre parfois illusoire le droit qui lui est accordé par la loi belge, car il pourra se faire que le président du tribunal de son domicile se déclare incompétent à cet égard. Et quel singulier système que celui qui conduirait à dire que la femme belge doit se faire autoriser par un magistrat étranger, pour exercer sur des immeubles situés en Belgique un droit qui lui est attribué par la loi belge! Aussi la loi ne nous paraît-elle viser que le cas où les époux sont domiciliés en Belgique, en exigeant que la femme s'adresse au président du tribunal de son domicile. S'ils ne le sont pas, elle pourra, d'après nous, s'adresser au président d'un tribunal civil belge quelconque, de préférence au président du tribunal de la situation des biens. Il ne peut être entré dans l'intention du législateur de

subordonner son droit à la condition qu'elle ait un domicile en Belgique. Et, si l'on ne voit pas la possibilité que la femme belge non domiciliée en Belgique soit privée de ce droit, pourquoi ne le reconnaîtrait-on pas également à la femme étrangère qui n'a pas de domicile dans notre pays?

1468. — L'art. 66, qui exige la spécialité et l'inscription pour ces hypothèques légales, s'appliquera évidemment aux femmes mariées étrangères comme aux femmes belges. Mais que dire de l'art. 69 qui attribue également aux parents et alliés jusqu'au 3me degré le droit de requérir de pareilles inscriptions? Tout d'abord, il est évident qu'il n'y a pas lieu de tenir compte ici de la nationalité de ces parents : il ne s'agit pas d'une question de capacité à proprement parler, mais d'un *droit*, et d'un droit qui est établi dans l'intérêt de la femme. C'est une garantie de plus instituée en sa faveur. Or, nous avons dit plus haut que la garantie, consistant dans le droit d'hypothèque de la femme, trouvait bien sa limitation dans la *lex rei sitae*, mais qu'elle avait sa source dans une autre loi, dans sa loi personnelle. Cette même loi nous paraît compétente pour déterminer l'étendue de la garantie, pour autant qu'elle ne se heurte pas contre les limitations établies par la *lex rei sitae*. Quelle est cette loi personnelle? Ce sera, en général, la loi nationale de la femme, la femme ayant presque toujours la même nationalité que le mari. Mais si elle n'a pas la même nationalité que le mari, devra-t-on appliquer *sa loi nationale* ou *celle de ce dernier?* La question est des plus délicates. Elle ne saurait être décidée d'après la volonté tacite des époux, ni par conséquent d'après la loi du lieu de la célébration du mariage, ou du lieu du contrat de mariage comme impliquant présomption de soumission volontaire à cette loi, car il s'agit d'une mesure protectrice des intérêts de la femme. Mais il ne s'agit pas seulement d'examiner quel est le but de la disposition. La question est de savoir quelle est la loi qui a compétence pour établir cette mesure de protection. C'est, à notre avis, la loi qui doit régler les effets du

mariage en général, c'est-à-dire la loi nationale du mari, lorsque les deux époux sont de nationalité différente. Il s'agit, après tout, d'un effet que la loi attache au mariage.

C'est d'après la même loi qu'il faudra décider, si le mari peut oui ou non prendre inscription de son chef (art. 70, al. 2). Quant à la question de savoir d'après quelle loi il faut décider si le juge de paix du canton du domicile marital, et le procureur du roi près le tribunal de première instance, pourront également requérir ces inscriptions, il y a plus de doute. On peut faire observer que cette disposition (art. 70, al. 1) étend et assure davantage les effets de la garantie résultant de l'hypothèque légale, et que tout ce qui est relatif à la mesure de la garantie dépend de la loi qui en est la source première. Mais il s'agit, en réalité, d'un droit d'intervention attribué à ces magistrats à raison de la fonction ; il ne touche point le fond du droit attribué à la femme et ne l'étend pas. Refuser à ces magistrats le droit d'intervenir, lorsqu'il s'agit d'une femme mariée étrangère, ce serait restreindre le pouvoir qui leur est attribué par la loi, et qui n'est qu'un pouvoir de protection. Ce pouvoir de protection, dérivant de la charge, semble devoir s'étendre sur les étrangères, aussi bien que sur les femmes belges, dès que le statut personnel des étrangères admet l'hypothèque légale.

1469. — L'art. 71, qui interdit à la femme de renoncer directement au profit de son mari aux inscriptions prises en vertu des dispositions précédentes, nous paraît dépendre encore de la loi qui régit l'ensemble des effets du mariage. Le législateur n'a pas compétence pour protéger les intérêts pécuniaires de la femme dans une plus forte mesure que ne le fait la loi à laquelle les époux sont soumis par leur nationalité, ou par la nationalité du mari, et il n'y a pas intérêt. Mais il n'en est pas de même de l'art. 72, qui permet au mari de demander la réduction des inscriptions prises par la femme et en son nom. C'est là, en réalité, une disposition tendant indirectement à limiter le droit d'hypothèque légale de la femme mariée. Or toutes les

dispositions qui *limitent* le droit d'hypothèque légale sont essentiellement de statut réel. L'intérêt public exige que les biens ne soient pas inutilement grevés.

1470. — La section II de notre loi traite des hypothèques conventionnelles, et le législateur commence par établir que les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner. Il faut, semble-t-il, appliquer en principe la loi nationale, s'il s'agit d'une véritable question de capacité. Nous pourrions nous en référer, à cet égard, aux observations que nous avons faites dans la partie générale de notre ouvrage sur l'application de la loi nationale quant à la capacité. Mais il ne s'agit qu'en apparence d'une question de capacité, car c'est l'art. 76 qui traite de la capacité. Ce que le législateur veut dire, c'est qu'il faut *être propriétaire* pour pouvoir hypothéquer; c'est que le non-propriétaire, qui ne peut aliéner d'après nos lois, ne peut pas non plus hypothéquer, puisque cela impliquerait une aliénation partielle. Ainsi entendu, le principe constitue une véritable limitation du droit de consentir une hypothèque, et il y a lieu d'appliquer, sans hésiter, la *lex rei situs*. Pareille disposition est complètement indépendante de la qualité de la personne, et la *lex rei situs* s'impose d'autant plus en cette matière qu'il s'agit d'un droit exceptionnel, pure création du droit civil, que le législateur du lieu de la situation organise, par conséquent, comme il l'entend. Nous en dirons autant de l'art. 74; il touche au droit lui-même et est indépendant de la qualité de la personne. En proclamant le principe que 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, il énonce une règle qui, probablement, est reconnue partout. Mais il n'en serait pas ainsi qu'elle nous paraîtrait devoir être appliquée, chaque fois qu'il s'agit d'hypothéquer des immeubles situés en Belgique. C'est une disposition limitative du droit d'hypothéquer et, au surplus, elle est établie en faveur d'un tiers, de celui

qui pourrait bénéficier de la résolution, de la rescision ou de l'inefficacité du titre constitutif d'hypothèque.

L'art. 75 concerne, au contraire, essentiellement une question de capacité. Il dispose dans son alinéa 1[er] que les biens des mineurs et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes prescrites par la loi. La minorité doit être appréciée d'après la loi nationale, et l'incapacité de l'interdit doit être appréciée d'après la même loi. C'est encore cette loi qui déterminera les causes pour lesquelles leurs immeubles peuvent être hypothéqués, et les formes habilitantes. Quant aux formes proprement dites, l'on devra observer tout d'abord celles qui sont requises par la loi du lieu de la situation des immeubles pour la validité de toute hypothèque, et pour le surplus celles qui sont prescrites par la *lex loci actus*.

L'alinéa 2 de l'art. 75 concerne l'hypothèque des biens des absents. Elle est soumise aux mêmes formalités que celle des mineurs et des interdits aussi longtemps qu'il n'y a eu qu'envoi en possession provisoire. L'envoyé en possession provisoire ne pourra donc hypothéquer qu'avec l'autorisation du conseil de famille, dont la délibération devra être homologuée par le tribunal. Ce sont là essentiellement des formalités habilitantes. Mais, bien qu'elles soient évidemment prescrites dans l'intérêt de l'absent, faut-il observer la loi nationale de l'absent? Nous croyons qu'il y a plutôt lieu d'observer la loi dont l'envoyé en possession provisoire tient sa délégation, ses pouvoirs, c'est-à-dire la loi du lieu où il a été envoyé en possession provisoire. Bien qu'il s'agisse des intérêts de l'absent, on ne sait pas si celui-ci est vivant ou mort, encore moins s'il a conservé sa nationalité. L'application de la loi nationale ne s'impose donc point d'une manière absolue. L'envoi en possession provisoire n'est qu'une mesure conservatoire qui peut être prise partout où l'absent a laissé un avoir à sauvegarder. Et il semble rationnel que la loi qui l'ordonne, détermine également les pouvoirs de l'envoyé en possession provisoire. La durée de cette période provisoire peut cependant varier d'après les diverses législa-

tions. D'après quelle loi décidera-t-on, si elle doit prendre fin? Nous pensons que c'est d'après la loi personnelle, c'est-à-dire, selon nous, d'après la loi nationale de l'absent au moment de sa disparition. Comme il ne s'agit plus de simples mesures conservatoires, mais d'une espèce d'attribution de sa succession fondée sur une présomption de décès, on doit, en l'absence de preuve de son existence ou d'un changement de nationalité, déterminer d'après la loi nationale de l'absent le moment où celle-ci est censée s'ouvrir. Au moins en sera-t-il ainsi, lorsque l'on admet que la succession est régie par la loi nationale du *de cujus*.

1471. — L'art. 76 est relatif à la forme des hypothèques conventionnelles. L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique, ou par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire, et les procurations doivent être données en la même forme. L'art. 77 reconnaît, à la différence de l'art. 2128 du Code civil (1), la validité des actes d'hypothèque consentis en pays étranger, mais il faut qu'ils soient revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens, *et ce magistrat doit vérifier si les actes, et les procurations qui en sont le complément, réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus*. Il y a ici à la fois une dérogation à la maxime *locus regit actum*, telle qu'elle est généralement interprétée, et une application de cette règle : une dérogation en ce que l'acte d'hypothèque doit être authentique, quelle que soit la loi du lieu où l'acte est passé, pour pouvoir produire effet sur des immeubles situés en Belgique; une application, en ce que les formes d'authenticité sont appréciées d'après la *lex loci actus*.

1472. — L'art. 78, al. 1er, exige la spécialisation de l'hypothèque comme condition de sa validation, et l'aliéna 2 interdit d'hypothéquer les biens à venir. C'est évidemment la loi du lieu de la situation qui devra être appliquée ici. Mais nous ne croyons pas qu'il en soit nécessairement de même de l'art. 79, qui déclare *la dette exigible*, sauf faculté

(1) Cet article interdit, comme on le sait, toute constitution d'hypothèques, sur des biens sis en France, par actes passés en pays étranger.

du débiteur exempt de faute d'offrir un supplément d'hypothèque, *lorsque les biens grevés ont péri*, ou ont éprouvé des dégradations telles qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier. Cette disposition est de pur droit supplétif, et rien n'empêcherait les parties de stipuler qu'il en sera autrement. Elle n'est fondée que sur leur volonté présumée. Cela ne touche du reste pas directement le droit d'hypothèque lui-même. Il y aura donc lieu d'appliquer la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises. Nous ne voyons aucun motif pour déroger ici aux règles ordinaires. A défaut de circonstances spéciales indicatives d'une volonté contraire, nous estimons qu'il y aura lieu d'appliquer comme telle la loi du domicile commun, la loi de la nationalité commune, ou la loi du lieu du contrat.

1473. — Les deux premiers alinéas de l'art. 80 exigent pour la validité de l'hypothèque la spécification de la somme pour laquelle elle est consentie, et de la condition à laquelle est subordonnée la créance. Cette disposition limitative du droit d'hypothèque conventionnelle rentre encore dans le domaine de la *lex situs*. Les quatre derniers alinéas du même article, tel qu'il est modifié par la loi belge du 15 avril 1889, concernent l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert. Quels que soient le lieu du contrat, le domicile ou la nationalité des parties, le droit d'opposition des tiers aux actes de main-levée, etc., la forme de l'opposition, ses effets, et les obligations du conservateur des hypothèques seront régis par la loi du lieu de la situation. Ces dispositions sont limitatives des effets de l'hypothèque conventionnelle pour sûreté d'un crédit ouvert. Il en est de même de l'alinéa 3, définissant d'une manière générale la portée d'une pareille hypothèque, *en ce sens* qu'elle ne pourra jamais avoir en Belgique des effets plus étendus. Mais la *lex situs* ne fait pas obstacle, à notre avis, à ce qu'elle en ait de *moins étendus*. A la vérité, M. Durand enseigne que c'est la loi territoriale qui détermine quelles créances peuvent être hypothéquées [1]. Cela est vrai en ce sens que l'on ne peut

(1) Durand. Op. cit., p. 424.

en hypothéquer d'autres que celles qui peuvent être ainsi garanties d'après la loi territoriale. Mais il semble que, si la loi du lieu du contrat frappait de nullité l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, cette loi devrait aussi être respectée, à moins que l'on ne juge à propos d'appliquer ici le principe que chacun est censé avoir contracté là où l'obligation doit s'exécuter, où l'effet du contrat doit se réaliser, ce qui peut se soutenir. En bonne justice, pareille défense ne peut guères être fondée que sur des motifs qui perdent leur importance, lorsqu'il s'agit de biens situés dans un autre pays, notamment sur l'intérêt du régime économique des biens ou sur celui des tiers. Dans tous les cas, nous estimons qu'il n'y a point lieu d'avoir égard en cette matière à la loi nationale des parties. Ce serait en vérité aller trop loin, que de considérer pareille défense comme une espèce de statut personnel suivant le citoyen en pays étranger, sans qu'il y ait ombre d'un intérêt pour le pays d'origine à la maintenir. La loi de la situation pourrait donc bien prédominer ici encore. Et elle prédominera aussi, d'après nous, s'agissant de déterminer l'intention des parties, quant aux effets de l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, en tant qu'il leur est permis de restreindre ces effets. N'est-il pas naturel de supposer qu'elles se sont soumises à cette loi territoriale, quant aux effets de l'hypothèque, alors qu'elles sont en général enchaînées par cette loi?

1474. — C'est la loi territoriale qui détermine le rang que les hypothèques ont entre elles (sect. III, art. 81). C'est elle encore qui détermine le mode d'inscription, de renouvellement, et leurs effets (art. 82 à 91, loi hyp.). Il est bien vrai que l'art. 91 appartient au droit supplétif, en tant qu'il met à la charge du débiteur les frais des inscriptions et de leur renouvellement; à la charge de l'acquéreur les frais de la transcription. Mais quoi de plus naturel que de supposer que les parties se sont soumises, à défaut de manifestation d'une volonté contraire, à la loi en vertu de laquelle se fait l'inscription?

Nous croyons pouvoir nous dispenser d'examiner en

détail, au point de vue du droit international privé, les dispositions des art. 92 à 95 sur la radiation et la réduction des hypothèques, celles des art. 96 à 107 sur l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs, celles des art. 109 à 122 sur le mode de purger les propriétés des privilèges et hypothèques, celles des art. 123 à 134, et les dispositions transitoires des art. 1 à 14. Dans toutes ces dispositions, la loi territoriale prédomine à l'évidence. Nous nous bornerons à quelques observations. L'art 92 dit que le mandat à l'effet de rayer ou de réduire doit être *exprès* et *authentique*. Si le mandat est donné en pays étranger, il devra également être donné dans cette forme et visé par le président du tribunal civil du lieu de la situation. Mais l'authenticité devra être appréciée d'après la *lex loci actus*. C'est, du reste, ce que l'art. 93 exige quant aux actes de consentement à radiation ou à réduction passés en pays étranger. — La responsabilité du tiers détenteur du chef des détériorations, ses droits et obligations quant aux fruits paraissent, au premier abord, pouvoir subir des modifications en vertu du contrat constitutif d'hypothèque. Nous ne croyons pas cependant qu'il en soit ainsi; ce sont là, à notre avis, des conséquences nécessaires de l'hypothèque telle qu'elle est organisée par nos lois. Tout au moins ne peut-on ni aggraver la responsabilité du tiers, ni restreindre ses droits en vertu d'un contrat dans lequel il n'est point partie. Rien n'empêcherait cependant que le contrat de vente ne pût produire cet effet, puisqu'il y est partie. Mais en l'absence d'une stipulation expresse, il faudrait encore, nous paraît-il, appliquer la *lex rei sitae* comme celle que les parties sont censées avoir acceptée.

1475. — Les modes d'extinction des privilèges et hypothèques : 1° extinction de l'obligation principale, 2° renonciation du créancier, 3° jugement réduisant les hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées, 4° purge effectuée par les tiers détenteurs, 5° prescriptions, 6° défaut d'inscription dans les trois mois du décès du débiteur, au plus tard (art. 108,

loi hyp.),sont également déterminés par la loi territoriale, et c'est elle qui règlera l'interruption de la prescription.

Puisque l'hypothèque ne peut exister en dehors des conditions établies par la loi territoriale, il est logique qu'elle s'éteigne dès que cette loi la déclare éteinte. Aussi la doctrine admet-elle que l'extinction des hypothèques, et spécialement la prescription, sont régies par la loi de la situation. C'est cependant énoncer le principe dans des termes peut-être trop absolus. On peut se demander si, en dehors des causes d'extinction établies par la loi du lieu de la situation, il ne peut y en avoir d'autres. Nous croyons qu'il faut décider la question affirmativement. Si la loi à laquelle des parties étrangères se sont expressément soumises en admet d'autres, nous ne voyons pas, en principe, pourquoi la loi territoriale ferait obstacle à ce qu'elles fussent admises. Mais, dans le doute, elles seront censées, en pareille matière, s'être soumises à la loi du lieu de la situation, précisément parce qu'elle y prédomine d'une manière presque exclusive.

1476. — Les trois dispositions additionnelles de la loi hypothécaire ne donneront lieu qu'à de courtes observations. La première est une disposition purement fiscale concernant la transcription. La loi territoriale s'impose. La seconde concerne les hypothèques légales des mineurs étrangers et des femmes mariées étrangères. Nous en avons parlé avec détail plus haut. Enfin, l'art. 3 additionnel modifie les règles établies par l'art. 29 de la loi du 18 juin 1850, en attribuant au conseil de famille le droit conféré antérieurement au tribunal civil, de constituer une hypothèque sur les biens de l'administrateur provisoire, au profit d'une *personne colloquée*, et en permettant d'attaquer la délibération du conseil. En supposant qu'un étranger, colloqué dans un établissement d'aliénés, ait, dans notre pays, contrairement à notre opinion, le droit d'hypothèque légale, il est évident qu'il y aura lieu d'appliquer cette disposition s'il s'agit d'immeubles situés en Belgique.

TITRE XXXV.

DE LA LOI QUI RÉGIT LES PRESCRIPTIONS.

—

1477. — Les dispositions du Code civil sur la prescription ne sont pas très systématiquement ordonnées. La distinction entre la prescription acquisitive et la prescription libératoire n'y est pas toujours nettement tracée. La première est incontestablement admise en matière immobilière, mais quant aux meubles, l'usucapion du droit romain est remplacée par la règle de l'art. 2279 : « En fait de meubles, possession vaut titre. » Est-ce une prescription acquisitive? Diverses opinions se sont formées sur la nature et la portée de cette disposition. Les uns y voient une espèce de prescription instantanée. Cette opinion n'a cependant pas trouvé faveur dans la jurisprudence. D'autres la considèrent comme impliquant, en matière mobilière, une véritable assimilation de la possession à la propriété, ce qui serait conforme à l'esprit des anciennes coutumes germaniques. Cette opinion a été soutenue par des autorités assez peu nombreuses, il est vrai, en droit moderne, mais considérables, entre autres par Laurent. La doctrine et la jurisprudence inclinent très décidément à envisager la maxime en question comme établissant une présomption de propriété en faveur du possesseur, présomption jusqu'à preuve contraire d'après les uns, présomption *juris et de jure* d'après les autres, aussi longtemps que le revendiquant n'allègue pas la perte ou le vol. Ce n'est pas le lieu de discuter ces diverses opinions. Nous dirons seulement qu'en théorie la seconde

nous paraît la plus exacte. — Le Code traite dans le même titre d'un assez grand nombre de prescriptions libératoires. Mais il ne dit pas toujours avec netteté quels sont les principes qui s'appliquent aux deux catégories de prescriptions, et ceux qui n'en concernent qu'une seule.

1478. — Parmi les principes qui concernent aussi bien les prescriptions libératoires que les prescriptions acquisitives figurent la plupart de celles du chap. I^er^ intitulé : *Dispositions générales*. L'art. 2219 suffirait à le prouver, puisqu'il définit la prescription : un *moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps*, et il exclut en même temps la possibilité d'admettre une prescription instantanée, puisque le laps de temps fait défaut. L'art. 2219 ajoute : « et sous les conditions déterminées par la loi ». Quelle loi? On est à peu près unanime pour admettre que, lorsqu'il s'agit de la prescription acquisitive d'immeubles, ou de droits réels immobiliers, il faut appliquer la loi du lieu de la situation des immeubles, sur lesquels on prétend avoir acquis des droits par prescription. Cependant cette application ne saurait être absolue, et elle ne concerne, d'après nous, que le fond du droit à la prescription. C'est d'après la *lex situs* que l'on décidera, par exemple, s'il est permis de renoncer d'avance à la prescription acquise (art. 2220). Il y a plus de doute en ce qui concerne la question de savoir si la renonciation peut être expresse ou tacite. N'est-ce pas là une question de forme, et ne faut-il pas appliquer la loi du lieu où la renonciation est faite? Nous croyons cependant qu'il est préférable d'appliquer la *lex rei situs*, au moins en ce qui concerne la disposition de notre Code (art. 2221), et les biens situés en Belgique. Nous ne reviendrons pas sur la question tant controversée de savoir si les formes de la transmission des droits réels, de la transmission de la propriété immobilière ou même mobilière en particulier, sont régies par la *lex loci actus*, ou par la loi du lieu de la situation. Notre opinion est qu'il faut distinguer entre la transmission de propriété entre parties et son effet vis-à-vis des tiers. Mais il faut bien reconnaître que l'essence même

de la transmission de propriété est, en général, d'opérer vis-à-vis des tiers. Dans la matière qui nous occupe, la renonciation à l'effet de la prescription acquise apparaît, sans doute, comme une convention. Mais elle est aussi une limitation des effets de la prescription dans une certaine mesure, c'est-à-dire des effets d'une institution qui a des rapports étroits avec l'organisation du régime de la propriété. Il semble que cette restriction soit soumise à la même loi que le principe. C'est la *lex situs* qui détermine si l'on peut renoncer, oui ou non, à l'effet de la prescription acquise; n'est-il pas naturel et logique qu'elle détermine également comment on peut renoncer? Que la renonciation tacite ait lieu en Belgique, ou qu'elle ait lieu dans un pays étranger dont la législation n'admet point, par hypothèse, la renonciation tacite, cette renonciation ne vaudra-t-elle pas relativement aux biens situés dans notre pays? Aucun tribunal n'hésiterait, croyons-nous, à appliquer la loi du lieu de la situation. Il hésiterait d'autant moins, dans cette hypothèse, que l'on est loin d'admettre unanimement la force impérative de l'ancien adage *locus regit actum*.

1479. — La règle de l'art. 2222, aux termes de laquelle celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à une prescription acquise, se rattache encore au domaine de la *lex rei sitae*. Elle doit être appliquée chaque fois qu'il s'agit d'un bien situé dans notre territoire. Le principe est en effet qu'on ne peut acquérir la propriété immobilière, ou un droit réel immobilier, en dehors des conditions établies par la loi du lieu de la situation. Mais il ne faut pas confondre la disposition elle-même avec les conditions dont peut dépendre la capacité que cet article exige. C'est ainsi qu'on n'en appliquera pas moins la loi nationale pour déterminer si un individu est en général capable d'aliéner, s'il est majeur ou mineur, s'il est marié ou non, quelle est sa capacité ou son incapacité en tant que mineur, interdit, femme mariée, etc. On ne méconnaîtra, en le faisant, ni la force obligatoire de l'art. 2222, ni la règle que la loi ter-

ritoriale, par la puissance de laquelle peut s'opérer l'acquisition par prescription, est nécessairement compétente pour déterminer les conditions sous lesquelles elle s'opère.

Les articles que nous venons d'examiner ne concernent pas seulement la prescription acquisitive. Ils concernent aussi la prescription libératoire. Quelle loi y a-t-il lieu d'appliquer à cet égard, lorsqu'il s'agit de la prescription libératoire? Nous avons dit dans la partie générale de notre ouvrage qu'il fallait distinguer entre les différentes espèces de prescriptions, qu'elles ne reposent pas toutes sur les mêmes considérations. Nous reviendrons sur ce point, et nous ferons l'application des principes posés aux diverses prescriptions extinctives dont il est question dans le Code civil.

1480. — Les art. 2223 et 2224 semblent se rattacher à la procédure, et leur application dépendra en conséquence de la *lex fori*. C'est donc d'après cette loi que l'on décidera si les juges peuvent ou ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription, et si elle peut être opposée en tout état de cause. S'agissant de la prescription acquisitive, cette loi se confondra le plus souvent avec la *lex rei situs*. Il est à remarquer toutefois que la question de savoir si une partie peut renoncer à la prescription, ou peut être présumée y avoir renoncé, éventualité à laquelle se réfère la dernière partie de l'art. 2224, reste toujours soumise d'une manière absolue à l'empire de la loi territoriale.

L'art. 2225, qui permet aux créanciers ou à toute autre personne, ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, de l'opposer, encore que le débiteur ou propriétaire y renonce, n'est qu'une application des principes généraux sur les droits des tiers. C'est une disposition établie dans l'intérêt de ceux-ci, c'est-à-dire dans un intérêt général. Il n'est pas douteux qu'elle doive être reconnue et appliquée, s'agissant de la prescription acquisitive, chaque fois qu'elle est établie par la loi de la situation. Les tiers étrangers doivent

jouir, en principe, de la même protection que les nationaux, et l'intérêt général exige qu'il en soit ainsi. En ce qui concerne la prescription libératoire, il ne nous paraît guères possible d'appliquer une autre loi que la loi du lieu où les tiers prétendent faire valoir leur droit. Il ne s'agit plus de rapports entre parties; il s'agit avant tout d'une disposition d'intérêt général. Les tiers pourront invoquer le bénéfice de cette disposition partout où la loi le leur accorde, et seulement là où elle le leur accorde. Nous estimons donc qu'il y a lieu d'appliquer la *lex fori*.

1481. — L'application des art. 2226 et 2227 est dominée, comme la plupart des articles du chapitre dans lequel ils figurent, par la loi de la situation. C'est elle qui déterminera les choses qui sont hors du commerce; et si, d'après cette loi, on ne peut en prescrire la propriété; cette règle s'imposera, quelle que soit la nationalité, quel que soit le domicile des parties. Et les principes que la loi du lieu de la situation dicte à cet égard, devront être observés internationalement. C'est encore d'après la loi du lieu de la situation que l'on décidera si l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et s'ils peuvent également les opposer, pour autant qu'il s'agisse de prescription acquisitive. Mais, s'il s'agit de prescription libératoire, il paraît rationnel d'appliquer la *lex fori*, en ce sens tout au moins que, si les délais de la prescription sont plus courts d'après cette loi que d'après la loi nationale, cette loi devra l'emporter. Mais rien n'empêcherait, à notre avis, d'admettre des délais plus courts que ceux de la *lex fori*, si, d'après la loi à laquelle ces personnes morales sont soumises, la prescription s'accomplissait par un temps moins long.

Les dispositions du chap. II, art. 2228 à 2235, concernent la possession aux fins de prescrire. Elles ne visent évidemment que la prescription acquisitive, et leur application dépend de la loi du lieu de la situation. Le chap. III, art. 2236 à 2241, traite des causes qui empêchent la

prescription. La loi du lieu de la situation prédomine encore ici. Une seule de ces dispositions concerne la prescription libératoire : celle de l'art. 2241. Aux termes de cette disposition, on peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on prescrit la libération de l'obligation que l'on a contractée. Son application dépend de la loi qui régit en principe la prescription libératoire. Or, nous avons dit que cette loi varie suivant la nature de la prescription libératoire. Si elle repose uniquement sur une présomption de paiement, comme certaines courtes prescriptions, il faut examiner quelle est la loi qui régit l'obligation, c'est-à-dire celle à laquelle les parties sont ou se sont soumises. Si elle repose en outre sur des considérations d'utilité publique, d'utilité sociale, la *lex fori* doit être également prise en considération, lorsqu'elle établit une prescription plus courte, et l'on ne pourra plus réclamer l'exécution d'une obligation qui serait prescrite d'après cette loi.

1482. — Le chapitre IV traite des causes qui interrompent et suspendent le cours de la prescription. Les causes d'interruption sont spéciales à la prescription acquisitive, ou communes à cette prescription et à la prescription libératoire. L'interruption naturelle, dérivant de ce que le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit par un tiers, ne concerne que la prescription acquisitive, et l'on appliquera exclusivement la loi territoriale (art. 2243). Quant aux causes d'interruption civile, quel que soit le lieu où elles se produisent, elles seront régies par la même loi, pour autant qu'il s'agisse de la prescription acquisitive (art. 2444 à 2448). Mais, s'il s'agit de la prescription libératoire, il faut, à notre avis, distinguer d'après la nature de cette prescription, comme nous l'avons fait ailleurs. Est-elle fondée sur l'intérêt général, il nous paraît que l'on ne pourra admettre d'autres causes interruptives que celles admises par la loi du lieu où l'on réclame judiciairement le droit qu'il s'agit de prescrire. Mais on ne pourra les admettre que si elles sont recon-

nues également par la loi qui régit l'obligation. L'intérêt général peut être engagé dans ce pays à ce que l'on y considère telle ou telle créance comme prescrite. Mais il ne semble point l'être à ce que l'on considère une créance comme encore existante, alors qu'elle ne l'est plus d'après la loi qui régit l'obligation, ou à laquelle les parties se sont tacitement soumises. Quant à certaines prescriptions libératoires fondées sur une présomption de paiement, il est naturel que l'on applique la loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises.

1483. — Les art. 2249 et 2250, qui déterminent les effets de l'interpellation faite à l'un des débiteurs solidaires, ou à l'un des héritiers, relativement aux autres, et ceux de l'interpellation faite au débiteur principal, relativement à la caution, ne peuvent guères s'appliquer qu'à la prescription libératoire. Mais d'après quelle loi déterminera-t-on si l'interpellation, faite à l'un des débiteurs solidaires produit effet vis-à-vis des autres ? Nous remarquerons d'abord que l'alinéa 1er de l'art. 2249 ne fait que reproduire l'art. 1199, en l'étendant dans une certaine mesure : « L'interpellation faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers. »

Il ne nous paraît pas qu'une disposition de ce genre touche, en quoi que ce soit, à l'intérêt général. Il ne s'agit pas de savoir si la créance sera tenue pour prescrite ou non, mais étant donnée qu'elle ne le sera certainement pas à l'égard de l'un, si elle le sera à l'égard des autres. C'est là une question qui touche à l'effet des contrats, notamment à la nature du lien sous lequel les parties seront engagées, et à ses conséquences. Fidèle à sa théorie, Brocher applique ici, en général, la loi du lieu du contrat, quelle que soit la nature de la prescription libératoire, quel que soit le lieu où l'acte interrupteur est accompli. Il est d'avis notamment que « les tribunaux Suisses devraient reconnaître les effets de l'art. 1199, sans distinguer entre les cas où le fait

interrupteur serait intervenu sur l'un ou sur l'autre des deux territoires. Ce sont là des conséquences qui se trouvaient implicitement comprises dans l'engagement originel, en vertu d'un mandat tacite régi par la loi française et librement accepté par les parties intéressées».

Pour nous, qui n'attribuons pas la même importance à la loi du lieu du contrat, nous estimons qu'il y a plutôt lieu de tenir compte de la loi du domicile commun, ou de la nationalité commune, et subsidiairement seulement de la loi du lieu du contrat, suivant les distinctions que nous avons faites dans la partie générale de notre ouvrage. Mais nous sommes d'accord avec Brocher pour reconnaître, qu'il ne faut pas faire prédominer ici la *lex fori*, mais la loi qui régit le contrat d'après la volonté probable des parties. Nous pensons qu'il en est de méme, en ce qui concerne la question de savoir si l'interpellation adressée au débiteur principal profite à la caution, et vice-versa. Il faudra voir quelle est la loi qui régit les effets du cautionnement. En ce qui concerne les héritiers, la solution de la question pourra subir l'influence de la loi qui régit la succession.

1484. — Les art. 2251 à 2259 traitent des causes qui suspendent la prescription. S'agissant de la prescription acquisitive, M. Despagnet émet l'opinion que même la suspension de la prescription provenant de l'incapacité du propriétaire doit être régie par la *lex rei situs*, et écarte la loi nationale. « La limitation de la durée de la prescription intéresse trop directement » dit-il, « l'organisation de la propriété, le crédit des tiers, l'ordre public en un mot, pour qu'il soit possible d'accepter, sur ce point, une autre loi que celle du pays où l'immeuble est situé (1). » Cela nous paraît trop absolu. Il est certain tout d'abord que la question de savoir si un individu est incapable, s'il est mineur ou majeur, par exemple, sera en principe régie par sa loi nationale, et nous ne doutons point qu'à cet égard

(1) Despagnet. Op. cit., nº 621. — *Contra* : Laurent. T. VIII, pp. 342 et 343.

M. Despagnet soit d'accord avec nous. Mais, indépendamment de cette question, peut-on dire que l'intérêt général soit engagé dans notre pays à ce que l'on admette une cause de suspension de la prescription inscrite dans notre Code, mais non admise par la loi nationale de l'incapable étranger? Nous ne le croyons pas. L'organisation de la propriété, le crédit des tiers, l'ordre public en un mot, ne sont donc engagés dans les dispositions dont il s'agit, qu'en tant qu'elles excluent implicitement ou explicitement telle ou telle cause de suspension ; et sous ce rapport la *lex rei sitae* s'impose d'une manière absolue. Mais ils n'y sont point intéressés en tant qu'elles *admettent* des causes de suspension. On devra donc recourir à cet égard à la loi nationale, ou quelquefois à la loi qui régit les rapports de famille entre deux personnes. Il faut toujours en pareille matière, nous semble-t-il, se souvenir que l'institut de la prescription acquisitive est essentiellement fondé sur un intérêt économique, territorial. Ses effets ne peuvent être limités, s'agissant de biens situés sur notre territoire, par une loi étrangère. Mais cet intérêt économique n'est point lésé par une loi étrangère qui exclut une cause de suspension toute personnelle admise par nos lois.

Appliquons ces principes. L'art. 2258 du Code civil dit que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf certaines courtes prescriptions. La première partie de cet article est énonciative ou admissive de la suspension. Encore faudra-t-il, pour que la prescription ne coure pas contre ces incapables, qu'il en soit ainsi d'après leur loi nationale. La deuxième partie est exclusive de la suspension. Il faudra appliquer ici la *lex rei sitae*. Observation analogue en ce qui concerne l'art. 2253, aux termes duquel la prescription ne court pas entre époux. Cela dépendra en outre, selon nous, de la loi qui régit les effets des mariages, c'est-à-dire en principe de leur loi nationale, ou, dans les cas très rares de nationalités diverses, de la loi nationale du mari. L'art. 2254, aux termes duquel la prescription court en

principe contre la femme mariée, recevra application chaque fois qu'il s'agira de biens situés en Belgique. L'art. 2255, qui fait exception pour les biens dotaux, dépendra en outre dans son application de la loi nationale des époux. L'art. 2256, qui admet encore la suspension de la prescription en faveur de la femme mariée, ne sera pas nécessairement appliqué s'il s'agit d'une femme mariée étrangère. Il ne le sera que si cette cause de suspension est admise par sa loi nationale ou par la loi qui régit le mariage.

1485. — L'art. 2257 fait résulter la suspension du cours de la prescription de la nature de certaines créances ; créance conditionnelle, action en garantie, créance à terme. Il ne s'agit pas ici de la prescription acquisitive, mais de la prescription libératoire. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer invariablement la *lex rei sitae*. Au surplus, cette disposition n'est pas exclusive, mais admissive des causes de suspension. Nous estimons que quelque rationnelle et équitable qu'elle soit, il y a lieu d'appliquer la loi qui régit les effets du contrat, loi qui ne sera pas nécessairement celle du lieu du contrat. L'art. 2258, al. 1er, suspend la prescription contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession. C'est encore de la prescription libératoire qu'il s'agit. Il y a lieu, nous paraît-il, en principe, d'appliquer la loi qui régit la succession, à moins que la loi du lieu où l'action est intentée ne reconnaisse point cette cause de suspension (1).

Les art. 2258, al. 2, et 2259 concernent, d'après la généralité de leurs termes, la prescription acquisitive, aussi bien que la prescription libératoire. En ce qui touche la première, on ne fera pas difficulté de reconnaître qu'il y a lieu d'appliquer la *lex rei sitae*. Les lois qui régissent le droit successoral ne pourront certaine-

(1) En faisant cette restriction, nous suivons les principes développés dans la partie générale de notre ouvrage. Rappelons toutefois que, d'après l'opinion dominante, on doit appliquer la loi du domicile du débiteur. Il en est ainsi, en général, d'après la jurisprudence et la doctrine françaises.

ment pas prévaloir à cet égard contre la loi territoriale. Mais, lorsqu'il s'agit de la prescription libératoire de longue durée, il y a lieu de suivre, nous semble-t-il, les règles tracées plus haut. Nous estimons que l'action doit être considérée comme prescrite dès qu'elle l'est par la *lex fori*, non pas comme nous l'avons fait remarquer maintes fois, que la prescription se rattache à la procédure, mais parce qu'elle est d'ordre public. Cela ne ferait peut-être pas obstacle à l'application de la loi du domicile du débiteur ou de la loi qui régit le contrat, si celle-ci admettait une prescription plus courte.

1486. — Le chap. V, art. 2260 à 2281, traite du temps requis pour prescrire, et nous trouvons au seuil de ce chapitre deux dispositions qui concernent le mode de calcul des délais. Nous aurions à faire, sur l'application de ces articles, exactement les mêmes observations que sur les précédents, et nous croyons inutile d'y revenir. Mais nous avons quelques observations à faire sur la prescription trentenaire dont il est question dans les art. 2262 à 2264. L'art. 2262 déclare prescrites par trente ans toutes les actions, tant réelles que personnelles, sans qu'on puisse opposer l'absence de titre ni la mauvaise foi. Voici bien une prescription uniquement fondée sur des considérations d'utilité sociale, et elle ne peut certes s'expliquer ni par une présomption de paiement, puisqu'on pourrait l'opposer en reconnaissant hautement que l'on n'a pas payé ; ni par le désir de protéger le débiteur, puisque la protection accordée au débiteur de mauvaise foi ne s'expliquerait point ; ni par une renonciation tacite à la créance, puisqu'il n'est pas permis de renoncer d'avance à la prescription, ni par conséquent de stipuler expressément que le débiteur ne pourra s'en prévaloir. L'intérêt social, bien ou mal compris, est la seule raison d'être de cette institution, au moins en ce qui concerne la prescription trentenaire. Nous pensons donc que la prescription de trente ans pourra toujours être opposée avec succès devant nos tribunaux, quels que soient le lieu du contrat, le lieu fixé pour l'exécution, le domicile, la nationalité des parties.

Cela n'empêchera pas ceux-ci d'admettre même une prescription plus courte, par exemple si la loi du lieu où le contrat devait être exécuté lui permet de s'en prévaloir. C'est en vain que l'on objecterait à l'application de la *lex fori*, comme déterminant la durée maximum de la prescription, que le législateur du pays où la réclamation se produit peut n'avoir aucun intérêt à déclarer la dette prescrite, si les parties sont étrangères, si le contrat a été fait en pays étranger. Cet intérêt existe partout où l'action surgit. Il est d'utilité générale que les comptes soient réglés, que les liens de dépendance naissant des situations respectives de créancier et de débiteur ne se perpétuent pas indéfiniment, que le créancier ne laisse point le débiteur s'endormir dans une trompeusc sécurité, que les tiers eux-mêmes ne soient pas induits en erreur par sa situation en apparence favorable, tandis qu'il porte partout avec lui une vieille dette dont il n'a pas assez d'énergie pour travailler à se libérer, parce qu'on ne la lui rappelle pas. Et cet intérêt existe là où le débiteur se transporte ultérieurement, et où il vient à être assigné, parce qu'il y sera plus facilement encore induit en erreur sur sa propre situation, et que lui-même se figurera plus aisément encore échapper à l'action de son créancier.

1487. — L'art. 2262 ne concerne pas seulement la prescription libératoire. mais aussi la prescription acquisitive, puisqu'il y est question de la prescription des actions réelles. Il y a lieu, sans nul doute, d'appliquer la loi du pays de la situation. C'est surtout en cette matière qu'il semble révoltant d'admettre l'acquisition de la propriété par prescription, malgré la mauvaise foi du possesseur, et Laurent s'élève avec énergie contre la doctrine du Code, à laquelle il préfère de beaucoup celle du droit canon. Celui qui possède de mauvaise foi peut posséder à l'insu du propriétaire, par suite d'une fraude. Mais la doctrine du Code, qui n'est pas douteuse, s'explique encore par l'intérêt des tiers. « Y aurait-il une société possible » dit Laurent lui-même, « si les droits pouvaient être exercés sans aucune limite de temps? Que l'on se

représente un instant l'état d'une société où l'on pourrait faire valoir des droits qui datent de dix mille ans! Ce serait une cause universelle de trouble et de perturbation dans l'état des fortunes; il n'y aurait pâs une personne, pas une famille qui serait à l'abri d'une action par laquelle sa position sociale serait remise en question. Une incertitude permanente et universelle aurait pour suite un trouble général et incessant; comment les individus et la société pourraient-ils subsister dans une pareille anarchie[1]? » Ces observations sont justes, bien qu'elles ne mettent peut-être pas assez en évidence l'intérêt des tiers, qui exige plus impérieusement encore la prescription acquisitive que la prescription extinctive. Au surplus, l'orateur du gouvernement disait expresssément dans l'exposé des motifs que « de toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social ». Et, prévoyant qu'elle pourrait blesser l'équité, il répondait : « La justice générale est rendue, et dès lors, les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social[2]. »

1488. — L'art. 2263 ne règle pas directement la prescription de trente ans. Il en est plutôt une conséquence, en tant qu'il a pour but de remédier aux dangers qui en résultent, s'agissant d'une rente dont on suppose que les arrérages sont régulièrement payés, de sorte que le crédit rentier n'a pas l'occasion de faire des actes de poursuites. Comme les quittances sont entre les mains des débiteurs, le crédit rentier n'a pas même le moyen de prouver les paiements périodiques d'arrérages. Il faut cependant qu'il ait le moyen d'empêcher la prescription. Voilà pourquoi, après 28 ans, il a la faculté de se faire délivrer un titre nouvel. Il ne s'agit donc ici que de la prescription extinctive. La loi, en vertu de laquelle elle pourrait être invoquée, peut aussi être invoquée évidemment pour contraindre le débit rentier à fournir le titre nouvel. Pour la détermination de cette loi, nous

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXXII, nº 6.
(2) Locré. T. VIII, pp. 344 et 345.

nous référons à ce que nous avons dit précédemment.

1489. — L'art. 2264 limite la portée des articles du titre XX relatifs à la prescription, en disposant que « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». Il existe dans notre Code nombre de dispositions établissant des prescriptions particulières, ou de simples déchéances analogues à la prescription. Nous les rappellerons brièvement. L'art. 183 déclare que l'action en nullité de mariage (pour défaut de consentement) ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents, dont le consentement était requis, lorsqu'il s'est écoulé une année depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage, ni par l'époux lorsqu'il s'est écoulé une année, sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage; et l'art. 185 établit une prescription analogue s'agissant de la nullité du mariage pour défaut d'âge de l'un des époux. C'est manifestement la loi nationale qui prédomine ici : il ne s'agit pas d'ordre public absolu ni territorial, mais de l'ordre des familles et des rapports de famille. Même remarque quant à la prescription ou à la déchéance de l'action en désaveu (art. 316 et ss.), quant à l'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état à l'égard de l'enfant (art. 328), quant à la déchéance de cette action (art. 330), quant à l'action en reddition du compte de tutelle (art. 475). Mais on doit considérer comme relevant exclusivement de la *lex situs*, la prescription de l'action en réclamation d'un terrain enlevé par la force subite d'un fleuve ou d'une rivière (art. 559), l'extinction de l'usufruit immobilier par le non-usage pendant 30 ans (art. 617), la prescription du droit à une source (art. 642), les règles relatives à la prescription acquisitive ou extinctive de servitudes réelles (art. 690 et ss.; 706 et ss.). La prescription de la faculté d'accepter ou de répudier une succession (art. 739) nous paraît soumise à la loi qui régit la succession Au moins cette loi marque-t-elle

sa durée extrême. Mais peut-être faudrait-il s'incliner devant la *lex situs* si elle lui assignait une durée plus courte. Nous pensons qu'il n'en est pas tout-à-fait de même du droit des recours des créanciers non compris dans les répartitions faites par l'héritier bénéficiaire. La prescription de trois ans établie par la loi belge contre ces créanciers, qui sont des tiers, ne peut, à notre avis, prévaloir contre les dispositions de la *lex fori*. Il ne s'agit pas ici de la volonté présumée des parties, ni d'une convention, mais d'une disposition arbitraire de la loi qui resserre le droit de ces tiers dans un certain délai. L'art. 886 qui ne permet au copartageant d'exercer l'action en garantie de la solvabilité, que dans les cinq ans qui suivent le partage, dépend de la loi qui régit le partage. Il nous est bien difficile d'y voir une disposition d'ordre public, et nous ne pensons pas qu'il soit interdit de prolonger d'avance conventionnellement la durée de la garantie pendant plus longtemps, pourvu que l'on ne dépasse pas le terme extrême de toute prescription libératoire, c'est-à-dire de trente ans. Nous avons examiné plus haut quelle est la loi qui régit le partage.

1490. — L'art. 957 ne permet d'intenter l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude que dans le délai d'un an, à partir de l'époque qu'il détermine, tandis que l'art. 966 ne permet au donataire, à ses héritiers, ayants-cause ou autres détenteurs, d'opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfants, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant, même posthume. En ce qui concerne la première de ces dispositions, il y a lieu, au moins en théorie, d'appliquer la loi nationale du donateur en tant qu'elle permet d'accueillir cette prescription, et il en est de même de la seconde. Mais supposons que la loi du lieu de la situation des immeubles donnés admette une prescription plus courte, exclue par la loi nationale du donateur, ce qui est très vraisem-

blable, s'agissant de la prescription établie par l'art. 966, et serait en outre très rationnel surtout pour les tiers détenteurs, il faudrait appliquer sans hésiter la *lex rei situs*. La prescription acquisitive régie par la loi territoriale se heurte alors contre les lois auxquelles les parties sont soumises ou se sont soumises personnellement, et, dans ce conflit, c'est la première qui doit nécessairement l'emporter dans le pays de la situation. Notons que la loi nationale pourra se heurter, en outre, contre la maxime *en fait de meubles posssesion vaut titre*, dès qu'il s'agit de tiers possesseurs.

La prescription des actions en nullité ou en rescision donne lieu à des difficultés particulières que nous avons examinées plus haut. Nous rappelons seulement que la question de la durée de la prescription, de son point de départ, du calcul ne doit nullement se résoudre dans ce cas au moyen du principe de la soumission volontaire des parties à telle ou telle loi. Il faut examiner à quelle loi les parties sont logiquement et naturellement soumises. Ce n'est pas en vertu de leur volonté commune et préexistante lors du contrat, que ces causes de nullité ou de rescision opèrent. C'est par suite de l'incapacité de l'une d'elles, ou de certaines causes qui vicient son consentement. Il n'y a donc rien qui dépende ici de leur libre volonté, de leur autonomie. Nous pensons l'avoir suffisamment démontré.

1491. — L'art. 1622 renferme dans le délai d'un an l'action en supplément de prix du vendeur, pour excédant de mesure, et l'action en résiliation de la vente ou en supplément de prix pour défaut de contenance. L'art. 1648 prescrit l'intentement de l'action pour vices rédhibitoires, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente se fait. L'art. 1660 établit aussi une espèce de prescription, en interdisant de stipuler la faculté de rachat pour un terme dépassant cinq années. Par quelle loi ces diverses prescriptions sont-elles régies? Il convient de les examiner séparément. Celles de l'art. 1622 paraissent, au premier abord, dépendre

de la volonté initiale des parties, et les dispositions qui les établissent semblent rentrer dans le domaine du droit supplétif. Quel intérêt peut-il y avoir, au point de vue du régime de la propriété ou de l'ordre public, à ce que l'action en supplément de prix, par exemple, soit intentée dans le délai si court d'un an? Toutefois, les auteurs sont généralement d'avis que les parties intéressées ne peuvent pas étendre ce délai, et telle est l'opinion de Laurent qui ne signale qu'un seul auteur, Zachariae, comme ayant émis une opinion contraire. Le dissentiment d'un jurisconsulte de cette valeur n'est toutefois pas sans importance. Ajoutons que le motif invoqué par Laurent n'est pas concluant. Il se fonde sur ce que toute prescription est d'ordre public, et sur ce qu'il n'appartient pas aux particuliers d'en modifier les conditions, en alléguant qu'aux termes de l'art. 2220, on ne peut renoncer d'avance à la prescription. Laurent perd de vue l'art. 2264, lequel déclare que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le titre XX sont expliquées dans les titres qui leur sont propres, d'où suit que l'art. 2220 ne s'applique pas nécessairement à la prescription de l'art. 1622 (1).

On admet, du reste, en général, que la prescription dont il s'agit court contre les mineurs et les interdits, bien que cela soit contraire à l'art. 2252 du Code civil. On ne peut donc invoquer ici les principes généraux sur la prescription, et il faut examiner sur quels motifs repose la prescription spéciale de l'art. 1622. Portalis la justifiait dans les termes suivants : « Il y a incertitude sur la propriété quand, à raison de l'excédent de la contenance, l'acheteur a le droit de demander la résolution de la vente; il y a incertitude sur les obligations des parties, lorsqu'il y a lieu à une augmentation ou à une diminution de prix (2). » Bons ou mauvais, ces motifs ne

(1) Nous n'avons fait, en nous occupant de la vente (p. 196), que quelques observations générales sur les art. 1614 à 1624. Nous examinons ici la question de plus près, en ce qui concerne la prescription de l'art. 1622.

(2) Locré. T. VII, p. 74.

sont pas étrangers à l'ordre public. S'agissant d'immeubles et de l'action *en résolution*, ils imposent l'application de la *lex rei situs*. L'incertitude sur la propriété, surtout lorsqu'il s'agit de la propriété immobilière, est un mal au point de vue économique. Mais il n'en est peut-être pas de même en ce qui concerne l'action en supplément ou en réduction de prix. L'incertitude sur les obligations des parties constitue un inconvénient sérieux pour elles ; mais l'intérêt public, l'intérêt économique n'est pas engagé dans la question, au moins d'une manière immédiate et directe. Aussi ne comprendrions-nous pas qu'il fût interdit de prolonger le délai par convention expresse. Cette partie de la disposition de l'art. 1622 nous semble plutôt appartenir au droit supplétif, malgré la raison assez vague qu'en a donnée Portalis, et qui serait susceptible d'une extension indéfinie à une foule de matières. Comme beaucoup de conventions de droit supplétif, elle ne repose pas précisément sur ce que les parties sont censées avoir voulu, mais sur ce qu'elles auraient voulu, dans l'opinion du législateur, si elles avaient prévu la difficulté, si elles avaient songé à la possibilité d'une action en supplément ou en réduction de prix pour excédant ou défaut de contenance. Il s'agit en somme d'une espèce de présomption légale dont il faut déterminer la portée rationelle et logique, bien qu'elle n'enchaîne pas d'une maniére absolue la liberté des parties. Mais cette espèce de présomption légale les couvre et les protège contre une action tardive, et il nous paraît bien difficile d'admettre qu'elle puisse cesser d'avoir effet par l'effet de la volonté tacite des parties uniquement déduite des circonstances. Il faut plutôt examiner, nous semble-t-il, pour qui cette présomption est écrite, en faveur de qui, et surtout *contre* quelles personnes elle a été introduite par le législateur, à quelles conventions elle peut s'appliquer rationnellement. La situation des biens est indifférente. Si les deux parties sont soumises par leur nationalité à une loi qui établit cette prescription, elle recevra application. Si l'une d'elles seulement est assujettie à cette loi, le lieu de

leur domicile, celui de leur résidence, et celui du contrat joueront un rôle important, s'agissant de rechercher leur volonté commune.

1492. — En est-il de même pour l'action en rédhibition du chef de certains vices? Il y a déjà un motif grave d'en douter dans le fait que l'art. 1648 du Code civil, tout en disposant que l'action doit être intentée à bref délai, s'en réfère à l'usage du lieu où la vente a été faite. Cet usage semble jouer ici le rôle de convention tacite. Il est vrai que des lois particulières fixent des délais d'une manière précise, lorsqu'il s'agit de ventes ou échanges d'animaux domestiques. Mais ces délais ne peuvent avoir une autre nature, une autre raison d'être que ceux dont il est question dans l'art. 1648. Des dispositions de ce genre sont donc basées sur une présomption de la volonté des parties, et appartiennent, ce nous semble, au droit supplétif. L'on admet généralement en France et en Belgique qu'il faut appliquer en cette matière la loi du lieu du contrat, et on l'applique en se fondant sur l'intention commune des parties, d'où il résulte que, dans l'opinion générale, cette matière rentre bien dans l'autonomie des parties contractantes. C'est en vertu de l'intention commune des parties que cette loi est donc appliquée. M. Laurent est peut-être le seul auteur qui, même en matière de vices rédhibitoires, applique à la prescription la *lex fori* (1). Un savant magistrat de la Cour de Gand applique au contraire la *lex loci contractus* (2), en se fondant non-seulement sur la doctrine généralement admise, relativement à la loi qui doit régir les effets du contrat, mais sur l'art. 1648 qui s'en réfère aux usages du lieu où la vente a été faite. Ce dernier argument ne nous paraît pas absolument concluant. Le législateur a sans doute eu en vue les différents usages locaux qui peuvent exister dans un même pays, et non de résoudre une question de droit international privé.

(1) *Droit civil int.*, T. VIII, p. 224, nº 154.
(2) Van Alleynes. *Vices rédhibitoires*, pp. 104 et ss. — Arrêt Liége, 5 mai 1871. Pas. 1871, 2, 141.

L'art. 1648 est du reste sans application, lorsque la loi fixe elle-même les délais.

Pour ce qui nous concerne, nous avons reconnu l'importance du lieu du contrat au point de vue de la détermination de l'intention des parties. Mais nous ne pensons pas que cette loi doive l'emporter d'une manière absolue sur la loi du domicile commun, ou même sur la loi nationale commune. La question doit être décidée d'après les circonstances, et en principe nous donnerions la préférence à ces dernières lois. Mais lorsqu'il s'agit de ventes ou échanges d'animaux domestiques, et lorsque ces actes juridiques ont été effectués dans des foires ou marchés, avec une rapidité qui exclut généralement la possibilité de se renseigner avec certitude sur la nationalité ou le domicile de la personne avec laquelle on traite, il est tout simple de supposer que les parties s'en sont référées à la loi du lieu du contrat. De même, si l'on achète des chevaux, non pas en foire, mais à un marchand de chevaux établi à demeure dans telle localité, il est très naturel d'admettre que, quel que soit le lieu du contrat, on s'en réfère à la loi du domicile du vendeur, laquelle sera d'ailleurs très souvent en même temps la *lex loci contractus*. Nous disons *très souvent* ; mais il n'en sera pas toujours ainsi, par exemple si le contrat n'a été définitivement conclu que par correspondance.

1493. — L'art. 1660, excluant la faculté de stipuler le droit de rachat pour un terme excédant cinq années, vise sans doute principalement les ventes immobilières. Et, s'agissant d'immeubles situés en Belgique, cet article entraîne la réduction au terme dont il s'agit, de tous pactes de réméré qui y sont relatifs. L'effet prohibitif de cet article est donc absolu. Mais en est-il de même de son effet permissif ? Les auteurs n'examinent généralement pas la question à ce point de vue ; elle est cependant intéressante, mais ne nous paraît pas susceptible d'une solution uniforme et constante. Certes, la *lex situs* ne fait aucun obstacle à ce que la stipulation de réméré soit restreinte dans des limites de durée plus étroites encore ;

car l'intérêt économique du pays de la situation n'en souffrira pas, au contraire. Or, l'intérêt économique est la seule base de cette prohibition dans notre droit : « Le bien public » dit Portalis, « ne comporte pas que l'on prolonge trop longtemps une incertitude *qui ne peut que nuire à la culture et au commerce*[1]. » Mais une loi étrangère qui ne permettrait pas de stipuler la faculté de rachat pour un terme excédant de trois ans, ne reposerait probablement que sur des motifs d'ordre économique, et ne recevrait dès lors pas application en ce qui concerne des biens situés dans notre pays, à moins qu'il ne résulte des circonstances que les parties s'y sont soumises. S'il en était autrement, si, par des motifs d'une nature personelle et morale, une loi étrangère interdisait de pareilles stipulations à ses nationaux ou sur son sol, cette loi devrait, croyons-nous, être respectée dans les autres pays.

1494. — Nous avons examiné quelques-unes des prescriptions relatives à d'autres objets que ceux mentionnés dans le titre XX. Nous sommes loin d'avoir épuisé la matière. Nous avons passé sous silence certaines prescriptions du droit civil sur lesquelles nous croyons avoir donné suffisamment d'explications dans d'autres parties du présent ouvrage. Et nous avons également négligé ici les prescriptions du droit commercial, et celles établies par certaines lois particulières. On pourra résoudre les difficultés qui peuvent s'élever au sujet de ces diverses prescriptions d'après les distinctions que nous avons établies, en examinant avec soin les motifs sur lesquels elles reposent. Il serait certainement excessif d'affirmer, comme le fait Laurent, que toute prescription soit d'ordre public et d'appliquer toujours la *lex fori*. Il n'est pas moins erroné de soutenir que, quand une loi établit une prescription d'ordre public, elle exclut l'application de toute loi étrangère établissant, par exemple, un terme de prescription plus court, et que

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XXIV, p. 372.

les délais de prescription sont uniquement régis dans ce cas par la loi du lieu de la situation ou par la *lex fori*.

1495. — Nous croyons cependant devoir dire encore un mot de certaines prescriptions sur lesquelles les traités de droit international privé sont muets, ou peu s'en faut. Une loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat établit de courtes prescriptions en ce qui concerne certaines créances à charge de l'Etat. Il y a également de courtes prescriptions en matière fiscale. Que ces lois doivent être appliquées en Belgique, quels que soient le domicile et la nationalité des intéressés, cela n'est pas douteux. Il y a un intérêt public en cause. Mais nous pensons qu'il en devrait être de même en pays étranger, en supposant que des actions y pussent être reçues contre l'Etat belge. En établissant d'avance les conditions dans lesquelles il peut être obligé vis-à-vis des particuliers, l'Etat agit certainement dans les limites de sa compétence législative. La *lex fori* pourrait cependant fixer des délais plus courts. — Des questions plus délicates s'élèvent au sujet de la prescription de l'action civile naissant d'une infraction. Il s'agit bien d'une prescription reposant essentiellement sur des motifs d'ordre social, bien que ces motifs soient fort discutables. A notre avis, nos tribunaux devront écarter l'action civile comme prescrite par les délais que fixe notre loi de 1878, non-seulement chaque fois qu'il s'agira d'une infraction commise en Belgique, mais aussi, lorsque, s'agissant d'un crime ou délit commis hors du territoire, ce crime ou ce délit aurait pu donner naissance à l'action publique en Belgique. C'est à l'extinction de l'action publique en Belgique par la prescription que la loi attache, comme conséquence nécessaire, l'extinction de l'action civile. Mais quel serait l'effet de ces dispositions en pays étranger? Le juge étranger ne devrait, à notre avis, y avoir aucun égard. Il admettrait l'action, pour peu qu'il fût compétent, sans se laisser arrêter par cette prescription, commandée uniquement par des nécessités d'ordre

public local non reconnues dans le pays où il exerce ses fonctions.

1496. — Le Code traite dans les art. 2265 à 2270 de la prescription de dix et vingt ans. Les art. 2265 à 2269 concernent la prescription acquisitive en matière immobilière. La loi de la situation est seule applicable en pareille matière. Mais l'art. 2270 concerne une prescription d'une nature toute différente. Il établit la règle qu'après dix ans l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. Que l'on considère ce terme assigné à l'obligation de garantie de l'architecte et de l'entrepreneur comme une véritable prescription, ou comme un *Endtermin* de cette obligation, ainsi que la qualifie M. de Bar, il faudra toujours examiner quelle est la loi qui la régit. Prescription ou non, elle ne saurait, nous semble-t-il, être envisagée comme une disposition d'ordre public. Rien n'empêcherait les parties de stipuler une garantie plus longue ou plus courte. Cette disposition, qui reproduit l'art. 1792 du Code civil, paraît avoir été placée par une espèce d'inadvertance dans une section où il n'est question que de la prescription acquisitive, et nous coyons pouvoir renvoyer à ce que nous avons dit au sujet de l'art. 1792.

1497. — Les art. 2271 à 2280 (section IV) traitent de *quelques prescriptions particulières*. Ces prescriptions sont de natures diverses, comme nous l'avons dit dans la première partie de notre ouvrage. Celles qui s'opèrent par six mois, par un an et par deux ans (art. 2271 à 2275) reposent essentiellement sur une présomption de paiement. Et cette présomption est basée elle-même, en ce qui concerne les maîtres et instituteurs, les hôteliers et traiteurs, les ouvriers et gens de travail, les médecins chirurgiens et apothicaires, les marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands, les maîtres de pension et les autres maîtres, les domestiques « sur le besoin que les créanciers de cette classe ont d'être promptement payés, l'habitude dans laquelle on

est d'acquitter ces dettes sans un long retard, et même sans en exiger de quittance, et enfin sur les exemples trop souvent répétés de débiteurs et surtout de leurs héritiers contraints à payer plusieurs fois (1) ». Dumoulin disait que ces prescriptions étaient établies en faveur des débiteurs qui ont payé sans quittance ni témoins, comme cela arrive souvent, et principalement de leurs héritiers : « *in favorem debitorum qui sine instrumento et testibus, ut fit, solverunt, et praecipuè heredum eorum* (2) ». Cela est vrai, en ce sens qu'elles couvrent le débiteur et ses héritiers ; mais, si elles doivent les couvrir, c'est précisément à cause des usages en question, usages qui constituent par conséquent le fondement rationnel de ces prescriptions. En ce qui concerne les officiers ministériels, notamment les avoués et les huissiers, les usages prémentionnés avaient un fondement légal, notamment l'obligation qui leur est imposée de réclamer le paiement de ce qui leur était dû dans un délai déterminé. — Ces courtes prescriptions n'en sont pas moins d'ordre public dans une certaine mesure, puisque le débiteur, d'après l'opinion générale, et aux termes de l'art. 2220, n'y peut point renoncer d'avance. Mais il n'en résulte pas qu'elles soient régies exclusivement par la *lex fori*, ni qu'elles se rattachent à la procédure. Elles touchent au droit matériel, et nous nous sommes expliqué d'une manière très générale dans la première partie du présent ouvrage (Tome I, n° 341 et ss.) sur la question de savoir quelle est la loi applicable en pareille matière. Nous avons dit que c'est la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté des parties contractantes ; mais nous avons ajouté que cette loi elle-même est, dans des cas fréquents, la loi du lieu du contrat, et, dans les cas où il s'agit de ventes par un commerçant à un non-commerçant, la loi du lieu où le premier exerce son commerce, loi qui se confondra le plus souvent avec celle du lieu où le contrat se forme.

(1) *Exposé des motifs* de Bigot de Préamenen, n° 51.
(2) Dumoulin. *Tractatus de usuris, Quaest.* 22.

1498.— Nous ne pouvons donc pas admettre que, lorsqu'il s'agit de ces courtes prescriptions, fondées sur une présomption de paiement, il faille appliquer la loi du domicile du débiteur. La présomption elle-même repose, comme nous l'avons dit, sur des usages. Sur lesquels? Est-ce sur l'habitude où l'on est de payer certaines dettes très promptement, ou sur celle que l'on peut avoir d'en réclamer le paiement à bref délai? Si c'est sur la première, il n'est pas irrationnel d'appliquer la loi du domicile du débiteur; si c'est sur la seconde, il est plus logique d'appliquer la loi du pays où le créancier est domicilié, ou plutôt celle du pays où il exerce sa profession. Mais, tout bien considéré, ces deux usages se tiennent et l'habitude de payer promptement n'est que le résultat de l'usage où l'on est de réclamer promptement le paiement. A ce point de vue déja, il est rationnel de s'attacher aux usages en vigueur là où le médecin, le commerçant, etc., exerce sa profession. Ajoutons que les usages suivis par ces derniers ont quelque chose de plus constant, de plus fixe : ils sont pour ainsi dire la règle de leur profession. On ne peut pas exiger d'eux qu'ils modifient leur manière d'agir suivant la nationalité, suivant le domicile des personnes qui s'adressent à eux. Non-seulement ils pourront ignorer leur domicile et leur nationalité, mais ils ignoreront dans tous les cas les usages en vigueur en pays étranger. Enfin, s'il est vrai que les courtes prescriptions établies en pareille matière ne sont pas sans rapport avec l'intérêt général, avec l'ordre public, il paraît rationnel encore que les médecins, pharmaciens, etc., soient soumis à cet égard à la loi du pays où ils exercent leur profession. C'est une loi qui régit, pour ainsi dire, la profession elle-même.

On objecterait vainement, pour revendiquer l'application de la loi du domicile du débiteur en pareille matière, comme l'a fait la Cour de Cassation de France : que le débiteur, poursuivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette loi qui peuvent

le protéger contre l'action dont il est l'objet. Il y a, ce nous semble, dans cette affirmation une véritable confusion d'idées. Tout d'abord la loi de son pays ne se confond pas nécessairement avec la loi de son domicile. Ensuite, peut-on dire que le débiteur est poursuivi en vertu de sa loi nationale, ou de la loi de son domicile, lorsqu'il est assigné dans un pays quelconque, en vertu d'obligations contractées vis-à-vis d'un médecin, d'un chirurgien, d'un maître de pension, d'un commerçant, exerçant leur profession sous l'égide d'une législation étrangère, obligations qui seront presque toujours contractées en pays étranger et devront y être exécutées? Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'en pratique, si un marchand établi en Belgique vend à un particulier non marchand, ce dernier fût-il de nationalité étrangère et domicilié en pays étranger, on se préoccupera fort peu de la nationalité et du domicile étranger. On n'hésitera guères, croyons-nous, à appliquer la loi du lieu d'établissement du commerçant, qui doit naturellement être présumé se conformer aux usages du pays où il fait son commerce. N'est-ce pas cette loi qui régira les effets du contrat en général, en tant qu'ils dépendent de la volonté des parties? Il en est de même en ce qui concerne l'action du médecin, du chirurgien, du maître de pension, etc. En fait, cette loi se confondra quelquefois avec celle du domicile du débiteur. Mais, lorsqu'il en sera ainsi, ce ne sera pas comme telle que la loi du domicile du débiteur devra recevoir application, ce sera comme loi du lieu où celui qui a fait les prestations a son établissement. Inutile d'examiner, dès lors, s'il faut avoir égard à la loi du pays où le débiteur est domicilié lors du contrat, ou à celle du pays où il a transféré son domicile, lorsque le paiement est réclamé.

1499.—La doctrine de Brocher paraît bien vacillante, on pourrait presque dire contradictoire sur ce point. Il nous paraît tout d'abord généraliser à l'excès, en prétendant établir une règle applicable à toutes les prescriptions libératoires. La prescription de trente ans, ne reposant

ni sur une présomption de paiement, ni sur des usages locaux constituant eux-mêmes le fondement de cette présomption, est régie par des principes différents, que nous avons exposés plus haut. —Brocher commence par approuver la doctrine de la Cour de Cassation de France, qui attribue prédominance à la loi du domicile du débiteur. Puis il ajoute : « Nous considérons comme compétente en cette matière la loi du lieu *où il fallait intenter l'action* de la prescription de laquelle il s'agit », en se bornant à faire observer que ce principe conduit *généralement* à s'arrêter à la loi du domicile du débiteur. Or, ceci n'est plus du tout conforme à la doctrine de la Cour de Cassation. Il conclut de là que la loi du domicile du débiteur cesse d'être compétente dans les cas où, par suite des circonstances, l'action devait être intentée devant un juge autre que celui du domicile du débiteur, et cette conclusion, qui semble conduire à l'application de la *lex fori*, est logique. Mais il observe ensuite que ce ne serait là qu'une solution exceptionnelle, « et qu'il ne faudrait l'admettre qu'en vue de motifs suffisants (ce qui est assez vague), et que, par exemple, le lieu désigné comme celui de l'exécution de l'engagement contracté a dû être généralement substitué à celui du domicile du débiteur, que c'est au for judiciaire de ce dernier qu'il faut principalement s'arrêter ». Cela paraît en contradiction avec ce qu'il a dit plus haut. Sa pensée est vraisemblablement qu'une stipulation de ce genre n'empêche pas le créancier d'assigner à son choix devant le tribunal du lieu fixé pour l'exécution, ou devant le tribunal du domicile du débiteur, et qu'alors il faut s'arrêter à la loi du domicile. Mais cette opinion nous paraît erronée[1].

1500.—En ce qui concerne toutefois les courtes prescriptions, dont nous nous occupons spécialement ici, Brocher abandonne le principe de l'application de la loi du lieu où l'action devait être intentée, et celui de la loi du domicile

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 408.

du débiteur. Il applique la loi du lieu où est intervenue la livraison, faisant observer, qu'il y a là, semble-t-il, une mesure de police et de sûreté rentrant sous l'application du § 1er de l'art. 3 du Code civil (1). C'est étendre singulièrement la notion des lois de police et de sûreté. Au surplus, s'il s'agissait d'une loi de police et de sûreté, on serait conduit à appliquer plutôt la loi du for. — Nous ne pouvons admettre l'opinion du savant jurisconsulte genevois, bien qu'en pratique elle doive produire assez fréquemment les mêmes résultats que la nôtre, le lieu du contrat, et celui de la prestation se confondant presque toujours avec celui où le médecin, le chirurgien, le maître de pension, etc..., sera établi. La raison semble dicter en pareille matière, lorsqu'il s'agit de professions réglementées dans une certaine mesure, et de rapports professionnels avec le public, l'application de la loi qui a compétence pour réglementer la profession, c'est-à-dire celle du lieu où elle s'exerce. A la vérité, la loi, qui établit les courtes prescriptions que nous avons en vue, ne fait pas une obligation absolue aux personnes, dont elle s'occupe, de réclamer le paiement de leurs créances à bref délai. A la vérité, sa base est dans l'usage où l'on est de les réclamer et d'y satisfaire promptement. Mais elle confirme et sanctionne cet usage, en en faisant la base de la prescription. Il puise dans cette loi une nouvelle puissance, et s'enracine plus profondément. La présomption de paiement devient pour ainsi dire une présomption légale. Or, pour qui cette présomption est-elle implicitement écrite dans la loi belge et dans la loi française, sinon pour les personnes qui exercent leur profession sous l'empire de cette loi? Nous ne sommes pas touché de cette observation qu'il s'agit d'une loi de protection pour le débiteur. Il s'agit de savoir dans quelle mesure nous avons compétence pour protéger le débiteur belge, qui conclut un contrat logiquement régi par une loi étrangère. Cette tendance à une protection excessive du national en pays étranger, même dans ses

(1) Brocher. Eod., p. 420.

intérêts pécuniaires, et alors qu'il s'agit d'un contrat rationnellement soumis à la loi étrangère, est dangereuse, et l'une des sources les plus fécondes de décisions contradictoires.

Ce que nous disons des médecins, des chirurgiens, etc., s'appliquera à fortiori en ce qui concerne la prescription de l'action des avoués, et des huissiers belges contre leurs clients, même étrangers et domiciliés en pays étrangers, bien qu'il ne soit pas impossible que, si la *lex fori* établit, par des motifs d'ordre public absolu, une prescription plus courte encore, celle-ci prévaille devant les tribunaux étrangers.

L'art. 2276 déclare prescrites par cinq ans les actions en restitution de pièces contre les juges et avoués, et par deux ans celles dirigées contre les huissiers. Ici pas de faculté pour les parties de déférer le serment. Que cette disposition soit d'ordre public, cela n'est guères douteux; mais il n'en résulte pas qu'elle régira les réclamations des Belges contre des juges, avoués ou huissiers étrangers. Il faut donner à cette disposition d'ordre public sa portée normale, rationnelle. La loi qui régit la fonction, celle en vertu de laquelle elle est attribuée, a naturellement compétence pour limiter les obligations qui en dérivent. On appliquera donc la loi du pays où la fonction est exercée. C'est l'opinion de Brocher, et elle nous paraît devoir être approuvée.

1501. — L'art. 2277 concerne la prescription des arrérages de rentes perpétuelles et viagères, des pensions alimentaires, des loyers et fermages, des intérêts des sommes prêtées et, en général, de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts. Elle s'opère par cinq ans, et l'on est d'accord pour admettre que le serment ne peut pas être déféré au débiteur sur le point de savoir s'il a réellement payé. Voilà certainement une prescription d'ordre public. Elle n'est pas seulement fondée sur une présomption de paiement, mais principalement sur la crainte que le débiteur ne puisse être ruiné par l'accumulation des intérêts, des arrérages ou des

redevances périodiques. Cette considération était déjà marquée dans une ordonnance de Louis XII, datant de 1510, et elle est expressément mentionnée dans l'exposé des motifs de Bigot de Préameneu. Il suit de là que, bien qu'elle soit sans nul doute d'ordre public, elle ne repose pas sur les mêmes motifs que la prescription libératoire trentenaire. Elle n'a pas pour but de prévenir ou d'éteindre les procès, de fixer, dans l'intérêt général, la situation respective des parties au bout d'un nombre d'années considérable écoulées sans réclamation. Elle a pour but d'éviter l'appauvrissement et la ruine des débiteurs, par suite de la négligence des créanciers. C'est une loi qui se propose sans doute l'ordre public comme objet final, mais comme objet immédiat et direct la protection des débiteurs. Nous avons dit cependant que cette loi, reposant sur des motifs d'humanité, les étrangers, s'agissant même d'un contrat passé en pays étranger, pouvaient opposer de pareilles prescriptions devant nos tribunaux, comme les nationaux. Mais il n'en résulte pas qu'elles ne puissent être basées que sur la *lex fori*. Il nous paraît qu'on peut s'en prévaloir également en vertu de nos lois, même devant les tribunaux étrangers, lorsque la convention est régie par nos lois. Tel serait le cas, par exemple, si les deux parties étaient de nationalité belge, s'agissant d'une disposition qui touche à l'ordre public; et il en serait de même, à notre avis, si le contrat avait été fait en Belgique entre deux personnes de nationalités diverses. Nous irions même plus loin. En tant qu'il s'agit de loyers et fermages, la loi qui établit la prescription de cinq ans semble fondée non-seulement sur des considérations d'ordre public, mais sur un intérêt économique; et, du reste, la convention de bail d'immeubles se localise pour ainsi dire là où les immeubles sont situés. Nous pensons donc qu'en cette matière l'exception de prescription pourrait être basée également sur la législation en vigueur au lieu de la situation, ne fût-ce qu'à raison de l'intention probable des parties. Mais cette dernière question est plus délicate.

1502. — Les courtes prescriptions courent, aux termes de l'art. 2278, même contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs. L'application de cette disposition dépend évidemment de la loi qui régit la prescription, et non pas de la loi nationale des incapables. C'est dans un intérêt général qu'elle refuse d'admettre ici les effets ordinaires de l'incapacité, lors même qu'il s'agirait d'un national, à fortiori s'il s'agit d'un étranger. Quant au recours, il est régi par la loi nationale de l'incapable qui règle ses rapports avec son tuteur.

1503. — Mais la disposition de l'art. 2279, aux termes de laquelle « en fait de meubles possession vaut titre », et les modifications que subit son application d'après l'alinéa 2 du même article et d'après l'art. 2288, donnent lieu à quelque difficulté. S'agit-il ici d'une véritable prescription? Non, au point de vue des principes, et nous sommes parfaitement de l'avis de Laurent à cet égard, comme nous l'avons dit ailleurs. Toutefois, il semble bien que le législateur ait considéré cette disposition comme telle puisqu'il la fait figurer sous l'intitulé de la sect. IV : *De quelques prescriptions particulières*. Au surplus, la question ne nous paraît pas avoir une très grande importance. Quelque opinion que l'on adopte, la maxime *en fait de meubles possession vaut titre* nous paraît fondée sur l'intérêt économique de la sûreté des transactions en matière mobilière, et nous croyons, avec presque tous les auteurs et avec la jurisprudence, qu'il y a lieu d'appliquer la loi du lieu de la situation au moment où l'action en revendication est intentée, et où la question de propriété se pose. Cela est vrai au moins en ce sens, qu'il suffit que la propriété soit acquise d'après cette loi. Peu importe que la prise de possession se soit produite en pays étranger, que le possesseur soit étranger ou domicilié en pays étranger. MM. Vincent et Pénaud mentionnent à cet égard de nombreuses autorités, et c'est avec raison qu'ils citent entre autres : Fœlix, Weiss, Despagnet, Massé, Aubry et Rau, Durand, Laurent et Fiore[1]. Mais MM. Asser et Rivier ne parais-

(1) V° *Propriété* n^os 18 et ss. — Fœlix. T. I, p. 134. — Weiss. pp. 767 et

sent pas être d'une opinion aussi absolue, pas plus que Brocher, du reste, bien que le dictionnaire de Vincent et Pénaud leur attribue la même doctrine. Brocher ne s'occupe guères de la question à la page 117 n° 46 du T. I de son ouvrage. Mais il la discute assez longuement au T. II, pp. 386 et ss. Il interprête la règle de l'art. 2279 comme si elle signifiait : « Celui qui acquiert un meuble corporel d'une personne en ayant la possession, doit être considéré comme l'acquérant du véritable propriétaire. » Et il en conclut qu'il faut appliquer la loi de la situation au moment de l'acquisition. Or, l'art. 2279 ne dit pas cela. Il déclare simplement que possession *vaut* titre, rien de plus. MM. Asser et Rivier semblent partager l'opinion de Brocher à cet égard. Pour décider si un meuble peut être revendiqué, il faudra, d'après eux, « suivre la loi sous l'empire de laquelle le défendeur a acquis le droit sur ce meuble, et ce sera régulièrement la loi du lieu où le meuble se trouvait lors de l'acquisition (V. p. 104) ». Ils ajoutent, il est vrai, qu'à l'égard de la prescription, il faudra, si le meuble a changé de place, appliquer la loi du lieu où il était au temps où la revendication a été intentée. Mais considèrent-ils la maxime *en fait de meubles possession vaut titre* comme une véritable prescription? Il ne s'expliquent pas à cet égard.

1504. — Nous estimons avec Fiore qu'une disposition de ce genre intéresse le régime de la propriété, comme toute question relative à l'acquisition d'une chose mobilière par prescription. Que ce soit ou non une véritable prescription, elle l'intéresse au même titre. Elle intéresse les tiers là où la chose se trouve. L'acquisition de la propriété doit être jugée selon la loi du lieu où la chose se trouve au dernier moment (1). En vertu de cette maxime qui est fort ancienne, le législateur assimile en fait cette

768. — Despagnet. pp. 597 et 598. — Massé. T. I, n° 551 et ss. — Aubry et Rau. T. I. p. 102. — Durand. p. 410. — Laurent. T. VII. n°s 178, 226, 240 et ss. — Fiore. p. 347. — Arrêt de Bruxelles du 4 août 1877. Pas. 77, II, 12.

(1) Fiore, trad. de Pradier Fodéré, p. 347.

acquisition, ou plutôt cette possession, à une prescription, et Dumoulin admettait déjà qu'il n'y a lieu de faire aucune espèce de distinction entre les meubles et les immeubles, en ce qui concerne la prescription acquisitive : « *Aut statutum disponit de prescriptione vel usucapione rerum corporalium, sive mobilium sive immobilium, et tunc inspicitur indistincte locus ubi res est.* (1) » Pasquale Fiore accorde cependant une certaine influence à la loi du pays où se trouvait le meuble antérieurement, lorsque la prescription est plus courte d'après celle du pays où il a été transporté depuis. Mais ce n'est là qu'une application internationale de la *lex rei sitae*, et nous partageons parfaitement son opinion qui est aussi celle de Durand (p. 411). Lorsque la propriété est ainsi attribuée, reconnue au possesseur par la *lex rei sitae*, le transport de la chose en pays étranger ne peut plus la lui enlever. Cette transmission s'est opérée par l'effet de la *lex rei sitae*, effet que les Etats sont tenus de respecter, lorsqu'il se produit en pays étranger, puisqu'ils s'en prévalent sur leur propre territoire, effet qui ne dépend pas de la volonté libre des individus, mais qui est fondé sur des considérations d'utilité sociale et économique.

1505. — La doctrine de Pasquale Fiore augmente cependant encore les difficultés qui peuvent naître du déplacement des choses mobilières, du caractère parfois très fugitif de leur situation. Leur acquisition par la prescription instantanée de l'art. 2279 peut, en effet, résulter d'une double loi, de celle de leur situation au moment de l'entrée en possession, et de celle de leur situation actuelle au moment où elles sont revendiquées. Une situation même momentanée pourra justifier, sans doute, l'application de cette dernière loi. Il s'agira simplement de savoir si, au moment de statuer sur la revendication, la chose revendiquée se trouve dans un pays où cette maxime est en vigueur, et, dans l'affirmative, la revendication sera repoussée dès qu'elle doit l'être d'après

(1) Dumoulin, sur la loi *Cunctos*, etc.

cette loi. Une pareille situation présente toujours une certaine continuité. Cette solution n'est pas douteuse lorsque le débat s'engage devant les tribunaux du pays de la situation, et nous croyons que le respect de la compétence internationale respective des divers Etats doit la faire prévaloir également devant les tribunaux de tout autre pays. Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir s'il en est de même, lorsque le possesseur base uniquement son exception sur la loi du lieu où la chose se trouvait au moment où il en a pris possession. La situation alléguée peut être, dans ce cas, essentiellement fugitive. Que l'on songe aux marchandises en cours d'expédition ! Le fait qu'elles se sont trouvées momentanément en transit, au moment de la prise en possession, dans un pays où cette maxime était en vigueur, pour être transportées immédiatement dans un autre pays où elle ne l'est pas, n'est pas suffisant, à notre avis, pour légitimer l'application de la règle. Il faut rechercher leur situation durable, leur situation définitive. Le pays dans lequel elles ne font que passer n'a aucun intérêt appréciable à régler souverainement les droits des tiers possesseurs sur ces choses. Cet intérêt n'existe que pour l'Etat dont le territoire est le lieu de leur situation définitive, et pour celui où elles se trouveraient au moment où un débat s'engage. La maxime de l'art. 2279, telle qu'elle est formulée par le Code, a pour but principal d'assurer la sécurité des transactions en matière mobilière, en garantissant le possesseur de bonne foi contre toute réclamation qui ne serait point basée sur la perte et le vol; et formulée, en outre, dans le délai de trois ans.

1506. — La question de savoir si les choses perdues ou volées peuvent être revendiquées, pendant combien de temps et sous quelles restrictions, nous paraît gouvernée d'une manière absolue par la loi du pays où elles se trouvent au moment de l'action (art. 2279, al. 2, et 2280, C. civ.). Les dispositions qui autorisent cette revendication et qui la limitent nous paraissent, du reste, essentiellement se rattacher à l'ordre public. On pourrait

peut-être hésiter, précisément par cette considération, entre la loi du lieu de la situation et la *lex fori*, si le procès était porté devant des tribunaux autres que ceux du *situs*. Mais il nous paraît que le législateur du pays de la situation a rationnellement plus de compétence pour déterminer les modes d'acquisition de la propriété, et nous croyons que notre solution est conforme à l'opinion généralement admise sur la portée territoriale de la maxime *en fait de meubles possession vaut titre*. Tout autre législateur manque, du reste, du pouvoir matériel de faire restituer la chose elle-même.

1507. — Nous n'avons qu'un mot à dire, pour terminer, sur la disposition de l'art. 2281. Cet article règle la portée des dispositions du Code relatives à la prescription, dans l'ordre du temps. Il en résulte à l'évidence, bien que le législateur ne le dise pas en termes exprès, que les prescriptions achevées sous l'empire de la loi ancienne resteront telles, quelles que soient les règles établies par la loi nouvelle. Car l'art. 2281 soumet même les prescriptions commencées à l'époque de la publication du Code aux lois anciennes. Il ne fait exception que pour la prescription trentenaire. Il y a indubitablement une grande analogie entre la question de l'autorité de la loi dans l'espace, et celle de son autorité dans le temps. Si l'une et l'autre devaient être résolues d'après des principes identiques, on arriverait, en prenant pour base l'art. 2281, à des conclusions différentes de celles auxquelles nous avons été conduit. Mais il est à peine nécessaire de faire remarquer que cette analogie n'est point une identité. Quand le législateur édicte une loi nouvelle, les lois anciennes encore existantes, en présence desquelles il se trouve, ont eu une indiscutable autorité à l'abri de laquelle des rapports de droit se sont formés, des droits ont été acquis, des obligations contractées. Lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère, la question est le plus souvent de savoir si cette loi a jamais pu régir rationnellement tel ou tel rapport de droit, telle ou telle situation juridique, établis dans des circonstances déter-

minées. Quant à l'autorité internationale de l'art. 2281, elle nous paraît assez facile à définir. Si c'est à la loi belge qu'il faut recourir, on appliquera nécessairement les règles de notre législation quant à la rétroactivité ou à la non-rétroactivité de nos lois. S'il y a lieu d'appliquer la loi étrangère, c'est aussi cette dernière qui dira quelle loi étrangère. Il ne peut y avoir ici de difficulté sérieuse.

1508. — La conclusion du long travail auquel nous nous sommes livré se dégage d'elle-même. Les principes simples présentent un grand attrait dans notre science. Il semble, au premier abord, qu'avec leur aide on puisse résoudre, comme au moyen d'une formule magique, toutes les difficultés. Lorsqu'on s'engage résolument dans le domaine si vaste de toutes les applications qu'ils peuvent recevoir, on s'aperçoit souvent qu'on est dans un véritable labyrinthe et que ces principes sont insuffisants. L'on voit alors la jurisprudence, laquelle est sans cesse aux prises avec les difficultés de la vie juridique réelle, recourir tantôt à telle règle, tantôt à telle autre règle en contradiction avec la première, parce qu'elle est dominée par le besoin de faire justice, et bonne justice. On voit les auteurs multiplier les distinctions. C'est surtout dans la matière des contrats qu'il en est ainsi. Forger des présomptions légales de soumission volontaire à telle ou telle loi est chose fort commode assurément, et de nature à simplifier la mission du juge. Mais, surtout lorsqu'elles sont édictées par une loi nationale, et non par une convention internationale, elles n'aboutissent qu'à une trompeuse et illusoire justice, à moins qu'elles ne correspondent exactement à la réalité des faits. Or, elles ne peuvent y correspondre qu'à la condition d'être tracées avec une extrême prudence, et subordonnées souvent à des distinctions délicates. Il est permis sans doute de s'engager avec plus de décision dans la voie d'une réglementation précise des conflits de lois, *par des conventions internationales* ; et c'est le seul moyen d'éviter de commettre des injustices au détriment des étrangers. Il est impossible d'appliquer à ces derniers, s'agissant des lois

civiles belges, la présomption que chacun est censé connaître la loi, présomption aussi flatteuse qu'inexacte pour le citoyen lui-même ; mais ils peuvent connaître les conventions conclues par leur pays et qui sont la loi elle-même. Et cependant, ici encore, une grande prudence s'impose, et il faut se garder d'établir des règles qui ne répondraient pas aux exigences de la justice, ou qui entraveraient les rapports juridiques extranationaux des citoyens dans une mesure trop gênante. De grands progrès paraissent devoir être réalisés à brève échéance sous ce rapport, et nous faisons des vœux pour qu'il en soit ainsi.

FIN.

Table des matières du troisième volume.

DEUXIÈME PARTIE (SUITE).

TITRE XXI. — *De la preuve des obligations.*

PAGES.

N° 1008. — Elle se rattache au droit matériel, et non à la procédure, et l'on applique en général la loi du lieu de l'acte. 1

1009. — La faculté de choisir entre cette loi et la loi nationale commune doit être écartée, au moins en ce qui concerne l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve 3

1010. — En ce qui concerne la forme de la preuve, application de la *lex fori*. Distinction, lorsque la preuve doit être subministrée ailleurs que là où le procès s'engage . . 5

1011. — La question de savoir qui doit faire la preuve se rattache au droit matériel 6

1012. — Les art. 1317 et 1318 concernent la forme des actes. La force probante de l'acte authentique (art. 1319 et 1320) se rattache au droit matériel 7

1013. — L'alinéa 2 de l'art. 1319 touche à la procédure. L'art 1321 est d'ordre public économique 8

1014. — Les art. 1322 et 1324 sont de droit matériel; mais la vérification d'écritures appartient à la procédure . . . 9

1015. — Quant aux formes des actes sous seing privé, on applique la règle *locus regit actum*. Des cas de fraude . . . 10

1016. — Force probante à l'égard des tiers, *lex fori* 11

1017. — Expéditions et copies d'actes 12

1018. — Force probante des registres des marchands, livres et papiers domestiques. Discussion. 13

PAGES.

N° 1019. — Suite. En général : loi du lieu du contrat 14
1020. — Suite 16
1021. — Ecritures mises par le créancier sur le titre. Loi du lieu du contrat 17
1022. — Tailles ou coches. Idem. 18
1023. — Force probante des copies d'actes 18
1024. — Transcription. Loi du lieu de l'acte original 19
1025. — Actes récognitifs. Idem 20
1026. — Actes confirmatifs. Loi du lieu où il sont passés . . . 21
1027. — Admissibilité de la preuve testimoniale. *Lex loci contractus*. 22
1028. — Il faut écarter la *lex fori*, à moins qu'elle ne repousse formellement l'application de la loi étrangère 24
1029. — Suite. Raisons en faveur de la faculté de choix entre la *lex loci actus* et la loi nationale commune 25
1030. — Objections, spécialement en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve par témoins 26
1031. — Cas où un moyen de preuve est repoussé comme immoral 27
1032. — Difficultés lorsque la convention même est déniée, et non pas seulement sa *teneur exacte* 27
1033. — L'ancienne maxime domine l'application des art. 1341 à 1343 28
1034. — Forme dans laquelle la preuve par témoins est subministrée. *Lex fori*. Il n'en est pas de même quant à l'exclusion de certains témoignages 29
1035. — Quant aux dispenses, on appliquera souvent la *lex fori*. 32
1036. — Quant à l'admissibilité des présomptions, on applique généralement la loi du lieu du contrat, mais par des motifs divers 32
1037. — Distinctions établies par Bonnier, Brocher, de Bar, etc. Réfutation 34
1038. — Suite 35
1039. — Distinction entre diverses présomptions légales. Examen de celles qui résultent des §§ 1 et 2 de l'art. 1350 . 36
1040. — De l'autorité de la chose jugée (art. 1350, § 3) 37
1041. — Autorité des décisions étrangères, spécialement en matière de statut personnel 38
1042. — Développement singulier de l'opinion actuellement prédominante 39
1043. — Faiblesse de certains motifs 40

PAGES.

N° 1044. — Distinction très sage de Fiore entre l'autorité de chose jugée des sentences étrangères, et leur force exécutoire. 41
1045. — Bases de cette autorité. Opinion de Weiss. Opinion de de Bar 44
1046. — Examen du système de ce dernier 45
1047. — Conditions de l'autorité de chose jugée des sentences étrangères 46
1048. — La doctrine sera nécessairement conduite à admettre cette autorité sous ces conditions, sans distinguer entre les diverses espèces de décisions en matière civile . . 47
1049. — Conditions de la compétence 49
1050. — Des prétendues présomptions résultant de l'aveu et du serment, et de quelques présomptions légales particulières 50
1051. — Force probante de l'aveu. Hésitation entre la *lex loci actus*, et la loi du lieu de l'aveu 51
1052. — La *lex loci contractus* régit la question de savoir si la preuve de l'aveu extrajudiciaire peut être reçue . . . 52
1053. — La force probante et la forme de l'aveu judiciaire sont régies par la *lex fori* 53
1054. — La délation et la rélation du serment litisdécisoire sont régies en principe par la *lex fori*, et ne peuvent être écartées en vertu de la *lex loci actus*, que lorsqu'elle écarte l'aveu. 54
1055. — Les conséquences de l'aveu spontané ou provoqué vis-à-vis des débiteurs solidaires ou des cautions, etc., sont régies par la loi qui régit la solidarité ou le cautionnement 55
1056. — Forme du serment. On applique la *lex fori* ou la loi du lieu où il est prêté 56
1057. — La preuve par serment supplétoire dépend, quant à son admissibilité, de la *lex loci actus*; quant à la forme, de la *lex fori*. 57

TITRE XXII. — *Des engagements qui se forment sans convention.*

1058. — Des engagements qui dérivent de la loi seule. Renvoi . 59
1059. — Quasi-contrat de gestion d'affaires et paiement indû. Caractère du premier 60
1060. — On appliquera généralement la loi du lieu de la gestion. 61

PAGES.

N° 1061. — C'est l'opinion générale. Il n'y a pas lieu de rechercher l'intention commune 61

1062. — Caractères tout différents du prétendu quasi-contrat de paiement indû, et des dispositions qui en définissent les effets. Elles ne dépendent point de l'autonomie des parties. 62

1063. — Application des art. 1376 et 1377. Quelle loi régit l'obligation de restituer les fruits, la valeur en cas de perte etc. Art. 1378 à 1381 63

1063bis. — D'après quelle loi il faut apprécier si ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle doit être restitué 64

1064. — La loi qui régit l'obligation détermine s'il y a obligation naturelle, ou civile 65

1065. — Cette loi doit être observée ici non en vertu de l'intention commune des parties, mais comme loi à laquelle elles sont soumises 66

1066. — Mais la loi nationale commune s'impose également, quand elle érige un devoir en obligation naturelle . . 67

1067. — En matière de délits et quasi-délits les tribunaux du lieu de l'acte appliqueront la *lex fori*, qui se confond avec la *lex loci actus*, quant au principe de l'obligation de réparer. Distinction quant à l'appréciation des éléments de l'infraction 68

1068. — Les tribunaux étrangers appliqueront en général la *lex loci actus*, dès qu'elle déclare le fait illicite, mais ils peuvent aussi recourir à la *lex fori* en certains cas, lorsque le fait est licite d'après la loi du lieu de l'acte . 69

1069. — Application des principes quant aux art. 1382 et 1383 . 70

1070. — Mêmes principes quant à l'obligation de répondre du fait d'autrui 1384. On applique en général la *lex loci actus* 71

1071. — L'existence de certains quasi-délits (abordages dans des eaux intérieures) ne peut être appréciée que d'après la *lex loci actus* 72

1072. — Des abordages en pleine mer. Loi du pavillon. . . . 73

1073. — Détermination des délais de protestation et de réclamation. Loi applicable 75

1074. — Conclusions. Difficulté d'établir un principe absolu. Vices du projet belge 77

TITRE XXIII. — *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.*

PAGES.

N° 1075. — Loi applicable en l'absence de conventions matrimoniales 80
1076. — On est assez généralement d'accord pour appliquer la loi nationale des époux, en tant qu'elle impose ou prohibe certaines clauses 80
1077. — Certaines restrictions de la liberté des époux sont en outre de statut réel 82
1078. — L'application de l'art. 1389 dépend de la loi qui régit la succession 83
1079. — L'art. 1390 est d'ordre public local et se rattache à la forme 84
1080. — En ce qui concerne l'art. 1391, il faut appliquer la maxime *locus regit actum* 85
1081. — Quant aux articles 1392 et 1393, il faut appliquer la loi nationale des époux 85
1082. — Les articles 1394 et 1395 ne s'appliquent qu'aux nationaux 86
1083. — Suite 87
1084. — Les articles 1396 et 1397 soulèvent à la fois des questions de forme et des questions de capacité 89
1085. — L'effet des contre-lettres vis-à-vis des tiers se rattache à l'ordre public économique 90
1086. — Suite 93
1087. — L'art 1098 soulève une question de statut personnel . 94
1088. — L'art. 1099 se rattache à l'ordre public national . . . 94
1089. — Les articles qui déterminent l'actif de la communauté sont applicables dès que les époux sont soumis à la loi belge 96
1090. — On appliquera en général les mêmes principes au passif, au moins quant à la contribution aux dettes. 98
1091. — Cas où les époux sont de nationalité différente. Loi nationale du mari 99
1092. — Observations générales sur les articles 1421 à 1440 (Administration de la communauté) 100
1093. — On applique la loi nationale en ce qui touche les articles 1421 à 1423. 101
1094. — De l'effet de la loi abolissant la mort civile en ce qui concerne les articles 1424 et 1425, et de l'applicabilité de ces articles ainsi que des articles 1426 et 1427 . . . 101

PAGES.

N° 1095. — Les articles 1428 à 1430 appartiennent au droit supplétif 102
1096. — Il en est de même des articles 1431 à 1435 103
1097. — Ainsi que des articles 1436 à 1440 104
1098. — De l'effet de la mort civile d'un époux étranger en ce qui concerne la dissolution de la communauté. Distinction 105
1099. — Suite 106
1100. — Effet quant aux époux belges. 107
1101. — De l'applicabilité de la loi d'après laquelle la communauté est dissoute par la mort de l'un des époux . . . 108
1102. — La perte de jouissance de l'épouse survivante sur les biens de ses enfants mineurs, art. 1442, al. 2 dépend de sa loi nationale, la responsabilité du subrogé tuteur de la loi nationale du mineur. 110
1103. — Application de la loi nationale en ce qui concerne la dissolution de la communauté par le divorce ou la séparation de corps 110
1104. - Restrictions auxquelles est subordonnée la règle d'après laquelle la liquidation est régie par la loi qui gouverne le régime matrimonial 111
1105. — Loi qui détermine les causes de la séparation de biens . 112
1106. — La nullité de la séparation volontaire se rattache à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Loi nationale 114
1107. — Les articles 1444 et 1445 se rattachent à la procédure. *Lex fori*. L'art. 1446 est fondé sur l'intérêt des familles. Influence de la *lex fori* 115
1108. — L'art. 1447 est de droit local. L'intérêt des tiers est engagé. 117
1109. — Application de la loi qui gouverne le régime des biens des époux en ce qui concerne les art. 1448 à 1450 et 1451, al. 1 et 4 118
1110. — En ce qui concerne l'art. 1451, al. 2, il faut faire une distinction 119
1111. — Rétroactivité du rétablissement de la communauté. Loi nationale des époux 121
1112. — Effets du divorce et de la séparation sur les droits de survie de la femme. Loi nationale des époux . . . 121
1113. — La même loi régit la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer 122
1114. — Certaines déchéances de la faculté de renoncer sont d'ordre public moral et absolu (art. 1460 et 1477) . . . 123

PAGES.

N° 1115. — Conséquences du défaut ou de la tardivité de l'inventaire. Application en général de la loi nationale des époux 123
1116. — Part d'influence de la loi qui régit la succession sur l'application de l'art. 1462 125
1117. — Présomption de renonciation (art. 1463). Elle se rattache au droit d'option. Loi nationale des époux . . . 125
1118. — Quant à l'art. 1464, intérêt des tiers. *Lex fori* 127
1119. — L'art 1465 reçoit application aux époux belges, et aux époux étrangers qui ont accepté notre loi. Idem 1481 et 1570. 127
1120. — Le droit de la femme aux frais de son deuil dépend de la même loi, art. 1481 et 1570 128
1121. — Forme de la renonciation. Loi locale 129
1122. — En ce qui concerne les art. 1466 à 1470, on appliquera la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux . . . 130
1123 — Applicabilité des art. 1471 et 1472 (loi nationale), 1473 (loi acceptée), 1465 (loi nationale) 131
1124. — En ce qui touche les questions réglées par les art. 1474 et 1476, on applique, sauf quant à la forme, la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux. L'art. 1477 est d'ordre public moral 131
1125. — Les art. 1478 à 1480 se rattachent au droit supplétif . . 132
1126. — L'art. 1482 est de droit supplétif, l'art 1483 d'ordre public national 133
1127. — De l'applicabilité des art. 1484 à 1491. On applique en général la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux. 134
1128. — Restrictions quand l'intérêt des tiers est compromis. . 135
1129. — Les art. 1492 à 1496 relèvent de l'ordre public national. 136
1130. — Art. 1496 et 1827. Application de la loi nationale des époux, au moins en théorie 137
1131. — Observations générales sur l'art. 1497 138
1132. — Suite. Cas de nationalités diverses 139
1133. — Quelle loi régit la communauté d'acquêts, spécialement quant aux dettes 139
1134. — A quelles conditions l'applicabilité de l'art. 1499 est soumise. Distinction 140
1135. — Régime exclusif de communauté. Loi applicable . . . 142
1136. — Clauses d'ameublissement. Limites assignées à la liberté des parties. Loi applicable 143
1137. — Clause de séparation de dettes. Loi applicable. . . . 144

PAGES.

N° 1138. — Observations sur les deux dernières dispositions de l'art. 1510. L'intérêt des tiers est engagé 145
1139. — Les art. 1511 et 1512 ne touchent pas l'ordre public . . 146
1140. — Clause de franc et quitte. Les dispositions du Code sont de droit supplétif 147
1141. — La femme ne pourrait invoquer le privilège de l'art. 1514 contre les créanciers, dans un pays où il est inconnu 148
1142. — L'effet du préciput conventionnel dépend de la loi à laquelle les époux se sont soumis 148
1143. — Les nullités de l'art. 1521 dépendent de la loi à laquelle les époux se sont soumis 150
1144. — Les effets du forfait de communauté en dépendent également, sauf le maintien du droit de renonciation de la femme 151
1145. — Il en est de même de la clause prévue par l'art 1525, al. 1 152
1146. — L'application de l'art. 1525, al. 2, peut trouver obstacle dans la loi successorale 152
1147. — Communauté universelle. Loi applicable 154
1148. — Renvoi quant aux art. 1527 et 1528 154
1149. — L'art. 1535, al. 2, touche à la capacité, et son applicabilité dépend de la loi nationale des époux 156
1150. — L'art. 1538 est d'ordre public national 156
1151. — Du régime dotal en général, et spécialement de l'art. 1392 157
1152. — L'art. 1543 est d'ordre public national; la jurisprudence en a décidé autrement 158
1153. — Les art. 1544 à 1548 sont de droit supplétif 159
1154. — Il en est de même des art. 1549 à 1560. Mais l'inaliénabilité de la dot peut se heurter contre la loi nationale des époux ou contre la *lex situs* 160
1155. — Les restrictions de l'inaliénabilité limitent la liberté des époux nationaux 161
1156. — Quelques-unes touchent même à l'ordre public territorial 163
1157. — L'inaliénabilité ne peut s'imposer au nom de la *lex situs* à des époux étrangers 163
1158. — Les formes de l'aliénation sont régies dans l'opinion générale par la *lex loci actus*. Motifs de douter 166
1159. — Les art. 1562 et 1563 appartiennent au droit supplétif . 167
1160. — Observations générales sur les art. 1564 à 1573, et sur l'art 1569 en particulier 168
1161. — Distinction qui s'impose en ce qui concerne les dispositions de l'art. 1570 169

PAGES.

N° 1162. — L'art. 1572 touche au statut réel; l'art. 1573 au droit successoral 169
1163. — Sauf l'art. 1576, les art 1574 à 1580 appartiennent au droit supplétif 170

TITRE XXIV. — *De la vente et de l'échange.*

1164. — Part plus grande faite à l'autonomie des parties . . . 172
1165. — Observations sur la définition de la vente. 173
1166. — De la translation de propriété par l'effet du contrat . . 174
1167. — Conséquences des divergences éventuelles des législations sur la conception de la vente 174
1168. — La *lex situs* ne saurait décider souverainement de la translation de propriété entre les parties. , ... 178
1169. — Les articles 1584 à 1590 appartiennent au droit supplétif. Cas où ils se heurteraient contre des lois étrangères prohibitives 181
1170. — Promesse unilatérale de vente 182
1171. — De la détermination du prix. Applicabilité de nos lois . 183
1172. — Quelle loi règle la capacité d'acheter et de vendre. Distinctions 184
1173. — Des interdictions de l'art. 1596 en particulier 185
1174. — Suite 187
1175. — Opinion erronée de Laurent 187
1176. — Des incapacités de l'art. 1597 189
1177. — Des choses qui peuvent être vendues. On applique en général la *lex situs* 189
1178. — La prohibition de la vente de la chose d'autrui se rattache à la *lex situs*, d'après l'opinion générale. Cette opinion semble erronée 190
1179. — Il en est de même de la vente d'une chose déjà périé. . 191
1180. — Les articles 1602 et 1603 ne se rattachent pas à la procédure, mais au fond du droit. 193
1181. — La forme de la délivrance est régie par la loi du lieu de celle-ci. La loi à laquelle les parties se sont soumises règle sur qui retombent les frais, le lieu où la délivrance doit se faire, et les conséquences du défaut de paiement 194
1182. — Des effets de la faillite et de la déconfiture en particulier. Restriction du principe 195
1183. — Les dispositions qui suivent sont de droit supplétif . . 196

PAGES.

N° 1184. — De la garantie du chef d'éviction et de défauts de la chose vendue, 1625 à 1649. Il faut appliquer en général la loi qui régit le contrat. 197

1185. — Il en est ainsi même des délais pour agir. Ce sera souvent la loi du lieu du contrat. 198

1186. — Formes de la constatation du vice. *Lex loci actus.* . . 200

1187. — Ventes d'animaux atteints de maladies contagieuses. Ordre public absolu. 201

1188. — En ce qui touche les obligations de l'acheteur, il faut appliquer la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté présumée 201

1189. — De l'espèce de monnaie. Question d'interprétation le plus souvent 202

1190. — Les articles 1658 à 1685 sont presque tous de droit supplétif. Toutefois en ce qui touche l'art. 1660 il faut appliquer la *lex situs*. 203

1191. — L'application de l'article 1663 dépend dans une certaine mesure de la loi nationale 205

1192. — Influence de la *lex situs* sur l'application des articles 1664 à 1666 205

1193. — Autre observation sur l'article 1666 207

1194. — Le droit supplétif domine dans les articles 1667 à 1671. Toutefois les articles 1669 et 1670 se rattachent dans une certaine mesure au droit successoral 207

1195. — Il en est de même de l'art. 1672. Mais l'art. 1673 al. 2 intéresse les tiers 208

1196. — Opinions diverses en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion 209

1197. — Il n'est pas rationnel de la faire dépendre de la loi nationale de la partie lésée. 210

1198. — Elle ne doit pas dépendre non plus uniquement de la loi nationale de l'autre partie 211

1199. — Il est non moins erroné d'appliquer uniquement la *lex situs*, bien que celle-ci puisse faire obstacle à la rescision 212

1200. — La rescision peut se baser sur la loi nationale commune, ainsi que sur la loi du lieu du contrat. 214

1201. — Il ne faut pas appliquer la loi du lieu de l'exécution . . 215

1202. — Suite 216

1203. — Conséquences des principes 217

1204. — En ce qui concerne les questions réglées par les articles 1677 à 1680, sauf l'art 1678, il faut appliquer la *lex fori.* 218

PAGES.

N° 1205. — Du droit de se libérer de la restitution en offrant le supplément de prix. *Lex situs* et *lex contractus*. Des ventes faites par autorité de justice. 218
1206. — Répartition des obligations entre les vendeurs conjoints et les héritiers 220
1207. — De la licitation 221
1208. — Observations générales sur les articles relatifs au transport des créances et autres droits incorporels 222
1209. — Les articles 1690 et 1691 touchent à l'intérêt des tiers, c'est-à-dire à l'intérêt général. 223
1210. — Les articles 1696 à 1698 sont de droit supplétif 224
1211. — Le retrait litigieux peut se baser sur la *lex fori*, comme sur la loi à laquelle les parties sont soumises 225
1212. — Opinions divergentes dans la doctrine. 227
1213. — De l'échange. 228
1214. — De la disposition qui exclut la rescision pour cause de lésion dans l'échange. *Lex situs* 229

TITRE XXV. — *Du contrat de louage.*

Observations générales.

1215. — Conception du louage d'après le Code civil, et espèces diverses de louages 230
1216. — Conséquences de ces définitions en droit international privé 230
1217. — Cas où le contrat attribue au preneur un droit réel . . 231
1218. — Biens des communes et établissements publics. . . . 233

CHAPITRE 1er. — DU LOUAGE DES CHOSES.

1219. — Des choses que l'on peut louer. En général on applique la *lex situs*. 233
1220. — De la forme et de la preuve. *Locus regit actum*. . . . 235
1221. — Droits du tuteur. Loi nationale du mineur 237
1222. — Le droit de sous-location dépend en principe de la volonté des parties. Mais la *lex situs* a ici une importance prépondérante 237
1223. — Opinions des auteurs 239
1224. — Avantages pratiques de notre solution. 240
1225. — La *lex situs* semble s'imposer, au moins comme loi acceptée par les parties, dans les matières réglées par les articles 1722 à 1732 241

PAGES.

N° 1227. — Idem quant aux articles 1733 et 1734 sur la responsabilité du preneur en cas d'incendie 243
1228. — Il en est de même quant à l'extinction du contrat et à la tacite reconduction 244
1229. — Du cautionnement de bail. Part d'influence de la *lex situs* 245
1230. — De l'extinction ou de la non extinction du contrat par la vente spécialement. *Lex situs*. 245
1231. — De l'obligation de garnir les lieux loués. *Lex situs* . . 246
1232. — Il en est de même quant aux réparations locatives . . 247
1233. — Ainsi qu'en ce qui concerne le bail des meubles meublants ou d'un appartement meublé, les délais de congé, etc. 248
1234. — Quelques-unes des dispositions sur les baux à ferme intéressent même le bon régime de la propriété immobilière 249
1235. — Il en est ainsi notamment des articles 1769 à 1778 . . 250
1236. — Ces considérations ne s'appliquent pas au bail de meubles en général. 250

CHAPITRE II. — DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.

1237. — Observations générales sur les trois espèces de louages d'ouvrage ou d'industrie 252
1238. — L'art. 1780 est d'ordre public absolu 253
1239. — Opinions diverses sur les effets de la prohibition . . . 253
1240. — De la disposition abrogée de l'art. 1781 254
1241. — Observations générales sur le contrat de transport et sur la Convention de Berne 255
1242. — Loi qui régit la responsabilité des voituriers en général 257
1243. — Spécialement dans le cas de transports internationaux. 259
1244. — Suite 259
1245. — Questions principales résolues par la Convention de Berne 261
1246. — Comment elles devraient être résolues en l'absence de Convention internationale 261
1247. — Observations générales sur les devis et marchés. La question de savoir quelle est la nature du contrat, quand l'entrepreneur fournit la matière, n'intéresse pas l'ordre public 262
1248. — Les parties ont probablement en vue la loi du lieu où l'ouvrage doit être fait s'il s'agit d'immeubles 263

PAGES.

N° 1249. — Sinon il faut tenir compte de la situation relative des parties 264
1250. — Mêmes observations en ce qui touche la responsabilité de l'entrepreneur ou architecte 266
1251. — Mêmes distinction quant aux articles 1793 à 1797 et 1799. Quant à l'art. 1798 il faut appliquer la loi du siège de l'obligation ou la *lex fori* 267
1252. — Nature du bail à cheptel 268
1253. — Observations sur les diverses espèces de baux à cheptel. 269
1254. — Quant au cheptel simple, on applique les présomptions ordinaires. Mais l'art. 1811 semble en partie d'ordre public 270
1255. — Du cheptel à moitié non donné par le bailleur à son fermier. Règles ordinaires. Mais l'art. 1893 intéresse les tiers 272
1256. — Du cheptel donné par le bailleur à son fermier ou colon partiaire. Prédominance de la *lex situs* 274
1257. — Du contrat improprement appelé cheptel. Loi applicable 275

TITRE XXVI. — *Du contrat de société.*

Observations générales.

1258. — Importance du droit international privé en cette matière 277
1259. — Les règles législativement admises, quant aux sociétés commerciales, en droit international, ne peuvent s'appliquer *littéralement* à la société civile, mais présentent un grand intérêt à ce point de vue 278
1260. — Portée du principe de l'art. 1873 Code civil. Comparaison avec l'article 1er de la loi de 1873. 279
1261. — Les sociétés civiles ayant la personnification civile en pays étranger ne l'ont point par cela même en Belgique 280
1262. — On ne peut pas appliquer à la société les présomptions d'intention généralement admises pour d'autres contrats 281
1263. — Quant à la forme : *locus regit actum* 282
1264. — Sociétés en vue d'un objet illicite interdites même entre étrangers : jeu, contrebande etc... Quid des sociétés comprenant une succession future ? Art. 1837. Opinion de Brocher 283
1265. — Cette opinion est trop absolue. Notre opinion 284
1266. — Suite 285
1267. — La prohibition semble devoir s'appliquer même aux sociétés commerciales. Réfutation des objections . . . 286

PAGES.

N° 1268. — Il est naturel d'appliquer en général à la société civile, comme à la société commerciale, la loi du pays auquel elle appartient 288

1269. — Ce pays est en général pour la société commerciale celui du siège social. Résolutions de l'Institut à cet égard. 290

1270. — Examen critique de ces Résolutions. 291

1271. — Le siège social statutaire présente une importance considérable en tant qu'il s'agit de droit supplétif. . . 292

1272. — On ne doit pas nécessairement s'y arrêter quand il ne s'agit pas de droit supplétif 293

1273. — D'après la loi belge, il faut rechercher le principal établissement de la société. 293

1274. — Difficultés quand le siège administratif est ailleurs . . 294

1275 — Distinctions qui doivent servir à les résoudre 295

1276. — Cas où il y a plusieurs centres d'exploitation. Influence concurrente de plusieurs législations 296

1277. — Quand le choix s'impose on doit se prononcer pour le siège administratif 297

1278. — Conclusion 297

1279. — Des sociétés commerciales constituées en Belgique et ayant leur siège en pays étranger. Discussion sur leur nationalité 298

1280. — Sens des mots *commerciales industrielles* ou *financières.* Législations française et anglaise. Les sociétés civiles ont-elles un siège ?. 301

1281. La nationalité des associés peut avoir de l'importance sous certains rapports 303

1282. — Pour décider si une société étrangère est civile ou commerciale, il faut s'en rapporter en Belgique à la législation belge 304

CHAPITRE I. — DES SOCIÉTÉS CIVILES EN PARTICULIER.

1283. — La question de savoir si une association étrangère est une *société* civile doit être résolue d'après la loi étrangère. 306

1284. — De la condition que la société doit avoir un objet licite, et de la portée de nos lois d'ordre public à cet égard . 308

1285. — De la condition d'après laquelle il doit y avoir une mise en commun, et de la preuve. 310

1286. — Des sociétés universelles de gains; *lex situs* en ce qui concerne les immeubles. 311

1287. — Des sociétés universelles art. 1840. Lois applicables. . 312

PAGES.

N° 1288. — Les articles 1841 à 1861, sauf l'art. 1855, appartiennent au droit supplétif 314
1289. — De la convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices. Leur nullité est d'ordre public absolu. Conséquences 314
1290. — Les articles 1862 à 1864 sont plutôt de droit supplétif . 316
1291. — Observations générales sur les causes d'extinction de la société civile. Opinion de Brocher 317
1292. — De la présomption que la société contractée sans terme est contractée pour toute la vie des associés, et du droit de renonciation. Est-il d'ordre public? 317
1293. — De la société contractée pour une affaire déterminée, et de la prorogation 320
1294. — Fin de la société par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation, ou par la mort naturelle. 321
1295. — Effet de la mort civile 322
1296. — De l'interdiction et de la déconfiture 324
1297. — De l'extinction de la société par la volonté d'une des parties. Renvoi. 324
1298. — Discussion de la portée de l'art. 1873 en ce qui concerne les sociétés étrangères 325
1299. — Les sociétés anonymes étrangères de nature civile même pour l'exploitation des mines et carrières n'ont pas la personnification civile en Belgique 326
1300. — Autres associations non commerciales. 327
1301. — Sociétés d'assurances mutuelles étrangères. Elles sont valables en Belgique. 327
1302. — Elles jouissent de la personnification civile en Belgique 328

CHAPITRE II. — DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

1303. — Les articles 128 et suivants ne touchent point aux principes du droit international privé sur les lois relatives à la capacité, à la forme, à l'ordre public. 329
1304. — Publicité prescrite en ce qui concerne les sociétés étrangères ayant une succursale ou un siège d'opérations en Belgique 331
1305. — Sociétés étrangères contraires aux bonnes mœurs . . 331
1306. — Incapacité, choses hors du commerce, sociétés illicités, etc. 333
1307. — Sociétés contraires à la fois aux bonnes mœurs, et à l'intérêt économique. 333

PAGES.

N° 1308. — Des conditions relatives à la liberté des consentements. 334
1309. — D'après quelle loi on doit apprécier si une société étrangère est commerciale. Renvoi. 335
1310. — Des sociétés commerciales contractées sous d'autres formes peuvent avoir la personnalité civile en Belgique 336
1311. — Formes de publicité; leur applicabilité aux sociétés étrangères formées en Belgique. 337
1312. — De l'applicabilité des lois qui déterminent les représentants des sociétés et leur responsabilité 338
1313. — Règles concernant les actions et leur transmission. La loi du principal établissement domine. 339
1314. — Transfert des actions nominatives 340
1315. — Transmission des actions au porteur 341
1316. — Publication des bilans, etc. 342
1317. — Administration et surveillance des sociétés anonymes . 343
1318. — Assemblées générales. Formes et délais des réunions, des délibérations. Loi applicable 344
1319. — Loi du principal établissement 345
1320. — Formes de publicité. Résolutions de l'Institut de droit international dans la session de Hambourg 346
1321. — Conditions spéciales auxquelles l'émission et la négociation des actions sont subordonnées en certains pays. 347
1322. — Quand la publication des bilans est exigée, ils doivent contenir les mentions qu'exige la loi belge 348
1323. — Les art. 68 à 70 sont, en partie au moins, d'ordre public absolu, et s'appliquent même aux sociétés étrangères . 348
1324. — Les sociétés étrangères en commandite par actions, ayant une succursale en Belgique, ne sont pas sujettes à toutes les formes de publicité prescrites pour les sociétés anonymes. 351
1325. — Des sociétés coopératives étrangères 352
1326. — Suite. Distinction des conditions de forme et de fond . 353
1327. — Suite 354
1328. — Mesures dans l'intérêt des tiers. Esprit de la loi belge. Même à cet égard il faut appliquer la loi du principal établissement 355
1329. — Sociétés momentanées 356
1330. — Sociétés en participation 357
1331. — Liquidation des sociétés commerciales. Observations générales 358
1332. — Cas où elles ont une succursale en Belgique. Responsabilité vis-à-vis des tiers 359

PAGES.

N° 1333. — Actions et prescriptions 360
1334. — Délits relatifs aux sociétés commerciales. Distinctions. 361
1335. — Suite 363
1336. — Preuve des imputations dirigées contre les gérants, etc. *Lex fori* 363
1337. — Prescription de l'action en responsabilité contre les gérants. Distinction 364
1338. — Les sociétés civiles étrangères autres que celles pour les mines et carrières n'ont pas la personnification civile en Belgique. 364
1339. — De l'arbitrage forcé en matière de sociétés, lorsqu'il est établi par une loi étrangère 365

TITRE XXVII. — *Du Prêt.*

1340. — Eléments du contrat de prêt d'après nos lois. Du cas où une loi étrangère le définirait autrement . . . 367
1341. — Cas où le commodat serait rémunéré d'après la loi étrangère 368
1342. — Extinction du prêt à usage par la mort de l'emprunteur. Loi applicable 368
1343. — Obligations réciproques. Application en général de la loi que le prêteur a eue en vue 369
1344. — Prêt à intérêts. Cas où il est gratuit 370
1345. — L'art. 1894 n'est qu'une disposition interprétative sous forme prohibitive. 371
1346. — La disposition de l'art. 1895 ne s'applique pas d'une manière absolue aux contrats régis par une loi étrangère. Il faut distinguer 372
1347. — Exemple 372
1348. — De la disposition d'après laquelle l'intérêt n'est dû que s'il a été stipulé 373
1349. — De l'interdiction des stipulations d'intérêts 375
1350. — De l'article qui interdit la répétition des intérêts payés et non stipulés 377
1351. — La question de savoir si l'intérêt doit être fixé par écrit se rattache à la forme. L'effet de la quittance du capital, sans réserve d'intérêts, se rattache au fond. 378
1552. — Du principe que la rente foncière est essentiellement rachetable, et qu'on ne peut stipuler l'interdiction du rachat pendant plus de trente ans. *Lex situs* . . . 379

PAGES.

N° 1353. — Même question quant aux rentes perpétuelles en général. 380
1354. — De la disposition qui permet d'imposer le rachat au débit rentier 381
1355. — Renvoi quant au contrat de rente viagère 382

TITRE XXVIII. — *Du dépôt et du sequestre.*

1356. — Portée du principe de la gratuité du dépôt en droit international 384
1357. — Si le dépôt est gratuit on applique en général la loi du domicile du dépositaire 385
1358. — Conséquences quant aux obligations réciproques . 386
1359. — Formes : *locus regit actum.* En ce qui touche la capacité, loi nationale, sauf l'alinéa 2 de l'art. 1926 . 387
1360. — Obligation de l'héritier du dépositaire : loi du domicile du dépositaire, et loi qui régit la succession. 388
1361. — L'alinéa 2 de l'art. 1938 est d'ordre public . . . 389
1362. — Effets de la mort civile du déposant 390
1363. — Capacité de recevoir la restitution du dépôt. Loi nationale 391
1364. — Lieu et époque où la restitution doit être effectuée. Loi du domicile du dépositaire, sauf obstacles dans la *lex fori* 392
1365. — Dépôt nécessaire. Loi du lieu où le dépôt s'effectue, quant à la responsabilité du dépositaire 393
1366. — Observations générales en ce qui concerne le sequestre. 394
1367. — Pour le sequestre volontaire mêmes règles en général que pour le dépôt; pour le sequestre judiciaire loi du lieu du jugement 395

TITRE XXIX. — *Des contrats aléatoires.*

1368. — Définitions diverses de ces contrats. 398
1369. — Jeu et pari. Pourquoi ce contrat est proscrit 399
1370. — Suite. Ordre public moral et économique 400
1371. — Quand l'exception peut être invoquée. Renvoi au Tome I 400
1372. — De l'action en répétition. Elle ne peut être exclue qu'en vertu de la loi du lieu où l'on a joué, ou de la loi nationale du demandeur 401
1373. — Du contrat de rente viagère, et des prohibitions qui pourraient être édictées par une loi étrangère. . . . 402

PAGES.

N° 1374. — L'application des articles 1974 et 1975 ne dépend point du *situs*, mais du lieu du contrat ou de la nationalité . . 402
1375. — De l'art. 1976 qui fait dépendre des conventions le taux de la rente 404
1376. — Importance du domicile du débiteur au point de vue de l'application des articles 1977 à 1980 404
1377. — Insaisissabilité de la rente. *Lex fori* 405
1378. — Effets de la mort civile du crédit rentier étranger . . . 405
1379. — Suite 406
1380. — Suite 407
1381. — De la nécessité de justifier de son existence pour demander les arrérages. *Lex fori* 408

TITRE XXX. — *Du mandat.*

1382. — Observations générales. Il n'est traité ici que du mandat proprement dit 409
1383. — Interdiction d'accomplir certains actes par mandataire. Application en général de la maxime *locus regit actum*. 409
1384. — Du mandat impératif et du mandat général, en matière de statut personnel 410
1385. — Définition du mandat en droit français, et ses effets en droit international 410
1386. — Le mandat et l'acceptation peuvent être envisagés isolément, au point de vue de la règle *locus regit actum* quant à la forme 411
1387 — Difficultés contre lesquelles se heurte la solution contraire 412
1388. — Exceptions à l'application absolue de l'ancienne maxime 414
1389. — Diversité des opinions sur la loi applicable comme droit supplétif. Notre opinion. 415
1390. — Confusion dans la doctrine et la jurisprudence. . . . 417
1391. — On doit appliquer en général la loi du domicile du mandant aux rapports entre parties 418
1392. — Pour la responsabilité vis-à-vis des tiers on n'appliquera pas nécessairement la même loi 419
1393. — La responsabilité du mandant vis-à-vis des tiers peut être étendue au-delà de la mesure déterminée par sa loi personnelle 420
1394. — Appréciation de la jurisprudence 421
1395. — Obligations du mandataire vis-à-vis des tiers et loi qui les régit 422

PAGES

N° 1396. — Obligations du mandant. Loi qui les régit 423
1397. — Diverses lois doivent être prises en considération s'agissant des causes d'extinction du mandat, suivant la nature de celles-ci 425
1398. — Obligations particulières des héritiers du mandataire lors du décès de ce dernier 426

TITRE XXXI. — *Du cautionnement.*

1399. — Diversité des opinions sur la question de savoir quelle loi régit le cautionnement 428
1400. — Complication des questions, et pluralité des rapports de droit à apprécier. 430
1401. — Rapports entre la caution et le créancier lorsque le cautionnement est spontané. On doit appliquer en général la loi du lieu du domicile de la caution . . . 430
1402. — Cette règle n'est pas absolue 431
1403. — Application de l'art. 2011 du Code civil en particulier. Il se rattache à la nature du cautionnement. *Lex loci contractus* en général 432
1404. — Art. 2012. Mêmes observations 433
1405. — Il en est de même de l'art. 2013 433
1406. — Ainsi que de l'art. 2014 434
1407. — L'art 2015 se rattache à la forme, l'art. 2016 à l'étendue du cautionnement. *Lex loci contractus* 435
1408. — Les obligations des héritiers de la caution dépendent aussi dans une certaine mesure de la loi qui régit la succession 436
1409. — La loi qui régit les rapports entre le créancier et le débiteur principal doit être déterminée d'après les principes généraux. 437
1410. — Les art. 2021 à 2027 sur l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution se rattachent, sauf quelques exceptions, au droit supplétif 438
1411. — Le bénéfice de discussion doit être admis en général lorsqu'il est consacré par la loi du domicile de la caution 438
1412. — L'art. 2022 est de procédure. L'art. 2023 touche au fond du droit, comme les art 2024 à 2026. Loi du domicile de la caution. L'art. 2027 se rattache à la procédure . . . 439
1413. — Pour déterminer la loi qui régit les effets du cautionnement entre la caution et le débiteur, une distinction est nécessaire 440

PAGES.

Nº 1414. — De la subrogation de la caution aux droits du créancier, et de la solidarité des débiteurs principaux vis-à-vis de la caution 441
1415. — Exclusion du recours de la caution contre le débiteur qui a payé une seconde fois, à défaut d'avis 442
1416. — Droit d'action de la caution contre le débiteur avant de payer 443
1417. — Extinction du cautionnement. Lois diverses 444
1418. — Cautionnement fourni en vertu d'un jugement, ou d'une loi impérative 445

TITRE XXXII. — *Des transactions.*

1419. — Observations générales. L'écrit n'est exigé que pour la preuve 447
1420. — Capacité de transiger. Loi nationale en principe. Restrictions 447
1421. — Transaction sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit . . 448
1422. — Les art. 2047 à 2049 sont de droit supplétif. Effet de la transaction vis-à-vis des tiers (art. 2051). *Lex fori.* — Nullités de la transaction pour erreur, dol, violence, etc. 449
1423. — Contrainte par corps. *Lex fori* 450

TITRE XXXIII. — *Du nantissement.*

1424. — Observations générales. Ce contrat intéresse essentiellement les tiers 452
1425. — Deux espèces de nantissement. Observations générales. 452
1426. — Gage valable à l'origine. Transport des choses en un autre pays 453
1427. — Effets du gage. Influence de la *lex situs* 454
1428. — Formes et spécialement enregistrement. Influence de la *lex situs* 455
1429. — Mise en possession exigée. *Lex situs.* Cas de déplacement de la chose 455
1430. — Formalités pour la réalisation du gage. *Lex situs* . . 457
1431. — Droit de rétention du gage pour d'autres créances. Loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises. . . 458
1432. — Indivisibilité du gage entre les héritiers. Loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises . 459

PAGES

N° 1433. — Même comme loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises la *lex situs* a ici une importance particulière . 459
1434. — Controverse sur l'étendue du droit qui résulte de l'antichrèse 460
1435. — Conflits. La *lex situs* constitue la limite 461
1436. — Applications articles 2085 à 2091 462

TITRE XXXIV. — *Des privilèges et hypothèques.*

1437. — Observations générales. 464
1438. — Les étrangers interdits ont-ils hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs situés en Belgique? Discussion. Solution négative 464
1439. — Suite. — Quid de l'hypothèque conventionnelle, testamentaire, etc.? 466
1440. — Suite. Réponse aux objections 468
1441. — Suite et conclusion. Dans tous les cas l'incapable étranger n'a hypothèque légale que si ce droit lui est reconnu par sa loi nationale 469
1442. — Formes de la transmission des droits réels. *Lex situs* quant aux effets vis-à-vis des tiers 471
1443. — Inscription de certaines actions. *Lex fori* et *lex situs* combinées 472
1444. — Le principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers est essentiellement de statut réel. 473
1445. — De la subrogation réelle établie par l'art. 10. Distinction 474
1446. — La *lex situs* détermine au moins limitativement les privilèges, leur étendue, leur rang, leurs effets. Elle ne suffit pas toujours pour conférer le privilège . . . 476
1447. — Difficultés pour les privilèges et hypothèques maritimes. Opinions récentes en faveur de la loi du pavillon. 478
1448. — Combinaison de cette loi avec la *lex situs* 480
1449. — Formes de publicité. Difficultés 480
1450. — Autres droits de préférence en matière maritime . . 481
1451. — Diversité des décisions 482
1452. — Distinction, et combinaison de la loi du pavillon et de la *lex situs* avec l'exterritorialité des navires étrangers . 484
1453. — Validité du contrat générateur, et ses effets. En général il faut appliquer la loi du pavillon. 485
1454. — Observations générales. 485
1455. — Mesure d'application de la *lex situs* aux privilèges immobiliers 486

PAGES.

N° 1456. — Privilèges généraux sur les meubles et les immeubles. Loi applicable 488

1457. — Privilèges spéciaux sur les meubles. Mesure d'application de la *lex situs* 489

1458. — Formalités de publicité. En général on applique la *lex situs* 491

1459. — Difficulté spéciale en ce qui concerne la séparation de patrimoines 492

1460. — Nature, effets, étendue, formes de la constitution d'hypothèque : *lex situs*. 492

1461. — Droit particulier établi par l'art. 45 de la loi hypothécaire. En général *lex situs*. Restrictions 494

1462. — Les étrangers interdits ou colloqués n'ont pas en général d'hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs ou administrateurs situés en Belgique . . . 495

1463. — La spécialité et l'inscription sont toujours nécessaires s'agissant de biens situés en Belgique. Il en est de même de la délibération sur la nécessité de l'hypothèque, de la fixation de la somme etc. 497

1464. — Sanctions 498

1465. — Formes que l'on peut observer par équipollents . 499

1466. — Tutelle d'un Belge ouverte en pays étranger. Insuffisance des sanctions. 500

1467. — Hypothèque légale de la femme mariée. A qui l'autorisation doit être demandée dans certains cas. . . 501

1468. — A qui appartient le droit de requérir les inscriptions s'agissant d'étrangers 503

1469. — L'interdiction de renoncer s'applique-t-elle à la femme étrangère? 504

1470. — De la capacité d'aliéner requise pour constituer hypothèque. *Lex situs*. Les questions de capacité proprement dite régies par la loi nationale. Quid des absents? 505

1471. — Forme des hypothèques conventionnelles. Application restreinte de la règle *locus regit actum* 507

1472. — Spécialité; *lex situs*. L'art. 79 est de droit supplétif . 507

1473. — Mesure dans laquelle on applique la *lex situs* en ce qui concerne les dispositions de l'art. 80 508

1474. — Rang des hypothèques; mode et effets de l'inscription et du renouvellement régis par la *lex situs*. La charge des frais dépend du droit supplétif. Autres questions régies par la *lex situs* 509

PAGES.

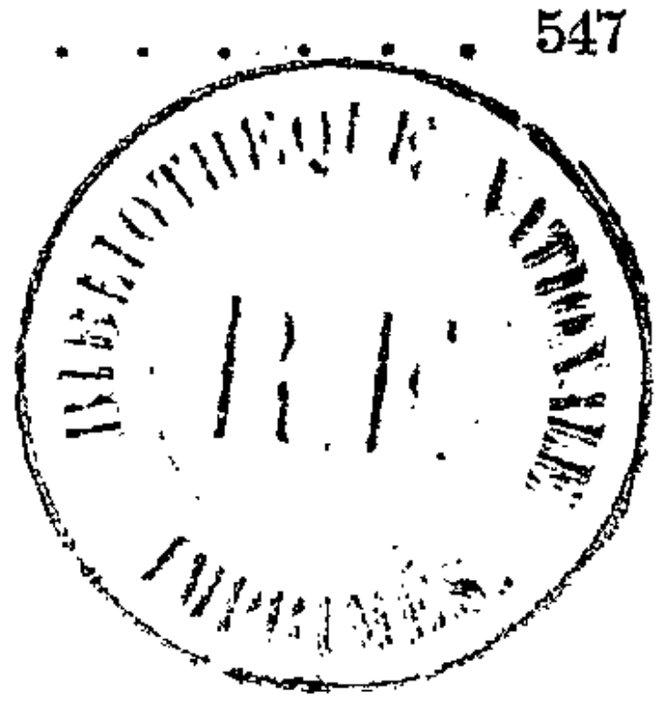
N° 1475. — L'hypothèque s'éteint dès que la *lex situs* en dispose ainsi. Mais elle peut s'éteindre aussi en vertu de la loi à laquelle les parties se sont soumises 510
1476. — Dispositions additionnelles de la loi hypothécaire belge. 511

TITRE XXXV. — *De la loi qui régit les prescriptions.*

1477. — Observations générales 512
1478. — En ce qui touche la prescription acquisitive on doit appliquer d'une manière presque absolue la *lex situs*. . 513
1479. — Il en est de même de la règle qu'il faut être capable d'aliéner pour pouvoir renoncer à une prescription acquise . 514
1480. — Droit de suppléer d'office la prescription, etc., régi par la *lex fori*. Les droits des tiers par la *lex situs* ou la *lex fori*. 515
1481. — Choses susceptibles d'être acquises par prescription; possession nécessaire; causes qui empêchent la prescription. — *Lex situs* 516
1482. — Causes d'interruption. On applique en général la *lex situs* s'agissant de la prescription acquisitive. Réserves et distinctions quant à la prescription libératoire. . 517
1483. — Effets de l'interpellation à l'un des héritiers, à l'un des débiteurs solidaires. Combinaison de la loi qui régit la succession et de celle qui régit le contrat avec la *lex situs* 518
1484. — Suspension de la prescription. Combinaison de la *lex situs* avec la loi nationale 519
1485. — Suite 521
1486. — Temps requis pour prescrire. Prédominance de la *lex situs*. Observations spéciales sur la prescription trentenaire 522
1487. — La longue prescription essentiellement basée sur l'intérêt social 523
1488. — De la disposition de l'art. 2263 sur le droit du crédit rentier. 524
1489. — De certaines prescriptions non réglées au titre de la prescription. Loi applicable 525
1490. — Idem. Spécialement des actions en révocation de donations, en rescision, etc. 526
1491. — Suite. — Action en supplément de prix de vente . . . 527
1492. — Déchéance de l'action du chef de vices rédhibitoires . 530
1493. — Terme maximum du droit de reméré 531
1494. — De quelques autres prescriptions 532

PAGES.

Nº 1495. — Suite. Prescription de l'action civile résultant d'un délit 533
1496. — Prescription de dix et vingt ans 534
1497. — Courtes prescriptions fondées sur une présomption de payement 534
1498. — Suite. Système de la Cour de Cassation de France . . 536
1499. — Doctrine de Brocher. Critique 537
1500. — Suite. Notre opinion 538
1501. — Courtes prescriptions basées sur l'ordre public. . . 540
1502. — Suite 542
1503. — Règle : en fait de meubles possession vaut titre. Loi applicable 542
1504. — La règle intéresse le régime des biens. 543
1505. — Difficultés d'application 544
1506. — Les restrictions de la règle sont dominées par la *lex situs* 545
1507. — Dans quelle mesure les lois relatives à la prescription rétroagissent ou non. 546
1508. — Conclusion 547



FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIEME PARTIE (SUITE).
TITRE XXI. - De la preuve des obligations.
N° 1008. - Elle se rattache au droit matériel, et non à la procédure, et l'on applique en général la loi du lieu de l'acte.
N° 1009. - La faculté de choisir entre cette loi et la loi nationale commune doit être écartée, au moins en ce qui concerne l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve
N° 1010. - En ce qui concerne la forme de la preuve, application de la *lex fori.* Distinction, lorsque la preuve doit être subministrée ailleurs que là où le procès s'engage
N° 1011. - La question de savoir qui doit faire la preuve se rattache au droit matériel
N° 1012. - Les art. 1317 et 1318 concernent la forme des actes. La force probante de l'acte authentique (art. 1319 et 1320) se rattache au droit matériel
N° 1013. - L'alinéa 2 de l'art. 1319 touche à la procédure. L'art 1321 est d'ordre public économique
N° 1014. - Les art. 1322 et 1324 sont de droit matériel; mais la vérification d'écritures appartient à la procédure
N° 1015. - Quant aux formes des actes sous seing privé, on applique la règle *locus regit actum.* Des cas de fraude
N° 1016. - Force probante à l'égard des tiers, *lex fori*
N° 1017. - Expéditions et copies d'actes
N° 1018. - Force probante des registres des marchands, livres et papiers domestiques. Discussion
N° 1019. - Suite. En général: loi du lieu du contrat
N° 1020. - Suite
N° 1021. - Ecritures mises par le créancier sur le titre. Loi du lieu du contrat
N° 1022. - Tailles ou coches. Loi du lieu du contrat
N° 1023. - Force probante des copies d'actes
N° 1024. - Transcription. Loi du lieu de l'acte original
N° 1025. - Actes récognitifs. Loi du lieu de l'acte original
N° 1026. - Actes confirmatifs. Loi du lieu où il sont passés
N° 1027. - Admissibilité de la preuve testimoniale. *Lex loci contractus*
N° 1028. - Il faut écarter la *lex fori,* à moins qu'elle ne repousse formellement l'application de la loi étrangère
N° 1029. - Suite. Raisons en faveur de la faculté de choix entre la *lex loci actus* et la loi nationale commune
N° 1030. - Objections, spécialement en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve par témoins
N° 1031. - Cas où un moyen de preuve est repoussé comme immoral
N° 1032. - Difficultés lorsque la convention même est déniée, et non pas seulement sa *teneur exacte*
N° 1033. - L'ancienne maxime domine l'application des art. 1341 à 1343
N° 1034. - Forme dans laquelle la preuve par témoins est sub-ministrée. *Lex fori.* Il n'en est pas de même quant à l'exclusion de certains témoignages
N° 1035. - Quant aux dispenses, on appliquera souvent la *lex fori*
N° 1036. - Quant à l'admissibilité des présomptions, on applique généralement la loi du lieu du contrat, mais par des motifs divers
N° 1037. - Distinctions établies par Bonnier, Brocher, de Bar, etc. Réfutation
N° 1038. - Suite
N° 1039. - Distinction entre diverses présomptions légales. Examen de celles qui résultent des §§ 1 et 2 de l'art. 1350
N° 1040. - De l'autorité de la chose jugée (art. 1350, § 3)
N° 1041. - Autorité des décisions étrangères, spécialement en matière de statut personnel
N° 1042. - Développement singulier de l'opinion actuellement prédominante
N° 1043. - Faiblesse de certains motifs
N° 1044. - Distinction très sage de Fiore entre l'autorité de chose jugée des sentences étrangères, et leur force exécutoire
N° 1045. - Bases de cette autorité. Opinion de Weiss. Opinion de de Bar
N° 1046. - Examen du système de ce dernier
N° 1047. - Conditions de l'autorité de chose jugée des sentences étrangères
N° 1048. - La doctrine sera nécessairement conduite à admettre cette autorité sous ces conditions, sans distinguer entre les diverses espèces de décisions en matière civile
N° 1049. - Conditions de la compétence
N° 1050. - Des prétendues présomptions résultant de l'aveu et du serment, et de quelques présomptions légales particulières
N° 1051. - Force probante de l'aveu. Hésitation entre la *lex loci actus,* et la loi du lieu de l'aveu
N° 1052. - La *lex loci contractus* régit la question de savoir si la preuve de l'aveu extrajudiciaire peut être reçue
N° 1053. - La force probante et la forme de l'aveu judiciaire sont régies par la *lex fori*
N° 1054. - La délation et la rélation du serment litisdécisoire sont régies en principe par la *lex fori,* et ne peuvent être écartées en vertu de la *lex loci actus,* que lorsqu'elle écarte l'aveu
N° 1055. - Les conséquences de l'aveu spontané ou provoqué vis-à-vis des débiteurs solidaires ou des cautions, etc., sont régies par la loi qui régit la solidarité ou le cautionnement
N° 1056. - Forme du serment. On applique la *lex fori* ou la loi du lieu où il est prêté
N° 1057. - La preuve par serment supplétoire dépend, quant à son admissibilité, de la *lex loci actus;* quant à la forme, de la *lex fori*
TITRE XXII. - Des engagements qui se forment sans convention.
N° 1058. - Des engagements qui dérivent de la loi seule. Renvoi
N° 1059. - Quasi-contrat de gestion d'affaires et paiement indû. Caractère du premier
N° 1060. - On appliquera généralement la loi du lieu de la gestion
N° 1061. - C'est l'opinion générale. Il n'y a pas lieu de rechercher l'intention commune
N° 1062. - Caractères tout différents du prétendu quasi-contrat de paiement indû, et des dispositions qui en définissent les effets. Elles ne dépendent point de l'autonomie des parties
N° 1063. - Application des art. 1376 et 1377. Quelle loi régit l'obligation de restituer les fruits, la valeur en cas de perte etc. Art. 1378 à 1381
N° 1063bis. - D'après quelle loi il faut apprécier si ce qui a été payé en exécution d'une obligation naturelle doit être restitué
N° 1064. - La loi qui régit l'obligation détermine s'il y a obligation naturelle, ou civile
N° 1065. - Cette loi doit être observée ici non en vertu de l'intention commune des parties, mais comme loi à laquelle elles sont soumises
N° 1066. - Mais la loi nationale commune s'impose également, quand elle érige un devoir en obligation naturelle
N° 1067. - En matière de délits et quasi-délits les tribunaux du lieu de l'acte appliqueront la *lex fori,* qui se confond avec la *lex loci actus,* quant au principe de l'obligation de réparer. Distinction quant à l'appréciation des éléments de l'infraction
N° 1068. - Les tribunaux étrangers appliqueront en général la *lex loci actus,* dès qu'elle déclare le fait illicite, mais ils peuvent aussi recourir à la *lex fori* en certains cas, lorsque le fait est licite d'après la loi du lieu de l'acte
N° 1069. - Application des principes quant aux art. 1382 et 1383
N° 1070. - Mêmes principes quant à l'obligation de répondre du fait d'autrui 1384. On applique en général la *lex loci actus*
N° 1071. - L'existence de certains quasi-délits (abordages dans des eaux intérieures) ne peut être appréciée que d'après la *lex loci actus*
N° 1072. - Des abordages en pleine mer. Loi du pavillon
N° 1073. - Détermination des délais de protestation et de réclamation. Loi applicable
N° 1074. - Conclusions. Difficulté d'établir un principe absolu. Vices du projet belge
TITRE XXIII. - Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.
N° 1075. - Loi applicable en l'absence de conventions matrimoniales
N° 1076. - On est assez généralement d'accord pour appliquer la loi nationale des époux, en tant qu'elle impose ou prohibe certaines clauses
N° 1077. - Certaines restrictions de la liberté des époux sont en outre de statut réel
N° 1078. - L'application de l'art. 1389 dépend de la loi qui régit la succession
N° 1079. - L'art. 1390 est d'ordre public local et se rattache à la forme
N° 1080. - En ce qui concerne l'art. 1391, il faut appliquer la maxime *locus regit actum*
N° 1081. - Quant aux articles 1392 et 1393, il faut appliquer la loi nationale des époux
N° 1082. - Les articles 1394 et 1395 ne s'appliquent qu'aux nationaux
N° 1083. - Suite
N° 1084. - Les articles 1396 et 1397 soulèvent à la fois des questions de forme et des questions de capacité
N° 1085. - L'effet des contre-lettres vis-à-vis des tiers se rattache à l'ordre public économique
N° 1086. - Suite
N° 1087. - L'art 1098 soulève une question de statut personnel
N° 1088. - L'art. 1099 se rattache à l'ordre public national
N° 1089. - Les articles qui déterminent l'actif de la communauté sont applicables dès que les époux sont soumis à la loi belge
N° 1090. - On appliquera en général les mêmes principes au passif, au moins quant à la contribution aux dettes
N° 1091. - Cas où les époux sont de nationalité différente. Loi nationale du mari
N° 1092. - Observations générales sur les articles 1421 à 1440 (Administration de la communauté)
N° 1093. - On applique la loi nationale en ce qui touche les articles 1421 à 1423
N° 1094. - De l'effet de la loi abolissant la mort civile en ce qui concerne les articles 1424 et 1425, et de l'applicabilité de ces articles ainsi que des articles 1426 et 1427
N° 1095. - Les articles 1428 à 1430 appartiennent au droit supplétif
N° 1096. - Il en est de même des articles 1431 à 1435
N° 1097. - Ainsi que des articles 1436 à 1440
N° 1098. - De l'effet de la mort civile d'un époux étranger en ce qui concerne la dissolution de la communauté. Distinction
N° 1099. - Suite
N° 1100. - Effet quant aux époux belges
N° 1101. - De l'applicabilité de la loi d'après laquelle la communauté est dissoute par la mort de l'un des époux
N° 1102. - La perte de jouissance de l'épouse survivante sur les biens de ses enfants mineurs, art. 1442, al. 2 dépend de sa loi nationale, la responsabilité du subrogé tuteur de la loi nationale du mineur
N° 1103. - Application de la loi nationale en ce qui concerne la dissolution de la communauté par le divorce ou la séparation de corps
N° 1104. - Restrictions auxquelles est subordonnée la règle d'après laquelle la liquidation est régie par la loi qui gouverne le régime matrimonial
N° 1105. - Loi qui détermine les causes de la séparation de biens
N° 1106. - La nullité de la séparation volontaire se rattache à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Loi nationale
N° 1107. - Les articles 1444 et 1445 se rattachent à la procédure. Lex fori. L'art. 1446 est fondé sur l'intérêt des familles. Influence de la *lex fori*

N° 1108. - L'art. 1447 est de droit local. L'intérêt des tiers est engagé
N° 1109. - Application de la loi qui gouverne le régime des biens des époux en ce qui concerne les art. 1448 à 1450 et 1451, al. 1 et 4
N° 1110. - En ce qui concerne l'art. 1451, al. 2, il faut faire une distinction
N° 1111. - Rétroactivité du rétablissement de la communauté. Loi nationale des époux
N° 1112. - Effets du divorce et de la séparation sur les droits de survie de la femme. Loi nationale des époux
N° 1113. - La même loi régit la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer
N° 1114. - Certaines déchéances de la faculté de renoncer sont d'ordre public moral et absolu (art. 1460 et 1477)
N° 1115. - Conséquences du défaut ou de la tardivité de l'inventaire. Application en général de la loi nationale des époux
N° 1116. - Part d'influence de la loi qui régit la succession sur l'application de l'art. 1462
N° 1117. - Présomption de renonciation (art. 1463). Elle se rattache au droit d'option. Loi nationale des époux
N° 1118. - Quant à l'art. 1464, intérêt des tiers. *Lex fori*
N° 1119. - L'art 1465 reçoit application aux époux belges, et aux époux étrangers qui ont accepté notre loi. L'art 1481 et 1570
N° 1120. - Le droit de la femme aux frais de son deuil dépend de la même loi, art. 1481 et 1570
N° 1121. - Forme de la renonciation. Loi locale
N° 1122. - En ce qui concerne les art. 1466 à 1470, on appliquera la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux
N° 1123- Applicabilité des art. 1471 et 1472 (loi nationale), 1473 (loi acceptée), 1465 (loi nationale)
N° 1124. - En ce qui touche les questions réglées par les art. 1474 et 1476, on applique, sauf quant à la forme, la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux. L'art. 1477 est d'ordre public moral
N° 1125. - Les art. 1478 à 1480 se rattachent au droit supplétif
N° 1126. - L'art. 1482 est de droit supplétif, l'art 1483 d'ordre public national
N° 1127. - De l'applicabilité des art. 1484 à 1491. On applique en général la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux
N° 1128. - Restrictions quand l'intérêt des tiers est compromis
N° 1129. - Les art. 1492 à 1496 relèvent de l'ordre public national
N° 1130. - Art. 1496 et 1827. Application de la loi nationale des époux, au moins en théorie
N° 1131. - Observations générales sur l'art. 1497
N° 1132. - Suite. Cas de nationalités diverses
N° 1133. - Quelle loi régit la communauté d'acquêts, spécialement quant aux dettes
N° 1134. - A quelles conditions l'applicabilité de l'art. 1499 est soumise. Distinction
N° 1135. - Régime exclusif de communauté. Loi applicable
N° 1136. - Clauses d'ameublissement. Limites assignées à la liberté des parties. Loi applicable
N° 1137. - Clause de séparation de dettes. Loi applicable
N° 1138. - Observations sur les deux dernières dispositions de l'art. 1510. L'intérêt des tiers est engagé
N° 1139. - Les art. 1511 et 1512 ne touchent pas l'ordre public
N° 1140. - Clause de franc et quitte. Les dispositions du Code sont de droit supplétif
N° 1141. - La femme ne pourrait invoquer le privilège de l'art. 1514 contre les créanciers, dans un pays où il est inconnu
N° 1142. - L'effet du préciput conventionnel dépend de la loi à laquelle les époux se sont soumis
N° 1143. - Les nullités de l'art. 1521 dépendent de la loi à laquelle les époux se sont soumis
N° 1144. - Les effets du forfait de communauté en dépendent également, sauf le maintien du droit de renonciation de la femme
N° 1145. - Il en est de même de la clause prévue par l'art 1525, al. 1
N° 1146. - L'application de l'art. 1525, al. 2, peut trouver obstacle dans la loi successorale
N° 1147. - Communauté universelle. Loi applicable
N° 1148. - Renvoi quant aux art. 1527 et 1528
N° 1149. - L'art. 1535, al. 2, touche à la capacité, et son applicabilité dépend de la loi nationale des époux
N° 1150. - L'art. 1538 est d'ordre public national
N° 1151. - Du régime dotal en général, et spécialement de l'art. 1392
N° 1152. - L'art. 1543 est d'ordre public national; la jurisprudence en a décidé autrement
N° 1153. - Les art. 1544 à 1548 sont de droit supplétif
N° 1154. - Il en est de même des art. 1549 à 1560. Mais l'inaliénabilité de la dot peut se heurter contre la loi nationale des époux ou contre la *lex situs*
N° 1155. - Les restrictions de l'inaliénabilité limitent la liberté des époux nationaux
N° 1156. - Quelques-unes touchent même à l'ordre public territorial
N° 1157. - L'inaliénabilité ne peut s'imposer au nom de la *lex situs* à des époux étrangers
N° 1158. - Les formes de l'aliénation sont régies dans l'opinion générale par la *lex loci actus.* Motifs de douter
N° 1159. - Les art. 1562 et 1563 appartiennent au droit supplétif
N° 1160. - Observations générales sur les art. 1564 à 1573, et sur l'art 1569 en particulier
N° 1161. - Distinction qui s'impose en ce qui concerne les dispositions de l'art. 1570
N° 1162. - L'art. 1572 touche au statut réel; l'art. 1573 au droit successoral
N° 1163. - Sauf l'art. 1576, les art 1574 à 1580 appartiennent au droit supplétif
TITRE XXIV. - De la vente et de l'échange.
N° 1164. - Part plus grande faite à l'autonomie des parties
N° 1165. - Observations sur la définition de la vente
N° 1166. - De la translation de propriété par l'effet du contrat
N° 1167. - Conséquences des divergences éventuelles des législations sur la conception de la vente
N° 1168. - La *lex situs* ne saurait décider souverainement de la translation de propriété entre les parties
N° 1169. - Les articles 1584 à 1590 appartiennent au droit supplétif. Cas où il se heurteraient contre des lois étrangères prohibitives
N° 1170. - Promessse unilatérale de vente
N° 1171. - De la détermination du prix. Applicabilité de nos lois
N° 1172. - Quelle loi règle la capacité d'acheter et de vendre. Distinctions
N° 1173. - Des interdictions de l'art. 1596 en particulier
N° 1174. - Suite
N° 1175. - Opinion erronée de Laurent
N° 1176. - Des incapacités de l'art. 1597
N° 1177. - Des choses qui peuvent être vendues. On applique en général la *lex situs*
N° 1178. - La prohibition de la vente de la chose d'autrui se rattache à la *lex situs,* d'après l'opinion générale. Cette opinion semble erronée
N° 1179. - Il en est de même de la vente d'une chose déjà périe
N° 1180. - Les articles 1602 et 1603 ne se rattachent pas à la procédure, mais au fond du droit
N° 1181. - La forme de la délivrance est régie par la loi du lieu de celle-ci. La loi à laquelle les parties se sont soumises règle sur qui retombent les frais, le lieu où la délivrance doit se faire, et les conséquences du défaut de paiement
N° 1182. - Des effets de la faillite et de la déconfiture en particulier. Restriction du principe
N° 1183. - Les dispositions qui suivent sont de droit supplétif
N° 1184. - De la garantie du chef d'éviction et de défauts de la chose vendue, 1625 à 1649. Il faut appliquer en général la loi qui régit le contrat
N° 1185. - Il en est ainsi même des délais pour agir. Ce sera souvent la loi du lieu du contrat
N° 1186. - Formes de la constatation du vice. *Lex loci actus*
N° 1187. - Ventes d'animaux atteints de maladies contagieuses. Ordre public absolu
N° 1188. - En ce qui touche les obligations de l'acheteur, il faut appliquer la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté présumée
N° 1189. - De l'espèce de monnaie. Question d'interprétation le plus souvent
N° 1190. - Les articles 1658 à 1685 sont presque tous de droit supplétif. Toutefois en ce qui touche l'art. 1660 il faut appliquer la *lex situs*
N° 1191. - L'application de l'article 1663 dépend dans une certaine mesure de la loi nationale
N° 1192. - Influence de la *lex situs* sur l'application des articles 1664 à 1666
N° 1193. - Autre observation sur l'article 1666
N° 1194. - Le droit supplétif domine dans les articles 1667 à 1671. Toutefois les articles 1669 et 1670 se rattachent dans une certaine mesure au droit successoral
N° 1195. - Il en est de même de l'art. 1672. Mais l'art. 1673 al. 2 intéresse les tiers
N° 1196. - Opinions diverses en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion
N° 1197. - Il n'est pas rationnel de la faire dépendre de la loi nationale de la partie lésée
N° 1198. - Elle ne doit pas dépendre non plus uniquement de la loi nationale de l'autre partie
N° 1199. - Il est non moins erroné d'appliquer uniquement la *lex situs,* bien que celle-ci puisse faire obstacle à la rescision
N° 1200. - La rescision peut se baser sur la loi nationale commune, ainsi que sur la loi du lieu du contrat
N° 1201. - Il ne faut pas appliquer la loi du lieu de l'exécution
N° 1202. - Suite
N° 1203. - Conséquences des principes
N° 1204. - En ce qui concerne les questions réglées par les articles 1677 à 1680, sauf l'art 1678, il faut appliquer la *lex fori*
N° N° 1205. - Du droit de se libérer de la restitution en offrant le supplément de prix. *Lex situs et lex contractus.* Des ventes faites par autorité de justice
N° 1206. - Répartition des obligations entre les vendeurs conjoints et les héritiers
N° 1207. - De la licitation
N° 1208. - Observations générales sur les articles relatifs au transport des créances et autres droits incorporels
N° 1209. - Les articles 1690 et 1691 touchent à l'intérêt des tiers, c'est-à-dire à l'intérêt général
N° 1210. - Les articles 1696 à 1698 sont de droit supplétif
N° 1211. - Le retrait litigieux peut se baser sur la *lex fori,* comme sur la loi à laquelle les parties sont soumises
N° 1212. - Opinions divergentes dans la doctrine
N° 1213. - De l'échange.
N° 1214. - De la disposition qui exclut la rescision pour cause de lésion dans l'échange. *Lex situs*
TITRE XXV. - Du contrat de louage. Observations générales.
N° 1215. - Conception du louage d'après le Code civil, et espèces diverses de louages

N° 1216. - Conséquences de ces définitions en droit international privé
N° 1217. - Cas où le contrat attribue au preneur un droit réel
N° 1218. - Biens des communes et établissements publics
CHAPITRE I^er. - DU LOUAGE DES CHOSES.
N° 1219. - Des choses que l'on peut louer. En général on applique la *lex situs*
N° 1220. - De la forme et de la preuve. *Locus regit actum*
N° 1221. - Droits du tuteur. Loi nationale du mineur
N° 1222. - Le droit de sous-location dépend en principe de la volonté des parties. Mais la *lex situs* a ici une importance prépondérante
N° 1223. - Opinions des auteurs
N° 1224. - Avantages pratiques de notre solution
N° 1225. - La *lex situs* semble s'imposer, au moins comme loi acceptée par les parties, dans les matières réglées par les articles 1722 à 1732
N° 1227. - Idem quant aux articles 1733 et 1734 sur la responsabilité du preneur en cas d'incendie
N° 1228. - Il en est de même quant à l'extinction du contrat et à la tacite reconduction
N° 1229. - Du cautionnement de bail. Part d'influence de la *lex situs*
N° 1230. - De l'extinction ou de la non extinction du contrat par la vente spécialement. *Lex situs*
N° 1231. - De l'obligation de garnir les lieux loués. *Lex situs*
N° 1232. - Il en est de même quant aux réparations locatives
N° 1233. - Ainsi qu'en ce qui concerne le bail des meubles meublants ou d'un appartement meublé, les délais de congé, etc.
N° 1234. - Quelques-unes des dispositions sur les baux à ferme intéressent même le bon régime de la propriété immobilière
N° 1235. - Il en est ainsi notamment des articles 1769 à 1778
N° 1236. - Ces considérations ne s'appliquent pas au bail de meubles en général
CHAPITRE II. - DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.
N° 1237. - Observations générales sur les trois espèces de louages d'ouvrage ou d'industrie
N° 1238. - L'art. 1780 est d'ordre public absolu
N° 1239. - Opinions diverses sur les effets de la prohibition
N° 1240. - De la disposition abrogée de l'art. 1781
N° 1241. - Observations générales sur le contrat de transport et sur la Convention de Berne
N° 1242. - Loi qui régit la responsabilité des voituriers en général
N° 1243. - Spécialement dans le cas de transports internationaux
N° 1244. - Suite
N° 1245. - Questions principales résolues par la Convention de Berne
N° 1246. - Comment elles devraient être résolues en l'absence de Convention internationale
N° 1247. - Observations générales sur les devis et marchés. La question de savoir quelle est la nature du contrat, quand l'entrepreneur fournit la matière, n'intéresse pas l'ordre public
N° 1248. - Les parties ont probablement en vue la loi du lieu où l'ouvrage doit être fait s'il s'agit d'immeubles
N° 1249. - Sinon il faut tenir compte de la situation relative des parties
N° 1250. - Mêmes observations en ce qui touche la responsabilité de l'entrepreneur ou architecte
N° 1251. - Mêmes distinction quant aux articles 1793 à 1797 et 1799. Quant à l'art. 1798 il faut appliquer la loi du siège de l'obligation ou la *lex fori*
N° 1252. - Nature du bail à cheptel
N° 1253. - Observations sur les diverses espèces de baux à cheptel
N° 1254. - Quant au cheptel simple, on applique les présomptions ordinaires. Mais l'art. 1811 semble en partie d'ordre public
N° 1255. - Du cheptel à moitié non donné par le bailleur à son fermier. Règles ordinaires. Mais l'art. 1893 intéresse les tiers
N° 1256. - Du cheptel donné par le bailleur à son fermier ou colon partiaire. Prédominance de la *lex situs*
N° 1257. - Du contrat improprement appelé cheptel. Loi applicable
TITRE XXVI. - Du contrat de société. Observations générales.
N° 1258. - Importance du droit international privé en cette matière
N° 1259. - Les règles législativement admises, quant aux sociétés commerciales, en droit international, ne peuvent s'appliquer *littéralement* à la société civile, mais présentent un grand intérêt à ce point de vue
N° 1260. - Portée du principe de l'art. 1873 Code civil. Comparaison avec l'article 1^er de la loi de 1873
N° 1261. - Les sociétés civiles ayant la personnification civile en pays étranger ne l'ont point par cela même en Belgique
N° 1262. - On ne peut pas appliquer à la société les présomptions d'intention généralement admises pour d'autres contrats
N° 1263. - Quant à la forme: *locus regit actum*
N° 1264. - Sociétés en vue d'un objet illicite interdites même entre étrangers: jeu, contrebande etc... Quid des sociétés comprenant une succession future? Art. 1837. Opinion de Brocher
N° 1265. - Cette opinion est trop absolue. Notre opinion
N° 1266. - Suite
N° 1267. - La prohibition semble devoir s'appliquer même aux sociétés commerciales. Réfutation des objections
N° 1268. - Il est naturel d'appliquer en général à la société civile, comme à la société commerciale, la loi du pays auquel elle appartient
N° 1269. - Ce pays est en général pour la société commerciale celui du siège social. Résolutions de l'Institut à cet égard
N° 1270. - Examen critique de ces Résolutions
N° 1271. - Le siège social statutaire présente une importance considérable en tant qu'il s'agit de droit supplétif
N° 1272. - On ne doit pas nécessairement s'y arrêter quand il ne s'agit pas de droit supplétif
N° 1273. - D'après la loi belge, il faut rechercher le principal établissement de la société
N° 1274. - Difficultés quand le siège administratif est ailleurs
N° 1275 - Distinctions qui doivent servir à les résoudre
N° 1276. - Cas où il y a plusieurs centres d'exploitation. Influence concurrente de plusieurs législations
N° 1277. - Quand le choix s'impose on doit se prononcer pour le siège administratif
N° 1278. - Conclusion
N° 1279. - Des sociétés commerciales constituées en Belgique et ayant leur siège en pays étranger. Discussion sur leur nationalité
N° 1280. - Sens des mots *commerciales industrielles* ou *financières*. Législations française et anglaise. Les sociétés civiles ont-elles un siège?
N° 1281. La nationalité des associés peut avoir de l'importance sous certains rapports
N° 1282. - Pour décider si une société étrangère est civile ou commerciale, il faut s'en rapporter en Belgique à la législation belge
CHAPITRE I. - DES SOCIETES CIVILES EN PARTICULIER.
N° 1283. - La question de savoir si une association étrangère est une *société* civile doit être résolue d'après la loi étrangère
N° 1284. - De la condition que la société doit avoir un objet licite, et de la portée de nos lois d'ordre public à cet égard
N° 1285. - De la condition d'après laquelle il doit y avoir une mise en commun, et de la preuve
N° 1286. - Des sociétés universelles de gains; *lex situs* en ce qui concerne les immeubles
N° 1287. - Des sociétés universelles art. 1840. Lois applicables
N° 1288. - Les articles 1841 à 1861, sauf l'art. 1855, appartiennent au droit supplétif
N° 1289. - De la convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices. Leur nullité est d'ordre public absolu. Conséquences
N° 1290. - Les articles 1862 à 1864 sont plutôt de droit supplétif
N° 1291. - Observations générales sur les causes d'extinction de la société civile. Opinion de Brocher
N° 1292. - De la présomption que la société contractée sans terme est contractée pour toute la vie des associés, et du droit de renonciation. Est-il d'ordre public?
N° 1293. - De la société contractée pour une affaire déterminée, et de la prorogation
N° 1294. - Fin de la société par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation, ou par la mort naturelle
N° 1295. - Effet de la mort civile
N° 1296. - De l'interdiction et de la déconfiture
N° 1297. - De l'extinction de la société par la volonté d'une des parties. Renvoi
N° 1298. - Discussion de la portée de l'art. 1873 en ce qui concerne les sociétés étrangères
N° 1299. - Les sociétés anonymes étrangères de nature civile même pour l'exploitation des mines et carrières n'ont pas la personnification civile en Belgique
N° 1300. - Autres associations non commerciales
N° 1301. - Sociétés d'assurances mutuelles étrangères. Elles sont valables en Belgique
N° 1302. - Elles jouissent de la personnification civile en Belgique
CHAPITRE II. - DES SOCIETES COMMERCIALES.
N° 1303. - Les articles 128 et suivants ne touchent point aux principes du droit international privé sur les lois relatives à la capacité, à la forme, à l'ordre public
N° 1304. - Publicité prescrite en ce qui concerne les sociétés étrangères ayant une succursale ou un siège d'opérations en Belgique
N° 1305. - Sociétés étrangères contraires aux bonnes moeurs
N° 1306. - Incapacité, choses hors du commerce, sociétés illicités, etc.
N° 1307. - Sociétés contraires à la fois aux bonnes moeurs, et à l'intérêt économique.
N°1308. - Des conditions relatives à la liberté des consentements.
N° 1309. - D'après quelle loi on doit apprécier si une société étrangère est commerciale. Renvoi
N° 1310. - Des sociétés commerciales contractées sous d'autres formes peuvent avoir la personnalité civile en Belgique
N° 1311. - Formes de publicité; leur applicabilité aux sociétés étrangères formées en Belgique
N° 1312. - De l'applicabilité des lois qui déterminent les représentants des sociétés et leur responsabilité
N° 1313. - Règles concernant les actions et leur transmission. La loi du principal établissement domine
N° 1314. - Transfert des actions nominatives
N° 1315. - Transmission des actions au porteur
N° 1316. - Publication des bilans, etc
N° 1317. - Administration et surveillance des sociétés anonymes
N° 1318. - Assemblées générales. Formes et délais des réunions, des délibérations. Loi applicable
N° 1319. - Loi du principal établissement
N° 1320. - Formes de publicité. Résolutions de l'Institut de droit international dans la session de Hambourg

N° 1321. - Conditions spéciales auxquelles l'émission et la négociation des actions sont subordonnées en certains pays.
N° 1322. - Quand la publication des bilans est exigée, ils doivent contenir les mentions qu'exige la loi belge
N° 1323. - Les art. 68 à 70 sont, en partie au moins, d'ordre public absolu, et s'appliquent même aux sociétés étrangères
N° 1324. - Les sociétés étrangères en commandite par actions, ayant une succursale en Belgique, ne sont pas sujettes à toutes les formes de publicité prescrites pour les sociétés anonymes.
N° 1325. - Des sociétés coopératives étrangères
N° 1326. - Suite. Distinction des conditions de forme et de fond
N° 1327. - Suite
N° 1328. - Mesures dans l'intérêt des tiers. Esprit de la loi belge. Même à cet égard il faut appliquer la loi du principal établissement
N° 1329. - Sociétés momentanées
N° 1330. - Sociétés en participation
N° 1331. - Liquidation des sociétés commerciales. Observations générales
N° 1332. - Cas où elles ont une succursale en Belgique. Responsabilité vis-à-vis des tiers
N°1333. - Actions et prescriptions
N° 1334. - Délits relatifs aux sociétés commerciales. Distinctions
N° 1335. - Suite
N° 1336. - Preuve des imputations dirigées contre les gérants, etc. *Lex fori*
N° 1337. - Prescription de l'action en responsabilité contre les gérants. Distinction
N° 1338. - Les sociétés civiles étrangères autres que celles pour les mines et carrières n'ont pas la personnification civile en Belgique
N° 1339. - De l'arbitrage forcé en matière de sociétés, lorsqu'il est établi par une loi étrangère
TITRE XXVII. - Du Prêt.
N° 1340. - Eléments du contrat de prêt d'après nos lois. Du cas où une loi étrangère le définirait autrement
N° 1341. - Cas où le commodat serait rémunéré d'après la loi étrangère
N° 1342. - Extinction du prêt à usage par la mort de l'emprunteur. Loi applicable
N° 1343. - Obligations réciproques. Application en général de la loi que le prêteur a eue en vue
N° 1344. - Prêt à intérêts. Cas où il est gratuit
N° 1345. - L'art. 1894 n'est qu'une disposition interprétative sous forme prohibitive
N° 1346. - La disposition de l'art. 1895 ne s'applique pas d'une manière absolue aux contrats régis par une loi étrangère. Il faut distinguer
N° 1347. - Exemple
N° 1348. - De la disposition d'après laquelle l'intérêt n'est dû que s'il a été stipulé
N° 1349. - De l'interdiction des stipulations d'intérêts
N° 1350. - De l'article qui interdit la répétition des intérêts payés et non stipulés
N° 1351. - La question de savoir si l'intérêt doit être fixé par écrit se rattache à la forme. L'effet de la quittance du capital, sans réserve d'intérêts, se rattache au fond
N° 1552. - Du principe que la rente foncière est essentiellement rachetable, et qu'on ne peut stipuler l'interdiction du rachat pendant plus de trente ans. *Lex situs*
N° 1353. - Même question quant aux rentes perpétuelles en général
N° 1354. - De la disposition qui permet d'imposer le rachat au débit rentier
N° 1355. - Renvoi quant au contrat de rente viagère
TITRE XXVIII. - Du dépôt et du sequestre.
N° 1356. - Portée du principe de la gratuité du dépôt en droit international
N° 1357. - Si le dépôt est gratuit on applique en général la loi du domicile du dépositaire
N° 1358. - Conséquences quant aux obligations réciproques
N° 1359. - Formes: *locus regit actum.* En ce qui touche la capacité, loi nationale, sauf l'alinéa 2 de l'art. 1926
N° 1360. - Obligation de l'héritier du dépositaire: loi du domicile du dépositaire, et loi qui régit la succession
N° 1361. - L'alinéa 2 de l'art. 1938 est d'ordre public
N° 1362. - Effets de la mort civile du déposant
N° 1363. - Capacité de recevoir la restitution du dépôt. Loi nationale
N° 1364. - Lieu et époque où la restitution doit être effectuée. Loi du domicile du dépositaire, sauf obstacles dans la *lex fori*
N° 1365. - Dépôt nécessaire. Loi du lieu où le dépôt s'effectue, quant à la responsabilité du dépositaire
N° 1366. - Observations générales en ce qui concerne le sequestre
N° 1367. - Pour le sequestre volontaire mêmes règles en général que pour le dépôt; pour le sequestre judiciaire loi du lieu du jugement
TITRE XXIX. - Des contrats aléatoires.
N° 1368. - Définitions diverses de ces contrats
N° 1369. - Jeu et pari. Pourquoi ce contrat est proscrit
N° 1370. - Suite. Ordre public moral et économique
N° 1371. - Quand l'exception peut être invoquée. Renvoi au Tome I
N° 1372. - De l'action en répétition. Elle ne peut être exclue qu'en vertu de la loi du lieu où l'on a joué, ou de la loi nationale du demandeur
N° 1373. - Du contrat de rente viagère, et des prohibitions qui pourraient être édictées par une loi étrangère
N° 1374. - L'application des articles 1974 et 1975 ne dépend point du situs, mais du lieu du contrat ou de la nationalité
N° 1375. - De l'art. 1976 qui fait dépendre des conventions le taux de la rente
N° 1376. - Importance du domicile du débiteur au point de vue de l'application des articles 1977 à 1980
N° 1377. - Insaisissabilité de la rente. *Lex fori*
N° 1378. - Effets de la mort civile du crédit rentier étranger
N° 1379. - Suite
N° 1380. - Suite
N° 1381. - De la nécessité de justifier de son existence pour demander les arrérages. *Lex fori*
TITRE XXX. - Du mandat.
N° 1382. - Observations générales. Il n'est traité ici que du mandat proprement dit
N° 1383. - Interdiction d'accomplir certains actes par mandataire. Application en général de la maxime *locus regit actum*
N° 1384. - Du mandat impératif et du mandat général, en matière de statut personnel
N° 1385. - Définition du mandat en droit français, et ses effets en droit international
N° 1386. - Le mandat et l'acceptation peuvent être envisagés isolément, au point de vue de la règle *locus regit actum* quant à la forme
1387 - Difficultés contre lesquelles se heurte la solution contraire
N° 1388. - Exceptions à l'application absolue de l'ancienne maxime
N° 1389. - Diversité des opinions sur la loi applicable comme droit supplétif. Notre opinion
N° 1390. - Confusion dans la doctrine et la jurisprudence
N° 1391. - On doit appliquer en général la loi du domicile du mandant aux rapports entre parties
N° 1392. - Pour la responsabilité vis-à-vis des tiers on n'appliquera pas nécessairement la même loi
N° 1393. - La responsabilité du mandant vis-à-vis des tiers peut être étendue au-delà de la mesure déterminée par sa loi personnelle
N° 1394. - Appréciation de la jurisprudence
N° 1395. - Obligations du mandataire vis-à-vis des tiers et loi qui les régit
N° 1396. - Obligations du mandant. Loi qui les régit
N° 1397. - Diverses lois doivent être prises en considération s'agissant des causes d'extinction du mandat, suivant la nature de celles-ci
N° 1398. - Obligations particulières des héritiers du mandataire lors du décès de ce dernier
TITRE XXXI. - Du cautionnement.
N° 1399. - Diversité des opinions sur la question de savoir quelle loi régit le cautionnement
N° 1400. - Complication des questions, et pluralité des rapports de droit à apprécier
N° 1401. - Rapports entre la caution et le créancier lorsque le cautionnement est spontané. On doit appliquer en général la loi du lieu du domicile de la caution
N° 1402. - Cette règle n'est pas absolue
N° 1403. - Application de l'art. 2011 du Code civil en particulier. Il se rattache à la nature du cautionnement. *Lex loci contractus* en général
N° 1404. - Art. 2012. Mêmes observations
N° 1405. - Il en est de même de l'art. 2013
N° 1406. - Ainsi que de l'art. 2014
N° 1407. - L'art 2015 se rattache à la forme, l'art. 2016 à l'étendue du cautionnement. *Lex loci contractus*
N° 1408. - Les obligations des héritiers de la caution dépendent aussi dans une certaine mesure de la loi qui régit la succession
N° 1409. - La loi qui régit les rapports entre le créancier et le débiteur principal doit être déterminée d'après les principes généraux
N° 1410. - Les art. 2021 à 2027 sur l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution se rattachent, sauf quelques exceptions, au droit supplétif
N° 1411. - Le bénéfice de discussion doit être admis en général lorsqu'il est consacré par la loi du domicile de la caution
N° 1412. - L'art. 2022 est de procédure. L'art. 2023 touche au fond du droit, comme les art 2024 à 2026. Loi du domicile de la caution. L'art. 2027 se rattache à la procédure
N° 1413. - Pour déterminer la loi qui régit les effets du cautionnement entre la caution et le débiteur, une distinction est nécessaire
N° 1414. - De la subrogation de la caution aux droits du créancier, et de la solidarité des débiteurs principaux vis-à-vis de la caution
N° 1415. - Exclusion du recours de la caution contre le débiteur qui a payé une seconde fois, à défaut d'avis
N° 1416. - Droit d'action de la caution contre le débiteur avant de payer
N° 1417. - Extinction du cautionnement. Lois diverses
N° 1418. - Cautionnement fourni en vertu d'un jugement, ou d'une loi impérative
TITRE XXXII. - Des transactions.
N° 1419. - Observations générales. L'écrit n'est exigé que pour la preuve
N° 1420. - Capacité de transiger. Loi nationale en principe. Restrictions
N° 1421. - Transaction sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit
N° 1422. - Les art. 2047 à 2049 sont de droit supplétif. Effet de la transaction vis-à-vis des tiers (art. 2051). *Lex fori.* - Nullités de la transaction pour erreur, dol, violence, etc.
N° 1423. - Contrainte par corps. *Lex fori*

TITRE XXXIII. - Du nantissement.
N° 1424. - Observations générales. Ce contrat intéresse essentiellement les tiers
N° 1425. - Deux espèces de nantissement. Observations générales
N° 1426. - Gage valable à l'origine. Transport des choses en un autre pays
N° 1427. - Effets du gage. Influence de la *lex situs*
N° 1428. - Formes et spécialement enregistrement. Influence de la *lex situs*
N° 1429. - Mise en possession exigée. *Lex situs.* Cas de déplacement de la chose
N° 1430. - Formalités pour la réalisation du gage. *Lex situs*
N° 1431. - Droit de rétention du gage pour d'autres créances. Loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises
N° 1432. - Indivisibilité du gage entre les héritiers. Loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises
N° 1433. - Même comme loi à laquelle les parties sont censées s'être soumises la *lex situs* a ici une importance particulière
N° 1434. - Controverse sur l'étendue du droit qui résulte de l'antichrèse
N° 1435. - Conflits. La *lex situs* constitue la limite
N° 1436. - Applications articles 2085 à 2091
TITRE XXXIV. - Des privilèges et hypothèques.
N° 1437. - Observations générales.
1438. - Les étrangers interdits ont-ils hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs situés en Belgique? Discussion. Solution négative
N° 1439. - Suite. - Quid de l'hypothèque conventionnelle, testamentaire, etc.?
N° 1440. - Suite. Réponse aux objections
N° 1441. - Suite et conclusion. Dans tous les cas l'incapable étranger n'a hypothèque légale que si ce droit lui est reconnu par sa loi nationale
N° 1442. - Formes de la transmission des droits réels. *Lex situs* quant aux effets vis-à-vis des tiers
N° 1443. - Inscription de certaines actions. *Lex fori et lex situs* combinées
N° 1444. - Le principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers est essentiellement de statut réel.
N° 1445. - De la subrogation réelle établie par l'art. 10. Distinction
N° 1446. - La *lex situs* détermine au moins limitativement les privilèges, leur étendue, leur rang, leurs effets. Elle ne suffit pas toujours pour conférer le privilège
N° 1447. - Difficultés pour les privilèges et hypothèques maritimes. Opinions récentes en faveur de la loi du pavillon.
N° 1448. - Combinaison de cette loi avec la *lex situs*
N° 1449. - Formes de publicité. Difficultés
N° 1450. - Autres droits de préférence en matière maritime
N° 1451. - Diversité des décisions
N° 1452. - Distinction, et combinaison de la loi du pavillon et de la *lex situs* avec l'exterritorialité des navires étrangers
N° 1453. - Validité du contrat générateur, et ses effets. En général il faut appliquer la loi du pavillon
N° 1454. - Observations générales
N° 1455. - Mesure d'application de la *lex situs* aux privilèges immobiliers
N° 1456. - Privilèges généraux sur les meubles et les immeubles. Loi applicable
N° 1457. - Privilèges spéciaux sur les meubles. Mesure d'application de la *lex situs*
N° 1458. - Formalités de publicité. En général on applique la *lex situs*
N° 1459. - Difficulté spéciale en ce qui concerne la séparation de patrimoines
N° 1460. - Nature, effets, étendue, formes de la constitution d'hypothèque: *lex situs*
N° 1461. - Droit particulier établi par l'art. 45 de la loi hypothécaire. En général *lex situs*. Restrictions
N° 1462. - Les étrangers interdits ou colloqués n'ont pas en général d'hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs ou administrateurs situés en Belgique
N° 1463. - La spécialité et l'inscription sont toujours nécessaires s'agissant de biens situés en Belgique. Il en est de même de la délibération sur la nécessité de l'hypothèque, de la fixation de la somme etc
N° 1464. - Sanctions
N° 1465. - Formes que l'on peut observer par équipollents
N° 1466. - Tutelle d'un Belge ouverte en pays étranger. Insuffisance des sanctions
N° 1467. - Hypothèque légale de la femme mariée. A qui l'autorisation doit être demandée dans certains cas
N° 1468. - A qui appartient le droit de requérir les inscriptions s'agissant d'étrangers
N° 1469. - L'interdiction de renoncer s'applique-t-elle à la femme étrangère?
N° 1470. - De la capacité d'aliéner requise pour constituer hypothèque. *Lex situs.* Les questions de capacité proprement dite régies par la loi nationale. Quid des absents?
N° 1471. - Forme des hypothèques conventionnelles. Application restreinte de la règle *locus regit actum*
N° 1472. - Spécialité; *lex situs.* L'art. 79 est de droit supplétif
N° 1473. - Mesure dans laquelle on applique la *lex situs* en ce qui concerne les dispositions de l'art. 80
N° 1474. - Rang des hypothèques; mode et effets de l'inscription et du renouvellement régis par la *lex situs.* La charge des frais dépend du droit supplétif. Autres questions régies par la *lex situs*
N° 1475. - L'hypothèque s'éteint dès que la *lex situs* en dispose ainsi. Mais elle peut s'éteindre aussi en vertu de la loi à laquelle les parties se sont soumises
N° 1476. - Dispositions additionnelles de la loi hypothécaire belge
TITRE XXXV. - De la loi qui régit les prescriptions.
N° 1477. - Observations générales
N° 1478. - En ce qui touche la prescription acquisitive on doit appliquer d'une manière presque absolue la *lex situs*
N° 1479. - Il en est de même de la règle qu'il faut être capable d'aliéner pour pouvoir renoncer à une prescription acquise
N° 1480. - Droit de suppléer d'office la prescription, etc., régi par la *lex fori.* Les droits des tiers par la *lex situs* ou la *lex fori*
N° 1481. - Choses susceptibles d'être acquises par prescription; possession nécessaire; causes qui empêchent la prescription. - *Lex situs*
N° 1482. - Causes d'interruption. On applique en général la *lex situs* s'agissant de la prescription acquisitive. Réserves et distinctions quant à la prescription libératoire
N° 1483. - Effets de l'interpellation à l'un des héritiers, à l'un des débiteurs solidaires. Combinaison de la loi qui régit la succession et de celle qui régit le contrat avec la *lex situs*
N° 1484. - Suspension de la prescription. Combinaison de la *lex situs* avec la loi nationale
N° 1485. - Suite
N° 1486. - Temps requis pour prescrire. Prédominance de la *lex situs.* Observations spéciales sur la prescription trentenaire
N° 1487. - La longue prescription essentiellement basée sur l'intérêt social
N° 1488. - De la disposition de l'art. 2263 sur le droit du crédit rentier
N° 1489. - De certaines prescriptions non réglées au titre de la prescription. Loi applicable
N° 1490. - De certaines prescriptions non réglées au titre de la prescription. Spécialement des actions en révocation de donations, en rescision, etc
N° 1491. - Suite. - Action en supplément de prix de vente
N° 1492. - Déchéance de l'action du chef de vices rédhibitoires
N° 1493. - Terme maximum du droit de reméré
N° 1494. - De quelques autres prescriptions
N° 1495. - Suite. Prescription de l'action civile résultant d'un délit
N° 1496. - Prescription de dix et vingt ans
N° 1497. - Courtes prescriptions fondées sur une présomption de payement
N° 1498. - Suite. Système de la Cour de Cassation de France
N° 1499. - Doctrine de Brocher. Critique
N° 1500. - Suite. Notre opinion
N° 1501. - Courtes prescriptions basées sur l'ordre public
N° 1502. - Suite
N° 1503. - Règle: en fait de meubles possession vaut titre. Loi applicable
N° 1504. - La règle intéresse le régime des biens
N° 1505. - Difficultés d'application
N° 1506. - Les restrictions de la règle sont dominées par la *lex situs*
N° 1507. - Dans quelle mesure les lois relatives à la prescription rétroagissent ou non
N° 1508. - Conclusion
FIN DE LA TABLE DES MATIERES.