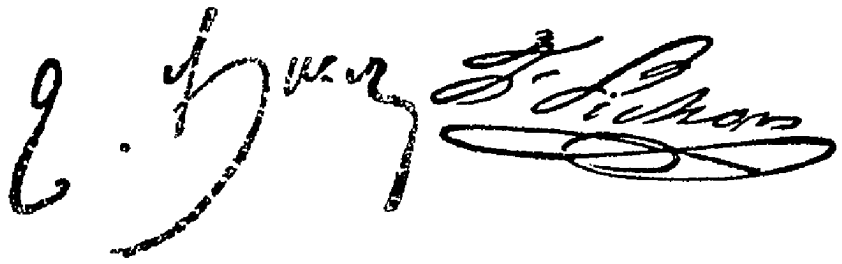
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

X

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.



COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

4702
10

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME DIXIÈME

Vente; — Vices rédhibitoires, L. 2 août 1884;
Cession, Échange;
Louage; — Loyers et Baux; — Colonat partiaire, L. 16 juillet 1889;
Louage d'ouvrage et d'industrie;
Voituriers, Transports; — Devis et Marchés; — Cheptel.

Art. 1582 à 1831.

(Appendice sur la loi du 20 juin 1896, sur le consentement au mariage et sur l'acte respectueux.)

BIBLIOTHÈQUE

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1897

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE SIXIÈME.

DE LA VENTE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DE LA VENTE.

§ 1er. — Généralités sur la nature, les effets et la forme de la vente.

1. — Définition de la vente, art. 1582; comparaison avec l'échange.
2. — Preuve de la vente; cas où il a été convenu qu'un écrit serait rédigé.
3. — Obligation de livrer résultant de la vente; transfert de la propriété de la chose vendue.
4. — Suite.
5. — C'est le transfert de la propriété qui permet de distinguer la vente du louage. — Applications aux récoltes et produits des carrières;
6. — Aux machines et appareils industriels livrés moyennant des paiements successifs.

7. — Le transfert de la propriété peut, d'ailleurs, révéler un coutrat autre que la vente.
8. — Éléments essentiels du contrat de vente.
9. — Ventes par correspondance ou par mandataire.
10. — Achats sous réserve de déclarer command, ou pour acheteur à désigner.
11. — Effet translatif de la vente d'un corps certain, art. 1583.
12. — Du consentement sur la chose et le prix. — Erreur. — Taxes nouvelles mises sur la chose vendue avant sa livraison.

1. Le contrat de vente est l'un des plus usuels ; tout le monde en a une idée sommaire, à laquelle se réfère la définition suivante :

ART. 1582. La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. — Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé (*).

C'est l'obligation de payer une somme d'argent à titre de prix qui distingue essentiellement la vente de l'échange, comme l'espèce se sépare du genre.

D'après un fragment de Paul, la vente serait un perfectionnement de l'échange, de la *permutatio rerum* (1) ; elle s'en serait détachée à l'époque de l'apparition de la monnaie, et aurait laissé la simple *permutatio* ou échange avec son caractère primitif.

Cet aperçu n'est pas complètement exact : l'échange de nos jours n'est pas du tout l'ancienne *permutatio rerum*.

Cette *permutatio* avait lieu à l'époque reculée où le signe monétaire n'existait pas encore, où il n'y avait pas à proprement parler de *marché* pouvant déterminer la *valeur* moyenne d'une chose, et où, par conséquent, la *valeur* n'avait pas encore été nettement distinguée de l'*utilité* (Comp. t. IX, n° 222).

Dans ces temps primitifs on échangeait, les unes contre les autres, non pas des *valeurs*, mais des *utilités*.

(*) Art. 1582. — L. 1, pr. § 2, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 2, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

(1) L. 1, D. 18, 1, *De contr. empt.*

L'apparition de la monnaie, *instrument qui, dans les échanges, sert de mesure, et est, par lui-même, un équivalent*, a permis d'établir des *marchés* pour toutes choses, et par suite, a rendu facile la détermination de la valeur d'un objet quelconque.

Aujourd'hui, par conséquent, on échange des *valeurs* et non des *utilités*. L'échange actuel n'est donc plus une simple *permutatio rerum*, et quand les économistes parlent de l'*échange des produits*, ils n'entendent plus cette expression dans le sens ancien de *permutatio*.

Par suite, la différence qui existe entre la vente et l'échange n'est pas aussi tranchée qu'on le croit.

La vente engendrant des obligations corrélatives est un contrat synallagmatique. Ce contrat est généralement commutatif; mais il peut quelquefois être aléatoire.

2. En ce qui concerne la preuve, le contrat de vente demeure soumis au droit commun. C'est un contrat consensuel, du moins par sa nature, sinon par son essence, c'est-à-dire qu'il n'est pas assujetti pour son existence à des formes solennelles quelconques, et que lorsque la loi exige une preuve écrite, cette preuve peut être faite par acte sous seing privé comme par acte authentique. Telle est l'unique signification de la disposition finale de l'art. 1582.

Les parties pourraient cependant convenir que la vente serait rédigée par écrit, ou, ce qui arrive plus souvent, elles pourraient commencer par faire un acte sous seing privé, qu'on appelle dans la pratique *police de vente*, et insérer dans cette police la clause que l'acte sous seing privé serait ultérieurement converti en acte authentique.

Il faudra, dans tous les cas, s'en tenir à l'intention des parties. S'il est certain qu'elles ont voulu subordonner l'existence de la vente à la passation d'un acte, la vente n'existera qu'à partir du moment où l'acte sera dressé. Sinon, il faudra considérer les parties comme ayant eu simplement pour but

de faciliter entre elles la preuve du contrat et d'en poursuivre l'exécution, et non d'en subordonner la validité à la formalité de l'écriture ou de l'authenticité (1). Par conséquent la vente, en ce cas, pourra être prouvée par témoins, si la valeur de l'objet vendu, telle qu'elle est déterminée par le prix convenu, n'est pas supérieure à 150 fr. (2). Si la valeur de la chose dépassait ce chiffre, la preuve testimoniale ne serait admissible qu'avec un commencement de preuve par écrit.

Enfin, l'aveu indivisible de la partie (3) et le serment pourraient servir à établir l'existence d'une vente, quelle que soit la valeur de l'objet vendu.

Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre le cas où les parties n'ont d'abord rédigé aucun écrit, et néanmoins convenu qu'un écrit serait ultérieurement dressé auquel cas il faudrait présumer que l'existence de la vente est subordonnée à la rédaction d'un acte, et celui où les parties ayant rédigé un acte sous seing privé, auraient convenu de le convertir plus tard en acte authentique, auquel cas il faudrait toujours présumer que leur intention n'a pas été de tenir en suspens la validité de la vente (4).

Mais les conventions dont nous venons de parler ne produisent d'effet qu'entre les parties et n'apportent aucun changement à la condition du vendeur vis-à-vis de ses créanciers. Par conséquent si ces derniers font saisir et vendre l'immeuble vendu par acte sous seing privé, avant que cet acte ait été converti, comme cela avait été convenu, en acte public, l'obli-

(1) Cass. 24 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 17 avr. 1896; DUVERGIER, t. I, n° 166; AUBRY et RAU, § 343, texte et note 21; LAURENT, t. XXIV, n°s 126-130; GUILLOUARD, *Vente*, t. I, n° 9; Comp. Gand, 24 avr. 1855, *Pas.*, 55, 2, 210.

(2) Toulouse, 17 août 1872, D. 72, 2, 221.

(3) Cass. arrêt précité du 24 fév. 1896.

(4) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 36; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 3; Angers, 15 fév. 1866, S. 66, 2, 169.

gation de passer ultérieurement un acte authentique se trouve éteinte (1).

Le Tribunat avait proposé, *utilitatis causâ,* que la vente d'un immeuble ne pût être faite que par écrit. Ce système fut repoussé parce qu'on ne voulut pas restreindre la liberté des parties. Cette préoccupation de respecter la liberté civile quand toute autre liberté était détruite, était au moins singulière. Le Code civil italien n'a pas été arrêté par un tel scrupule (article 1314), et notre Code de commerce a admis une exception à la règle pour la vente volontaire d'un navire qui doit toujours être faite par écrit (art. 195). On ne voit pas pourquoi la vente d'un navire, quelle que soit sa valeur, serait entourée de plus de garanties que la vente d'un immeuble. Quoi qu'il en soit, la loi du 23 mars 1855, en exigeant la transcription en matière immobilière, a eu, en fait, pour conséquence, de soumettre presque toujours à la nécessité d'un écrit, les ventes d'immeubles. Mais ce n'est là qu'une conséquence en quelque sorte accidentelle, car le législateur, bien des fois sollicité, a toujours refusé de prescrire le recours au ministère d'un notaire pour la constatation des ventes d'immeubles (2).

3. Notre art. 1582 mentionne encore les principaux effets de la vente. C'est, pour l'acheteur, l'obligation de payer le prix, et, pour le vendeur, *l'obligation de livrer la chose.* Que faut-il entendre par là?

Le mot *livrer* signifie ordinairement : *effectuer une simple délivrance.* Mais il ne suffit pas que l'acheteur ait été matériellement mis en possession; il faut encore qu'il puisse conserver la chose et en disposer à toujours. Or il n'en sera ainsi que s'il a été rendu propriétaire, et il faut que ce résultat lui soit garanti. L'objet précis de l'obligation du vendeur doit donc, être ce semble, la translation *actuelle* ou *ultérieure* de la propriété de la chose vendue.

(1) Cass. 15 déc. 1891, D. 92, 1, 576.
(2) Voy. LABBÉ, *Rev. crit.*, 1881, *Exam. doctr.*, p. 336.

L'acheteur, en effet, achète uniquement pour devenir propriétaire, et il faut qu'il devienne propriétaire.

On a prétendu que cette idée si simple avait été méconnue par les jurisconsultes romains, *qui étaient en dehors de la vie réelle* (1), de sorte que la gloire de l'avoir découverte appartiendrait aux jurisconsultes de la période moderne, et finalement aux rédacteurs du Code civil qui, les premiers, l'auraient consacrée !

Cela serait, il faut en convenir, assez singulier. Nous remarquerons d'abord que la question de savoir si, en droit français, le vendeur est obligé de rendre l'acheteur propriétaire, n'est tranchée directement par aucun texte. L'affirmative résulte uniquement d'une décision concernant la vente de la chose d'autrui. « Le Code a innové, dit-on, et l'innovation est considérable; au lieu de dire que le vendeur s'oblige à *livrer* la chose, il faut dire qu'il est tenu d'en transférer la propriété. Cela résulte d'un texte formel, de l'art. 1599, aux termes duquel la vente de la chose d'autrui est nulle (2). »

Par conséquent, demeurant la rédaction de l'art. 1582, il ne serait pas vrai de dire que le vendeur est tenu de transférer la propriété si l'art. 1599 n'existait pas. Ceci nous conduit à faire l'importante constatation qui suit : Le législateur n'a pas dit : Le vendeur est tenu de transférer la propriété, donc la vente de la chose d'autrui est nulle, mais il a dit seulement : *La vente de la chose d'autrui est nulle.* Ce sont les commentateurs qui ont tiré de cette déclaration la conclusion par eux considérée comme une découverte, que le vendeur devait être tenu de transférer la propriété. Mais, comme s'ils avaient été effrayés de leur audace, ils se sont empressés de déclarer

(1) *Sic*, LAURENT, t. XXIV, n° 3; Comp. GUILLOUARD, *Vente*, t. I, n° 5.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 2; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 446; GUILLOUARD, t. I, n° 5.

que la translation de la propriété n'est pas de l'*essence* de la vente mais seulement de sa *nature* (1)!

Or, c'est tout le contraire.

De tout temps il a été reconnu que la vente devait avoir rationnellement pour but final un transfert de propriété, concomitant de la convention ou ultérieur. Seulement ce transfert avait lieu, chez les Romains, par un mode spécial *(modus adquirendi)*, distinct du contrat *(titulus ad adquirendum)*.

En conséquence :

1° Le vendeur était tenu de transférer à l'acquéreur tous les droits dont il était investi. Donc quand il avait la propriété, il était obligé de la transférer par les modes appropriés, et on pouvait agir immédiatement contre lui *de fundo mancipando* (2) ;

2° quand le vendeur n'était pas propriétaire, l'acheteur mis en possession avait un juste titre pour usucaper *(pro emptore)*. Or, le juste titre doit être défini : celui qui est destiné à procurer un transfert de la propriété, mais qui a manqué son effet parce que le *tradens* n'était pas propriétaire. Il est à remarquer que, dans le titre *pro emptore*, la bonne foi devait exister non seulement au moment de la tradition, mais encore au moment du contrat (3), car c'est le contrat qui fait naître chez l'acheteur l'espoir de devenir propriétaire;

3° Quand le vendeur n'était pas propriétaire, l'acheteur mis simplement en possession, était donc trompé dans son expectative. Mais il ne pouvait agir que s'il était évincé. Avant l'éviction il n'aurait pu réclamer le transfert de la propriété que si la vente avait été transformée en stipulation. C'est ce qui permettait de dire que le vendeur n'était pas tenu en vertu du

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 4; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 2 *bis* II; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 447; GUILLOUARD, t. I, n° 6.

(2) GAIUS, IV, § 131.

(3) L. 7, § 4, D. 41, 4, *Pro emptore;* L. 7, § 16, 17, D. 6, 2, *De publ. in rem act.*

contrat de vente de transférer la propriété, une obligation de *dare* ne pouvant résulter que d'une stipulation (1);

4° Enfin était nulle toute convention ayant pour objet de dispenser le vendeur de rendre l'acheteur propriétaire; une pareille convention était contraire à l'essence de la vente :

Nemo potest videri, disait Labéon, *eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur ne ad emptorem transeat; sed aut locatio est aut aliud genus contractus* (2).

4. Les modernes en déclarant que le transfert de la propriété n'est pas de l'*essence* de la vente, mais seulement de sa *nature*, ont donc affirmé une contre-vérité. Du reste ils se donnent un démenti à eux-mêmes, lorsque, voulant expliquer leur formule, ils présentent comme exemple le cas où les parties ont formellement déclaré que la propriété ne sera transférée à l'acheteur qu'après un certain temps (3), ou à l'arrivée d'une condition, ou bien encore lorsque le vendeur, qui n'est pas propriétaire au moment du contrat, aura pu traiter avec le véritable propriétaire de l'objet vendu, ou enfin lorsque l'acquéreur aura payé son prix (4). Or, dans aucune de ces hypothèses on ne voit le vendeur dispensé de rendre l'acheteur propriétaire. La date du transfert de la propriété est seulement retardée ou rendue incertaine par une condition.

On a au contraire soutenu que, dans certains cas, le transfert de la propriété devait être *actuel*, et ne pourrait être valablement retardé par aucune clause. La jurisprudence belge nous en offre plusieurs exemples. Ainsi on a décidé que la négociation à terme de valeurs à lots était autorisée en Belgique, mais à condition toutefois qu'elle transfère immédiatement à l'acheteur, non seulement le droit aux coupons et

(1) L. 25, § 1, 18, 1, *De contrah. empt.*; Voy. MAYNZ, t. II, § 328, note 10.

(2) L. 80, § 3, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(3) Cass. Belge, 26 juill. 1872, *Pas.*, 72, 1, 152.

(4) *Contrà*, Gand, 3 avr. 1883, *Pas.*, 83, 2, 294.

aux chances de tirages, mais aussi la propriété du titre; or la propriété du titre n'est pas transmise à l'acheteur, si le vendeur se réserve la faculté de reporter le lot jusqu'au paiement intégral du prix, ou jusqu'à la sortie à un tirage de l'obligation. En conséquence, l'opération traitée avec pareille réserve est nulle (1). A été pareillement déclarée nulle une vente de valeurs à lots, quand le vendeur se réserve le droit de mettre en dépôt ou en nantissement les titres vendus, jusqu'au paiement intégral du prix, ou jusqu'à la sortie de l'obligation par voie de tirage au sort (2).

En France quelques décisions ont consacré pour certaines coupures inférieures au *minimum* légal des résultats analogues, mais par des motifs tout à fait différents et qui n'ont rien de juridique (3). Il a été finalement reconnu par la Cour de cassation, que, dans une vente de valeurs de bourse, il n'est pas interdit aux parties de convenir que les titres pourront être conservés par les vendeurs jusqu'à parfait paiement, ou déposés par eux, sous leur responsabilité, chez des tiers, même en garantie d'avances faites; une pareille clause ne constitue pas le pacte commissoire prohibé par l'art. 2078 (4), et il est certain qu'on peut vendre une simple chance.

C'est du reste avec raison que, laissant de côté cette idée que le transfert de la propriété n'est pas de l'essence de la vente, on a fait observer que le législateur aurait dû ajouter au texte de l'art. 1582, que le vendeur s'oblige à procurer à l'acheteur la possession *à titre de propriétaire*, car autrement l'obligation du vendeur ne se distinguerait pas de

(1) Trib. comm. Bruxelles, 24 juill. 1889, 3, 325 et la note.

(2) Cass. Belge, 1er mai 1890, *Pas.*, 90, 1, 193.

(3) Paris, 2 nov. 1892, S. 94, 2, 270; Comp. Cass. 18 juin 1872, S. 73, 1, 19; Cass. 9 mai 1857, S. 57, 1, 545; Voy. BUCHÈRE, *Traité des valeurs mobilières*, nos 314, 315, 1188.

(4) Cass. 14 mars 1894; Cass. 4 juin 1894, S. 94, 1, 393; Cass. 11 déc. 1888, D. 89, 1, 237; *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 174.

celle d'un bailleur (1), ainsi que l'avait déjà fait remarquer Labéon.

5. C'est en effet au transfert de la propriété qu'il faut s'attacher pour savoir si les parties ont voulu faire une vente ou un louage.

En principe quand il s'agit de dégager le véritable caractère d'un contrat, il faut s'en tenir à la qualification employée par les parties qui doivent savoir, mieux que personne, ce qu'elles ont voulu faire (2). Néanmoins comme les parties peuvent s'être servies de termes impropres, il faut aussi examiner les dispositions mêmes de l'acte et la nature des droits qui en font l'objet. La jurisprudence française a même une tendance à faire prévaloir l'appréciation des conventions faites par le juge (3).

Ce qui peut tromper les parties sur la véritable qualification qu'il convient d'adopter pour désigner leur contrat, c'est souvent cette circonstance que le prix à payer par l'une d'elles se décomposera en fractions périodiques, calculées d'après certaines bases, de sorte que l'opération ressemblera par certains côtés à une vente, par certains autres à un louage.

On a décidé en Belgique qu'une convention de ce genre, celle par laquelle le propriétaire d'une carrière en cède *la jouissance* à un tiers pour un temps déterminé et moyennant un prix fixe et annuel n'est ni une vente ni un louage, mais un contrat particulier, *sui generis*, ce qui ne veut rien dire, tenant à la fois du louage et de la vente (4).

Cette solution est inadmissible ; l'objet du contrat est exclusivement un transfert de propriété et non de jouissance ; le contrat est donc une vente, peu importe qu'il s'agisse d'une

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 446.
(2) Cass. 22 fév. 1887, S. 88, 1, 87.
(3) Voy. Cass. 15 fév. 1893, S. 94, 1, 149; Cass. 9 mai 1892, S. 92, 1, 423; Bourges, 26 déc. 1887, S. 88, 2, 78, etc.
(4) Liège, 31 déc. 1870, *Pas.*, 71, 2, 94, etc.

extraction de moellons, de kaolin (1), de terres plastiques (2) ou de minerai (3). La Cour de cassation a cru devoir faire remarquer que la propriété des moellons extraits se trouve réellement transférée, *puisque l'extraction de ces moellons qui, ne pouvant plus se reproduire, diminue la masse de la carrière, doit, après un temps plus ou moins long, l'anéantir entièrement* (4)...

Mais en quoi cette circonstance peut-elle influer sur la solution? La Cour de cassation a plusieurs fois implicitement reconnu qu'il n'y avait pas à en tenir compte. Ainsi elle a jugé avec raison que la convention par laquelle un propriétaire concède à une autre personne, le droit de récolter pendant un certain nombre d'années un produit particulier (écorce de chênes-lièges), *dont il se réserve la jouissance et l'usage* direct constitue une vente mobilière et non un louage (5). La même solution a été admise pour un cas où la chose à livrer consistait dans la première et la seconde herbe de l'année, *sans autre concession de jouissance* (6). Dans toutes ces hypothèses, cependant, la chose vendue était de nature à se reproduire.

Il résulte des décisions qui précèdent, que, pour distinguer la vente du louage, il faut s'attacher uniquement, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, au point de savoir si une jouissance ou usage quelconque a été accordé à celui qui doit profiter de la récolte. S'il en est ainsi, il y a louage; sinon il y a vente de récoltes. Il importe peu d'ailleurs, que le propriétaire concède le droit de recueillir tous les produits, ou seulement certains produits de sa chose (7).

(1) Cass. 4 août 1886, S. 88, 1, 226.
(2) Bruxelles, 10 fév. 1886, *Pas.*, 86, 2, 181.
(3) Voy. cep. Cass. 29 juin 1886, S. 89, 1, 266.
(4) Cass. 15 fév. 1893, S. 94, 1, 149.
(5) Cass. 25 janv. 1886, D. 86, 1, 141.
(6) Cass. 9 mai 1892, S. 92, 1, 423.
(7) *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 64.

6. Dans les ventes faites moyennant des paiements successifs, il est plus difficile de découvrir si les parties ont voulu faire une vente ou un louage. La question se présente surtout à l'occasion de machines ou autres appareils industriels. Les juges du fond, d'après la Cour de cassation, ne dénaturent pas le contrat qu'ils ont à interpréter et n'excèdent pas leur pouvoir d'appréciation, lorsqu'après avoir constaté l'accord des parties sur la chose et le prix, ils en tirent la conséquence que la vente était parfaite et non conditionnelle, et qu'elle a transféré à l'acheteur la propriété des objets fournis. Il importerait peu que le prix eût été stipulé sous la forme d'annuités qualifiées de loyer ou de redevance, si l'acquittement de ces annuités pendant le délai convenu devait avoir pour effet de libérer complètement l'acquéreur; et l'arrêt qui décide que la vente a été parfaite, mais avec un terme pour le paiement du prix, écarte implicitement la prétention du vendeur de conserver, jusqu'à l'époque de ce paiement, la propriété des marchandises vendues (1).

Il en serait autrement si la convention portait expressément que les objets étaient livrés à titre de location et que la propriété en était réservée au *tradens* jusqu'au paiement intégral de la redevance promise. Dans ce cas il y aurait bail accompagné d'une promesse de vente subordonnée au paiement intégral du prix (2).

Une Cour a vu au contraire dans une convention semblable tous les éléments d'une vente et non d'une location. Elle a jugé que le *tradens* ne pouvait, pour rentrer en possession de la chose, se fonder sur ce que la condition à laquelle était subordonnée la transmission de la propriété, à savoir : le paiement intégral du prix, n'avait pas été remplie, attendu que l'obligation de payer le prix imposée à l'acheteur en matière

(1) Cass. 16 juin 1885, D. 86, 1, 237.

(2) Lyon, 10 août 1888, S. 90, 2, 113; Alger, 18 fév. 1888, S. 89, 2, 115; *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 65.

de vente est une obligation actuelle et irrévocable et non un événement futur et incertain qui puisse donner à l'opération le caractère d'une vente sous condition suspensive (1). Mais ce n'est pas *l'obligation* d'effectuer le paiement qu'il faut envisager; c'est *le fait*, manifestement incertain, du paiement lui-même. Or le pacte *reservati dominii* peut avoir pour effet de subordonner le transfert de la propriété à une condition suspensive ou à une condition résolutoire. Quand le pacte ne s'exprime pas sur ce point, il faut supposer la condition suspensive.

Quelquefois l'acte par lequel une personne loue un objet à une autre pour un certain temps moyennant un loyer annuel, confère au preneur, sous la rubrique : *promesse de vente*, le droit de faire l'acquisition de la chose pendant tout le cours du bail, pour un prix fixé d'avance. Dans ce cas, il y a bail accompagné d'une vente conditionnelle, subordonnée à une déclaration de la part du preneur (2).

Dans ce cas, l'acquisition ne prend date que du jour de la déclaration faite par le preneur, et par suite le montant de la location étant dû au titre qui lui est spécial, s'ajoute au prix d'achat (3).

Quand la convention intervenue entre les parties, ne porte, à aucun point de vue, sur la jouissance ou l'usage de la chose mais sur sa propriété, il est donc certain que l'opération que les parties ont eu en vue n'est pas un bail ou une location. De même quand il s'agit d'un marché à forfait, par exemple pour la construction d'un navire, si le constructeur fournit tout à la fois son travail, son industrie et la matière, l'opération constitue, non un simple louage d'ouvrage, mais une vente à livrer, en sorte que le constructeur demeure véri-

(1) Bourges, 26 déc. 1887, S. 88, 2, 78; Comp. Amiens, 12 mars 1884, D. 85, 2, 220, et sur pourvoi, Cass. 16 juin 1885, D. 86, 1, 237.

(2) Cass. 22 fév. 1887, S. 88, 1, 87.

(3) Paris, 19 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 23 janv. 1896.

table propriétaire du navire jusqu'au moment où il en fait livraison (1).

7. D'un autre côté, la circonstance que la convention impliquerait un transfert de propriété, ne révèle pas nécessairement l'existence d'une vente; ainsi l'opération peut aboutir à la création d'un simple droit de préemption au profit de l'une des parties (2), ou d'une libéralité déguisée sous la forme d'une vente (3), de même que, à l'inverse, un acte qualifié *donation* par les parties peut être considéré comme une vente, lorsque les charges imposées au prétendu donataire sont l'équivalent des biens à lui transmis (4).

La convention de *dation en paiement* se rapproche beaucoup de la vente. Nous en avons déjà parlé sous l'art. 1243 (Voy. t. VIII, nos 30 et 31); nous en reparlerons sous l'art. 1595.

8. En résumé, des explications qui précèdent il suit qu'il y a trois éléments essentiels dans le contrat de vente :

1° Le consentement des parties qui doivent être d'accord sur la nature de la convention à conclure, sur la chose à livrer et le prix à payer;

2° Une chose suffisamment déterminée à livrer en propriété à l'acheteur;

3° Un prix suffisamment déterminé ou déterminable à payer par l'acheteur.

Le défaut de détermination suffisante de l'objet vendu ou du prix de vente serait de nature à vicier la convention (5).

Le lien de droit résultant de la convention conclue entre les parties contractantes ne saurait être rompu par les transmissions ultérieures qui n'emportent pas novation. Ainsi,

(1) Cass. 10 juill. 1888, D. 89, 1, 107.
(2) Cass. 12 juill. 1892, D. 93, 1, 390.
(3) Cass. 26 avr. 1893, S. 93, 1, 413; Cass. 27 juin 1887, D. 88, 1, 303.
(4) Cass. 21 déc. 1887, S. 88, 1, 412.
(5) Voy. Bordeaux, 8 juill. 1891, D. 93, 2, 141.

dans la vente par filière, bien que les marchandises vendues soient livrables à ordre, et que le bon de livraison soit l'objet de transmissions successives, le lien de droit résultant de la première vente n'en subsiste pas moins entre le premier vendeur dit livreur, et le premier acheteur (1). Celui-ci ne saurait être considéré comme un simple mandataire du vendeur originaire à l'effet de revendre. C'est ce qui a été encore jugé, par appréciation souveraine des faits, au sujet des traités successifs qualifiés de *réassurances* intervenus entre plusieurs compagnies d'assurances (2).

9. La vente peut être conclue entre parties présentes, comme par correspondance, au moyen d'offres suivies d'acceptations. Nous avons déjà exposé les principes généraux concernant les contrats formés par correspondance (Voy. t. VII, nos 11 à 19); il suffit d'en faire l'application à la vente, qui ne peut à cet égard soulever aucune difficulté nouvelle.

Les parties peuvent se faire représenter dans le contrat de vente par des mandataires. C'est celui au nom de qui l'achat est réalisé ou qui achète lui-même qui devient propriétaire, alors même que le prix serait fourni par une autre personne (3), ou compté par un représentant. Ainsi, l'acheteur d'un titre au porteur qui a chargé un banquier d'en faire l'acquisition, et lui a remis les fonds nécessaires à cet effet, est devenu propriétaire de ce titre lorsque l'agent de change vendeur en a opéré la livraison entre les mains du mandataire après en avoir reçu le prix. Il a donc le droit de le revendiquer entre les mains de celui-ci ou de ses représentants (4).

10. Du principe qu'on peut stipuler pour autrui résulte la possibilité de réaliser un achat pour le compte d'un

(1) Cass. 25 juill. 1885 (deux arrêts), D. 88, 1, 21.

(2) Cass. 13 juin 1893, S. 94, 1, 266.

(3) Cass. 1er déc. 1886, S. 88, 1, 145; Alger, 6 mars 1882, S. 84, 2, 137.

(4) Cass. 14 mai 1888, S. 91, 1, 525.

tiers. C'est ce qui a lieu en cas de déclaration de command.

La déclaration de command est un acte par lequel une personne, en vertu d'une réserve spéciale insérée à cet effet dans son contrat d'acquisition, déclare que la chose a été achetée pour le compte d'une autre personne qui était inconnue du vendeur.

La déclaration de command n'a pas été prévue par le Code, mais son emploi est consacré par les lois du 22 frimaire an VII, art. 68 § 1er, n° 24, art. 69 § 5 4°, § 7 3°, et 28 avril 1816, article 44 3°. Ce dernier texte, en effet, assujettit à un droit fixe de 3 francs : « Les déclarations ou élections de command et d'ami, lorsque la faculté d'élire un command a été réservée dans l'acte d'adjudication ou le contrat de vente, et que la déclaration est faite par acte public, et notifiée dans les vingt-quatre heures de l'adjudication ou du contrat. »

Entre les parties la déclaration de command a lieu utilement dans le délai conventionnel qu'elles ont fixé. A l'égard du fisc, et pour demeurer soumise au droit simple, elle doit être faite dans les vingt-quatre heures.

Quelques précisions sont nécessaires pour les ventes faites en justice.

D'après l'art. 707, C. proc. civ., l'avoué dernier enchérisseur est tenu, dans les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation, sinon de représenter son pouvoir, à peine d'être réputé adjudicataire en son nom.

D'après les instructions de la régie (16 juillet 1813), la déclaration de command faite par l'adjudicataire déclaré par l'avoué, ne doit profiter de l'exemption qu'autant que celui-ci en a fait la réserve *dans l'adjudication*. Le droit proportionnel est exigible si la réserve a été faite seulement par l'adjudicataire dans l'acceptation de la déclaration de command.

C'est pour ce motif que les avoués ont pris l'habitude d'enchérir *pour ami élu ou à élire*. Cette réserve était faite,

non pour leur permettre *de déclarer l'adjudicataire*, car ils n'avaient pas besoin de réserves pour le faire, mais pour que l'adjudicataire déclaré pût lui-même *élire un command.*

Il faut distinguer, en effet, la déclaration passée par l'avoué pour faire connaître son mandataire, et pour laquelle il a trois jours, de celle que peut faire l'adjudicataire lui-même pour élire command, et pour laquelle il n'a qu'un délai de vingt-quatre heures.

Ce délai part du jour de l'adjudication. Mais l'adjudication n'est parfaite pour l'adjudicataire qu'au moment où il accepte la déclaration de l'avoué (1). C'est ainsi qu'il faut concilier l'art. 707, C. proc. civ., et l'art. 68 de la loi de frimaire. Les fonctions d'avoué n'existant pas lorsque cette loi fut promulguée, l'adjudication avait lieu à l'audience sur la réquisition même de l'adjudicataire. De là vient qu'on n'accorda de délai que pour l'élection de command. Mais les avoués ayant été rétablis, et leur ministère étant devenu nécessaire pour enchérir, il a bien fallu fixer un délai pour la déclaration à faire par l'avoué de l'adjudicataire. Cette déclaration n'est pas une élection de command, quoique par erreur les avoués l'appellent ainsi. Cette qualification appartient seulement au choix que fait l'adjudicataire d'une autre personne qui prend sa place (2).

La déclaration de command ne doit pas être confondue avec l'acquisition faite, dans le contrat même, au nom d'un acquéreur non présent pour lequel on se porte fort. Le porte-fort déclare qu'il n'achète pas pour lui-même, mais pour un autre qu'il désigne dans l'acte, et il ne doit pas remplir les conditions exigées par les lois fiscales pour l'élection de command.

La clause, *pour l'acheteur à désigner*, est d'un usage fréquent dans le commerce. Elle a pour but de permettre à l'a-

(1) Cass. 22 fév. 1823, S. 23, 1, 159.
(2) Voy. CHAUVEAU-CARRÉ, t. V, q. 2384 *ter*.

cheteur de se substituer un autre acheteur dans le délai fixé pour le paiement du prix. Elle est, quant aux denrées et autres marchandises, ce qu'est la réserve de déclarer command pour les immeubles. Entre le vendeur et l'acheteur la vente consentie sous une telle clause est définitive et actuelle et non conditionnelle. Elle transmet la propriété de la chose à l'acheteur qui s'oblige à payer le prix jusqu'au moment où il pourra désigner un acheteur véritable qui accepte comme tel (1).

11. Dans tous les cas, et quelle que soit la manière dont le contrat a été formé, l'obligation de livrer dont parle l'art. 1582 doit s'entendre ainsi que nous l'avons démontré d'une obligation de transférer la propriété.

Quand la convention a pour objet un corps certain,

ART. 1583. Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (*).

Si la vente porte sur un genre, l'acheteur ne deviendra propriétaire et ne supportera les risques que lorsque la chose vendue aura été déterminée.

Nous avons montré comment il est arrivé que le transfert de la propriété a été rattaché à la question des risques (Voy. t. VII, nos 96, 103 et suiv.).

Nous savons encore que si notre texte parle d'un effet translatif opéré seulement *à l'égard du vendeur*, ce n'est pas pour consacrer l'existence d'une sorte de propriété simplement relative (Voy. t. VII, n° 98).

Entre les parties contractantes, le point de savoir si l'acheteur a été rendu propriétaire par l'effet du contrat présente un médiocre intérêt (Voy. t. VII, n° 97).

A l'égard des tiers la question était, pour le législateur, de décider si le transfert de la propriété devait être subordonné

(*) Art. 1583. — L. 35 § 4; L. 36, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 54, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Bruxelles, 19 avr. 1858, *Pas.*, 58, 2, 220.

à une formalité quelconque distincte de la convention, notamment à la transcription en ce qui touche les immeubles. La question fut réservée et renvoyée au titre de la vente par l'art. 1140. Quand on arriva à discuter le titre de la vente, la question ne fut pas tranchée et la solution fut remise au titre des hypothèques (Voy. t. VII, n° 121). Voilà comment notre art. 1583 contient une formule qui semble admettre une sorte de propriété relative.

C'est seulement la loi du 23 mars 1855 qui a fait revivre, pour les aliénations immobilières à titre onéreux, le principe de la transcription.

Nous renvoyons d'ailleurs aux observations générales que nous avons déjà présentées en ce qui touche les effets à l'égard des tiers de l'obligation de livrer un corps certain (Voy. t. VII, nos 121 à 126). Ces notions seront complétées, pour les immeubles, quand nous traiterons du régime hypothécaire.

12. Le consentement valablement donné, d'après les précisions qui précèdent, sur un objet licite et un prix régulier, suffit donc, d'une manière générale, à la perfection du contrat *quand même la chose n'aurait pas encore été livrée ni le prix payé*. Cette précision de l'art. 1583 a uniquement pour but d'abroger une solution contraire donnée par le droit romain (1). Mais nous avons déjà vu que les parties peuvent retarder jusqu'au paiement du prix le transfert de la propriété.

Il faut de plus, pour la *validité* d'un contrat de vente spécialement envisagé que la chose vendue ne soit pas légalement hors du commerce, que le consentement donné émane de personnes ayant le droit de vendre et d'acheter (*infra*, nos 40 et suiv.) et qu'il ne soit pas infecté de l'un des vices généraux qui ont été signalés au titre des contrats.

Par exemple, en ce qui touche l'erreur, si le vendeur s'est trompé à son préjudice dans l'indication du prix de la chose

(1) JUSTINIEN, *Instit.*, 2, 1 § 41, *De rer. divis.*

vendue, il n'y aurait là qu'une erreur d'évaluation ne pouvant entraîner la rescision de la vente (1). Il y aurait au contraire erreur portant sur la substance dans le cas d'un vendeur d'obligations amortissables par un tirage au sort, qui, par erreur, aurait livré à l'acheteur une obligation sortie avec une prime dans un tirage antérieur (2).

Il a été jugé que l'augmentation des droits de douane survenue entre l'époque de la vente et celle de la livraison constitue une erreur sur la substance. Que par suite le vendeur qui a fait offrir une marchandise à un prix déterminé, frais de port et de douane compris, peut se refuser à livrer si, son offre ayant été acceptée, une augmentation de droits intervient avant la livraison (3). Cela est inadmissible. Il ne saurait en pareil cas être question d'erreur. L'augmentation dont il s'agit, comme celle qui porterait sur d'autres impôts, taxes, etc., ne peut constituer qu'une difficulté dans l'exécution du contrat. Si elle porte sur des objets, denrées ou marchandises vendues *in genere* et ne devant être individualisés que par la livraison, ou sur des matières devant servir à la fabrication de l'objet vendu, elle ne rend pas cette exécution impossible ; tant pis pour le vendeur qui, le cas échéant, aurait profité sans difficulté d'un dégrèvement (4), sauf bien entendu le cas où le vendeur aurait traité *droits nouveaux réservés* (5).

Dans le cas où des marchandises venant de l'étranger sont vendues *sous palan*, l'augmentation des droits de douane survenue postérieurement à la convention est à la charge de l'acheteur (6).

(1) Cass. 13 janv. 1891, S. 91, 1, 72.
(2) Trib. Bruxelles, 22 nov. 1883, *Pas.*, 84, 3, 184.
(3) Trib. comm. Liège, 28 juill. 1887, *Cl.* et *B.*, 88, 274.
(4) Alger, 27 nov. 1872, D. 77, 5, 459; GUILLOUARD, t. I, n° 247.
(5) Cass. 16 juill. 1877, D. 77, 1, 393.
(6) Cass. 28 juill. 1873, D. 77, 5, 459.

§ 2. — Modalités et manières d'être de la vente.

13. — Conditions, termes, etc., art. 1584; — *Pactum displicentiæ* et autres.
14. — Autres modalités.
15. — Vente au compte, au poids ou à la mesure, art. 1585.
16. — Cas où la vente a pour objet ce qu'on a appelé un *genus limitatum*.
17. — Cas où le pesage, etc., est nécessaire pour faire apparaître le prix.
18. — De la vente en bloc, art. 1586; règles générales.
19. — Quand y a-t-il vente en bloc.
20. — De la vente *ad gustum*, art. 1587.
21. — Goût personnel, goût commun.
22. — Ventes sur échantillon.
23. — Vente à l'essai, art. 1588.

13. En ce qui touche les modalités et pactes dont le contrat de vente est susceptible, la loi reconnaît aux parties la même liberté que pour les conventions en général :

ART. 1584. La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire. — Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives. — Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions (*).

Parmi les clauses les plus usitées, les unes comme le *pacte commissoire* (art. 1656), et le *pacte de rachat* ou de *réméré* (art. 1659), sont réglementées dans notre titre, les autres sont régies simplement par les principes généraux et la tradition.

Ainsi il arrive fréquemment, quand un immeuble est mis en adjudication, qu'une personne prenne envers le vendeur qui accepte, l'engagement d'enchérir jusqu'à une somme déterminée. Le vendeur a voulu, en agissant de la sorte, se réserver la chance de trouver un acheteur offrant un prix plus élevé. Il y a dans ce cas une vente subordonnée à la condi-

(*) Art. 1584. — L. 34 § 6, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 8 § 1, D. 18, 6, *De peric. et comm. rei vend.*

tion suspensive que le montant de l'enchère promise ne sera pas dépassé (1). La circonstance qu'il s'agit d'un immeuble mis aux enchères, implique forcément que la condition envisagée doit se produire dans un délai déterminé.

Le vendeur pourra atteindre le même but en faisant une vente pure et simple, mais qui sera éventuellement résolue, s'il trouve, dans un délai déterminé, un second acheteur offrant des conditions plus avantageuses que le premier. Celui-ci pourra empêcher la résolution de son titre, en offrant à son tour autant que le nouvel acquéreur (2).

Dans les deux cas on retrouve le pacte que les Romains appelaient *in diem addictio*. Ce pacte peut donc se traduire soit par une condition suspensive, soit par une condition résolutoire. Dans le doute, il faudrait se décider pour cette dernière interprétation (3).

La même clause pourrait se concevoir sans fixation de terme; mais sous cette forme elle ne saurait être dénommée *in diem addictio* (4).

Les parties peuvent encore convenir, tout en s'obligeant mutuellement, qu'il sera libre à l'une ou à chacune d'elles, de se départir de la vente. C'est le *pactum displicentiæ*, qui suppose nécessairement qu'un délai a été fixé ou, à défaut, sera fixé par le juge pour l'exercice de la faculté ainsi réservée. Cette réserve, d'après les sources, pourrait être faite *in perpetuum* (5). On soutient cependant que cette clause ne peut produire d'effet pour une durée de plus de cinq années, sous prétexte que c'est le terme fixé par l'art. 1660 pour la faculté de rachat, et que le *pactum displicentiæ* contient une clause identique à la faculté de rachat (6). Mais cela n'est vrai que

(1) Cass. 1er mars 1892, D. 92, 1, 412.
(2) L. 8, D. 13, 2, *De in diem addict.*
(3) L. 2 pr., *De hoc tit.*
(4) L. 41, pr., D. 6, 1, *De rei vind.*
(5) L. 31 § 22, D. 21, 1, *De ædil. edict.*
(6) AUBRY et RAU, § 352, texte et note 4; GUILLOUARD, t. I, n° 61.

si la réserve est faite en faveur du vendeur seul. Or, la solution à adopter doit pouvoir s'appliquer à tous les cas.

C'est le *pacte de préférence* (*pactum* προτίμησεως), qui se rapproche réellement du pacte de réméré dont il n'est qu'une modification. Pour ce motif nous en parlerons seulement quand nous examinerons le pacte de rachat.

Il y a encore d'autres pactes par lesquels les parties modifient les effets naturels du contrat de vente, en ce qui concerne les garanties du chef d'éviction et des défauts de la chose ; nous en parlerons à l'occasion de la garantie.

14. La vente peut encore se manifester suivant certaines modalités ou manière d'être.

Les principales sont :

1° La vente au compte, au poids ou à la mesure ;

2° La vente en bloc ;

3° La vente dite *ad gustum ;*

4° La vente à l'essai.

Cette classification présente de l'intérêt au point de vue du transfert de la propriété et de la question des risques.

En ce qui touche le transfert de la propriété, il faut appliquer à la vente la règle générale d'après laquelle l'obligation de livrer, quand elle a pour objet une chose déterminée dans son individualité, est par elle-même translative de propriété.

On sait par suite de quel singulier raisonnement le législateur a cru devoir rattacher la question des risques à celle du transfert de la propriété (Voy. t. VII, nos 96 à 98). Il s'agissait uniquement de mieux justifier la solution qu'il donnait à la question des risques.

Lorsque, dans l'art. 1138, le législateur déclare que l'obligation de livrer la chose (déterminée dans son individualité) *est parfaite par le seul consentement, et qu'elle rend le créancier propriétaire*, il entend cette *perfection* EN CE SENS que la chose doit passer immédiatement aux risques du créancier, c'est-à-dire de l'acheteur en cas de vente.

15. Il en est autrement lorsqu'il est nécessaire de peser, de compter ou de mesurer pour parvenir à déterminer ou individualiser la chose vendue.

Donc

ART. 1585. Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander la délivrance ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement (*).

Nous avons dit en quoi consiste le risque ou le péril dans un contrat (Voy. t. VII, n° 106). Le péril consiste non pas dans le danger de perdre une chose dont on serait propriétaire, mais dans le danger de perdre le droit résultant du contrat lui-même. Ainsi, dans la vente, si la chose vendue périt fortuitement avant la tradition, il s'agit de savoir si la perte de la chose, qui libère le vendeur, anéantit en même temps le droit qui était résulté pour lui du contrat de vente, c'est-à-dire le droit de réclamer le prix de l'acheteur, ou bien au contraire si l'acheteur, quoiqu'il ne doive rien recevoir, ne doit pas, au contraire, être tenu de payer le prix.

Cette dernière solution a été de tout temps admise pour le cas où l'objet vendu était un corps certain, et la solution opposée pour le cas où la chose vendue n'était pas encore spécialisée ou individualisée par une opération quelconque. C'est la conséquence naturelle des principes généraux, et il était inutile de la rattacher au transfert de la propriété, et puéril de chercher à la justifier, comme le font encore quelques arrêts (1), par la prétendue règle : *res perit domino.*

Ainsi donc, lorsqu'une opération quelconque est nécessaire pour individualiser la chose vendue, la vente n'est parfaite, au point de vue de la question des risques, que lorsqu'il aura

(*) Art. 1585. — L. 35 § 5; L. 60 § 2, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) Amiens, 13 août 1891, D. 93, 2, 92; Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 137.

été procédé à l'opération dont il s'agit, à moins que les parties n'aient voulu déroger à cette règle. Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement, d'après les circonstances du fait, s'il y a eu, ou non, dérogation à la condition du mesurage, etc. (1).

Il appartient encore aux juges du fait, quand les parties sont demeurées sous l'empire de la règle contenue dans l'article 1585, d'apprécier s'il a été réellement procédé au mesurage, pesage, etc. (2). C'est à la date de cette opération que les risques passeront du vendeur à l'acheteur (3). Enfin cette opération doit être contradictoire (4), ou faite dans des conditions acceptées par l'acheteur (5).

16. Il est facile d'appliquer ces principes lorsque la vente a eu pour objet une certaine quantité de marchandises, moyennant un prix fixe par tonne, kilo ou autre unité admise par l'usage et même à la bouteille (6), à prendre sur une quantité plus grande contenue dans les locaux ou magasins du vendeur. La chose vendue n'est pas encore individualisée; cela est certain. Elle demeure confondue dans la masse. Si la masse vient à être diminuée par cas fortuit, et s'il reste encore une quantité suffisante, le vendeur devra délivrer toute la quantité promise, et supportera seul la perte occasionnée par le cas fortuit. Ainsi donc si la vente avait eu pour objet 10 hectolitres de blé à prendre sur les 100 qui étaient contenus dans les greniers du vendeur, et si un cas fortuit avait fait périr 90 hectolitres, le vendeur devrait livrer

(1) Cass. 20 nov. 1894, D. 94, 1, 568.
(2) Cass. 1er juill. 1889, D. 91, 1, 302.
(3) Paris, 19 juill. 1890, D. 92, 2, 257; Rouen, 28 janv. 1878, D. 79, 2, 102.
(4) Cass. 11 août 1874, D. 76, 1, 476.
(5) Cass. 24 déc. 1875, S. 75, 1, 238; Rouen, 28 janv. 1878, S. 78, 2, 54; GUILLOUARD, t. I, n° 35.
(6) Bordeaux, 11 janv. 1888, D. 89, 2, 11.

au prix convenu les 10 hectolitres demeurés intacts (1).

S'il ne reste rien, si la perte est totale, la solution doit être la même, c'est-à-dire que le vendeur supportera la perte. Et il serait singulier qu'elle fût différente ; est-ce que le cas fortuit qui est survenu aurait rempli l'office d'un mesurage qui n'a jamais eu lieu? On ne le dit pas précisément, mais on arrive au même résultat en donnant au vendeur le droit de se faire payer par l'acheteur, qui ne recevra rien, le prix des 10 hectolitres vendus.

On allègue à l'appui d'une telle solution, qu'il s'agit, dans l'espèce, d'un *genus limitatum*, d'une chose à prendre dans une catégorie déterminée. Or, dit-on, quand toute la catégorie vient à périr, le débiteur doit être libéré puisqu'il lui est impossible, sans qu'il y ait de sa faute, de fournir la quantité promise. L'acheteur, au contraire, peut toujours payer son prix, et par conséquent doit le payer (2). Mais les termes généraux de l'art. 1585 qui ne distinguent pas entre une perte partielle et une perte totale, repoussent cette solution (3).

Qu'est-ce, d'ailleurs, que ce *genus limitatum* dont on parle? Est-ce que cela existe? C'est une pure invention des anciens commentateurs qui aimaient à créer des distinctions pour justifier les solutions qui leur paraissaient équitables. La vérité est qu'un *genus limitatum* n'existe pas *en soi*, et ne peut être admis qu'en vertu de la volonté des parties. Cela revient à dire qu'il faut toujours s'en tenir à l'intention des parties contractantes. Si la chose vendue doit être prise dans une catégorie désignée, il faudra rechercher si les parties ont considéré cette catégorie comme limitée ou non limitée. Il n'y aura

(1) AUBRY et RAU, § 349, texte et note 40; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 7 *bis* III; LAURENT, t. XXIV, n° 139; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 467; GUILLOUARD, t. I, n° 33.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 7 *bis* IV; GUILLOUARD, t. I, n° 33.

(3) LAURENT, *loc. cit.*, BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

pas de difficulté si les parties se sont clairement expliquées sur ce point; si elles n'ont rien dit, il faudra dégager leur volonté des faits et circonstances de la cause.

Ainsi, par exemple, quand un propriétaire, non commerçant, vend 10 hectolitres de blé provenant de sa récolte, à prendre sur une quantité plus grande contenue *dans ses greniers*, on pourra facilement admettre qu'il a voulu transporter à l'acheteur les risques de la quantité vendue, de manière à pouvoir en réclamer le prix, en cas de perte totale de la catégorie indiquée, sans être obligé de se procurer ailleurs, pour l'offrir à l'acheteur, une égale quantité de blé semblable. L'acheteur devra, dans ce cas, supporter le risque, non pas parce qu'il y a un *genus limitatum*, mais parce que telle a été l'intention des parties, la loi du contrat.

Au contraire, si c'est un négociant en grains qui a vendu 10 hectolitres de blé à prendre sur une quantité plus grande contenue *dans son magasin*, l'expression *dans son magasin* doit être considérée comme étant une indication indifférente, car la destination d'un magasin est d'être indéfiniment alimenté par des acquisitions nouvelles. Par conséquent, en cas de perte totale, le vendeur ne pourra réclamer le prix que s'il est en mesure de procurer à l'acheteur une égale quantité d'un blé semblable à celui qui a péri : c'est la loi du contrat. En définitive, il faudra toujours appliquer l'art. 1585, à moins que les parties ne se soient entendues pour créer ce qu'on a appelé un *genus limitatum*.

17. Dans les hypothèses précédemment examinées, il était nécessaire de peser, de compter ou de mesurer pour arriver à individualiser suffisamment la chose vendue. Quelquefois les mêmes opérations sont nécessaires pour faire apparaître le prix de la vente. C'est ce qui arrive lorsqu'un ensemble désigné de marchandises dont l'importance n'est pas exprimée, par exemple tout le blé qui est dans un grenier, a été vendu à tant la mesure. La perte totale de la marchandise

avant le mesurage, le pesage, etc., ayant pour résultat de rendre impossible l'opération qui doit faire apparaître le prix, laisse la vente imparfaite et les risques doivent demeurer à la charge du vendeur. Il en sera de même en cas de perte partielle. Le vendeur pourra exiger seulement un prix proportionné à la quantité de marchandises qu'il est en mesure de livrer (1).

Cette solution est cependant contestée. Les uns, au point de vue du transfert de la propriété, soutiennent que la vente envisagée doit être traitée comme la vente d'un corps certain et par suite qu'elle est immédiatement translative de propriété, car la chose est suffisamment déterminée, et pour connaître le prix, il ne reste à faire qu'un calcul *dont les bases sont convenues* (2); mais comme la vente est faite sous condition suspensive, puisqu'elle est subordonnée à l'opération du pesage, etc., les risques, en vertu de l'art. 1585, ne passeront à l'acheteur qu'à partir de la date de cette opération accomplie (3).

La réponse est facile : d'abord le pesage ne saurait jamais être considéré comme une condition suspensive (4); c'est un élément de validité de la vente laquelle ne saurait exister sans prix (Voy. t. VII, n° 341). En outre le calcul destiné à faire apparaître le prix est impossible à faire, puisque l'importance de la chose vendue n'a pas été exprimée, et que la chose a péri. On a vendu tout le blé contenu dans tel grenier, à raison de 20 fr. l'hectolitre, mais comme tout le blé a disparu, comment faire pour savoir combien il y avait d'hectolitres?.... D'ailleurs les rédacteurs du Code ayant rattaché l'une à l'autre

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 468; Comp. ARNTZ, n°s 970, 971.
(2) LAURENT, t. XXIV, n° 139.
(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 7 *bis* II; Comp. POTHIER, *De la vente*, n° 308; Orléans, 11 août 1880, D. 81, 2, 38.
(4) GUILLOUARD, t. I, n° 30; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 469; Comp. Cass. 7 janv. 1880, S. 82, 1, 463.

la question des risques et celle du transfert de la propriété, il n'est pas possible de la séparer.

18. C'est ce qui est reconnu par d'autres auteurs (1). Par conséquent, disent-ils avec raison, le système du Code est très simple. S'il s'agit d'une vente en bloc, elle est parfaite du jour du contrat; au contraire, s'il s'agit d'une vente faite au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est parfaite, tant au point de vue du transfert de la propriété qu'au point de vue des risques qu'après l'opération du comptage, du pesage ou du mesurage. Or, dans l'espèce que nous venons d'examiner, il faut d'abord compter, mesurer ou peser la marchandise pour trouver le chiffre, encore inconnu, qui exprime sa quantité, et multiplier ensuite ce chiffre par celui qui indique la valeur de l'unité de mesure, dans l'espèce 20 fr. l'hectolitre. C'est donc une vente faite au compte, ou à la mesure ou au poids, et non une vente en bloc.

Cela paraît évident; cependant les mêmes auteurs n'hésitent pas à trouver dans l'espèce envisagée, les éléments d'une vente en bloc devant être régie, tant pour le transfert de la propriété que pour les risques, par le texte suivant :

ART. 1586. Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées (*).

« Nous ne voyons pas de différence, disent en effet ces auteurs, entre la vente de tout le blé contenu dans un grenier, et la vente de telle vache à tant le kilogramme, et il nous paraîtrait bien difficile de soutenir, dans cette dernière hypothèse, que les risques ne sont pas pour l'acquéreur du jour du contrat (2). »

Il a été jugé en effet, dans le cas de vente d'une vache, que,

(*) Art. 1586. — L. 35 §§ 5 et 6; L. 62 § 2, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) GUILLOUARD, t. I, n° 31.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 30.

dès l'instant de la vente, les risques étaient à la charge de l'acheteur. Mais pourquoi ? Parce que la vache, destinée à la consommation, avait été vendue, non pas à tant le kilogramme, mais pour le prix global de 450 fr., le prix du kilogramme demeurant d'ailleurs fixé à 1 fr. 68, de sorte que, suivant la décision à laquelle nous faisons allusion, il y aurait lieu, pour les parties, de se faire compte de la différence si l'écart entre le poids présumé et le poids réel était appréciable (1).

Est-ce que la décision eût été la même si, au lieu d'un prix global rendant inutile tout calcul ultérieur, il y avait eu simplement vente, à tant le kilogramme, d'une vache dont le poids n'était pas indiqué? Comment aurait-on procédé pour trouver le prix si la vache avait disparu par l'effet d'un cas fortuit ? On répond qu'on appliquera les règles ordinaires sur la preuve (2). Mais c'est aller contre la volonté des parties. Quand on vend à tant l'unité de mesure un ensemble de marchandises dont l'importance n'est pas exprimée, les parties n'ont pas entendu que le comptage, le pesage ou le mesurage puisse être, après coup, remplacé par des équivalents, la vente est réellement conclue au compte, au poids ou à la mesure, donc elle n'est point parfaite tant que l'opération nécessaire pour faire apparaître le prix n'a pas eu lieu.

Cela n'empêche pas, comme le déclarait le tribun Faure, que dans les ventes au poids, au compte ou à la mesure, comme aussi dans les ventes en bloc, il existe un engagement réel entre les parties, dès le moment du contrat. De cet engagement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la livraison des marchandises en faisant la vérification convenue, et pour le vendeur le droit de deman-

(1) Trib. comm. Liège, 21 juin 1883, *Cl.* et *B.*, 84, 58.
(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*

der le prix de la vente, en offrant d'en faire la délivrance (1); c'est ce que dit expressément l'art. 1585.

19. Mais quand y aura-t-il vente faite en bloc? La vente en bloc étant traitée comme la vente d'un corps certain, il n'y aura pas vente en bloc, à moins d'une déclaration contraire faite par les parties, par cela seul que les choses vendues sont indiquées en masse. Il faut que le bloc ou la masse soit individualisé par l'indication de son importance.

Ainsi lorsqu'un propriétaire vend, à tant l'hectolitre, la totalité de sa récolte de vins existant dans ses caves, et qu'il est stipulé que les vins doivent rester dans les caves du vendeur et n'être mesurées qu'au moment de leur sortie, il n'y a pas vente en bloc. Il faut considérer l'opération comme étant composée d'autant de ventes séparées qu'il y a de pièces comptées ou mesurées (2). Ce qui a été mesuré est pour le compte de l'acheteur; la perte des marchandises qui ne sont pas encore comptées est pour le compte du vendeur.

Si la vente avait été faite moyennant un prix fixé à forfait, l'importance de la masse vendue se trouverait ainsi indiquée sa détermination serait suffisante, et le contrat opérerait immédiatement transfert de la propriété et déplacement des risques, peu importe que la vente ait porté sur la totalité ou sur une quotité seulement soit d'une récolte, soit des marchandises contenues dans un lieu désigné. Si les arrêts parlent quelquefois de la vente de la *totalité*, c'est que l'espèce sur laquelle ils sont intervenus présentait cette circonstance (3).

20. Lorsqu'une marchandise a été achetée *in genere*, elle est spécialisée par le mesurage; mais cette opération ne suf-

(1) FENET, XIV, p. 153; Voy. AUBRY et RAU, § 349, texte et note 22.

(2) ARNTZ, t. III, n°s 370, 371; *Contrà*, LAURENT, t. XXIV, n° 139, et note 1; Dijon, 13 déc. 1867, D. 70, 5, 372.

(3) Voy. Cass. 25 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 5 mars 1896; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 7 *bis* V; GUILLOUARD, t. I, n° 31.

fit pas toujours pour rendre la convention définitive. Dans certains cas il faudra une autre opération : la dégustation et l'agrément ou agréation ou même l'*agréage*, suivant le style de quelques arrêts.

En effet :

ART. 1587. A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il *n'y a point* de vente tant que l'*acheteur* ne les a point *goûtées* et agréées (*).

La loi suppose qu'à raison de la nature des marchandises dont il s'agit, il a été convenu tacitement entre les parties que leur accord sur la chose et sur le prix ne suffit pas pour rendre la vente définitive, mais que cette vente est subordonnée à la dégustation et à l'agrément de l'acheteur, c'est-à-dire à une condition suspensive et potestative de la part de ce dernier. C'est pour cela que le texte déclare qu'il n'y a pas vente, puisque l'acheteur n'est pas encore lié.

La dégustation peut avoir lieu avant la livraison, c'est même de cette façon que les choses se passeront le plus souvent. Elle peut encore avoir lieu après la livraison ; ainsi celui qui a acheté et reçu des vins jouit d'un délai nécessaire pour les soutirer et les déguster. Mais après ce délai, dont l'appréciation dépend des circonstances, il est censé les avoir acceptées et il doit payer le prix convenu (1). Il suit de là qu'en principe, et sauf usage ou convention contraire, la dégustation doit être faite, non pas au lieu où la vente a été conclue, mais au lieu qui a été désigné pour la livraison (2). La compétence du tribunal de l'arrondissement dans lequel ces faits se sont accomplis, en découle nécessairement pour l'appréciation du délit de falsification de boissons.

(*) Art. 1587. — L. 34 § 5, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 4, pr. § 1, D. 18, 6, *De peric. et comm. rei vend.*

(1) Liège, 4 déc. 1867, *Pas.*, 68, 2, 211.

(2) AUBRY et RAU, § 349, texte et note 18; GUILLOUARD, t. I, n° 40; Besançon, 13 janv. 1863, D. 63, 2, 11; *Contrà*, Besançon, 4 juill. 1852, D. 63, 2, 11; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 147.

21. L'acheteur, après dégustation, acceptera ou refusera la marchandise d'après son goût personnel. Le vendeur n'aura pas le droit de recourir à une expertise à l'effet de démontrer que la chose, étant de qualité *loyale et marchande*, devrait lui plaire. D'un autre côté, l'acheteur, en cas de refus de sa part, ne pourra exiger que le vendeur lui présente d'autres marchandises.

On soutient cependant qu'à l'égard des denrées destinées au commerce, le vendeur peut provoquer une expertise pour faire décider que la marchandise étant loyale et marchande, d'après le goût commun, doit être acceptée (1). Cela n'est exact que pour le cas où les parties, se plaçant volontairement en dehors de l'application de l'art. 1587, seraient reconnues avoir eu en vue une marchandise conforme au goût général (2), c'est-à-dire une marchandise banale qu'on trouve partout. En dehors de semblables hypothèses, l'art. 1587 doit servir de règle, car bien souvent les commerçants se servent de leur goût personnel pour découvrir et se procurer les produits supérieurs qui font la réputation de leur maison (3).

Le vendeur ne pourra donc recourir à une expertise que dans le cas où l'acheteur aurait renoncé expressément ou tacitement à la faculté de dégustation personnelle, pour s'en tenir à une marchandise loyale et marchande.

22. Dans les ventes sur échantillon, il n'est question ni de goût personnel, ni de goût commun. C'est la conformité de la marchandise avec l'échantillon qui est la condition suspensive du contrat. Cependant la rigueur de ce principe doit subir divers tempéraments, soit en raison de l'insignifiance

(1) Cass. 29 mars 1836, S. 36, 1, 566; MARCADÉ, sur l'art. 1587; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 15; LE BOURDELLÈS, *France jud.*, 1882, 83; 1, 305; Comp. BONNE, *Rev. prat.*, 1868, p. 160.

(2) DURANTON, t. XVI, n° 93.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 8 *bis* V; GUILLOUARD, t. I, n° 39; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 472.

de la non-conformité, soit en raison d'une certaine latitude accordée au vendeur par la commune intention des parties, surtout s'il s'agit de marchandises susceptibles de manipulations dans lesquelles il n'est pas toujours facile d'arriver de prime abord à une exactitude mathématique (1).

Le premier devoir de l'acheteur recevant une marchandise qu'il croit n'être pas conforme à l'échantillon, est de s'adresser sans retard à justice pour faire opérer le dépôt de cette marchandise dans un magasin neutre, et ordonner une expertise.

C'est au vendeur à fournir la preuve de la conformité de la marchandise à l'échantillon, à moins qu'il n'en soit dispensé par une clause dérogatoire (2).

Des difficultés peuvent s'élever sur la sincérité de l'échantillon produit par l'acheteur. Le vendeur qui a suivi la foi de celui-ci en lui remettant l'échantillon, doit s'imputer de n'avoir pris, en le faisant, aucune précaution. Il ne pourra écarter du débat l'échantillon produit par l'acheteur qu'en fournissant la preuve que ce dernier a frauduleusement substitué un autre échantillon à celui qui lui a été remis (3).

Si la non conformité de la marchandise avec les échantillons est reconnue, l'acheteur pourra exiger le remplacement, par des livraisons ultérieures, des marchandises refusées (4). C'est une faculté pour l'acheteur qui pourra préférer conclure à la résolution de la vente. Cette résolution aura lieu pour le tout, si le marché devait être exécuté en bloc dans un délai déterminé (5).

Si la réclamation n'avait pas lieu au moment de la prise de possession, mais seulement un certain temps après avoir fait

(1) Cass. 21 mars 1893, D. 94, 1, 324 (rés. par la C. d'appel).
(2) Gand, 18 mars 1868, *B. J.*, 68, 463.
(3) Liège, 17 juin 1871, *Pas.*, 71, 2, 458.
(4) Paris, 12 déc. 1874, D. 77, 2, 219.
(5) Cass. 15 mai 1877, D. 78, 1, 36.

usage des marchandises vendues, elle serait tardive, et ne pourrait être admise que dans le cas d'un vive caché dont l'existence ne peut être révélée que par l'usage. Une expertise sera nécessaire pour vérifier ces points (1). S'il n'a encore été fait aucun usage de la marchandise, sa simple livraison, même accompagnée du paiement du prix, ne suffirait pas, tant que l'acheteur ne l'a pas vérifiée et acceptée, pour créer une fin de non recevoir contre l'action en résolution fondée sur sa non conformité avec l'échantillon (2).

23. La vente à l'essai se rapproche beaucoup de celle qui a lieu sous condition de dégustation :

ART. 1588. La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive (*).

La faculté d'essai doit, en principe, être expressément stipulée. Elle doit néanmoins être sous-entendue à l'égard des choses pour lesquelles l'essai préalable est d'un usage constant. Par exemple : pour les vêtements faits sur mesure (3); pour les dentiers ou râteliers également faits sur mesure (4); pour les vaches laitières, au moins dans certaines régions (5).

On dit assez souvent que, dans la vente à l'essai, l'agrément de la chose ne dépend pas du goût individuel de l'acheteur, comme dans la vente *ad gustum*, et que le vendeur pourrait être admis à prouver que la chose peut servir à l'usage auquel elle est destinée. Mais il faut avant tout s'en tenir à l'intention des parties, car il se pourrait que la vente à l'essai dût être assimilée, sur ce point, à la vente avec dégustation, lorsque la chose vendue doit, par sa nature

(*) Art. 1588. — Arg. *ex lege 4*, D. 18, 6, *De peric. et comm. rei vend.*

(1) Trib. comm. Liège, 9 mars 1882, *Cl.* et *B.*, 1883, 564; Comp. Bordeaux, 11 juill. 1888, D. 89, 2, 11.

(2) Cass. 1er mars 1892, S. 92, 1, 200.

(3) ARNTZ, t. III, n° 967; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 473.

(4) Paris, 28 mai 1877, S. 79, 2, 86.

(5) Trib. Verviers, 7 avr. 1852, *Cl.* et *B.*, 52-53, 175.

avoir des qualités pouvant s'accorder avec le goût individuel de l'acheteur, par exemple un vêtement, un cheval, un chien de chasse (1).

La vente à l'essai est présumée faite sous condition suspensive, sauf volonté contraire exprimée par les parties qui auraient pu vouloir faire une vente sous condition résolutoire. Pendant la période d'essai, la chose demeure aux risques du vendeur. Durant la même période, l'acheteur, s'il a la garde de la chose, doit veiller sur sa conservation et répondre du dommage qu'elle peut causer. Ainsi celui qui achète un chien de chasse à l'essai, doit pendant la période d'essai prendre des précautions exceptionnelles pour la garde de l'animal, surtout s'il se trouve dans une contrée où le chien n'a jamais chassé. S'il a négligé ces précautions, il sera responsable de la perte de l'animal (2). De même l'acheteur à l'essai d'un cheval sera responsable du dommage causé par l'animal pendant qu'il en a l'usage et la garde (Voy. t. VIII, n° 450). Le point de savoir quel est du propriétaire du cheval ou de son acquéreur éventuel celui qui a l'animal sous sa garde pendant la période d'essai, est une question de fait (3).

Si l'acheteur décède sans avoir fait l'essai de la marchandise vendue, ses héritiers ou représentants pourront profiter du marché fait par leur auteur (4).

§ 3. — Des promesses de vendre et d'acheter.

24. — Promesses réciproques ou synallagmatiques. Formule de l'article 1589; précédents historiques. La propriété est transférée immédiatement.

(1) Trib. Bruxelles, 11 fév. 1891, *Pas.*, 91, 3, 135; Voy. cep. ARNTZ, t. III, n° 967.

(2) Trib. Liège, 14 mars 1883, *Pas.*, 83, 3, 149.

(3) Cass. 9 mars 1892, D. 92, 1, 227.

(4) GUILLOUARD, t. I, n° 46.

25. — Conséquences.
26. — Des promesses non réciproques ou unilatérales, soit de vendre, soit d'acheter. Conditions dans lesquelles se produisent les promesses obligatoires de vendre.
27. — Objet précis d'une promesse de ce genre; son effet translatif de propriété.
28. — Solution différente donnée par la jurisprudence et quelques auteurs.
29. — Cette solution repose sur une équivoque entre l'effet direct de la promesse obligatoire de vendre, et l'effet de la déclaration d'acceptation qui ne peut opérer que comme condition.
30. — Suite.
31. — Conclusion.
32. — Les promesses unilatérales d'acheter ou de vendre sont transmissibles et cessibles, mais ne peuvent être exercées par les créanciers.
33. — Clause de dédit. Arrhes, art. 1590.

24. Nous savons que la vente peut être conclue n'importe dans quels termes, pourvu que les éléments essentiels à la formation du contrat puissent être nettement dégagés. Que faut-il cependant penser des formules paraissant se référer plutôt à une promesse de vente qu'à une vente proprement dite?

Etant donné un acte portant promesse réciproque d'acheter et de vendre une chose moyennant un certain prix, si les circonstances et l'économie de l'acte démontrent que les parties n'ont voulu attribuer aucune importance particulière aux expressions dont elles se sont servies, il est certain qu'il faudra voir là une véritable vente ordinaire et *actuelle*. L'article 1156, d'après lequel on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été *la commune intention* des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au *sens littéral des termes*, suffit pour commander cette solution, qui sera presque toujours vraie dans les cas où la promesse réciproque dont il s'agit est pure et simple (1).

(1) Cass. 26 mars 1884, D. 84, 1, 403; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 452.

Si au contraire les parties doivent être considérées comme s'étant référées non à une vente actuelle, mais à une *vente à conclure*, il s'agira alors de savoir quels doivent être les effets d'une telle convention, et c'est la question que le texte suivant a pour but de résoudre :

ART. 1589. La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

Cette disposition qui n'a pas une grande importance pratique, met fin à certaines controverses qui divisaient les jurisconsultes de l'ancien droit.

D'après certains, en effet, la promesse réciproque de vendre et d'acheter n'aurait engendré qu'une simple obligation de faire, donnant lieu, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts. D'autres pensaient au contraire que les tribunaux pouvaient, en cas de refus de la part d'une des parties de remplir son engagement, rendre un jugement qui tenait la vente pour conclue (1).

Ce qui rendait cette controverse possible, c'est que, sous l'empire des anciens principes, la distinction entre le *titulus ad adquirendum* et le *modus adquirendi*, quoique singulièrement effacée par l'emploi usuel des clauses de tradition, avait toujours conservé son importance théorique, et même précisément, quand il s'agissait de promesse de vente, sa complète réalité. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'on discutait sur une convention nécessairement exclusive de toute clause de tradition, puisqu'il s'agissait d'une *vente à conclure*, soit tout de suite, soit *in futurum*, peu importe. Dans ces conditions l'objet précis de l'obligation résultant de la promesse parut aux jurisconsultes être uniquement la *passation* du contrat nouveau dans lequel devait être insérée la clause translative de propriété. Voilà pourquoi les uns furent portés à ne voir dans *la promesse* qu'une simple obligation de faire don-

(1) Voy. TOULLIER, t. IX, n° 92; MARCADÉ, sur l'art. 1589.

nant lieu seulement à des dommages-intérêts, alors que d'autres pensaient que le juge pouvait faire lui-même ce que la partie récalcitrante refusait de faire, c'est-à-dire passer en quelque sorte le contrat à sa place, en décidant qu'après un certain délai la vente serait considérée comme conclue.

Mais si ces derniers jurisconsultes avaient raisonné sous l'empire d'une législation qui déclare la propriété transférée par le seul effet des obligations, est-ce que leur solution eût été la même? Evidemment non. Pourquoi en effet exigeaient-ils l'intervention de la justice? Était-ce pour créer l'obligation de livrer? Pas le moins du monde; c'était pour suppléer ce qui manquait, c'est-à-dire *la clause translative de propriété.* Si, en effet, l'art. 1138 eût alors existé, qu'aurait dit le juge saisi de la question? Il aurait reconnu qu'il s'agissait, dans l'espèce, de *la promesse d'une obligation de livrer*, c'est-à-dire en termes plus simples, d'une *obligation de livrer,* réputée parfaite dès l'origine. Le transfert de la propriété, ou la vente, devait donc être considéré comme consommé *ab initio.* Par conséquent, aujourd'hui, pour résoudre convenablement la question examinée, il suffit de l'art. 1138. Quand même l'art. 1589 n'existerait pas, nous aboutirions toujours au même résultat, si, en l'absence d'un texte spécial, il fallait régir la promesse de vente synallagmatique uniquement par les principes généraux (1).

25. De ce que, dans la promesse de vente, la propriété est transférée immédiatement, il suit :

1° Qu'en matière immobilière l'acte constatant cette promesse doit être transcrit;

2° Que le promettant a désormais perdu la possibilité de grever la chose de droits réels (2);

(1) Voy. notre *Transfert de la propriété* (*Acad. de législ. de Toulouse*, 1864).

(2) Chambéry, 31 janv. 1894, D. 95, 2, 347.

3° Que les parties sont impuissantes à résoudre leur convention par leur mutuel dissentiment; c'est une nouvelle mutation qui s'opérera (1);

4° Que la chose promise passe tout de suite aux risques de l'acheteur (2).

Ces divers effets devront se produire non seulement dans le cas d'une promesse réciproque faite purement et simplement, mais encore dans le cas d'une semblable promesse faite à terme ou conditionnellement. Il n'est pas à supposer en effet que les parties ont entendu réserver au vendeur la faculté d'aliéner valablement au profit des tiers la chose promise ou de la grever de droits réels (3). En l'absence d'une clause bien explicite, il serait difficile de penser que l'acheteur a entendu accepter une situation qui le mettrait en réalité à la merci du vendeur.

Cependant en ce qui touche les risques de la chose, il est plus facile d'admettre que les parties, en remettant à une époque éloignée l'exécution de la promesse, ont entendu les laisser à la charge de l'ancien propriétaire. Mais ce sera là un effet de la convention et non un effet légal du terme dans la promesse de vente (4).

26. L'art. 1589 parle seulement des promesses *réciproques*, c'est-à-dire synallagmatiques, de vendre et d'acheter. Que faut-il penser des promesses non réciproques soit de vendre, soit d'acheter? La question présente une sérieuse importance

(1) *Ibid.*

(2) *Ibid.* Conf. GUILLOUARD, t. I, nos 75 à 78; Comp. DURANTON, t. XVI, n° 51; DUVERGIER, t. I, 124; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 7; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 10 *bis* II; LAURENT, t. XXIV, n° 21; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 452; Arrêt précité de Cass. du 26 mars 1884.

(3) *Contrà*, DUVERGIER, *loc. cit.*

(4) Voy. AUBRY et RAU, § 349, texte et note 8, et notre *Transfert de la propriété;* Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 78; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 452.

pratique, car les promesses unilatérales de vendre ou d'acheter sont assez fréquentes, alors que les promesses synallagmatiques ne se rencontrent presque jamais.

Remarquons d'abord qu'il s'agit uniquement de promesses obligatoires. Celui qui offre à quelqu'un de lui vendre sa chose moyennant un certain prix, ne s'oblige pas tant qu'une réponse ne lui a pas été faite; jusqu'à ce moment il n'y a, de sa part, qu'une pollicitation. Pour sortir du domaine de la pollicitation, une réponse est nécessaire ; comment sera conçue cette réponse?

Si la réponse contient acceptation de la vente proposée, le contrat synallagmatique est immédiatement formé ; il y a vente pure et simple.

Mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent : on suppose que celui à qui l'offre s'adresse, n'est pas en mesure d'accepter tout de suite la vente proposée. Il a besoin d'un certain délai avant de se prononcer; il faut qu'il sache s'il aura à sa disposition les capitaux nécessaires, etc. Bref, l'impossibilité où il se trouve de prendre un engagement actuel, met obstacle à tout contrat synallagmatique.

D'un autre côté, quand le délai dont il a besoin sera sur le point d'expirer, de quoi lui servira-t-il de manifester son acceptation de la vente, si le propriétaire, qui n'est pas obligé, a alors changé d'opinion, s'il a aliéné la chose en tout ou en partie au profit d'un tiers, ou bien encore s'il est devenu incapable ou s'il est mort?

Dans ces conditions, il est certain qu'il ne donnera aucune suite à des offres ne lui offrant aucune sécurité (Comp. t. VII, nos 12 et 13).

Ce qu'il lui faut, c'est une promesse obligatoire de vendre, prise vis-à-vis de lui d'une manière certaine, sa promesse d'achat demeurant d'ailleurs purement potestative de sa part.

En conséquence le propriétaire modifiant son offre, dit : je

consens à m'obliger immédiatement à vous livrer à titre de vente la maison dont il s'agit, pour le prix convenu, si vous déclarez dans six mois à compter de ce jour vouloir l'acheter au même prix.

Devant une offre ainsi conçue, l'acheteur éventuel n'hésite plus. Il accepte, non la vente proposée, puisqu'il n'est pas en mesure de fournir un consentement actuel sur ce point, mais, ce qui est bien différent, la promesse de vente qui lui est faite, sans réciprocité, pour sa part, de promesse d'acheter.

« A dater de ce moment, dit fort bien M. Baudry-Lacantinerie, il y a *concours de volontés* et par suite contrat. Ce n'est pas un contrat de vente, sans doute (car si j'ai promis de vendre, vous n'avez pas promis d'acheter), mais un contrat d'une nature particulière qui m'oblige sans vous obliger, un contrat *unilatéral* (1). »

M. Guillouard reconnaît pareillement de son côté « qu'il y a un lien de droit dès le jour de la promesse unilatérale. Le promettant est obligé comme il le serait dans un contrat parfait. Seulement, celui auquel la promesse est faite n'est pas lié ; il y a engagement unilatéral, mais il y a engagement (2). »

27. Mais en quoi consiste cet engagement unilatéral? Il consiste dans l'obligation de livrer un corps certain à titre de vente, si la condition prévue se réalise. C'est sur la formation de cette obligation qu'il y a eu concours de volontés. Or, l'art. 1138 déclare que cette obligation rend tout de suite le créancier propriétaire. Donc quand la condition se réalisera au moyen de la déclaration du créancier, qu'il entend bénéficier de la promesse à lui faite, ce créancier doit devenir propriétaire à la date de cette promesse, en vertu de l'effet rétroactif de la condition.

Concluons donc qu'une promesse obligatoire de vente est

(1) T. III, n° 454.
(2) *Vente*, t. I, n° 82.

translative de propriété sous condition; qu'il en résulte un droit réel auquel ne peut porter atteinte aucun fait ultérieur, tel que décès, incapacité ou changement de volonté de la part du promettant, et que l'acte qui la constate doit être transcrit s'il concerne un immeuble (1).

28. Cependant, d'après la jurisprudence et quelques auteurs parmi lesquels nous trouvons précisément ceux que nous venons de citer, la promesse unilatérale dont il vient d'être parlé ne transfère pas la propriété tant que celui à qui elle a été faite n'a pas déclaré vouloir en profiter (2). « Jusqu'à ce moment, dit-on, la promesse de vente ne fait naître au profit de l'acheteur qu'un droit personnel, et par suite il devrait respecter les aliénations et les constitutions de droits réels procédant du chef du vendeur (3). » Mais, « à partir de ce moment, il existe une promesse de vendre et une promesse d'acheter (4). »

On dit encore : « Le propriétaire consent à vendre, mais le prétendu acquéreur ne s'engage à rien; il se réserve d'accepter ou de ne pas accepter la vente, et se borne à prendre acte de l'offre (5). » Mais non; il ne se borne pas à *prendre acte* de l'offre. Qu'est-ce que cela voudrait dire? On oublie qu'il a parfaitement accepté l'obligation prise à son profit de livrer un corps certain sous une condition déterminée, et que cette obligation doit le rendre propriétaire en vertu de l'art. 1138.

29. Il ne faut pas équivoquer; c'est en vertu de cette obligation que l'acheteur réclame la chose comme lui appar-

(1) MOURLON, *Rép.*, sur l'art. 1589; *De la transcript.*, t. I, p. 92 et suiv.; DURANTON, t. XVI, n° 53; BALLOT, *Rev. étrang.*, 1848, p. 114; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1138, n° 13; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 10 *bis* V.

(2) Cass. 12 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 14 mars 1896; Cass. 10 mars 1886, D. 89, 1, 261; Nancy, 2 mars 1889, S. 90, 2, 127.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 455.

(4) *Ibid.*, n° 454.

(5) GUILLOUARD, t. I, n° 84.

tenant, et non en vertu de sa déclaration qu'il entend bénéficier de la promesse faite à son profit. Il invoque cette déclaration en tant seulement qu'elle constitue l'accomplissement de la condition qui tenait en suspens l'effet translatif de la promesse unilatérale dont il s'agit. C'est dans cette promesse et uniquement dans cette promesse qu'il trouve son titre d'acquisition. L'erreur que nous combattons consiste à vouloir trouver ce titre dans la déclaration même dont nous venons de parler, rapprochée de la promesse de vente. On part de cette idée que la promesse unilatérale de vente *doit devenir vente*, et qu'elle ne devient vente que lorsque le créancier déclare vouloir acheter. Mais cette déclaration ou acceptation, si elle n'est pas envisagée comme une condition rétroagissant, ne peut remonter quant à ses effets, à la date de l'offre. Elle sera donc absolument inefficace si le promettant a changé d'avis, s'il est décédé ou devenu incapable. Le contrat synallagmatique deviendra impossible.

Par conséquent, dans ce système, il est faux de dire que, *désormais*, elle rend la vente parfaite, « alors même que le promettant prétendrait avoir changé d'avis dans l'intervalle, *car il est lié par sa promesse* (1). »

C'est seulement dans l'opinion que nous soutenons qu'il est possible d'admettre une telle solution, parce que, suivant cette opinion, le titre de l'acheteur se trouve dans l'obligation unilatérale conditionnelle contractée par le promettant, obligation qui ne peut, dès qu'elle a pris naissance, être atteinte par aucun événement ultérieur.

D'ailleurs en quoi consiste cette obligation ? A payer seulement des dommages-intérêts en cas d'inexécution, ainsi qu'on le prétend? Pas du tout, mais à livrer un corps certain à titre de vente. Donc il s'agit d'une promesse conditionnellement translative de propriété.... Cela est si vrai que, même

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 454.

en le niant, on est amené à le reconnaître implicitement. « Jusqu'à la déclaration de l'acheteur, dit-on en effet, la promesse de vente ne fait naître à son profit qu'un droit personnel, *par suite* il devrait respecter les constitutions de droits réels procédant du chef du vendeur, *et qui seraient devenues efficaces à l'égard des tiers par l'accomplissement des formalités prescrites.* » On veut parler de la transcription. Mais si la transcription est nécessaire pour que les aliénations dont s'agit soient opposables à l'acheteur, c'est donc que l'acheteur est déjà investi d'un droit réel, car s'il n'avait qu'un droit de créance, la transcription serait inutile vis-à-vis de lui. D'un autre côté, si l'acheteur a le droit de faire une déclaration utile, quand même le promettant prétendrait avoir changé d'avis, comment peut-on soutenir qu'il devra respecter les aliénations consenties par ce dernier!....

On a donc confondu les effets de la déclaration faite par l'acheteur éventuel qu'il entend bénéficier de la promesse qu'il a reçue, déclaration qui n'est rien autre chose que l'accomplissement d'une condition, avec les effets de cette promesse elle-même qui forme le seul et véritable titre invoqué par le stipulant.

30. Laurent donne à la confusion que nous signalons une forme qui la rend encore plus évidente : « Il nous semble, dit-il, que c'est dénaturer la promesse de vente que de la considérer comme un contrat unilatéral conditionnel. La promesse est pure et simple, et que dit-elle? Que le promettant s'engage à vendre; cet engagement unilatéral ne peut pas transférer la propriété, car la propriété ne se transfère que par un concours de volonté (1). » Mais ce concours de volonté existe, puisque cet engagement est obligatoire en vertu d'un contrat unilatéral; seulement il est conditionnel. « Non, répond Laurent, les parties n'ont stipulé aucune condition,

(1) T. XXIV, n° 15.

et leur convention n'implique pas de condition (1). » Comment peut-on dire qu'il n'y a pas de condition quand on est en présence de la convention suivante : Le propriétaire s'oblige actuellement à livrer sa chose à titre de vente, si dans tel délai l'acquéreur espéré déclare vouloir l'acheter moyennant tel prix?..... C'est cette convention unilatérale qu'il s'agit d'exécuter. Voudrait-on soutenir que l'obligation de livrer un corps certain ne saurait résulter d'une convention unilatérale? Les raisonnements que nous venons d'analyser sembleraient le faire croire, et en effet dans la doctrine que nous repoussons il faut aller jusque-là. « Celui à qui la promesse est faite, dit Laurent, a le droit d'en profiter s'il veut s'engager de son côté à acheter. C'est un droit personnel en ce sens qu'il n'acquiert aucun droit sur la chose objet du contrat. Il a été jugé par la Cour de cassation que ce n'est pas un droit immobilier, ce qui est incontestable (2), car le droit immobilier ne pourrait être qu'un droit de propriétaire (3). »

Mais c'est précisément ce que les parties ont voulu, ainsi que cela résulte avec évidence des circonstances dans lesquelles se produisent ordinairement les promesses obligatoires de vendre. Sans doute celui qui promet de vendre ne vend pas, car il ne peut vendre par sa seule volonté. Mais il peut s'obliger à livrer la propriété d'une chose quand celui vis-à-vis de qui il s'y oblige déclarera vouloir l'acheter moyennant un prix convenu. Ce n'est pas là une vente ordinaire, et jamais le législateur n'a dit que la promesse unilatérale était assimilée à la vente proprement dite. Mais la promesse dont nous parlons, quand elle est devenue définitive, produit, quant au transfert de la propriété, des effets ana-

(1) *Ibid.*
(2) Cass. 20 janv. 1862, D. 62, 1, 364.
(3) T. XXIV, n° 12.

logues à ceux de la vente, et voilà pourquoi elle est assez fréquente.

31. Si les parties s'étaient formellement expliquées sur ces divers points, oserait-on décider que leur intention commune ne doit pas être respectée quand il ne peut en résulter aucun dommage pour les tiers? Evidemment non; or, nous prétendons que toutes les solutions par nous proposées sont implicitement voulues dans toute promesse unilatérale de vente acceptée comme telle, et sans réciprocité, par celui à qui elle est faite.

On ne pourrait soutenir le contraire qu'en pensant avec Merlin (1) et plusieurs arrêts anciens (2), qu'une telle promesse n'est pas valable par ce motif que l'art. 1589 ne reconnaît comme obligatoires que les promesses contenant un engagement réciproque.

Mais on a depuis longtemps répondu avec raison que l'article 1589 se borne à déclarer que seules les promesses synallagmatiques valent vente, sans s'occuper de ce que peuvent valoir les promesses unilatérales, ce point devant être laissé sous l'empire des principes généraux en matière d'obligations (3).

Or, d'après les principes généraux, le stipulant qui déclare accepter la vente, doit être réputé propriétaire à partir du jour de l'engagement pris par le promettant (art. 1179). Il n'en serait autrement que si l'intention contraire des parties résultait soit d'une clause expresse, soit de la nature de la convention, dans le cas, par exemple, où un contrat de bail réserverait au preneur la faculté d'achat. Il est certain qu'une telle clause n'implique pas l'annulation du contrat de location pour le temps antérieur à la déclaration d'acquisition (4).

(1) *Répert.*, v° *Vente*, § 7, n° 5, et *Quest.*, v° *Promesse de vente.*

(2) Angers, 27 août 1829, D. 30, 2, 74; Lyon, 27 juin 1832, S. 33, 2, 285.

(3) Voy. GUILLOUARD, t. I, n° 81, et les autorités citées.

(4) Paris, 19 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 23 janv. 1896.

Quant à la question des risques, elle demeure, dans notre système, régie par l'art. 1182.

Les promesses unilatérales d'acheter sont soumises aux mêmes règles que les promesses unilatérales de vendre. Le promettant est seul tenu. L'autre partie n'est pas liée et peut vendre à qui bon lui semble ou ne pas vendre du tout (1).

32. Les diverses promesses unilatérales soit d'acheter, soit de vendre, sont transmissibles aux héritiers activement et passivement.

Elles sont également cessibles. Cela est d'évidence pour les promesses de vente (2). Pour les promesses unilatérales d'acheter, il est difficile au premier abord, d'en concevoir la cession. En effet, le créancier d'une telle promesse, c'est-à-dire le propriétaire de la chose envisagée ne peut exiger l'accomplissement de la promesse d'acheter faite par un autre et acceptée par lui, qu'à la condition d'être prêt à livrer la chose. Comment donc pourrait-il céder à un tiers, qui n'a pas la chose, le droit d'exiger l'exécution de la promesse d'achat? D'un autre côté si lui-même vend la chose à un tiers, il se met dans l'impossibilité de la livrer au promettant et par conséquent le dégage de sa promesse. Mais alors il est possible de concevoir la possibilité d'une cession à ce tiers acquéreur de la créance résultant de la promesse unilatérale d'acheter, car le cessionnaire aura alors le moyen de livrer la chose au promettant.

Il faut enfin noter que les créanciers de celui au profit de qui est intervenue une promesse de vente ou d'achat ne sauraient prétendre avoir le droit de l'accepter de son chef (Voy. t. VII, n° 194).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 458.

(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 176; Cass. 31 janv. 1866, D. 66, 1, 69; Riom, 21 mai 1884, D. 85, 2, 86; LAURENT, t. XXIV, n° 12; GUILLOUARD, t. I, n° 82.

33. Celui qui a pris l'engagement unilatéral de vendre ou d'acheter peut se réserver la faculté de se dégager du lien obligatoire moyennant un certain sacrifice, c'est ce qui a lieu en cas de clause de dédit ou *mulcta pœnitentialis*. (Voy. t. VII, n° 376).

Dans les contrats synallagmatiques, la clause de dédit peut être réciproque. C'est ce qui a lieu quand elle résulte de cette circonstance que des *arrhes* ont été données.

« La délivrance et la réception des arrhes, disait le tribun Grenier au *Corps législatif*, détermineront le caractère et l'effet de l'engagement *en le réduisant* à une simple promesse de vente dont on pourra se désister, etc. (1). »

C'est en envisageant la convention comme étant ainsi réduite aux proportions d'une simple promesse, que le législateur a pu dire :

ART. 1590. Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. — Celui qui les a données, en les perdant, — Et celui qui les a reçues, en restituant le double.

Mais certainement l'expression *promesse de vendre* n'a pas été employée pour limiter l'effet résolutoire de la stipulation d'arrhes aux seules promesses de vente (2).

Les arrhes, d'ailleurs, ne sont pas spéciales à la vente : elles peuvent être ajoutées à tout autre contrat, par exemple à l'échange (3), au louage (art. 1715), et elles sont quelquefois appelées *denier à Dieu* (4). Le législateur aurait donc mieux fait de s'en occuper dans la partie générale du titre des *Obligations*.

Cela eût été d'autant plus naturel que, d'après les précé-

(1) FENET, XIV, p. 189, 190.

(2) DUVERGIER, *Vente*, t. I, n° 135; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 36; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 460; GUILLOUARD, t. I, n° 20; *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 50; LAURENT, t. XXIV, n° 27.

(3) Lyon, 2 juill. 1875, S. 76, 2, 240.

(4) Voy. DU CANGE, v° *Denarius Dei*.

dents historiques, les arrhes devraient être considérées comme un signe ou une preuve de la conclusion du contrat, et non comme impliquant une faculté de dédit, sauf convention contraire. C'est cette convention contraire qui est présumée par notre art. 1590, attribuant en matière de vente, à la remise des arrhes, le caractère d'un dédit. Ce sera donc à la partie qui s'oppose à ce que la promesse soit retirée, à prouver que les arrhes ont été données comme *à-compte* sur le prix, ou comme *denier à Dieu*, c'est-à-dire en sus du prix (1).

Pour les contrats autres que la vente, celui qui voudra se dédire devra prouver que les arrhes ont été convenues à titre de dédit.

La faculté de se dédire ne pourra être exercée que pendant le délai convenu, ou, à défaut de délai indiqué, jusqu'à l'exécution volontaire du contrat soit par l'une d'elles, soit par toutes les deux.

§ 4. — Du prix.

34. — Conditions que doit remplir le prix.
35. — En quel sens il représente la chose.
36. — Il est fixé par les parties, art. 1591,
37. — Ou laissé à l'arbitrage d'un tiers, art. 1592; comment procède ce tiers-mandataire.
38. — Frais de la vente, art. 1593.

34. Le prix constitue un élément essentiel du contrat de vente. Il doit consister en argent payable soit en capital, soit en rente perpétuelle ou viagère, sinon il y aurait échange, quand même la prestation à fournir comme prix consisterait en denrées cotées aux mercuriales (2). Si la prestation consistait à loger, nourrir et entretenir le vendeur, il y aurait obli-

(1) DUVERGIER, *Vente*, nos 135 et suiv.; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 11 *bis* III; LAURENT, t. XXIV, n° 27; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 459; GUILLOUARD, t. I, n° 21.

(2) *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 119.

gation de faire et par suite contrat innomé et non vente (1).

Quand le prix consiste partie en argent et partie en autre chose, le caractère de la convention se détermine d'après l'importance respective de l'un et de l'autre; dans le doute on devra se prononcer pour la vente qui est le contrat le plus usuel (2).

Le prix doit être sérieux; s'il est simulé, fictif ou dérisoire, il n'y a pas de vente. Il importe peu que l'acquéreur soit d'une insolvabilité notoire, car le vendeur peut avoir eu confiance dans les circonstances qui déterminent son crédit personnel, à moins qu'il n'apparaisse clairement que le prix indiqué au contrat ne devait pas être réclamé (3). L'opération cependant pourra valoir comme donation déguisée (4).

Il faut de plus, au moins en matière d'immeubles, que le prix soit suffisant, c'est-à-dire en rapport avec la valeur de la chose. C'est, dit-on, parce que le prix doit être la représentation de la chose; il est en effet une valeur en argent destinée à remplacer, dans le patrimoine du vendeur, la valeur de la chose vendue.

Mais il appartient aux parties de faire elles-mêmes cette appréciation des valeurs, et cet aperçu ne contient rien qui soit plus particulièrement vrai pour la vente que pour tout autre rapport synallagmatique. Dans un contrat obligeant les parties à des prestations réciproques, on peut dire que la prestation due par une partie est l'équivalent de la prestation due par l'autre et la représente.

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 70; GUILLOUARD, t. I, n° 95; Comp. Trib. Gex, sous Lyon, 19 déc. 1867, S. 68, 2, 259; *Contrà*, Liège, 25 mai 1881, *Pas.*, 81, 2, 343.

(2) Cass. 26 fév. 1883, D. 83, 1, 453; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 25; LAURENT, t. XXIV, n°s 68, 69; ARNTZ, t. III, n° 959; GUILLOUARD, t. I, n° 94-1.

(3) Comp. Cass. 13 juin 1860, S. 61, 1, 237; GUILLOUARD, t. I, n° 95.

(4) Cass. 28 janv. 1879, S. 80, 1, 54; Douai, 12 mars 1879, sous Cass. S. 81, 1, 205.

Ce même aperçu : *le prix représente la valeur de la chose*, ayant été poussé à l'extrême a fini par engendrer, *contrà rationem juris*, la rescision pour cause de lésion, dans les ventes immobilières non aléatoires, et par faire annuler, pour défaut de prix sérieux, des ventes consenties moyennant une rente viagière dont les arrérages ne dépassaient pas les revenus de la chose vendue (1). Ces décisions sont excessives et arbitraires (2). Est-ce qu'il est possible de se rendre compte de toutes les raisons particulières qui ont pu déterminer le vendeur à se contenter d'un prix paraissant minime? Quand même il aurait voulu procurer un avantage à l'acheteur, le contrat ne serait pas moins valable (3). Sans doute, si le prix est vil, il pourra y avoir lieu à la rescision de la vente, mais alors il faudra se trouver dans les conditions prescrites par l'ar t. 1674,c'est-à-dire dans le délai de deux années.

Si le vendeur est encore dans le délai utile, il peut donc espérer le succès de son action en rescision. Si le délai est expiré l'action est irrecevable. Mais alors le vendeur demande la nullité de la vente pour défaut de prix sérieux, et il l'obtient bien souvent, grâce à la doctrine trop complaisante de quelques auteurs (4), quoique le prix existe sérieusement, et puisse tout au plus être considéré comme insuffisant.

35. Mais alors quelle est la signification précise de l'aphorisme : *le prix représente la valeur de la chose?*

Cette formule offre un sens équivoque, car elle doit, le plus souvent, demeurer étrangère à la théorie proprement dite de la vente; elle concerne plus directement certains rapports juridiques pouvant s'établir entre le vendeur et des

(1) Limoges, 5 mai 1880, D. 81, 2, 50.

(2) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 463; LAURENT, t. XXIV, n°s 85 à 87.

(3) Cass. 9 juill. 1879, D. 81, 1, 27.

(4) Voy. GUILLOUARD, t. I, n° 97, et les autorités citées.

tiers. Elle signifie ordinairement que, dans certains cas, où un individu qui avait droit à une chose ne peut avoir la chose elle-même, parce que celui qui la détenait l'a vendue valablement; il pourra, en remplacement de la chose, obtenir le prix qu'elle a produit, et qui, par conséquent, la représente.

Voici quelques applications de la formule employée en ce sens :

1° L'absent qui reparaît après l'envoi définitif a le droit de recouvrer le prix de ses biens aliénés, art. 132;

2° L'ascendant donateur a le droit de recouvrer le prix de ses biens aliénés, si ce prix est encore dû, art. 747 ;

Voilà dans quel sens on peut dire que le prix représente la chose.

On peut dire de même que la chose représente le prix.

3° Les art. 1434 et 1435 relatifs au remploi peuvent aussi être considérés comme présentant les deux aspects d'une règle que l'on a l'habitude de formuler ainsi : *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*, règle que l'on met souvent en rapport avec la distinction admise entre les *universitates juris* et les *universitates facti* (1).

On voit donc dans quels cas et en quel sens on peut dire que le prix est la représentation de la chose. Il ne s'agit pas le moins du monde de la détermination de son importance comparée à la valeur de la chose vendue.

36. Ce point est abandonné sauf la restriction résultant pour les immeubles, d'une lésion de plus des sept douzièmes, à la libre appréciation des intéressés :

ART. 1591. Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties (*).

Donc il n'y a pas vente quand la fixation du prix est au

(*) Art. 1591. — L. 2 § 1; L. 7 §§ 1 et 2; L. 35 § 1; L. 37, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) Voy. notre dissertation sur *La nature juridique du prix*, *Revue critique*, 1880.

pouvoir du vendeur seul ou de l'acheteur, car dans ce cas i n'y a pas encore consentement ni lien de droit (1).

Mais le prix est déterminé, quoique le montant ne soit pas encore connu des parties au moment du contrat, s'il n'est plus au pouvoir de l'une d'elles de l'augmenter ou de le diminuer (2).

C'est ce qui a lieu quand des objets ayant un cours déterminé sont vendus au prix du cours de tel jour, ou au même cours que celui que le vendeur fait à ses autres clients (3), ou quand un immeuble est vendu pour le prix qui sera retiré d'un immeuble contigu dont la mise en vente a été publiée. Dans ces circonstances et autres semblables, le prix est suffisamment indiqué (4).

Si la chose est vendue moyennant le prix qui en sera offert au vendeur, il y a vente sous la condition qu'il sera fait au vendeur une offre sérieuse par un acheteur qui ne sera pas fictivement suscité par l'une des parties (5).

La vente n'ayant pas pour objet des choses ayant un cours, serait nulle si elle était faite simplement pour *le prix que la chose vaut* ou pour *juste prix* (6). On soutenait autrefois que les parties doivent, en pareil cas, être réputées avoir voulu faire déterminer le prix par des experts dont elles conviendraient plus tard (7).

37. Mais cette solution ne saurait être admise dans le droit actuel. Le prix ne peut être fixé par une personne étrangère

(1) Pau, 9 juill. 1888, D. 89, 2, 62.

(2) ARNTZ, t. III, n° 961.

(3) Bruxelles, 23 janv. 1889, *B. J.*, 90, 804.

(4) MARCADÉ, sur l'art. 1591, II; AUBRY et RAU, § 349; GUILLOUARD, t. I, n° 109.

(5) DUVERGIER, t. I, n° 160; GUILLOUARD, t. I, n° 111; *Contrà*, POTHIER, *Vente*, n° 27; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 35.

(6) AUBRY et RAU, *loc. cit.*; ARNTZ, t. III, n° 961; GUILLOUARD, t. I, n° 110.

(7) POTHIER, *Vente*, n° 26.

au contrat que si cette personne est désignée dans la convention (1) :

ART. 1592. Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers: si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

Les parties peuvent évidemment désigner une ou plusieurs personnes pour remplir la mission de fixer le prix. Ces personnes dénommées experts ou arbitres, et même quelquefois arbitres amiables-compositeurs (2), sont en réalité de véritables mandataires, et il ne saurait appartenir aux juges de modifier ou réformer en quoi que ce soit les estimations ou évaluations par eux faites (3).

Il ne serait pas davantage admissible que la fixation du prix fût abandonnée à l'arbitrage de l'acheteur ou du vendeur. Les art. 1591 et 1592 combinés et le bon sens juridique ne le permettent pas. Le contraire n'a pu être jugé que par erreur (4).

Les parties peuvent se réserver dans le contrat, la faculté de désigner plus tard les experts. La désignation ainsi faite se rattache suffisamment à la convention pour produire ses effets utiles.

Si l'une des parties refuse de concourir à cette désignation, le contrat doit être tenu pour non existant, et ne peut produire aucun effet juridique. Par conséquent celle des parties qui voudrait se prévaloir de la vente ne pourrait être admise à réclamer à l'autre des dommages-intérêts pour le fait de ce refus (5). Elle a eu tort de suivre ainsi la foi de son adversaire.

(1) Dijon, 15 fév. 1893, D. 93, 2, 168.

(2) Voy. Rouen, 1er avr. 1892, D. 94, 2, 134.

(3) Bastia, 1er fév. 1892, S. 92, 2, 201; Nancy, 24 avr. 1884, S. 84, 2, 158.

(4) Douai, 15 mars 1886, D. 88, 2, 37 et la note; Voy. FLURER, *Rev. crit.*, 1889, *Exam. doctr.*, p. 311.

(5) Arrêt précité de Dijon du 15 fév. 1893.

Quelques auteurs accordent en ce cas des dommages-intérêts sous prétexte de la violation d'une *obligation de faire* (art. 1142) (1). Cette solution est absolument arbitraire. Il n'est pas vrai que les parties aient voulu conclure un contrat innomé engendrant une obligation de faire. Elles ont voulu conclure une vente, en réservant seulement leur accord sur un point essentiel, la détermination du prix abandonnée à des tiers devant être ultérieurement désignés. Elles ont voulu, d'une manière indivisible, faire cela et pas autre chose. Elles ont suivi mutuellement la foi l'une de l'autre, et c'est le comble de l'arbitraire que de dédoubler en quelque sorte leur volonté, en imaginant, à l'appui d'une solution voulue, une espèce de contrat subsidiaire auquel elles n'ont jamais songé.

Mais si aucune action ne peut naître directement du refus de concourir à la nomination des arbitres-mandataires, rien ne s'oppose à ce que des dommages-intérêts soient réclamés, conformément à l'art. 1382, si l'une des parties justifie d'un dommage résultant pour elle de faits positifs à la charge de l'autre partie (2).

Nous venons de dire que les parties ont réservé leur accord sur un élément essentiel du contrat, la détermination du prix. L'estimation faite par le mandataire ou les mandataires désignés, qui fait apparaître cet élément, vient donc compléter la vente qui n'existe qu'à compter du jour où le prix a été fixé. L'acheteur ne devient donc propriétaire et ne supporte les risques qu'à partir de cette époque (3).

On a soutenu au contraire que, dans notre hypothèse, il y avait vente sous la condition suspensive de l'estimation con-

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 76; ARNTZ, t. III, n° 962; GUILLOUARD, t. I, n° 101; Bruxelles, 2 nov. 1889, *Pas.*, 90, 2, 278; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 464.

(2) Arrêt précité de Dijon du 15 fév. 1893.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 464; SALEILLES, *Essai d'une théorie de l'oblig.*, n° 162.

venue, et que cette condition venant à se réaliser devait rétroagir au jour du contrat (1). Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que cette interprétation est contraire aux principes les plus certains (Voy. t. VII, n° 241).

Les experts-mandataires devront apprécier la valeur de la chose telle qu'elle était au moment de la vente. Leur estimation est inattaquable comme si elle émanait des parties elles-mêmes, sauf les cas de dol ou de lésion de plus des sept douzièmes (2). Ils la feront connaître dans la forme qu'il leur plaira d'adopter, car ils ne sont soumis ni aux formalités de l'arbitrage (art. 1003, C. pr. civ.), ni à celles des expertises (art. 302, C. pr. civ.), et leur décision ne saurait être attaquée pour excès de pouvoir (3).

38. Les frais auxquels l'expertise peut donner lieu sont soumis à la règle générale suivante :

ART. 1593. Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

Les frais d'actes sont ceux qui sont dus au rédacteur de l'acte; les frais accessoires sont les frais d'enregistrement et de transcription.

Une clause spéciale peut mettre tous ces frais à la charge du vendeur. On dit alors que l'acheteur acquiert *contrat en main*. Il peut aussi être convenu que les frais d'enregistrement demeureront à la charge de la partie qui *y donnera lieu* (4).

(1) DUVERGIER, t. I, n° 162; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 32; LAURENT, t. XXIV, n°s 74, 75; ARNTZ, t. III, n° 662; GUILLOUARD, t. I, n° 105.

(2) DURANTON, t. XVI, n° 116; LAURENT, t. XXIV, n° 78; ARNTZ, t. III, n° 963; GUILLOUARD, t. I, n° 107; *Contrà*, DUVERGIER, t. I, n° 157; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 30.

(3) Nancy, 1er juill. 1864, S. 64, 2, 154; DUVERGIER, t. I, n° 154; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 31; LAURENT, t. XXIV, n° 77; GUILLOUARD, t. I, n° 108.

(4) Comp. Cass. 16 août 1860, S. 61, 1, 16; AUBRY et RAU, § 353, texte et note 1; GUILLOUARD, t. I, n° 197.

De ce que, sauf clause contraire, les frais sont à la charge de l'acheteur, on a tiré cette conséquence que le choix du notaire, rédacteur de l'acte de vente, doit appartenir à ce dernier, sauf à reconnaître à l'autre partie, suivant les usages en vigueur dans certaines localités, le droit d'exiger l'adjonction d'un second notaire, sans augmentation des frais (1). Il a cependant été jugé que le choix du notaire appartenait à l'acheteur, même quand une clause du contrat met les frais à la charge du vendeur (2).

Il suit de tout cela que le notaire rédacteur de l'acte, choisi en principe par l'acheteur, ne peut pas être considéré comme ayant de plein droit qualité pour recevoir le prix dû au vendeur. Il appartient aux juges du fait de rechercher quelle a été sur ce point la commune intention des parties (3).

Les frais de purge, soit qu'il s'agisse des hypothèques inscrites, soit qu'il s'agisse des hypothèques légales, doivent, en principe, demeurer à la charge du vendeur obligé de dégrever l'immeuble des hypothèques qui le couvrent (4). Il doit en être ainsi, sauf clause contraire, quand même la purge des hypothèques légales ne ferait apparaître aucune inscription du chef du vendeur (5). Il faut en effet que l'acquéreur ait en mains un document établissant, à l'égard des tiers avec qui il peut vouloir traiter au sujet de l'immeuble par lui acheté, que cet immeuble n'est grevé tant du chef de son vendeur immédiat que du chef des autres précédents propriétaires d'aucune hypothèque légale dispensée d'inscription. Or ce document que le vendeur doit procurer à l'acheteur, ne peut

(1) Trib. Bruxelles, 29 juill. 1856, *Cl.* et *B.*, 1856-1857, 358.

(2) Paris, 22 fév. 1884, S. 84, 2, 77.

(3) Cass. 10 déc. 1889, D. 91, 1, 136.

(4) Cass. 22 avr. 1856, S. 56, 1, 849; AUBRY et RAU, § 353, texte et note 2; § 294, texte et note 35; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 477; GUILLOUARD, t. I, n° 197; *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 124; MARCADÉ, sur l'art. 1593; DUVERGIER, t. I, n° 169.

(5) *Contrà*, AUBRY et RAU, *loc. cit.*; GUILLOUARD, t. I, n° 197.

résulter que de l'accomplissement des formalités à fin de purge.

L'art. 1593 ne concerne que les rapports de l'acheteur avec le vendeur. Quant au notaire rédacteur de l'acte, il a une action en paiement de ses déboursés et honoraires qu'il peut diriger soit contre l'acheteur, soit contre le vendeur. La jurisprudence et la doctrine font reposer cette action, qualifiée *solidaire*, sur l'art. 2002 (1). On dit que le notaire, en rédigeant l'acte de vente, a agi comme mandataire du vendeur et de l'acheteur. Mais le mandat a pour base l'idée de représentation dans un acte juridique. Il n'y a donc absolument aucun rapport entre le fait envisagé et le mandat. La vérité est que le vendeur et l'acheteur ont, chacun, réclamé du notaire la rédaction d'un même acte de vente, et que chacun en doit le prix, selon le tarif adopté, sans que le notaire puisse le recevoir plus d'une fois. C'est donc un cas d'obligation *in solidum* (Voy. t. VII, n° 314). Celui qui a payé la dette a son recours contre l'autre, non en vertu de l'art. 1213, mais en vertu de notre art. 1593.

(1) Cass. 30 janv. 1889, S. 89, 1, 433; Cass. 17 juin 1890, S. 90, 1, 416; DURANTON, t. XVI, n° 122; DUVERGIER, t. I, n° 171; MARCADÉ, sur l'art. 1593 1°; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1202, n° 13; GUILLOUARD, t. I, n° 197; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 477.

CHAPITRE II.

QUI PEUT ACHETER OU VENDRE.

39. — Liberté d'acheter ou de vendre, art. 1594.
40. — Interdiction entre époux du contrat de vente, sauf dans certains cas de dation en paiement, art. 1595.
41. — Première exception admise par l'art. 1595.
42. — Deuxième exception; elle n'est pas limitée aux conjoints communs en biens.
43. — Application aux remplois offerts par le mari à la femme.
44. — Controverse sur ce point.
45. — Troisième exception.
46. — Maintien du droit des héritiers réservataires dans les cas ci-dessus.
47. — Sanction de la prohibition de la vente entre époux. Par qui la nullité peut-elle être proposée?
48. — Les autres contrats à titre onéreux sont, en principe, permis entre époux.
49. — Prohibition d'acheter édictée à l'égard de certains administrateurs quant à certains biens, art. 1596; d'abord à l'égard des tuteurs;
50. — Ensuite à l'égard des mandataires,
51. — Représentants des personnes morales et autres.
52. — Sanction de l'art. 1596.
53. — L'art. 1596 s'applique aux créances. — Rappel de l'art. 450 défendant aux tuteurs d'accepter aucune cession de créances contre leurs pupilles. — *Quid* des mandataires généraux?
54. — Prohibitions spéciales édictées à l'égard des magistrats, etc., art. 1597.
55. — Caractères de l'action en nullité résultant de la violation de l'art. 1597; controverse sur ce point.

39. Il ne s'agit pas, dans ce chapitre, d'une application particulière de l'art. 1123 portant que toute personne peut contracter quand elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (1).

(1) *Contrà*, LAURENT, t. XXIV, n° 29; GUILLOUARD, t. I, n° 112.

En édictant d'une manière générale que :

ART. 1594. Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre (*),

Le législateur a voulu dire simplement que certaines personnes, d'ailleurs capables d'une manière générale, sont privées, dans certains cas, du droit de vendre ou d'acheter. Il fait allusion à des *prohibitions* plus ou moins bien justifiées, et non à des *incapacités*. Nous avons déjà eu l'occasion de mettre en relief l'intérêt de cette distinction (Voy. t. III, n° 386), et nous aurons à revenir encore sur ce point. La loi néanmoins semble confondre les deux choses dans la disposition finale de l'art. 1124, de sorte que les effets de l'incapacité pourront quelquefois être attachés à la prohibition.

Les prohibitions de vendre ou d'acheter ne peuvent émaner que de la loi.

Par conséquent toute manœuvre employée par des particuliers pour entraver le libre exercice de la faculté de vendre ou d'acheter constitue une atteinte au droit d'autrui.

Dans certains cas les manœuvres de ce genre sont des délits réprimés par la loi pénale.

Ainsi les entraves apportées à la liberté des enchères, dans les ventes qui se font par adjudication publique, sont punies par l'art. 412, C. P., qui protège aussi l'exercice du droit de surenchère (1).

De même l'art. 419, C. P., prévoit et punit l'emploi de moyens frauduleux pour opérer la hausse ou la baisse des denrées, marchandises ou effets publics au-dessus ou au-dessous du prix qu'aurait déterminé la concurrence libre et naturelle du commerce.

Dans d'autres cas les manœuvres ayant pour but d'empêcher quelqu'un de vendre ou d'acheter en provoquant, par

(*) Art. 1594. — LL. 1 § 2; 26, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) Cass. 2 fév. 1884, D. 84, 1, 373.

exemple, la mise en interdit de son établissement, seront constitutives seulement d'un délit civil et pourront donner lieu à des dommages-intérêts (Comp. t. VIII, n° 405).

Enfin chaque citoyen, même quand il exerce un commerce, est libre d'acheter ou de vendre à qui il lui plaît; il peut donc défendre à un tiers l'accès de sa maison, et refuser de lui vendre les objets de son commerce. Un restaurateur, par exemple, peut, pour des motifs de convenance personnelle que les tribunaux n'ont pas à apprécier, refuser de vendre sa denrée à un consommateur, et lui interdire l'entrée de son établissement (1). Il ne saurait y avoir de restriction à cette règle que dans les cas où le marchand se trouverait lié par une offre faite dans des conditions où l'offre pourrait être acceptée par toute personne indifféremment (Voy. t. VII, nos 14 et 15), et aussi dans le cas d'un monopole constitué. L'État qui jouit d'un monopole, ou le particulier à qui un monopole a été concédé, ne peut refuser de vendre à celui qui offre un prix conforme aux tarifs.

40. Néanmoins le législateur, déterminé par des considérations particulières, a cru devoir prohiber spécialement le contrat de vente entre certaines personnes, et d'abord entre époux, quoique, d'une manière générale, les contrats à titre onéreux ne soient pas interdits entre conjoints (*infrà* n° 48).

ART. 1595. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants : — 1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits; — 2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté; — 3° Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté; — Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect (*).

(*) Art. 1595. — L. 31 § 4, D. 24, 1, *De donat. inter vir. et uxor.*

(1) Trib. civ. Seine, 23 mars 1892, D. 94, 2, 132 et la note; Cass. 11 janv. 1889, D. 89, 1, 222.

La prohibition des ventes entre époux est principalement motivée par la crainte que l'un des époux abuse de son influence sur l'autre pour obtenir des transactions irrévocables déguisant, sous la forme d'une vente, soit des libéralités ordinaires, ainsi soustraites au principe de la révocabilité des donations entre époux, soit même des libéralités excédant la quotité disponible.

Cette prohibition ne peut donc pas s'appliquer aux ventes forcées, ni au droit de faire une surenchère, en vertu de l'art. 2185, quoique l'exercice de ce droit emporte soumission de se rendre adjudicataire (1).

Les trois exceptions apportées à cette prohibition se réfèrent non pas précisément à la vente, mais à la *dation en paiement* qui se rapproche beaucoup de la vente, quand la dette qu'elle a pour but d'éteindre est d'une somme d'argent, et dont nous avons déjà exposé la théorie générale (Voy. t. VIII, nos 30 et 31).

Dans ce cas la *datio in solutum* donne lieu à la garantie, en cas d'éviction de l'*accipiens*, et au privilège du vendeur en cas de soulte stipulée au profit du *solvens*. Mais elle ne saurait être rescindée pour lésion. La dation en paiement suppose toujours le libre consentement de celui à qui elle est offerte; celui-ci ne peut jamais être obligé de la subir malgré lui.

41. La première exception prévoit le cas où l'un des époux, soit le mari, soit la femme, cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits, quelle que soit d'ailleurs la nature du régime auquel la séparation *prononcée* (2) a mis fin. La dation en paiement en vertu d'un jugement de séparation de biens serait valable, quand même

(1) Rouen, 7 mars 1892, S. 93, 2, 78; Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 148.

(2) Bourges, 5 mai 1830, S. c. N., IX, 2, 440; Comp. Grenoble, 1er juin 1865.

elle serait insérée dans un acte liquidatif annulable à d'autres points de vue (1).

La dation en paiement dont nous parlons sera annulable s'il est démontré qu'elle a été faite en fraude des droits des créanciers de l'un ou de l'autre des époux (art. 1167). Le préjudice résultant de l'insuffisance du prix ne pourrait être seul invoqué (2), sauf aux créanciers qui s'en plaignent à exercer, le cas échéant, du chef de leur débiteur (art. 1166), l'action en rescision pour cause de lésion (3).

Quand il est constaté que la vente est frauduleuse, on soutient que le contrat devra être annulé pour le tout, et non pas seulement pour ce qui excède la créance de la femme, attendu : « que l'acte a une cause illicite et ne peut produire aucun effet, aux termes de l'art. 1131 (4). » C'est donc que le demandeur aurait agi comme une espèce de syndic représentant la masse! Nous avons déjà examiné cette difficulté (Voy. t. VII, n° 226). Quel rapport, d'ailleurs, peut-il y avoir entre la théorie de la cause et la difficulté envisagée? (Voy. t. VII, n°s 76 et suiv.).

Si le jugement de séparation de biens n'avait pas été publié conformément à l'art. 1445, la dation en paiement faite à la femme par le mari ne serait pas opposable aux créanciers de celui-ci (5).

42. La deuxième exception concerne les cas où la dation en paiement que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une *cause légitime*.

Quand y aura-t-il cause légitime?

La loi définit en quelque sorte la cause légitime, au moyen

(1) Pau, 20 juin 1894, S. 94, 2, 232.
(2) Cass. 22 déc. 1880, D. 81, 1, 156.
(3) Cass. 11 mai 1868, D. 68, 1, 456.
(4) GUILLOUARD, t. I, n° 152; Comp. Cass. 18 fév. 1878, D. 78, 1, 291; Cass. 28 nov. 1855, D. 56, 1, 319; et l'arrêt précité du 11 mai 1868.
(5) Cass. 19 déc. 1892, S. 93, 1, 369.

des exemples qu'elle donne, en les empruntant au régime de la communauté. Ainsi elle indique d'abord le cas où le mari est débiteur envers la femme du prix d'immeubles propres à cette dernière, lesquels auraient été aliénés sans que le remploi du prix par lui reçu ait encore été effectué. Elle indique ensuite le cas où le mari serait débiteur envers la femme de deniers propres à cette dernière parce qu'il les aurait perçus (Voy. t. IX, n° 201).

Ce qui caractérise les exemples donnés par le texte, ce n'est pas qu'ils sont empruntés au régime de la communauté, c'est qu'ils consistent dans des cas où il s'agit, pour le mari, de se libérer envers la femme d'une dette certaine dont aucun principe n'empêche la femme de recevoir le paiement durant le mariage.

Or, cette situation peut se présenter sous le régime dotal, quand le mari a touché le prix de l'aliénation de biens paraphernaux appartenant à la femme.

Par conséquent, notre art. 1595 § 2 est applicable non seulement aux époux mariés sous le régime de la communauté, mais encore aux époux mariés sous le régime dotal (1).

Mais si les exemples cités par le texte n'ont rien de limitatif au point de vue qui vient d'être examiné, il n'en est pas de même en ce qui touche les éléments qui leur servent de base. Il serait impossible de valider un transfert de propriété que le mari voudrait effectuer au profit de la femme, dans des hypothèses où il ne serait pas véritablement débiteur, ou dans lesquelles la femme ne pourrait pas actuellement recevoir un paiement libératoire pour le mari. A ce nouvel aspect

(1) Riom, 3 janv. 1888, D. 89, 2, 124; DUVERGIER, t. I, p. 217, note 1; MARCADÉ, sur l'art. 1595 II; LAURENT, t. XXIV, n° 36; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 482; GUILLOUARD, t. I, n° 156; *Contrà*, Grenoble, 26 mars 1832 et Bastia, 2 mai 1842; DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 426 5° et 8°.

la question de savoir si la dation en paiement a une cause légitime soulève une difficulté de droit (1).

43. Voyons quelles doivent être les conséquences des constatations qui précèdent :

Le mari pourrait-il abandonner un de ses immeubles à sa femme à titre de remploi du prix d'un propre de celle-ci valablement aliéné, alors même que le remploi, n'étant pas imposé par le contrat de mariage, serait facultatif?

Voici quelle est l'économie de la situation envisagée : La femme commune en biens a valablement aliéné un immeuble à elle propre, et le contrat de mariage n'impose pas la condition de remploi du prix. Si ce prix est versé dans la communauté, il n'y aura lieu qu'à une question de récompense au profit de la femme, au moment du partage de la communauté. Mais il peut arriver que la communauté veuille remplacer le propre vendu en en achetant un autre avec le prix du premier. La loi ne met aucun obstacle à cette opération si la femme consent à accepter l'immeuble qui lui est ainsi offert en remploi (Voy. t. IX, nos 199 à 206). Voilà pour le remploi facultatif. Mais il peut se faire que, dans les mêmes conditions, le remploi soit rendu obligatoire par une clause insérée dans le contrat de mariage. Dans ce cas la femme aura action pour contraindre le mari à effectuer le remploi (Voy. t. IX, n° 208).

Or dans l'une comme dans l'autre hypothèse on comprend que le mari, au lieu d'acheter un immeuble avec les deniers du propre qui a été aliéné, cherche à profiter de l'occasion pour se débarrasser d'un immeuble qui lui appartient, et le propose en remploi, c'est-à-dire en paiement à la femme pour se libérer vis-à-vis d'elle.

Se libérer? mais de quoi, s'il s'agit d'un remploi facultatif?

(1) Cass. 1er juill. 1873, S. 73, 1, 320; LAURENT, t. XXIV, n° 37; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 483; GUILLOUARD, t. I, n° 155.

Le mari personnellement ne doit rien ; il n'est même pas tenu de procurer le remploi ; donc son offre d'un immeuble qui lui est propre peut paraître suspecte ; on ne peut pas dire qu'elle a une *cause légitime* suivant les expressions de l'art. 1595.

S'il s'agit d'un remploi obligatoire, la situation n'est pas la même. Sans doute le mari, personnellement, ne doit rien ; c'est toujours la communauté qui est comptable vis-à-vis de la femme. Mais le mari est personnellement grevé de l'obligation de procurer à la femme le remploi imposé par le contrat de mariage. Donc s'il offre à la femme un meuble ou un immeuble dont il est déjà propriétaire, son offre peut s'expliquer par la volonté de se libérer, au moyen d'une dation en paiement, de l'obligation qu'il avait personnellement contractée. Cela suffit pour que, sans approfondir davantage les véritables intentions du mari, l'offre de celui-ci paraisse avoir une *cause légitime*.

C'est donc avec raison que la jurisprudence n'admet la validité de la vente faite par le mari à titre de remploi qu'autant que le remploi est rendu obligatoire par une clause du contrat de mariage (1).

44. Mais il y a de nombreuses décisions en sens contraire (2).

La cause de cette dissidence paraît tenir à ce que la jurisprudence et les auteurs posent la question sur un terrain qui n'est pas le sien.

Ils se demandent s'il faut, pour que l'art. 1595 § 2 soit applicable, que la créance de la femme soit *exigible ?* Oui, répond la Cour de cassation : La vente faite par un mari à sa femme à titre de remploi n'a une cause légitime qu'autant que le remploi a pour objet une créance actuelle *et exigible....*, d'où

(1) Cass. 16 avr. 1889, S. 90, 1, 22 ; Cass. 11 juill. 1888, S. 88, 1, 408 ; Douai, 20 janv. 1894, D. 95, 2, 515 ; Conf. BUFNOIR, note sous Cass. 15 juin 1881, S. 83, 1, 473 ; GUILLOUARD, t. I, n° 154.

(2) Voy. notamm. Nancy, 18 avr. 1885, S. 86, 2, 87 ; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 483 ; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 38.

la conséquence que la vente doit être nulle quand elle est faite à titre de remploi, si le remploi est purement facultatif (1).

Mais si le remploi est nul, en ce cas, ce n'est pas à raison de la non exigibilité de la prétendue créance de la femme, c'est parce que cette créance n'existe pas vis-à-vis du mari.

La Cour de Nancy fait d'ailleurs observer avec raison que : « La disposition de l'art. 1595 2° est applicable toutes les fois que la créance de la femme a une cause légitime et une existence certaine, et qu'en présence du silence de la loi il serait arbitraire, à défaut d'un texte précis, de la restreindre seulement au cas où cette créance est devenue exigible (2). » Supposons, en effet, que dans le cas où le remploi est obligatoire, aucun délai n'ait été indiqué pour l'effectuer, est-ce qu'on voudrait soutenir que le mari ne peut l'effectuer au moyen de la dation en paiement autorisée par l'art. 1595 § 2 sous prétexte que la femme ne peut exiger le remploi et que le mari peut attendre pour le réaliser jusqu'à la dissolution de la communauté? (Voy. t. IX, n° 208).

Quand il s'agit du remboursement, par voie de dation en paiement, de la dot et des reprises dotales de la femme mariée sous le régime dotal, la solution doit être différente. L'art. 1595 2° ne peut pas s'appliquer, non pas à cause de la non exigibilité de la dot durant le mariage, mais parce que la restitution de la dot durant le mariage ou le régime est prohibée par la loi. On a encore argumenté à ce propos de cette règle qu'une créance à terme n'est pas exigible. Le mari, a-t-on dit, est débiteur direct de la dot, et débiteur à terme (3). Cela n'est pas exact; le terme est un élément conventionnel retardant le paiement, mais n'ayant rien de nécessaire; il peut

(1) Arrêts cités en la note 1 qui précède.
(2) Arrêt précité du 18 avr. 1885.
(3) LAURENT, t. XXIV, n° 38.

être stipulé comme il peut ne pas l'être. La prohibition de restituer la dot durant le mariage est au contraire un élément essentiel et nécessaire de la dot (Voy. t. IX, n° 493). Par conséquent le mari ne peut, au moyen d'une dation en paiement, restituer à la femme dotale, durant le mariage, sa dot ou ses reprises. Ce prétendu paiement ne serait pas libératoire et ne le dégagerait vis-à-vis de la femme que dans la limite du profit qu'elle en aurait retiré. Pourquoi? non pas parce que la dot n'est pas exigible, mais parce que la nature intrinsèque de la dot le veut ainsi.

On doit donc éliminer de la discussion ce qui a trait à l'exigibilité ou non exigibilité de la dette dont le mari entend se libérer vis-à-vis de sa femme. Il faut, mais il suffit que cette dette existe et que la loi n'en défende pas le paiement pendant la durée du mariage ou du régime.

Il va de soi que la dation en paiement dont il s'agit ne peut rendre la femme propriétaire qu'à partir de sa date, sans rétroactivité (Comp. t. IX, n^{os} 203 et 204). L'acte qui la constate devra être transcrit, s'il porte sur un immeuble, et donnera ouverture au droit ordinaire de mutation.

45. La troisième exception formulée par l'art. 1595 3°, exception qui est spéciale à la femme, prévoit le cas où une femme mariée sous un régime autre que celui de la communauté (1), abandonnerait à son mari des biens à elle propres en paiement non d'une dette dont elle serait tenue envers lui pour causes antérieures au mariage, mais seulement *d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot*. Cette dation en paiement pourrait encore avoir lieu, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires, quand la femme s'est constitué en dot une créance contre un tiers laquelle est irrécouvrable. La

(1) DUVERGIER, t. I, n° 181; AUBRY et RAU, § 351, texte et note 25; LAURENT, t. XXIV, n° 39; ARNTZ, t. III, n° 935; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 485; GUILLOUARD, t. I, n° 161.

femme se libérerait ainsi de l'obligation de garantie dont elle est tenue envers son mari aux termes des art. 1440 et 1547 (1).

Par conséquent le mari deviendra propriétaire de l'immeuble acquis en définitive avec des deniers dotaux. Mais cet immeuble ne sera pas dotal (art. 1553), et le mari pourra en disposer comme il aurait pu, d'ailleurs, disposer de la somme que sa femme lui avait promise en dot.

46. L'art. 1595, après avoir énuméré les trois cas d'exception qu'il admet à la prohibition de la vente entre époux, ajoute : *sauf dans ces trois cas les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.* Le texte assure ainsi aux seuls héritiers réservataires l'action en réduction qui doit leur appartenir dans l'hypothèse où la femme aurait abandonné en paiement, pour procurer un avantage indirect à son mari, un bien dépassant la valeur de la dot promise et encore due, comme aussi dans l'hypothèse inverse où le mari, pour faire un avantage indirect à sa femme, aurait accepté en paiement un bien d'une valeur inférieure à celle de la dot non encore payée. C'est pour cela que la loi réserve les droits des héritiers des parties contractantes, et non pas seulement des héritiers de la femme qui fait la dation en paiement. Cette dation sera donc maintenue dans les limites de la quotité disponible.

47. Si une vente entre époux, ou dation en paiement, a été faite en dehors des cas prévus par l'art. 1595, la vente est nulle comme contraire à une disposition prohibitive de la loi (Voy. t. I, n° 198).

De ce que la prohibition prononcée par l'art. 1595 a été principalement inspirée par la crainte de donations déguisées et irrévocables entre époux, et le danger de fraudes aux droits des créanciers, on a tiré cette conclusion que la nullité ne

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 484.

peut être proposée que par l'époux donateur, ses héritiers ou ses créanciers (1). Mais il peut se faire que la vente entre époux conclue en dehors des cas prévus par les exceptions de l'art. 1595, ne contienne aucune libéralité par l'un des époux envers l'autre, et ne présente aucune fraude à l'égard des créanciers; elle ne demeure pas moins prohibée par la loi. Donc la doctrine qui ne voit dans la violation de l'art. 1595 qu'une nullité relative ne peut pas être acceptée.

Cette doctrine confond les motifs de la loi avec son dispositif. Il est vrai que la prohibition de l'art. 1595 est surtout motivée par l'intérêt des créanciers ou de celui des conjoints à qui certains avantages pourraient être arrachés, mais le dispositif de la loi se traduit par une prohibition absolue de la *vente* entendue dans le sens d'*emptio-venditio*, par une défense adressée aux deux conjoints de vendre et d'acheter entre eux, sans qu'on ait à se préoccuper du point de savoir quel est celui des deux qui joue dans l'opération le rôle de donateur par rapport à l'autre. C'est précisément pour empêcher que le débat porte sur ce point que la loi a défendu absolument à l'un de vendre et à l'autre d'acheter. Le vendeur comme l'acheteur doivent donc avoir action pour se faire restituer contre les effets d'un acte prohibé par la loi. Sans doute, en fait, celui qui retire un bénéfice gratuit de l'opération n'intentera pas l'action, mais la question n'est pas là; on ne pourra pas opposer au demandeur une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il serait en réalité donataire. Ce n'est pas cette question qui doit être soumise au juge, mais seulement celle de savoir s'il y a eu une vente faite entre époux en dehors des exceptions admises par la loi, peu importe d'ailleurs que cette vente contienne ou ne contienne pas une libéralité

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 42; GUILLOUARD, t. I, n° 165; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 22 *bis* I; AUBRY et RAU, § 351, texte et note 31.

déguisée. Quant aux créanciers, ils n'ont pas besoin d'invoquer l'art. 1595, l'art. 1167 leur suffit.

Le résultat doit donc être le même que si les deux époux étaient incapables (1); l'aliénation sera susceptible de confirmation, et l'action en nullité se prescrira par dix ans (article 1304), à partir de la dissolution du mariage (art. 2253).

Les solutions qui précèdent doivent pareillement recevoir leur application aux promesses synallagmatiques de vente et même aux promesses unilatérales qui pourraient intervenir entre époux, ainsi qu'à l'échange (2) et à la cession des droits de créance qui n'est rien autre chose qu'une vente. La cession d'une créance ou droit de demande sera valable dans tous les cas où une vente proprement dite ou dation en paiement pourrait avoir lieu entre époux; elle sera nulle dans les cas contraires.

48. Les autres contrats à titre onéreux sont permis entre époux, ainsi que nous avons eu plusieurs fois l'occasion de le faire remarquer (3). Il n'y a aucun texte qui permette de généraliser la prohibition spéciale prononcée par l'art. 1595. Il faudrait néanmoins, d'après certains auteurs et la jurisprudence, faire une exception pour le contrat de société considéré comme incompatible avec la hiérarchie conjugale (Voy. t. IX, n° 39) (4).

49. Pour empêcher que certaines personnes, se trouvant placées entre leur devoir et ce qu'elles considèrent comme étant leur intérêt, succombent à la tentation de sacrifier leur devoir à leur intérêt, la loi a cru devoir encore édicter les prohibitions suivantes :

(1) Voy. LAURENT, *loc. cit.*

(2) Pau, 5 janv. 1885, D. 86, 2, 44.

(3) Cass. 4 fév. 1846, S. 46, 1, 553; MERLIN, *Quest.*, v° *Puiss. marit.*, § 4; TOULLIER, t. XII, n° 41; DUVERGIER, t. I, n° 176; MARCADÉ, sur l'art. 224; DEMOLOMBE, t. IV, n°s 237-240; AUBRY et RAU, § 472, texte et note 47; LAURENT, t. XXIV, n° 25; PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, p. 273; GUILLOUARD, t. I, n° 145; Comp. DURANTON, t. XI, p. 471.

(4) Voy. PLANIOL, *Revue crit.*, 1888, *Exam. doctr.*, p. 273.

ART. 1596. Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, — Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle; — Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre; — Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins; — Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère (*).

Les personnes ci-dessus désignées se trouvant en définitive, quant à la situation envisagée, exclues du droit commun, l'interprétation de la loi et son application doivent avoir lieu d'une manière stricte.

La prohibition concernant le tuteur, soit dans le cas d'interdiction légale, soit dans celui d'interdiction judiciaire, doit s'étendre au co-tuteur ou pro-tuteur et au tuteur officieux, car le texte ne distingue pas, et il y a identité de motifs (1); elle ne concerne d'ailleurs que les acquisitions contractuelles à titre onéreux.

Par la raison inverse, cette prohibition ne concerne ni le subrogé-tuteur (2), ni le conseil judiciaire (3), ni le curateur et spécialement le curateur au ventre (4).

La prohibition concerne non seulement les ventes amiables, mais encore les ventes forcées qui se font en justice, ainsi que cela résulte de l'expression *adjudicataire* employée dans le texte. Le tuteur ne pourra donc se porter adjudicataire, ni même prendre, au moyen d'une surenchère du sixième, laquelle serait nulle, l'engagement de demeurer éventuellement adjudicataire (5).

(*) Art. 1596. — LL. 34 § 17; 46, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) DUVERGIER, t. I, n° 188; AUBRY et RAU, § 351, texte et note 11.

(2) Cass. 21 déc. 1852, D. 52, 1, 314; Grenoble, 4 janv. 1854, D. 56, 2, 188.

(3) Voy. DURANTON, t. XVI, n° 135; DUVERGIER, t. I, n° 188; AUBRY et RAU, § 351, texte et note 12; LAURENT, t. XXIV, n° 46; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 490; GUILLOUARD, t. I, n° 124; *Contrà*, Bruxelles, 3 avr. 1886, D. 87, 2, 71; Comp. ARNTZ, t. III, n° 939.

(4) Cass. 29 avr. 1887, D. 87, 1, 491.

(5) GUILLOUARD, t. I, n° 122; *Contrà*, Paris, 15 juill. 1886, D. 87, 2, 109.

Mais si le tuteur est investi d'un droit réel sur l'immeuble appartenant à son pupille, d'une hypothèque (1), par exemple, ou d'un droit d'usufruit (2), ou d'un droit de co-propriété le mettant en état d'indivision avec son pupille (3), toute présomption de spéculation déloyale doit être écartée, puisque le tuteur, en dehors de sa qualité, a un motif personnel pour acheter; il pourra valablement se rendre adjudicataire si l'immeuble dont il s'agit est vendu aux enchères (4).

50. Les mandataires ne peuvent pareillement se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre; mais ils peuvent le devenir pour ceux dont ils ont seulement l'administration ou la gestion (5).

L'héritier bénéficiaire quoique représentant les créanciers, administre dans son intérêt personnel; donc il peut se rendre adjudicataire des biens de la succession (Voy. t. V, n° 241). Il en est autrement du curateur à une succession vacante qui est un simple mandataire. La question est du reste tranchée en ce qui le concerne par le décret du 14 mars 1890, réglant les attributions de ce curateur dans les colonies, et portant qu'il ne peut se rendre adjudicataire (Voy. t. V, n° 255).

Le notaire en premier devant qui une vente doit avoir lieu, et même le notaire en second, doivent être considérés comme étant mandataires chargés de vendre (6). De même, en cas de conversion d'une saisie immobilière en vente volontaire,

(1) Aix, 27 janv. 1870, D. 72, 2, 53.

(2) Montpellier, 10 juin 1862, D. 63, 2, 30.

(3) Paris, 14 août 1866, D. 67, 2, 120.

(4) VALETTE sur PROUDHON (*État des personnes*), t. II, p. 397, note *a;* DEMOLOMBE, t. VII, n°s 753 et 754; AUBRY et RAU, § 351, texte et note 9; LAURENT, t. XXIV, n° 45; ARNTZ, t. III, n° 939; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 490; GUILLOUARD, t. I, n°s 120 et 121.

(5) Cass. 8 déc. 1862, S. 63, 1, 310; AUBRY et RAU, § 351, texte et note 14; LAURENT, t. XXIV, n° 47.

(6) Voy. Angers, 14 mars 1866, S. 66, 2, 180; GUILLOUARD, t. I, n° 125.

l'avoué du saisi devient, à partir de la conversion, mandataire chargé de la vente, et ne peut se porter adjudicataire en son nom personnel, même après une revente sur folle-enchère ou surenchère (1). Quant à l'avoué du poursuivant il ne peut se rendre adjudicataire d'après l'art. 711, C. pr. civ.

La prohibition concernant les mandataires paraît devoir s'appliquer seulement aux ventes faites aux enchères publiques. On ne voit pas en effet ce qui pourrait empêcher un mandataire de se faire consentir une vente volontaire des biens qu'il est chargé de vendre, par son mandant majeur et maître de ses droits (2).

Suit-il de là qu'il puisse être dérogé par la convention à la défense faite au mandataire de se porter acquéreur de la chose? Nous ne le pensons pas : quand le mandant vend actuellement sa chose au mandataire, il sait ce qu'il fait et en réalité annule le mandat. Il peut au contraire ne pas apprécier exactement la portée du pacte dérogatoire inséré dans un mandat maintenu. Nous croyons même que si le mandant avait fixé le prix moyennant lequel la chose pourrait être vendue, le mandataire ne saurait être admis à l'acheter lui-même (3), car alors il pourrait supprimer les offres plus avantageuses à lui adressées.

51. Les administrateurs des communes ou des établissements, ne peuvent pas se rendre adjudicataires des biens *confiés à leurs soins*. Cette formule mérite d'être remarquée; ainsi, d'après l'art. 90 de la loi du 5 avril 1884, le maire est chargé, sous le contrôle du conseil municipal et la surveillance de l'administration supérieure : 1° de conserver et d'administrer les propriétés de la commune..... 7° de passer dans les formes voulues les actes de vente, échanges, etc. Mais

(1) Toulouse, 18 janv. 1894, D. 94, 2, 479.

(2) Bordeaux, 5 avr. 1894, D. 94, 2, 476; *Contrà*, Gand, 4 juill. 1857, *Pas.*, 57, 2, 385.

(3) *Contrà*, Gand, 18 mai 1876, *Pas.*, 77, 2, 15.

le droit de contrôle attribué au conseil municipal ne suffit pas pour faire considérer les membres qui le composent comme atteints par les prohibitions de la loi.

La loi défend encore aux officiers publics de se rendre acquéreurs des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

Enfin, les art. 711, 964 et 988, C. pr. civ., interdisent aux avoués, dans les ventes forcées, d'acheter pour eux-mêmes les biens dont ils sont chargés de poursuivre la vente; de se rendre adjudicataires pour le compte du saisi, ou pour celui d'une personne notoirement insolvable, ou bien pour le compte des juges, juges suppléants, officiers du ministère public et greffiers du tribunal où se poursuit la vente.

52. Les ventes passées contrairement aux défenses de l'art. 1596 et autres dispositions analogues, sont nulles, qu'elles aient été faites au profit des personnes même qui y sont désignées, ou au profit d'autres individus, par personnes interposées.

Le point de savoir s'il y a eu interposition de personne sera apprécié en fait par le juge. Les présomptions établies par les art. 911 et 1100 en matière de donations prohibées ne sont pas en effet applicables dans les autres matières (1).

La nullité prononcée par l'art. 1596 est relative. Mais comme cette nullité résulte d'une prohibition plutôt que d'une incapacité (2), elle ne peut être invoquée par celui contre qui la prohibition a été édictée, mais seulement par le propriétaire du bien indûment aliéné (3).

53. L'art. 1596 est naturellement applicable aux créances

(1) AUBRY et RAU, § 351, texte et note 17; LAURENT, t. XXIV, n° 49; ARNTZ, t. III, n° 950; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 491; GUILLOUARD, t. I, n° 130.

(2) Comp. LAURENT, t. XXIX, n° 50.

(3) Comp. Cass. 20 nov. 1877, S. 78, 1, 22.

qui pourraient se trouver comprises dans une vente aux enchères publiques. Les tuteurs, administrateurs, etc., ne pourraient en devenir adjudicataires, et par conséquent cessionnaires.

Que faut-il décider par rapport aux créances qui pourraient exister contre la personne même qu'il s'agit de protéger?

L'art. 450 contient une disposition spéciale défendant au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit de créance contre son pupille. C'est un point que nous avons déjà examiné et sur lequel il n'y a pas lieu de revenir (Voy. t. III, n° 386).

Ce qui a permis d'édicter une telle prohibition à l'égard du tuteur, c'est cette circonstance qu'il était le mandataire général de son pupille. Or tous ceux qui sont investis d'un mandat général peuvent se trouver dans une situation analogue à celle du tuteur. Ils peuvent avoir l'occasion d'acquérir, à prix réduit, une créance existant contre celui dont ils administrent le patrimoine, avec l'espoir fondé de la recouvrer en entier contre lui. Peuvent-ils faire une telle spéculation? Étant investis d'une administration générale, ils avaient accepté l'administration spéciale de la dette dont leur mandant était tenu. Pour remplir leur mandat, ils devaient racheter cette dette en déboursant aussi peu que possible. Le marché intervenu entre eux et le créancier de leur mandant aurait dû profiter à ce dernier. En voulant faire tourner ce marché à son profit exclusif, un mandataire général ne fait donc pas ce qu'il s'était engagé à faire; il commet une faute que le mandant pourra relever contre lui. Mais il s'agit d'appliquer seulement les principes du mandat, et non d'annuler la cession. Le mandant ne pourra donc obtenir que des dommages qui viendront diminuer le chiffre que le mandataire serait en droit de réclamer en vertu de la cession.

54. Les magistrats et leurs auxiliaires peuvent-ils devenir cessionnaires d'un droit susceptible d'être débattu devant leur juridiction? On a pensé que non :

ART. 1597. Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.

Les origines historiques et les motifs de cette prohibition sont trop connus pour que nous ayons à en présenter même un résumé. Nous ferons seulement remarquer qu'il s'agit ici, comme dans le cas de l'art. 450, d'une prohibition plutôt que d'une règle de capacité, mais d'une prohibition reposant sur des considérations d'ordre public qu'il est inutile de développer. Cette prohibition qui laisse de côté le pacte *de quotâ litis*, lequel n'est pas une vente (1), ne porte que sur les cessions faites à prix d'argent, de droits de demande ayant un caractère litigieux, non dans le sens de l'art. 1700, mais dans un sens plus large. Quand il s'agit de l'exercice du retrait litigieux « la chose n'est censée litigieuse, d'après le texte de l'art. 1700, que lorsqu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ». L'hypothèse de notre art. 1597 s'applique, sans distinction, à tous les droits qui sont ou peuvent être contestés sérieusement en justice, qu'il s'agisse d'ailleurs de droits de créance ordinaire ou de prétentions relatives à des immeubles (2). C'est là aujourd'hui l'opinion de tous les auteurs finalement adoptée par la jurisprudence (3).

Sont compris dans la prohibition de l'art. 1597, tous ceux qui ont reçu, quelle que soit d'ailleurs leur dénomination, la mission de *juger* et non pas seulement de concilier (4), leurs

(1) DUVERGIER, t. I, n° 201; AUBRY et RAU, § 345, texte et note 12; LAURENT, t. XXIV, n° 60; *Contrà*, MARCADÉ, art. 1597 II; GUILLOUARD, t. I, n° 139.

(2) Cass. 21 fév. 1887, S. 90, 1, 318; Comp. notre *Traité de la Cession*, t. I, n°s 127 et suiv.

(3) Cass. 6 août 1874, S. 74, 1, 423; DUVERGIER, t. I, n° 199; AUBRY et RAU, § 359 4°; LAURENT, t. XXIV, n° 58; ARNTZ, t. III, n° 942; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 494; GUILLOUARD, t. I, n° 133.

(4) AUBRY et RAU, § 359 4°, texte et note 2; GUILLOUARD, t. I, n° 135;

auxiliaires limitativement désignés dans le texte, et les avocats, qu'on appelait *défenseurs officieux* quand fut décrété le titre *De la vente*.

Cette prohibition est relative. Elle est limitée aux droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel la personne envisagée exerce ses fonctions. Elle existe par conséquent pour les magistrats d'une Cour d'appel s'il s'agit d'un litige qui doit être jugé en dernier ressort par un tribunal relevant de cette Cour; c'est cette Cour en effet qui devra connaître du bien fondé de l'appel (1). On objecte que si cette solution est exacte, il faudrait décider que tout magistrat d'un tribunal quelconque serait incapable d'acquérir un droit légitime, car toute action peut être portée devant n'importe quel tribunal, sauf à ce tribunal à se déclarer incompétent (2). Mais c'est confondre les questions de ressort et de recevabilité avec les questions de compétence.

55. Il y a controverse sur le point de savoir quel est le caractère de la nullité résultant de la violation de l'art. 1597.

D'après l'opinion généralement admise le cessionnaire n'aurait évidemment pas l'action en nullité, puisque c'est contre lui que la prohibition a été édictée. En acceptant cette idée, on est obligé de reconnaître que la nullité dont il s'agit est purement et simplement d'ordre privé, ce qui n'est pas en rapport avec ce qui a été dit plus haut. Mais alors à qui appartient l'action en nullité ?

En suivant l'ordre logique des idées et après avoir reconnu que la prohibition a été dirigée contre le cessionnaire, il faut bien reconnaître qu'elle a été établie pour protéger le cédé. L'action en nullité doit donc appartenir au cédé, et même

Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 57; *Contrà*, Lyon, 10 juill. 1839, S. 40, 2, 104.

(1) AUBRY et RAU, § 539 4°, texte et note 3; LAURENT, t. XXIV, n° 57; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 493.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1597 I; GUILLOUARD, t. I, n° 138.

d'après Duranton ne doit appartenir qu'à lui (1). Cependant il est inexact de prétendre que la loi n'a voulu protéger que le cédé, elle a voulu protéger aussi le cédant contre les abus d'influence ou d'autorité d'un cessionnaire qui a peut-être imposé la cession à un justiciable qui n'a pas su résister. Il faut donc accorder aussi l'action en nullité au cédant, comme le décident avec raison Aubry et Rau (2), tout au moins pour répéter les titres de la créance (3).

Mais si ces deux solutions sont exactes, c'est-à-dire s'il est incontestable que le cédé et le cédant doivent avoir l'action en nullité, cela prouverait que, contrairement à l'opinion de M. Colmet de Santerre (4), le principe de la nullité dont il s'agit ne serait pas une simple incapacité édictée par la loi. Dans cette opinion, en effet, on ne voit pas quelle serait la base juridique de l'action accordée au cédé. Pour trouver cette base, il faut nécessairement admettre que l'action en nullité est d'ordre public. Si elle est d'ordre public, il faut alors l'accorder même au cessionnaire comme Laurent n'hésite pas à le faire (5), et décider que l'action durera trente ans du jour de l'acte, sans qu'aucune ratification soit possible (6).

Le ministère public pourrait-il agir d'office afin de faire prononcer la nullité? Il est certain que non : en matière civile le ministère public ne peut agir que comme partie jointe. Il n'est partie principale que dans les causes où le droit d'intervenir en cette qualité lui a été spécialement reconnu par la loi. Or il n'y a pas de texte qui l'autorise à agir par voie d'action principale dans les cas de violation de l'art. 1597; c'est ce qui a été formellement reconnu par la Cour de cassation (7).

(1) T. XVI, n° 145.
(2) § 359 4°, note 3; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 495.
(3) Voy. ARNTZ, t. III, n° 943.
(4) T. VII, n° 24 *bis* III.
(5) T. XXIV, n° 63; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 264.
(6) GUILLOUARD, t. I, n° 140.
(7) Cass. 29 fév. 1832, DALLOZ, *Répert.*, v° *Minist. public*, n° 96.

L'annulation de la cession a pour résultat de rétablir les parties dans leur situation antérieure, en écartant le ci-devant cessionnaire qui devra supporter les dépens et les dommages-intérêts s'il y a lieu.

Enfin il convient de remarquer que l'introduction de l'action en nullité à la requête soit du cédant, soit du cessionnaire, devra avoir pour résultat de mettre obstacle à l'exercice du retrait litigieux par le cédé, si l'on se trouvait dans le cas de l'art. 1700, c'est-à-dire s'il y avait procès sur le fond du droit au moment de la cession.

CHAPITRE III.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

56. — Objet du chapitre.
57. — Liberté de la vente quant aux choses qui en font l'objet, article 1598.
58. — Vente de clientèles, d'animaux atteints de maladies contagieuses;
59. — De billets d'aller et retour, ou d'affichage.
60. — Cas où la chose vendue appartenait déjà à l'acheteur.
61. — Vente de la chose d'autrui, art. 1599; champ d'application de cet article.
62. — Nécessité de recourir à la législation romaine sur ce point.
63. — En droit français le point de vue doit être le même qu'en droit romain, mais la solution doit être différente.
64. — Caractère de la nullité édictée par l'art. 1599.
65. — Cette nullité a pour base une erreur de l'acheteur portant sur une qualité substantielle de la chose.
66. — Cette nullité est donc relative et ne peut être invoquée que par l'acheteur.
67. — *Quid* si l'acheteur a le moyen de conserver la chose?
68. — Confirmation de la vente par l'acheteur lui-même, soit expressément, soit tacitement.
69. — Choses futures, leur vente est permise sauf en ce qui touche les successions non ouvertes, art. 1600. Meubles par *anticipation;* application à la vente du poisson d'un étang.
70. — Perte de la chose avant la vente, art. 1601.

56. Celui qui joue dans le contrat de vente le rôle de vendeur, est le plus ordinairement propriétaire actuel de la chose vendue. C'est à cette situation que se réfère l'art. 1598.

Il peut arriver qu'il ne soit pas propriétaire de cette chose; à ce cas se réfèrent les art. 1599 et 1600.

Enfin il peut arriver que son droit de propriétaire ait disparu antérieurement à la vente parce que la chose a péri en tout ou en partie. Cette hypothèse est envisagée par l'art. 1601.

La réglementation de ces diverses situations forme l'objet de notre chapitre.

57. Quand le vendeur est en même temps propriétaire actuel de la chose envisagée par les deux parties, et qu'il n'existe à l'égard de celles-ci aucune des prohibitions qui ont été étudiées dans le chapitre précédent, le vendeur doit avoir le droit de la vendre librement, car la faculté d'aliéner est de l'essence même du droit de propriété (Voy. t. IV, n° 77).

Donc :

ART. 1598. Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation (*).

C'est l'application faite à la vente de la disposition plus générale de l'art. 1128. Les lois particulières dont il s'agit, subissent toujours plus ou moins l'influence des idées économiques qui finissent par prévaloir. Ainsi la loi de messidor an III qui avait prohibé la vente des blés en vert a été abrogée par l'art. 14 de la loi du 9 juillet 1889.

Tout ce que nous avons déjà dit soit sur *l'objet et la matière* des contrats, soit sur *la cause* (Voy. t. VII, nos 63 à 86) peut servir de commentaire à notre art. 1598, alors surtout que presque tous les exemples employés pour élucider la théorie de la loi ont été empruntés à la vente. Ce commentaire sera complété par les observations déjà présentées au sujet des *monopoles* (Voy. t. IV, n° 63). Nous n'aurons donc à ajouter que de très courtes observations.

58. Nous mentionnerons d'abord quelques décisions motivées d'une façon bizarre concernant les ventes de *clientèles*. On dit généralement que la vente pure et simple d'une clientèle est nulle, *parce que la clientèle étant le produit du choix libre et de la confiance des intéressés n'est pas dans le commerce*, et on applique cet aperçu notamment à la clientèle d'un médecin (1), d'un architecte (2), etc. Mais c'est jouer sur les

(*) Art. 1598. — L. 6, 8, etc., D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) Paris, 25 juin 1884, S. 84, 2, 176; Comp. Cass. 12 mai 1885, S. 85, 1, 440.

(2) Trib. civ. Nancy, 19 fév. 1895, D. 95, 2, 433.

mots; il n'est jamais entré dans la pensée de personne de trafiquer sur la libre adhésion des clients. Le médecin ou l'architecte qui vend sa clientèle s'engage implicitement, sans que cela ait besoin d'être dit, à laisser à son successeur le champ libre, et à s'abstenir de tout acte de concurrence. Cela suffit pour valider l'opération; une clause spéciale serait nécessaire pour imposer en outre au vendeur certains faits positifs dont l'acheteur pourrait tirer profit (1).

Les animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints d'une des maladies contagieuses prévues par la loi du 21 juillet 1881, ou par les décrets pris en exécution de cette loi, se trouvent placés hors du commerce; la vente de ces animaux est nulle, et l'acheteur peut en demander la résiliation, quand même le vendeur aurait été de bonne foi (2).

59. Les compagnies de chemins de fer délivrent quelquefois des billets d'aller et de retour, en vertu d'un tarif spécial homologué, d'après lequel les deux coupons ne peuvent être utilisés que par la même personne; d'où on tire cette conclusion que la vente et l'achat des coupons de retour se trouvent ainsi interdits (3). Cela n'est pas exact : il faut bien se rendre compte en effet des motifs de cette interdiction : le contrat qui est intervenu entre celui qui a pris les billets d'aller et de retour et la compagnie, est un contrat de transport, variété du contrat de louage, et non un contrat de vente. Le billet d'aller et de retour est le titre du voyageur contre le voiturier, mais n'est pas l'objet du contrat. C'est cette circonstance qui permet de faire produire effet à la clause portant que les billets ne peuvent être utilisés que

(1) Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 96; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 496.

(2) Cass. 23 janv. 1894, D. 94, 1, 119; Cass. 20 juill. 1892, D. 93, 1, 20; Nancy, 22 mai 1894, D. 95, 2, 187.

(3) Paris, 7 mai 1890, D. 91, 2, 33; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 437.

par la même personne. Comment concevrait-on en effet qu'un vendeur puisse insérer dans la vente une prohibition d'aliéner à l'égard de l'acheteur? (Voy. t. IV, n° 82). Le voyageur n'est pas un acheteur, c'est un locataire de la place louée; il ne peut pas se substituer une autre personne pour occuper cette place.

La même difficulté s'est produite pour les billets de faveur, dits *billets d'affichage*, délivrés quelquefois par les directeurs de théâtre, avec la mention imprimée que : *ce billet ne peut être vendu* (1); c'est encore d'une location qu'il s'agit, et il peut être convenu que le locataire ne pourra se substituer une autre personne par voie de cession du billet.

60. Les décisions qui précèdent supposent que le vendeur était propriétaire de la chose vendue. Il peut arriver qu'il en soit autrement :

Si la chose vendue n'appartenait pas au vendeur, et était précisément la propriété de l'acheteur, la vente est sans objet : *suæ rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi* (2). La théorie de la cause n'a rien à voir en pareille hypothèse (3).

61. Que faudra-t-il décider si la chose n'appartenant pas au vendeur, n'appartenait pas davantage à l'acheteur, mais appartenait à un tiers? C'est l'hypothèse de la vente de la chose d'autrui qui apparaît, avec la vieille controverse dont elle est l'objet :

ART. 1599. La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que ce texte a principalement trait aux immeubles, et ne peut s'appliquer

(1) Juge de paix, Paris, 31 avr. 1892, S. 93, 2, 62.

(2) L. 16, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(3) Comp. cep. POTHIER, *De la vente*, n°s 8 et 9; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 22; GUILLOUARD, t. I, n° 169.

aux objets qui font la matière des transactions commerciales, comme les choses fongibles, qu'il est dans l'intention et au pouvoir du vendeur de se procurer (1). L'art. 1599 ne s'applique pas davantage aux hypothèses où les parties, en traitant, à l'occasion d'une chose appartenant à autrui, ont entendu faire une vente simplement productive d'obligation, comme dans le cas où celui qui joue le rôle de vendeur s'est obligé à procurer, moyennant un certain prix, à l'autre partie jouant le rôle d'acheteur, la propriété d'un immeuble appartenant à une tierce personne.

Il s'agit tout simplement d'une vente pure et simple, volontaire ou forcée, dans laquelle, en fait, le vendeur est reconnu n'avoir pas été propriétaire de la chose objet du contrat. C'est ce qui arrivera, par exemple, quand une vente de biens indivis sera faite sans le concours de l'un des communistes (2), ou quand le mari aura vendu l'immeuble dotal sans le concours de sa femme (3) (Voy. t. IX, n° 485). En ce qui touche les ventes faites par un héritier apparent, nous renvoyons à ce qui a été dit au t. V, n°s 275 et 276.

62. D'après quelques auteurs les rédacteurs du Code auraient considéré cette convention comme ayant pour but, de la part du vendeur, de procurer à l'acheteur la chose d'un tiers, à l'insu de ce tiers, et sans le consentement de celui-ci; c'est-à-dire qu'ils auraient vu dans cette convention une immoralité, si les parties ont agi sciemment, et dans tous les cas une impossibilité, *nemo dat quod non habet* (4).

Ce point de vue repose sur quelques paroles prononcées

(1) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 104; ARNTZ, t. III, n° 951.

(2) Cass. 28 fév. 1894, D. 94, 1, 235; Cass. 14 mars 1888, S. 89, 1, 221; Bruxelles, 3 janv. 1891, D. 91, 2, 358.

(3) Grenoble, 10 mai 1892, D. 92, 2, 518.

(4) Voy. MARCADÉ, sur l'art. 1599; MOURLON, sur l'art. 1599; LELIGOIS, *Rev. crit.*, 1869, p. 19; DE FOLLEVILLE, *Essai sur la vente de la chose d'autrui;* BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n°s 500, 502.

lors de la discussion de notre art. 1599, mais qui ne prouvent pas grand'chose. Ce n'est pas vis-à-vis du tiers propriétaire qu'il faut examiner la question, et voir si la vente dont il s'agit constitue une immoralité, ou se traduit par une impossibilité d'exécution. C'est uniquement vis-à-vis de l'acheteur lui-même, ou plutôt entre les parties, qu'il faut se placer. Or il y a une chose certaine, c'est que les rédacteurs du Code, ne comprenant pas la portée de la doctrine romaine admettant la validité de la vente de la chose d'autrui, ont voulu, tout simplement, adopter sur ce point une solution différente qui leur paraissait plus convenable.

Donc pour arriver à découvrir la théorie telle quelle de notre loi moderne, il faut d'abord envisager la question au point de vue du droit romain, et lui donner, en définitive, une solution différente.

Nous avons constaté que les Romains avaient toujours reconnu que, rationnellement, la vente devait avoir pour but la transmission actuelle ou future de la propriété, du *dominium ex jure quiritium*, et non pas seulement de la *possession* (*suprà*, n° 3). L'acheteur, par conséquent, s'attend à devenir propriétaire; s'il ne devient pas propriétaire parce qu'on lui a vendu la chose d'autrui, il est trompé dans sa légitime attente, et une action réparatrice doit lui être accordée. Voilà ce que décide le droit théorique.

Comment fallait-il organiser l'exercice de cette action? C'est au législateur, organe du droit positif, qu'il appartient de le dire et le législateur s'est en effet demandé ce qu'il valait mieux faire.

Fallait-il autoriser l'acheteur qui s'aperçoit qu'on lui a vendu la chose d'autrui, à agir tout de suite en nullité?

Ou bien ne valait-il pas mieux déclarer que l'acheteur devrait attendre pour se plaindre qu'on le trouble dans sa possession?

C'est ce dernier parti que les Romains ont adopté, et ils ont

dû y être encouragés par la courte durée de leur usucapion qui venait, au bout de deux ans pour les immeubles, confirmer les droits de l'acheteur et anéantir ceux du vrai propriétaire.

Il est résulté de cette solution que, jusqu'à l'éviction, le vendeur de la chose d'autrui pouvait dire à l'acheteur : pourvu qu'il n'y ait pas d'éviction ultérieure, vous n'avez rien à me réclamer. Donc jusqu'à l'éviction, l'acquéreur ne pouvait pas agir contre le vendeur ; ce qui revenait à constater que la vente étant inattaquable jusqu'à ce moment, se trouvait valable. C'est uniquement en se plaçant en présence de ce résultat final qu'on peut dire que la vente de la chose d'autrui était permise en droit romain. Les Romains se sont bornés à reculer jusqu'au moment de l'éviction l'action réparatrice qu'il fallait accorder à l'acheteur. C'est par l'effet de cette décision qu'on a pu admettre, *a posteriori*, qu'en fait, le vendeur ne se trouvait plus obligé, en réalité, qu'à *rem tradere et evictionem prestare*.

63. En droit français, il fallait se placer absolument au même point de vue, et se demander ce qu'il valait mieux faire dans l'intérêt de l'acheteur. Fallait-il lui permettre d'agir tout de suite ou fallait-il l'obliger à attendre l'éviction?

Une solution contraire à celle du droit romain s'imposait. Pourquoi? D'abord parce que la circonstance qui rendait acceptable la solution romaine, c'est-à-dire la très courte durée de la prescription, n'existait plus en droit français. En second lieu, parce que le vendeur solvable aujourd'hui pouvait ne plus l'être demain. Enfin parce que l'acheteur sachant qu'il n'était pas propriétaire, et se voyant exposé à une éviction, aurait négligé la chose achetée, et l'aurait laissée improductive.

Il fallait donc autoriser l'acheteur à agir tout de suite en nullité. Remarquons qu'il ne s'agit ici ni de morale, ni de subtilité juridique, ni d'impossibilité d'exécution, mais seule-

ment d'apprécier au point de vue utilitaire laquelle de deux solutions également possibles, était préférable.

64. La vente de la chose d'autrui est donc aujourd'hui nulle. Quel est le caractère de la nullité édictée? S'agit-il d'un cas d'inexistence ou d'un cas de simple annulabilité?

S'il s'agit d'un cas d'inexistence, comme quelques-uns l'ont pensé (1), l'inexistence pourrait être opposée en toute hypothèse par le vendeur comme par l'acheteur, comme par toute personne intéressée, et le vice en résultant ne pourrait être couvert ni par une confirmation, ni par une prescription quelconque. Ces diverses conséquences ne sont pas néanmoins admises par tous les partisans de la théorie de l'inexistence (2).

Les termes absolus du premier alinéa de l'art. 1599 semblent tout d'abord consacrer l'inexistence de la vente de la chose d'autrui. Mais la dernière partie du texte établit qu'il ne saurait en être ainsi, puisqu'elle soumet le vendeur à des dommages-intérêts au profit de l'acheteur. En second lieu, l'art. 1603, en obligeant le vendeur à la garantie, et l'article 1604 en reconnaissant que la garantie est de la nature du contrat, prouvent bien que le contrat existe. Comment, en effet, un contrat inexistant, c'est-à-dire le néant juridique, pourrait-il produire des effets selon sa nature?.... La vente de la chose d'autrui est donc simplement *annulable* (3), et non *résoluble* par application de l'art. 1184 ainsi qu'on l'a soutenu (4).

65. Si la vente de la chose d'autrui est simplement annu-

(1) De Folleville, *loc. cit.*, p. 63; Leligois, *Rev. crit.*, 1869, p. 20 et suiv.

(2) Comp. Marcadé, sur l'art. 1599, V et VI; Aubry et Rau, § 351, texte et note 51.

(3) Laurent, t. XXIV, nos 115, 116; Arntz, t. III, n° 952; Baudry-Lacantinerie, n° 503; Guillouard, t. I, n° 182.

(4) Colmet de Santerre, t. VII, n° 28 *bis* VI.

lable, à quelle cause de nullité faut-il la rattacher dans la théorie générale de la loi?

A la nullité pour cause d'erreur. L'erreur a porté sur une qualité substantielle de la chose. Pour l'acheteur il était entendu que la chose devait avoir cette qualité de pouvoir, par l'effet de la vente, entrer dans son patrimoine, ce qui impliquait que la chose devait appartenir au vendeur, ou que le véritable propriétaire adhérerait à la vente. Une certaine opinion préfère voir dans l'hypothèse un cas d'erreur *sur la personne*, l'erreur ayant consisté, de la part de l'acheteur, à traiter avec un *non dominus*, croyant traiter avec un *verus dominus* (1). L'inexactitude de cet aperçu est démontrée par cette circonstance que la nullité disparaît si le véritable propriétaire adhère à la vente. L'erreur porte donc uniquement sur une qualité de la chose.

66. De ce que la nullité édictée par la loi procède d'une certaine erreur commise par l'acheteur, il suit que cette nullité est relative; l'acheteur seul peut s'en prévaloir. Pas de difficulté en ce qui concerne l'acheteur de bonne foi. Pour l'acheteur de mauvaise foi, il semble qu'il ne puisse pas y avoir non plus de difficulté, mais en sens inverse. Celui-ci n'est, en effet, de mauvaise foi, que parce qu'il a connu le vice de la chose, c'est-à-dire parce qu'il n'a pas été dans l'erreur.

Cette déduction est contredite par le texte même de l'article 1599 qui semble accorder l'action en nullité, même à l'acheteur de mauvaise foi. Cela peut néanmoins s'expliquer très facilement.

Il résulte en effet de l'art. 1629, que l'acheteur de mauvaise foi peut, quand il est évincé, exercer l'action en garantie, et réclamer la restitution du prix, sans pouvoir obtenir des dommages-intérêts. Or l'art. 1599 se borne à faire remarquer qu'en ce qui concerne les dommages-intérêts, c'est seule-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 504.

ment à l'égard de l'acheteur de bonne foi que la vente peut donner lieu à des dommages-intérêts. Mais l'acheteur de mauvaise foi n'est pas obligé, pour obtenir la restitution du prix, d'attendre qu'il soit évincé; il peut la réclamer immédiatement (1). Il triomphera en établissant que la chose vendue n'appartenait pas au vendeur; c'est sous le nom d'action en nullité qu'il intentera avant l'éviction l'action en restitution dont il pourrait retarder l'introduction jusqu'après l'éviction.

Il n'y a donc que l'acheteur de bonne foi qui puisse invoquer la nullité proprement dite et réclamer des dommages-intérêts. Ces dommages pourront même servir à compenser les fruits qu'il pourrait être tenu de rendre au vrai propriétaire, comme nous le verrons sous l'art. 1630.

67. Arrivons maintenant aux fins de non recevoir qui peuvent paralyser l'action en nullité.

L'acheteur sera-t-il recevable à faire prononcer la nullité de la vente quand il a le moyen de conserver la chose qui lui a été vendue *a non domino?*

Il s'agit, par exemple, d'une chose mobilière corporelle qui n'a été ni perdue ni volée, et à l'égard de laquelle la possession vaut titre (art. 2279). On dit que, dans ce cas, l'acheteur ne pourra pas agir en nullité parce qu'en fait il n'éprouve aucun préjudice... Cela dépendra de l'opinion qu'on adoptera sur l'application de l'art. 1141. Nous avons déjà examiné la difficulté (Voy. t. VII, n^{os} 127 à 130 et t. VIII, n° 15).

En matière immobilière la nullité sera couverte par l'usucapion par dix ou vingt ans. Cependant on admet généralement que l'acheteur, devenu propriétaire par usucapion, conserve son droit d'agir en nullité (Comp. t. VIII, n° 14). Nous reviendrons sur ce point en traitant de la *Prescription*. Mais si l'acheteur savait que son vendeur n'était pas réellement

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 123; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 28 *bis* XVI.

propriétaire, il ne saurait être présumé avoir acquis la propriété et ne pourrait s'en prévaloir vis-à-vis d'un tiers possesseur de l'immeuble (1).

L'acheteur aura-t-il le même droit si le vendeur est devenu propriétaire depuis la vente dans des conditions où l'immeuble d'ailleurs ne sera grevé d'aucune hypothèque, ou bien, si le véritable propriétaire ratifie la vente? On dit que si la vente était nulle *ab initio*, la situation ne peut changer *ex post facto* (2). Mais l'obligation du vendeur, quant au transfert de la propriété, se trouvant accomplie de plein droit aussitôt que ce transfert est devenu possible, l'acheteur doit être déclaré non recevable (3). D'ailleurs l'acquéreur n'ayant pas, en principe, intérêt à être propriétaire à telle époque plutôt qu'à telle autre, l'important c'est qu'il soit effectivement rendu propriétaire. Mais s'il avait eu intérêt à devenir propriétaire dès le moment de la vente, il pourrait agir. L'hypothèse se présentera assez rarement; on peut cependant citer le cas où l'acquisition d'un immeuble a été déterminée par le désir d'être inscrit en temps utile au rôle d'une contribution à l'effet de remplir certaines conditions d'éligibilité (Voy. L. 29 août 1871, art. 6; L. 5 avril 1884, art. 14), ou par la nécessité de fournir le cautionnement en immeubles exigé pour certaines fonctions (Voy. L. 26 mars 1873).

La fin de non recevoir dont nous venons de parler ne pourra être utilement invoquée contre l'acheteur que si l'événement qui lui sert de base s'est produit avant l'introduction de l'action en nullité. La jurisprudence est constante sur ce point (4). Le droit de demander la nullité est en

(1) Cass. 20 juin 1893, D. 93, 1, 446.

(2) AUBRY et RAU, § 351, note 49.

(3) Cass. 4 mars 1891, D. 91, 1, 313; DUVERGIER, t. I, n° 219; LAURENT, t. XXIV, n° 121; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 505; GUILLOUARD, t. I, n° 185.

(4) Cass. 30 déc. 1872, D. 73, 1, 437; Nancy, 14 nov. 1894, D. 95, 2, 349, etc.

effet acquis à l'acheteur à partir du moment où il a manifesté officiellement la volonté de l'exercer, et les juges, pour apprécier la légitimité de sa demande doivent se reporter à l'époque où elle a été formée (1). On objecte que l'action doit tomber dès que le vendeur devient propriétaire ou que le propriétaire ratifie, parce que, à partir de ce moment, tout danger d'éviction a cessé (2). Cela revient à dire que le vendeur peut encore exécuter le contrat même après la demande en nullité formée par le vendeur, et jusqu'à la sentence définitive qui pourra n'intervenir que sur un renvoi prononcé après cassation! Mais c'est confondre une demande en *nullité* avec une demande en *résolution* (Comp. t. VII, n° 271). Il faudrait donc admettre que le juge de l'action en nullité pourrait accorder un délai au vendeur pour procurer la propriété à l'acheteur!..... Cela n'est pas admissible.

68. Il pourra y avoir encore une fin de non recevoir tirée de la confirmation expresse ou tacite de l'acheteur. On donne comme exemple de confirmation tacite le fait que l'acheteur, après la découverte de l'erreur, aurait pris livraison de la chose ou payé son prix. On dit que dans ce cas l'acheteur a consenti à la transformation d'une vente translative de propriété en une vente simplement productive d'obligations (3) : cela ne va pas sans difficulté.

Prenons d'abord le cas de renonciation expresse. Les parties qui étaient l'une et l'autre de bonne foi, ont découvert que la vente intervenue entre elles était nulle parce que, en fait, la chose vendue appartenait à un tiers. Dans ces conditions, un accord intervient entre elles aux termes duquel l'acheteur renonce à l'action en nullité qui lui appartient en

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 505.

(2) DUVERGIER, t. I, n° 219; LAURENT, t. XXIV, n°s 120, 121; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1128, n° 33; GUILLOUARD, t. I, n° 186.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 505 2°.

vertu de l'art. 1599. Dans cette hypothèse, nous croyons qu'il a seulement renoncé à l'action qui lui permettait de réclamer des dommages ; mais il a conservé l'action éventuelle en restitution du prix qui lui appartiendra en cas d'éviction, avec cette précision qu'il ne pourra exercer cette action qu'après l'éviction subie.

Si nous supposons que l'acheteur était de mauvaise foi au moment de la vente, le vendeur étant de bonne foi à ce moment, l'accord intervenu entre eux aura une portée différente. L'acheteur ne doit pas être considéré comme ayant seulement renoncé au droit de réclamer des dommages, puisque déjà ce droit lui faisait défaut ; il doit être considéré comme ayant renoncé même au droit de réclamer la restitution du prix.

Arrivons au cas de renonciation tacite. L'acheteur après la découverte de l'erreur consent à prendre livraison de la chose qu'il sait appartenir à autrui ; mais il ne paie pas encore le prix parce qu'il profite d'un délai qui lui a été accordé par le contrat. Il nous paraît que, par le fait, il a perdu tout droit à des dommages. Mais plus tard il consent à payer le prix ; il nous semble qu'alors il s'est placé dans la situation de celui dont parle l'art. 1629 qui a acheté à ses périls et risques, et qui ne peut plus rien réclamer en cas d'éviction.

Si l'acheteur pouvant agir en nullité, demeure dix ans dans l'inaction, à partir du jour de la découverte de son erreur, il doit être traité comme s'il avait renoncé au droit de réclamer des dommages, mais il conserve le droit de réclamer la restitution du prix au moyen de l'action en garantie qui dure trente ans. Il nous paraît impossible de présumer, dans ces conditions, qu'il a entendu acheter à ses périls et risques, et qu'il ne peut plus rien réclamer (1). Nous reviendrons sur ce

(1) Comp. COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 28 *bis* XVIII ; *Contrà*, AUBRY et RAU § 351, texte et note 31 ; GUILLOUARD, t. I, n° 184.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

point quand nous parlerons de l'action en garantie (*infrà*, n° 141).

Le vendeur, même de bonne foi, ne saurait se prévaloir de la nullité, soit par voie d'exception pour se dispenser d'exécuter le contrat, soit par voie d'action à l'effet de rentrer en possession de la chose afin de la restituer au véritable propriétaire. Le titre et l'intérêt lui font défaut. L'acheteur nanti de la possession, de bonne ou de mauvaise foi, peu importe, se trouve d'ailleurs contractuellement habilité pour opérer, s'il y a lieu, la restitution.

La vente procure, à l'acheteur de bonne foi, ainsi que nous l'avons remarqué, l'occasion d'usucaper par dix ou vingt ans (art. 2265), et de faire les fruits siens tant que dure sa bonne foi.

69. La chose d'autrui peut être envisagée comme pouvant entrer, éventuellement, dans le patrimoine d'une partie qui déclare la vendre pour le cas où cette hypothèse viendrait à se réaliser. La chose est alors considérée comme une chose future qui peut faire, à ce titre, l'objet d'une vente, sans tomber sous le coup de l'art. 1599, pourvu que l'événement qui doit rendre un jour le vendeur propriétaire ne soit pas l'ouverture de la succession du propriétaire actuel.

En effet,

ART. 1600. On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement.

C'est une application de la règle posée par l'art. 1130.

On peut même, pour les choses actuelles envisager, dans la vente, le caractère futur qui leur appartiendra après une certaine opération. Ainsi lorsqu'un bâtiment encore debout est vendu pour être démoli à un entrepreneur chargé de nettoyer le sol, la vente est mobilière (Voy. t. IV, n° 9). Cette décision doit s'appliquer d'une manière générale à toute une catégorie de choses corporelles, immeubles par nature ou par destination, appelées à être, dans l'avenir, mobilisées par leur sépa-

ration du sol ou du fonds auquel elles sont attachées. Ces choses, encore immeubles au moment du contrat sont traitées par anticipation comme si elles étaient meubles, et pour ce motif on a proposé de les appeler *meubles par anticipation* (1). L'art. 521 applique cet aperçu aux coupes de bois (Voy. t. IV, n° 15).

Le même aperçu doit encore être appliqué à certains immeubles par destination qu'on est dans l'usage de vendre avant l'opération qui doit avoir leur mobilisation pour résultat. C'est ce qui a lieu pour le poisson des étangs, qui est toujours vendu avant le commencement de la pêche, quand il doit être livré à l'état vivant, pour servir, par exemple, au repeuplement d'autres étangs.

En pareil cas, la vente est faite le plus souvent avec indication d'une quantité *minima* à livrer; mais quand la vente est faite par un propriétaire de l'étang, non commerçant, il est entendu que l'obligation par lui prise ne dépassera pas la quantité de poisson contenue réellement dans l'étang. Si cette quantité est inférieure à celle qui a été énoncée à titre de simple indication, le vendeur n'est pas tenu de parfaire la différence en se procurant du poisson ailleurs. Il en serait autrement en cas de clause contraire, ou si le vendeur faisait le commerce de la vente du poisson (2). S'il n'y a pas du tout de poisson dans l'étang, la vente sera nulle faute d'objet. Si le poisson a péri par suite d'un accident qui s'est produit entre la date de la vente et le commencement de la pêche, la perte ayant eu lieu avant l'opération du comptage qui devait faire apparaître la chose et le prix, sera supportée par le vendeur conformément aux principes généraux.

70. Du reste et d'une manière générale

(1) Voy. CHAUVEAU, *Des meubles par anticipation, Rev. crit.*, 1893, p. 576, note 2.

(2) Paris, juill. 1896.

ART. 1601. Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle. — Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation (*).

Le dernier paragraphe, qu'il faut étendre à l'hypothèse de la vente de plusieurs objets pour un prix unique, suppose que les deux parties, ou tout au moins l'acheteur, ignoraient la perte partielle.

Dans ce cas, le droit d'abandonner la vente ne peut souffrir d'exception; il persiste même dans l'hypothèse de l'art. 1636, c'est-à-dire si la partie qui a péri était sans importance relativement au tout; le texte ne fait aucune distinction (1).

Si l'acheteur connaissait la perte partielle, la vente ne pourra plus être abandonnée par lui. Il est censé avoir acheté la chose dans l'état où elle se trouvait, et il devra payer la totalité du prix.

(*) Art. 1601. — L. 15, pr. LL. 57, 58, D. 18, 1, *De contra h. empt.*

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 90; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 499; GUILLOUARD, t. I, n° 167; *Contrà*, Cass. 10 juin 1856, D. 56, 1, 254; DUVERGIER, t. I, n° 237; AUBRY et RAU, § 349, texte et note 20.

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

SECTION PREMIÈRE.

Dispositions générales.

71. — Règle générale d'interprétation, art. 1602.
72. — Transition, art. 1603.

71. Il s'agit, dans ce chapitre, des obligations du vendeur.

« Le vendeur, disait Domat (1), est obligé d'expliquer clairement et nettement quelle est la chose vendue, en quoi elle consiste, ses qualités, ses défauts, et tout ce qui peut donner sujet à quelque erreur ou malentendu : et s'il y a dans son expression de l'ambiguïté, de l'obscurité ou quelque autre vice, l'interprétation s'en fait contre lui. »

C'est cette idée que le Code, en la généralisant, a voulu reproduire dans le texte suivant :

ART. 1602. Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. — Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur (*).

Ainsi, et par application de cette règle, l'adjudicataire d'une maison qui, en vertu du cahier des charges, est devenu propriétaire à partir du jour de l'adjudication, a le droit de faire expulser le précédent propriétaire qui habite une partie de la maison, alors même qu'en vertu d'une clause spéciale du cahier des charges, l'entrée en jouissance, en ce qui concerne la perception des loyers, a été renvoyée à une date ultérieure (2).

Du reste, la disposition de l'art. 1602 n'est que subsidiaire ; il faut d'abord suivre les règles générales d'interprétation

(*) Art. 1602. — L. 21, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 172, D. 50, 17, *De div. reg. juris.*

(1) *Lois civiles*, liv. II, tit. II, sect. 11, § 13.

(2) Paris, 8 mai 1893, D. 94, 2, 140.

tracées par les art. 1156 et 1164 (1), et les juges conservent toujours leur pouvoir souverain d'appréciation (2). D'un autre côté il fut reconnu lors de la confection de la loi, que l'art. 1602 ne concerne pas les clauses exceptionnelles que l'acheteur aurait stipulées dans son intérêt.

72. Telle est, au point de vue de l'interprétation de la convention, la situation faite au vendeur.

En outre,

ART. 1603. Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend (*).

Cet article de transition était tout à fait inutile. Son application suppose d'ailleurs qu'il n'y a pas de difficulté sur ce qui a fait l'objet précis du contrat de vente, ou que les difficultés qui ont pu s'élever à cet égard entre les parties ont reçu leur solution définitive. On suppose qu'il ne reste plus qu'à exécuter le contrat tel quel, et par conséquent l'acheteur ne saurait invoquer l'art. 1603 pour réclamer la délivrance d'une chose qui ne rentrerait pas positivement dans l'objet de la vente (3), tel qu'il aurait été déterminé souverainement par les juges du fait (4).

SECTION II.

De la délivrance.

§ 1er. — Notions générales sur la délivrance.

73. — Il ne peut être question ni d'une délivrance quant à la propriété, ni d'une délivrance quant à la possession juridique.

(*) Art. 1603. — L. 66, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 1, pr.; L. 11 § 2, D. 18, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Cass. 3 avr. 1872, D. 73, 1, 131; DUVERGIER, t. I, n° 242; AUBRY et RAU, § 353, texte et note 3; LAURENT, t. XXIV, n° 156; ARNTZ, t. III, n° 972; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 507; GUILLOUARD, t. I, n° 202,

(2) Voy. Cass. 1er mars 1892, S. 92, 2, 487.

(3) Cass. 3 juin 1891, D. 92, 1, 264.

(4) Cass. 25 janv. 1886, S. 89, 1, 298.

74. — Définition de la délivrance d'après l'art. 1604.
75. — Actes équivalant à délivrance pour les immeubles, d'après l'art. 1605.
76. — Délivrance des meubles, art. 1606; à quoi sert la tradition réelle.
77. — Tradition consensuelle; à quoi sert-elle?
78. — Délivrance des *meubles par anticipation.*
79. — Délivrance des droits incorporels, art. 1607; — frais de la délivrance, art. 1608.

73. Il est inutile d'insister sur ce point que le vendeur doit, en ce qui le concerne, exécuter d'une manière complète le contrat intervenu entre lui et l'acheteur.

Il devra donc mettre la chose vendue à la disposition de l'acheteur, suivant sa nature et l'étendue du droit réel que ce dernier doit avoir sur cette chose, et sans pouvoir en rien retenir. C'est ce qu'on appelle faire la délivrance de la chose vendue. Remarquons qu'il s'agit uniquement de l'exécution du contrat de vente entre les parties contractantes, et non des effets à l'égard des tiers d'une délivrance de la chose vendue.

Théoriquement, en effet, on peut concevoir trois sortes de délivrance :

L'une quant à la propriété;

L'autre quant à la possession juridique;

La troisième quant à la détention matérielle.

Dans le droit actuel, la première est absolument inutile et n'existe plus, puisque l'acheteur devient immédiatement propriétaire par le seul effet de la convention s'il s'agit d'un corps certain (art. 1138 et 1583), ou, s'il s'agit d'un genre, par toute opération ayant pour effet la détermination ou individualisation de la chose (art. 1585). Le législateur n'avait donc pas à s'en occuper dans notre chapitre.

Ce qui est vrai de la délivrance quant à la propriété est également vrai de la délivrance quant à la possession juridique.

Tous les droits qui existaient au profit du propriétaire, au moment où celui-ci a consenti la vente, ont été transportés

sur la tête de l'acheteur, notamment l'utilité de la possession juridique antérieure. L'utilité de toute la possession antérieure à la vente n'appartient plus à celui-ci qui l'a personnellement exercée, mais à son acheteur à qui il l'a vendue conjointement avec la propriété (1). Autrefois une clause spéciale était nécessaire pour opérer cette transmission de la possession, et c'est parce que la possession était ainsi transmise, par une sorte de tradition civile, que la propriété elle-même était aussi transférée (2). Aujourd'hui cette transmission s'opère par le seul effet de la convention, sans qu'il soit nécessaire d'une déclaration quelconque du vendeur qu'il s'abstiendra désormais de faire sur la chose des actes de maître, de telle sorte que l'acquéreur pourra se protéger dans sa possession, par les actions possessoires, et joindre sa possession à celle de son auteur. La règle générale de l'art. 1138 a rendu inutiles toutes les clauses de tradition, en tant que ces clauses étaient nécessaires pour opérer le transfert de la possession, et par voie de conséquence le transfert de la propriété.

Donc par l'effet du contrat, la délivrance a eu lieu de plein droit pour la possession juridique comme pour la propriété.

74. Que restait-il donc à réglementer? uniquement ce qui concernait la tradition matérielle relative à la détention de la chose vendue, c'est-à-dire l'exécution, entre les parties, du contrat intervenu. Malheureusement il est arrivé que pour construire une théorie de la délivrance réduite à un tel objet, le législateur a cru pouvoir utiliser de vieilles formules qui avaient trait uniquement à la délivrance *quant à la propriété*. Il est résulté de cette confusion singulière une série de dispositions souvent incohérentes et difficiles à justifier.

Voyons d'abord la définition :

ART. 1604. La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.

(1) Voy. CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la Proc.*, t. I, q. 102.
(2) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 159.

Sous la plume de Domat, à qui elle a été empruntée, cette définition avait trait au transfert de la propriété et de la possession juridique. Ce que nous venons de dire démontre que les rédacteurs du Code civil n'ont pu l'employer dans le même sens. Ils ont entendu évidemment parler du transport matériel de la chose vendue entre les mains de l'acheteur, ce qui devait permettre à celui-ci d'exercer sur la chose tous les droits résultant de son titre.

75. Mais ensuite, et dans les articles qui suivent, le législateur semble abandonner ce point de vue pour se préoccuper fort inutilement d'une délivrance qui serait translative de propriété.

Voici en effet comment il s'exprime pour les ventes d'immeubles :

ART. 1605. L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété.

Mais cela est faux si on veut interpréter ce texte comme s'appliquant à la remise de la détention matérielle de la chose et de ses accessoires. La remise des clefs ne dispensera pas de la remise des titres de propriété qui établissaient le droit du vendeur, de même que la remise de ces titres ne dispensera pas de la remise des clefs. Enfin la remise des clefs et des titres ne dispensera pas le vendeur de la tradition matérielle de l'immeuble, et il pourra être expulsé s'il persiste à l'occuper (1). Il a même été jugé que la remise des titres conformément à la disposition qui précède ne pouvait pas être considérée comme le point de départ de la prescription décennale de l'art. 2265 (2).

L'art. 1605 ne sert de rien pour la solution de ces difficultés. On ne peut lui trouver un sens utile, sans en corriger les termes, que si on l'applique à la vente d'immeubles non dé-

(1) Paris, 8 mai 1893, D. 94, 2, 140.
(2) Just. Paix, Arlon, 5 déc. 1885, *Pas.*, 86, 3, 308.

terminés dans leur individualité, par exemple à la vente de l'une des cinq maisons semblables que possède le vendeur dans la même rue. La remise des clefs ou des titres sera alors nécessaire pour déterminer l'objet vendu. Si l'immeuble vendu se trouvait, en fait, en la possession d'un tiers, il y aurait, par la force des choses, impossibilité d'en effectuer la tradition matérielle. Le vendeur qui a transmis tous ses droits à l'acheteur, serait sans qualité pour exercer l'action en revendication contre le possesseur (1). Pourrait-il du moins agir en délaissement contre lui ? La Cour de cassation a décidé que le vendeur tenu de la délivrance vis-à-vis de l'acheteur, avait, *par cela même*, qualité pour en demander le délaissement au tiers possesseur (2). Il nous est impossible de comprendre comment et à quel titre le vendeur, qui ne saurait se constituer le procureur de l'acheteur, peut exercer cette action en délaissement, alors que l'acheteur peut agir lui-même en revendication.

76. L'exécution des ventes de meubles donne lieu à des observations analogues :

ART. 1606. La délivrance des effets mobiliers s'opère, — Ou par la tradition réelle, — Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, — Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

Il va de soi que le vendeur doit remettre la chose vendue à l'acheteur. Ce n'est pas pour exprimer cette banalité que le texte parle de tradition *réelle*. A quoi peut donc servir une telle tradition? A rendre propriétaire celui qui reçoit un meuble non volé ni perdu *a non domino quem dominum esse credebat*. Il s'agit donc d'une délivrance qui se réfère au transfert de la propriété et à ses effets à l'égard des tiers.

La loi parle ensuite de la remise des clefs du bâtiment con-

(1) Cass. 29 avr. 1872, D. 73, 1, 130; Poitiers, 8 juill. 1878, D. 79, 2, 36.

(2) Cass. 24 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 17 avr. 1896.

tenant les meubles vendus. C'est encore un fait de tradition réelle ou plutôt assimilé à une tradition réelle; l'opération, qui n'a rien de symbolique, met la chose en la puissance et possession de l'acheteur. Ce mode de délivrance ne présente encore de l'intérêt qu'au point de vue du transfert de la propriété. Si le vendeur, après avoir remis les clefs, disposait de la chose en commettant une effraction, il se rendrait coupable de vol, et le premier acheteur pourrait revendiquer pendant trois ans contre le second.

Si le vendeur avait deux clefs successivement remises à deux acheteurs différents, il n'y aurait pas vol, puisqu'il n'y aurait pas eu *contrectatio;* le deuxième acheteur devrait, ce semble, devoir l'emporter sur le premier, puisque le vendeur a pu lui faire une remise l'investissant, d'après la loi, d'une possession réelle actuelle. Mais cela est fort contestable; la remise des clefs ne peut être sérieusement assimilée à une tradition réelle, que si le vendeur n'a qu'une clef dont il se dessaisit. Dans l'espèce envisagée il faudrait donc accorder la préférence à celui qui, le premier, a utilisé la clef pour se mettre en possession réelle.

77. L'art. 1606 parle encore d'une délivrance opérée par le seul consentement. Dans toute hypothèse, il faut bien que l'acheteur obtienne réellement la chose, et la délivrance par le seul consentement ne dispense pas d'une délivrance réelle. A quoi donc sert-elle?

Le texte applique cette délivrance au cas où le transport de la chose vendue ne peut pas se faire au moment de la vente, et à celui où l'acheteur avait déjà la chose en son pouvoir à un autre titre.

A ces deux hypothèses prévues par le texte on ajoute encore celle du *constitut possessoire* qui se vérifie quand il est convenu que le vendeur continuera de conserver la chose à titre de dépôt, de prêt, de location ou d'usufruit (1). Mais on reconnaît géné-

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 166; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 512; GUILLOUARD, t. I, n° 213.

ralement que cette délivrance dérivant du seul consentement n'équivaut pas à une tradition réelle, qu'elle ne peut être opposée aux tiers, et que dans un conflit avec un second acquéreur mis en possession réelle d'un meuble vendu, le premier acheteur devra succomber (1), alors même que l'obstacle à sa prise de possession au moment de la vente aurait été insurmontable et absolu et non pas seulement relatif (2).

Dans l'ancien droit, la délivrance par le seul consentement exprimé dans une clause spéciale du contrat, avait sa raison d'être, puisqu'elle rendait l'acheteur propriétaire. Dans le droit moderne l'acheteur devient propriétaire de plein droit, il semble donc que la délivrance par le seul consentement ne serve à rien.

Cependant les auteurs, pour trouver un sens utile à la loi, soutiennent que la délivrance consensuelle a pour effet d'empêcher l'acheteur de demander la résolution du contrat pour cause d'inexécution des obligations du vendeur, celui-ci ayant rempli son obligation dans les termes de la loi (3).

Ce serait là une conséquence purement accidentelle et qui, certainement, n'a pas été envisagée par le législateur. Mais cette conséquence, en soi, est-elle véritablement exacte ?

D'abord il faut écarter l'hypothèse où l'acheteur avait déjà en son pouvoir, à un autre titre, la chose vendue. Il est manifeste que, dans ce cas, la vente étant complètement exécutée de la part du vendeur, il est impossible de concevoir comment l'action résolutoire pourrait éventuellement appartenir à

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 164; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 481; GUILLOUARD, t. I, n° 213; Comp. AUBRY et RAU, § 354, texte et note 8 et 9; LAURENT, t. XXIV, n° 165.

(2) *Contrà*, sur ce point, AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(3) LAURENT, t. XXIV, n° 164; GUILLOUARD, t. I, n° 212.

l'acheteur, et par conséquent la clause de tradition consensuelle ne peut servir de rien.

Cette clause sera-t-elle utile si elle intervient dans le cas où le transport de la chose vendue n'est pas possible au moment de la vente? En réalité, malgré le consentement ou les ordres donnés par le vendeur, la chose est encore sous sa main, et, comme le reconnaît Laurent (1), il pourrait, en usant de diligence, l'enlever avant que l'acheteur l'eût appréhendée. Peut-on dire que, dans ce cas, il a rempli toutes ses obligations *en faisant la délivrance dans les termes de la loi?* Cela serait absurde; la vérité est que l'acheteur était déjà rendu propriétaire par le seul effet de la convention, que la clause de tradition consensuelle ne dispense pas le vendeur d'effectuer la tradition réelle, et que pour le défaut de tradition réelle en temps utile, l'acheteur pourra avoir intérêt à faire résoudre le contrat.

Dans un grand nombre de cas la clause de délivrance consensuelle signifiera simplement que le vendeur est libéré de l'obligation de veiller à la conservation de la chose.

78. Les auteurs font remarquer que l'énumération de l'article 1606 n'est pas limitative, et qu'il y a une grande variété de procédés pour mettre en possession l'acheteur d'objets mobiliers (2). Ainsi, dit-on, il y aura délivrance de la coupe d'un bois quand l'abatage a été fait au compte de l'acheteur et que celui-ci aura marqué quelques-uns des arbres abattus. Elle peut aussi résulter d'un commencement d'exploitation, de l'établissement d'un garde pour la coupe, ou de l'empilage par l'acheteur du bois gisant encore sur place. Toutes ces affirmations peuvent être exactes, mais la question est de savoir quelle peut être leur utilité.

(1) *Loc. cit.*

(2) DUVERGIER, t. I, n° 249; AUBRY et RAU, § 354, texte et note 5; LAURENT, t. XXIV, n° 167; ARNTZ, t. III, n° 976; GUILLOUARD, t. I, n° 210.

Nous constaterons d'abord que les difficultés de ce genre se présentent surtout à l'occasion de ce qu'on a appelé *meubles par anticipation*, c'est-à-dire d'objets adhérents au sol, ou attachés à un fonds, mais envisagés au moment de la vente comme devant être un jour séparés et mobilisés.

Une telle vente n'est pas conditionnelle, elle n'est pas faite sous la condition (incertaine) que les arbres, par exemple, seront coupés; elle est faite, au contraire, pour que les arbres soient coupés, et il y a, sur ce point, certitude juridique, puisque chacune des parties a une action pour exiger la réalisation de la convention (1). Or, d'après l'art. 521, dans les coupes réglées, les arbres ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure qu'ils sont abattus. Par conséquent la propriété de l'acheteur ne naîtra qu'au moment où les arbres seront séparés du sol par l'abatage. Dans l'intervalle de la vente à l'exploitation l'acheteur ne peut donc être investi que d'un droit de créance en vertu duquel il pourra contraindre le vendeur à lui laisser exploiter la coupe vendue (Voy. t. IV, n° 15).

Il y a donc deux choses à considérer : d'abord l'exécution par le vendeur de son obligation de délivrance, et ensuite les conséquences de l'exploitation.

Sans doute, on peut dire que le vendeur a satisfait à son obligation de délivrance de la coupe vendue, en procurant à l'acheteur la possibilité de procéder à une libre exploitation, mais cela n'empêche pas que l'acheteur ne deviendra propriétaire des arbres qu'au fur et à mesure de leur abatage.

Par conséquent, s'il n'y a pas encore eu exploitation, l'acheteur ne pourra pas opposer son droit à celui qui aurait postérieurement acquis du même vendeur la forêt elle-même, sol et superficie (2).

(1) Voy. Dijon, 28 mars 1876, D. 78, 2, 261, et la note; *Contrà*, CHAUVEAU, *Meubles par anticip.*, *Revue crit.*, 1893.

(2) Arrêt précité de Dijon, du 28 mars 1876.

De même si le conflit s'élève entre deux acheteurs successifs celui-là devra être préféré qui aura, de bonne foi, opéré la séparation effective des objets vendus et se sera mis en possession réelle. Si les deux acheteurs se présentent en même temps pour opérer, chacun de son côté, la séparation des objets vendus, comme ils ont des droits égaux, il faudra appliquer la loi du concours, car la simple antériorité d'un contrat, même avec date certaine, ne saurait être, entre deux créanciers, une cause de préférence.

Mais la jurisprudence n'est pas toujours d'accord avec ces principes et sous prétexte que les conventions qui ont pour objet le transfert de la propriété doivent opérer cette transmission par elle-même, elle reconnait quelquefois un droit réel à l'acheteur. Ainsi, en cas d'une saisie opérée par un créancier chirographaire les décisions de la pratique ne refusent pas à l'acheteur le droit de demander la distraction des objets compris dans la vente, si ce contrat a acquis date certaine avant la transcription de la saisie. C'est aussi la solution qui prévaut pour les revendications faites, en cas de saisie-exécution, par un tiers acquéreur des objets saisis (1).

Le même droit est reconnu à l'acheteur à l'encontre d'un créancier hypothécaire lorsque la vente a eu pour objet des fruits ou des produits périodiques de la terre, mais il lui est refusé quand la vente porte sur des objets que leur nature ne destine pas à une séparation prévue d'avance pour une époque déterminée (2).

Ces solutions utilitaires ne sont pas en harmonie avec la véritable signification de la maxime : *en fait de meubles possession vaut titre*, envisagée, non à l'égard de l'acquéreur, mais à l'égard de l'aliénateur, et qui a pour effet de maintenir au profit de tous intéressés, la propriété sur la tête de ce

(1) Alger, 19 mars 1884, D. 85, 2, 134.
(2) Voy. CHAUVEAU, *loc. cit.*, n° 35.

dernier, tant qu'il n'y a pas eu, de sa part, tradition réelle (Voy. t. VII, n°128).

79. Afin de paraître ne rien oublier, le législateur a cru nécessaire d'ajouter que la *quasi-tradition*, ou, comme il s'exprime :

ART. 1607. La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

Il s'agit principalement des servitudes et des créances. Nous parlerons spécialement de la délivrance des créances sous l'art. 1689.

Enfin, la loi décide que :

ART. 1608. Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire.

(Comp. t. VIII, n° 43).

§ 2. — Où, quand et comment se fait la délivrance.

80. — Où doit se faire la délivrance, art. 1609.
81. — Quand doit-elle avoir lieu? Du défaut de délivrance au terme convenu, art. 1610, 1611.
82. — Suite.
83. — Droit du vendeur quand l'acheteur n'est pas prêt à payer le prix, art. 1612,
84. — Ou quand il est en déconfiture, etc., art. 1613.
85. — En quel état la chose doit être livrée, art. 1614. — Influence des événements pouvant modifier la chose avant sa livraison.
86. — Obligation de délivrer les accessoires, art. 1615. Ce qu'il faut entendre par accessoires.
87. — Application aux immeubles en général;
88. — A la vente d'une ferme; pailles et engrais;
89. — A la vente, par parcelles, d'un corps de domaine non affermé, ou affermé;
90. — A la vente d'un établissement commercial ou d'une usine;
91. — A la vente d'une œuvre d'art.

80. Nous savons déjà que, d'après l'art. 1247, et à défaut de convention contraire, le paiement, quand il s'agit d'un

corps certain, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

Le vendeur qui fait la délivrance, effectuant en réalité le paiement de son obligation, il n'y avait aucune difficulté pour appliquer à la vente la règle ci-dessus; par conséquent

ART. 1609. La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu.

Quand la vente porte sur des quantités à livrer, si le vendeur n'a pas fait connaître l'endroit où se trouvait la marchandise, il faut partir de cette idée que la chose vendue est *quérable* et non *portable* (1), c'est-à-dire que l'acheteur doit venir se la faire remettre au lieu où se trouve le siège des affaires du vendeur, et il n'est tenu de payer les frais de transport qu'à partir de ce lieu (2).

81. Si aucun terme n'a été fixé, la chose doit être livrée quand l'acheteur la demande pourvu qu'il soit prêt à en payer le prix. D'un autre côté, l'acheteur ne pourra se refuser à prendre livraison sous prétexte de retard, s'il n'a fait aucune démarche pour mettre le vendeur en demeure de livrer.

Si un terme a été fixé, la délivrance doit être faite à l'époque indiquée par la convention :

ART. 1610. Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur (*).

ART. 1611. Dans tous les cas, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts, s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur, du défaut de délivrance au terme convenu.

Ainsi le commerçant qui, pour profiter d'une hausse dans le prix des marchandises qu'il s'était obligé à livrer, n'a pas voulu tenir ses engagements et a mis ainsi son acheteur dans la nécessité de se procurer ailleurs à un cours plus élevé des marchandises semblables, devra être condamné à payer à cet

(*) Art. 1610. — L. 3 § 3, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*
(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 516.
(2) Trib. Hasselt, 7 juin 1876, *Pas.*, 77, 3, 122.

acheteur une indemnité représentant l'écart entre les deux cours (1).

Il faut voir dans les textes qui précèdent une application de l'art. 1184 qui sous-entend la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement (2).

Il va sans dire que le défaut de délivrance dans le délai fixé ne saurait être relevé contre le vendeur s'il était le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure.

L'acheteur ne pourra donc réclamer la résolution que s'il a mis le vendeur en demeure de délivrer l'objet vendu, conformément aux règles déjà exposées sous l'art. 1139 (Voy. t. VII, n° 117). Une mise en demeure serait inutile dans les cas auxquels se réfère l'art. 1146, par exemple dans les marchés à livrer de marchandises sujettes à d'incessantes fluctuations de prix (Voy. t. VII, n° 141). Mais, dans le même cas, l'acheteur ne peut pas retarder sa demande par spéculation afin de la produire quand les cours de la marchandise seront en hausse (3).

Du reste, quand l'acheteur n'a pas lui-même stipulé un délai, il est tenu de prendre immédiatement livraison (4), et nous verrons plus loin que le retard non justifié dans la prise de possession de la marchandise, emporte au profit du vendeur, résiliation de plein droit du contrat (art. 1657).

82. Après la mise en demeure, l'acheteur peut demander à son choix soit la résolution de la vente, soit sa mise en possession.

Ce droit est transmissible aux héritiers, susceptible d'être

(1) Cass. 27 fév. 1894, D. 94, 1, 216.

(2) Voy. Cass. 20 oct. 1886, S. 87, 1, 24.

(3) Bruxelles, 30 juill. 1883, D. 85, 2, 1; Paris, 30 janv. 1873, D. 74, 2, 143; GUILLOUARD, t. I, n° 249; Comp. Cass. 19 nov. 1872, D. 73, 1, 215.

(4) Paris, 5 fév. 1874, D. 77, 2, 11.

exercé par les créanciers de l'acheteur, et cessible aux tiers, le tout suivant les distinctions et précisions qui ont été faites à l'occasion de l'art. 1184, et sur lesquelles nous n'avons pas à revenir (Voy. t. VII, n° 274).

Dans tous les cas le juge peut accorder un délai suivant les circonstances (art. 1184 et 1244), et même refuser de prononcer la résiliation quand le retard n'a pas été considérable (1), du moins lorsque la résolution est demandée en vertu des dispositions générales de la loi, et non en vertu d'une clause spéciale de la convention (2).

Que l'acheteur demande la résolution de la vente, ou sa mise en possession, il peut en outre réclamer, s'il y a lieu, des dommages-intérêts. Pour que les dommages-intérêts soient dus il faut que le défaut de délivrance au temps convenu ait causé un préjudice à l'acheteur et soit imputable au vendeur.

L'art. 1611 n'a pour objet que la réparation du préjudice résultant pour l'acquéreur du retard apporté à la délivrance de la chose vendue. Mais lorsqu'il y a impossibilité de faire cette délivrance et que l'obligation du vendeur doit se résoudre en dommages-intérêts, ce cas doit être assimilé à celui de l'éviction, et il y a lieu de faire application de l'art. 1633 si la chose se trouve avoir augmenté de valeur à l'époque de la demande en délivrance. L'acheteur, en effet, est en droit d'obtenir l'équivalent de ce qu'il aurait eu si la délivrance avait pu lui être faite (3).

83. Quand l'obligation du vendeur et celle de l'acheteur sont pures et simples, chacune d'elles doit être accomplie immédiatement. Toutes deux par conséquent doivent recevoir une exécution simultanée.

(1) Cass. 7 août 1894, D. 95, 1, 108.
(2) Cass. 20 oct. 1886, D. 87, 1, 87.
(3) Voy. BELTJENS, *Encyclop.*, art. 1611, n° 53.

Donc si l'une des parties, l'acheteur par exemple, n'est pas prête à payer le prix, le vendeur peut légitimement refuser la délivrance dont il est tenu, et ce refus peut se traduire par l'exercice du droit de rétention (Voy. t. VII, n° 166).

ART. 1612. Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement (*).

Le droit de rétention dont il s'agit n'a pas sa base dans la réserve, par le vendeur, d'une sorte de droit réel ou de gage sur la chose vendue (1). Il consiste uniquement, dans un refus de livrer autorisé par la loi. Il n'existe qu'entre le créancier et le débiteur, et n'engendre au profit du créancier aucun privilège ni droit de préférence; il ne peut nuire aux tiers ni leur être opposé (2) (Voy. t. VII, n° 171).

Le vendeur ne peut plus exercer le droit de rétention quand il a accordé à l'acheteur un délai pour le paiement de son prix, ou, ce qui revient au même, quand il existe un délai résultant de l'usage, car les parties sont considérées comme ayant entendu s'y référer.

84. Néanmoins,

ART. 1613. Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.

C'est une application du principe posé par l'art. 1188 sur la déchéance du terme (3). Il faut donc assimiler à la faillite ou à la déconfiture le cas où l'acheteur diminue, par son fait, les sûretés qu'il avait données au vendeur par le contrat de vente, ou ne fournit pas celles qu'il avait promises.

(*) Art. 1612. — LL. 19, 53, 78 § 2, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 216; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 517.

(2) Voy. LAURENT, t. XXIX, n°s 284 à 302.

(3) Voy. Alger, 7 déc. 1892, D. 93, 2, 532; Bourges, 10 mai 1892, D. 92, 2, 454.

Si la faillite existait déjà lors de la vente et que le vendeur en eût connaissance, la délivrance devra naturellement avoir lieu et le vendeur attendre l'arrivée de l'échéance pour se faire payer.

Les termes bien précis de l'art. 1613 imposent la même solution quand la vente avec délai pour le paiement du prix a été faite à un failli concordataire ou à une personne en état de déconfiture, quand même il serait prouvé que le vendeur ignorait cette situation lorsqu'il a traité, sauf, bien entendu, les cas de dol. Il tombe en effet sous le sens que l'acheteur ne peut pas perdre le bénéfice du terme par suite d'un fait antérieur à la concession de ce terme (1). Mais, objecte-t-on, cette concession est le résultat d'une erreur *substantielle* de la part du vendeur; l'erreur consiste à avoir vendu à terme à un insolvable (2); dans les ventes commerciales surtout, l'erreur sur la solvabilité de l'acheteur doit être considérée comme portant sur une qualité substantielle (3). Ce serait donc un cas d'erreur sur la personne! Presque toujours, dans l'hypothèse envisagée, le vendeur s'est hâté de traiter avec *le premier venu* parce qu'il obtenait de sa chose un prix exorbitant; il n'a pas hésité à accorder un délai pour le paiement du prix, sauf à se renseigner plus tard sur la solvabilité de son acheteur, et à refuser, le cas échéant, la délivrance de la chose, sous prétexte *d'erreur dans la personne!* Telles sont les combinaisons que la théorie de l'erreur, invoquée au nom de l'équité, a pour résultat d'encourager (Comp. t. VII, n° 27).

85. A partir de la conclusion de la vente le vendeur cesse d'être propriétaire et ne peut plus modifier l'état dans lequel se trouvait la chose au moment où le contrat est

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 171; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 220; Comp. DURANTON, t. XVI, n° 204; DUVERGIER, t. I, n° 270.

(3) Trib. comm. Gand, 3 juill. 1875, *B. J.*, 1875, 1390.

intervenu (1), mais les événements ultérieurs qui modifieront l'état de la chose indépendamment du fait du vendeur profiteront ou nuiront à l'acheteur.

Telle est l'idée qu'a voulu exprimer le texte suivant évidemment mal rédigé :

ART. 1614. La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. — Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur (*).

Par conséquent si dans l'intervalle qui s'écoule entre la vente et le moment fixé pour la délivrance, la chose se trouve détériorée par cas fortuit, ou autre événement n'engageant pas la responsabilité du vendeur, celui-ci sera libéré en délivrant la chose dans l'état où elle sera lors de la tradition et non au moment de la vente.

Un arrêt a décidé que le vendeur peut se refuser à la livraison des objets vendus, sans être tenu à des dommages, lorsque leur dépérissement, survenu sans sa faute depuis la vente, les rend impropres à leur destination (2). Une telle décision se réfute d'elle-même. Elle est motivée sur ce que, d'une part, la livraison pourrait provoquer une action rédhibitoire, ce qui est incertain; d'autre part sur ce que le vendeur, s'il possède une marque de fabrique ou de commerce, a intérêt à empêcher le discrédit qui résulterait pour sa maison de la mise en vente de produits mauvais. Il évitera le discrédit en ne vendant jamais de produits mauvais ou simplement douteux. Dans l'espèce il s'agissait de vins en fûts qui étaient, au moment de la livraison, absolument dans le même état qu'au moment de la vente, mais qui se décomposaient aussitôt qu'ils étaient mis en bouteille!

86. Si ces vins avaient été destinés à être mis en bouteille pour être ainsi vendus, l'acheteur aurait-il pu mettre sur chaque bouteille l'estampille officielle du vendeur indiquant l'origine et la qualité de la marchandise?

(*) Art. 1614. — L. 10, D. 50, 17, *De div. reg. juris.*
(1) Cass. 1er mars 1892, D. 92, 1, 412.
(2) Bordeaux, 11 janv. 1888, D. 89, 2, 11.

L'affirmative est certaine quand l'estampille ayant été mentionnée dans la convention devient ainsi un élément essentiel de la chose vendue. Dans ce cas, et en vertu de la convention, l'estampille est véritablement un accessoire de la chose (1).

Or :

ART. 1615. L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel (*).

Grenier, dans son *discours au Corps législatif*, avouait que le texte ci-dessus était peut-être un peu laconique : « Mais, disait-il, toute explication eût été inutile, parce que, dans le titre du Code *De la distinction des biens*, on verra à sa véritable place tout ce qui peut former les accessoires d'un immeuble, et tout ce qui doit être considéré comme ayant été destiné à son usage perpétuel (2). »

Ce point de vue est complètement inexact. Nous avons déjà fait remarquer (Voy. t. IV, n° 125) que les règles du titre *De la distinction des biens* ont uniquement pour objet de trancher une question de propriété. Il ne faut donc pas les confondre avec d'autres règles ayant pour objet de résoudre une question d'obligation. Ainsi, disions-nous, l'art. 1615 déclare que l'obligation de livrer une chose comprend ses *accessoires;* il est manifeste que, dans ce texte, les accessoires sont considérés dans un tout autre point de vue que dans les dispositions relatives à l'accession, et ne sont pas des *accessiones*. Par exemple le licol d'un cheval vendu est un accessoire dans le sens de l'art. 1615, mais n'est pas une *accessio* dans le sens des articles placés sous la rubrique *De la distinction des biens*.

Pour l'application de notre art. 1615 qui concerne non seu-

(*) Art. 1615. — L. 13 § 31; LL. 14, 15, 16, 17 § 7; L. 18, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.;* L. 12 § 23, 24, 25, *De instr. vel instrum. leg.*, D. 23, 7.

(1) Rouen, 17 mai 1854, S. 56, 2, 604; GUILLOUARD, t. I, n° 234.

(2) FENET, t. XIV, p. 195; Conf. LAURENT, t. XXIV, n° 183; GUILLOUARD, t. I, 222, 1.

lement les ventes amiables, mais encore les adjudications publiques (1), il faut uniquement vérifier ce qui a été compris dans la vente d'après l'intention commune des parties, interprétée suivant les termes du contrat, les circonstances du fait et les usages généralement suivis.

87. D'abord il est manifeste que, pour les immeubles, la vente comprend ce qu'on appelle *immeubles par destination*, c'est-à-dire aussi bien les objets placés sur un fonds par un propriétaire, pour le service et l'exploitation de ce fonds, que les objets attachés à ce fonds à perpétuelle demeure dans un intérêt autre que l'intérêt agricole ou industriel (Voy. t. IV, n° 21).

Sans doute le titre *De la distinction des biens* pourra servir de guide à l'effet de savoir en quoi consistent précisément ces objets, mais il faudra surtout et avant tout rechercher la commune intention des parties.

Ainsi, par exemple, lors de la vente publique de deux maisons, une cave au-dessous de l'une d'elles ne présente d'accès que par l'autre maison, et aucune réserve ni précision n'est faite dans l'acte. Il a été jugé avec raison que l'adjudicataire de la maison de dessus ne peut invoquer la présomption de l'art. 552, ni l'application des principes concernant les servitudes, la situation étant exclusivement régie par les art. 1614 et 1615 (2).

Du reste les contestations qui surgissent à l'occasion de l'art. 1615 ne soulèvent presque jamais des questions *d'accession*, au sens des art. 546 et suiv.

Ainsi on décide que la vente d'une prairie comprend l'usage de la source qui sert à l'irriguer (3); que la vente d'une usine comprend en général la propriété du canal d'amener et du

(1) Alger, 5 janv. 1877, D. 77, 2, 79.

(2) Trib. Tournai, 26 janv. 1886, *Pas.*, 86, 3, 236; Comp. Gand, 24 fév. 1877, *Pas.*, 77, 2, 158; LAURENT, t. VI, n° 254.

(3) Pau, 28 mai 1831, S. 31, 2, 201.

canal de fuite (1); que la vente d'un établissement thermal donne droit à l'usage des sources naissant dans les bâtiments quoique le vendeur s'en soit réservé la propriété (2). Dans ces hypothèses, dit-on, l'eau est l'accessoire de la chose vendue. C'est possible, et l'art. 1615 autorise cette façon de s'exprimer; mais on n'a pas besoin de recourir au titre *De la distinction des biens* pour trancher des questions qui trouvent leur solution dans la définition même des objets vendus.

88. On dit encore que la vente d'une ferme comprend les pailles et engrais par application de l'art. 524 qui les déclare immeubles par destination. Mais il faut faire quelques précisions : d'abord qu'est-ce que vendre une ferme? C'est vendre, au cours du bail, un domaine exploité par un fermier. Or, si l'on se trouve dans un cas où le fermier ne peut être expulsé (art. 1743), il n'y a rien de changé quant aux pailles; à la fin du bail il faudra appliquer l'art. 1778; le fermier sortant laissera les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus.

Si le propriétaire vend un corps de domaine qu'il exploite lui-même ou fait exploiter sans fermier, il doit le délivrer dans l'état où il se trouve au moment de la vente (art. 1614). S'il n'y a sur le domaine ni pailles ni engrais, ni immeubles par destination, il délivre le fonds ainsi dégarni car c'est ce qui a été acheté.

Si le fonds était garni de pailles et engrais, et aussi d'un outillage agricole, il a été vendu comme tel *(fundus instructus)* et doit, par conséquent, être délivré dans l'état où il a été envisagé par les parties (3).

89. Si la vente a porté uniquement sur quelques parcelles isolées détachées du domaine conservé par le propriétaire, l'acquéreur ou les acquéreurs n'auront droit à aucune partie

(1) Cass. 4 fév. 1873, D. 74, 1, 122; Cons. d'État, 6 août 1881, D. 83, 3, 11.

(2) Cass. 21 mars 1853, D. 54, 1, 435.

(3) Nancy, 30 déc. 1871, S. 72, 2, 108.

des pailles et fumiers (1). Chaque parcelle isolée a été en effet considérée par les parties comme dégarnie.

Faudrait-il admettre une solution différente si le propriétaire vendait en détail le domaine entier sans en rien conserver? La négative est évidente.

En effet, si le propriétaire commence à vendre une premiére parcelle en janvier, il est certain, d'après ce qui vient d'être dit, que l'acquéreur ne peut rien réclamer sur les pailles et engrais. Il faut en dire autant d'un second acheteur qui se rendrait en février acquéreur d'une deuxième parcelle isolée, et ainsi de suite... Comment pourrait-il se faire que, par l'effet des dernières ventes, les premiers acheteurs se trouvent investis d'un avantage que ne leur conférait pas leur titre d'acquisition?

La solution sera différente si, au lieu de vendre une ou plusieurs parcelles d'un domaine non affermé, le propriétaire aliène des parcelles détachées d'un corps de ferme. Dans ce cas, les acheteurs, à la sortie du fermier, auront droit à la portion de paille et de fumier revenant à leur parcelle dans la répartition générale qui en aurait été faite s'il n'y avait pas eu morcellement. Pourquoi? Parce que, en vendant certaines parcelles comme détachées d'un corps de ferme, le vendeur a naturellement transmis à l'acheteur, dans la proportion de son acquisition, son droit aux pailles et engrais de la dernière année du bail. Quelques auteurs arrivent péniblement au même résultat en argumentant de l'art. 524 qui n'a rien à faire dans la question (2).

On voit donc par la décision qui précède, qu'il faut comprendre dans les accessoires de la chose vendue, tous les droits qui y sont relatifs (3). Mais quant à ces droits il n'est pas né-

(1) Caen, 7 mars 1883, S. 84, 2, 207.

(2) LEUDIÈRE, *Rev. crit.*, 1868, p. 500 et suiv.; GUILLOUARD, t. I, n° 225.

(3) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 186.

cessaire d'une délivrance formelle; l'acheteur en est directement investi par le seul effet du contrat (Comp. t. VIII, n°186).

90. Les droits ou facultés qui sont considérés comme étant les accessoires de la chose vendue, ont toujours pour but de développer la valeur utile de cette chose, et souvent même se confondent avec elle.

Ainsi la vente d'un établissement commercial ou industriel comprend la vente de la clientèle ou de l'achalandage, ou plutôt n'est bien souvent que la vente de cette clientèle ou de cet achalandage, avec droit au bail, etc. Les marchandises et approvisionnements, s'il en existe, font le plus ordinairement l'objet d'une vente spéciale, annexe et complément de la première.

Il doit en être de même de la vente d'une usine. On a cependant soutenu qu'une telle vente ne comprend, de sa nature, que les bâtiments et les objets matériels nécessaires à l'exploitation, que par suite, le vendeur pourrait immédiatement après la vente créer une usine nouvelle à côté de l'usine vendue (1). Mais il faudrait établir que telle a été l'intention des parties (2).

L'achat de la clientèle comprend naturellement la propriété de l'enseigne qui servait au vendeur (3). Il s'agit bien entendu de la faculté de faire connaître, par un mode extérieur de publicité, la dénomination adoptée comme enseigne de son commerce par le vendeur (Voy. t. IV, n° 91), et non pas de la toile ou de la planche sur laquelle cette dénomination est reproduite, ce qui, en fait, peut avoir pour résultat de faire désigner par la même dénomination l'immeuble auquel l'annonce matérielle est adhérente. Il est donc singulier qu'une Cour ait été mise dans le cas de décider que l'enseigne étant

(1) AUBRY et RAU, § 355, texte et note 2; Comp. Cass. 17 juill. 1844, S. 44, 1, 678.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 336.

(3) Caen, 25 fév. 1881, D. 82, 2, 167.

l'accessoire du fonds de commerce et non de l'immeuble dans lequel ce fonds est exploité, ne peut être réputée comprise dans la vente du dit immeuble (1).

En ce qui touche la place que peut occuper l'enseigne matérielle, Voyez ce que nous avons dit, t. IV, nos 127 et 353.

La vente de la clientèle comprend encore comme accessoire la faculté de prendre la dénomination de successeur durant le temps suffisant pour assurer à l'acheteur la continuation de la clientèle (2), ainsi que le droit de se prévaloir des médailles et autres distinctions, autres que la croix de la Légion d'honneur, accordées dans les expositions et autres concours de ce genre en considération de la maison de commerce vendue (Voy. t. IV, no 68).

91. La vente pure et simple d'une œuvre d'art, en original, comprend, à moins d'une réserve contraire ou d'une loi spéciale, le droit de reproduire l'objet par la gravure, la photographie, etc. (3). Quelques auteurs ont cependant soutenu que le droit de reproduction ne saurait appartenir à l'acheteur parce que celui-ci ne l'a pas acheté, ni au vendeur parce que celui-ci ne l'a pas réservé (4) ; ce droit se trouverait donc anéanti sans profit pour personne !

§ 3. — Règles spéciales concernant la délivrance de la contenance.

92. — Hypothèses où la contenance n'a pas été indiquée.
93. — Hypothèses où la contenance a été indiquée, art. 1616.
94. — Cas où il y a déficit, art. 1617.
95. — Cas où il y a excédant, art. 1618.

(1) Bordeaux, 21 juin 1880, D. 81, 2, 23.

(2) Lyon, 12 juin 1873, D. 74, 2, 168; GUILLOUARD, t. I, n° 232.

(3) Cass. 27 mai 1842, S. 42, 1, 385; Paris, 18 août 1879, S. 80, 2, 257; GUILLOUARD, t. I, 235, 236.

(4) RUBEN DE COUDER, *Dict. de Dr. comm.*, v° *Propriété artist.*, n° 118, et les autorités citées.

96. — Autres hypothèses, art. 1619 ; choix accordé à l'acheteur, art. 1620.
97. — Application aux ventes forcées.
98. — Frais de mesurage, du contrat, art. 1621, etc.
99. — Les règles ci-dessus peuvent être modifiées par les parties; durée des actions qui leur appartiennent, art. 1622.
100. — Vente de deux immeubles pour un seul prix, art. 1623; question des risques, art. 1624.

92. Les art. 1616 à 1624 inclus traitent des cas où, dans une vente d'immeubles, la contenance réelle de l'objet vendu diffère de la contenance indiquée dans le contrat, ou dans le cahier des charges, s'il s'agit d'une vente publique.

Cela suppose qu'une contenance quelconque a été promise ou indiquée dans la convention. Donc une contenance plus ou moins grande que celle à laquelle croyaient les parties n'exercera aucune influence sur le contrat :

1° Lorsqu'un immeuble déterminé est vendu à tant la mesure sans indication ni de la contenance totale de l'immeuble, ni du prix total moyennant lequel il est vendu. C'est le mesurage qui fixera le prix en faisant apparaître la contenance (1);

2° Lorsque l'immeuble a été vendu *en bloc*, tel quel, à forfait, sans que les parties se soient préoccupées d'une contenance d'ailleurs non indiquée dans l'acte (2);

3° Lorsque la vente a pour objet un certain nombre de mesures de terrain à prendre dans un terrain plus étendu, à raison de tant la mesure.

93. Ces hypothèses étant écartées, si le contrat indique la contenance, le vendeur devra la fournir :

ART. 1616. Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées (*).

(*) Art. 1616. — L. 51, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 13 § 14, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) AUBRY et RAU, § 354, texte et note 22; GUILLOUARD, t. I, n° 261.

(2) DURANTON, t. XVI, n° 220; DUVERGIER, t. I, n° 281; LAURENT, t. XXIV, n° 187.

Quelques auteurs estiment que cette disposition étant générale doit s'appliquer aux ventes de meubles comme aux ventes d'immeubles. Nous croyons aussi que la règle doit être la même; mais quand il s'agit d'une *délivrance de contenance*, la loi n'a pu avoir en vue que les immeubles ; ce qui le prouve, c'est que les modifications annoncées par le texte ne concernent que les immeubles.

Il faut d'abord s'occuper du cas où la vente d'un immeuble déterminé a été faite avec indication de contenance et à raison de tant la mesure. Il peut y avoir, dans cette hypothèse, *déficit* ou *excédant* de la contenance réelle par comparaison avec la contenance indiquée, et on comprend que le prix soit diminué en cas de déficit et augmenté en cas d'excédant.

94. S'il y a *déficit*, l'erreur dont souffre l'acheteur ne peut qu'entraîner une diminution sur le prix :

ART. 1617. Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat; — Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix (*).

La vente ne saurait, dans ce cas, être annulée ni résiliée, quand même le déficit serait égal ou supérieur au vingtième de la contenance déclarée. C'est ce qui résulte nettement d'un argument *a contrario* tiré de l'art. 1618. On ne pourrait pas davantage prétendre appliquer la règle de l'art. 1636 et considérer le défaut de contenance comme équivalant à une éviction partielle. Il s'agit en effet de la vente d'un corps certain dont aucune parcelle n'a été enlevée à l'acheteur (1); il y a eu seulement erreur dans la contenance indiquée. On soutient cependant que l'acheteur pourrait obtenir la résolution du contrat si l'immeuble avait été acheté pour une certaine destination à laquelle il se trouverait impropre à raison du

(*) Art. 1617. — L. 40 § 2, D. *De contrah. empt.*
(1) Arg. *a contr.*, Cass. 10 mars 1880, D. 81, 1, 210.

déficit de contenance, par exemple pour construire une usine exigeant une superficie égale à la superficie indiquée dans le contrat; l'art. 1184 reprendrait alors son empire (1). Cette opinion n'est soutenable que si la destination de l'immeuble acheté a été révélée au vendeur par une déclaration insérée au contrat, car la condition résolutoire tacite de l'art. 1184 est un élément intentionnel qui doit être commun aux deux parties.

95. L'une des considérations qui ont déterminé la disposition de l'art. 1617, c'est que l'acheteur pourra toujours facilement payer un prix inférieur à celui qu'il s'était obligé de débourser.

Il doit en être autrement en cas d'excédant :

ART. 1618. Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

Quand l'excédant n'est pas d'un vingtième, la vente est donc maintenue, et l'acheteur qui a dû prévoir cette éventualité dans un achat à tant la mesure, devra payer un supplément de prix proportionnel (2).

Si l'excédant est d'un vingtième, l'obligation de supporter un supplément proportionnel dans le prix peut être onéreuse pour l'acheteur. En conséquence celui-ci pourra, s'il le préfère, se désister du contrat. C'est là une faculté transmissible aux héritiers, mais qui n'est pas exerçable par les créanciers de l'acheteur (Voy. t. VII, nos 191 et 195).

Si le vendeur déclare n'avoir pas l'intention de se prévaloir de l'excédant de contenance et renoncer à un supplément de prix,

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 191; ARNTZ, t. III, n° 985; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 525 *in fine*.

(2) AUBRY et RAU, § 354, note 23; DUVERGIER, t. I, n° 285; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 51 *bis;* BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 525; GUILLOUARD, t. I, n° 263; *Contrà*, MARCADÉ, t. VI, sur l'art. 1618, I.

le droit d'option ne peut plus être exercé. L'acheteur soutiendrait vainement que cette renonciation constitue une libéralité qu'il ne peut être contraint d'accepter (1).

Dans les ventes faites à tant la mesure, les parties ajoutent quelquefois que la vente est faite *sans garantie de contenance*. Cette clause n'empêchera pas le prix d'être modifié en plus ou en moins suivant la différence de contenance, mais signifiera seulement que cette différence ne saurait entraîner la résiliation du contrat. Quant à la clause : *ou environ*, ajoutée à l'indication de la contenance, elle n'est le plus souvent qu'une clause banale de style n'exerçant aucune influence sur la situation respective des parties (2).

96. Voilà pour l'hypothèse où la vente a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure.

ART. 1619. Dans tous les autres cas, — Soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité, — Soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés, — Soit qu'elle commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure, — L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédant de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire (*).

ART. 1620. Dans le cas où, suivant l'article précédent, il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acquéreur a le choix, ou de se désister du contrat, ou de fournir le supplément du prix, et ce, avec les intérêts s'il a gardé l'immeuble.

Ces dispositions sont relatives à la vente d'un immeuble, ou d'un corps de biens, pour un prix total fixé au contrat, avec indication de la contenance, mais sans la clause de tant la mesure.

L'expression de la contenance n'exerce une influence sur la fixation du prix que si la différence est d'un vingtième.

(*) Art. 1619. — L. 38, pr., D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Liège, 8 déc. 1883, *Pas.*, 84, 2, 162.

(2) AUBRY et RAU, § 354, texte et note 33 ; DUVERGIER, t. I, n° 299; GUILLOUARD, t. I, n°s 290, 291 ; Comp. Cass. 7 nov. 1852, D. 54, 1, 7.

Cette différence du vingtième doit se calculer sur le prix de la vente et non sur la contenance de l'immeuble ou des immeubles vendus, c'est-à-dire qu'il faudra vérifier s'il y a dans la contenance réelle un déficit ou un excédant représentant, *en valeur*, la vingtième partie au moins du prix total.

Quand la contenance totale des fonds vendus a été indiquée en bloc, le vingtième de la valeur se confond nécessairement avec le vingtième de la contenance, et le déficit devra être imputé proportionnellement sur chaque fonds vendu (1).

Au contraire quand la contenance de chacun des fonds vendus a été indiquée séparément, le vingtième de la contenance ne correspondra plus exactement au vingtième de la valeur.

En d'autres termes, lorsque toutes les parties du fonds vendu sont de même qualité, ou que ces parties étant de nature diverse, la contenance de chacune d'elles n'a pas été indiquée séparément, la différence du vingtième sera réputée existante, par cela seul qu'il y a une différence de contenance d'un vingtième. Au contraire, si la contenance de chacune des parties du fonds a été indiquée séparément, et que les parties soient de qualité diverse, la différence de valeur sera indépendante de la différence de contenance (2).

97. Les règles ci-dessus, d'après l'opinion commune, s'appliquent aux ventes forcées comme aux ventes volontaires. Le défaut ou l'excédant de contenance devrait être calculé d'après les indications du cahier des charges et non d'après celles des affiches ou placards qui ont servi à annoncer la vente (3). Il y a cependant une observation à faire qui présente une certaine importance pratique.

(1) Cass. 25 mai 1884, S. 85, 1, 155.

(2) Voy. AUBRY et RAU, § 354, texte et note 25 et 26; DUVERGIER, t. I, nos 292, 293; LAURENT, t. XXIV, no 194; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, no 528; GUILLOUARD, nos 267 et 268.

(3) Angers, 25 août 1852, S. 52, 2, 587; Paris, 26 fév. 1840, S. 40, 2, 152; GUILLOUARD, t. I, nos 272, 273 et les autorités citées.

Si, dans une vente forcée, l'indication de la contenance avait fait l'objet d'une déclaration spéciale, indépendante des indications, pour chaque parcelle, des renseignements fournis par les extraits de la matrice cadastrale, il n'y aura pas de difficulté, et la contenance spécialement déclarée devra seule être prise en considération. On pourra négliger les énonciations empruntées à la matrice cadastrale, énonciations que le rédacteur du cahier des charges a fait connaître pour se conformer à la loi, mais n'a pas voulu s'approprier.

Or, le plus souvent les choses ne se passent pas ainsi. L'art. 675, C. proc. civ., exige que le procès-verbal de saisie contienne la copie de la matrice cadastrale pour chaque parcelle saisie, et l'indication de la contenance pour chaque parcelle. Ce sont ces mêmes indications qui servent de base à la rédaction du cahier des charges (art. 690, C. proc. civ.), de sorte que la contenance déclarée est celle qui résulte de la matrice cadastrale. Cela serait indifférent si la contenance cadastrale était rigoureusement conforme à la contenance réelle. Mais il n'en est jamais ainsi. La contenance cadastrale est souvent supérieure et quelquefois inférieure à la contenance réelle. La question est alors de savoir si la différence en plus ou en moins pouvant résulter de la comparaison de ces deux contenances peut être invoquée, aux fins des art. 1616 et suivants, soit par l'acheteur, soit par le vendeur. Nous le pensons. L'art. 1619 parle d'une différence entre la *mesure réelle* et celle qui est exprimée au contrat; peu importe que la mesure exprimée au contrat soit empruntée à la matrice cadastrale.

La difficulté que nous venons d'examiner n'est pas une hypothèse de pure fantaisie, et elle s'est notamment présentée dans des circonstances singulières dont nous avons eu la connaissance personnelle. Un propriétaire possédait, aux abords d'une grande ville, une étendue considérable de terrain propre à bâtir, et qui se développait sur une profondeur à peu près égale dans toutes ses parties, le long d'une

rue nouvellement ouverte. Ce propriétaire fut exproprié; mais déjà, antérieurement à la saisie, il avait divisé son terrain en quinze ou vingt lots qui avaient tous été successivement vendus par actes séparés, à autant d'acquéreurs différents. En conséquence, les divers acquéreurs intervinrent dans la poursuite, et demandèrent, chacun, la distraction du lot qu'il avait acquis. En fait, il fallait distraire de la saisie tout ce que la saisie comprenait puisque la totalité de l'immeuble saisi avait été antérieurement valablement aliénée. Mais la contenance de chaque lot, telle qu'elle était indiquée dans les divers contrats produits à l'appui des demandes en distraction, était notablement inférieure à la contenance révélée par la matrice cadastrale, de sorte que, en déduisant la première contenance de la seconde, il restait une différence assez forte qui paraissait n'avoir pas été vendue. Comme les diverses ventes avaient eu lieu successivement en commençant par une extrémité du terrain saisi, le poursuivant pensa que la portion non vendue devait se trouver à l'extrémité opposée. En conséquence des placards annoncèrent la vente d'une quantité fixe de mètres carrés de terrain propre à bâtir, à prendre à telle extrémité d'un emplacement plus considérable, situé, etc. Ce terrain idéal fut adjugé moyennant le prix de 3 à 4000 francs. La difficulté fut, pour l'adjudicataire, de découvrir son lot; il fut expulsé de toutes les parcelles où il voulut poser le pied, et finalement l'affaire se termina par une transaction entre l'adjudicataire et le poursuivant. Dans l'espèce la vente était nulle faute d'objet. Mais on peut concevoir qu'il n'en soit pas ainsi, et qu'il y ait simplement un déficit. Ainsi dans le cas précité, si toutes les parcelles n'avaient pas été distraites de la saisie, on aurait vendu les parcelles non distraites en y joignant la différence idéale entre la contenance cadastrale et la contenance réelle. L'adjudicataire n'aurait pas eu son compte, et il aurait eu le droit d'invoquer les art. 1618 et 1619.

98. Les difficultés relatives à la délivrance de la contenance supposent qu'un mesurage a été effectué. Les frais de délivrance étant à la charge du vendeur aux termes de l'article 1608, il faut en conclure que les frais de mesurage sont également à sa charge.

Si l'acheteur, ayant le choix, opte pour le maintien du contrat, et préfère payer un supplément du prix, il devra les intérêts de ce supplément à partir du jour où il doit les intérêts du prix,

Mais il peut se faire que l'acheteur préfère obtenir la résolution ;

ART. 1621. Dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désister du contrat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat.

Il devra également restituer les intérêts du prix, et l'acheteur de son côté devra restituer les fruits s'il en a perçus.

99. Les parties ont le droit de déroger aux dispositions des art. 1617 et suivants. Elles peuvent, à leur gré, convenir que l'immeuble déclaré avoir une certaine contenance est vendu tel quel, sans possibilité de recours, la différence en plus ou en moins fût-elle supérieure à un vingtième, ou convenir au contraire qu'il y aura lieu à augmentation ou à diminution de prix pour toute différence, même inférieure à un vingtième (1).

Mais dans aucun cas les stipulations par lesquelles les parties voudraient modifier les règles précédentes ne pourraient influer sur la durée des actions qui leur appartiennent, telle qu'elle est réglée par le texte suivant (2) :

ART. 1622. L'action en supplément de prix, de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat, de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance.

Les parties intéressées ne pourraient donc étendre le délai

(1) Alger, 28 déc. 1889, sous Cass. 2 fév. 1891, D. 91, 1, 267.

(2) Arrêt précité de Cass. du 2 fév. 1891 ; LAURENT, t. XXIV, n° 201 ; ARNTZ, t. III, n° 991.

d'un an, ni renoncer par avance, dans l'acte de vente, à se prévaloir de la déchéance qui résulte de son expiration.

D'après le texte ce délai d'un an doit être calculé à partir du jour du contrat. Mais les auteurs font observer que si les parties ont fixé un jour auquel le mesurage doit être fait, le délai d'un an ne commencera à courir qu'à dater de ce jour, parce que, jusqu'à ce moment, aucune des parties n'a dû se préoccuper de la contenance de l'immeuble puisqu'elle devait être constatée contradictoirement à une époque convenue (1).

Les mêmes auteurs enseignent, d'un autre côté, et sans faire aucune distinction ni précision, que le délai de l'art. 1622 ne s'applique pas à l'action en mesurage qui a pour but d'assurer l'exécution d'une clause du contrat, et diffère essentiellement de l'action de l'art. 1622 qui tend à une diminution ou à une augmentation du prix, et que l'action en mesurage est soumise à la prescription ordinaire de trente ans (2). Ces solutions sont inconciliables entre elles. L'action en mesurage dans la situation envisagée, a pour but de préparer, le cas échéant, l'action en diminution ou en augmentation du prix, elle doit se confondre avec cette dernière, et le texte fixe comme point de départ invariable du délai dans lequel cette action doit être intentée, *le jour du contrat* (3).

Il y a cependant une hypothèse où l'action en mesurage durera en effet trente ans, c'est quand elle a pour but de faire apparaître non la contenance à délivrer, mais le prix à payer. C'est ce qui a lieu dans la vente d'un immeuble bien délimité, quelle que soit sa contenance, mais à tant la mesure (4).

(1) DURANTON, t. XVI, n° 238; DUVERGIER, t. I, n° 301; AUBRY et RAU, § 354, texte et note 36; GUILLOUARD, t. I, n° 282.

(2) Cass. 31 mai 1853, S. 53, 1, 693; AUBRY et RAU, § 354, texte et note 41; GUILLOUARD, t. I, n° 287.

(3) ARNTZ, t. III, n° 991; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 203.

(4) Cass. 31 mai 1853, D. 53, 1, 189; LAURENT, t. XXIV, n° 207.

La déchéance résultant de l'expiration du délai préfixe établi par l'art. 1622, est applicable aux mineurs, interdits et femmes mariées (1).

L'art. 1622 ne s'applique pas aux ventes mobilières, par exemple à la vente d'une coupe de bois (2). L'action pour excédant ou déficit dans une délivrance de meubles durera donc trente ans, ce qui est assez peu justifié.

100. Enfin notre section se termine par deux articles dont l'un contient une décision d'espèce et l'autre un renvoi pur et simple aux règles générales :

ART. 1623. S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait compensation jusqu'à due concurrence ; et l'action, soit en supplément, soit en diminution du prix, n'a lieu que suivant les règles ci-dessus établies.

ART. 1624. La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.*

Il ne faut pas confondre la question des risques avec celle de l'existence de la chose vendue. Ainsi dans une hypothèse il s'agissait d'une émission de titres régulièrement votée par une société mais ensuite rétractée. Des souscriptions avaient eu lieu entre le vote d'émission et le vote de retrait. Il a été jugé que les souscripteurs qui avaient vendu les titres attendus, se trouvant dans l'impossibilité de remettre ces titres aux acheteurs, puisqu'aucune émission ne devait être faite, il y avait lieu de considérer la vente comme non avenue (3). Cela paraît évident, mais dans l'espèce on avait argumenté du principe que les risques devaient être pour le vendeur. Or

(1) DURANTON, t. XVI, n° 237 ; AUBRY et RAU, § 354, texte et note 39 ; ARNTZ, t. III, n° 991 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 529 ; GUILLOUARD, t. I, n° 283 ; Voy. cep. LAURENT, t. XXIV, n° 202.

(2) DURANTON, t. XVI, n° 206 ; DUVERGIER, t. I, n° 304 ; AUBRY et RAU, § 354, texte et note 42 ; LAURENT, t. XXIV, n° 206 ; ARNTZ, t. III, n° 992.

(3) Cass. 6 juill. 1887, D. 87, 1, 452.

il ne s'agissait pas d'une question de risques. Les parties avaient traité sur une chose future, dont l'existence était espérée, mais qui n'était jamais devenue une réalité.

SECTION III.

De la garantie.

101. — Double objet de la garantie, art. 1625; la garantie est-elle une délivrance continue?
102. — Existe-t-elle dans les ventes forcées?
103. — L'adjudicataire évincé a-t-il un recours contre les créanciers par lui payés?

101. Il ne suffit pas, avons-nous dit (*suprà*, n° 3), que l'acheteur ait été matériellement mis en possession; il faut encore qu'il puisse conserver la chose et en disposer à toujours. Or il n'en sera ainsi que s'il a été rendu propriétaire, et il faut que ce résultat lui soit garanti.

Le vendeur doit donc garantir à l'acheteur la continuité de sa possession à titre de propriétaire. C'est ce qu'on appelle la *garantie en cas d'éviction.*

Mais ce n'est pas assez : l'acheteur ne peut être tenu de conserver une chose qu'il découvre être atteinte de vices dont il n'avait pas soupçonné l'existence. C'est là un second chef de la garantie distinct du premier, celui des *vices rédhibitoires.*

Telle est l'idée complexe que le législateur a exprimée comme suit :

ART. 1625. La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires (*).

Cette double garantie est de la nature du contrat de vente;

(1) Art. 1625. — LL. 1, 2, 19, 47, D. 21, 2, *De evict.*

c'est-à-dire qu'elle n'a pas besoin d'être stipulée pour exister. C'est pour ce motif qu'on l'appelle *garantie de droit*, afin de la distinguer de la *garantie de fait* qui résulte uniquement de la convention.

La bonne ou la mauvaise foi du vendeur n'exercent aucune influence sur l'existence des obligations dérivant de la garantie; elles ne peuvent produire effet que sur la fixation des dommages-intérêts (1).

D'après l'art. 1625 le vendeur doit garantir à l'acquéreur la possession paisible de la chose vendue; il doit donc être prêt à intervenir à tout instant pour protéger l'acheteur dans la paisible possession de la chose dont la délivrance a été effectuée en vertu du contrat, c'est-à-dire qu'il doit à chaque instant renouveler en quelque sorte la délivrance qu'il a déjà faite une fois. La garantie envisagée à ce point de vue a été appelée une *délivrance continue de la chose*.

Cette définition prétentieuse a quelque chose de vrai, mais peut être critiquée : d'abord elle ne convient pas uniquement à la chose définie. Le bailleur en effet est également obligé d'effectuer une *délivrance continue* au profit du preneur (art. 1719 3°). Par conséquent lorsqu'on dit d'une personne qu'elle est tenue de prester une délivrance continue, on ne sait pas si l'on parle d'un vendeur ou de tout autre débiteur tenu de transférer la propriété, ou bien si l'on parle d'un bailleur.

En second lieu la formule de l'art. 1625 qui pouvait être vraie autrefois, n'est plus exacte sous le Code civil, puisque, aujourd'hui, le vendeur doit garantir non seulement la possession paisible, mais encore la propriété de la chose vendue (2).

L'acheteur peut donc agir en garantie non seulement quand il est troublé dans la possession paisible de la chose, mais

(1) Cass. 2 déc. 1890, D. 91, 1, 478.
(2) ARNTZ, t. III, n° 993; GUILLOUARD, t. I, n° 295.

encore lorsque, n'étant pas troublé dans cette possession paisible, il se trouve avoir traité avec un vendeur qui n'était pas propriétaire de la chose vendue.

Enfin nous devons faire remarquer que la garantie n'est pas spéciale au contrat de vente, on la retrouve dans l'échange, la dation en paiement, le louage, la transaction conclue moyennant l'abandon d'une chose étrangère au litige, le partage, la constitution de dot, et dans la plupart des contrats à titre onéreux (1).

102. La retrouve-t-on aussi dans les ventes forcées effectuées à suite de saisie, par autorité de justice?

La question est controversée et a reçu des solutions diverses.

Dans une première opinion on accorde à l'adjudicataire évincé l'action en garantie contre le poursuivant, considéré comme vendeur, contre les créanciers qui ont indûment reçu et contre le saisi parce que l'adjudicataire est subrogé aux droits des créanciers désintéressés (2).

Une seconde opinion admet le recours uniquement contre le saisi considéré comme étant le véritable vendeur, et non contre les créanciers qui n'ont en réalité reçu que ce qui leur était dû (3).

Une troisième opinion déclare tout recours impossible et contre le saisi et contre le poursuivant et contre les créanciers; seulement elle admet que des poursuites pourront être exercées contre le saisi à concurrence de ce qui a été payé à sa décharge entre les mains des créanciers, par application des principes de la gestion d'affaires (4).

D'après une quatrième opinion, l'éviction ne donne lieu à

(1) Voy. note sous Cass. 27 janv. 1892, S. 93, 1, 17.

(2) Voy. PERSIL, *Quest.*, t. II, p. 217.

(3) RODIÈRE, *Proc. civ.*, t. III, p. 161; BONNIER, *Droit* du 9 décembre 1858, n° 291.

(4) Voy. DELVINCOURT, t. III, art. 4, p. 144.

un recours ni contre le poursuivant, sauf le cas d'une faute personnelle de celui-ci, ni contre le saisi demeuré étranger à la procédure; mais l'adjudicataire ayant payé *sans cause*, suivant la vieille formule, peut exercer la *condictio indebiti* contre les créanciers (1).

Cette controverse est aujourd'hui simplifiée parce que certains points autrefois douteux ne sont plus aujourd'hui contestés.

Ainsi il est reconnu que le créancier poursuivant n'est pas vendeur. C'est le saisi qui est le véritable vendeur; il s'agit d'une vente forcée, il est donc vendeur quoique la vente ait lieu contre son gré. Il sera donc tenu de la garantie, tant en ce qui touche les dommages-intérêts que la restitution du prix. Ce n'est pas pour rien que l'art. 691, C. proc. civ., enjoint de lui adresser sommation d'avoir à prendre communication du cahier des charges; c'est notamment pour qu'il puisse vérifier si la saisie et la mise en vente comprennent des biens dont il n'est pas propriétaire. Si, ayant procédé à cette vérification, il fait insérer un dire au cahier des charges pour faire retrancher de la vente tel bien qui y aurait été compris par erreur, il échappera à la garantie (2); dans le cas contraire il devra la subir (3).

Quant au poursuivant nous avons dit qu'il était impossible de l'assimiler à un vendeur. Il n'agit que pour sauvegarder sa créance et n'entend provoquer la vente que de ce qui appartient ou paraît appartenir à son débiteur. Le poursuivant

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la procéd.*, q. 2409, et les autorités citées; Comp. POTHIER, *Traité de la proc. civ.*, n° 636.

(2) Comp. Cass. 21 mars 1893, S. 94, 1, 162.

(3) Cass. 28 mai 1862, S. 65, 2, 90; Lyon, 6 mars 1878, S. 78, 2, 201; DURANTON, t. XVI, n° 265; DUVERGIER, t. I, n° 345; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 22; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 76 *bis* II et suiv.; LAURENT, t. XXIV, n° 226; ARNTZ, t. III, n° 1000; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 538; GUILLOUARD, t. I, n° 378; *Contrà*, Agen, 19 août 1867, S. 68, 2, 67.

n'ayant pas en mains les titres de propriété ne peut vérifier la légitimité de la possession dont le saisi est investi; aussi ne peut-il rien garantir de ce chef à l'adjudicataire (1). Pourquoi, d'ailleurs, irait-on faire au créancier poursuivant, une position particulière et distincte de celle des autres créanciers? En effet : à partir du moment où le dépôt du cahier des charges a été dénoncé aux créanciers inscrits, la poursuite devient commune à tous, mais comme la communication qu'ils sont censés avoir prise du cahier des charges n'a pu les renseigner davantage sur l'étendue des droits du saisi, on ne saurait prétendre qu'ils soient tenus d'une obligation quelconque de garantie vis-à-vis du futur adjudicataire.

Nous supposons, bien entendu, que le poursuivant n'a commis dans la poursuite aucune faute personnelle pouvant engager sa responsabilité vis-à-vis de l'adjudicataire. Il devrait indemniser ce dernier si, par exemple, il avait fait comprendre dans la masse des biens à adjuger des immeubles déjà sortis du patrimoine du débiteur, et dont la mutation avait été déjà opérée (2).

103. Le recours contre le saisi sera le plus souvent inefficace. Il faut donc aller plus loin et rechercher si l'adjudicataire ne doit pas avoir contre les créanciers par lui payés une action en répétition du prix.

Trois hypothèses doivent être examinées :

1° Si l'adjudicataire a payé, non comme tel, mais en son nom propre, et qu'il ait été conventionnellement subrogé aux droits du créancier contre le saisi (art. 1236, 1250 1°), il ne reste à l'adjudicataire que son recours contre le saisi;

(1) Cass. 31 janv. 1893, S. 93, 1, 176; Alger, 30 oct. 1882, sous Cass. D. 85, 1, 146; Trib. Namur, 22 juin 1886, *B. J.*, 86, 1482; BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.;* GUILLOUARD, t. I, n° 317, et les autorités citées.

(2) Cass. 18 avr. 1855, S. 56, 1, 402; Comp. Cass. 7 avr. 1879, S. 80, 1, 103.

2° Si l'adjudicataire a payé en sa qualité d'acheteur sans attendre la clôture de l'ordre, en employant le prix de son acquisition à désintéresser les créanciers hypothécaires, il bénéficie de la subrogation légale résultant de l'art. 1251 2°. Mais l'éviction ayant démontré qu'il avait acheté la chose d'autrui, le paiement par lui effectué ne correspond à aucun objet et peut être répété. Si le saisi avait d'autres ressources, la bonne foi obligerait l'adjudicataire à utiliser d'abord contre lui la subrogation légale qu'il a déjà obtenue;

3° Si l'adjudicataire a été évincé après la délivrance et le paiement des bordereaux, la répétition sera encore admise en vertu du même raisonnement, car si le paiement a été reçu par un véritable créancier, il a été effectué par une personne qui, par erreur, se croyait débitrice quand, en réalité, elle ne l'était pas (art. 1377) (1). Cependant le droit à la répétition cesserait si les créanciers payés avaient supprimé leurs titres. On donne comme exemple le cas où, en recevant leur paiement, ils avaient donné mainlevée d'inscriptions existant à leur profit sur d'autres immeubles (2). Mais nous avons démontré plus haut qu'il n'y a pas dans ce cas suppression de titre (Voy. t. VIII, n° 396).

§ 1er. — De la garantie en cas d'éviction.

N° 1. — *Règles générales.*

104. — Définition de l'éviction, art. 1626; faits assimilés à l'éviction.
105. — L'éviction doit procéder d'une cause antérieure à la vente; applications diverses.
106. — L'acheteur ne doit pas être en faute; il supporte les conséquences de tous les faits postérieurs à la vente; fait du

(1) Alger, 2 janv. 1883, S. 84, 2, 17; DUVERGIER, t. I, n° 346; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 306; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 24; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 76 *bis* VIII; LAURENT, t. XXIV, n° 228; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 538.

(2) DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 309; GUILLOUARD, t. I, n° 316.

prince, alignement, arrêté de délimitation, arrêté pour cause d'insalubrité.

107. — Pouvoir des parties de modifier l'étendue de la garantie de droit, art. 1627.

108. — Garantie du fait personnel, art. 1628.

109. — Des clauses dérogeant à cette garantie.

110. — Signification de l'obligation négative imposée au vendeur de ne pas troubler l'acheteur.

111. — Distinction entre les actes interdits au vendeur.

112. — Application à la vente des fonds de commerce; interdiction au vendeur de se rétablir.

113. — Suite : Application aux transmissions d'office.

114. — Restitution du prix en cas d'éviction, art. 1629.

115. — Connaissance par l'acheteur du danger de l'éviction.

104. L'éviction est la privation de tout ou partie de la chose vendue, par l'effet d'une sentence judiciaire reconnaissant au profit d'un tiers l'existence d'un droit réel en vertu d'une cause antérieure à la vente.

ART. 1626. Quoique, lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente (*).

L'éviction peut donc être totale ou partielle.

Doivent être assimilés à une éviction opposable au garant :

1° L'abandon de la chose, même avant toute sentence judiciaire quand le droit du tiers revendiquant est tellement évident et certain, que toute contestation devient inutile. On cite comme exemple, le cas où le vendeur tenait la chose en vertu d'une donation révoquée par la survenance d'enfants au donateur. En pareil cas, en effet, tous les droits du donataire, et par conséquent de ses ayants-cause, sont anéantis par ce seul fait et de plein droit (art. 960), et le vendeur ne peut se plaindre de ce que l'acheteur, par un délaissement volontaire, a prévenu une sentence inévitable (1).

(*) Art. 1626. — LL. 1, 2, 19, 47, D. 21, 2, *De evict.*

(1) AUBRY et RAU, § 355, texte et note 13; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 535; GUILLOUARD, t. I, n° 300; Comp. Cass. 5 avr. 1881, D. 83, 1, 63.

Mais il y a bien peu de prétentions dont on peut dire qu'elles sont évidentes, et bien souvent il pourra y avoir imprudence de la part de l'acheteur à se dessaisir, sans contestation, de la chose, en substituant sa propre appréciation à l'appréciation souveraine des tribunaux. L'acheteur agira donc sagement en se laissant assigner et en dénonçant ensuite l'assignation à son vendeur, de manière que ce dernier puisse, s'il y a lieu, adhérer à un délaissement amiable pour éviter les frais du procès. S'il n'a pas été ainsi procédé, le vendeur ne manquera pas de prétendre que l'acheteur a eu tort de délaisser une chose sur laquelle le tiers revendiquant n'avait pas de droits. Faudra-t-il alors que l'acheteur prouve que la revendication était bien fondée? C'était le sentiment de Pothier (1); mais aujourd'hui cette opinion ne peut être suivie en présence de l'art. 1640 qui, dans un cas analogue, soumet le vendeur à la nécessité de prouver qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande du revendiquant (2).

2° Il faudra encore assimiler à un cas d'éviction opposable au garant, celui où l'acheteur, quoique ayant conservé la chose vendue, ne l'a pas conservée comme telle. C'est ce qui arrive quand l'acheteur continue de détenir la chose en vertu d'un titre qui n'est plus celui de son acquisition et dans lequel on ne peut voir une ratification de ce dernier titre, par exemple lorsqu'il est obligé, pour conserver la chose, de racheter certaines charges dont celle-ci était grevée, telles que des hypothèques inscrites, et même des servitudes (3), ou encore lorsque, après la vente, il est devenu héritier ou légataire du véritable propriétaire (4).

(1) *De la vente*, n° 312; Conf. GUILLOUARD, *loc. cit.*

(2) ARNTZ, t. III, n° 997 1°; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 216.

(3) ARNTZ, t. III, n° 997 3°.

(4) DURANTON, t. XVI, n° 249; DUVERGIER, t. I, n° 313; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 14; LAURENT, t. XXIV, n° 216; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 535; GUILLOUARD, t. I, n° 226.

3° Enfin, il faut assimiler encore à une éviction donnant droit à la garantie, le trouble qui empêche la possession de l'acheteur d'être juridiquement paisible (art. 1625). Il ne s'agit pas d'un *trouble de fait* résultant d'entreprises quelconques de la part d'un tiers sur la chose vendue, et qu'il appartient à l'acheteur seul de faire cesser par tous les moyens légaux, mais d'un *trouble de droit* résultant d'une prétention sur la chose manifestée par une action judiciaire. Toute prétention qui ne serait pas ainsi manifestée, ne serait pas un trouble de droit, quelle que fût d'ailleurs sa légitimité, même évidente. Il faut combiner cette solution avec ce que nous avons dit plus haut : si l'acheteur délaisse volontairement la chose à cause de l'évidence des droits d'un tiers, il pourra agir en garantie, quoique le tiers n'ait pas encore saisi la justice d'une action ; mais si l'acheteur ne délaisse pas, il ne pourra agir en garantie que lorsque le tiers aura saisi la justice de son action.

105. L'éviction ou le trouble doivent toujours, pour donner lieu à la garantie, provenir d'une cause antérieure à la vente. C'est ce qui arrivera chaque fois que, au moment de la vente, la chose n'appartenait *pas* au vendeur, parce que de tout temps elle avait appartenu à d'autres personnes, ou parce que, à la même date, elle n'appartenait *plus* au vendeur, parce que, à ce moment, un tiers en était déjà devenu propriétaire par l'effet d'une prescription acquisitive accomplie à son profit.

En serait-il de même au cas d'une prescription commencée avant la vente mais achevée depuis? Évidemment non, car dans ce cas l'acheteur a été rendu propriétaire, et il n'avait qu'à interrompre la prescription (1). Cependant si la prescription s'était accomplie à une époque tellement rapprochée de la vente que l'acheteur n'aurait pas eu le temps moralement nécessaire pour l'interrompre, il y aurait faute, et par

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 222.

conséquent responsabilité de la part du vendeur, qui, vendant au moment où la prescription allait bientôt s'accomplir, aurait dû l'interrompre lui-même, ou tout au moins prévenir officiellement l'acheteur (1). Mais comment pourra-t-il le faire, si lui-même ignorait qu'une prescription était en train de courir? Tant pis pour lui; il est en faute pour l'avoir ignoré, et il ne peut au moyen d'une vente, faire subir à autrui les conséquences devenues en quelque sorte irréparables de cette faute.

L'éviction aurait encore une cause antérieure à la vente si elle résultait d'une action résolutoire exercée à la requête d'un précédent vendeur, ou de poursuites exercées par des créanciers hypothécaires dont les hypothèques existaient valablement avant la vente (2).

Dans ce dernier cas, soit que l'acheteur, pour conserver l'immeuble, paie les créances garanties par les hypothèques, soit qu'il remplisse les formalités de la purge (art. 2183), et qu'une surenchère amène sa dépossession (3), soit enfin qu'il délaisse pour se soustraire à toute action en paiement, il aura toujours son recours en gárantie contre le vendeur (4). S'il acquitte les créances hypothécaires qui grèvent l'immeuble soit du chef du vendeur, soit du chef des anciens propriétaires, il aura donc indépendamment de l'action des créanciers désintéressés, à laquelle il se trouve légalement subrogé, aux termes de l'art. 1251 2°, contre les débiteurs, son action en garantie contre le vendeur, mais seulement à concurrence du prix d'achat qu'il aurait payé, car il ne peut le forcer à

(1) DUVERGIER, t. I, n° 314; AUBRY et RAU, § 355, texte et notes 17 et 18; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 537; GUILLOUARD, t. I, n° 307.

(2) Comp. Douai, 8 mai 1891, D. 92, 2, 541.

(3) Cass. 18 mars 1895, D. 95, 1, 504.

(4) Cass. 15 déc. 1862, S. 63, 1, 57; DURANTON, t. XVI, n° 260; DUVERGIER, t. I, n° 321; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 16; LAURENT, t. XXIV, n° 223; GUILLOUARD, t. I, n° 306.

répondre de paiements auxquels il aurait pu toujours se soustraire en délaissant l'immeuble. La garantie ne cesserait que si l'hypothèque avait été déclarée ou s'il y avait eu stipulation de non garantie.

Enfin, à défaut même de toute cause d'éviction antérieure à la vente, le vendeur sera tenu si c'est par son fait, comme nous le verrons sous l'art. 1628, que l'acheteur est dépossédé.

106. D'un autre côté, toute faute ou négligence imputable à l'acheteur et qui aura compromis ses droits, rendra son recours irrecevable. On cite comme exemple le cas où il n'aurait pas tiré profit de la prescription qui aurait pu venir confirmer son droit, car si toute personne est libre de renoncer à la prescription accomplie en sa faveur, cette renonciation n'est pas opposable aux tiers dont elle blesserait les droits (article 2235). Nous verrons, sous ce dernier article, à quelles conditions le garant peut se prévaloir de cette disposition.

Tout accident fortuit, tout événement de force majeure, doit naturellement demeurer à la charge de l'acheteur qui, par son contrat même, a accepté la responsabilité de l'avenir.

Que faut-il décider en ce qui touche ce qu'on a appelé *le fait du prince*, c'est-à-dire un acte du pouvoir souverain par lequel un propriétaire est dépossédé de la chose qui lui appartient? Quand cet acte est un abus de la souveraineté, il constitue une voie de fait dont le vendeur ne saurait répondre (1). Si l'acte est juste, en soi, et fondé sur un droit préexistant, il faut voir s'il émane d'une autorité agissant dans la limite de ses pouvoirs. Si un tel acte émane d'une autorité sans compétence, il ne cesse pas d'être une simple voie de fait. Dans le cas contraire il pourra donner lieu à garantie (2).

On entend encore par *fait du prince* un changement de

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 224; ARNTZ, t. III, n° 998.

(2) Cass. 14 avr. 1830, S. C. N., IX, 1, 491; Comp. Cass. (motifs), 24 juill. 1866, S. 66, 1, 327; DUVERGIER, n° 315; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 20; LAURENT, t. XXIV, n° 224; GUILLOUARD, t. I, n° 310.

législation qui modifie ou détruit certains droits de propriété. Ainsi les décrets des 2 septembre 1862 et 22 juin 1863 desquels résulte la liberté de la boulangerie, n'ont pu donner lieu à garantie (Comp. t. I, n° 77), pas plus que les lois d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Quant au point de savoir si la dépossession résultant d'une sentence injuste ou de l'erreur du juge donne lieu à garantie, nous l'examinerons plus loin (*infrà*, 134).

La soumission du fonds vendu aux servitudes légales, notamment à la servitude de reculement, par application d'un plan général d'alignement, ne peut pas davantage motiver un recours en garantie (1), sauf à obliger le vendeur qui aurait indiqué dans quelle mesure l'immeuble vendu était sujet à reculement, à indemniser l'acheteur en cas de reculement plus considérable (2).

On a encore jugé que le vendeur serait garant des conséquences d'un alignement exécuté en vertu d'une clause domaniale insérée par l'Etat vendeur dans l'adjudication primitive d'un terrain, et non spécialement révélée à l'acheteur (3).

Il faut appliquer les mêmes principes aux cas où un arrêté de délimitation viendrait réduire l'étendue de la chose vendue. Ainsi, lorsque dans le cahier des charges ayant servi de base à l'adjudication d'une prairie, il a été expliqué que la dite prairie confinait à un fleuve, l'acheteur ne pourra recourir contre son vendeur à raison d'une délimitation ultérieure qui lui serait préjudiciable. La prairie par le seul fait de ce *confin* était éventuellement sujette à délimitation. La réalisation de cette mesure n'a été que la conséquence d'un état de choses préexistant, connu de l'acheteur (4).

(1) Orléans, 21 janv. 1835, S. 35, 2, 247.
(2) Cass. 4 mai 1870, S. 71, 1, 48.
(3) Cass. 14 juin 1853, S. 53, 1, 525; Voy. GUILLOUARD, t. I, 311.
(4) Cass. 17 oct. 1893, D. 94, 1, 43.

Enfin l'acheteur d'un hôtel meublé qui a été contraint par l'autorité administrative de supprimer plusieurs chambres ou cabinets n'ayant pas le cube d'air réglementaire exigé par une ordonnance de police en vigueur au moment de la vente, n'est pas en droit de réclamer, pour ce fait, des dommages-intérêts au vendeur. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, une clause spéciale de garantie prévoyant cette interdiction partielle d'habitation. L'indication du nombre des chambres et cabinets ne saurait à elle seule être considérée comme étant l'équivalent d'une semblable clause. C'est une simple description de la chose vendue dont l'acheteur a pu vérifier par lui-même l'état au point de vue des prescriptions hygiéniques à observer (1).

107. Les règles que nous venons d'exposer ont trait à ce qu'on appelle la *garantie de droit*.

L'obligation de prester une telle garantie, comprend trois chefs d'après les auteurs :

1° Le vendeur serait tenu de l'obligation *négative* de ne pas troubler l'acheteur dans sa possession : nous verrons sous l'art. 1628 quel peut être le sens de cette formule (2) ;

2° Il est tenu de l'obligation positive de le défendre et de prendre son *fait et cause* s'il est attaqué ;

3° Si le vendeur ne peut protéger efficacement l'acheteur, il doit l'indemniser du préjudice que lui cause l'éviction.

Ces obligations sont subsidiaires et se présentent comme une sanction de l'obligation principale de livrer la chose et de maintenir l'acheteur en possession à titre de propriétaire.

Mais, comme la garantie n'est pas de l'essence de la vente,

(1) Paris, 12 mai 1888, D. 89, 2, 228; Paris, 29 juill. 1886, S. 88, 2, 114.

(2) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 540; GUILLOUARD, t. I, 329.

ART. 1627. Les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit, ou en diminuer l'effet; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie (*).

Ainsi le vendeur d'un immeuble est obligé de déclarer les hypothèques grevant cet immeuble. S'il a ainsi agi, il est en règle. L'acheteur est alors averti qu'il doit remplir les formalités de la purge pour se mettre à l'abri d'une éviction possible de la part des créanciers hypothécaires. Si cette éventualité se produit, le vendeur est à l'abri de tout recours, car l'art. 1626 ne soumet le vendeur à la garantie que pour *les charges non déclarées* lors de la vente. Mais si le vendeur avait pris l'engagement de rendre l'immeuble libre des hypothèques dont il était grevé, et qu'il ait manqué à cet engagement, il y aura extension de son obligation de garantie, et il sera responsable de l'éviction qui serait la conséquence directe de ce manquement (1). Nous remarquons, sur ce point, que l'engagement du vendeur sera suffisamment rempli si celui-ci établit que les créanciers ont valablement consenti à la mainlevée de leurs hypothèques, quoiqu'il ne produise pas actuellement les certificats de radiation (2).

L'extension de la garantie dans l'hypothèse précitée résultait d'une clause spéciale indiquant nettement sur quel point portait l'extension convenue. Il faut toujours qu'il en soit ainsi. Quand il s'agit en effet d'ajouter à l'obligation dont le vendeur est naturellement tenu en vertu du caractère même de son contrat, il est nécessaire qu'une clause expresse fasse apparaître les situations envisagées par les parties. Ainsi il peut être stipulé que le vendeur répondra de tous les cas fortuits qui pourraient atteindre la chose vendue entre la vente et la tradition. La formule est générale mais elle se réfère à

(*) Art. 1627. — L. 11, § 1, 18, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*; L. 23, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*

(1) Cass. 11 nov. 1891, D. 92, 1, 293.

(2) Liège, 5 avr. 1873, *Pas.*, 73, 2, 231.

certains événements spéciaux. Elle laissera donc en dehors les *faits du prince.* Pour que le vendeur réponde d'un fait du prince, il faudrait une déclaration formelle (1).

Quant à la clause devenue de style portant que : « *La vente est faite avec garantie de tous troubles et évictions quelconques* », elle n'ajoute absolument rien aux obligations dont le vendeur est tenu en vertu de la garantie de droit.

Les parties peuvent aussi diminuer ou restreindre les effets ordinaires de la garantie de droit. La clause rédigée dans ce but a tous les effets d'une renonciation, et peut être insérée soit dans l'acte même d'acquisition, soit dans un acte postérieur. Dans tous les cas, elle ne pourra valablement émaner que de personnes majeures et maîtresses de leurs droits.

Le vendeur peut donc soit désigner expressément les troubles dont il ne sera pas garant, par exemple ceux qui résulteront de servitudes occultes grevant à son insu l'immeuble vendu, soit limiter sa garantie à certains troubles spécialement indiqués, avec exclusion de tous les autres.

Les parties pourraient même, d'après notre art. 1627, convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie. Remarquons tout de suite que la stipulation de non garantie ne porte que sur les dommages-intérêts et laisse le vendeur soumis à l'obligation de restituer le prix, obligation qui a son principe dans des considérations tout à fait étrangères à la garantie.

108. Néanmoins,

ART. 1628. Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle (*).

(*) Art. 1628. — L. 6, § 9; L. 11, § 18, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) AUBRY et RAU, § 355, texte et note 42; LAURENT, t. XXIV, n° 253; ARNTZ, t. III, n° 1008; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 560; GUILLOUARD, t. I, n° 386; Comp. Metz, 26 déc. 1848, S. 51, 2, 265.

Cela veut dire que, même dans l'hypothèse où le vendeur, en vertu d'une clause formelle, ne sera soumis à aucune garantie en cas d'éviction, il sera cependant garant de l'éviction résultant d'un fait qui lui serait personnel.

Par fait personnel il faut entendre tout fait émané du vendeur lui-même, de nature à fonder un droit au profit d'un tiers autre que l'acheteur, et opposable à ce dernier. Ainsi, par exemple, le vendeur d'un fonds le revend à un deuxième acheteur qui fait transcrire son acte de vente avant que le premier ait rempli cette formalité. Il en serait de même si le vendeur avait consenti une hypothèque sur le fonds vendu avant que l'acheteur ait fait transcrire (1). Dans toutes ces hypothèses l'éviction consommée par un tiers procédera néanmoins d'un fait personnel au vendeur. Celui-ci devra donc être garant, quand même l'acte contiendrait une clause de non garantie.

Il y aura encore fait personnel dans le cas inverse, lorsque le vendeur, après la vente, a acquis, n'importe comment, un droit sur la chose. Ainsi le fonds vendu était grevé d'une hypothèque, d'une servitude, d'un usufruit, en un mot d'un droit réel dont l'existence a été dissimulée à l'acheteur. Si le tiers à qui ce droit appartient prétend le faire valoir contre l'acheteur, celui-ci pourra appeler le vendeur en garantie. Donc le vendeur devenu, on le suppose, acquéreur de ce même droit réel, ne pourra pas prétendre l'exercer vis-à-vis de l'acheteur, puisqu'il serait lui-même appelé à venir le défendre et à prendre son fait et cause. On pourra donc lui opposer, sous forme d'exception, la garantie dont il demeure tenu : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Si sa prétention se manifestait non judiciairement, mais par un simple trouble de fait, l'acheteur agirait direc-

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 63 *bis* I et II ; LAURENT, t. XXIV, n° 254.

tement contre lui comme vis-à-vis d'un tiers quelconque, et paralyserait son exception *justi dominii* par la réplique de la garantie. Il y a donc des cas où l'exception ou réplique de garantie peut exister, sans qu'il y ait possibilité de concevoir une action directe en garantie (1).

109. On dit que les exemples ci-dessus *justifient* la loi qui déclare nulle la clause de non garantie en tant que le vendeur prétendrait s'exempter de l'obligation qui pèse sur lui quand l'éviction procède de son propre fait.

Non seulement la loi n'a pas besoin de justification sur ce point, mais il faut même remarquer que la décision de l'article 1628 s'imposait comme étant la conséquence nécessaire des principes; de telle sorte que cette décision devrait encore être suivie, même si l'art. 1628 n'existait pas.

En effet, le bon sens ne peut pas admettre dans une même situation juridique, des éléments contradictoires entre eux, d'une part la volonté de transférer la propriété au moyen de la vente, et d'autre part la volonté d'éviter ce même transfert, en réservant le fait personnel futur, se produisant dans les limites mêmes de l'acte pour le renverser. Nous avons déjà eu l'occasion de formuler une observation semblable à propos des droits de créance. Il n'est pas possible de convenir que l'on entend être créancier, et en même temps que l'on consent à ne pas être payé (Voy. t. VII, n° 183). De même il n'est pas possible de convenir qu'on sera rendu propriétaire par le vendeur, et en même temps que celui-ci sera dispensé de rendre l'acheteur propriétaire.

Par conséquent la clause générale portant que le vendeur ne serait pas tenu de l'éviction, même dérivant d'un fait à lui personnel, devait être forcément, dans tous les cas et sans distinction, frappée de nullité. Une telle clause équivaudrait,

(1) Voy. MOREAU, *Fond. de l'except. de gar., Rev. crit.*, 1887, p. 107.

d'ailleurs, à la convention par laquelle on déclarerait ne pas répondre de son dol (1).

Mais il ne saurait en être de même de la clause spéciale qui exonérerait le vendeur de l'obligation de garantie, dans le cas particulier où l'éviction proviendrait de tel fait à lui personnel formellement prévu par le contrat, soit antérieur à la vente, soit même postérieur (2). La clause spéciale de non garantie aurait seulement pour effet de restreindre le champ de la vente envisagée quant à son objet, mais en définitive laisserait subsister la vente, tandis que la clause générale la ferait en quelque sorte disparaître.

110. En dehors des droits sur la chose vendue créés antérieurement à la vente par le vendeur lui-même, ou acquis par lui après la vente, on peut encore concevoir certaines entreprises par lesquelles le vendeur voudrait reprendre ou chercherait à reprendre tout ou partie de la chose vendue. Il est manifeste qu'il doit s'abstenir de telles entreprises. Ce sont principalement les faits de ce genre que les auteurs ont eu vue quand ils parlent de *l'obligation négative* dont le vendeur serait tenu de ne pas troubler l'acheteur dans sa possession.

On comprend ce que cela veut dire, mais la formule employée n'est pas heureuse. Sans doute, il y a des obligations spéciales de ne pas faire, de ne pas accomplir tel acte déterminé ; mais il n'y a pas et il ne peut pas y avoir d'obligation *générale* négative, ou plutôt cette obligation négative ou d'abstention n'est autre que le droit réel envisagé sous l'une de ses faces (Comp. t. IV, n° 3; t. VII, n° 2). Les arrêts sont obligés d'en convenir, même quand ils ont commencé

(1) L. 23, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*

(2) DUVERGIER, t. I, n° 337; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 43; LAURENT, t. XXIV, n° 256; GUILLOUARD, t. I, n°s 398, 399; Cass. 2 mai 1864, S. 65, 1, 381; Cass. 8 déc. 1880, S. 82, 1, 297; Lyon, 11 janv. 1883, D. 84, 2, 147.

par dire le contraire. Ainsi, dans une espèce la Cour de cassation déclare d'abord d'une manière générale que l'obligation de garantir la paisible possession de la chose vendue, emporte pour le vendeur, celle de s'abstenir de tout acte qui tendrait à priver l'acheteur de partie des avantages sur lesquels il devait naturellement compter (1). Mais finalement elle décide que, *par suite,* le vendeur d'une maison n'a pas le droit de modifier d'une manière préjudiciable à l'acheteur, l'éclairage et l'aération des appartements de cette maison en élevant un mur sur la propriété voisine à une faible distance des fenêtres donnant jour à la maison vendue, *lorsqu'il s'est engagé à respecter ces ouvertures,* car il s'agit uniquement de l'exécution du contrat intervenu entre les parties (2).

De quoi s'agissait-il en effet? De déterminer quel était exactement le champ de la vente, c'est-à-dire l'étendue du droit réel transféré à l'acheteur. La vente comprenait-elle la conservation des fenêtres comme moyen d'éclairage et d'aération? Si cela était vrai, il est certain que le vendeur ne pouvait pas venir diminuer le droit réel par lui transmis, et il est inutile pour expliquer ce résultat d'alléguer une prétendue obligation négative générale. Quoi qu'il en soit, les faits personnels dont le vendeur demeure toujours garant, nonobstant toute stipulation de non garantie, sont uniquement ceux dont il doit s'abstenir par la seule raison qu'il est vendeur. Mais cela ne veut pas dire qu'il puisse, sans engager sa responsabilité, accomplir tous les autres, seulement sa responsabilité sera engagée à un autre titre que celui du vendeur.

111. Il faut en effet distinguer :

Il est certains actes qui sont interdits au vendeur, unique-

(1) Cass. 3 mai 1886, D. 87, 1, 61.
(2) *Ibid.*

ment parce qu'il est vendeur, et que ces actes tendraient à détruire ou à restreindre le droit réel transmis. Mais des actes absolument semblables seraient permis à un tiers qui ne serait pas le vendeur et qui ne représenterait pas celui-ci. Ainsi, par exemple, celui qui a vendu un fonds de commerce avec la clientèle et l'achalandage, ne pourrait pas, au lendemain de la vente, créer un établissement similaire à côté de son acheteur, car ce serait reprendre la chose vendue. Au contraire, un tiers, le premier venu, qui ne représenterait pas le vendeur, pourrait créer un tel établissement.

Il est d'autres actes qui sont interdits au vendeur, non pas seulement parce qu'il est vendeur, mais parce qu'ils sont interdits à tout le monde, tels sont les actes de concurrence déloyale, de contrefaçon illicite, etc. Ces actes ou faits personnels ne sont pas en dehors de la théorie de la garantie. L'acheteur qui en souffre obtiendra donc la réparation qui lui est due soit au moyen de l'action en garantie, à la charge de prouver la violation du contrat intervenu entre les parties, soit au moyen de l'action spéciale directement attachée par la loi au fait lui-même incriminé.

La Cour de cassation a appliqué ces principes en décidant que l'auteur qui a vendu sans réserve la première édition de son œuvre, *est devenu un tiers* à l'égard de son acheteur; que par suite, il ne peut faire paraître une autre édition, même sous un titre différent, avant l'épuisement de la première, à peine d'être considéré comme contrefacteur, et d'encourir la confiscation de l'édition nouvelle (1). Il est manifeste que ce n'est pas comme garant qu'il peut être ainsi recherché, il est recherché au même titre que tout autre contrefacteur. Mais cela ne l'empêche pas d'être vendeur; l'acheteur a donc, en pareille hypothèse, deux actions : d'abord l'action en ga-

(1) Cass. 19 déc. 1893, S. 94, 1, 313; Comp. Cass. 22 fév. 1847, S. 47, 1, 83; GUILLOUARD, t. I, n° 338.

rantie qui ne peut disparaître par cette circonstance que le fait contraire à la convention est en même temps une contrefaçon, et l'action proprement dite en contrefaçon. On peut même concevoir l'exercice cumulé des deux actions : ainsi l'auteur, après avoir vendu une première édition, cède à un second acheteur une édition qui est publiée, sous un autre titre, avant l'épuisement de la première. L'acheteur agira en contrefaçon contre celui qui a publié cette nouvelle édition, afin d'en obtenir la confiscation, et en garantie contre l'auteur, afin d'en obtenir de justes dommages.

112. Les mêmes principes doivent être appliqués en matière de ventes de fonds de commerce. La vente d'un fonds de commerce, même en l'absence de toute stipulation expresse, emporte virtuellement l'interdiction de tout acte pouvant porter atteinte au droit réel transmis à l'acheteur en permettant au vendeur de reprendre soit directement, soit indirectement ce qu'il a transmis (1). Par conséquent, le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, du moins à une époque rapprochée de la vente, et qui sera forcément appréciée par le juge en l'absence de toute stipulation, ouvrir dans le voisinage un établissement de même nature (2), soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers parent ou non (3).

La Cour de cassation décide, sur ce point, qu'il appartient aux juges du fond de décider souverainement la question de savoir si, au cas de vente d'un fonds de commerce, et alors que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir n'est pas expressément formulée, cette interdiction ne résulte pas de l'ensemble des dispositions insérées dans l'acte de vente ou le

(1) Riom, 20 mars 1876, S. 77, 2, 50.

(2) Paris, 7 janv. 1890, S. 91, 2, 21 ; Bourges, 12 nov. 1889, D. 91, 2, 267; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 2; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 541 ; GUILLOUARD, n°s 330, 331, 333.

(3) Comp. Paris, 11 déc. 1889, D. 90, 2, 283.

cahier des charges (1). Il suit de là que les juges pourraient décider, par appréciation de l'ensemble de l'acte, que le vendeur d'un fonds de commerce, après avoir touché le prix, pourrait se rétablir immédiatement à côté de son vendeur. Cette solution est préconisée au nom de la liberté du commerce et de l'industrie qui ne peut subir de restrictions qu'en vertu d'une convention formelle. Mais ces grands principes ne sont pas intéressés dans la question; il s'agit tout simplement de mesurer l'étendue du droit cédé et d'empêcher le vendeur de reprendre ce qu'il a vendu; sinon la liberté de l'industrie serait la liberté de la piraterie.

Concluons donc qu'il y a éviction partielle ouvrant à l'acheteur une action en réduction du prix, lorsque le vendeur d'un fonds de commerce crée, après la vente et à proximité du fonds vendu, un établissement similaire (2).

Si le contrat ne contient aucune clause interdisant formellement au vendeur de se *rétablir*, suivant l'expression admise par l'usage, il appartiendra aux juges d'apprécier dans quelles conditions de temps et de lieu la prohibition virtuelle devra produire ses effets.

113. Pour éviter les difficultés et les incertitudes d'une telle appréciation, les parties pourront, par des clauses précises insérées au contrat, indiquer dans quel rayon et durant quelle période de temps, le vendeur ne pourra pas se rétablir dans un commerce analogue à celui qui faisait l'objet du fonds vendu. Ces clauses sont permises; les clauses d'interdiction absolue sont seules prohibées, comme portant atteinte à la liberté de l'industrie (3). Il a même été décidé que, sans pouvoir interdire au vendeur d'une manière absolue, la faculté

(1) Cass. 21 juill. 1891, S. 91, 1, 377; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 185.

(2) Arrêt précité de Paris, du 7 janv. 1890.

(3) Cass. 9 mai 1888, S. 88, 1, 320.

de se servir de son nom dans les faits et actes de son commerce, les juges pouvaient cependant imposer cette interdiction en la limitant à un lieu déterminé, lorsque, dans ce lieu, le nom s'identifie tellement avec le fonds de commerce lui-même, qu'une pareille défense peut être considérée comme le seul moyen d'empêcher la continuation d'un commerce rival (1).

Les clauses prohibitives dont nous parlons n'auront pas cependant pour effet d'enlever au vendeur la faculté de vendre des marchandises à des personnes habitant dans l'intérieur du périmètre interdit, pourvu que le nouvel établissement du vendeur soit situé en dehors de ce périmètre, et qu'il s'abstienne de solliciter la clientèle dépendant du fonds vendu (2).

Ces clauses peuvent être insérées dans les cahiers des charges dressés par les syndics représentants du failli, pour faciliter la vente du fonds de ce dernier; elles sont obligatoires pour le failli (3), mais ne sauraient évidemment lier individuellement les créanciers du failli qui n'ont été représentés que dans les *poursuites à fin de vente*, et n'ont jamais eu de rapports directs avec l'acheteur (4). Dans tous les cas, elles peuvent être invoquées par le sous-acquéreur à qui l'acquéreur primitif a transmis le fonds de commerce (5).

On s'est encore demandé si l'huissier qui a cédé son office peut créer une agence d'affaires? Il s'agit de savoir si, en agissant ainsi, le vendeur a détourné la clientèle attachée à l'office vendu. C'est seulement à raison de ce détournement qu'il pourra être tenu en vertu des principes sur la garantie. S'il n'y a pas détournement de clientèle, il aura le droit d'éta-

(1) Cass. 21 juill. 1891, S. 91, 1, 377.
(2) Paris, 8 déc. 1892, D. 94, 2, 190.
(3) Cass. 21 juill. 1891, S. 91, 1, 377.
(4) Cass. 3 août 1868, S. 69, 1, 62; Cass. 17 mars 1840, S. 40, 1, 313; GUILLOUARD, t. I, n° 332; *Contrà*, Amiens, 30 avr. 1875, S. 75, 2, 213.
(5) Lyon, 6 avr. 1892, S. 93, 2, 219.

blir une agence d'affaires, à moins qu'une clause formelle ne le lui ait interdit (1).

114. Nous avons déjà fait remarquer que la stipulation de non-garantie ne porte que sur les dommages que peut entraîner le fait de l'éviction.

ART. 1629. Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.

Pourquoi dans le cas de stipulation de non-garantie, le vendeur demeure-t-il tenu à la restitution du prix ? C'est parce que la vente était nulle : le prix payé ne correspondait à aucune chose transmise et par conséquent pouvait être répété. L'obligation de restituer le prix n'est donc pas une suite de la garantie comme semble le dire l'art. 1629, elle dérive uniquement de ce que la vente était sans objet.

Mais les parties peuvent avoir une volonté contraire à celle qui est présumée par le texte, et se mettre d'accord pour décider que, dans le cas d'éviction, non seulement il n'y aura pas lieu à des dommages-intérêts, mais encore que le prix ne sera pas restitué. Le contrat est alors modifié par la présence d'un élément aléatoire.

Cette intention sera manifestée expressément quand elle résultera d'une clause formelle, quand il sera dit, par exemple, que la vente est conclue *sans garantie ni restitution de deniers*, ou *sans garantie et aux risques et périls de l'acheteur* (2), ou même simplement *aux risques et périls* de l'acheteur, ce qui montre que l'acheteur a voulu acquérir une simple chance et qu'il s'agit d'un contrat *aléatoire*. On ne voit pas, dans ce dernier cas, ce qu'une clause générale de non-garantie pourrait ajouter à une déclaration aussi énergique (3).

(1) Rouen, 26 mars 1866, S. 66, 2, 317 ; GUILLOUARD, t. I, n° 337.

(2) Nancy, 16 nov. 1889, S. 89, 2, 161.

(3) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n° 500; Cass. 9 fév. 1852, D. 52, 1, 72; AUBRY et RAU, § 355; COLMET DE SANTERRE, t. VII,

115. Cette intention résultera encore, d'après la présomption de la loi, d'une clause générale de non-garantie combinée avec cette circonstance que l'acheteur avait, lors de la vente, connaissance du danger d'éviction (1).

La connaissance acquise par l'acheteur du danger d'éviction peut résulter d'une déclaration formelle faite dans le contrat par le vendeur, relativement au caractère douteux du droit transmis. Cette connaissance est, en quelque sorte, *contractuelle*. Mais la chose peut avoir été vendue sans qu'aucune allusion ait été faite dans l'acte à un danger quelconque d'éviction, sans qu'il y ait une indication d'où il puisse résulter que l'acheteur avait connaissance de l'existence d'un tel danger. Si, dans une telle hypothèse, l'acheteur avait acquis, au moment du contrat, par suite de circonstances à lui personnelles, la connaissance d'un danger d'éviction, il s'agirait d'une connaissance *extra-contractuelle*.

Dans le cas de connaissance contractuelle dérivant d'une déclaration formelle insérée dans le contrat, il semble que les parties ont été d'accord pour faire un contrat véritablement aléatoire. La clause doit être interprétée comme s'il était dit que l'acheteur a voulu traiter à ses périls et risques (2).

Mais dans le cas de connaissance *extra-contractuelle* de la part de l'acheteur, dans le cas où le vendeur n'a rien déclaré quant à la condition douteuse de la chose vendue, condition que, peut-être, il ignorait lui-même; lorsque l'acheteur a pareillement tenu secrets les renseignements qu'il pouvait personnellement avoir acquis, il n'est pas possible d'admettre que les parties ont voulu faire un contrat aléatoire. Donc, quand même le vendeur serait en état d'établir le fait de cette

n^{os} 64 *bis* II et III; LAURENT, t. XXIV, n° 258; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 561; GUILLOUARD, t. I, n° 395.

(1) Voy. Cass. 17 oct. 1893, D. 94, 1, 43.

(2) Comp. DUVERGIER, t. II, n° 270.

connaissance extra-contractuelle, il ne serait pas fondé à refuser la restitution du prix.

Si l'acte de vente contenait simplement la clause de non-garantie, le vendeur pourrait-il se soustraire à la nécessité de restituer le prix en offrant de prouver que l'acheteur avait, au moment du contrat, connaissance du danger d'éviction? L'affirmative n'est pas douteuse d'après notre art. 1629. Mais de quelle connaissance s'agit-il? Là est le siège de la difficulté.

Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'interpréter une clause, celle de non-garantie, d'après l'intention commune des parties. Il faut donc que tous les éléments d'interprétation soient communs aux deux parties. Il ne suffit pas que l'acheteur ait eu connaissance du danger d'éviction; il faut que le vendeur ait su que l'acheteur avait cette connaissance. Cette connaissance, en un mot, doit constituer un élément contractuel. Dans cette situation, si les parties se bornent à insérer dans l'acte, une clause de non-garantie, il est légitime d'interpréter cette clause comme le fait l'art. 1629. Le vendeur pourrait établir par des documents communs aux deux parties que l'acheteur était parfaitement informé, et qu'une clause de non-garantie intervenue dans de telles conditions, signifiait qu'il était exonéré de toute restitution du prix.

Si au contraire l'acheteur n'avait eu du danger d'éviction qu'une connaissance purement accidentelle, ignorée du vendeur lui-même, la clause de non-garantie devrait être interprétée comme si elle était seule, et ne dispenserait pas le vendeur de restituer le prix. Comment, en effet, cette clause pourrait-elle être considérée comme ayant eu, dans l'esprit du vendeur, une portée plus grande à raison d'un élément que le vendeur lui-même ne connaissait pas?

Nous croyons donc que le champ d'application de l'art. 1629 doit être restreint au cas où la connaissance acquise par

l'acheteur du danger d'éviction, quoique non mentionnée dans l'acte, n'était pas ignorée du vendeur (1). Ce point de vue est négligé par les auteurs et les arrêts (2). La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question telle que nous venons de la poser, mais en fait il semble qu'elle adopte implicitement notre théorie. Il a été jugé, en effet, que l'adjudicataire saisissant, qui est évincé de certaines parcelles, dont la distraction avait été demandée, ne peut recourir en diminution de prix contre le saisi, lorsque d'une part il est constaté que le cahier des charges contenait une clause de non-garantie, et d'autre part qu'avant de se porter adjudicataire le saisissant connaissait les causes d'éviction (3). Il faut remarquer que, dans l'espèce, il avait été fait état, avant l'adjudication, des causes d'éviction.

Nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer la même solution aux hypothèques non déclarées par le vendeur, et dont l'acheteur aurait eu connaissance d'une autre manière (4).

N° 2. — *Règles spéciales en cas d'éviction totale et en cas d'éviction partielle.*

116. — Étendue générale de la garantie en cas d'éviction totale, art. 1630; restitution du prix.
117. — Paiement des dommages; restitution des fruits, paiement des frais, etc.
118. — Hypothèse où la chose a diminué de valeur au moment de l'éviction, art. 1631.
119. — *Quid* en cas de vente d'une chose ayant nécessairement une durée temporaire? Imputations qui doivent être faites sur le prix à restituer.
120. — Le vendeur supporte les détériorations de la chose, sauf à appliquer l'art. 1632.

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n°s 510 à 512.
(2) Voy. DUVERGIER, t. I, n° 318; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 46; LAURENT, t. XXIV, n° 259; GUILLOUARD, t. I, n° 388 et les arrêts cités.
(3) Cass. 21 mars 1893, D. 93, 1, 438.
(4) Voy. GUILLOUARD, t. I, n° 401 et les autorités citées.

121. — Hypothèse où la chose a augmenté de valeur, art. 1633.
122. — Remboursement des dépenses faites par l'acheteur, articles 1634, 1635.
123. — Cas divers d'éviction partielle.
124. — Éviction partielle d'une partie divise ou indivise, articles 1636, 1637.
125. — C'est seulement la valeur actuelle de la portion enlevée qui doit être remboursée, et non une partie correspondante du prix.
126. — De la garantie en cas de charges non déclarées, spécialement pour les servitudes passives non apparentes, article 1638.
127. — Clauses affranchissant le vendeur de cette garantie.
128. — Des servitudes apparentes.
129. — Des servitudes actives.
130. — Sanction. Renvoi pour les autres questions, art. 1639.

116. Il convient maintenant de rechercher quelle est l'étendue de l'obligation de garantir, telle qu'elle résulte de la nature même du contrat, et indépendamment de toutes modifications conventionnelles.

Il faut distinguer suivant que l'acheteur a subi une éviction totale ou une éviction partielle.

Prenons d'abord le cas d'éviction totale.

ART. 1630. Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a le droit de demander contre le vendeur, — 1° La restitution du prix; — 2° Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince; — 3° Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire; — 4° Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat (*).

En droit romain l'éviction ne donnait lieu qu'à une action en dommages qui étaient calculés sur la valeur qu'avait la chose au moment de l'éviction. Dans notre droit, et depuis le XVI^e^ siècle, on a reconnu, avec Dumoulin, que l'éviction faisait apparaître deux obligations absolument distinctes : l'une tendant au paiement d'une indemnité en réparation du dom-

(*) Art. 1630. — L. 13 § 43, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*; L. 8, 60, 70, D. 21, 2, *De evict.*

mage causé, l'autre tendant à la restitution du prix total. La première est directement engendrée par l'éviction ; la seconde a son principe dans la nullité de la vente qui a porté sur la chose d'autrui. Le prix a donc été payé pour une chose qui n'a pas été valablement vendue ; il était donc sans objet, *sine causâ*, ou *sans cause*, suivant la traduction inexacte qui prévaut encore (Voy. t. VII, n° 65).

Le prix doit donc être restitué à l'acheteur dans tous les cas, soit que ce dernier ne puisse réclamer aucuns dommages-intérêts, comme dans le cas prévu par l'art. 1629, soit qu'il puisse en réclamer, ce qu'il ne pourra faire que s'il a été de bonne foi. Mais lorsque la restitution du prix et des dommages-intérêts seront dus à la fois à l'acheteur, le prix comptera dans le calcul de l'indemnité comme élément nécessaire.

117. L'indemnité devra comprendre toutes les dépenses que l'acheteur a dû supporter, et l'équivalent des bénéfices qu'il a manqué de réaliser à l'occasion de la chose dont il souffre l'éviction.

Le vendeur sera donc tenu de restituer les fruits, ou plutôt leur valeur, quand ils ont été rendus au véritable propriétaire, ce qui aura lieu toutes les fois que la possession de l'acheteur est entachée de mauvaise foi. Cela suppose que c'est seulement depuis la vente qu'il a eu connaissance du vice de sa possession, mais qu'il était de bonne foi au moment de la vente (art. 549 et 550).

Ces fruits ne sont pas seulement la représentation des intérêts du prix d'achat. Le vendeur en doit la garantie comme d'un accessoire dont il était tenu de procurer la paisible possession aussi bien que de la chose principale. La simple restitution du prix avec les intérêts ne saurait donc suffire à dédommager l'acheteur à cet égard, et celui-ci aurait le droit de réclamer la valeur intégrale des fruits par lui restitués, si cette valeur était supérieure aux intérêts de son prix.

L'acheteur n'a donc, du chef des fruits, aucune action

contre le vendeur, quand il n'est pas obligé de les rendre au propriétaire; il les gardera. Le vendeur, de son côté, gardera les intérêts du prix, de sorte qu'il s'établira une espèce de compensation entre ces intérêts et les fruits perçus.

Il y a un cas, cependant, où, d'après l'opinion générale, l'acheteur de bonne foi pourrait réclamer des intérêts, c'est lorsque la chose vendue ne produit pas de fruits (1). Dans ce cas les intérêts doivent courir, non du jour de la demande en restitution du prix, mais du jour même du paiement effectué. Mais comment la question peut-elle se présenter? Sans doute, on peut concevoir la vente d'une chose qui n'est pas frugifère par elle-même, dans le sens propre du mot, mais il est moins facile de concevoir une chose dont la possession ne puisse procurer aucun avantage appréciable en argent. Or un tel avantage peut être assimilé aux fruits, et devra, par conséquent, être pris en considération lorsque, après un certain temps de possession, l'acquéreur viendra à être évincé.

Le vendeur devra encore supporter les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur et ceux faits par le tiers revendiquant, demandeur originaire. L'art. 1630 3°, qui contient cette solution suppose que le vendeur est dans l'instance où il a été appelé par l'acheteur. Dans ces conditions il ne peut être question que des frais que l'acheteur a dû supporter avant le moment où il lui a été permis de se décharger de toute responsabilité personnelle par la dénonciation au vendeur de l'action dirigée contre lui. Cette précision était déjà faite dans l'Ordonnance de 1667 : « Les garants qui succombent, dit l'art. 14 du titre 8, seront condamnés aux dépens de la cause principale, du jour de la sommation seulement, et non de ceux faits auparavant, sinon de l'exploit de demande originaire. »

(1) Cass. 29 juill. 1858, S. 60, 1; 750; LAURENT, t. XXIV, n° 235; ARNTZ, t. III, n° 1002; GUILLOUARD, t. I, n° 358.

Si l'acheteur n'a pas appelé le vendeur en cause il aura poursuivi le procès à ses périls et risques. Il en sera de même si le vendeur appelé a déclaré ne pouvoir défendre l'acheteur, et a offert à celui-ci les restitutions voulues (1).

Enfin le vendeur devra payer à l'acheteur de bonne foi les dommages-intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat, c'est-à-dire les frais de timbre, honoraires du notaire, droits d'enregistrement et de transcription. La bonne foi ne le dispense pas de payer les dommages-intérêts; elle peut seulement en modérer le taux (2).

Tels sont, en cas d'éviction totale, les divers chefs de restitution mis à la charge du vendeur, et qui seront complétés, le cas échéant, par les prestations indiquées aux art. 1633, 1634 et 1635.

118. L'art. 1630 statue principalement en vue de l'hypothèse où la chose vendue n'a pas sensiblement changé de valeur au moment de l'éviction. Mais le contraire peut arriver par suite d'événements postérieurs à la vente. Il faut voir si ces événements peuvent influer, dans une mesure quelconque, sur l'obligation de restituer le prix, et sur celle relative aux dommages-intérêts.

Remarquons tout d'abord que si ces deux obligations sont, au point de vue du Code, absolument distinctes, il n'en résulte pas que l'acheteur puisse réclamer, outre le prix, une indemnité spéciale pour le préjudice que lui cause l'éviction, lorsque ce préjudice est inférieur ou égal au prix qui lui est rendu. Dans ce cas l'indemnité est en quelque façon absorbée dans la restitution du prix; en sorte que si la chose vendue au prix de 10 ne vaut plus que 5 au moment de l'éviction, c'est simplement une somme de 10 qui sera due à l'ache-

(1) Laurent, t. XXIV, n° 245; Comp. DUVERGIER, t. I, n° 364; AUBRY et RAU, § 355, texte et notes 37 et 38; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 550 2°; GUILLOUARD, t. I, n°s 365 et suiv.

(2) Cass. 2 déc. 1890, D. 91, 1, 478.

teur; celui-ci ne pourra prétendre à rien au delà à titre d'indemnité pour la dépossession, et il percevra la somme de 10 à titre pur et simple de restitution d'un prix qui n'était pas dû.

L'obligation de restituer le prix ayant son principe dans cette circonstance que l'éviction a démontré qu'il y avait eu vente de la chose d'autrui, vente qui est nulle d'après l'art. 1599, ne peut se trouver modifiée, quant à son *quantum*, par aucun événement postérieur, qui viendrait diminuer la valeur de la chose.

Par conséquent :

ART. 1631. Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix (*).

Le vendeur ne peut pas se plaindre. La chose dont il s'agit ne lui appartenait pas. Si au lieu de la vendre il l'avait gardée, la revendication au lieu d'être dirigée contre l'acheteur aurait été poursuivie contre lui, et il aurait été obligé de délaisser la chose sans pouvoir en garder l'équivalent; comment pourrait-il prétendre à cet équivalent ou à une partie de cet équivalent, c'est-à-dire du prix, parce qu'il a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire, c'est-à-dire vendu la chose d'autrui? Le texte formel de l'art. 1631 rend forcément le même raisonnement applicable au cas où la chose vendue aurait subi, antérieurement à l'éviction, une diminution dans son tout par le retranchement matériel d'une partie quelconque, résultant d'un cas fortuit ou de tout autre événement analogue qui n'aurait pas donné lieu à la garantie. Il faut supposer, bien entendu, que la revendication du tiers a porté sur la totalité de la chose, et non pas seulement sur la portion qui en reste, de sorte que c'est le contrat tout entier qui doit être considéré comme n'ayant jamais existé (1).

(*) Art. 1631. — Voy. L. 66, 70, D. 21, 2, *De evict.*; L. 45, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) POTHIER, *Vente*, n° 155; Comp. *ibid.*, n° 69.

119. L'art. 1631, qui ne fait aucune distinction, doit également s'appliquer à la vente d'objets dont la durée est essentiellement bornée, comme celle des animaux domestiques (1), ainsi qu'à la vente d'un droit d'usufruit ou à la cession d'une rente viagère.

Ce dernier point cependant est contesté : Dumoulin et Pothier soutenaient en effet que, lorsque la chose vendue devait n'avoir qu'une durée limitée, la dépréciation au moment de l'éviction résultait précisément de ce que l'acheteur avait possédé utilement la chose pendant une certaine durée de son existence, ce qui devait être assimilé à une restitution partielle du prix, de sorte que l'usufruit ou la rente viagère étant décomposé en un certain nombre d'annuités, l'éviction ne portait pas, en réalité, sur les annuités antérieures, mais seulement sur les annuités à venir. Il faudrait donc appliquer à l'hypothèse les règles sur l'éviction partielle (2). Cette opinion peut être défendue (Comp. t. IV, n^os^ 187 et 188), mais elle ne paraît présenter qu'un intérêt théorique.

Dans cette opinion le vendeur ne serait pas tenu de restituer le prix dans son entier.

De même si le vendeur avait fait précédemment quelque paiement à l'acheteur à titre d'indemnité, soit pour une éviction partielle, soit à raison de quelque servitude dont le fonds se trouvait grevé, il y aurait là une restitution déjà faite d'une partie du prix, et il faudrait en tenir compte au vendeur. Si l'acheteur a reçu du propriétaire qui l'a évincé une indemnité pour amélioration antérieure à la vente, le vendeur peut en déduire le montant du prix à restituer. Nous supposons d'ailleurs que ces améliorations n'ont pas augmenté la valeur de la chose, ce qui peut fort bien arriver si, d'autre part, la chose a subi des détériorations pour une valeur égale.

(1) *Contrà*, DUVERGIER, t. I, n° 362.
(2) POTHIER, *De la vente*, n^os^ 161 et 162; GUILLOUARD, t. I, n° 354.

120. Les détériorations résultant de la négligence de l'acheteur ou d'accidents de force majeure, sont supportées par le vendeur, en ce sens que la diminution qui en résulte quant à la valeur de la chose évincée, n'entraîne pas une diminution dans l'obligation de restituer la totalité du prix.

ART. 1632. Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit,

car il a été ainsi remboursé du prix de l'héritage jusqu'à concurrence de cette somme.

Il ne faut pas conclure des termes du texte, qu'il s'agit à proprement parler d'un droit de rétention reconnu au vendeur. Celui-ci, en effet, débiteur d'une somme égale au prix, se trouve en même temps constitué créancier d'une somme égale au profit retiré par l'acquéreur des dégradations. Il y a donc lieu seulement d'établir une compensation à due concurrence. Donc si le vendeur a payé le prix intégral sans opérer les réductions auxquelles il a droit, il pourra toujours agir pour se faire payer ce qui lui est dû, ou se faire restituer ce qu'il a payé en trop.

L'application des règles ci-dessus produit ce résultat bizarre de créer, dans certains cas, pour l'acheteur un très grand intérêt à être évincé. L'éviction le décharge en effet des détériorations qu'a subies la chose, même de celles qui proviennent de son fait, tandis que ces détériorations auraient été pour son compte s'il eût continué de posséder paisiblement.

121. L'acheteur n'est donc jamais exposé à perdre; il a au contraire la chance de gagner.

Car,

ART. 1633. Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente (*).

(*) Art. 1633. — L. 1, 45, 66, D. 21, 2, *De evict.*; L. 45 § 1, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

La plus-value, pourvu qu'elle soit acquise avant l'éviction (1), est due, quelque grande qu'elle soit, sans distinguer si le vendeur est de bonne ou de mauvaise foi, ou si elle provient d'une cause qu'il était impossible de prévoir. Il n'y a pas lieu d'admettre l'exception de l'art. 1150 (arg. article 1639) (2). Mais comme l'acheteur s'enrichit alors par le résultat d'un contrat à titre onéreux, il est juste de laisser à sa charge une part proportionnelle des frais et loyaux coûts de ce contrat (3).

122. Si l'acheteur a fait des travaux sur la chose vendue, que ces travaux en aient ou non augmenté la valeur, il pourra obtenir de ce chef une indemnité d'après les distinctions suivantes :

D'abord pour le cas où la vente a été faite de bonne foi;

ART. 1634. Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds (*).

ART. 1635. Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément que celui-ci aura faites au fonds (**).

L'acheteur évincé, en ce qui concerne les créances nées des dépenses nécessaires et utiles par lui faites sur la chose vendue jouit, vis-à-vis du revendiquant, d'un droit de rétention pour en assurer le remboursement (Voy. t. VII, n° 169), mais non pour les créances relatives à la restitution du prix, aux frais et loyaux coûts dont il ne peut réclamer le paiement qu'à son vendeur.

123. Nous arrivons au cas d'éviction partielle.

(*) Art. 1634. — L. 65, D. 6, 1, *De rei vind.*

(**) Art. 1635. — L. 45 § 1, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Cass. 19 mai 1863, S, 64, 1, 73.

(2) AUBRY et RAU, § 355, texte et notes 2 et 34; LAURENT, t. XXIV, n° 246; ARNTZ, t. III, n° 1004; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 552; GUILLOUARD, t. I, n°s 359, 360.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 60 *bis* II; GUILLOUARD, t. I, n° 361; *Contrà*, LAURENT, t. XXIV, n° 247.

Trois cas doivent être distingués :

1° Celui où l'acquéreur est évincé d'une partie matériellement déterminée, ou d'une partie aliquote (le tiers, le quart...) de la chose vendue ;

2° Celui où l'éviction résulte de ce que l'un des éléments du *dominium* a été mal à propos compris dans la vente ; lorsque, par exemple, une adjudication sur saisie immobilière a été annulée comme ayant porté à tort sur la pleine propriété d'un immeuble dont le saisi n'était que nu-propriétaire (1) ;

Les deux hypothèses qui précèdent sont régies par les articles 1636 et 1637.

3° Le cas où l'éviction résulte de l'absence de servitudes actives déclarées par le vendeur, ou de l'existence de servitudes occultes, ou même de servitudes apparentes que le vendeur avait déclaré ne pas exister. Cette hypothèse est réglée par l'art. 1638.

Les art. 1636, 1637 et 1638 sont applicables aux ventes faites par autorité de justice.

124. Le Code a résumé dans les deux articles suivants toutes les obligations du vendeur en cas d'éviction partielle proprement dite soit d'une partie indivise ou aliquote, soit d'une fraction divise :

ART. 1636. Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente (*).

ART. 1637. Si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur (**).

L'art. 1636 a simplement pour effet de permettre à l'acheteur de se placer dans la même situation que s'il avait éprouvé

(*) Art. 1636. — L. 38 § ult., D. 21, 1, *De ædil. edict.*

(**) Art. 1637. — L. 1, 13, 15, D. 21, 2, *De evict.*

(1) Toulouse, 1er déc. 1891, S. 93, 2, 6.

une éviction totale, et c'est aux juges qu'il appartiendra d'apprécier si la perte résultant de la dépossession est de telle nature que l'évincé puisse être admis à invoquer le bénéfice de cet article.

Le point important à examiner, c'est la manière dont l'article 1637 a réglementé, dans le cas envisagé, l'évaluation de l'indemnité due à l'acheteur quand celui-ci ne s'est pas prévalu de l'éviction partielle pour demander la résiliation du contrat, ce qui est pour lui une pure faculté, ou quand sa demande en résiliation n'a pas été accueillie.

Remarquons d'abord que l'art. 1637 ne fait aucune précision quant à l'importance de l'éviction, pour qu'il y ait lieu à indemnité. Il ne peut donc être question d'appliquer ici les règles des art. 1617 et 1619 relatives à la délivrance (Voy. *suprà*, nos 94-96). Le vendeur pourra donc être actionné en garantie pour toute éviction, quelque minime qu'elle soit (1).

125. La loi, dans le cas de l'art. 1637, ne parle plus de restitution du prix. Ce qui doit être remboursé, ce n'est pas la portion du prix qui avait été comptée comme étant l'équivalent de la partie de la chose qui a été enlevée à l'acheteur, c'est seulement une somme égale à la valeur actuelle de cette fraction. Il y a donc, au point de vue des résultats, une différence notable entre les règles suivies en cas d'éviction totale et les règles concernant l'éviction partielle. Comment expliquer cette différence?

Pour l'éviction totale, on est parti de cette idée que le contrat étant frappé de nullité ne pouvait produire aucun effet. Dans l'hypothèse de l'art. 1637, on a été entraîné par cette considération que le contrat n'avait pas cessé d'exister, *qu'il reste une cause puisqu'il reste un objet* (2), on remarquera la formule (Voy. t. VII, n° 78); que, par conséquent, le prix ne se

(1) Voy. Cass. 10 mars 1880, D. 81, 1, 210; GUILLOUARD, t. I, n° 373.
(2) *Sic*, LAURENT, t. XXIV, n° 251.

trouvait pas sans cause entre les mains du vendeur, pas même pour la partie correspondante à la fraction enlevée par l'éviction, soit qu'il s'agisse d'une fraction divise ou d'une partie indivise, car le texte ne distingue pas et les motifs de décider sont les mêmes dans les deux cas (1).

Ce sont là des arguties, car si le prix se trouve pour le tout sans cause entre les mains du vendeur quand l'acheteur est évincé de la totalité, il s'y trouve manifestement sans cause pour la moitié quand l'acheteur est évincé de la moitié (2).

Quoi qu'il en soit, voici les conséquences du système :

Quand il est évincé de la totalité, l'acheteur, quelle que soit la détérioration déjà subie, recouvre le prix intégral; quand il est évincé seulement d'une partie il n'a droit qu'à une indemnité qui pourra être fort inférieure, par suite de la détérioration, à la partie du prix correspondante, en sorte qu'il aura le plus grand avantage à éprouver une éviction totale. L'art. 1636 vient, il est vrai, corriger un peu cette singulière position, mais nous savons que l'acheteur ne pourra pas toujours l'invoquer. L'effet produit par la disposition de l'art. 1637 sera encore plus choquant si on suppose qu'il y a eu stipulation de non-garantie. Dans ce cas, en effet, l'éviction partielle qui ne permet à l'acheteur de réclamer aucune portion du prix, le laissera sans droit à une indemnité, tandis que s'il y avait eu éviction totale, cette clause ne l'aurait nullement empêché d'exiger la restitution entière du prix.

126. Nous avons déjà vu que l'art. 1626 pose en principe que le vendeur est garant des charges prétendues sur l'objet vendu et non déclarées lors de la vente.

Par charges, il faut entendre les droits réels qui démem-

(1) DUVERGIER, t. I, n° 374; LABBÉ, *Revue pratique*, 1873, p. 322; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n°s 72 *bis* I et II; AUBRY et RAU, § 355, texte et notes 40 et 41; ARNTZ, t. III, n° 1005; GUILLOUARD, t. I, n°s 371, 372; Comp. DURANTON, t. XVI, n° 300.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 556.

brent la propriété, et dont la constatation au profit d'un tiers constitue une éviction partielle.

Il s'agit maintenant de déterminer les effets de la garantie dont le vendeur se trouve tenu en ce cas :

ART. 1638. Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité (*).

Le texte suppose que le fonds vendu est grevé de servitudes passives non déclarées.

Si la servitude qui n'a pas été déclarée appartient à la catégorie des servitudes *non apparentes*, le vendeur est garant quand le fonds vendu se trouve en définitive grevé d'une servitude de cette nature, telle, par exemple, qu'une servitude de passage (1) dont rien ne révèle l'existence. Nous devons rappeler, à ce propos, que l'apparence d'une servitude tenant à l'existence d'un ouvrage extérieur, une même servitude peut être tantôt apparente, tantôt non apparente (Voy. t. IV, n° 410). En cas de contestation le juge décidera, d'après l'examen des lieux, si la servitude est ou non apparente, c'est-à-dire si l'acheteur a pu la connaître; c'est le premier point à vérifier.

S'il est établi que la servitude non déclarée, n'était pas apparente, il faudra rechercher si cette servitude est de telle importance qu'il y a lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit. Le juge appréciera : alors, suivant la décision admise, l'acheteur pourra demander, à son choix, soit la résiliation du contrat, soit une indemnité, à raison de la moins-value de la chose vendue.

Il n'y a pas lieu à garantie, bien que la servitude non apparente n'ait pas été déclarée, si, en fait, l'acheteur en a connu

(*) Art. 1638. — L. 61, D. 21, 1, *De ædil. edict.*
(1) Cass. 30 oct. 1894, D. 95, 1, 63.

l'existence avant la vente (1). Comme il ne s'agit pas ici de rechercher l'étendue d'une clause commune aux deux parties, il ne sera pas nécessaire que le vendeur ait été informé de cette circonstance que l'acheteur connaissait l'existence de la servitude.

Il ne suffira pas que l'acheteur ait pu connaître l'existence des charges, il faut qu'il les ait réellement connues. Ainsi le fait de la transcription de l'acte établissant la servitude non déclarée, n'affranchirait pas le vendeur de la garantie (2).

Quoique l'art. 1638 ne mentionne que les servitudes non apparentes, il faut décider, par application de l'art. 1626 qui parle d'une manière plus générale des charges non déclarées, que la garantie sera due pour toutes les autres charges réelles opposables à l'acheteur, telles qu'un droit d'usufruit ou d'usage dans une forêt (3), et même aux charges qui, sans présenter le caractère d'un droit réel peuvent être opposées à l'acheteur, comme lorsqu'il s'agit d'un bail ou d'une prorogation de bail ayant acquis date certaine avant la vente (4).

127. La garantie cesse d'être due quand la charge non apparente qui grève l'objet a été déclarée lors du contrat, ou lorsque l'acheteur a affranchi le vendeur de toute garantie pour les servitudes occultes.

Les clauses dérogatoires rédigées dans ce but doivent être formelles et précises. « Si un héritage est vendu *comme il se comporte*, disait Domat, ou *ainsi que le vendeur en a bien*

(1) Limoges, 11 nov. 1891, D. 93, 2, 537; Cass. 2 mai 1864, S. 65, 1, 381; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 54; LAURENT, t. XXIV, n° 268; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 557; GUILLOUARD, t. I, n° 408

(2) AUBRY et RAU, § 355, texte et note 55; LAURENT, t. XXIV, n° 269; GUILLOUARD, t. I, n° 410; BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.; Contrà*, FLANDIN, *De la transcript.*, t. I, n° 426; MOURLON, *De la transcript.*, t. I, n°s 166, 168; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 73 *bis* II.

(3) Cass. 17 janv. 1842, S. 42, 1, 559.

(4) Cass. 6 juin 1887, D. 88, 1, 216.

et dûment joui, ou *avec ses droits mobiliers et conditions*, ces expressions et autres semblables n'empêchent pas que le vendeur ne demeure garant des servitudes cachées et des charges inconnues (1). »

Il faut en dire autant de la déclaration que l'acquéreur doit prendre l'immeuble dans l'état où il se trouve lors de l'entrée en jouissance, sans pouvoir prétendre d'indemnité pour quelque cause que ce soit. Cela ne peut avoir trait qu'à l'état matériel de l'immeuble (2).

De même la clause générale de non-garantie ou bien portant que l'acheteur s'oblige à respecter toutes les servitudes apparentes ou non apparentes dont les biens vendus pourraient être grevés, doit rester sans effet si elle est isolée (3). Il en sera autrement quand les autres énonciations du contrat démontreront qu'il ne s'agit pas d'une simple clause de style (4). Il a cependant été jugé que la clause portant que « *l'acquéreur supporterait les servitudes passives à ses risques et périls* » ne peut avoir d'autre sens que de décharger le vendeur de la garantie des servitudes occultes, puisque le vendeur est, de plein droit, dégagé de la garantie des sertudes apparentes (5).

Dans tous les cas, c'est au juge à apprécier la portée de ces clauses, en ne perdant pas de vue que, d'après l'art. 1602, tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur (6).

Ajoutons que le vendeur ne saurait, au moyen d'une clause de non-garantie, s'exonérer de la responsabilité de son fait personnel, à l'occasion d'une servitude non apparente qu'il

(1) *Lois civ.*, liv. I, tit. 3, sect. 11.
(2) Riom, 4 juill. 1890, D. 91, 2, 165.
(3) Gand, 28 fév. 1882, *Pas.*, 83, 2, 92.
(4) Limoges, 11 nov. 1891; 12 juill. 1892, D. 93, 2, 537.
(5) Riom, 4 juill. 1890 (rés. par le trib.), D. 91, 2, 165.
(6) AUBRY et RAU, § 355, texte et note 60; DUVERGIER, t. I, n° 379; LAURENT, t. XXIV, n° 266; GUILLOUARD, t. I, n° 414.

aurait créée lui-même et dissimulée à son acheteur (1).

128. Aucune déclaration n'est exigée du vendeur en ce qui touche les servitudes apparentes, auxquelles il faut assimiler, sous ce rapport, les servitudes passives naturelles ou légales, même non apparentes : Il dépend de l'acquéreur de voir les premières, et les autres constituant le régime normal de la propriété foncière en France, ne peuvent être considérées comme des charges ignorées. Le vendeur n'est donc pas garant des servitudes passives apparentes, et ne pourrait être recherché de ce chef, quand même le fonds aurait été vendu comme libre de toute servitude.

129. La garantie en cas d'éviction concerne également les servitudes actives, et une indemnité sera due à l'acheteur si la chose vendue n'a pas les servitudes actives promises. Du reste les principes applicables sont les mêmes que pour les servitudes passives. Les servitudes actives peuvent en effet avoir pour l'acheteur une importance telle que celui-ci n'aurait pas acheté la chose si la servitude n'eût pas été due. Dans ce cas la résolution du contrat doit être prononcée si elle est demandée ; dans le cas contraire l'acheteur n'aura droit qu'à une indemnité (2).

Si le vendeur n'a rien déclaré dans l'acte, et que cependant l'immeuble vendu présente un état apparent de servitude active sur le fonds voisin, la Cour de cassation décide que le vendeur n'est tenu de garantir l'acquéreur, au cas où il est plus tard reconnu que la prétendue servitude n'existe pas, que si, dans la commune intention des parties, souverainement interprétée par les juges du fond, la chose vendue a été en possession légitime et définitive d'une servitude sur la propriété voisine, et que cette croyance a influé sur la fixa-

(1) Dijon, 29 mai 1889, D. 90, 2, 213.
(2) ARNTZ, t. III, n° 1006.

tion du prix (1). C'était à l'acheteur à se mieux renseigner auprès du vendeur (2).

130. Quand l'immeuble vendu est privé d'une servitude active sur laquelle l'acheteur avait dû compter ou lorsqu'il se trouve grevé de servitudes passives non apparentes, il y aura lieu, par dérogation aux anciens principes, à une action en garantie comme pour toute autre éviction partielle, et non à une simple action rédhibitoire ou en réduction de prix, en vertu des art. 1641 et suiv. relatifs aux vices cachés de la chose vendue (3). Cette solution résulte de la place intentionnellement attribuée à l'art. 1638 dans la section relative à *la garantie en cas d'éviction.*

ART. 1639. Les autres questions auxquelles peuvent donner lieu les dommages et intérêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente, doivent être décidées suivant les règles générales établies au titre des *Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.*

N° 3. — *Exercice de l'action en garantie. L'action et l'exception sont également divisibles ou indivisibles.*

131. — A qui et contre qui est donnée l'action en garantie. Cas de plusieurs ventes successives.
132. — De l'exception de garantie ; à qui elle est opposable.
133. — Mode d'exercice de l'action en garantie ; appel en cause du garant, art. 1640.
134. — Conséquences du défaut d'appel en cause du garant.
135. — L'obligation de garantie est divisible ou indivisible, suivant que l'objet de la vente était divisible ou indivisible.
136. — Doctrine des anciens auteurs sur ce point : ils admettaient que l'action était indivisible à cause de l'indivisibilité de la défense due.
137. — Cette opinion prévaut chez les auteurs modernes et dans la jurisprudence.
138. — *Quid* en ce qui touche l'exception de garantie? Les anciens la déclarent divisible et les modernes indivisible.

(1) Cass. 6 fév. 1889, D. 90, 1, 390.
(2) *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 406.
(3) Cass. 6 juin 1887, D. 88, 1, 216.

139. — Objection contre la doctrine de la divisibilité de l'obligation de garantie considérée en soi, lorsque l'objet de la vente est divisible. Réfutation.
140. — Compétence en matière de garantie.
141. — Prescription de l'action en garantie.

131. L'obligation de garantie est imposée à toute personne qui se trouve, soit de son chef, soit du chef de son auteur, obligée à procurer à autrui un droit dont la transmission forme l'objet de la vente envisagée.

Réciproquement, le recours en garantie appartiendra à toute personne pouvant se prévaloir d'une obligation de cette nature, soit qu'elle se présente en vertu d'un droit qui aura pris naissance sur sa tête, soit qu'elle invoque un droit transmis à un titre quelconque par celui qui, le premier, en avait été investi.

Le droit à la garantie appartiendra donc non seulement à l'acheteur primitif et à ses héritiers ou successeurs universels, mais encore à un sous-acquéreur à titre particulier de la chose vendue : acheteur, donataire ou légataire.

Dans le cas de plusieurs transmissions successives, chaque acquéreur ayant reçu la chose *cum omni causâ*, c'est-à-dire avec tous les droits transmissibles qui s'y réfèrent, pourra agir en garantie contre l'un des précédents vendeurs, qu'il pourra choisir à son gré *omisso medio* puisque tous sont tenus envers lui, sauf à celui qui est ainsi actionné, s'il n'est qu'un vendeur intermédiaire, à remonter à son tour jusqu'au vendeur originaire, c'est-à-dire jusqu'à celui qui, le premier, a vendu la chose depuis qu'elle est soumise au danger d'éviction dont la réalisation donne actuellement lieu au recours. Quand les ventes successives ont été faites moyennant des prix différents, si l'acheteur évincé n'est pas celui qui a payé le prix le plus élevé, il ne pourra, même en cas de subrogation, agir en restitution que pour le prix qu'il a lui-même déboursé (1).

(1) Cass. 5 fév. 1845, S. 45, 1, 420; DUVERGIER, t. I, n° 371; AU-

De ce que l'évincé, par le seul fait de l'aliénation consentie en sa faveur, s'est trouvé investi de toutes les actions qu'avait son auteur, il suit que désormais ces actions lui appartiennent en propre, qu'il les exercera comme étant siennes, et non comme faisant partie du patrimoine d'un autre, en vertu de l'art. 1166; que dès lors le bénéfice de ces actions lui appartiendra exclusivement (1).

Une autre conséquence du même aperçu c'est que le dernier acquéreur pourra avoir son recours en garantie contre les auteurs de son auteur immédiat, alors même qu'il ne l'aurait pas contre celui-ci, par exemple quand il a acheté avec la clause de non-garantie, ou quand la chose lui a été donnée. Il est certain en effet que son auteur immédiat lui a transmis tous les droits qu'il avait lui-même (2).

Lorsque le sous-acquéreur évincé recourt contre celui de qui il tient la chose, celui-ci, un adjudicataire par exemple, ne saurait se soustraire à la garantie sous prétexte qu'ayant acquis lui-même l'immeuble litigieux aux enchères, et l'ayant revendu *tel qu'il l'avait acheté*, avec indication de cette origine, aucune faute ne lui est imputable (3). La bonne foi du vendeur ne l'exonère pas en effet de l'obligation de garantie.

132. Nous avons déjà vu (*suprà*, n° 108) que la garantie pouvait être invoquée par voie d'exception, lorsque le trouble ou la tentative d'éviction émanait du vendeur lui-même.

Cette exception est opposable à toute personne qui, de son

BRY et RAU, § 355, texte et note 28; LAURENT, t. XXIV, n° 237; ARNTZ, t. III, n° 1003; GUILLOUARD, t. I, n° 347; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 548.

(1) Cass. 12 nov. 1884, S. 86, 1, 149; Bordeaux, 11 janv. 1888, S. 91, 2, 5.

(2) DOMAT, *Lois civ.*, liv. I, sect. 2; DURANTON, t. XVI, n°s 274 et suiv.; DUVERGIER, t. I, n° 343; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 141; AUBRY et RAU, § 355, texte et notes 25, 26, 27; LAURENT, t. XXIV, n°s 229 et 230; GUILLOUARD, t. I, n° 320; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 589.

(3) Cass. 2 déc. 1890, S. 94, 1, 342.

chef ou du chef de son auteur, se trouve dans la nécessité de garantir celui qu'elle attaque. Tel serait un vendeur non propriétaire au moment de la vente, mais qui le serait devenu postérieurement.

L'exception sera donc opposable aux héritiers du vendeur, à son légataire universel ou à titre universel, au donataire des biens présents et à venir, à la caution du vendeur et aux héritiers de cette caution.

Sera-t-elle également opposable à la femme commune agissant en revendication d'un bien à elle propre vendu par le mari? On a soutenu l'affirmative par le motif que la femme, en sa qualité de commune, est tenue pour sa part des obligations qui grèvent la communauté. Nous avons examiné ailleurs la question dans tous ses détails, et nous avons cru devoir nous prononcer pour la négative (Voy. t. IX, n^os^ 186 à 189).

Il va sans dire que l'exception de garantie cessera d'exister à l'encontre de la personne qui pourrait en être tenue, si cette personne s'est dépouillée de la qualité à raison de laquelle elle y était soumise. Ainsi l'héritier bénéficiaire ou qui répudie la succession, le légataire qui renonce à son legs, la femme commune qui renonce à la communauté, se trouveront à l'abri de l'exception de garantie.

133. Lorsque la garantie est ainsi invoquée par voie d'exception, le débat se trouve directement lié entre celui qui l'invoque et le prétendu garant, et toutes les questions soulevées par l'exception seront examinées sans qu'il y ait lieu de recourir à des formes particulières de procédure.

La situation n'est plus la même quand la garantie est invoquée par voie d'action.

Deux hypothèses doivent alors être distinguées :

L'acheteur troublé par une action en revendication ou autre réclamation compromettant tout ou partie de ses droits, peut se défendre lui-même, attendre que l'éviction soit consommée,

et diriger alors une action directe en garantie contre son vendeur.

Mais l'acheteur n'est pas obligé d'attendre que l'éviction soit consommée. La notion de la garantie implique, pour le vendeur, l'obligation de défendre son acheteur contre les tiers qui le troubleraient dans la jouissance du droit transmis, et même de prendre son *fait et cause*. Quand l'art. 182, C. pr. civ., dit que le garant *pourra* prendre le fait et cause du garanti, ce n'est pas pour exprimer que le garant est libre de prendre ou de ne pas prendre fait et cause pour le garanti lorsqu'il en est requis par celui-ci et qu'il ne conteste pas la garantie, mais pour indiquer que le revendiquant, demandeur originaire, ne peut pas refuser de défendre contre le garant sur l'action qu'il a intentée contre le garanti (1).

L'acheteur a donc le droit d'appeler le vendeur dans l'instance à fin d'être défendu par lui. Le garant ainsi appelé, pourra toujours, dit l'art. 182, C. pr. civ., prendre le fait et cause du garanti qui sera mis hors de cause s'il le requiert avant le premier jugement. Cependant le garanti quoique mis hors de cause pourra y assister pour la conservation de ses droits, et le demandeur originaire, c'est-à-dire le revendiquant, pourra demander qu'il y reste pour la conservation des siens.

Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie sera tenu de le faire dans la huitaine du jour de la demande originaire, outre un jour par cinq myriamètres (art. 175, C. pr. civ.). Mais le garant qui n'aurait pas été appelé en cause dans ce délai de huitaine ne pourra exciper du retard pour demander son renvoi, car ce délai n'a été prescrit que dans l'intérêt du demandeur principal pour éviter un trop long arrêt de l'instance, et non dans celui du garant (2).

134. L'acheteur agira prudemment en appelant toujours

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la proc.*, t. II, q. 775.
(2) Cass. 2 déc. 1890, S. 94, 1, 342.

son garant en cause ; car s'il succombe dans l'instance engagée contre lui, et qu'il veuille ensuite agir directement contre son vendeur, par voie principale, il est exposé à voir le vendeur se prévaloir contre lui de la disposition suivante :

ART. 1640. La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande (*).

Ce n'est donc pas sur l'acheteur que portera le fardeau de la preuve à cet égard. Le Code a réformé la règle généralement admise dans notre ancien droit, d'après laquelle celui qui voulait, après le jugement prononcé, recourir contre son garant, devait tout d'abord établir que celui-ci n'aurait pas eu le moyen de le défendre. C'est le vendeur qui devra prouver que l'acheteur s'est mal défendu ; il ne lui suffira pas de l'alléguer (1). L'exception tirée de notre art. 1640 ne pourrait être invoquée par un tiers qui, n'étant pas vendeur, était seulement indiqué pour recevoir le paiement du prix (2).

Si le vendeur appelé dans l'instance, a été obligé de prendre le fait et cause de l'acheteur, la sentence dépossédant ce dernier étant alors commune au garanti et au garant, celui-ci, qui a pu produire tous les moyens de défense dont il pouvait disposer, ne saurait, pour échapper à la garantie, alléguer l'erreur du juge.

Si le vendeur n'a pas été appelé dans l'instance, il pourra, d'après l'art. 1640, repousser l'action en garantie en prouvant non l'erreur du juge, mais la mauvaise défense de l'acheteur qui n'a pas présenté tous les moyens suffisants qui existaient pour faire rejeter la demande (3).

135. L'application des principes ci-dessus exposés ne pré-

(*) Art. 1640. — L. 53 § 1, D. 21, 2, *De evict.*
(1) Cass. 14 avr. 1885, S. 87, 1, 301.
(2) Cass. 11 janv. 1893, D. 95, 1, 179.
(3) GUILLOUARD, t. I, n° 314; Comp. Cass., 6 janv. 1841, S. 41, 1, 24.

sente aucune difficulté quand les questions de garantie s'agitent entre un seul créancier et un seul débiteur. Dans ce cas toute obligation, même divisible, doit être traitée comme si elle était indivisible, puisque le débiteur ne peut se libérer par une exécution partielle que le créancier est toujours en droit de refuser (art. 1220).

Mais si l'obligation de garantie a été contractée par plusieurs vendeurs non solidaires, ou au profit de plusieurs personnes, ou encore, ce qui revient au même, si l'une des parties est décédée laissant plusieurs héritiers, il y aura intérêt à rechercher le caractère de l'obligation, à vérifier si elle est divisible ou indivisible.

L'obligation du vendeur consiste à faire jouir de la chose d'une manière continue à titre de propriétaire; ce n'est que faute par lui d'exécuter cette obligation principale qu'il peut être tenu envers l'acquéreur soit à une indemnité, soit à la restitution du prix. Peu importe le moyen auquel il aura recours pour assurer l'exécution de cette obligation. Ce moyen consistera tantôt à rendre taisant le demandeur en revendication en obtenant de lui, n'importe comment, l'abandon de son action, tantôt à défendre en justice l'acheteur contre les prétentions de ce demandeur. Défendre n'est, en définitive, qu'un moyen pour le vendeur d'exécuter son obligation de maintenir l'acheteur en possession. Il n'est donc pas exact de prétendre que l'obligation de défendre soit l'objet principal et direct de la garantie. Quant à l'obligation elle-même de délivrer d'une manière continue, elle sera divisible ou indivisible suivant que son objet sera divisible ou indivisible.

136. Mais ce n'est pas ainsi que la question a été envisagée par les interprètes. Au lieu de rechercher, suivant les règles de l'analyse juridique, si l'obligation de garantir, *considérée en soi*, était divisible ou indivisible, on s'est demandé quel était le caractère d'abord de l'action en garantie, ensuite de l'exception de garantie. C'était là un point de départ tout à fait

inexact. Il ne s'agissait pas en effet de savoir quel était le caractère soit de l'action, soit de l'exception, mais seulement quel est le caractère de l'obligation *envisagée en soi*. Or, ce caractère une fois constaté doit demeurer le même, que l'obligation de garantie soit invoquée en demandant ou qu'elle soit invoquée en défendant (1).

Cette première erreur en a entraîné une autre. On s'est d'abord préoccupé de l'action; et comme au droit d'appeler garant en cause correspond, de la part des appelés, l'obligation de défendre, on a été amené à considérer cette obligation de défendre, qui n'est qu'un accessoire, un moyen pour assurer l'exécution de l'obligation principale d'effectuer *la délivrance continue*, c'est-à-dire de faire jouir de la chose, comme étant elle-même l'objet principal de la garantie!

Dumoulin (2) suivi plus tard par Pothier (3), fut donc amené à soutenir que l'action en garantie avait un double but ou deux chefs : l'un principal et direct, celui d'obliger le garant à défendre le garanti, et l'autre seulement subsidiaire, celui qui est relatif à la délivrance ou jouissance paisible de la chose. C'était précisément le contre-pied de la vérité.

Ce n'est pas tout : l'obligation relative à la délivrance ou jouissance paisible de la chose est manifestement divisible quand elle a pour objet une chose susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle. Cela ne pouvait être méconnu.

Mais en ce qui touche le chef relatif à l'obligation de défendre, Dumoulin se crut obligé de déclarer qu'il était indivisible. Pourquoi cela? Par respect pour certains textes du Digeste qui lui paraissaient ne pouvoir être interprétés que dans ce sens (4). Mais ces textes avaient trait, non pas à l'action en

(1) Comp. RODIÈRE, *De la solid. et de l'individ.*, n° 431.
(2) *Extricatio*, etc., Part. II, n°s 407 et suiv.
(3) *De la vente*, n°s 103-106.
(4) Voy. notamm. L. 62 §, D. 21, 2, *De evict.*; L. 85 § 5 et 139, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

garantie telle qu'elle est naturellement engendrée par le contrat de vente, mais à l'action dérivant de la *stipulatio duplæ* qui était la stipulation d'une clause pénale en cas d'éviction. Or la clause pénale avait pour effet, dans l'ancien droit romain, de transformer en quelque sorte une obligation divisible en obligation indivisible, en ce sens que la peine était encourue si l'obligation n'était exécutée qu'en partie, qu'elle l'était à l'égard de tous les débiteurs, si l'un d'eux seulement ne l'avait pas exécutée; d'où la conséquence que chaque débiteur devait l'exécuter pour le tout s'il voulait éviter la peine, et par suite devait défendre non seulement pour sa part, mais encore pour les parts de ses co-débiteurs. Le droit prétorien fit peu à peu disparaître ces rigueurs, et finalement le seul vestige de l'ancien droit qui survécut, fut cette règle que la vente devait être défendue pour le tout, *in solidum defendenda venditio...*, par les divers héritiers du vendeur, uniquement afin de rendre commune à tous les héritiers la chose jugée à l'égard d'un seul (1). Mais même avec cet effet restreint, la règle n'avait d'autre fondement que la *stipulatio duplæ*.

137. Les modernes ont en général adopté la solution donnée par Dumoulin et Pothier, en ce qui concerne l'action en garantie. Mais ils motivent leur adhésion d'une manière quelquefois bien singulière.

Pour les uns : « L'obligation de garantie est une obligation de faire, puisqu'elle consiste à prendre *fait* et *cause* pour l'acheteur (2). » — Pour les autres : « Cette obligation est une obligation de ne pas faire; elle consiste à ne pas troubler l'acheteur dans sa possession (3). » Nous avons déjà vu ce que

(1) EYSSAUTIER, *Nature de l'oblig. de garantie*, *Rev. crit.*, 1857; et *Journal de la Cour de Grenoble*, 1859, n^os^ 10 et 11. Cet opuscule, fort remarqué quand il parut, obtint sur presque tous les points l'adhésion de VALETTE.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 212.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 542.

vaut cette formule (*suprà*, n° 165). Mais finalement on se met d'accord en déclarant que l'obligation de défendre est essentiellement indivisible : « Comprendrait-on que l'on fasse valoir un tiers ou un quart d'argument (1); » — « Que le vendeur défendît l'acheteur à moitié ou au tiers? Qu'il prît son fait et cause pour partie? Qu'il soutînt le tiers ou le quart du procès, fît valoir le tiers ou le quart d'un moyen (2)? »

Non, certainement, on ne le comprendrait pas; aussi personne n'a jamais formulé de pareilles énormités ; il ne s'agit pas en effet de savoir si on peut donner le quart ou le tiers d'un argument, mais bien de savoir si le garant peut donner l'argument tout entier pour faire maintenir le garanti en possession, ne fût-ce que d'une partie de la chose. C'est donc la réfutation triomphante d'une absurdité qui n'a jamais été dite qui devient la meilleure raison et presque la seule du système que nous combattons. C'est elle qui a déterminé l'adhésion de la majorité des auteurs (3) et qui fait que la Cour de cassation persiste encore aujourd'hui à décider que la garantie due par le vendeur à l'acquéreur en vertu de l'art. 1625 constitue une obligation indivisible, *en tant qu'elle a pour objet de défendre* ce dernier contre tout trouble apporté à sa paisible possession, ou contre une éviction totale ou partielle de la chose vendue (4). Mais, dans la même doctrine, si l'acheteur est évincé, l'obligation se résout en dommages-intérêts, et alors elle devient divisible (5).

Voilà donc une obligation qui va changer de caractère, selon qu'on l'examinera sous telle ou telle face : elle était divi-

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 213.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

(3) DUVERGIER, t. I, n° 355; MARCADÉ, sur l'art. 1626; AUBRY et RAU, § 355, texte et note 7; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n 61 *bis* VI; LAURENT, t. XXIV, n° 213; ARNTZ, t. III, n° 996; BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*; GUILLOUARD, t. I, n° 340.

(4) Cass. 8 nov. 1893, S. 94, 1, 401.

(5) Cass. 14 avr. 1885, S. 87, 1, 301.

sible quand elle devait se traduire dans sa forme principale d'exécution, la délivrance ; elle devient indivisible quand la validité de cette délivrance fait l'objet d'une contestation ; elle redevient divisible quand on arrive au résultat final, le paiement d'une indemnité ; et cependant c'est toujours en définitive la même opération se poursuivant avec toutes ses conséquences !....

« Si la garantie, a écrit un auteur, n'est que le prolongement de la délivrance, comment pourrait-elle avoir une autre nature ! Comment une ligne qui, au point du départ, est droite, pourrait-t-elle, rien qu'en se prolongeant, devenir circulaire (1) ! »

138. Si l'action en garantie est indivisible pour les motifs ci-dessus examinés, que fallait-il décider pour l'exception de garantie ? La logique commandait d'adopter pour l'exception la même solution que pour l'action. Mais les exigences évidentes de l'équité parurent à Dumoulin plus fortes qu'une logique étroite.

Supposons, par exemple, que la chose d'autrui ait été vendue et qu'au nombre des héritiers du vendeur se trouve le véritable propriétaire ; celui-ci n'est appelé à la succession que pour sa part virile, et n'est tenu des obligations du vendeur que dans la même proportion. Pourra-t-il, dans ces conditions, revendiquer la chose en excluant de sa revendication la portion de cette chose correspondant à sa part héréditaire, le tiers ou le quart, etc. ? Ou bien pourrait-il être repoussé par l'exception *quem de evictione...* pour la totalité ? L'équité exigeait manifestement une réponse négative. Dumoulin n'étant plus gêné par les textes n'hésita pas à la donner (2), et il fut suivi par Pothier (3).

(1) RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 431.
(2) DUMOULIN, *Extricatio*, etc., Part. II, n°s 487 et suiv.
(3) *De la vente*, n° 173.

Cette évolution est remarquable ; pour la justifier Dumoulin et Pothier sont obligés d'admettre précisément les principes que nous avons exposés ; ils distinguent alors dans la garantie trois chefs : maintenir en possession d'une manière continue, c'est-à-dire faire jouir de la chose, défendre, et enfin payer les dommages-intérêts ; mais ils posent en principe que l'obligation principale consiste à faire jouir de la chose, c'est-à-dire à en opérer la délivrance continue ; or faire jouir n'est pas autre chose que défendre...

Ils ont été suivis par quelques auteurs (1), mais les autres les ont accusé d'illogisme et ont décidé que l'exception devait, comme l'action, être indivisible, et la Cour de cassation s'est rangée à cet avis (2). Il est certain que la décision préalablement admise quant à l'action pèse de tout son poids quand il s'agit de l'exception. Mais si on avait commencé par examiner la difficulté en envisageant l'obligation de garantie en elle-même, on serait probablement arrivé à reconnaître, avec Rodière, que l'action et l'exception de garantie doivent être également divisibles (3).

139. On pourrait, cependant, objecter que l'acheteur, quand il s'agit d'ailleurs d'une chose divisible en soi, a cependant traité pour avoir la chose entière ; que c'est pareillement une délivrance entière que le vendeur s'est proposé d'effectuer, et qu'admettre la divisibilité de l'action ou de l'exception, c'est réduire l'acquéreur à se contenter d'une prestation partielle. Or, comme il faut tenir compte de l'intention des parties, ne faut-il pas reconnaître que l'obligation est au moins indivisible *solutione?*

Nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître qu'il

(1) RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 432 ; LAROMBIÈRE, art. 1222, 1223, n^os^ 17-21 ; Comp. DURANTON, t. XVI, n° 255.

(2) Arrêt précité du 8 nov. 1893.

(3) RODIÈRE, *loc. cit.* ; EYSSAUTIER, *loc. cit.* ; VIGIÉ, *Cours élém. de Dr. civ.*, t. III, n° 735.

faudra, en effet, interpréter ainsi la volonté des parties toutes les fois que les faits le commanderont. Mais puisque l'article 1636 suppose que, dans certains cas, l'acquéreur pourra être réduit à n'avoir qu'une partie de la chose, il faut bien admettre aussi qu'il existe des cas où cette prétendue volonté n'existe pas, et c'est alors que nous soutenons que la délivrance et l'obligation de garantie sont divisibles (1).

Dans l'opinion contraire, il arriverait que l'éviction portant sur une partie aurait toujours pour effet de donner à l'acquéreur le droit d'agir comme s'il était évincé de la totalité. Si en effet l'acquéreur est évincé d'une partie seulement de la chose, la vente tient, à moins que cette partie soit de telle importance que l'art. 1636 puisse être appliqué. Ainsi, par exemple, l'acquéreur d'un domaine est évincé d'une partie tout à fait indifférente : il ne pourra pas faire résilier la vente et devra se contenter de ce qui lui reste et qui forme la partie principale. Supposons, au contraire, qu'il soit évincé de la totalité, mais que l'un des garants ait le pouvoir de le maintenir en possession de cette même partie principale: c'est en vain que le garant chercherait à satisfaire à son obligation en procurant ce résultat au vendeur, si l'on admet l'indivisibilité de la garantie. En fait, cependant, le résultat serait le même dans l'un et l'autre cas (2).

D'un autre côté, lorsque l'acheteur évincé agit en garantie contre les divers héritiers du vendeur, et que l'un d'eux lui procure le maintien en possession de sa part virile, on ne peut plus lui rien demander en principe. Mais si les autres ne peuvent aussi procurer le même résultat pour leur part, faudra-t-il que l'acquéreur se trouve par là, grâce à la divisibilité de la garantie, obligé de se contenter d'une fraction quelquefois minime de la chose? Non; il faudra toujours

(1) EYSSAUTIER, *loc. cit.*, nos 18 et 19.
(2) *Ibid.*, no 18.

appliquer l'art. 1636, c'est-à-dire qu'il ne suffira pas à l'un des garants de maintenir purement et simplement l'acquéreur en possession de sa part virile, il faut de plus que la portion ainsi offerte soit suffisante pour que ce dernier, ne se trouvant plus dépossédé que d'une fraction sans importance, n'ait pas le droit de demander la résiliation de la vente (1).

140. L'obligation de venir défendre le garanti et au besoin de prendre son fait et cause, a pour conséquence de soumettre le garant, assigné incidemment en garantie, à la nécessité de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'il dénie être garant (article 59 § 8, art. 181, C. pr. civ.).

Cette dérogation au principe que nul ne peut être distrait de ses juges naturels ne paraît pouvoir être appliquée que dans les cas où la compétence est établie seulement à raison du domicile de l'assigné ou de la situation de l'objet litigieux. Ainsi on ne pourrait appeler devant un tribunal de commerce un garant qui ne serait pas justiciable de ces tribunaux *ratione materiæ*.

Mais s'il paraît par écrit ou par *l'évidence du fait*, comme le dit l'art. 181, que la demande originaire n'a été formée que pour traduire le garant hors de son tribunal, les juges saisis de cette demande devront l'y renvoyer, pourvu qu'il ait pris des conclusions à cet effet ; ils ne pourraient pas prononcer ce renvoi d'office (2).

Si la demande en garantie était formée après le jugement sur l'action principale, elle deviendrait elle-même principale, et dès lors il n'y aurait pas lieu de déroger à la règle générale de l'art. 59 § 1, C. pr. civ.

141. L'action en garantie s'éteint par la prescription de

(1) *Ibid.*, n° 20.
(2) CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, t. II, q. 774.

trente ans (art. 2262), à partir de l'éviction (art. 2257). Mais de quelle éviction s'agit-il ? s'agit-il de l'éviction consommée en vertu d'un jugement définitif, ou du trouble que les auteurs assimilent toujours à l'éviction (Voy. *suprà*, n° 104)?

Pour ceux qui admettent que le but principal et direct de l'action en garantie, c'est d'obliger le garant à prendre le fait et cause du garanti et à le défendre contre l'action en revendication dirigée contre lui, il ne saurait y avoir de doute : il faut entendre le mot éviction dans le sens le plus large, et il y aura éviction non seulement quand un jugement la prononcera, mais dès qu'il y aura trouble et par conséquent les trente ans commenceront à courir à partir du trouble (1). Cette opinion était prépondérante dans l'ancien droit chez les auteurs qui suivaient la doctrine de Dumoulin et de Pothier.

Pour nous, qui avons toujours considéré l'action d'assistance en cause comme le préparatoire de l'action en garantie pleine ou action en indemnité, nous pensons qu'il faut entendre le mot éviction dans le sens d'une dépossession judiciaire et que les trente ans courront seulement à partir de l'éviction prononcée.

Cette solution est adoptée, il faut le remarquer, même par certains auteurs qui suivent encore aujourd'hui, sur la nature de l'action en garantie, l'opinion de Dumoulin (2).

Ainsi donc il faut distinguer : si l'acheteur de la chose d'autrui veut agir par l'action en nullité, en vertu de l'article 1599, il doit agir dans les dix ans à partir de la découverte de l'erreur (art. 1304). Si l'acheteur n'exerce pas cette action en nullité, et qu'il soit évincé après les dix ans, il aura toujours l'action en garantie (*suprà*, n° 68). Laurent s'en étonne et se demande « Comment il peut résulter du même

(1) Voy. BELTJENS, *Encyclop.*, sur l'art. 2257, n° 7.
(2) LAURENT, XXXII, n° 23; Comp. GUILLOUARD, t. I, n° 392.

fait juridique (vente de la chose d'autrui) deux actions l'une de dix ans et l'autre de trente ans (1) ! » Mais l'observation n'est pas exacte ; il est plus vrai de dire que le même fait peut donner à deux actions l'occasion de naître en vertu de causes différentes. L'action en nullité dérive de l'erreur ; l'action en garantie dérive de l'éviction, et le point de départ des deux actions n'est pas le même.

§ 2. — De la garantie des défauts de la chose vendue.

N° 1. — *Garantie des vices cachés dans les ventes ordinaires.*

142. — L'absence d'une qualité n'est pas un défaut.
143. — Des défauts cachés ; quand la garantie en est-elle due, article 1641 ? Doivent-ils exister à l'époque du contrat ou de la livraison ?
144. — Quand le défaut est-il caché ?
145. — *Quid* dans les ventes de valeurs de bourse, titres au porteur, brevets d'invention, etc. ?
146. — *Quid* en matière de transmission d'office ;
147. — Et de vente d'immeubles ?
148. — Gravité que doit présenter le vice caché.
149. — Des défauts ou vices apparents ; le vendeur n'en est pas tenu, art. 1642.
150. — La bonne foi du vendeur est indifférente, art. 1643 ; pouvoirs du juge.
151. — Option accordée à l'acheteur, art. 1644.
152. — Obligations du vendeur en cas de résolution de la vente, art. 1645 et 1646.
153. — Perte de la chose vendue qui avait des vices, art. 1647.
154. — Transmissibilité de l'action appartenant à l'acheteur.
155. — En matière de transmission d'office, il n'y a lieu qu'à une action en réduction.
156. — Durée des actions résultant des vices rédhibitoires, art. 1648.
157. — Elles n'ont pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice, art. 1649.

142. D'après l'art. 1625, la garantie a pour objet, indépendamment de l'éviction proprement dite de la chose vendue,

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 264 ; Comp. GUILLOUARD, t. I, n° 392.

les défauts cachés de cette chose, ou les vices rédhibitoires.

Il s'agit encore d'une hypothèse où l'acquéreur *s'est trompé*.

Si son erreur avait porté sur la substance même de la chose vendue, l'acheteur aurait l'action en nullité. Ainsi, dans une vente d'objets d'art anciens, dont l'authenticité a été garantie à l'acheteur, le défaut d'ancienneté constitue non un vice caché donnant lieu à une action devant être intentée dans un bref délai (art. 1648), mais une erreur substantielle entraînant la nullité de la vente (1).

Si l'acheteur s'est trompé seulement sur l'existence d'une qualité secondaire ou accessoire, il n'aura pas l'action en nullité, sauf dans le cas où les parties auraient convenu de faire de la présence de cette qualité une condition du contrat.

Par conséquent, si l'acheteur tient à trouver dans la chose dont il veut se rendre acquéreur, certaines qualités qui pourraient exister comme ne pas exister, c'est à lui d'interpeller le vendeur sur ce point. Le vendeur qui ne saurait deviner les intentions de l'acheteur, n'est pas tenu d'aviser ce dernier de l'absence de certaines qualités (2).

En effet, l'absence d'une qualité n'est pas un défaut (3).

Ainsi la circonstance qu'un vin n'a pas été sucré peut être considérée comme attributive d'une qualité. Mais la circonstance qu'un vin a été sucré, dans des proportions normales ne peut être considérée comme attributive d'un défaut, surtout dans une région où le sucrage est généralement employé (4).

Il ne faut donc pas confondre l'absence d'une qualité, non convenue ou d'un agrément avec un défaut positif (5).

(1) Paris, 5 mars 1890, S. 90, 2, 133.
(2) Voy. Toulouse, 19 mars 1889, S. 90, 2, 61.
(3) LAURENT, t. XXIV, n° 281.
(4) Arrêt précité du 19 mars 1889.
(5) Comp. AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 9; GUILLOUARD, t. I, n°s 416 et 422.

Le défaut est une certaine manière d'être de la chose, qui la rend impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou qui en diminue la valeur.

143. Un tel défaut peut être apparent ou caché. Ainsi la cécité d'un cheval est un vice apparent. L'acheteur pouvait en constater lui-même l'existence. Il ne pourra donc pas demander la nullité de son achat, si d'ailleurs le vendeur n'a employé aucune manœuvre pour dissimuler l'infirmité du cheval vendu (1).

Pour les défauts cachés, qu'une inspection ordinaire de la chose ne pouvait révéler, il doit en être autrement quand ils présentent uue certaine gravité :

ART. 1641. Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Tel est le principe général dont nous allons examiner les principales conséquences et applications ; nous verrons ensuite quelles sont les règles spéciales que la loi a dû formuler en ce qui touche la vente des animaux domestiques.

De ce que la présence d'un défaut caché est la cause d'une certaine altération du consentement donné par l'acheteur, il suit que le défaut dont il s'agit doit, en principe, exister au moment où les parties se sont mises d'accord pour conclure le contrat, c'est-à-dire au moment même de la vente, quand il s'agit d'un corps certain. A dater de cette époque, en effet, les risques sont pour le compte de l'acheteur. Cependant si le vendeur s'est chargé d'expédier à l'acheteur l'objet acheté, et si, par sa faute, cet objet vient à être gravement avarié, l'acheteur pourra demander la résiliation du contrat, car alors les parties auront envisagé l'état de la chose au moment de sa remise entre les mains de l'acheteur (2).

(1) Paris, 1er avr. 1887, D. 87, 2, 256.
(2) Comp. Paris, 12 juill. 1887, D. 88, 2, 184.

Quelquefois la vente d'un objet est faite avec la clause : « garanti pour deux ans ». Cela doit s'entendre d'une limitation de l'obligation de garantir les défauts cachés de la chose vendue, et non de toutes les réparations qui seraient nécessaires durant ce laps de temps (1).

Dans les ventes de marchandises *in genere*, qui sont suivies d'une livraison immédiate, le moment du contrat et celui de la livraison se confondent. Si plus tard un certain vice se manifeste, il faudra vérifier si ce vice existait, au moins en germe, au moment du contrat.

Dans les ventes à livrer, quand la livraison doit avoir lieu à une époque postérieure à la vente, il suffit que le vice ait existé en germe lorsque la marchandise est sortie des magasins du vendeur (2). Les parties se sont en effet reportées à ce moment pour envisager l'état de la chose.

Dans les ventes conditionnelles, la garantie est due si le vice existait au moment de l'accomplissement de la condition (3).

144. Le vice doit exister aux époques ci-dessus indiquées d'une manière cachée. Il y aura vice caché, lorsqu'aucune circonstance extérieure ne peut en révéler l'existence à l'acheteur. Il en sera ainsi notamment du vice dont on ne peut se convaincre que par une analyse chimique ou par l'emploi de la marchandise livrée.

Ainsi, dans le commerce des graines achetées pour être semées, le vice qui les empêche de germer ne pourra être connu que si ces graines ont été semées. Dans ce cas il pourra y avoir des difficultés pour savoir si le défaut de force germinative provient d'un vice propre à la marchandise ou de causes extérieures. Mais les juges trouveront des éléments

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1641, n° 27.
(2) Cass. 8 mars 1892, D. 92, 1, 204.
(3) Voy. ARNTZ, t. III, n° 1014.

de solution soit dans une expertise, soit dans les circonstances de la cause et les déclarations et reconnaissances faites par les parties (1). Il importe peu que les graines aient été vendues sur échantillon. La circonstance qu'elles sont propres à la germination ne peut en effet être constatée sur simple échantillon dont la remise n'a d'autre but que de permettre la vérification de la qualité apparente et de la conformité de la marchandise (Voy. *suprà*, n° 22) (2). Mais si un marchand avait livré, par exemple, du blé d'automne comme étant du blé de mars, il y aurait lieu à appliquer, non pas l'art. 1641 (3), mais les principes généraux en matière de dol, la chose livrée étant autre que la chose vendue.

Dans les ventes de raisins frais, avec stipulation que les raisins seraient de premier choix, produisant un vin ayant un certain nombre de degrés alcooliques, il y aura vice caché, s'il résulte de l'expertise que le vin provenant de ces raisins affectés d'une fermentation putride, a un degré alcoolique inférieur et est impotable et non marchand (4).

Au lieu d'ordonner une expertise proprement dite, les juges auraient pu recourir à un examen chimique fait au microscope. Une Cour a, fort arbitrairement, décidé que les juges ne pouvaient, en se fondant sur les données toujours incertaines d'un examen chimique fait au miscroscope, repousser les résultats d'une expertise déclarant le vin loyal et marchand (5). Mais la loi n'a pas limité les moyens par lesquels les vices rédhibitoires peuvent être démontrés, et le juge se décide en toute liberté selon les éléments d'appréciation que

(1) Rouen, 22 mai 1886, S. 88, 2, 166; Comp. AUBRY et RAU, § 355, texte et note 3; GUILLOUARD, t. I, n° 426.

(2) Bruxelles, 16 mars 1880, *Pas.*, 80, 2, 101; *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 435.

(3) *Contrà*, Trib. Seine, 13 juin 1893, D. 94, 2, 510.

(4) Poitiers, 9 déc. 1891, S. 94, 2, 194.

(5) Bordeaux, 11 juill. 1888, D. 89, 2, 10, et la note.

la cause lui fournit. Il en serait autrement si les parties avaient convenu que le vendeur ne serait tenu à aucune garantie pour les vices cachés qu'une analyse chimique pourrait seule révéler (1).

145. Le principe de l'art. 1641 doit recevoir son application à la vente des valeurs de bourse. Lorsque des valeurs de ce genre étaient, au moment de leur vente, sujettes à une contestation ne permettant pas à l'acheteur d'en percevoir les intérêts, elles doivent être considérées comme affectées d'un vice caché les rendant impropres à l'usage auquel elles étaient destinées (2).

La circonstance qu'un titre au porteur a été volé ou perdu entache ce titre d'un vice caché, car rien n'en révèle l'existence à celui qui voudrait s'en porter acquéreur. On peut se demander, à ce propos, si la loi du 15 juin 1872 a dérogé à la loi générale sur les vices cachés, en décidant que le vol ou la perte ne permettront la revendication que s'ils ont été suivis d'opposition régulière rendue publique conformément à la loi. L'affirmative doit être admise pour les négociations en bourse par l'intermédiaire d'agent de change (3), mais non pour les ventes en banque (4).

Il faut encore appliquer l'art. 1641 aux ventes d'un syndicat, d'un brevet d'invention, du bénéfice d'une concession, d'un monopole, d'un office ministériel, etc. Les auteurs et les arrêts emploient souvent le mot *cession* pour désigner la *vente* ou *transmission* de ces objets incorporels, afin de les déclarer cessibles ou non cessibles. Nous avons démontré ailleurs qu'il n'y a aucune espèce de rapport entre la cession proprement dite d'un droit de demande, et les transmissions dont nous venons de parler qui sont des ventes ordinaires ou

(1) Cass. 27 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 12-14 avr. 1896.
(2) Cass. 7 nov. 1893, D. 94, 1, 258; Paris, 28 avr. 1887, D. 88, 2, 106.
(3) Cass. 14 juin 1892, D. 93, 1, 500.
(4) Comp. arrêt précité du 7 nov. 1893.

des opérations régies par les principes de la vente et non par ceux de la cession (1).

146. Les transmissions d'offices, pour tout ce qui concerne les difficultés dans lesquelles l'intérêt des parties est seul en question sont soumises aux règles établies par les art. 1641 et suiv., mais chaque fois qu'un intérêt d'ordre public s'y rattache, toutes ces difficultés doivent être soumises au contrôle du gouvernement, non seulement en ce qui touche les aptitudes et les conditions personnelles et professionnelles exigées du candidat, mais aussi pour ce qui concerne les clauses du traité de transmission (2).

Cette distinction consacrée par la Cour de cassation prête singulièrement à l'arbitraire, car en matière de transmission d'office, on peut tout rattacher à ce qu'on appelle l'*ordre public*.

Ainsi il est admis, à peu près sans difficulté, que l'acquéreur d'un office ministériel peut obtenir une réduction du prix convenu quand il est établi que ce prix est supérieur à la valeur réelle de l'office.

Il y aura donc vice caché lorsque les affaires du vendeur étaient au moment de la vente et à l'insu de l'acheteur dans un état tel que, peu après, il a été déclaré en faillite et a pris la fuite, etc. (3).

Il y aura encore vice caché s'il est établi que le prix convenu de la transmission était supérieur à la valeur réelle de l'office, l'état des produits ayant été calculé sur des bases erronées (4).

Mais il est rationnel de décider qu'il n'y aura pas vice caché si le vendeur a mis à la disposition de son acheteur tous

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 134.
(2) Cass. 22 mai 1889, S. 89, 1, 452.
(3) Bordeaux, 12 fév. 1894, D. 94, 2, 339.
(4) Cass. 7 janv. 1891, D. 91, 1, 262; Amiens, 4 juill. 1894, D. 95, 2, 44.

les papiers, minutes, registres et documents propres à éclairer ce dernier, et ne lui a rien caché de ce qu'il avait intérêt à connaître (1).

La Cour de cassation décide cependant que si le gouvernement a été trompé par les états dressés pour permettre la fixation du prix de l'office, la fraude ainsi commise envers lui constitue un vice qui entache d'une nullité d'ordre public l'engagement pris par l'acheteur de payer en vertu du traité une somme dépassant la valeur de l'office, quand même l'acheteur n'aurait pas été dans l'impossibilité de connaître l'exgération des produits portés dans les états (2).

La même Cour décide encore que l'acheteur ne peut demander la réduction du prix pour cause de dissimulation du chiffre réel des recouvrements à opérer par le vendeur, qu'autant que l'acheteur aurait été, au moment où il contractait, dolosivement trompé par le vendeur qui lui aurait frauduleusement caché l'état réel des recouvrements (3).

Les distinctions plus ou moins subtiles qui pourraient être faites pour concilier entre elles les décisions qui précèdent, ne sauraient empêcher qu'elles reposent en définitive sur une appréciation arbitraire, et que les juges ont des moyens faciles pour admettre ou repousser à leur gré les prétentions du demandeur.

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'approbation donnée par la chancellerie au traité intervenu entre les parties, ayant seulement pour but de sauvegarder l'intérêt public, ne peut créer une fin de non-recevoir contre l'acheteur qui demeure armé de tous les droits que la loi donne à un acheteur ordinaire, sauf celui de demander la résolution de son traité (4). Mais, tant que la transmission de l'office n'a pas été opérée

(1) Agen, 15 janv. 1889, D. 90, 2, 25.
(2) Cass. 22 mai 1889, S. 89, 1, 452.
(3) Cass. 11 janv. 1890, 7 janv. 1891, S. 92, 1, 449.
(4) Cass. 7 déc. 1885, D. 86, 1, 16; GUILLOUARD, t. I, n° 444.

par un décret du gouvernement, les tribunaux ne peuvent intervenir dans la fixation du prix; ils ne peuvent en conséquence, ni prononcer la nullité, pour cause d'évaluation exagérée des produits, d'un traité non encore approuvé par le gouvernement, ni accorder une réduction du prix convenu (1).

147. La garantie pour défauts cachés a également lieu dans les ventes d'immeubles (2). Il ne s'agit pas de charges, telles qu'une servitude, dont la présence ou l'absence équivaut à une éviction partielle, mais de défectuosités intrinsèques qui, sans grever l'immeuble d'un droit réel, empêchent l'acheteur de s'en servir, selon sa destination, durant un temps plus ou moins long.

On peut citer comme exemples de vices cachés, dans les ventes d'immeubles, le mauvais état des fondations, la mauvaise qualité des matériaux employés, le trop faible équarrissage des poutres maîtresses, etc. De tels vices, en effet, par la nature et la partie du bâtiment qu'ils affectent, peuvent échapper à un examen attentif.

On s'est demandé si l'acheteur de la mitoyenneté d'un mur peut recourir contre l'ancien propriétaire, lorsque ce mur a de mauvaises fondations ou quelque autre vice caché.

Une distinction est nécessaire : la garantie du vice caché sera due en cas de vente amiable de la mitoyenneté, elle ne sera pas due en cas d'abandon forcé (Voy. t. IV, n° 341). Dans ce dernier cas l'acquéreur du mur mitoyen doit le prendre comme il se trouve; c'est à lui d'en faire bien examiner l'état. Quelques auteurs ne font pas cependant cette distinction et refusent dans les deux hypothèses tout recours à l'acquéreur (3).

(1) Agen, 15 janv. 1889, S. 90, 2, 189.

(2) Cass. 23 août 1865, S. 65, 1, 397; Paris, 21 juin 1870, S. 70, 2, 267; DUVERGIER, t. I, n° 306; AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 12; LAURENT, t. XXIV, n° 287; ARNTZ, t. III, n° 1011; GUILLOUARD, t. I, n° 438; *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 317.

(3) GUILLOUARD, t. I, n° 439, et les autorités citées; Cass. 17 février 1864, S. 64, 1, 117.

148. D'une manière générale le défaut caché dont la chose vendue, quelle qu'elle soit, se trouve atteinte, doit présenter une certaine gravité. La loi donne en quelque sorte la mesure de cette gravité, en déclarant que ce défaut doit rendre la chose *impropre à l'usage auquel on la destine*, ou diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il l'avait connu.

Il faut donc que l'usage auquel la chose est destinée soit connu des deux parties. Si l'acheteur se propose de donner à la chose une destination *spéciale* différente de sa destination ordinaire, il doit en avertir le vendeur (1).

Dans tous les cas les juges du fait auront à apprécier souverainement si le vice allégué a une gravité suffisante pour légitimer les réclamations de l'acheteur.

149. Les vices de la chose ne sont plus cachés, bien qu'ils ne frappent pas les regards, lorsque l'acheteur a eu la possibilité de les apercevoir. Les défauts d'une machine à vapeur par exemple ne sont pas cachés, s'il suffit, pour les découvrir, de démonter les organes essentiels de la machine. C'est à l'acheteur à faire cette vérification; tant pis pour lui s'il la néglige. Cela semble supposer néanmoins chez l'acheteur certaines connaissances spéciales. Ainsi on a jugé que la faiblesse du tube de direction d'une bicyclette constituait un vice caché quand elle était dissimulée par certaines pièces aux yeux d'un acheteur sans connaissances techniques (2); mais l'acheteur aurait dû se faire assister par un homme compétant.

ART. 1642. Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même (*),

soit par une vérification personnelle, soit par une vérification faite par un auxiliaire.

(*) Art. 1642. — L. 1 § 6; L. 14 § 10, D. 21, 1, *De ædil. edict.*

(1) AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 3; GUILLOUARD, t. I, n° 424; Comp. Cass. 4 janv. 1859, S. 59, 1, 436.

(2) Bourges, 27 juin 1893, D. 94, 2, 573.

Cette règle est d'une application générale (1). Remarquons cependant qu'en matière commerciale certains vices apparents sont réputés cachés, dans le sens de la loi, lorsqu'il s'agit de marchandises expédiées en forte quantité, par balles ou par caisses (2); c'est-à-dire que la prise de livraison de la marchandise ainsi expédiée, n'entraînera pas nécessairement une acceptation sur laquelle il ne serait pas possible de revenir.

D'après une certaine jurisprudence il faudrait assimiler aux vices apparents ceux que l'acheteur a dû naturellement prévoir. Il en serait ainsi, notamment, des prédispositions morbides du vin, lequel est naturellement sujet à de nombreuses maladies et *travaille toujours*, sans que la science puisse déterminer les causes de ce travail incessant. Il serait seulement loisible pour l'acheteur de se réserver, pour ce cas, une garantie conventionnelle (3). On pourrait aller loin avec une pareille jurisprudence qui tend, en définitive, à exonérer le vendeur de toute espèce de responsabilité.

Certains contrats sont, par la nature de leur objet, exclusifs de tout vice caché, en ce sens que l'acheteur pourra toujours se convaincre par lui-même du véritable état de la chose vendue. C'est ce qui a lieu dans le *contrat d'édition*. Celui qui achète un manuscrit pour l'éditer est censé l'avoir lu ou fait lire par un homme compétent, et par conséquent ne saurait être admis à soutenir plus tard que le livre par lui édité est mal fait, ou contient des doctrines politiques, littéraires ou scientifiques de nature à en compromettre le succès commercial. C'est ce qui a été reconnu par un jugement du tribunal de commerce de la Seine (4). La solution ne saurait être

(1) Cass. 11 nov. 1890, D. 91, 1, 429.

(2) Gand, 29 juill. 1875, *Pas.*, 76, 2, 20; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 284; ARNTZ, t. III, n° 1012.

(3) Bordeaux, 21 mai 1894, D. 95, 2, 76.

(4) 14 oct. 1868, D. 69, 3, 54.

différente s'il s'agit de doctrines ou opinions soit philosophiques, soit théologiques. Un jugement du même tribunal, cité par Laurent (1), a cependant décidé que la mise à *l'index* d'un ouvrage résultait d'un vice caché dont le vendeur est responsable. Mais l'éditeur est encore censé avoir lu et compris la signification de l'œuvre, et il l'a publiée à ses risques et périls ; peut-être même a-t-il compté sur la notoriété et l'attrait dérivant d'une mise à *l'index*. D'ailleurs si les décisions de la congrégation de *l'index* peuvent avoir une certaine autorité sur les consciences individuelles, elles ne sauraient être invoquées devant les tribunaux français. C'est du reste au moment du contrat que la chose vendue doit être vérifiée, et le fait de la publication implique qu'une vérification suffisante ou jugée telle, a eu lieu.

150. En fait de vices cachés, la bonne foi du vendeur est indifférente :

ART. 1643. Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie (*).

Par conséquent le vendeur qui a connaissance des vices cachés en reste garant quoiqu'il ait stipulé le contraire. C'es alors à l'acheteur de prouver qu'au moment de la vente, le vendeur avait connaissance de ces vices. Le vendeur doit cependant être réputé les avoir connus quand il est le fabricant de la chose soit par lui-même, soit par ses ouvriers, de l'aptitude desquels il doit répondre. La clause générale de non-garantie ne saurait d'ailleurs l'affranchir de la responsabilité résultant de ses faits personnels (2).

Le juge du fond apprécie souverainement l'étendue de la

(*) Art. 1643. — L. 1 § 2; L. 14 § 9; L. 63, D. 21, 1, *De ædil. edict.*

(1) T. XXIV, n° 283; Comp. GUILLOUARD, t. I, n^{os} 427 et 428.

(2) DUVERGIER, t. I, n° 400; AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 20; LAURENT, t. XXIV, n° 280; BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1643, n^{os} 13 et 16; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 582; GUILLOUARD, t. I, n^{os} 453, 463.

garantie promise par le vendeur ; notamment si elle comprend aussi bien les vices apparents que les vices cachés (1). On a décidé que la clause de non-garantie d'aucun vice ou défaut quelconque pouvait résulter de la vileté du prix (2), surtout quand à cette vileté du prix se joint la circonstance que l'acheteur avait des connaissances spéciales lui permettant de se rendre compte de la valeur de la chose (3). Mais il est difficile d'ériger de telles solutions en règle générale.

Les art. 1641 et 1642 sont inapplicables au déficit sur la quantité livrée, déficit qui ne peut donner lieu qu'à une réduction proportionnelle du prix (4).

151. Voyons maintenant en quoi consiste la sanction destinée à assurer l'observation des règles qui précèdent :

ART. 1644. Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts (*).

Dans le premier cas l'acheteur intente l'action rédhibitoire par laquelle il demande la résiliation de la vente ; dans le second cas il intente l'action *quanti minoris* qui tend à obtenir une diminution du prix.

L'acheteur pourrait encore, en vertu des principes généraux sur la garantie, n'exercer ni l'une ni l'autre de ces actions, et demander simplement que l'acheteur, si cela est possible, répare les défauts de la chose vendue (5).

Il a le choix entre les deux actions que lui accorde l'article 1644. Après en avoir intenté une, il peut l'abandonner tant qu'il n'est pas intervenu un jugement ou acquiescement,

(*) Art. 1644. — L. 21, 1, *De œdil. edict.*

(1) Cass. Belge, 14 janv. 1886, *Pas.*, 86, 1, 45.

(2) Trib. Gand, 24 avr. 1880, *Pas.*, 81, 3, 75.

(3) Trib. Bruxelles, 10 juill. 1876, *Cl.* et *B.*, 76-77, 936.

(4) AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 6 ; GUILLOUARD, t. I, n° 434.

(5) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1644, n° 4 ; GUILLOUARD, t. I, n° 457 ; Amiens, 6 juin 1875, S. 76, 2, 225 ; *Contrà*, LAURENT, t. XXIV, n° 291.

et intenter l'autre (1). Il faut remarquer cependant qu'il ne peut plus intenter l'action en résolution quand il s'est mis dans l'impossibilité de rendre la chose en la revendant à un tiers (2).

L'action rédhibitoire a en effet pour conséquence d'une part, d'obliger le vendeur à restituer le prix avec les intérêts depuis le jour du paiement (3), d'autre part à soumettre le vendeur à l'obligation de restituer la chose ou ce qui en reste, avec les accessoires et les fruits depuis la livraison, sauf l'application de l'art. 1647.

Si l'acheteur sur la tête de qui s'est ouvert le droit d'option entre les deux actions dont il s'agit, décède avant de s'être prononcé laissant plusieurs héritiers, ces derniers, avant le partage, devront s'entendre pour exercer tous ensemble, soit l'action rédhibitoire, soit l'action en *quanti minoris;* après le partage celui d'entre eux à qui la chose vendue à l'auteur commun aura été attribuée *cum omni causa*, exercera son choix comme s'il était seul (Comp. t. VII, nos 374 et 375).

L'action rédhibitoire envisagée quant à son résultat final ne peut aboutir à une résolution partielle. Le vice atteignant la chose dans une de ses parties doit entraîner la résolution totale du contrat. On admet cependant que lorsqu'il s'agit de marchandises dont la livraison doit se faire successivement, par quantités divisées, les juges peuvent scinder le contrat en le maintenant pour les fournitures faites, et en le résiliant pour celles qui restent à faire (4).

152. L'acheteur agira donc soit en résolution de la vente,

(1) Cass. 21 janv. 1856, S. 56, 1, 665; AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 18; LAURENT, t. XXIV, n° 290; ARNTZ, t. III, n° 1015; GUILLOUARD, t. I, n° 458.

(2) Bruxelles, 31 mai 1869, *Pas.*, 71, 2, 200.

(3) Cass. 13 mars 1877, D, 77, 1, 323.

(4) Cass. 26 avr. 1870, S. 70, 1, 265; Orléans, 11 août 1880, D. 81, 2, 38; LAURENT, t. XXIV, n° 292; GUILLOUARD, t. I, n° 459.

soit en diminution du prix. Cette dernière hypothèse a déjà été examinée.

Dans la première hypothèse,

ART. 1645. Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur (*).

ART. 1646. Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente (**).

Il semble bien résulter de cette formule que le vendeur de bonne foi ne saurait être tenu à d'autres dommages que ceux résultant des frais occasionnés directement par la vente (1). Il y a néanmoins controverse sur ce point. L'article 1646 a été emprunté à Pothier; or Pothier enseigne que le débiteur de bonne foi est tenu des dommages-intérêts qui ont été prévus et qu'on a pu prévoir lors du contrat, c'est-à-dire des dommages *intrinsèques*, de ceux que le créancier éprouve dans la chose qui fait l'objet du contrat, par opposition aux dommages-intérêts *extrinsèques* que le créancier souffre dans ses autres biens (Voy. t. VII, n° 147). C'est cette doctrine qu'il faudrait, dit-on, appliquer à la vente (2). La jurisprudence est dans ce sens. Ainsi un arrêt tient compte, pour les dommages accordés contre un vendeur de bonne foi, du prix payé pour la marchandise et des gains dont l'acheteur a été privé (3); un autre accorde à l'acheteur les frais des voyages occasionnés par le procès qu'il a dû soutenir (4)! Est-il possible de faire rentrer de tels chefs d'indemnité dans la catégorie des *frais occasionnés par la vente?*

Il a été décidé qu'un entrepreneur de travaux publics est

(*) Art. 1645. — L. 45, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

(**) Art. 1646. — L. 13, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Trib. Gand, 23 mars 1878, *Pas.*, 79, 3, 189; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 564.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 294; Comp. GUILLOUARD, t. I, n° 464.

(3) Rouen, 22 mai 1886, S. 88, 2, 166.

(4) Cass. 26 avr. 1870, S. 70, 1, 265.

responsable des dégradations résultant de la qualité défectueuse des matériaux par lui employés, et qu'il ne peut, en cas de bonne foi, invoquer le bénéfice de l'art. 1646, dont les dispositions ne sont pas applicables aux marchés de travaux publics (1).

153. L'action rédhibitoire ou l'action *quanti minoris* peuvent-elles survivre à la perte de la chose?

Il faut distinguer:

ART. 1647. Si la chose qui avait des vices, a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. — Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur (*).

Cette dernière disposition, contraire à la décision du droit romain, peut s'expliquer par cette considération que l'acheteur étant propriétaire sous condition résolutoire, la perte survenue *pendente conditione* doit être pour son compte (Voy. t. VII, n° 364) (2). Cette solution est cependant généralement critiquée, comme ayant pour résultat de faire bénéficier le vendeur d'un prix ne correspondant plus à rien, puisque la chose, au moment de la vente, était atteinte de défauts qui lui enlevaient sa valeur (3).

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a souvent l'occasion d'appliquer l'art. 1647 en cas de vente d'actions d'une société postérieurement déclarée nulle. On décide que le contrat ne peut être résolu pour perte de la chose vendue, s'il est établi que la ruine de la société provient non des vices cachés, c'est-à-dire de la nullité, mais d'événements imprévus, ou de circonstances étrangères qui constituent un cas fortuit (4).

(*) Art. 1647. — L. 13, D, 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Cons. d'État, 3 juin 1892, S. 94, 3, 53.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III.

(3) DURANTON, t. XVI, n° 326; DUVERGIER, t. I, n° 414; AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 22; LAURENT, t. XXIV, n° 306; GUILLOUARD, t. I, n° 479.

(4) Orléans, 24 juill. 1890, D. 91, 2, 337; Paris, 28 avr. 1887, D. 88, 2, 106.

L'art. 1647 ne s'appliquerait pas si la perte par cas fortuit était survenue postérieurement à l'introduction de l'instance, en supposant prouvé le fondement de la demande. Le juge doit se reporter en effet à la date de la demande pour en apprécier la légitimité.

154. Le droit de former la demande en réduction du prix n'appartient qu'à l'acheteur. Il en est de même de l'action rédhibitoire qui ne saurait, dans aucun cas, appartenir au vendeur (1). Ce droit est transmis, avec la chose, à un sous-acquéreur qui pourra directement le faire valoir contre le vendeur originaire (2).

155. En matière de transmission d'office, il ne saurait être question d'une action rédhibitoire tendant à faire prononcer la nullité de la transmission. Le nouveau titulaire a seulement le droit de réclamer une réduction du prix qu'il a payé.

Ce droit pourra d'abord être invoqué contre l'ancien titulaire vendeur ou ses représentants. Il pourra aussi être opposé au cessionnaire à qui le vendeur aurait transporté sa créance quant au prix, pourvu que le nouveau titulaire, débiteur cédé, n'ait pas pris, en acceptant la cession, un engagement personnel vis-à-vis du cessionnaire (3). Mais si, par l'effet d'une équivoque que rien ne justifie, on a pris l'habitude d'appeler cessionnaire l'acheteur lui-même, comment fera-t-on pour distinguer ce prétendu cessionnaire de celui à qui le vendeur a transporté sa créance quant au prix, et qui est, lui, un véritable cessionnaire? C'est bien simple; on imaginera d'appeler ce dernier *un transportuaire* (4) !...

156. La nécessité de constater l'existence au moment de la vente des défauts cachés pouvant affecter la chose vendue,

(1) Bordeaux, 6 juill. 1887, D. 89, 2, 10.
(2) Bordeaux, 11 janv. 1888, D. 89, 2, 11.
(3) Nancy, 24 mai 1861, S. 61, 2, 622; Comp. notre *Traité de la Cession*, t. I.
(4) Voy. GUILLOUARD, t. I, n° 446.

ne permettait pas de laisser les actions rédhibitoires et *quanti minoris* soumises aux règles ordinaires de la prescription.

ART. 1648. L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite (*).

Il ne suffit donc pas que l'acheteur ait fait constater, même contradictoirement, le vice de la chose dans le délai voulu; il doit, à peine de déchéance, intenter dans ce même délai, soit l'action rédhibitoire, soit l'action *quanti minoris*. L'article 1648 s'applique en effet à *l'action résultant des vices rédhibitoires*, c'est-à-dire à l'action qu'il plaira à l'acheteur d'intenter, même à l'action récursoire d'un second ou subséquent vendeur de la chose viciée contre son auteur (1), comme aussi à l'action dirigée contre un commissionnaire garant des défauts de la marchandise achetée par son intermédiaire (2).

En l'absence de conventions particulières, l'usage des lieux a force de loi en ce qui concerne le délai. Ce n'est qu'à défaut d'usage local que le juge pourra déterminer l'étendue du délai, en prenant en considération la nature des vices cachés et les circonstances de la cause. La Cour de cassation mettant fin à certaines controverses qui divisaient les auteurs, décide même qu'il appartient aux juges du fond de déterminer souverainement le point de départ du délai accordé à l'acheteur pour intenter les actions résultant des vices rédhibitoires (3).

Il faut observer néanmoins que si le vendeur s'est rendu coupable soit d'un délit criminel, soit d'un délit civil, ou d'un quasi-délit dans la fabrication de l'objet qu'il vend ensuite,

(*) Art. 1648. — L. 2, C. 4 § 8, *De œdil. action.*

(1) Cass. 7 fév. 1872, S. 72, 1, 222; LAURENT, t. XXIV, n° 303; GUILLOUARD, t. I, n° 469.

(2) Paris, 13 juin 1892, D. 93, 2, 470.

(3) Cass. 27 juin 1887, D, 88, 1, 300; Cass. 25 oct. 1886, D. 87, 1, 167; GUILLOUARD, t. I, n° 475; Voy. en sens divers : DUVERGIER, t. I, n° 465; AUBRY et RAU, § 355 *bis*, texte et note 29; LAURENT, t. XXIV, n° 302; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 565.

l'acheteur indépendamment de l'action fondée sur les art. 1641 et suivants, pourra se prévaloir de l'action civile en responsabilité, action qui se prescrira par le même laps de temps que l'action publique, ou qui durera trente ans s'il s'agit d'un délit civil ou d'un quasi-délit (1) (Voy. t. VIII, n° 407).

157. Au point de vue utilitaire il est facile de comprendre que la rédhibition et la diminution du prix à cause des défauts de la chose vendue, n'aient pas lieu dans les ventes qui se font publiquement, avec des formalités rendant impossible toute dissimulation, et occasionnant des frais considérables. L'obligation de garantie doit cesser en pareil cas :

ART. 1649. Elle n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice (*).

Cette disposition est applicable aux ventes faites sur saisie, et à celles des biens de mineurs et d'interdits (2). Elle n'est pas applicable à la licitation qui se fait en justice entre cohéritiers majeurs, capables et présents (2).

N° 2. — *Garantie des vices cachés dans les ventes d'animaux domestiques.*

158. — Vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques ; L. du 2 août 1884.
159. — Rétablissement de l'action en réduction de prix.
160. — Caractère limitatif de la nouvelle loi.
161. — Vente d'animaux atteints de maladie contagieuse ; Décret du 28 juillet 1888.
162. — Procédure des actions naissant des vices rédhibitoires.

158. Le Code civil, en maintenant pour les ventes d'animaux domestiques l'autorité des anciens usages souvent obscurs ou incohérents, consacrait d'une manière fâcheuse une diversité dans les règles applicables qui rendait plus faciles les

(*) Art. 1649. — L. 1 § 3, D. 21, 1, *De ædil. edict.*

(1) Comp. GUILLOUARD, t. I, n° 468; Lyon, 24 juill. 1877, S. 78, 2, 1; Montpellier, 20 août 1875, S. 76, 2, 225.

(2) Lyon, 11 janv. 1883, D. 84, 2, 147; GUILLOUARD, t. I, n° 449; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 86 *bis*.

combinaisons de la fraude. Aussi les dispositions du Code relatives aux vices rédhibitoires ont-elles été modifiées profondément pour les ventes dont il s'agit, d'abord par la loi du 20 mai 1838, ensuite par la loi du 2 août 1884 portant abrogation expresse de la première.

Cette loi porte pour titre : *Loi sur le Code rural* (*Vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques*). C'est donc l'une des lois dont l'ensemble doit former le *Code rural* « qui sera un chef-d'œuvre, si sa valeur se mesure au temps dépensé pour le faire (1). »

Voici au surplus le texte de la loi.

« Art. 1er. L'action en garantie, dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques, sera régie, à défaut de conventions contraires, par les dispositions suivantes, sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être dus s'il y a dol.

« Art. 2. Sont réputés vices rédhibitoires et donneront seuls ouverture aux actions résultant des art. 1641 et suivants du Code civil, sans distinction des localités où les ventes et échanges auront lieu, les maladies ou défauts ci-après, savoir :

« *Pour le cheval, l'âne et le mulet,* — La morve, le farcin, l'immobilité, l'emphysème pulmonaire, le cornage chronique, le tic proprement dit avec ou sans usure des dents, les boiteries anciennes intermittentes, la fluxion périodique des yeux.

« *Pour l'espèce ovine,* — La clavelée ; cette maladie reconnue chez un seul animal entraînera la rédhibition de tout le troupeau s'il porte la marque du vendeur.

« *Pour l'espèce porcine,* — La ladrerie.

(Nous verrons plus loin que cette énumération a été modifiée par une loi récente du 31 juillet 1895).

« Art. 3. L'action en réduction de prix, autorisée par l'article 1644 du Code civil, ne pourra être exercée dans les ventes

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 567.

et échanges d'animaux énoncés à l'article précédent, lorsque le vendeur offrira de reprendre l'animal vendu, en restituant le prix et en remboursant à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

« Art. 4. Aucune action en garantie, même en réduction de prix, ne sera admise pour les ventes ou pour les échanges d'animaux domestiques, si le prix, en cas de vente, ou la valeur, en cas d'échange, ne dépasse pas 100 francs.

« Art. 5. Le délai pour intenter l'action rédhibitoire sera de neuf jours francs, non compris le jour fixé pour la livraison, excepté pour la fluxion périodique, pour laquelle ce délai sera de trente jours francs, non compris le jour fixé pour la livraison.

« Art. 6. Si la livraison de l'animal a été effectuée hors du lieu du domicile du vendeur ou si, après la livraison et dans le délai ci-dessus, l'animal a été conduit hors du lieu du domicile du vendeur, le délai pour intenter l'action sera augmenté à raison de la distance, suivant les règles de la procédure civile.

« Art. 7. Quel que soit le délai pour intenter l'action, l'acheteur, à peine d'être non recevable, devra provoquer, dans les délais de l'art. 5, la nomination d'experts, chargés de dresser procès-verbal; la requête sera présentée, verbalement ou par écrit, au juge de paix du lieu où se trouve l'animal; ce juge constatera dans son ordonnance la date de la requête et nommera immédiatement un ou trois experts qui devront opérer dans le plus bref délai. — Ces experts vérifieront l'état de l'animal, recueilleront tous les renseignements utiles, donneront leur avis, et, à la fin de leur procès-verbal, affirmeront, par serment, la sincérité de leurs opérations.

« Art. 8. Le vendeur sera appelé à l'expertise, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le juge de paix, à raison de l'urgence et de l'éloignement. — La citation à l'expertise devra être donnée au vendeur dans les délais déterminés par

les art. 5 et 6; elle énoncera qu'il sera procédé même en son absence. — Si le vendeur a été appelé à l'expertise, la demande pourra être signifiée dans les trois jours à compter de la clôture du procès-verbal, dont copie sera signifiée en tête de l'exploit. — Si le vendeur n'a pas été appelé à l'expertise, la demande devra être faite dans les délais fixés par les articles 5 et 6.

« Art. 9. La demande est portée devant les tribunaux compétents, suivant les règles ordinaires du droit. — Elle est dispensée de tout préliminaire de conciliation et, devant les tribunaux civils, elle est instruite et jugée comme matière sommaire.

« Art. 10. Si l'animal vient à périr, le vendeur ne sera pas tenu de la garantie, à moins que l'acheteur n'ait intenté une action régulière dans le délai légal, et ne prouve que la perte de l'animal provient de l'une des maladies spécifiées dans l'art. 2. »

C'est ici le cas de faire observer que l'énumération contenue dans l'art. 2 a été profondément modifiée par la loi du 31 juillet 1895, dont l'art. 2 est ainsi conçu :

« Art. 2. L'art. 2 de la loi du 2 août 1884 est modifié ainsi qu'il suit : — Sont réputés vices rédhibitoires et donneront seuls ouverture aux actions résultant des art. 1641 et suivants du Code civil, sans distinction des localités où les ventes et échanges auront lieu, les maladies ou défauts ci-après, savoir : — Pour le cheval, l'âne et le mulet : — L'immobilité, l'emphysème pulmonaire, le cornage chronique, le tic proprement dit, avec ou sans usure des dents, les boiteries intermittentes, la fluxion périodique des yeux; — Pour l'espèce porcine : la ladrerie. »

On voit que cette modification supprime du cadre des vices rédhibitoires, la *morve* et le *farcin*, retranche l'adjectif *anciennes* qui qualifiait le mot *boiteries*, et supprime la clavelée pour l'espèce *ovine*.

En effet, la morve, le farcin et la clavelée sont mises au nombre des maladies contagieuses par la loi du 21 juillet 1885; par conséquent l'action en nullité étant ouverte quand de telles maladies sont alléguées, on ne voit pas pourquoi on aurait maintenu l'exercice possible d'une action en résolution. Mais comme le vendeur doit toujours indemniser l'acheteur, la loi du 31 juillet 1895 laisse toute son efficacité à l'article suivant de la loi du 2 août 1884 :

« Art. 11. Le vendeur sera dispensé de la garantie résultant de la morve ou du farcin pour le cheval, l'âne et le mulet, et de la clavelée pour l'espèce ovine, s'il prouve que l'animal, depuis la livraison, a été mis en contact avec des animaux atteints de ces maladies.

« Art. 12. Sont abrogés tous règlements imposant une garantie exceptionnelle aux vendeurs d'animaux destinés à la boucherie. — Sont également abrogées la loi du 20 mai 1838, et toutes les dispositions contraires à la présente loi. »

159. La loi de 1884 modifiée par celle de 1895, donne lieu à plusieurs observations importantes. D'abord, dans son esprit, elle ne déroge pas au principe posé par l'art. 1642 d'après lequel le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. Ce sont en effet les actions résultant (telles quelles) des art. 1641 et suiv. qui sont réservées par l'art. 2 de la loi. Ces actions doivent donc être rejetées quand il est constaté d'une manière quelconque, que le vice était apparent de façon que l'acheteur ait pu se convaincre lui-même de l'existence du vice (1).

Ensuite la nouvelle loi rétablit au profit de l'acheteur l'action en réduction de prix, ou *quanti minoris*, que la loi du 20 mai 1838 avait supprimée. On pensait en 1838 qu'un acheteur de mauvaise foi pourrait, au moyen de cette action, amener plus facilement le vendeur à composition, et lui faire laisser

(1) Cass. 11 nov. 1890, S. 93, 1, 39.

moyennant un prix inférieur l'animal qu'il serait d'ailleurs disposé à garder pour des qualités qu'on n'appréciera pas dans l'estimation. On a découvert, en 1881, que l'acheteur pourrait indirectement, par la menace d'un procès en résolution de la vente, obtenir la réduction du prix que la loi de 1838 lui refusait de réclamer directement.

En conséquence la loi du 2 août 1884 a rétabli l'action *quanti minoris*, en permettant au vendeur de se défendre contre une spéculation malhonnête de l'acheteur demandant la réduction du prix, par l'offre de reprendre l'animal (art. 3).

D'un autre côté, l'action en garantie est accordée *sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent être dus s'il y a dol* (art. 1), c'est-à-dire si l'acheteur a été déterminé à acheter par des manœuvres frauduleuses. On le décidait ainsi sous l'empire de la loi de 1838 (1).

160. La loi de 1884 modifiée par celle de 1895, indique dans son art. 2, et d'une manière limitative (2), quels vices sont rédhibitoires pour le cheval, l'âne et le mulet. Cette loi est encore limitative, quant aux espèces d'animaux qu'elle indique. Par conséquent pour les autres animaux domestiques dont la loi ne parle pas, ceux par exemple qui appartiennent à l'espèce bovine et à l'espèce canine, aucun vice ne saurait être considéré comme rédhibitoire (3), excepté quand une garantie a été convenue expressément ou tacitement (4).

La légitimité de cette solution est contestée, et plusieurs décisions ont jugé que la loi du 2 août 1884 en n'indiquant pour certaines espèces, notamment pour l'espèce bovine, au-

(1) Cass. 17 fév. 1874, D. 74, 1, 143.

(2) Cass. 10 nov. 1885, S. 86, 1, 53; Trib. Seine, 28 fév. 1888, D. 88, 5, 273.

(3) Orléans, 2 janv. 1889, Trib. de Die, 6 déc. 1889; Trib. comm. de Verdun, 15 janv. 1891, S. 91, 2, 241; GUILLOUARD, t. II, n° 492; DEJEAN, *Traité de l'act. rédhib.*, n° 37; DE CHÈNE-VARIN, *Code des vices rédhib.*, n° 95.

(4) Cass. 21 juill. 1891, D. 92, 1, 134.

cun vice rédhibitoire, a laissé les ventes d'animaux d'une espèce non indiquée, sous l'empire du droit commun régi par l'art. 1641 (1). Mais il n'est pas possible d'admettre qu'une loi faite pour réaliser complètement l'unité législative en matière de vices rédhibitoires, ait voulu maintenir l'incertitude de la réglementation coutumière pour certaines catégories d'animaux. On lit d'ailleurs dans l'exposé des motifs du projet de 1876 qui a servi de base à la loi de 1884 : « La loi est limitative, et l'action, à moins de stipulations contraires, ne peut être engagée ni pour d'autres maladies, *ni pour d'autres animaux* que ceux qui sont énumérés dans la loi (2). »

Les parties ont d'ailleurs la faculté, réservée par l'art. 1er de la loi de 1884, d'étendre l'obligation de garantie, pour les vices qu'elles voudront prévoir, à des animaux autres que ceux qui sont énumérés dans la loi, notamment aux animaux de l'espèce bovine (3). Elles peuvent aussi pour les animaux désignés dans la loi, étendre l'obligation de garantie et la faire porter sur des défauts ne constituant pas un vice légalement rédhibitoire. Mais il faut que la clause rédigée dans ce but indique avec précision la portée de l'extension convenue; ainsi il n'y aurait pas extension de la garantie dans la promesse banale que l'animal vendu « sera parfait, de confiance, et ne laissant rien à désirer (4). »

Une extension de la garantie, hors des cas de vices légalement rédhibitoires, peut être tacite. La garantie sera due, par exemple, à l'occasion de la vente à un boucher dont la profession est connue du vendeur d'un animal impropre à la consom-

(1) Trib. de Villeneuve-sur-Lot, 25 juill. 1892, S. 93, 2, 31; Trib. de Nérac, 13 août 1892, S. 93, 2, 109; Trib. comm. de Nogent-le-Rotrou, 9 mai 1890, S. 91, 2, 241; Trib. comm. Seine, 19 juill. 1887, D. 88, 5, 277; Le PELLETIER, *Manuel des vices rédhib.*, n° 24.

(2) Sénat, annexe à la séance du 13 juill. 1876, p. 106.

(3) Arrêt de Cass. précité du 21 juill. 1891.

(4) Cass. 20 déc. 1887, D. 88, 1, 84.

mation, alors que de l'intention des parties et du but qu'elles s'étaient proposé, il résulte que l'animal a été acheté comme devant être abattu immédiatement pour fournir de la viande de boucherie (1).

161. Ceci nous conduit à faire une autre observation : aux termes de la loi du 21 juillet 1881, complétée par un décret du 28 juillet 1888, la vente ou la mise en vente des animaux atteints ou soupçonnés d'être atteints de maladie contagieuse est interdite. Ces animaux étant ainsi mis hors du commerce, la vente dont ils seraient l'objet est nulle, même le vendeur fût-il dans le cas d'établir sa bonne foi (2), alors même que la maladie contagieuse constatée ne serait pas classée parmi les vices rédhibitoires énumérés par la loi du 2 août 1884.

Si, dans la même hypothèse, le vendeur avait été de mauvaise foi, l'acheteur aurait contre lui l'action en dommage fondée sur le dol.

Toutes ces solutions ont été consacrées par la jurisprudence. Néanmoins, et pour éviter toute équivoque, la loi précitée du 31 juillet 1895 a voulu les formuler avec précision dans son art. 1er, ainsi conçu :

« L'art. 13 de la loi du 21 juillet 1881 est complété par les quatre paragraphes suivants : — Et si la vente a eu lieu, elle est nulle de droit, que le vendeur ait connu ou ignoré l'existence de la maladie dont son animal était atteint ou suspect. — Néanmoins, aucune réclamation de la part de l'acheteur, pour raison de la dite nullité, ne sera recevable lorsqu'il se sera écoulé plus de quarante-cinq jours depuis le jour de la livraison, s'il n'y a poursuite du ministère public. — Si l'animal a été abattu, le délai est réduit à dix jours à partir du jour de l'abatage, sans que toutefois l'action puisse jamais être introduite après l'expiration du délai de quarante-cinq

(1) Cass. 23 mars 1887, D. 88, 1, 28.

(2) Cass. 20 juill. 1892, D. 93, 1, 20; Trib. de Nérac, 13 août 1892, S. 93, 2, 109.

jours. En cas de poursuite du ministère public, la prescription ne sera opposable à l'action civile, comme au paragraphe précédent, que conformément aux règles du droit commun. — Toutefois, en ce qui concerne la tuberculose dans l'espèce bovine, la vente ne sera nulle que lorsqu'il s'agira d'un animal soumis à la séquestration ordonnée par les autorités compétentes. »

En somme la réclamation contre le vendeur est toujours soumise au délai maximum de quarante-cinq jours, quand il n'y a pas eu poursuite correctionnelle.

Si la maladie contagieuse n'était prévue par aucune loi ou règlement sur la police sanitaire, ni par la loi de 1884, et si le vendeur de bonne foi n'avait aucune faute à se reprocher, il n'y aurait contre lui aucun principe d'action (1).

162. La procédure des actions en garantie, et les délais à observer par l'acheteur, sont réglés par les art. 5 à 9 de la loi du 2 août 1884.

L'acheteur doit d'abord provoquer la nomination d'experts dans les délais de l'art. 5, c'est-à-dire dans le délai de neuf jours francs, non compris le jour fixé pour la livraison, sauf pour le cas de fluxion périodique des yeux, où le délai est de trente jours. L'art. 7 veut, en effet, que, « quel que soit le délai pour intenter l'action, l'acheteur, à peine d'être non recevable, provoque, dans les délais de l'art. 5, la nomination d'experts chargés de dresser procès-verbal. » L'art. 5, d'autre part, édicte que « le délai pour intenter l'action sera un délai de neuf jours francs, non compris le jour fixé pour la livraison. Cela signifie que ce délai franc court à partir de la livraison. Le *dies a quo* non compris dans le délai franc, est le jour même de la livraison et non le lendemain (2).

En cas de stipulation de livraison en gare d'expédition,

(1) Paris, 16 déc. 1872 (rapporté par LE PELLETIER, *loc. cit.*, n° 45); Trib. Seine, 25 fév. 1870, S. 74, 2, 248; GUILLOUARD, t. II, n° 506.

(2) Cass. 28 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 5 fév. 1896.

c'est à partir de cette livraison ainsi effectuée conformément à la convention des parties, et non pas seulement à partir de la prise de possession effective de l'animal par l'acheteur, que court le délai dont il s'agit (1).

Ce délai ne peut donc être augmenté à raison de la distance en tenant compte du lieu où la livraison a été effectuée (2).

Le moyen tiré de ce que l'acheteur n'a pas provoqué la nomination préalable d'experts, n'est pas d'ordre public, et par conséquent ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation (3).

Le vendeur sera appelé à l'expertise dans les conditions indiquées par l'art. 7. L'expertise sera ou ne sera pas terminée dans les délais de neuf jours ou de trente jours; mais dans ces délais augmentés cette fois à raison de la distance, dans les cas prévus par l'art. 6, l'acheteur devra intenter son action devant les tribunaux compétents suivant les règles ordinaires du droit (art. 5 et 9). Les parties, par une clause spéciale, pourraient modifier ces délais; mais même quand elles ont étendu la garantie à des vices non prévus par la loi, elles doivent être considérées comme ayant voulu se référer aux délais ordinaires si elles n'y ont formellement dérogé (4).

D'après l'art. 4 aucune action en garantie n'est admise si le prix de l'animal ne dépasse pas 100 fr. Cette solution est excellente pour ceux qui pensent : « que l'une des grandes préoccupations du législateur doit être de protéger les plaideurs contre leurs entraînements, de ne pas les laisser « faire des procès où ils ont plus à perdre qu'à gagner (5). » Mais pour ceux qui ne reconnaissent à personne, pas même aux mandataires du peuple, le droit de s'ériger en protecteurs, qui

(1) *Ibid.*
(2) Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 508 et les autorités citées.
(3) Cass. 3 nov. 1886, S. 90, 1, 403.
(4) GUILLOUARD, t. II, n° 530.
(5) *Ibid.*, t. II, n° 533.

veulent pour tous un traitement égal et semblable, et qui estiment que l'individu doit toujours porter la responsabilité de ses actes, la disposition précitée de l'art. 4 est tout simplement odieuse. Il est vrai que les parties peuvent y déroger, et stipuler la garantie même au-dessous de cent francs, mais cela ne détruit pas la choquante inégalité créée par la loi.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR.

163. — Quand et où le prix doit être payé, art. 1650 et 1651.
164. — Comment le prix doit être payé; quand porte-t-il intérêt, art. 1652.
165. — Quand l'acheteur peut suspendre le paiement du prix, art. 1653.
166. — Résolution de la vente faute de paiement du prix, art. 1654, caractère de l'action en résolution.
167. — Pouvoirs du juge en cette matière, art. 1655.
168. — Du pacte commissoire, art. 1656.
169. — Des tiers acquéreurs; application de la loi du 23 mars 1855.
170. — Renonciation à l'action résolutoire; déchéances.
171. — Prescription de cette action.
172. — Effets de la résolution; application de la loi du 23 mars 1855.
173. — Ventes mobilières; résolution de plein droit en cas de non retirement, art. 1657.

163. Nous savons déjà que l'acheteur est tenu des frais d'actes et autres frais accessoires à la vente. Il est encore tenu de prendre livraison de la chose vendue et de rembourser au vendeur les frais faits jusqu'à ce moment pour la conservation de la chose.

Mais,

ART. 1650. La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente (*).

ART. 1651. S'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance.

Donc, si le vendeur a stipulé un terme pour la délivrance, l'acheteur jouira de plein droit du même terme pour le paiement du prix, ce qui est une dérogation au droit commun.

En outre le prix est payable au lieu où doit se faire la délivrance, et non au domicile de l'acheteur, comme le voudrait la règle de l'art. 1247. Il est naturel en effet, que l'acheteur

(*) Art. 1650. — L. 13 pr., § 20 et 21, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

paie la chose au lieu où il doit la recevoir; s'il a été convenu que le prix serait payé à une époque autre que celle fixée pour la délivrance, le droit commun reprendra son empire. L'art. 1651 ne s'applique qu'aux ventes faites au comptant (1).

Lorsque la délivrance des marchandises vendues se fait par parties et successivement, l'acheteur ne devra payer qu'à la dernière livraison qui complète la délivrance de la fourniture. Le paiement devrait se faire à chaque livraison partielle si telle était l'intention des parties, et pour déterminer cette intention on pourra tenir compte du temps plus ou moins long qui doit séparer les diverses livraisons partielles, et de leur importance respective.

Si les parties ont traité dans un lieu où un usage certain et notoire fixe pour le paiement du prix une époque différente de celle indiquée par l'art. 1651, elles seront considérées comme ayant voulu se référer à cet usage (2). Quand le prix a été déclaré payable *à la volonté de l'acheteur*, il faudra, à défaut d'éléments spéciaux d'appréciation, décider que le prix est immédiatement exigible.

164. Le prix doit être payé en argent, suivant les règles ordinaires en matière de paiement. Dans les ventes commerciales on admet que l'acheteur est tenu d'accepter les traites tirées par le vendeur pour le paiement des marchandises fournies. Le refus d'acceptation autorise seulement le tireur à faire protester ces traites, ou à requérir un jugement tenant lieu de l'acceptation; il ne suffit point pour justifier une demande en résiliation du marché (3).

La somme convenue portera quelquefois intérêt :

ART. 1652. L'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital, dans les trois cas suivants : — S'il a été

(1) Besançon, 21 fév. 1890, D. 91, 2, 140.

(2) Cass. 22 fév. 1875, D. 75, 1, 471; LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de Droit comm.*, t. I, n° 686; GUILLOUARD, t. II, n° 546.

(3) Liège, 16 nov. 1887, *Pas.*, 88, 2, 195.

ainsi convenu lors de la vente; — Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus; — Si l'acheteur a été sommé de payer. — Dans ce dernier cas, l'intérêt ne court que depuis la sommation (*).

Il n'y a pas de difficulté quand il a été convenu, lors de la vente, que le prix porterait intérêt. L'intérêt stipulé ne pourra excéder le taux de 5 0/0, excepté dans les ventes commerciales (L. 12 janv. 1886).

Quant il a été convenu que le prix serait payable préalablement à la prise de possession de la chose vendue par l'acheteur, on peut admettre par interprétation de la volonté des parties, qu'il a été entendu entre elles, que le prix porterait intérêt à partir de la prise de possession, si en fait, cette prise de possession avait lieu avant le paiement du prix. C'est ce qui a été jugé en matière d'indemnité due à suite d'expropriation pour cause d'utilité publique. De ce que le paiement de cette indemnité doit être préalable, on a tiré cette conclusion que lorsque avant le paiement de l'indemnité, l'exproprié a été dépossédé par l'expropriant de l'immeuble qu'il pouvait retenir jusqu'au paiement de l'indemnité, cet exproprié avait le droit d'exiger les intérêts à partir du jour de la prise de possession par l'expropriant (1). Il vaudrait mieux cependant décider qu'une sommation de payer adressée à l'acheteur est nécessaire pour faire courir les intérêts.

L'acheteur doit encore de plein droit les intérêts à partir du jour de la délivrance, si la chose vendue produit des fruits ou autres revenus, sans distinguer s'il s'agit d'une vente au comptant ou à crédit, sauf le cas où, dans la vente à crédit, il aurait été exprimé que les intérêts ont été compris dans la fixation du prix (2). Ces intérêts sont la compensation des

(*) Art. 1652. — L. 13 § 20 et 21, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Trib. civ. Seine, 2 déc. 1893, D. 94, 2, 465.

(2) DURANTON, t. XVI, n° 340; DUVERGIER, t. I, n° 420; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 21; LAURENT, t. XXIV, n° 333; ARNTZ, t. III, n° 1029; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 571; GUILLOUARD, t. II, n° 564; *Contrà*, POTHIER, *De la vente*, n° 286.

fruits, et il importe peu que la chose, frugifère en soi, ait produit ou n'ait pas produit des fruits, par accident ou par le fait de l'acheteur. Ces intérêts diffèrent essentiellement des intérêts moratoires. Par conséquent le juge saisi d'une demande limitée au paiement d'intérêts purement moratoires, ne peut décider que les intérêts du prix sont dus en se fondant sur la circonstance que l'immeuble vendu produit des fruits (1).

Enfin, par dérogation à la règle de l'art. 1153, une simple sommation, sans demande en justice, suffit pour faire courir les intérêts.

Dans tous les cas où, d'après l'art. 1652, les intérêts du prix sont dus, l'acheteur en reste tenu jusqu'à ce qu'il ait payé ou consigné le prix. Son obligation subsiste, alors même que les créanciers du vendeur saisiraient le prix entre ses mains, ou qu'il existerait des créances hypothécaires. La consignation seule peut arrêter le cours des intérêts.

165. Le cours des intérêts ne serait même pas arrêté, dans le cas où l'acheteur serait en droit de retarder le paiement du prix par application de l'article suivant (2), sans distinguer si la chose produit ou non des fruits (3), pourvu qu'au trouble de droit ne se joigne pas une dépossession de fait entraînant privation de la jouissance (4) :

ART. 1653. Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera (*).

L'acheteur aurait le droit, s'il voulait en user, de consigner le prix, mais le vendeur ne pourrait l'y contraindre. De même

(*) Art. 1653. — L. 29, L. 74 § 2, D. 21, 2, *De evict.*

(1) Gand, 13 août 1884, *Pas.*, 84, 2, 366.

(2) Trib. Anvers, 30 avr. 1887, *Pas.*, 88, 3, 319.

(3) Riom, 2 janv. 1830, S. 33, 2, 41; DUVERGIER, t. I, n° 422; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 14; ARNTZ, t. III, n° 1028; GUILLOUARD, t. II, n°s 557 et 566.

(4) Cass. 22 mai 1892, D. 92, 1, 375

c'est pour le vendeur une faculté d'obtenir le paiement du prix en donnant une caution qui en garantira la restitution éventuelle en cas d'éviction, mais l'acheteur ne pourrait l'obliger à fournir cette caution.

Pour que l'acquéreur puisse invoquer le bénéfice de l'article 1653, il ne suffit pas d'une simple appréhension d'éviction; il faut, d'après le texte, un *juste sujet de crainte d'être troublé*... Ce sera une question de fait que les tribunaux auront à apprécier. Le texte se borne à donner des exemples. Une inscription hypothécaire ignorée de l'acheteur lors de la vente sera un juste sujet de craindre un trouble. Il en sera de même dans une certaine opinion, d'une condition résolutoire possible, c'est-à-dire du fait qu'un vendeur antérieur n'a pas été payé (1). Dans le même ordre d'idées, le non-paiement des bordereaux délivrés sur l'adjudicataire d'immeubles qui les a ensuite vendus, pouvant amener la revente sur folle-enchère, crée pour l'acheteur une crainte légitime de trouble qui l'autorise, bien qu'il ait purgé, à surseoir au paiement de son prix d'acquisition, jusqu'à ce que son vendeur ait fait cesser cette crainte en donnant caution (2).

Il n'y a pas, au contraire, juste sujet de crainte, dans le sens de l'art. 1653, quand la vente est nulle pour cause d'incapacité du vendeur, ou d'un précédent vendeur. L'acheteur ne peut se prévaloir de la nullité du contrat (3). De même le sous-acquéreur d'un immeuble ne pourrait se prévaloir de ce que son vendeur avait lui-même acquis cet immeuble d'une femme dotale pour invoquer les dispositions de l'art. 1653, tant que le prix de la vente ne lui est pas réclamé, et qu'aucune action en revendication n'est formée contre lui (4).

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 321; GUILLOUARD, t. II, n° 554.
(2) Cass. 18 juin 1888, S. 90, 1, 447.
(3) LAURENT, t. XXIV, n° 322; GUILLOUARD, t. II, n° 556; Lyon, 27 mai 1848, D. 50, 2, 192.
(4) Pau, 16 janv. 1888, D. 89, 2, 112.

Enfin il est manifeste que la faculté de suspendre le paiement du prix accordée par l'art. 1653 n'existe que dans les opérations ayant véritablement le caractère de vente. Le retrait successoral, par exemple, n'est pas une vente conclue entre le retrayé et le retrayant; il consiste simplement dans le fait de prendre le marché d'un autre pour se substituer à sa place. Par conséquent si une action en pétition d'hérédité, introduite par un tiers inconnu au moment de la cession, menace le retrayant d'une éviction, celui-ci ne saurait exiger du retrayé la garantie de l'hérédité reprise, et se dispenser de lui payer le prix du retrait (1). (Comp. t. V, n° 330). On pourrait au contraire, suivant certaines décisions, trouver les caractères d'une vente dans la convention par laquelle des parents abandonnent leurs biens à leurs enfants en leur imposant des charges équivalant à la valeur de ces biens (2). (Voy. cep. *suprà*, n° 34).

L'acheteur qui s'est obligé à payer nonobstant le trouble, ne peut invoquer l'art. 1653; il en est de même s'il avait acheté à ses risques et périls, ou s'il avait autrement renoncé au bénéfice de l'art. 1653, par exemple quand il a promis de payer le prix dans un délai déterminé, alors qu'il connaissait le danger d'éviction. Il est en effet difficile d'interpréter autrement l'intention commune des parties (3).

L'acheteur troublé ou inquiété, est seulement autorisé à suspendre le paiement de son prix, mais non à le répéter s'il l'a déjà payé. Il ne pourra agir en restitution que lorsque l'éviction sera consommée; jusque-là il n'est pas démontré qu'il a payé indûment (4).

(1) Cass. 27 janv. 1892, D. 92, 1, 113.

(2) Cass. 21 déc. 1887, D. 88, 1, 256; Comp. Pau, 11 fév. 1891, D. 92, 2, 231.

(3) Cass. 28 janv. 1852, D. 52, 1, 291; Cass. 5 fév. 1840, S. 40, 1, 511; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 16; LAURENT, t. XXIV, n° 324; GUILLOUARD, t. II, n° 556; *Contrà*, Cass. 28 août 1839, S. 39, 1, 837.

(4) Dijon, 15 fév. 1878, S. 79, 2, 4; DUVERGIER, t. I, n° 430; AUBRY

Tant qu'il n'y a qu'un simple trouble, l'acheteur peut suspendre le paiement du prix, mais non demander la nullité ou la résolution de la vente. Il peut demander la résolution de la vente quand le vendeur a pris vis-à-vis de lui un engagement formel qu'il ne remplit pas, par exemple quand il a vendu la chose *quitte et libre de toute hypothèque*, et qu'elle se trouve grevée d'une inscription hypothécaire (1), ou quand l'immeuble est grevé d'une action résolutoire dont le paiement du prix ne peut pas le libérer (2).

166. Mais, réciproquement, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles,

ART. 1654. Si l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente (*).

C'est pour ce dernier une pure faculté; il peut, s'il le préfère, exiger par les voies de droit l'exécution du contrat, c'est-à-dire réclamer le paiement du prix pour lequel il a un privilège (art. 2102 4°; 2103 1°). Il peut aussi user du droit de rétention (Voy. t. VII, n° 169), même en matière commerciale, si l'acheteur ou le syndic de la faillite de celui-ci ne sont pas prêts à prendre livraison contre paiement intégral (3).

L'exercice de l'action résolutoire procurera au vendeur l'avantage d'être rétabli dans l'état antérieur; il peut agir dans ce but même en demandant la nullité d'une saisie immobilière pratiquée par ses propres créanciers hypothécaires, si la résolution n'est pas de nature à compromettre les droits de ceux-ci (4).

L'intérêt d'obtenir son rétablissement dans l'état antérieur, comme dans le cas de condition résolutoire expresse (arti-

et RAU, § 356, texte et note 18; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 570; GUILLOUARD, t. II, n° 558.

(*) Art. 1654. — *Contrà*, L. 8, C. 4, 38, *De contrah. empt.*

(1) Gand, 29 juill. 1870, *Pas.*, 71, 2, 203.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 325.

(3) Cass. Belgique, 7 fév. 1889, S. 90, 4, 1.

(4) Cass. 27 mars 1893, D. 94, 1, 338.

cle 1183), existe en cas de vente sur expropriation forcée, comme en cas de vente volontaire. Le principe de l'art. 1654 est général; les ayants-cause de la partie saisie pourront donc agir en résolution contre l'adjudicataire faute de paiement du prix, au lieu d'agir par la voie de la folle-enchère (1).

La résolution pourra être demandée quand même le prix consisterait en une rente perpétuelle, mais non s'il consistait en une rente viagère (art. 1978). Ne serait pas considéré comme créant une rente viagère, le contrat par lequel l'acquéreur s'obligerait à subvenir à tous les besoins du vendeur, et à payer, lors de son décès, une somme fixe à ses héritiers (2).

Si la vente a porté sur des objets mobiliers devenus immeubles par destination à raison de leur incorporation à un immeuble de l'acheteur, l'action en résolution sera toujours recevable du vendeur à l'acheteur, mais ne sera pas opposable aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble (3). (Voy. t. IV, n° 35).

Les intérêts du prix forment une partie du prix; le vendeur peut donc réclamer la résolution de la vente s'il n'est pas payé des intérêts. Il en est de même des frais et loyaux coûts du contrat quand le vendeur a été contraint de les payer. On peut argumenter en ce sens de la solution qui déclare privilégiée, par application de l'art. 2103, cette partie de la créance du vendeur (4).

Enfin, le droit de résolution existe en matière commerciale comme en matière civile sauf les restrictions résultant des articles 550 § 6, et 576, C. com., dans l'intérêt du tiers seulement (5)

(1) Cass. 20 janv. 1880, D. 80, 1, 65; GUILLOUARD, t. II, n° 571.

(2) Pau, 11 fév. 1891, D. 92, 2, 231.

(3) Cass. 9 juin 1847, S. 47, 1, 689; DUVERGIER, t. I, n° 439; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 34; GUILLOUARD, t. II, n° 578.

(4) Cass. 7 nov. 1882, S. 83, 1, 151; AUBRY et RAU, § 263, texte et note 5; GUILLOUARD, t. II, n° 580.

(5) Dijon, 21 juill. 1890, D. 92, 2, 1.

et à l'égard des actions introduites postérieurement à la déclaration de faillite (1).

L'action résolutoire organisée par l'art. 1654 n'est qu'une application du principe général de la condition résolutoire tacite formulé dans l'art. 2184. Nous en avons déjà examiné les caractères juridiques dans tous leurs détails, à propos de l'art. 1184 (Voy. t. VII, nos 266 à 280); nous n'avons donc pas à y revenir, alors surtout que la plupart des exemples cités dans cet examen étaient empruntés à la vente.

Nous nous bornerons donc à rappeler :

1° Que cette action est personnelle et non mixte ou réelle (2);

2° Qu'elle est transmissible, cessible et exerceable par les créanciers du vendeur, suivant les distinctions et précisions qui ont été faites (t. VII, n° 274). La cession par le vendeur d'un immeuble de l'antériorité attachée à l'inscription de son privilège, n'emporterait pas subrogation dans son action résolutoire (3);

3° Qu'elle est, en principe, divisible ou indivisible suivant que l'action principale dont elle est l'accessoire est elle-même divisible ou indivisible (t. VII, n° 275) (4);

4° Qu'il n'est pas nécessaire qu'une mise en demeure spéciale ait précédé l'exploit introductif de l'instance en résolution (5);

167. La résolution, en effet, d'après l'art. 1184 n'a pas lieu de plein droit, et doit être demandée en justice; il peut être accordé au défendeur un délai suivant les circonstances.

Cependant,

(1) Cass. 24 déc. 1889, S. 91, 1, 455.

(2) *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 501.

(3) Paris, 18 janv. 1893, D. 94, 2, 217.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 574; Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 574.

(5) Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 583.

ART. 1655. La résolution de la vente d'immeubles est prononcée de suite, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix. — Si ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long suivant les circonstances. — Ce délai passé sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente sera prononcée.

Il faut entendre cette disposition comme si elle portait : « La résolution, *même dans les ventes d'immeubles*, est prononcée de suite (c'est-à-dire, tout de suite), etc. » Pour les ventes de meubles, en effet, il ne pouvait y avoir de doute puisque le danger est presque toujours imminent, l'acheteur pouvant détruire ou perdre la chose, ou bien la transmettre à un tiers de bonne foi qui sera protégé par la maxime : en fait de meubles possession vaut titre. Mais s'il n'y avait pas de danger pour l'acheteur de perdre la chose et le prix, les tribunaux pourraient certainement accorder un délai (1).

168. Au moyen d'une clause spéciale appelée *pacte commissoire (lex commissoria)*, le vendeur soit de meubles, soit d'immeubles, peut, s'il n'est pas payé dans le délai convenu, obtenir, par la seule force du contrat, la résolution conventionnelle de la vente, sans être dans la nécessité de saisir la justice d'une demande en résolution.

ART. 1656. S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai (*).

L'acquéreur, dit le texte, peut payer après l'expiration du délai, *tant qu'il n'a pas été mis en demeure* par une sommation. Donc il ne peut plus payer après l'acte dont il s'agit, improprement appelé sommation, et qui a simplement pour but, ainsi que le déclarait le tribun Faure, de constater le retard ou la demeure (2).

(*) Art. 1656. — *Contrà*, L. 4 § 4, D. 18, 3, *De lege comm.*

(1) Paris, 11 juill. 1853, D. 54, 2, 33; DUVERGIER, t. I, n° 436; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 31 ; LAURENT, t. XXIV, n° 341 ; GUILLOUARD, t. II, n° 584.

(2) *Rapport au Trib.*, FENET, t. XIV, p. 162; DUVERGIER, t. I, n° 463;

Les parties pourraient même convenir que le contrat serait résilié de plein droit, par le seul fait du non-paiement au terme échu, sans qu'il soit besoin d'acte pour constituer le débiteur en demeure. La résolution aura lieu, dans ce cas, sans autre sommation. En donnant ainsi au pacte commissoire la forme d'une condition résolutoire expresse, le vendeur a renoncé au droit de contraindre le débiteur à l'exécution (Voy. t. VII, n° 281).

Si les parties ont simplement inséré dans le contrat la clause prévue par l'art. 1656, le vendeur peut encore, s'il le préfère, réclamer l'exécution du contrat. Mais il peut se désister de cette demande et opter pour la résolution en faisant la sommation prévue par l'art. 1656. Mais s'il a commencé par faire cette sommation, la résolution qui en résulte de plein droit est irrévocable.

Si au contraire les parties n'ont pas stipulé la résolution de plein droit, elles n'ont fait que reproduire la condition résolutoire tacite de l'art. 1184; la résolution doit toujours être prononcée par la justice. Le vendeur peut donc, à son choix, agir soit en résolution, soit en paiement du prix, et changer ses conclusions en optant finalement pour une solution autre que celle qu'il avait d'abord indiquée, tant qu'il n'y a pas eu acquiescement de la part de l'acheteur ou jugement (1). L'acheteur peut donc acquiescer à une demande en résolution légitimement introduite. Ce qui revient à dire que la résolution pourra résulter d'un acte conventionnel, pourvu qu'il soit certain que sa cause n'est pas simulée (Voy. t. VII, n° 89). La jurisprudence est en ce sens (2).

LAURENT, t. XXIV, n° 345; ARNTZ, t. III, n° 1033; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 576; GUILLOUARD, t. II, n° 585; Cass. 9 juin 1869, S. 69, 1, 405; *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 377; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 101 *bis* III.

(1) AUBRY et RAU, § 356, texte et note 50; LAURENT, t. XXIV, n°s 350 et 351; GUILLOUARD, t. II, n° 589.

(2) *Contrà*, DUVERGIER, t. II, n° 5; LAURENT, t. XXIV, n° 371.

169. Nous rappelons à ce propos que l'action en résolution étant personnelle, le vendeur ne pourra pas agir directement contre un sous-acquéreur qui ne se serait pas obligé personnellement à payer le prix (1). Le demandeur devra agir contre son acheteur immédiat, et assigner le sous-acquéreur en déclaration de jugement commun, si toutefois les règles de compétence permettent d'agir ainsi (Voy. t. VII, n° 273).

On voit donc que la condition résolutoire peut compromettre les intérêts des tiers. La loi du 23 mars 1855 a tempéré les inconvénients qui en résultent en décidant que l'action résolutoire établie par l'art. 1654 ne pourrait être exercée après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et s'étant conformés aux lois pour les conserver (Voy. t. VII, n° 279). — Tout le monde reconnaît que cette disposition est également applicable à la résolution fondée sur un pacte commissoire exprès (2). Nous examinerons en détail les difficultés que soulève l'application de la loi de 1885, en matière d'action résolutoire, quand nous aurons à parler du privilège du vendeur non payé. Nous nous bornerons à faire remarquer ici, que la fin de non-recevoir résultant de la perte du privilège ne peut être opposée que par les tiers.

Le vendeur d'immeubles non payé, lors même qu'il serait déchu de son privilège, ne conserve pas moins l'action résolutoire contre l'acheteur ou ses représentants, même héritiers bénéficiaires (3), et ses créanciers chirographaires (4).

En cas de faillite de l'acheteur, le vendeur comme créancier privilégié et muni du droit de résolution, n'est donc pas représenté par les syndics, et l'adjudication poursuivie à la

(1) Comp. Cass. 6 fév. 1878, D. 78, 1, 275; GUILLOUARD, t. II, n° 592 et les autorités citées.

(2) GUILLOUARD, t. II, n° 603.

(3) Cass. 27 mars 1861, S. 61, 1, 758.

(4) Bordeaux, 4 mai 1892, D. 94, 2, 276.

requête de ces derniers n'éteint pas son droit de résolution (1). Cependant, s'il a laissé s'écouler plus de quarante-cinq jours à partir de la transcription de la revente à un tiers par le syndic de la faillite de son débiteur, il y a lieu de lui faire l'application des art. 6 et 7 de la loi de 1855 (2).

170. Le droit de demander la résolution de la vente s'éteint par la renonciation expresse ou tacite du vendeur (Voy. t. VII, n° 280).

La question de savoir si le vendeur a tacitement renoncé à l'action résolutoire sera appréciée en fait par les juges du fond.

Il y aura certainement renonciation tacite si le vendeur approuve ou autorise la revente ou concession de droits réels faite par l'acheteur, ou poursuit lui-même la vente judiciaire de l'immeuble contre l'acheteur (3).

Mais si le vendeur produit dans un ordre ouvert pour la distribution du prix de revente de l'immeuble, ou s'il fait à un sous-acquéreur une sommation de payer ou de délaisser, on ne saurait voir, dans cette façon d'agir, une ratification de la revente emportant renonciation au droit de résolution (4). La revente qui a eu lieu est un fait qui fournit au vendeur l'occasion d'obtenir le paiement qui lui est dû; en utilisant ce fait dans le but d'être payé, il ne saurait être considéré comme ayant renoncé à l'un des moyens d'avoir satisfaction. Si donc, finalement, il n'est payé, il pourra demander la résolution.

(1) Besançon, 23 mars 1894, D. 94, 2, 584.

(2) Riom, 11 nov. 1886, D. 87, 2, 85; GUILLOUARD, t. II, n° 597 et les autorités citées.

(3) Toulouse, 24 août 1844, D. 45, 4, 521.

(4) Cass. 11 déc. 1855, D. 56, 1, 256; Bordeaux, 28 déc. 1886, D. 87, 2, 165; DURANTON, t. XVI, n° 379; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 104 *bis*; AUBRY et RAU, § 356, texte et notes 50 et 52; DEMOLOMBE, t. XXV, n°s 533 et suiv.; LAURENT, t. XXIV, n° 363; GUILLOUARD, t. II, n° 605; *Contrà*, DUVERGIER, t. I, n° 447; Cass. 2 juin 1824, S. C. N., VII, 1, 472.

Du reste, la renonciation faite par le vendeur originaire ne saurait préjudicier aux droits d'un second ou subséquent vendeur qui conserve toujours son droit d'option entre l'action en résolution et l'action en paiement (1).

Aux termes de l'art. 717, C. pr. civ., lorsqu'un immeuble est vendu à la suite de saisie immobilière, l'action résolutoire des précédents vendeurs n'est pas recevable si elle n'a pas été notifiée, *avant l'adjudication*, au greffe du tribunal où se poursuit la vente. Cette disposition, qui a été justement critiquée (2), s'applique au vendeur qui a reçu la sommation prescrite par l'art. 692, C. pr. civ., et à celui qui ne l'a pas reçue parce qu'il n'était plus inscrit au moment de la transcription de la saisie. Elle s'étend à la poursuite sur surenchère après aliénation volontaire (art. 838, C. pr. civ.) (3), mais non à la conversion de la saisie en vente volontaire (arg. art. 748, C. pr. civ.) (4).

171. L'action en résolution s'éteint par la prescription trentenaire, tant que la chose, meuble ou immeuble, demeure entre les mains de l'acheteur ou de ses héritiers (art. 2262). Si la chose est passée dans les mains d'un tiers acquéreur, la prescription sera encore de trente ans, s'il s'agit d'une créance mobilière, même à l'égard du second cessionnaire (5). S'il s'agit d'une chose mobilière corporelle, le possesseur pourra invoquer la disposition de l'art. 2279. Enfin, dans le cas où la chose passée entre les mains d'un tiers serait un immeuble, on admet que le détenteur pourrait, s'il est de bonne foi, usucaper par dix ou vingt ans (Voy. t. VII, n° 280).

172. Quand la résolution est prononcée ou acquise, les choses

(1) Cass. 20 juin 1850, S. 50, 1, 651.

(2) Voy. GUILLOUARD, t. II, n° 607.

(3) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 356, texte et note 58.

(4) Paris, 14 août 1851, S. 52, 2, 49; CHAUVEAU-CARRÉ, t. V, q. 2441; AUBRY et RAU, *loc. cit.*, note 57; GUILLOUARD, t. II, n° 610.

(5) Caen, 21 avr. 1841, S. 41, 2, 433.

doivent être remises dans le même état que si la vente n'avait pas existé. La situation se règle entre les parties par des restitutions réciproques. Il faut appliquer, sur ce point, les solutions que nous avons déjà indiquées en étudiant l'article 1184 (Voy. t. VII, nos 276 et 277) (1).

En ce qui touche les dommages-intérêts que peut obtenir le vendeur, Voy. t. VII, n° 278.

Les parties peuvent stipuler que l'action résolutoire sera exercée sans répétition de deniers, et que les à-comptes payés seront attribués au vendeur à titre de dommages-intérêts (2).

A l'égard des tiers les effets de la résolution de la vente sont les mêmes, que cette résolution dérive d'une condition résolutoire expresse ou d'une condition résolutoire tacite. Les droits des tiers qui ont traité avec le vendeur lui-même, sont rétroactivement confirmés ainsi que le sien (3).

En ce qui concerne les tiers qui ont traité avec l'acheteur, il est certain que toutes les aliénations, charges, servitudes, hypothèques et privilèges établis en leur faveur sur la chose postérieurement à la vente, sont annulés, même dans le cas d'une résolution volontaire, d'ailleurs faite sans fraude.

Faut-il en dire autant du bail qui serait encore en cours au moment de la résolution? Si le bail conférait un droit réel au locataire ou fermier, ainsi qu'on l'a soutenu quelquefois, il n'y aurait pas de question; le droit du bailleur s'évanouirait. Comment donc la circonstance qu'il n'en peut résulter qu'un droit de créance pourrait-elle rendre la question douteuse (4)? Nous admettons bien que l'acheteur puisse être considéré comme autorisé à continuer la possession juri-

(1) Comp. LAURENT, t. XXIV, nos 353 et suiv.; GUILLOUARD, t. II, nos 614 et suiv.

(2) Cass. 31 janv. 1837, DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 1279 8°; Orléans, 14 août 1845, D, 46, 2, 72; LAURENT, t. XXIV, n° 353.

(3) Paris, 4 avr. 1887, D. 89, 2, 215.

(4) LAURENT, t. XXIV, n° 358; Voy. cep. GUILLOUARD, t. II, n° 622.

dique du vendeur dans le but de conserver le droit réel sur la chose, mais il n'est pas possible d'admettre qu'il va administrer pour le compte du vendeur (Voy. t. VII, n° 276).

Comme les tiers pourraient être trompés, si la résolution n'est pas rendue publique, l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 porte que tout jugement prononçant la résolution d'un acte transcrit, ou tout acte judiciaire qui la constate, doit, dans le mois du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription de l'acte faite sur le registre. C'est l'avoué ayant obtenu le jugement qui est chargé de faire opérer cette mention sous peine de 100 francs d'amende. Mais là nous paraît se borner sa responsabilité. Si la mention n'a pas été faite, le jugement de résolution ne produira pas moins toutes ses conséquences à l'égard des tiers, vu son effet rétroactif.

Si l'acte de vente dont la résolution a été prononcée n'avait pas lui-même été transcrit, la mention marginale serait impossible. L'avoué serait-il alors tenu de faire opérer la transcription intégrale du jugement de résolution? On l'a soutenu (1), mais cela est douteux à cause du caractère pénal de l'injonction contenue dans l'art. 4, et qui ne semble pas pouvoir s'appliquer à un cas autre que celui qui est spécialement prévu. L'art. 4 n'impose pas au vendeur l'obligation de faire opérer une mention marginale, quand la résolution dérive d'une convention conclue entre les parties. C'est encore une lacune dans la loi.

173. En cas de vente mobilière, la nécessité d'assurer la circulation rapide de marchandises sujettes à de grandes variations de prix, commandait de soustraire la résolution à certaines règles ordinaires du droit commun, pour permettre au vendeur de trouver un nouvel acheteur prêt à prendre immédiatement livraison.

(1) Trib. Vouziers, D. 61, 3, 31; GUILLOUARD, t. II, n° 625.

Dans ce but :

ART. 1657. En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement.

Cette disposition est applicable à toutes les ventes mobilières, commerciales et civiles, ayant pour objet non seulement des meubles corporels, mais encore des effets publics, des valeurs industrielles ou autres; la loi ne distingue pas (1).

Pour qu'elle produise son effet, il est indispensable qu'un terme ait été convenu pour le retirement de la chose vendue. Un terme fixé par l'usage équivaudrait d'ailleurs à un terme conventionnel (art. 1135). L'acheteur d'une marchandise expédiée par chemin de fer est censé avoir accepté comme termes de retirement, les délais réglementaires d'enlèvement (2). S'il n'a été fixé aucun terme, une sommation ne pourrait amener la résolution de plein droit de la vente, car c'est à la stipulation d'un délai pour le retirement que la loi a subordonné la résolution prononcée par l'art. 1657 (3). Le juge pourrait donc, après cette sommation, accorder un délai à l'acheteur. Jusqu'à l'expiration de ce délai, le vendeur devra se tenir en mesure de remplir ses propres obligations, faute de quoi c'est contre lui-même que la résolution sera prononcée (4).

Si les choses vendues devaient être livrées et retirées par parties, le défaut partiel de retirement pourrait suffire pour que le vendeur ait le droit d'invoquer l'art. 1657 pour le marché total (5). S'il y avait eu vente par livraisons périodiques,

(1) Cass. 11 juill. 1882, D. 83, 1, 504; Dollat, 1er fév. 1894, D. 94, 2, 589; DURANTON, t. XVI, n° 380; LAURENT, t. XXIV, n° 312 *bis*; ARNTZ, t. III, n° 1036; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 579; GUILLOUARD, t. II, n° 637; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 356, texte et note 8.

(2) Trib. Arlon, 22 juill. 1886, *Cl. et B.*, 87, 327.

(3) Cass. 17 déc. 1879, D. 80, 1, 138; AUBRY et RAU, § 356, texte et note 3; LAURENT, t. XXIV, n° 316; ARNTZ, t. III, n° 1037; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 580; GUILLOUARD, t. II, n° 632.

(4) Cass. 14 avr. 1886, S. 90, 1, 438.

(5) Bourges, 10 fév. 1844, D. 45, 4, 521.

l'acheteur qui n'aurait pas opéré le retirement entier de chaque livraison partielle aux époques indiquées, sera exposé à subir la résolution pour le tout, et ne pourra obliger le vendeur à opérer la délivrance en une seule fois (1).

Le vendeur seul peut se prévaloir de la disposition de l'article 1657; il aura droit au remboursement des frais occasionnés par la détention de la chose (2), et même à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant de la non exécution du contrat (3). Ces dommages seront calculés au jour de l'expiration du terme convenu pour le retirement, et non à la date de la mise en demeure de prendre livraison qui aurait été adressée ultérieurement par le vendeur à l'acheteur (4). Le vendeur qui a conservé la marchandise à la disposition de l'acheteur ne pourrait donc réclamer à ce dernier la différence entre le prix de vente et celui atteint par la marchandise, résultant de cette circonstance qu'il n'a pas lui-même disposé de la marchandise (5).

Quand la chose mobilière a été retirée, le droit de demander la résolution pour défaut de paiement du prix sera exercé dans les formes ordinaires; l'art. 1657 n'est plus applicable (6).

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 313; GUILLOUARD, t. II, n° 634; Comp. Cass. 19 fév. 1873, S. 73, 1, 273.

(2) AUBRY et RAU, § 356, texte et note 6; LAURENT, t. XXIV, n° 310; GUILLOUARD, t. II, n° 636.

(3) Rouen, 17 fév. 1872, S. 72, 2, 226.

(4) Douai, 1er fév. 1894, D. 94, 2, 389.

(5) Trib. Bruxelles, 6 avr. 1876; *Pas.*, 77, 3, 11.

(6) Cass. 12 déc. 1876, S. 77, 1, 459; ARNTZ, t. III, n° 1038; GUILLOUARD, t. II, n° 635.

CHAPITRE VI.

DE LA NULLITÉ ET DE LA RÉSOLUTION DE LA VENTE.

174. — Objet du chapitre, art. 1658.

174. Il semblerait, d'après l'intitulé de notre chapitre VI, qu'il va être question de l'application à la vente de toutes les causes de nullité ou de résolution qui peuvent exister à l'égard des contrats en général. Mais les termes de l'article suivant viennent immédiatement restreindre la portée de la rubrique :

ART. 1658. Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vilité du prix.

On fait remarquer sur ce texte que s'il est vrai de dire que la vente est *résolue* par l'exercice de la faculté de rachat, il serait plus exact de dire qu'elle est *annulée* par suite de la vilité du prix. Sans doute la nullité ou rescision et la résolution ont ceci de commun que le contrat annulé ou rescindé, ou bien résolu, est considéré comme n'ayant jamais existé, et que tous les droits consentis par celui dont la propriété a été rescindée ou résolue doivent disparaître; mais alors que les causes de nullité peuvent s'évanouir par l'effet d'une ratification ou d'une prescription de dix ans (art. 1304), ou même d'un laps de temps plus court (art. 1676), les causes de résolution ne peuvent être effacées par une ratification, et elles engendrent cependant une action qui dure ordinairement trente ans (1).

SECTION PREMIÈRE.

De la faculté de rachat.

175. — Définition du pacte de rachat, art. 1659; utilité de ce pacte.

(1) LAURENT, t. XXIV, nos 369-371; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 581; GUILLOUARD, t. II, n° 640.

176. — Conditions du rachat; pour quel terme il peut être convenu, art. 1660, 1661.
177. — Effets de l'expiration du délai, art. 1662. Le vendeur, pour éviter la déchéance, doit-il faire, avant l'expiration du délai, des offres réelles?
178. — En cas de solution affirmative, le vendeur devra-t-il consigner la somme offerte?
179. — La jurisprudence et les auteurs se contentent, en général, d'une simple manifestation de volonté de la part du vendeur.
180. — Palliatif imaginé par la jurisprudence.
181. — Le délai pour l'exercice du réméré court contre toute personne, art. 1663. L'action en retrait est transmissible et cessible.
182. — Sa nature juridique; elle est donnée contre un second ou subséquent acquéreur, art. 1664.
183. — Droits du vendeur pendant la période précédant l'exercice du réméré.
184. — Condition de l'acheteur pendant la méme période, art. 1665 et 1666.
185. — Cas où la vente à réméré a eu pour objet une fraction indivise, art. 1667.
186. — La faculté de rachat est divisible à l'égard du vendeur, articles 1668 et 1669, sauf à observer les art. 1670 et 1671.
187. — Elle est également divisible à l'égard des acheteurs, art. 1672.
188. — Liquidation à faire entre les intéressés après le retrait, article 1673.
189. — Du pacte de préférence.

175. Un propriétaire obligé d'aliéner sa chose, meuble ou immeuble, pour se procurer un capital indispensable, voudrait cependant trouver le moyen de s'assurer la reprise de cette chose à laquelle il tient beaucoup, soit pour lui-même, soit pour sa famille.

Il atteindra son but au moyen de ce qu'on a fort improprement appelé le *pacte de rachat* ou *de réméré*.

ART. 1659. La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est parlé à l'art. 1673 (*).

59. — L. 2; L. 7, C. 4, 54, *De pactis inter empt. et vend.*

On voit tout de suite qu'une telle réserve ne donne pas lieu à un nouveau contrat qui consisterait à acheter ou racheter la chose vendue. Cette réserve a pour but de détruire ou résoudre l'ancien contrat, de sorte qu'un deuxième droit de mutation n'est pas dû à l'Etat. Il aurait donc été plus exact d'appeler *retrait conventionnel*, comme on disait dans l'ancien droit, la faculté qui en résulte pour le vendeur.

Le vendeur pourra donc librement user de cette faculté pendant les délais légaux qui ne peuvent excéder cinq ans art. 1660). L'acheteur n'aura donc aucune sécurité pendant ces délais. Il ne sera pas certain de devenir propriétaire incommutable, il hésitera à faire l'avance des dépenses qui pourraient développer la force productrice de la chose, et sera forcément obligé de chercher une compensation dans une forte réduction du prix que le vendeur sera obligé de subir.

Voilà donc le vendeur exposé, de son côté, à perdre la chose moyennant un prix qui est loin de représenter sa valeur, s'il ne peut pas remplir en temps utile les conditions du pacte.

Le vendeur, s'il s'agit d'un immeuble, n'aurait-il pas alors intérêt à recourir tout simplement à un emprunt hypothécaire? Non, car un emprunt hypothécaire ne lui procurerait souvent qu'un capital insuffisant. Ainsi, d'après l'art. 7 du décret du 9 avril 1852 sur les sociétés de crédit foncier, le prêt que ces sociétés peuvent accorder ne doit, en aucun cas, excéder la moitié de la valeur de la propriété, et les particuliers se montrent à peu près aussi difficiles.

Mais au moins, s'il s'agit d'un meuble, ne vaudrait-il pas mieux, pour le propriétaire, donner ce meuble en gage? Non, car il n'obtiendra pas au moyen d'un prêt une somme égale à celle que lui procurera une vente même à prix réduit. D'un autre côté il deviendrait débiteur de la somme empruntée, et pourrait être poursuivi sur tous ses biens pour le remboursement.

Le pacte de rachat est donc le procédé qui permettra au

propriétaire d'obtenir au moyen de sa chose, le capital le plus élevé, c'est-à-dire le capital qui se rapprochera le plus de la valeur de cette chose. Mais comme il ne peut obtenir un tel service gratuitement, il le paiera par la différence existant entre la véritable valeur de la chose et le prix réduit offert par l'acheteur, en observant que, pour les immeubles, la différence qui dépasserait les sept douzièmes de la valeur donnerait lieu à l'action en rescision concurremment avec l'action de rachat (art. 1674, 1676).

Dans ces conditions c'est encore l'acheteur qui rend un service, et c'est le vendeur qui le reçoit. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer que la vente à réméré n'a pas servi à masquer un prêt usuraire ou à dissimuler un contrat *pignoratif* qui a pour but de permettre au créancier de s'approprier le gage de son débiteur ou d'en disposer sans les formalités des art. 2078 et 2088. C'est au vendeur à prouver que le contrat apparent de vente n'est qu'un contrat pignoratif, et il pourra alors en faire prononcer la nullité. C'est le plus souvent une clause de relocation immédiate qui révélera le caractère pignoratif du contrat (1).

176. La condition imposée au vendeur de payer un prix plus élevé lors de l'exercice du réméré n'est pas par elle-même illicite, et ne saurait entacher le contrat de suspicion (2). A plus forte raison pourrait-il être convenu que le vendeur remboursera une somme moindre.

En toute hypothèse, la faculté de rachat doit être *réservée* dans le contrat même de vente; convenue postérieurement, elle serait constitutive d'un contrat nouveau. Elle peut d'ail-

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Pignoratif (contrat)*.

(2) Cass. 15 avr. 1872, S. 73, 1, 252; DUVERGIER, t. II, n° 12; AUBRY et RAU, § 357, texte et note; LAURENT, t. XXIV, n° 401; ARNTZ, t. III, n°s 1042 et 1043; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 593; GUILLOUARD, t. II, n° 648; *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 429; BUGNET sur POTHIER, *Vente*, n° 413, note 1.

leurs être faite sous condition, être subordonnée, par exemple, à cette circonstance que l'acheteur décède sans avoir disposé de la chose vendue.

Elle est nécessairement soumise à un terme extinctif :

ART. 1660. La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. — Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme (*).

ART. 1661. Le terme fixé est de rigueur, et ne peut être prolongé par le juge (**).

Ces dispositions sont spéciales aux ventes faites sous la condition résolutoire de remboursement du prix. Pour les transferts de propriété consentis sous toute autre condition résolutoire, la liberté des conventions ne subit aucune restriction. Le motif donné par Portalis et Grenier qu'il ne faut pas que les propriétés restent trop longtemps incertaines et flottantes (1), ne peut donc être le véritable. La vérité est que la vente à réméré, même sérieuse, est vue avec défaveur en haine de la vente à réméré frauduleuse.

Les parties pourraient-elles, d'un commun accord, faire ce que l'art. 1661 défend au juge, c'est-à-dire prolonger le délai fixé par le contrat? Il faut d'abord remarquer que les tiers sont sans intérêt dans la solution de la question. Ils ont en effet traité avec l'acquéreur à réméré en prenant pour base de leurs calculs la première clause; une modification à cette clause ne leur serait pas opposable (arg. art. 1321), quand même cette modification serait valable entre les parties (2).

Pour savoir si la modification envisagée est valable entre les parties, il faut distinguer :

Si le délai fixé pour l'exercice du réméré est expiré, le droit de l'acheteur est devenu irrévocable; il n'y a plus de délai, il ne saurait donc être question de prorogation de délai. Sans

(*) Art. 1660. — L. 2, C. 4, 54, *De pactis inter empt. et vend.*

(**) Art. 1661. — L. 21 § 22, D. 21, 1, *De ædil. edict.*

(1) *Exposé des motifs*, FENET, t. XIV, p. 125.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 385; ARNTZ, t. III, n° 1045; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 588; GUILLOUARD, t. II, n° 654.

doute l'acheteur pourra renoncer à sa propriété incommutable et faire avec le vendeur une nouvelle convention qui semblera faire renaître pour cinq ans au plus, une faculté analogue à celle que définit l'art. 1659 (1). Mais en réalité la propriété ne pourra revenir sur la tête du vendeur originaire que par l'effet d'une retranslation véritable. Le droit réel de l'acheteur ne sera pas effacé, et l'opération devra s'analyser en une promesse de revente consentie par l'acheteur et acceptée par le vendeur (2).

Si le délai n'est pas expiré, la situation est différente. La condition résolutoire étant *in pendenti*, le droit de l'acheteur n'est pas encore irrévocablement fixé dans son patrimoine. Il y a un délai qui est en train de courir; les parties peuvent l'arrêter net. Dans ce cas, qui ne fait doute pour personne, le droit de l'acheteur qui était résoluble devient ferme. Les parties peuvent aussi bien convenir que le délai courra un peu plus longtemps qu'elles l'avaient d'abord déclaré; elles doivent avoir ce droit, pourvu que le nouveau délai ajouté au premier, n'arrive pas à former une période dépassant cinq ans. Quelques auteurs adoptent sans difficulté cette solution (3). Mais d'autres paraissent vouloir interpréter la prorogation de délai comme étant une promesse conditionnelle de revente faite par l'acheteur au vendeur, ce qui dénature complètement la convention envisagée (4).

Dans la supputation du délai, on ne comprend pas le jour où il commence, le *dies a quo;* mais on y comprend le *dies ad quem*.

(1) Voy. Paris, 5 juill. 1834, S. 34, 2, 450.

(2) LAURENT, *loc. cit.; Contrà*, GUILLOUARD, *loc. cit.*

(3) Voy. notamm. LAURENT, ARNTZ, GUILLOUARD, dans les passages déjà cités.

(4) Comp. DURANTON, t. XVI, n° 398; DUVERGIER, t. II, n° 26; AUBRY et RAU, § 357, texte et notes 5 et 6; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 107 *bis* II; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 588.

Le délai court du jour de la vente et non du jour de la livraison. Si la vente était, en outre du rachat, soumise à une condition suspensive, les cinq ans ne courront que du jour de l'arrivée de cette condition.

177. L'expiration du délai doit entraîner pour le vendeur demeuré dans l'inaction une déchéance dont il ne peut être relevé, à moins qu'il n'ait été mis dans l'impossibilité d'agir par le fait de l'acheteur :

ART. 1662. Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable (*).

Il faut donc rechercher ce que doit faire le vendeur pour être réputé avoir exercé son *action* de réméré.

D'abord tout le monde est d'accord pour reconnaître que, malgré les termes du texte ci-dessus, le vendeur n'a pas besoin d'introduire une action en justice.

Que devra-t-il donc faire? Il devra se conformer à la teneur du pacte intervenu entre les parties, et il n'est pas permis de chercher ailleurs un principe de solution. Or, d'après la définition de l'art. 1659, ce pacte consiste dans la réserve de reprendre la chose *moyennant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est parlé* à l'art. 1673.

Comment donc, en présence de ce texte, la Cour de cassation a-t-elle pu dire : « qu'aucune disposition de droit ne règle expressément le mode suivant lequel doit être exercé le réméré; que notamment il n'est prescrit nulle part au vendeur à pacte de rachat de faire, à peine de déchéance, dans le délai fixé par les conventions, soit le paiement effectif du prix ou de tout ou partie des accessoires de ce prix, soit des offres réelles destinées à suppléer le dit paiement (1)..... »

La loi dit positivement que la réserve résolutoire contenue dans le pacte de rachat n'est accomplie que moyennant la *res-*

(*) Art. 1662. — L. 31 § 22, D. 21, 1, *De ædil. edict.*
(1) Cass. 5 fév. 1856, S. 56, 1, 671.

titution du prix principal, etc. C'est cette restitution, événement futur et incertain, qui doit opérer comme condition résolutoire; il faut donc qu'elle ait lieu dans le délai fixé.

Il faut donc que, dans ce délai, le vendeur offre à l'acheteur le remboursement qui lui est dû; c'est-à-dire lui offre le paiement dans les formes voulues pour les offres de paiement (1).

Si l'acheteur accepte les offres faites n'importe comment et donne quittance, il n'y a plus de difficulté; le pacte a reçu son exécution de part et d'autre, tout est consommé.

Il en sera de même si l'acheteur accepte seulement le prix principal, sauf à procéder ultérieurement au règlement des autres remboursements dont parle l'art. 1673.

Si l'acheteur refuse les offres sans motifs, ou se dérobe pour ne pas avoir à les accepter, il met en réalité obstacle au paiement, c'est-à-dire à l'accomplissement de la condition prévue, et le paiement, par application de l'art. 1178, sera réputé avoir eu lieu, en tant qu'il a été nécessaire pour que la clause résolutoire produise son effet (2).

178. Mais il peut arriver, les offres étant faites le dernier jour du délai, que l'acheteur ne soit pas présent pour les accepter ou pour les refuser. Le vendeur devra-t-il alors consigner la somme par lui offerte?

Les auteurs admettent la négative par le motif qu'il ne s'agit pas ici, pour le vendeur, du paiement d'une dette, mais bien de l'accomplissement d'une condition, et qu'il faut, par suite, appliquer les règles concernant l'accomplissement des conditions, et non celles qui sont relatives au paiement des dettes (3). Mais c'est là une équivoque; on doit appliquer les unes et les autres. Il faut remarquer en effet que le même acte, *l'offre des restitutions dues*, qui consti-

(1) DUVERGIER, t. II, n° 27; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 589.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 118 *bis* IV.
(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 589.

tue l'accomplissement de la condition prévue, rend, dans le même instant de raison, et par voie de conséquence nécessaire, le vendeur débiteur. Il s'agit donc pour lui d'acquitter une dette au moyen d'une *restitution*, ou d'un *remboursement* pour nous servir des expressions mêmes de l'art. 1659, c'est-à-dire par un paiement.

Donc le vendeur doit consigner s'il n'obtient pas une quittance libératoire.

179. Mais la jurisprudence n'admet pas la nécessité d'une consignation; elle n'admet même pas la nécessité d'offres régulières. Elle considère le vendeur comme ayant fait tout ce qu'il était légalement tenu de faire, lorsqu'il s'est borné à adresser à l'acheteur des offres quelconques, même purement verbales (1). Quelle peut donc être l'utilité et la signification de semblables offres? Aussi quelques auteurs, plus logiques, décident-ils que des offres, même verbales, sont inutiles, et qu'il suffit au vendeur pour éviter la déchéance, de manifester, n'importe comment, sa volonté d'exercer le réméré, sauf à lui à prouver, conformément aux règles ordinaires du droit, qu'il a fait cette manifestation de volonté (2).

Pour justifier une telle conclusion, on insiste sur ce que : « On ne peut ajouter aux exigences de la loi et demander au vendeur, dans le délai du réméré, des offres réelles, régulières ou irrégulières, que le Code ne lui impose pas (3). »

Comment! ajouter aux exigences de la loi!... Mais la loi impose au vendeur la restitution du prix principal, c'est-à-dire un paiement; elle lui impose donc l'accomplissement des formalités qui, le cas échéant, doivent, au point de vue de la résolution, produire le même effet que le paiement.

On ajoute que cette solution confond deux choses : « La déclaration de volonté du vendeur, qui doit être faite dans le

(1) ARNTZ, t. III, n° 1046; AUBRY et RAU, § 357, texte et note 8.
(2) LAURENT, t. XXIV, n° 398; GUILLOUARD, t. II, n° 664.
(3) *Ibid.*

délai fixé pour le réméré, et les remboursements dont il est tenu vis-à-vis de l'acheteur, et qui doivent être effectués dès que l'acheteur est prêt à recevoir, et dans tous les cas avant que l'acheteur rentre en possession de l'objet vendu (1). »

Cette distinction est complètement arbitraire et contraire au texte de la loi. Pour qu'elle fût admissible il faudrait que l'art. 1659 eût été ainsi rédigé. « Le pacte de rachat est celui par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue *moyennant une déclaration de volonté faite dans le délai fixé pour le réméré...* » Or la loi dit, au contraire, *moyennant la restitution*, etc.

C'est d'ailleurs ce qu'ont entendu les parties : « Quand le vendeur vient dire à l'acheteur : je veux exercer le rachat, et je suis prêt à vous rembourser, on comprend très bien que l'acheteur lui réponde : remboursez-moi et remboursez-moi avant l'expiration du délai; je ne suis pas obligé de me contenter d'une promesse que vous ne réaliserez peut-être pas. Il paraît bien difficile de dire que l'acheteur qui tient un pareil langage puisse être considéré comme ayant empêché la réalisation de la condition, et qu'on puisse lui appliquer l'article 1178 (2). »

Il n'y a qu'une objection, sérieuse en apparence, qui puisse être faite à notre système, et que la Cour de cassation formule de la manière suivante : « Attendu qu'il résulte de l'art. 1673 que, dans l'esprit du législateur, la validité de l'exercice du réméré n'est pas absolument subordonnée au paiement du prix dans le délai, le dit article établissant au profit de l'acheteur, jusqu'au remboursement intégral du prix et des accessoires, un droit de rétention qui serait sans utilité réelle, si par le seul fait du défaut de paiement dans le délai, le vendeur à réméré devait être déclaré déchu de son droit (3). »

(1) *Ibid.*
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*
(3) Arrêt précité du 5 fév. 1856.

Son droit au contraire s'est réalisé par la seule manifestation de sa volonté, quoiqu'il n'ait pas payé; il est redevenu propriétaire, l'acheteur a cessé de l'être, et c'est pour cela que celui-ci obtient le droit de rétention pour être payé.

Mais on répond facilement, dans le système qui exige des offres réelles, sans consignation, comme dans le nôtre, que ce droit de rétention s'applique seulement aux chefs de restitutions qui ne sont pas encore liquides au moment des offres, et pour lesquels il est seulement possible d'offrir une somme à parfaire plus tard s'il y a lieu (1).

Laurent, qui se contente d'une simple manifestation de volonté de la part du vendeur, est obligé de donner au droit de rétention une base plus large. L'art. 1673, dit-il, porte que le vendeur ne peut rentrer en possession tant qu'il n'a pas rempli ses obligations. L'entrée en possession suppose que la vente est résolue; dès qu'elle est résolue, le vendeur reprend sa chose; mais comme il a des obligations à remplir, la loi donne une garantie à l'acheteur, le droit de rétention (2). »

180. Quoi qu'il en soit, voilà donc l'acheteur dépouillé de son droit par une simple manifestation de volonté faite par le vendeur, alors qu'il a traité sous la foi d'un texte n'admettant ce résultat que moyennant la restitution du prix!

Pour donner satisfaction à une telle objection, la Cour de cassation a fini par décider que si la volonté exprimée par le vendeur dans le délai prescrit, suffit pour *conserver* le droit de celui-ci, le retrait n'est *consommé* que par le remboursement effectif des sommes dues par l'acheteur, et, à défaut de paiement, le vendeur peut être déclaré déchu de la faculté de rachat (3). Il appartient donc aux tribunaux de fixer le

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 589.
(2) T. XXIV, n° 400.
(3) Cass. 14 janv. 1873, S. 73, 1, 134.

délai dans lequel ce dernier devra remplir les obligations que l'exercice du réméré lui impose (1).

Il suit de là : « que la volonté du vendeur de résoudre le contrat ne peut produire effet qu'à la condition que le vendeur réalise les obligations que cette volonté lui impose. Jusque-là le contrat *est en suspens*... Si le vendeur ne paie pas dans le délai qui lui sera imparti, il est définitivement déchu de son droit au réméré (2). »

Il faudra donc que la justice prononce une nouvelle résolution au profit de l'acheteur, par application de l'art. 1184 (3)! C'est l'acheteur qui devra prendre les devants et s'adresser à la justice pour faire déclarer le vendeur déchu s'il ne paie pas dans un certain laps de temps. Mais à quoi sert cette intervention de la justice qui suppose rétablie la doctrine surannée des arrêts de déchéance? « *A rien autre chose*, répondait Denisart, *qu'à faire des causes et à orner les tribunaux* (4). » D'un autre côté, si l'acheteur est obligé d'intenter une action pour faire prononcer la déchéance du vendeur, il faut bien reconnaître que cette action durera trente ans à partir de l'expiration du délai conventionnel. La propriété pourra donc être incertaine pendant trente-cinq ans, alors que, d'après l'art. 1660 il ne devrait en être ainsi que durant cinq ans (5)!

N'était-il pas plus simple de reconnaître que l'exercice du réméré ne peut résulter que d'un paiement, ou d'une consignation équivalant à paiement, sauf pour les chefs de restitution non liquidés, et par conséquent inconnus ou contestés, pour le remboursement desquels le droit de rétention accordé par l'art. 1673 demeurerait utile.

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 665.
(2) *Ibid.*
(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 589.
(4) *Faculté de rachat*, t. II, p. 396.
(5) Voy. JOBBÉ-DUVAL, *Etude sur... la vente à réméré*, p. 187 (Paris, 1874).

Au fond, toutes ces cavillations de la doctrine et de la jurisprudence s'expliquent par cette considération que l'acheteur est tenu en suspicion, quoiqu'il ait rendu un service, et que le vendeur, qui a sollicité ce service, paraît toujours être intéressant!

181. Pour si intéressant, néanmoins, que soit celui à qui appartient la faculté de rachat, quand il s'agit de calculer la durée de cette faculté, la loi décide que :

ART. 1663. Le délai court contre toutes personnes, même contre le mineur, sauf, s'il y a lieu, le recours contre qui de droit (*).

Le texte prévoit le cas où le vendeur à réméré est décédé laissant un héritier mineur. Le recours dont il s'agit est celui qui est donné contre le tuteur quand celui-ci a omis d'exercer le réméré en temps utile, si cette omission porte préjudice au mineur.

Le droit d'exercer le réméré est donc transmissible aux héritiers de celui qui en est investi. Il fait partie des biens de celui-ci, et par conséquent peut être exercé par ses créanciers en vertu de l'art. 1166, sauf à l'acquéreur à opposer, s'il y a lieu, le bénéfice de discussion, comme nous le verrons sous l'art. 1666 (1).

Ce droit peut encore être cédé. On décide généralement que le vendeur cède implicitement ce droit en vendant la chose avant d'avoir exercé le réméré (2). Mais la réciproque n'est pas vraie, et il ne faut pas confondre l'objet du droit avec l'action ou droit de demande, considéré en soi (3).

(*) Art. 1663. — L. 38, D. 4, 4, *De minor.*

(1) Grenoble, 9 janv. 1858, S. 59, 2, 172; DUVERGIER, t. II, n° 18; LAURENT, t. XXIV, n° 330; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 590; GUILLOUARD, t. II, n° 662.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 394; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 590; GUILLOUARD, t. II, n° 661; Cass. 7 juill. 1829, S. C. N., IX, 1, 326; Nîmes, 18 déc. 1849, D. 52, 2, 122; Comp. AUBRY et RAU, § 357, texte et note 52.

(3) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n°s 129 et 130.

Quand le vendeur vend la chose même par lui aliénée avec faculté de rachat, on peut considérer l'action qui lui appartient éventuellement pour faire valoir son droit au réméré, comme un accessoire de la chose vendue. Mais quand il vend ou plutôt quand il cède cette action elle-même, il cède uniquement une action personnelle sanctionnant l'obligation conventionnelle, acceptée par l'acheteur, de subir la résolution de la vente moyennant le remboursement du prix (1).

182. De cette circonstance que l'action directement engendrée par le pacte de réméré est une simple action personnelle, on avait tiré cette conséquence inexacte que la vente, même avec condition de réméré, dépouille absolument le vendeur, et ne lui laisse entre les mains qu'un *jus ad rem* (2).

C'était là une erreur. La Cour de cassation a reconnu que, indépendamment du droit de créance qui peut être invoqué en vertu du pacte contre l'acheteur, la réserve de réméré laisse au vendeur un droit réel (3). Seulement la Cour a mal exprimé sa pensée. En disant que le droit du vendeur est à la fois réel et personnel, elle donne à croire que ce droit est d'une nature mixte, ce qui ne peut être. En réalité l'action en réméré est personnelle, comme nous venons de le dire. Mais cette action personnelle aboutit à la résolution rétroactive d'un transfert de propriété. Quand le réméré est exercé, la propriété faisant retour au vendeur, il est évident que celui-ci peut agir par voie de revendication soit contre l'acheteur, soit contre un second ou subséquent sous-acquéreur. C'est ce que la loi reconnaît :

ART. 1664. Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat.

Cela ne fait pas que l'action en réméré soit *mixte* ou *double*,

(1) Voy. PLANIOL, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1886, p. 621.
(2) Paris, 12 août 1871, S, 71, 2, 193, et la note de LABBÉ.
(3) Cass. 17 fév. 1885, S. 86, 1, 34.

elle est purement personnelle. Celle qui est réelle, c'est l'action en revendication recouvrée par le vendeur. Il y a alors deux actions : l'une personnelle et l'autre réelle, mais ces deux actions sont en réalité *successives*, elles ne *coexistent* pas dans les mains du vendeur (1).

Le vendeur pourra avoir intérêt à agir par l'action personnelle contre son acheteur primitif pour obtenir de lui des dommages, surtout s'il s'agit d'une chose mobilière passée entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi.

183. Des observations qui précèdent, il résulte que le vendeur à réméré peut non seulement céder l'action personnelle qui lui appartient, mais encore vendre le droit réel qu'il s'est réservé sur la chose par lui aliénée. Le vendeur est en effet, selon une doctrine à peu près unanime (2), propriétaire sous condition suspensive. En cette qualité le vendeur est donc autorisé, dans l'intervalle qui précède l'exercice du retrait, à constituer des droits réels éventuels sur le bien qu'il espère reprendre, notamment des hypothèques. Sans cela, après le retrait, le vendeur serait bien considéré comme ayant été propriétaire dans le délai, vis-à-vis des ayants-cause de l'acquéreur, et il ne le serait pas vis-à-vis ses propres ayants-cause, ce qui est impossible. La condition résolutoire dont l'acheteur à pacte de rachat est menacé, rétroagit en s'accomplissant (art. 1673). Donc une rétroactivité parallèle se produit au profit du vendeur. Si l'acheteur n'a jamais été propriétaire, c'est que le vendeur l'a été; celui-ci a donc pu hypothéquer l'immeuble dont le réméré a été exercé.

La présence d'hypothèques créées sur cet immeuble du chef du vendeur, durant le délai réservé pour l'exercice du réméré

(1) PLANIOL, *loc. cit.*

(2) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 266, texte et note 14; § 357, texte et notes 30 et 33; note de CAZALENS, D. 1873, 1, 321; Voy. la réfutation complète de cette opinion par LABBÉ, *Du réméré exercé par un cessionnaire*, *Rev. crit.*, 1871-1872, p. 504 et suiv.

à soulevé une assez grosse difficulté ainsi présentée par Labbé :

« Un immeuble a été vendu avec pacte de réméré. Des hypothèques judiciaires ont pris naissance du chef du vendeur depuis la vente conclue. Le droit au réméré est ensuite cédé à un tiers qui l'exerce. Les hypothèques du chef du vendeur grèvent-elles l'immeuble au détriment du cessionnaire qui a déboursé un prix pour résoudre le droit de l'acheteur? Le cessionnaire exposé à l'action de ces créanciers hypothécaires, a-t-il sur l'immeuble un privilège jusqu'à concurrence du prix qu'il a déboursé (1)? »

Labbé conclut péniblement à ce que le cessionnaire soit subrogé légalement au privilège que *la raison* (mais non la loi) reconnaît à l'acheteur à réméré quand il a consenti à ce que le vendeur profite d'une occasion qui s'offre à lui de revendre avantageusement l'immeuble, à la condition d'être désintéressé sur le prix de la revente. Mais il n'est pas possible de créer ainsi *par analogie*, des cas de privilège et de subrogation légale.

Aussi n'avons-nous mentionné cette difficulté que pour arriver à la constatation suivante : dans toutes les affaires, sauf une, qui ont soulevé l'examen du point de savoir quelle était la valeur des hypothèques procédant du chef du vendeur dans le délai accordé pour le réméré, le rachat avait été exercé par un cessionnaire. Or, dit Labbé, nous croyons que l'idée de contester la validité de ces hypothèques est venue principalement de la difficulté de terminer heureusement (au profit du cessionnaire) le conflit entre les créanciers du vendeur et un cessionnaire exerçant le rachat (2).

184. La condition juridique de l'acheteur, avant l'exercice de la faculté de rachat, est plus facile à déterminer. La vente

(1) *Loc. cit.*, p. 499.
(2) *Ibid.*, p. 507.

a transmis à l'acheteur tous les droits que le vendeur avait sur la chose, et notamment la possession, sauf la restriction résultant de l'art. 1751.

Par conséquent :

ART. 1665. L'acquéreur à pacte de rachat exerce tous les droits de son vendeur; il peut prescrire tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue.

Il pourra donc, le cas échéant, joindre sa possession à celle du vendeur pour achever une prescription déjà en cours; il pourra aussi commencer une possession utile qu'il complétera plus tard, si le vendeur n'exerce pas le retrait.

A l'inverse, si le vendeur exerce le rachat, il pourra joindre à sa possession celle de l'acheteur, comme dans le cas de résolution pour défaut de paiement du prix (1).

L'acheteur peut notamment opposer la prescription à ceux qui invoquent une hypothèque sur l'immeuble vendu.

Les créanciers hypothécaires antérieurs à la vente ont en effet le droit de faire valoir leur hypothèque. Ils auront la faculté de faire saisir l'immeuble comme si la clause de réméré n'existait pas, et d'exproprier à la fois le vendeur et l'acheteur à réméré. Ce dernier pourra faire les notifications à fin de purge, et arriver ainsi à éteindre définitivement les privilèges et hypothèques grevant l'immeuble vendu. Si le vendeur renonce ultérieurement à l'exercice du droit de réméré moyennant une certaine somme à payer par l'acheteur, cette somme ne devra pas être attribuée uniquement aux créanciers hypothécaires que le prix de la vente n'aurait pas suffi à désintéresser. Elle ne pourra être atteinte que par une saisie-arrêt, et devra faire l'objet d'une distribution entre tous les créanciers du vendeur indistinctement, au marc le franc de leurs créances respectives (2).

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 111 *bis* II; LAURENT, t. XXIV, n° 389; GUILLOUARD, t. II, n° 657; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 592.

(2) Voy. PARADAN, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1874, p. 129 et suiv.

On voit donc que l'acheteur soumis au réméré est en définitive traité comme un tiers détenteur ordinaire. Par conséquent, et par application de l'art. 2170, s'il reste dans le patrimoine du vendeur d'autres immeubles hypothéqués à la sûreté de la créance invoquée contre lui,

ART. 1666. Il peut opposer le bénéfice de la discussion aux créanciers de son vendeur.

Puisque le texte ne distingue pas, l'acheteur pourrait opposer le même bénéfice aux créanciers chirographaires qui voudraient exercer eux-mêmes le rachat en vertu de l'art. 1166 (1).

185. Dans certains cas particuliers l'acheteur aura la faculté d'obliger le vendeur qui veut exercer le rachat à reprendre plus qu'il n'a vendu. C'est ce qui arrivera dans l'hypothèse suivante:

ART. 1667. Si l'acquéreur à pacte de réméré d'une partie indivise d'un héritage, s'est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte.

En se portant adjudicataire à suite d'une licitation qu'il n'a pas d'ailleurs provoquée, l'acheteur a non seulement usé de son droit, mais il a en même temps, conservé la propriété sous condition suspensive du vendeur, et a effectué par conséquent une dépense nécessaire (art. 1673) dont il peut exiger le remboursement. Si donc le vendeur s'exécute, il reprendra l'immeuble entier.

186. L'exercice de la faculté de rachat est d'ailleurs manifestement divisible (2).

Par conséquent :

ART. 1668. Si plusieurs ont vendu conjointement, et par un seul contrat, un héritage commun entre eux, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part qu'il y avait (*).

ART. 1669. Il en est de même, si celui qui a vendu seul un héritage a laissé plusieurs héritiers. — Chacun de ses cohéritiers ne peut user de la faculté de rachat que pour la part qu'il prend dans la succession.

(*) Art. 1668. — L. 11 § 1; L. 12 et 13, D. 18, 2, *De in diem addict.*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 112 *bis;* LAURENT, t. XXIV, n° 390; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 590.

(2) *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 678.

De là il suit que si plusieurs individus prétendent exercer ensemble, comme héritiers du vendeur, un réméré convenu moyennant une somme supérieure à 1500 fr., mais au paiement de laquelle chacun ne doit concourir que pour une part inférieure à 1500 fr., si des difficultés s'élèvent sur la validité des offres, etc., le jugement qui interviendra sera en dernier ressort (Comp. t. VII, n° 349). Si à raison du chiffre de la contestation ce jugement était en premier ressort, l'appel interjeté par l'un des intéressés ne profiterait pas aux autres (Comp. t. VII, n° 364).

Cela n'empêchera pas d'appliquer la règle générale de l'article 1175 d'après lequel toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. C'est donc l'intention des parties qui doit décider si le fait mis *in conditione* peut ou non recevoir un accomplissement partiel (Voy. t. VII, n° 251).

Or la loi suppose que les parties ont entendu que le retrait serait exercé ou abandonné pour le tout, au moins dans les cas prévus par les textes précités :

ART. 1670. Mais, dans le cas des deux articles précédents, l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et, s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande.

En pareil cas un des vendeurs ou des cohéritiers ne pourrait s'approprier le contrat, et être admis à exercer seul le réméré pour le tout (1).

Dans ces diverses hypothèses, l'événement démontre que la condition résolutoire ne peut pas s'accomplir comme les parties ont entendu qu'elle devait l'être (2).

(1) Besançon, 20 fév. 1895, D. 95, 2, 436.

(2) Comp. sur tous ces points, en sens divers : Grenoble, 24 juillet 1834, S. 35, 2, 78; DURANTON, t. XVI, n° 416; DUVERGIER, t. II, n° 35; AUBRY et RAU, § 357, texte et note 34; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 115 *bis* I-VI; LAURENT, t. XXIV, n°s 410 et suiv.; ARNTZ, t. III, n° 1049; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 598.

Au contraire :

ART. 1671. Si la vente d'un héritage appartenant à plusieurs n'a pas été faite conjointement et de tout l'héritage ensemble, et que chacun n'ait vendu que la part qu'il y avait, ils peuvent exercer séparément l'action en réméré sur la portion qui leur appartenait; — Et l'acquéreur ne peut forcer celui qui l'exercera de cette manière, à retirer le tout.

La question de savoir s'il y a vente séparée et distincte des diverses parties indivises, est une question de fait.

187. En ce qui concerne les acquéreurs, le retrait est également divisible :

ART. 1672. Si l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, dans le cas où elle est encore indivise, et dans celui où la chose vendue a été partagée entre eux. — Mais s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose vendue soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action en réméré peut être intentée contre lui pour le tout.

Cette disposition doit recevoir son application par analogie au cas où plusieurs personnes ont acheté en commun un héritage avec pacte de rachat.

188. Il faut maintenant liquider, après le retrait, les droits des parties et de leurs ayants-cause.

ART. 1673. Le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser non-seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations. — Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé : il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur.

C'est le prix principal, c'est-à-dire le prix convenu (*suprà*, n° 148), qui doit être restitué. Il n'est pas question des intérêts, parce que le vendeur les garde en compensation des fruits que l'acheteur garde aussi de son côté. Pour la dernière année, les fruits seront partagés entre le vendeur et l'acheteur proportionnellement au temps pendant lequel le vendeur a joui du prix, déduction faite des frais d'ensemencement et de labour (1).

(1) AUBRY et RAU, § 357, texte et notes 15 et 19; LAURENT, t. XXIV,

L'acheteur doit restituer la chose avec les accessoires qu'elle peut avoir reçus, tels que l'alluvion et la portion de trésor appartenant *jure soli* au propriétaire du sol (art. 716).

189. Nous avons déjà dit (*suprà*, n° 13) que le pacte de préférence se rapproche beaucoup du pacte de réméré dont il n'est qu'une modification. C'est celui par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose par lui vendue, de préférence à tout autre, si l'acheteur se décide à la remettre en vente.

Ce pacte se traduit en réalité par une promesse unilatérale, conditionnelle, de revente. Cette promesse fait partie de la convention. Il faut donc appliquer ici la doctrine que nous avons exposée sur les promesses de cette nature (*suprà*, n° 29). La mise en vente par l'acheteur réalise la condition prévue. Si le vendeur veut, de son côté, bénéficier de la réserve par lui faite, il doit trouver, dans le pacte originaire, son titre d'acquisition. Par conséquent il faut le considérer comme investi, dans l'intervalle, d'un droit réel conditionnel, et par conséquent les droits réels consentis par l'acheteur dans la même période, doivent disparaître. Cela est d'ailleurs conforme à la volonté des parties; quand l'acheteur s'est obligé à donner la préférence au vendeur, en cas de revente, il a été entendu que l'immeuble remis en vente se trouverait dans les mêmes conditions juridiques qu'au moment de la vente originaire, c'est-à-dire non diminué par des concessions quelconques de droits réels opposables au vendeur. Mais nous savons que cette solution est vivement combattue (1).

Le pacte dont il s'agit n'étant qu'une modification du pacte de réméré, il semblerait logique de rendre toute liberté à l'acheteur après l'expiration d'un délai de cinq ans. Mais

n° 408; ARNTZ, t. III, n° 1056; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 594; GUILLOUARD, t. II, n° 672.

(1) Voy. GUILLOUARD, t. I, n° 60.

comme la préemption ne s'exerce au profit du vendeur que lorsque l'acheteur le veut bien, il ne saurait être question d'un délai quelconque (1).

SECTION II.

De la rescision de la vente pour cause de lésion.

190. — Application aux ventes d'immeubles du principe de la lésion, art. 1674.
191. — *Quid* en cas de ventes aléatoires?
192. — Des renonciations faites par le vendeur.
193. — Époque à envisager pour l'estimation de la chose; calcul de la lésion, art. 1675.
194. — Délai pour la demande en rescision, art. 1676.
195. — Nature juridique de cette demande.
196. — Comment la lésion doit être prouvée, art. 1677 et 1678.
197. — Comment doivent procéder les experts, art. 1679 et 1680.
198. — Droit de l'acheteur quand la rescision est admise, art. 1681.
199. — Compte à régler entre les parties, art. 1682.
200. — La rescision n'est pas admise en faveur de l'acheteur, article 1683, ni dans les ventes faites d'autorité de justice, art. 1684; renvoi, art. 1685.

190. La rescision pour cause de lésion, introduite dans la loi en contradiction des principes juridiques les plus certains, et des vérités économiques les plus élémentaires, a été appliquée à la vente des immeubles seulement, dans les termes suivants :

ART. 1674. Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value (*).

La règle s'applique aux immeubles incorporels comme aux immeubles corporels (2), ou aux meubles par destina-

(*) Art. 1674. — L. 2, C. 4, 44, *De rescind. vend.*

(1) En ce sens LABBÉ, sur un arrêt de la Cour de Toulouse du 17 mai 1880 ayant affirmé l'absence du droit réel, *Rev. crit.*, 1881, *Exam. doctr.*, p. 353.

(2) *Contrà*, DURANTON, t. XVI, n° 444, AUBRY et RAU (3e édit.), § 294, note 2. Ces derniers auteurs paraissent avoir plus tard abandonné cette opinion, Voy. 4e édit., § 358.

tion (1), que la vente soit pure et simple ou à réméré. Si la vente porte à la fois sur des meubles et des immeubles, une ventilation sera faite, et la vente ne sera rescindée que quant à l'immeuble, sauf dans le cas où il est démontré que, dans l'intention des parties, les meubles et les immeubles ont été envisagés comme devant former un tout indivisible (2).

Il importe peu que le prix ait été fixé par les parties ou par un tiers, que le vendeur est supposé ne pas avoir accepté plus librement que le prix (3).

191. On dit d'une manière générale que la rescision pour cause de lésion ne saurait être admise dans les ventes aléatoires (Voy. t. VII, n° 6) parce que, alors, il n'est pas possible d'apprécier exactement la valeur relative de la chose vendue comparée au prix.

Cela est plus vrai en fait qu'en droit, car les art. 1658 et 1674 formulent une règle générale applicable en matière de vente aléatoire comme en toute autre vente. Par conséquent la difficulté qu'il pourra y avoir, dans beaucoup de cas, pour établir la valeur de la chose, et par suite la lésion, ne peut constituer un obstacle à la recevabilité de l'action en rescision (4). Ainsi, notamment, l'art. 1674 ne distingue pas entre la vente de la nue-propriété, celle de l'usufruit et celle de la pleine propriété, et il est applicable au cas où le prix doit être payé, en tout ou en partie, au moyen d'une rente viagère (5). Dans toutes ces hypothèses, le calcul de la lésion se fera très difficilement, mais s'il peut se faire et si les juges

(1) DUVERGIER, t. II, n° 74; LAURENT, t. XXIV, n° 424; AUBRY et RAU, § 358, texte et note 6.

(2) GUILLOUARD, t. II, n° 687.

(3) *Contrà*, Bordeaux, 23 juill. 1853, S. 54, 2, 427; DUVERGIER, t. I, n° 157.

(4) Bruxelles, 9 mai 1866, *Pas.*, 66, 2, 228; *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 695.

(5) Trib. Gand, 21 mai 1873, *Pas.*, 73, 3, 315.

du fond déclarent qu'il peut se faire, il faudra appliquer l'article 1674 (1). C'est ce qui aura lieu lorsque, en admettant les chances les plus favorables au vendeur, celui-ci se trouvera encore lésé de plus des sept douzièmes (2), dans le cas, par exemple, où un immeuble non sujet à dépérissement est vendu moyennant une rente viagère dont les arrérages annuels sont inférieurs au revenu net du fonds (3).

192. La renonciation faite par le vendeur à la faculté de provoquer la rescision pour cause de lésion, ne peut le lier, quand elle est insérée dans le contrat lui-même. Si elle est faite postérieurement, elle sera valable pourvu qu'elle soit réellement et non fictivement indépendante de l'acte de vente, qu'elle ait lieu gratuitement et après le paiement du prix; sinon elle paraîtra entachée du même vice que la vente elle-même.

Il en sera ainsi, quand même la renonciation aurait été déguisée sous la forme d'une donation fictive, à l'aide d'une clause mensongère portant que le vendeur a déclaré donner la plus-value. Mais l'acheteur pourra prouver qu'il s'agissait d'une donation sérieuse (4).

193. C'est la lésion que le vendeur éprouve lors de la vente qui lui donne le droit d'agir, parce que c'est à ce moment qu'il subit la contrainte morale contre laquelle la loi veut le restituer.

Donc,

ART. 1675. Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente.

Pour calculer la lésion, il ne faudra pas ajouter au prix payé

(1) Voy. Cass. 13 nov. 1867, D. 68, 1, 344; LAURENT, t. XXIV, n° 427.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 604.

(3) Pau, 29 déc. 1886, S. 88, 2, 107.

(4) DURANTON, t. XVI, n°s 434 et 437; DUVERGIER, t. II, n° 78; AUBRY et RAU, § 358, texte et note 3; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 120 *bis* VI; LAURENT, n°s 430 et 431; ARNTZ, t. III, n° 1068; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n°s 601 et 602; GUILLOUARD, t. II, n°s 690 et 691.

par l'acheteur les droits d'enregistrement payés par ce dernier car ils ne font pas partie du prix, et ne sont pas entrés dans le patrimoine du vendeur.

Il n'y aurait pas lésion si le prix convenu dépassait les cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble, quand même la valeur de la monnaie dans laquelle le paiement doit être fait aurait subi une dépréciation postérieurement au contrat.

L'estimation de l'immeuble sera faite d'après le prix moyen qu'obtenaient, dans la région, à l'époque de la vente, les immeubles de même nature, en faisant abstraction des améliorations ou détériorations provenant soit d'un cas fortuit, soit du fait de l'acheteur.

Si l'immeuble a péri avant l'exercice de l'action en rescision, par la faute de l'acheteur, il n'y aura lieu, pour le vendeur, qu'à réclamer des dommages-intérêts, en prouvant la lésion comme il le pourra.

L'action ne sera plus recevable si l'immeuble a péri par cas fortuit, même entre les mains d'un sous-acquéreur (1).

194. L'estimation dont parle l'art. 1675 n'est possible que s'il y est procédé à une époque suffisamment rapprochée de la vente. Le délai pour introduire l'action ne devait donc pas être le délai ordinaire des actions en nullité.

Aussi,

ART. 1676. La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente. — Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les interdits, et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. — Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat.

Ce texte ne s'occupe nullement de la prescription entre époux qui demeure soumise au droit commun de l'art. 2253 (2).

(1) DUVERGIER, t. II, n° 103; AUBRY et RAU, § 358, texte et note 24; GUILLOUARD, t. II, n° 691.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 122 *bis* II; LAURENT, t. XXIV, n° 444; GUILLOUARD, t. II, n° 711; *Contrà*, Toulouse, 24 juill. 1839, S. 39, 2, 524.

Le délai de deux ans est-il encore applicable quand le vendeur, demeuré en possession, le fait valoir par voie d'exception? — L'affirmative paraît résulter de la règle : *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, dont nous avons démontré la persistance dans le droit actuel (Voy. t. VIII, nos 189 et 190), et les termes de l'art. 1670 qui parlent seulement de la *demande* se prêtent à cette solution (1).

195. Cette demande est immobilière quant à son objet, et personnelle puisqu'elle dérive d'un contrat. Au point de vue de la compétence elle est mixte, dans le sens de l'art. 59, C. pr. civ., et par conséquent, si l'acheteur est encore en possession de l'immeuble, elle pourra être portée, au choix du demandeur, soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant le tribunal de la situation du bien.

Quand le contrat est annulé, il est censé n'avoir jamais existé; les droits consentis par l'acheteur disparaissent, et le vendeur peut agir en revendication contre les tiers.

196. Voyons maintenant comment il devra être procédé sur l'instance introduite par le demandeur :

ART. 1677. La preuve de la lésion ne pourra être admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion.

Deux jugements sont donc nécessaires, le premier interlocutoire qui autorise le vendeur à prouver la lésion, et le second, définitif, qui admet ou rejette la prétention du vendeur. Ces deux jugements sont susceptibles d'appel; on peut appeler du premier avant que le second soit rendu.

La preuve de la lésion ne peut donc être faite *de plano*.

Il en serait ainsi, quand même la preuve de la lésion paraîtrait résulter jusqu'à l'évidence des documents produits à l'appui de la demande.

Pourquoi?

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 713; *Contrà*, LAURENT, t. XXIV, n° 445.

Parce que, à tort ou à raison, la loi, en ce qui touche la preuve de la lésion, a décidé que

ART. 1678. Cette preuve ne pourra se faire que par un rapport de trois experts, qui seront tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix.

Les travaux préparatoires justifient cette solution qui, cependant, n'est pas universellement admise (1).

Les juges, néanmoins, pourraient rejeter immédiatement la demande en rescision si les faits articulés ne leur paraissaient ni assez vraisemblables, ni assez graves (2). C'est la décision même de l'art. 1677.

Les experts doivent en principe procéder au nombre de trois. Mais comme les art. 302 à 323, C. pr. civ., sont applicables, il pourra n'être nommé qu'un expert si les parties y consentent (3). Dans tous les cas, la nullité qui résulterait de la nomination d'un seul expert peut être couverte par des conclusions au fond (4).

197. S'il y a trois experts, il sera dressé un seul procès-verbal.

ART. 1679. S'il y a des avis différents, le procès-verbal en contiendra les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître de quel avis chaque expert a été.

ART. 1680. Les trois experts seront nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous les trois conjointement.

L'avis des experts ne lie pas le juge; une nouvelle expertise pourra même être ordonnée.

198. La rescision pour cause de lésion ayant été introduite dans la loi contrairement à tous les principes, on a cherché

(1) FENET, t. XIV, p. 17; MARCADÉ, sur l'art. 1677, II; AUBRY et RAU, § 358, texte et note 15; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 610; *Contrà*, DUVERGIER, t. II, n° 106; LAURENT, t. XXIV, n° 437; GUILLOUARD, t. II, n° 704; Paris, 26 août 1847, S. 48, 2, 161.

(2) Besançon, 20 fév. 1895, D. 97, 2, 426.

(3) DURANTON, t. XVI, n° 450; DUVERGIER, t. II, n° 112; GUILLOUARD, t. II, n° 705.

(4) Cass. 5 nov. 1889, S. 90, 1, 200.

à en atténuer les effets par une réglementation purement arbitraire :

ART. 1681. Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix, ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. — Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur (*).

Cette obligation n'est pas alternative. Le vendeur ne peut que réclamer la restitution de la chose; il n'a aucun droit au supplément du prix. Seulement l'acheteur a la faculté de se libérer en payant ce supplément; il s'agit donc de ce qu'on a appelé une obligation facultative (1). Le droit d'option peut être exercé après le jugement et jusqu'au moment où l'immeuble sera rendu (2).

Quand le tiers possesseur opte pour la conservation de l'immeuble qui lui a été transmis *cum omni causâ*, il exerce un droit qui lui est propre et dont le bénéfice doit lui appartenir exclusivement. Quant aux créanciers hypothécaires de l'acheteur, ils ne pourront l'exercer que du chef de celui-ci en vertu de l'art. 1166 (3).

199. Que l'acheteur se décide dans un sens ou dans un autre, il y aura toujours compte à faire entre les parties :

ART. 1682. Si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément réglé par l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision. — S'il préfère la rendre et recevoir le prix, il rend les fruits du jour de la demande. — L'intérêt du prix qu'il a payé, lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du jour du paiement, s'il n'a touché aucuns fruits.

Dans le premier cas, il n'est pas obligé, s'il veut garder la chose, d'attendre le prononcé du jugement pour manifester sa volonté.

(*) L. 2 et 8, C. 4, 44, *De rescind. vend.*

(1) Gand, 30 nov. 1871, Pas. 72, 2, 147; ARNTZ, t. III, n° 1066.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 125, *bis* III; LAURENT, t. XXIV, n° 447; GUILLOUARD, t. II, n° 725.

(3) LAURENT, t. XXIV; n° 454; Comp. AUBRY et RAU, § 358; GUILLOUARD, t. II, n° 723.

Le supplément de prix à restituer consistera dans une somme d'argent, ou si le prix était une rente viagère, dans une augmentation de la rente (1).

Dans le second cas, l'acheteur rendra la chose, sauf la bonification, d'après le droit commun, des impenses nécessaires ou utiles.

Il faut remarquer qu'en ce qui touche les intérêts du capital à restituer et les fruits de la chose, la loi admet une compensation jusqu'au jour de l'introduction de l'instance en rescision.

Si la chose n'a produit aucun fruit, l'acheteur aura droit aux intérêts de son prix depuis le jour qu'il l'aura payé, de sorte qu'il aura eu alors, à la fois, la jouissance de la chose et celle du prix (2)!

200. D'une manière générale on peut dire qu'une personne n'est jamais obligée d'acheter ;

Donc,

ART. 1683. La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur.

ART. 1684. Elle n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice.

Enfin

ART. 1685. Les règles expliquées dans la section précédente pour les cas où plusieurs ont vendu conjointement ou séparément, et pour celui où le vendeur ou l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, sont pareillement observées pour l'exercice de l'action en rescision.

(1) Lyon, 10 juin 1875, S. 76, 2, 119.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 613.

CHAPITRE VII.

DE LA LICITATION.

201. — Circonstances qui rendent la licitation nécessaire, art. 1686.
202. — Entre qui elle peut avoir lieu, art. 1687; renvoi, art. 1688.

201. La loi s'occupe dans ce chapitre de la vente sur licitation, c'est-à-dire aux enchères, d'une chose appartenant à plusieurs copropriétaires, qui ne peuvent se mettre d'accord pour le vendre moyennant un prix convenu, ou qui ne trouvent pas facilement un acheteur.

ART. 1686. Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte; — Ou si, dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, — La vente s'en fait aux enchères, et le prix en est partagé entre les copropriétaires (*).

Il en est ainsi pour les immeubles et aussi pour les meubles soit corporels, soit incorporels, qui rentrent dans les prévisions du texte. Par suite l'action en licitation n'est pas recevable pour obtenir la vente d'une créance, même hypothécaire, qui n'est pas stipulée indivisible (1).

Les juges du fond sont souverains pour apprécier si des immeubles sont ou ne sont pas impartageables (2). Leur décision est suffisamment motivée lorsqu'en repoussant la demande en licitation, ils déclarent que l'impossibilité d'un partage en nature ne leur est pas démontrée, ce qui doit s'entendre de l'impossibilité de partager commodément (3).

202. En principe, la licitation a lieu entre les communistes seulement.

Cependant,

(*) Art. 1686. — L. 53, D. 10, 2, *Famil. ercisc.*
(1) Trib. Anvers, 10 mars 1887, *Pas.*, 87, 13, 195.
(2) Cass. 6 mars 1895, D. 95, 1, 237.
(3) Cass. 18 oct. 1887, S. 88, 1, 78.

ART. 1687. Chacun des copropriétaires est le maître de demander que les étrangers soient appelés à la licitation : ils sont nécessairement appelés lorsque l'un des copropriétaires est mineur.

Si l'adjudication est prononcée au profit de l'un des copropriétaires, la licitation équivaut à un partage (Voy. t. V, n° 445), et l'adjudicataire ne saurait être assimilé à un acheteur. S'il ne paie pas son prix, il ne sera pas donné suite à l'action résolutoire ni à la poursuite par voie de folle enchère. Les copartageants n'auront qu'à faire saisir le bien licité, et à faire vendre pour être payés sur le prix (1).

Si l'adjudication est prononcée au profit d'un étranger, la licitation est une vente ordinaire et en produit tous les effets, notamment quant à l'action résolutoire et à la garantie (2).

ART. 1688. Le mode et les formalités à observer pour la licitation sont expliqués au titre *des Successions* et au Code de procédure.

(1) Cass. 14 mai 1833, S. 33, 1, 381 ; Nîmes, 30 août 1853; D. 54, 5, 546.

(2) Cass. 8 juin 1853, D. 53, 1, 209.

CHAPITRE VIII.

DU TRANSPORT DES CRÉANCES ET AUTRES DROITS INCORPORELS.

N° 1. — *De la cession considérée en elle-même et entre les parties contractantes.*

203. — Nature de la cession; son champ d'application.
204. — Suite.
205. — Droits incessibles.
206. — Des droits créés en considération de la personne.
207. — Des droits mélangés d'obligation; non cessibilité des dettes.
208. — *Quid* dans certains cas en matière commerciale?
209. — De l'insaisissabilité. — Des clauses prohibitives de la cession.
210. — La cession est rattachée à la vente considérée comme type.
211. — Elle est parfaite entre les parties par le seul consentement.
212. — Comment s'opère la délivrance du droit cédé, art. 1689.
213. — Cas de cession *nécessaire*, *légale*, *judiciaire*.
214. — La cession ne doit pas être confondue avec la subrogation, l'endossement, etc.

203. *La cession et la transmission des créances* a été de notre part l'objet d'un *Traité* spécial (1). Nous n'avons pas naturellement l'intention de le reproduire ici. Nous nous bornerons à indiquer les résultats principaux que nos études nous ont permis d'obtenir, en renvoyant pour les développements et justifications complémentaires à notre *Traité* spécial.

La cession est un contrat par lequel un créancier aliène sa créance ou une action, c'est-à-dire un droit de demande contre un tiers, au profit d'une personne qui l'acquiert pour l'exercer en son nom propre.

La cession est donc un contrat d'aliénation; c'est pour ce motif que le législateur moderne l'a nettement rattaché au contrat de vente, car dans le langage du Code, vendre c'est aliéner; acheter c'est acquérir. La cession fait donc réellement

(1) *Traité théorique et pratique de la Cession et de la Transmission des créances*, 2 vol., Paris, 1891.

sortir la créance du patrimoine du cédant pour la faire entrer dans le patrimoine du cessionnaire. Il est évident que c'est toujours la même créance, avec les mêmes caractères intrinsèques, et sans modification aucune qui appartiendra désormais au cessionnaire. Le cessionnaire aura donc le droit d'exercer cette créance comme étant son bien propre et en son nom, *suo nomine*.

La cession se rattache, disons-nous, à la vente.

Or, qu'est-ce que la vente? La vente n'est rien autre chose que le moyen principal de commercer; ce qui implique que la vente ne peut trouver d'application qu'à l'égard des choses qui font ou peuvent faire partie du patrimoine (art. 1598).

Donc, la cession, qui n'est qu'une vente, ne peut pareillement fonctionner que dans le domaine des choses faisant partie du patrimoine, ou pouvant en faire partie comme choses futures, par exemple le bénéfice éventuel d'une assurance (1).

Donc tous les droits qui sont en dehors du patrimoine tels que les droits de famille, avec les actions qui s'y rattachent, sont manifestement tout à fait en dehors de la cession. Il n'y a donc pas à s'occuper des droits de famille quand on veut construire la théorie de la cession.

D'un autre côté, quel est le but précis de la cession?

La cession a pour but de faciliter le commerce des éléments du patrimoine, pour lesquels la forme ordinaire du contrat de vente ne paraît pas suffisante. Donc, tous les éléments du patrimoine à l'égard desquels la vente proprement dite est possible doivent encore être pareillement laissés en dehors de la théorie de la cession qui ne saurait les concerner. Exemple : l'usufruit (art. 595) (2).

(1) Cass. 3 juin 1893, D. 94, 1, 188; Comp. Cass. 16 janv. 1888, D. 88, 1, 77.

(2) COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique*, t. VII, p. 178, n° 133.

Donc encore tous les éléments du patrimoine qui sont déclarés exclus de la vente, tels que les droits d'usage et d'habitation, les choses hors du commerce, sont pareillement en dehors de la théorie de la cession quant aux actions qui s'y rattachent.

Il pourra sans doute s'élever quelquefois des difficultés pour savoir si le droit transmis à un tiers est ou n'est pas un droit de demande et par conséquent est ou n'est pas soumis aux règles de la cession. Pour trouver la solution, il faudra rechercher si le droit dont il s'agit peut être considéré comme ayant une existence propre indépendamment de toute prestation à effectuer par un tiers. Dans ce cas la transmission dont ce droit aura été l'objet constituera une vente étrangère aux règles de la cession. C'est ainsi qu'il a été jugé en Belgique que l'acquéreur d'une quote-part dans une houillère, ne doit pas, aux fins d'être saisi de la propriété vis-à-vis des tiers, faire notifier son titre à la société qui exploite cette houillère; que l'art. 1690 ne peut être étendu à la cession d'une chose existant en soi, et indépendante de la prestation d'un tiers (1).

204. Par suite des diverses précisions que nous venons de faire, il faudra donc, dans une théorie de la cession, éliminer :

1° Tout ce qui concerne les droits de famille;

2° Tout ce qui concerne les choses corporelles immédiatement envisagées comme pouvant faire l'objet d'un droit réel, ou comme existant en soi, indépendamment de la prestation d'un tiers (2), deux manières d'exprimer la même idée;

3° Tout ce qui touche aux droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, à la vente d'une hérédité, et généralement au transfert de tous les éléments du patrimoine auxquels pourrait

(1) Bruxelles, 24 déc. 1842; DALLOZ, *Répert.*, v° *Mines*, n° 93.
(2) Arrêt précité de Bruxelles, 24 déc. 1842.

s'appliquer sauf disposition contraire de la loi, la forme ordinaire de la vente, quand même l'opération porterait, dans la pratique, le nom impropre de cession (1);

4° Tout ce qui concerne les choses hors du commerce.

Le champ de la cession se trouvant ainsi délimité, nous pouvons affirmer, comme règle générale, que tous les droits patrimoniaux sont cessibles, sauf les restrictions résultant d'un texte formel de la loi positive.

205. Par l'effet de restrictions de ce genre sont incessibles les droits de demande ou actions concernant :

1° Les droits d'usage et d'habitation, ainsi que les actions tendant à les revendiquer ou faire constater (art. 631 et 634, C. C.);

2° Le droit de vaine pâture (L. de 1791, art. 15);

3° Les pensions civiles et militaires, dues par l'État et les administrations publiques (2);

4° Les pensions de la Légion d'honneur et les traitements de réforme (3);

5° Les soldes de retraite (4);

6° Les rentes viagères attachées à la médaille militaire (5);

7° Les rentes fournies par la Caisse des retraites pour la vieillesse jusqu'à concurrence de 360 fr. (6);

8° D'après la loi du 11 juillet 1868 (art. 4), créant une caisse d'assurances en cas de décès, les sommes assurées étaient incessibles à concurrence de la moitié, sans toutefois que la

(1) Voy. comme application de ce principe, Cass. Belge, 8 mai 1886, D. 87, 2, 222.

(2) Déclar. du 7 janv. 1879, art. 19; L. des 18-22 août 1791, art. 4; Arrêté des consuls du 7 thermidor an X; L. 18 avr. 1831, art. 28; L. 19 mai 1834, art. 20.

(3) Avis du Conseil d'État du 2 fév. 1808; L. 19 mai 1834.

(4) L. 11 avr. 1831.

(5) Décret du 29 fév. 1852, art. 3.

(6) L. 20 juill. 1886, art. 8 et 28.

partie incessible et insaisissable puisse descendre au-dessous de 600 fr.;

9° L'indemnité accordée par la loi du 30 juillet 1881 aux victimes du crime du 2 décembre 1851 (1).

On comprend quelquefois dans l'énumération des droits incessibles, les parts éventuelles dans le produit des prises maritimes (2), les syndicats de commerce (3), etc. Dans ces cas la prétendue cession est non avenue, soit parce qu'elle manque d'objet, soit parce que son objet est hors du commerce.

206. Une restriction à la faculté de céder un droit de créance ne saurait résulter de cette circonstance que le droit cédé a été créé en considération de la personne de celui qui en a été investi. Lorsqu'on parle des rapports de droits établis *intuitu personæ*, et que, pour ce motif, on déclare incessibles, il se produit presque toujours une équivoque contre laquelle il faut se tenir en garde.

Le principe qu'il ne faut jamais perdre de vue, et dont l'énonciation semble même une naïveté, c'est qu'on ne peut transmettre que les droits dont on est investi soi-même; que, par suite, il faut qu'il y ait parfaite identité entre le droit tel qu'il était dans le patrimoine du cédant, et le droit, qui par l'effet de la cession, se trouvera transporté dans le patrimoine du cessionnaire; que par conséquent, un droit constitué dans des circonstances telles qu'il ne peut être exercé que par le cédant lui-même, en personne, ne peut se trouver transporté dans le patrimoine du cessionnaire, que soumis absolument aux mêmes conditions; ce qui revient à dire que le droit ainsi transporté dans le patrimoine du cessionnaire ne pourra être exercé que par le cédant, lui-même *en personne*, car

(1) Alger, 11 mars 1885, D. 86, 2, 222.
(2) L. 1er oct. 1793; Arrêté du 9 ventôse an XI.
(3) Besançon, 29 déc. 1875, S. 78, 2, 65.

exercé par un autre, il ne serait plus le même. Si donc il existe quelqu'utilité pratique à admettre une telle cession, il n'y a pas de raison juridique pour la rejeter.

Cette observation peut aisément se vérifier en cas de cession d'un droit de chasse (1).

La considération de la personne peut quelquefois influer sur la naissance d'un droit de créance, ou son extinction par le paiement, mais jamais sur sa transmissibilité par voie de cession.

207. Comment donc se fait-il qu'on lise souvent dans les auteurs et dans les arrêts qu'un droit constitué *intuitu personæ* ne peut être cédé? C'est uniquement par l'effet d'une équivoque qui s'est produite quant à la manière d'envisager le droit. On a confondu l'élément passif avec l'élément actif, c'est-à-dire la dette avec la créance.

Or, il est manifeste que les dettes ne sont pas cessibles, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible que le débiteur puisse, sans l'assentiment du créancier, se dégager de son obligation et se substituer un tiers qui prendra sa place.

Par conséquent,

Lorsqu'on a un droit mélangé d'obligation, on peut céder son droit, mais non son obligation.

Cela revient à dire que, lorsque par l'effet d'un rapport juridique, on est à la fois devenu créancier et débiteur, on peut bien céder son droit comme créancier, mais non son obligation comme débiteur. En d'autres termes il ne peut pas y avoir de moyen pour contraindre l'autre partie à s'en tenir au cessionnaire pour les réclamations qu'elle aura à former. Toutes les tentatives faites dans ce sens seront impuissantes, et aboutiront tout au plus, à une simple indication de paiement (art. 1277, C. C.). Nous supposons, bien entendu, que le créancier ne donne pas son adhésion.

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 181.

Dans les rapports synallagmatiques, où chacune des parties est créancière et débitrice, il y a de part et d'autre un entrecroisement réciproque de créances et d'obligations multiples, formant, pour chaque partie, un tout, ou ensemble distinct. C'est cet ensemble qui n'est pas cessible. Néanmoins il convient de remarquer que cet ensemble n'est pas le moins du monde indivisible. Rien de plus facile, au contraire, que de le décomposer pour en séparer nettement les éléments actifs et passifs qui le constituent. Les éléments actifs sont les chefs de demande distincte qui pourront faire l'objet d'une cession, les éléments passifs demeurant incessibles. Mais si les parties ont considéré le tout comme *indivisé*, la cession de ce tout est impossible, parce qu'elle ne pourrait avoir lieu qu'en transférant une dette, ce qui ne se peut pas.

208. On a cependant soutenu qu'il pouvait en être autrement en matière commerciale. Voici en effet comment s'expriment les auteurs des *Pandectes françaises* (1) :

« Si, en principe, les obligations personnelles ne passent pas, de plein droit, aux ayants-cause à titre particulier (Aubry et Rau, t. II, p. 75, § 176 *bis*), il en est autrement en matière de cession d'entreprise théâtrale, laquelle est essentiellement commerciale. En cette matière, l'usage reconnaît, et ici l'usage a force de loi, que la cession comprend les engagements passés avec le cédant par ses artistes (Constant, p. 125), à la condition toutefois, que le cessionnaire en ait eu, ou pu en avoir connaissance (Lacan et Paulmier, t. I, n° 429, p. 443), soit par les livres du théâtre, soit par l'acte de cession, soit par tous autres documents à sa disposition (Paris, 30 août 1827, *Gaz. des trib.* du 31 août; Trib. comm. Seine, 11 juin 1832, *Gaz. des trib.* du 13 juin; Paris, 22 mars 1850, *Gaz des trib.* et *Droit* du 23 mars; Trib. comm. Seine, 18 déc. 1863, cité par Constant, *ubi suprà*). »

(1) V° *Acteurs*, n° 618.

Nous avons entendu soutenir qu'il existait un usage analogue en matière de vente d'un *journal*.

Si l'usage ci-dessus allégué existe réellement, la décision dont s'agit peut être acceptée. Mais faut-il l'entendre comme constituant une dérogation à la règle générale que les dettes ne peuvent être cédées, même lorsqu'on prétend transmettre l'actif auquel elles correspondent? Nous ne le pensons pas; il nous paraît en effet, que lorsqu'un directeur de théâtre veut, comme on vient de le voir, céder son entreprise en bloc, c'est-à-dire actif et passif compris, on peut le considérer comme ayant valablement stipulé pour le compte de ses artistes, et même avoir reçu de la part de ces derniers un mandat tacite à cet effet. Quoi qu'il en soit, nous ne voyons pas que le cédant soit libéré de ses obligations à l'égard de ceux avec qui il avait traité, et il n'y a pas véritablement cession de dettes.

209. Les créances déclarées incessibles par une loi spéciale sont en général insaisissables en tout ou en partie. Celles qui peuvent être saisies peuvent être cédées dans la même proportion.

Mais nous avons eu l'occasion de remarquer que les droits qui sont simplement déclarés insaisissables ne sont pas pour cela incessibles. Il n'y a donc pas dans notre droit une véritable corrélation entre l'insaisissabilité et l'incessibilité.

Cela se comprend :

L'insaisissabilité a pour but de protéger le débiteur à peu près insolvable contre l'excessive rigueur de ses créanciers; elle est justifiée par le devoir social de laisser au débiteur l'*indispensable*, et par la médiocre valeur des objets qui le composent, suffisant à peine à couvrir les frais de justice.

L'incessibilité a pour but de protéger le sujet investi contre lui-même. C'est une mesure excessive qui souvent dépasse le but. Pourquoi donc ne pas laisser au débiteur la libre disposition des droits et objets insaisissables?

La volonté humaine serait impuissante à créer des cas d'incessibilité. Le principe de la libre disposition des biens, écrit dans l'art. 544 a une portée générale et s'applique non seulement aux droits réels mais encore à tous les éléments du patrimoine et par conséquent aux droits de créance. Ce principe a été développé et complété par l'art. 1598 duquel il résulte que les prohibitions de vendre ne peuvent dériver que d'une loi particulière et non de la volonté de l'homme. Or la cession n'est qu'une forme de la vente appliquée aux droits de créance, il est donc certain que la volonté de l'homme est impuissante à édicter des prohibitions de céder. Nous renvoyons d'ailleurs à ce que nous avons déjà dit à propos des clauses d'inaliénabilité (Voy. t. IV, nos 76 à 88) (1).

210. La cession est un contrat ayant pour objet de constituer un tiers, étranger à l'obligation, successeur particulier à cette même obligation. Le transfert de la créance dans le patrimoine de ce successeur se confond avec le titre juridique qui lui sert de cause. Il n'y a donc qu'un seul contrat, soumis aux règles générales concernant tous les contrats, et que nous n'avons à examiner qu'en ce qui concerne spécialement la cession proprement dite.

C'est au contrat de vente que la loi a rattaché la cession (2) : le type est donc une vente opérant transfert d'une créance, sauf ce que nous dirons plus tard de la formalité prescrite par l'art. 1690. Dans ce cas un prix est nécessaire (3). Mais la cause juridique de ce transfert peut ne pas être une vente; ce pourrait être une dation en paiement opérant transfert ou une opération analogue à une dation en paiement; ainsi une cession de créance faite par un débiteur à son créancier aura pour conséquence immédiate et directe l'extinction jusqu'à

(1) Cass. 6 juin 1853, S. 53, 1, 619; AUBRY et RAU, § 35, texte et note 9; LAURENT, t. XXIV, n° 467.

(2) Cass. 23 fév. 1869, D. 69, 1, 196.

(3) Toulouse, 29 fév. 1892, S. 93, 2, 105.

due concurrence, des dettes du cédant envers le cessionnaire (1). La cause juridique de la cession pourra encore être une donation opérant transfert, ou tout autre titre juridique impliquant le transfert d'une créance, par exemple la mise en société d'une ou de plusieurs créances (2).

211. Entre les parties la cession est parfaite par le seul effet du consentement, et sans qu'il soit besoin d'un écrit quand elle résulte d'un contrat à titre onéreux (3). Un écrit n'est même pas nécessaire au regard des tiers. La Cour de Bastia avait cependant pensé le contraire : « Considérant, dit un arrêt de cette Cour, que l'écriture est de l'essence même du contrat de cession de créance ou autres droits incorporels; que l'art. 1690 suffit pour le démontrer, puisqu'il impose au cessionnaire l'obligation de signifier l'acte de transport au débiteur, et que jusqu'à ce que cette signification soit effectuée, il n'est point, relativement aux tiers, propriétaire de la créance cédée (4). »

L'art. 1690 n'impose pas l'obligation de signifier *l'acte de transport*, mais seulement *le transfert*, c'est-à-dire le fait de l'opération intervenue entre les parties. Quand même le texte aurait contenu le mot *acte*, la solution n'aurait pas dû changer, car cette expression eût été synonyme de *fait juridique*.

Il demeure entendu que si la cession a lieu à titre gratuit, elle devra être faite par acte authentique; mais alors la nécessité d'un document écrit résulte de la nature particulière du titre qui sert de cause juridique à la cession.

Il est cependant un cas où la cessionnaire devra être por-

(1) Alger, 28 mai 1887, *Rev. d'Alger*, 1889, 350, 1.
(2) Cass. 24 déc. 1894, D. 95, 1, 206.
(3) DUVERGIER, t. II, n° 175; AUBRY et RAU, § 359, texte et note 23, COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 135 *bis* I; LAURENT, t. XXIV, n° 472; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 623; ARNTZ, t. III, n° 1078; GUILLOUARD, t. II, n°s 759 et 768.
(4) Bastia, 6 mars 1855, D. 55, 2, 304.

teur d'une cession constatée par acte authentique, c'est celui où il voudra changer sur le registre des hypothèques le domicile élu dans une inscription requise par son cédant (article 2152, C. C.).

On dit aussi que la cession de son hypothèque légale par une femme mariée, dans les cas où cette cession peut avoir lieu, est soumise par la loi à la forme notariée (1). Mais il ne s'agit pas dans cette hypothèse d'une cession de créance (2). Voilà pourquoi nous n'aurons pas à étudier ici les questions de cession ou de subrogation relatives à l'hypothèque légale.

Nous ferons seulement une observation qui nous est suggérée par l'application de la loi du 13 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque légale de la femme au profit des tiers acquéreurs.

Il est certain que le droit sur le prix conservé par une femme après sa renonciation au profit d'un tiers acquéreur, peut faire l'objet de cessions ou subrogations. On s'est demandé quelle est la nature de ces conventions et à quelles formalités elles sont soumises. Nous pensons que ce ne sont pas des subrogations à l'hypothèque légale dans le sens de l'art. 9 de la loi de 1855, mais plutôt des cessions uniquement soumises aux règles ordinaires des art. 1689 et suiv., C. C. Par suite, il ne sera pas nécessaire d'employer pour elles la forme authentique, et leur rang sera déterminé, non par des inscriptions ou des mentions au bureau des hypothèques, mais d'après les prescriptions de l'art. 1690 (3).

212. Quand la cession est parfaite, ce qui a lieu, entre les parties, par la force du seul consentement, le droit cédé passe *rectâ viâ*, par le concours des volontés dans le patrimoine du cessionnaire, et indépendamment de toute délivrance des titres (4).

(1) L. 23 mars 1855, art. 9.

(2) BRESSOLLES, *Explic. de la loi sur la transcript.*, n° 100.

(3-4) V. sur ce point, une étude de M. TISSIER sur la loi du 13 février 1889, *Rev. crit.*, 1889, p. 649, n° 22.

Il reste seulement à régler l'exécution du contrat. Il faut que le cessionnaire soit en quelque sorte mis en possession du droit cédé pour pouvoir l'exercer. C'est là l'unique but du texte suivant :

ART. 1689. Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre.

La loi suppose que la créance cédée est constatée par un titre quelconque. Souvent il n'en sera pas ainsi, principalement quand la cession aura pour objet une *action sur un tiers*. Dans ce cas le cédant devra faire remise au cessionnaire de tous les documents qu'il possède, propres à faire valoir le droit cédé. A défaut de remise des titres ou documents nécessaires, le cessionnaire pourra demander la résolution du contrat.

L'obligation pour les parties, d'exécuter le contrat de cession, est sanctionnée par les moyens admis en matière de vente ordinaire; chacune des parties peut demander contre l'autre la résolution du contrat en cas d'inexécution (1) : et de plus le cédant jouit d'un privilège pour le paiement du prix de la cession (2).

213. La cession, dans notre droit, est en général le résultat d'un contrat librement intervenu entre les parties. Il y a cependant des cas de *cession nécessaire*, dans lesquels la cession voulue par la loi est réputée accomplie *ipso jure*. L'article 1303 se réfère à des hypothèses de cette nature (Voy. t. VIII, nos 185 et 186).

On peut encore concevoir des cas de *cession légale*. Ainsi la loi du 20 février 1889 opère transport de plein droit, au profit des créanciers hypothécaires, de certaines

(1) Trib. civ. Seine, 8 janv. 1886, *Droit*, 86, 3 mars; Bordeaux, 1er août 1874; DALLOZ, *Répert.*, v°, *Rente viagère*, n° 142.

(2) AUBRY et RAU, § 261 et les autorités citées à la note 57; LAURENT, t. XXIV, n° 530; *Contrà*, PERSIL, sur l'art. 2102, § 4, n° 1.

indemnités dues par suite d'un contrat d'assurances (1).

Il peut enfin se produire des cas de *cession judiciaire*, c'est-à-dire des hypothèses où le transport d'un droit de demande résultera d'une décision judiciaire. Il en sera ainsi dans tous les cas où un droit de créance sera vendu aux enchères publiques, isolément ou avec d'autres éléments du patrimoine. C'est ce qui a lieu fréquemment après faillite, acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, etc. Les droits d'enregistrement sont les mêmes que pour les cessions constatées en la forme ordinaire.

Il y aura également cession judiciaire dans le cas de l'article 1166, au moins pour ceux qui admettent, quant à l'application de cet article, la nécessité d'une subrogation judiciaire. Il y aurait plutôt cession légale dans l'opinion contraire.

Mais c'est surtout en matière de saisie-arrêt que se présentent le plus manifestement les cas de cession judiciaire proprement dite. La procédure de saisie-arrêt doit, en effet, aboutir à un jugement ordonnant que le tiers-saisi se dessaisira entre les mains des saisissants. Un tel jugement opère nécessairement dans l'intérêt du premier saisissant ou des saisissants antérieurs à la prononciation, un transport judiciaire de la créance dont les effets sont les mêmes que ceux du transport conventionnel, de telle sorte que la somme arrêtée ne pourra plus être saisie au préjudice du saisissant (2). Le jugement de validité ne produira son effet que par la signification qui devra en être faite aux tiers saisis (3) et au saisi (4).

214. La cession dont nous venons d'étudier la nature doit être distinguée avec soin de la subrogation. Nous avons suf-

(1) Voy. l'explication de cette loi dans notre *Traité de la Cession*, t. I, nos 294 et suiv.

(2) Pau, 21 fév. 1887, D. 88, 2. 181.

(3) Cass. 20 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 89, Suppl. I; CHAUVEAU-CARRÉ, t. IV, Q. 1871 *bis;* Comp. Paris, 16 nov. 1883, D. 84, 2, 146 et la note.

(4) Rennes, 28 déc. 1893, D. 94, 2, 385.

fisamment indiqué les différences qui séparent ces deux opérations juridiques (Voy. t. VIII, nos 44 à 55).

Il faut aussi éviter de confondre la cession avec la novation ou la délégation, et surtout avec l'endossement qui a été créé et développé par la pratique commerciale tout à fait en dehors de la théorie de la cession (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 565 à 575; nos 587 à 594).

N° 2. — *De la cession considérée à l'égard des tiers.*

215. — Nécessité d'une signification au débiteur cédé, ou d'une acceptation de celui-ci, art. 1690; champ d'application de cet article.
216. — Compréhension de l'expression *action sur un tiers.*
217. — De la clause *à ordre.*
218. — Comment, à qui et quand la signification doit être faite.
219. — Effets de la signification.
220. — Acceptation de la cession par le débiteur.
221. — Les paiements faits avant la signification sont valables, article 1691; comparaison avec l'acceptation.
222. — Conflit entre deux cessionnaires de la même créance, ou entre un cessionnaire et un créancier du cédant.
223. — Cas d'une cession faite entre deux saisies-arrêts.

215. Le contrat de cession se conclut directement entre le cédant et le cessionnaire; il ne requiert pas l'intervention du débiteur cédé; ce dernier peut donc ignorer l'existence d'une convention qui a été conclue sans lui. Il est cependant intéressé à la connaître à cause de la manière dont le paiement doit être effectué. Le cessionnaire a également intérêt à ce que le débiteur cédé n'ignore pas la cession, car il a à redouter les actes destructifs de la créance cédée qui pourraient intervenir entre le cédant et le débiteur non informé.

La cession peut également intéresser les tiers qui auraient à traiter avec le cédant au sujet de la même créance, et dont les calculs légitimes seront trompés si la créance est déjà sortie du patrimoine du cédant par une cession régulière qu'ils ont ignorée.

La qualité de *tiers* appartient à tous ceux qui étant d'ailleurs demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre (1).

En conséquence des aperçus qui précèdent,

ART. 1690. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. — Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

Il faut d'abord déterminer le champ d'application de l'article 1690.

Ce champ est théoriquement le même que celui de la cession. Se demander en effet si la transmission d'un droit est subordonnée à l'égard des tiers à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1690, c'est se demander en réalité si cette transmission constitue une véritable cession. Il y a cependant certains cas où la transmission, quoique constituant une cession, n'est pas soumise à l'application de l'art. 1690.

Nous n'aurons donc à parler que de ces cas et des cas douteux.

On doit d'abord mettre de côté la vente des éléments du patrimoine ne donnant pas lieu à une véritable cession. C'est l'équivoque de l'expression qui a conduit les auteurs et même le législateur, à s'en occuper à propos de la cession, comme, par exemple, pour les droits successifs, qui ne peuvent donner lieu qu'à une transmission de propriété, c'est-à-dire à une vente ordinaire, ainsi que la Cour de cassation a fini par le reconnaître (2). Il semble cependant que ce soit avec regret, car elle a ensuite jugé qu'il en était ainsi lorsqu'il n'existait pas de tiers débiteurs de la succession (3).

(1) Comp. DUVERGIER, t. II, n 206; AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 3; LAURENT, n° 502; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 627; GUILLOUARD, t. II, n° 177.

(2) Cass. 16 avr. 1889, D. 90, 1, 260.

(3) Cass. 13 nov. 1894, D. 95, 1, 33.

L'art. 1690 porte que le concessionnaire *n'est saisi à l'égard des tiers* que par une notification de la cession. *Saisi*, de quoi? des éléments du patrimoine dont vient de parler l'article précédent, l'art. 1689 qui dit textuellement :

« *Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers*, la délivrance contre le cédant et le cessionnaire, etc.

Il n'y a donc rien de plus clair : l'art. 1690 doit, d'après le texte, s'appliquer dans deux hypothèses :

1° Dans l'hypothèse d'une cession de créance;

2° Dans l'hypothèse de la cession d'un droit ou d'une action sur un tiers.

La Cour de cassation l'a formellement reconnu, mais elle est allée trop loin en décidant que l'art. 1690 s'étendait en général à tous les droits incorporels formant la matière du chapitre VIII intitulé : « *Du transport des créances et autres droits incorporels* (1). » Nous avons vu en effet que c'est par suite d'une pure confusion que la vente d'une hérédité a été incluse dans la matière de la cession. Mais, sauf cette observation, il nous serait impossible de ne pas reconnaître que la Cour suprême a bien jugé, et que l'art. 1690 s'applique à tous les droits dont parle l'art. 1689.

La circonstance que la loi parle du *débiteur* qui doit recevoir la signification ou accepter la cession, ne saurait avoir pour résultat de restreindre l'application de la règle au cas unique d'une cession de créance proprement dite (2). Elle doit s'appliquer encore au transfert *des actions contre un tiers*, ou plutôt *sur un tiers*, car telle est l'expression significative de l'art. 1690.

216. Il faut voir ce qui est contenu dans cette expression *action sur un tiers*. Cette expression comprend d'abord les

(1) Cass. 23 juill. 1835, DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 1961 1°.
(2) LAURENT, t. XXIV, n° 475.

actions personnelles tendant à la constatation d'un droit de créance mobilière. La cession d'une telle action ne doit pas être confondue avec la cession d'une créance résultant d'un titre et non contestée.

L'expression *action sur un tiers* comprend également les actions réelles mobilières. Dans les cas où un meuble peut être revendiqué, nous ne voyons pas de motif pour que la cession de l'action en revendication soit soustraite à l'application de l'art. 1690.

Enfin l'expression *action sur un tiers* doit pareillement comprendre les actions réelles immobilières. Cela a été reconnu par un arrêt de la Cour de cassation, attendu que l'acte apprécié renfermait, non la vente d'un immeuble, mais le transport du droit que le vendeur prétendait avoir sur cet immeuble (1).

L'opinion contraire repose sur une confusion complète entre le droit et l'action. Nous croyons avoir démontré, dans notre *Traité sur la Cession*, qu'il n'y a pas identité entre l'action et le droit qui en forme l'objet. Nous renvoyons à ce que nous avons écrit sur ce point (2).

Il est, du reste, impossible de confondre la cession d'une action avec la vente d'un immeuble, et de soumettre les deux opérations au même régime légal :

Une action ne peut pas être expropriée; elle est seulement soumise à l'exercice autorisé par l'art. 1166;

Elle ne peut pas être hypothéquée;

La cession d'une action ne peut donner lieu à un recours en garantie;

Elle ne peut donner lieu à la rescision pour cause de lésion;

(1) Cass. 17 mars 1840, DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 1980; Comp. Nîmes, 5 juill. 1838, S. 40, 1, 197; DUVERGIER, t. II, n° 178; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 359, texte et note 25; LAURENT, t. XXIV, n° 479; GUILLOUARD, t. II, n°s 760 et 797.

(2) T. I, n° 129.

Celui qui cède une action transmet au cessionnaire le rôle de demandeur, dans l'action en condamnation, avec le fardeau de la preuve;

Celui qui vend et livre la chose, assure, au contraire, à son acheteur le rôle de défendeur dans l'action en revendication, sans aucune charge de preuve;

Sans doute, les résultats de l'action réelle peuvent bien être, pour le cessionnaire, le principe de l'acquisition de la vraie propriété, mais l'action elle-même, tant sous le rapport de la forme, que des conditions de son admission, doit être absolument traitée comme toute autre action cédée.

La Cour suprême, du reste, n'a jamais varié sur ce point; elle a toujours distingué entre la vente proprement dite de l'immeuble et la cession de l'action tendant à l'obtenir (1).

Le champ d'application de l'art. 1690 comprend naturellement toutes les créances civiles, même existant entre commerçants. Ce point ne peut faire l'objet d'aucune difficulté (2). Il faut même reconnaître que l'art. 1690 est applicable d'une manière générale en matière commerciale. C'est là une jurisprudence aujourd'hui constante (3). Il a même été décidé que la transmission des effets de commerce pouvait avoir lieu autrement que par la voie de l'endossement, et au moyen d'une cession ordinaire dans les termes du droit commun (4). Il est manifeste que la cession, dans cette hypothèse, devra être notifiée au cédé conformément à l'art. 1690, mais il faut qu'il s'agisse d'une véritable cession de créance, et non d'un autre contrat.

(1) Cass. 29 juill. 1868, D. 68, 1, 374; Cass. 22 juill. 1851, D. 51, 1, 265.

(2) Cass. 26 janv. 1863, D. 63, 1, 47; Cass. 28 avr. 1869, D. 69, 1, 445.

(3) Rouen, 3 janv. 1874, S. 74, 2, 278; Cass. 27 nov. 1865, D. 65, 1, 56; Trib. comm. Nantes, 25 juill. 1888, *Revue de Nantes*, 88, 313.

(4) Cass. 1er fév. 1876, S. 76, 1, 149; Cass. 15 déc. 1868, S. 69, 1, 205.

217. Les parties pourraient-elles déroger à la nécessité d'appliquer l'art. 1690, en stipulant la clause *à ordre?*

La Cour de cassation admet qu'une obligation, même civile, peut être ainsi transmise, ce qui en effet n'est prohibé par aucune loi; mais elle décide en même temps que le titre devenant transmissible par la voie de l'endossement, la cession ainsi opérée est opposable aux tiers sans qu'il soit besoin de recourir aux formalités prescrites par l'art. 1690 (1).

Cette solution est fort contestable. Le débiteur, en ce qui le concerne, peut renoncer à la signification, mais cette renonciation de sa part ne peut produire aucun effet à l'égard des ayants-cause du cédant lui-même. C'est principalement dans leur intérêt que la loi a subordonné le déplacement des créances à une formalité de publicité déterminée par des considérations analogues à celles qui ont fait établir la transcription pour les immeubles. Les parties ne peuvent pas, à l'aide d'une convention qui est leur fait personnel, déroger à une prescription édictée par la loi dans l'intérêt des tiers, et qui, à ce point de vue, est d'ordre public (2).

218. La signification doit être faite par exploit d'huissier, à personne ou au domicile réel du débiteur ou de chacun des débiteurs conjoints ou solidaires (Voy. *Traité de la Cession*, t. I, n° 334). Ce n'est en effet qu'à ce domicile que le débiteur qu'il s'agit de renseigner, pour qu'à son tour il renseigne les autres, est censé présent. Elle ne pourrait être faite au domicile élu pour l'exécution de la convention (3).

Si le débiteur cédé habite en pays étranger, la signification

(1) Cass. 15 mars 1892, S. 94, 1, 495; Cass. 8 mai 1878, D. 78, 1, 241, et la note de BEUDANT.

(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 322.

(3) Paris, 28 fév. 1825, S. C. N., VIII, 2, 39; AUBRY et RAU, § 359 *bis*; LAURENT, t. XXIV, n° 484; ARNTZ, t. III, n° 1090; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 623; GUILLOUARD, t. II, n° 774; *Contrà*, DEMOLOMBE, I, n 381.

du transport doit encore lui être faite à personne ou domicile en pays étranger. Elle ne pourrait être faite au parquet, ainsi que le permet l'art. 69, C. pr. civ., pour les ajournements. Cette solution résulte du but final de la signification prescrite par l'art. 1690, qui est faite surtout pour empêcher le débiteur de se libérer désormais entre les mains du cédant. Aussi la Cour de Paris a-t-elle décidé que cette signification valant saisie-arrêt ou opposition au paiement, était régie par l'article 560, C. pr. civ., aux termes duquel toute saisie-arrêt entre les mains de personnes non demeurant en France, doit être notifiée à personne ou domicile (1).

Si la signification de la cession vaut saisie-arrêt ou opposition, il semblerait logique d'admettre que la saisie-arrêt, pratiquée par le cessionnaire entre les mains du débiteur, peut tenir lieu de la signification prescrite par l'art. 1690. Cependant le contraire a été jugé (2).

Il importe peu que la signification soit faite à la requête du cédant ou du cessionnaire. Il n'est pas nécessaire de donner copie de l'acte de cession, mais seulement de faire connaître le fait juridique de la cession. La Cour de cassation décide qu'une signification partielle de l'acte suffit, si cette signification en fait connaître les parties essentielles (3).

Quand le paiement de la créance cédée devra être effectué au nom d'une personne morale ou d'un incapable, la signification devra être faite à son représentant légal.

Lorsque le débiteur cédé est l'Etat, la signification devra être faite au fonctionnaire chargé de représenter l'Etat dans l'ordre d'intérêts envisagé, par conséquent au préfet, s'il s'agit

(1) Paris, 28 fév. 1825; Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 1745; DUVERGIER, t. II, n° 185.

(2) Tribunal de l'Empire d'Allemagne, 11 juill. 1881, S. 82, 4, 33; Conf. Cass. 15 juill. 1828 (Fumagalli c. Bédarride). Le *Recueil de Sirey* ne contient pas le texte complet de ces décisions.

(3) Cass. 13 nov. 1894, D. 95, 1, 33; Comp. Rouen, 27 fév. 1885, S. 86, 2, 127.

du domaine de l'Etat, au conservateur, s'il s'agit de l'administration des forêts (1), etc.

La cession d'une créance sur une commune, devra être faite au maire, et non au receveur municipal qui ne représente pas la commune. Cependant si le paiement avait été ordonnancé par le maire antérieurement à la cession, on pourrait soutenir que la signification est valablement faite au receveur municipal (2).

Par conséquent, et pour généraliser la solution, s'il s'agissait de la cession d'une créance devant être acquittée à l'aide de fonds spécialement affectés à ce paiement, et déposés, à cet effet, entre les mains d'un tiers, par exemple du cautionnement d'un officier ministériel, la signification pourrait être valablement faite au dépositaire de ces deniers, quoiqu'il ne soit pas personnellement tenu de la dette. C'est ce qui résulte de plusieurs décisions de la Cour de cassation (3).

Quand la cession a pour objet des créances futures ou conditionnelles, la signification pourra être faite immédiatement, et le cessionnaire sera saisi de la créance, telle quelle, à l'égard des tiers, du jour même de la signification, et non, comme on l'a quelquefois décidé par erreur, du moment de l'accomplissement de la condition (4).

La signification pourra être faite utilement tant que la créance cédée existera, car la loi n'a fixé aucun délai pour l'accomplissement de cette formalité. En cas de faillite du cédant, il suffit qu'elle soit remplie avant le jugement déclaratif de faillite (5).

(1) Chambéry, 17 janv. 1873, S. 73, 2, 79.

(2) Douai 15 mars 1894, S. 94, 2, 215.

(3) Cass. 3 janv. 1875, S. 76, 1, 157, et les arrêts cités en note, Comp. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 332; GUILLOUARD, t. II, n° 776.

(4) Cass. 26 mai 1886, *Le Droit*, 28 mai 1886.

(5) Cass. 16 nov. 1892, S. 94, 1, 9; Cass. 5 janv. 1875, S. 76, 1, 157 et la note; Voy. Lyon, 13 déc. 1888, *Mon. Lyon*, 8 juin 1889.

219. La signification d'une cession produit deux effets bien différents :

1° Elle porte à la connaissance du débiteur cédé, la cession intervenue;

2° Elle vaut opposition entre les mains du débiteur cédé, qui, désormais, ne peut plus valablement payer au cédant.

Évidemment le cessionnaire peut donner mainlevée de la signification en tant qu'elle vaut opposition. Mais cette mainlevée n'empêchera pas que la cession n'ait été régulièrement portée à la connaissance du débiteur cédé; ce fait qui ne peut être détruit, n'est pas atteint par le retrait de la signification, et il doit produire toutes ses conséquences. Donc, si un cessionnaire, après avoir fait signifier la cession au débiteur, était amené par suite de quelque arrangement particulier, à donner mainlevée de la signification, si le cédant cédait la même créance à un tiers, la signification faite à la requête du nouveau cessionnaire ne prévaudrait pas contre la première signification malgré la mainlevée donnée (1).

La signification régulière produit des effets définitifs et n'a pas besoin d'être renouvelée.

Par exception les notifications de cessions de créance sur l'Etat sont soumises à une péremption quinquennale établie par la loi du 9 juillet 1836; elles ne sont valables que pendant cinq ans à compter de leur date, si elles n'ont pas été renouvelées dans le dit délai (art. 14), et celles faites antérieurement à cette loi, dans le délai d'un an à partir de la publication de la loi (art. 15).

Il faut observer que l'art. 14 de cette loi n'est pas applicable au transport des sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations. Il a été aussi décidé que l'art. 14, n'ayant trait qu'aux *sommes* dues par l'Etat, n'était pas applicable à un *titre de rente* dont le Trésor n'était que détenteur pour un cas

(1) Cass. 5 janv. 1875, S. 76, 1, 157.

éventuel, et qui, par suite de la signification de la délégation ou cession qui en avait été faite, était devenu la propriété du cessionnaire (1).

220. Le cessionnaire peut également être saisi par l'acceptation du transport émanée du débiteur et constatée dans un acte authentique. La procuration donnée pour accepter le transport n'a pas besoin d'être passée devant notaire (2).

L'acceptation faite par un acte notarié unilatéral, n'a pas besoin pour produire son effet d'être notifiée soit au cédant soit au cessionnaire.

Dans le système de la loi, l'acceptation par acte authentique de la part du débiteur cédé contient trois faits juridiques distincts :

1° Reconnaissance du fait de la cession;

2° Soumission personnelle de payer entre les mains du cessionnaire;

3° Acceptation officielle de la mission d'informer les tiers qui s'adresseront à lui.

C'est surtout à ce dernier point de vue que la loi exige la forme authentique.

Ces trois éléments ne forment pas un ensemble indivisible. Le débiteur cédé, tout en reconnaissant l'existence du fait de la cession, peut faire insérer dans l'acte authentique, des réserves aussi bien en ce qui concerne l'existence de la créance, sa quotité, ses modalités, etc., qu'en ce qui concerne les exceptions dont il prétend se prévaloir.

Entre le débiteur et le cessionnaire, l'acceptation peut avoir lieu par acte sous seing privé; elle peut être expresse ou tacite (3). Elle produira notamment cet effet d'empêcher le

(1) Paris, 7 juin 1851, D. 52, 2, 59.

(2) Cass. 20 juill. 1892, S. 90, 1, 415.

(3) Cass. 12 mars 1878, S. 81, 1, 71; DUVERGIER, t. II, n° 216; AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 9; LAURENT, t. XXIV, n° 487;

débiteur de payer entre les mains du cédant au préjudice du cessionnaire (1).

Mais on s'est demandé si la connaissance de la cession acquise par *un intéressé*, peut, vis-à-vis de lui, tenir lieu de la signification ou de l'acceptation par acte authentique?

Il est singulier qu'une telle question soit soulevée sous l'empire d'un système ayant précisément pour base l'organisation d'une preuve préconstituée au moyen d'une formalité de publicité qui ne saurait avoir aucun équipollent.

Nous avons donné ailleurs, à l'examen de cette question, tous les développements qu'elle comporte (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 348 à 360). Nous pensons en résumé que la cession non signifiée ni acceptée n'existe pas à l'égard du débiteur cédé, et ne peut pas être opposée à un second cessionnaire, sauf le cas de fraude caractérisée (2).

La jurisprudence admet en général que la signification prescrite par l'art. 1690 n'est pas indispensable à l'égard du débiteur cédé qui a eu connaissance de la cession (3).

La Cour de cassation semble admettre la même solution à l'égard d'un second cessionnaire, parce qu'elle considère la connaissance acquise par celui-ci comme impliquant nécessairement la mauvaise foi (4), ou tout au moins une impru-

ARNTZ, t. III, n° 1088; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 623; GUILLOUARD, t. II, n° 779.

(1) Cass. 6 fév. 1878, S. 78, 1, 168.

(2) Voy. AUBRY et RAU, § 359 *bis*, notes 12 et 13; MARCADÉ, t. VI, sur l'art. 1691, n° 1; MOURLON, t. III, n° 684; COLMET de SANTERRE, t. VII, n° 136 *bis* V; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 624; ARNTZ, t. III, n° 1089; Comp. DUVERGIER, t. II, n° 208; GUILLOUARD, t. II, nos 781 et 782; *Contrà*, LAURENT, nos 488-491.

(3) Arrêts précités de Cass. des 6 fév. et 12 mars 1878; Orléans, 4 déc. 1886, S. 88, 2, 154; *Contrà*, Bruxelles, 11 déc. 1886, *Pas.*, 87, 2, 61.

(4) Cass. 4 janv. 1848, D. 48, 1, 60.

dence dommageable qui doit faire préférer le premier cessionnaire, à titre de dommages-intérêts (1)!

221. En cas d'inobservation ou d'observation tardive de l'art. 1690, le débiteur cédé, qui est un tiers, pourra opposer au cessionnaire tous les événements qui, s'étant produits avant la signification, auront eu pour résultat l'extinction objective de la dette ou du droit de demande cédé, notamment le paiement.

ART. 1691. Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré.

Il peut donc opposer au cessionnaire les quittances à lui délivrées par le cédant, pourvu qu'elles aient date certaine (art. 1328) (2).

Le débiteur peut encore opposer la compensation suivant la distinction consacrée par l'art. 1295, et qui a été déjà examinée sous ce texte (Voy. t. VIII, nos 165 et 166).

On se demande si l'acceptation pure et simple de la cession qui emporte renonciation à la compensation, doit pareillement emporter renonciation à toutes les autres exceptions. L'affirmative soutenue par quelques auteurs (3) est évidemment trop absolue. La négative est préférable (4). Il nous semble que la question se réduit à savoir si l'acceptation pure et simple du transport implique, dans un cas envisagé, une renonciation. Cela dépend des termes de l'acceptation et des circonstances de la cause. Le simple fait de l'acceptation, considéré en soi, ne saurait impliquer renonciation. Mais

(1) Cass. 3 mars 1838, S. 38, 630.

(2) LAURENT, t. XIX, n° 333; Comp. COLMET de SANTERRE, t. V, n° 201 *bis* IV; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 576, notes 100-102; MOURLON, 2e exam. sur l'art. 1328; Voy. Cass. 22 fév. 1854, D. 54, 5, 597.

(3) COLMET de SANTERRE, t. VII, n° 136 *bis* VIII.

(4) Cass. 2 août 1847, D. 47, 1, 315; Cass. 29 juin 1881, S. 82, 1, 125 et les renvois; Notamm. Cass. 2 mai 1853, S. 53, 1, 411; Comp. Cass. 4 fév. 1889, D. 90, 1, 121.

l'acceptation peut emporter renonciation, si telle est l'intention du débiteur (1).

222. En cas de conflit entre deux cessionnaires successifs de la même créance, la préférence appartient non pas à celui qui est le premier en date, mais à celui qui, le premier, se sera conformé à l'art. 1690 (2). Si les deux cessionnaires ont fait signifier le transport le même jour, la préférence appartiendra à celui dont la signification a été faite la première. Il y aura donc intérêt pour les requérants à donner mandat à leur huissier de constater dans l'exploit l'heure précise de la signification. Si par hypothèse, et ce qui n'a rien d'impossible, les deux significations avaient été faites à la même heure, les deux cessionnaires devraient concourir pour le partage de la créance cédée, *concursu partes fiunt.* Il en sera de même si aucun des cessionnaires ne peut justifier de l'antériorité de sa signification.

La preuve de l'antériorité ne pourrait d'ailleurs se faire par témoins (3).

Le cessionnaire d'une créance peut encore se trouver en conflit avec un créancier du cédant, à qui ce dernier aurait donné en nantissement la créance cédée. Le cessionnaire est un tiers par rapport au contrat de nantissement; le créancier gagiste est un tiers par rapport à la cession. La question de préférence sera réglée entre eux par la date des significations qui auront dû être faites (4).

Les créanciers du cédant, qui veulent pratiquer une saisie-arrêt à son préjudice, doivent être considérés comme des tiers

(1) Voy. LAURENT, t. XXIX, n° 536; Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 825; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n°s 379 et 380.

(2) Jurisprudence constante; Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n°s 1746, 1749.

(3) Voy. DUVERGIER, t. II, n° 1888; AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 20; LAURENT, t. XXIV, n° 504; ARNTZ, t. III, n° 1090; GUILLOUARD, t. II, n° 788; *Contrà*, Pau, 27 fév. 1888, D. 89, 2, 159.

(4) Cass. 13 janv. 1845, D. 45, 1, 88.

par rapport à une cession qui aurait été déjà faite de la créance qu'il s'agit de saisir.

Ils pourront valablement saisir la créance, tant que la cession n'aura pas été signifiée (1).

L'opinion d'après laquelle la saisie-arrêt aurait pour effet de soustraire la créance saisie à toute cession ultérieure et à toute poursuite de la part des créanciers postérieurs (2), est aujourd'hui abandonnée. On est généralement d'accord pour reconnaître que le cessionnaire dont le titre remonte à une date antérieure à celle de la saisie-arrêt, peut valablement signifier la cession après la saisie-arrêt, la signification valant opposition ; que le cessionnaire dont le titre de cession est postérieur en date à la saisie-arrêt, devient un nouveau créancier pouvant concourir avec le saisissant. Cela revient à dire que la cession signifiée d'une créance déjà saisie-arrêtée vaut opposition ; la distribution se fera au marc le franc entre le cessionnaire et le saisissant (3).

223. Il y a plus de difficulté, lorsqu'une cession ayant eu lieu après une première saisie-arrêt, il survient postérieurement à la signification de la cession, des oppositions nouvelles. Comment faut-il régler le conflit qui va s'établir entre le premier saisissant, le cessionnaire et le second saisissant?

Il faut distinguer deux cas : celui où dans l'intervalle des deux saisies-arrêts il a été donné signification d'un transport partiel de la créance saisie-arrêtée, et celui où, dans le même intervalle, il a été donné signification d'une cession totale de la même créance.

(1) Arrêt précité de Pau du 27 fév. 1888 ; Comp. Cass. 2 mars 1814, S. C. N. IV, 1, 542; AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 433 ; LAURENT, t. XXIV, n° 517; GUILLOUARD, t. II, n°s 803 et 852.

(2) CHAUVEAU-CARRÉ, t. IV, q. 1951 *bis* § 2, 4°.

(3) Comp. Cass. 25 août 1869, S. 69, 1, 424 ; Toulouse, 26 août 1863, D. 64, 2, 5 ; GUILLOUARD, t. II, n° 854 et les autorités citées; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 630.

Occupons-nous d'abord de la cession partielle d'une créance saisie-arrêtée. Soit une créance de 3.000 fr.; *Primus* fait une saisie-arrêt pour 3.000 fr.; il intervient une cession de 1.500 fr. sur cette créance au profit de *Secundus*, et ensuite une saisie-arrêt est pratiquée par *Tertius* pour 1.500 fr.

Pour la répartition à faire entre ces trois intéressés, il semble rationnel de déterminer d'abord la part de ceux qui n'ont pas à subir le concours de tous les autres, ensuite celle des autres intéressés en ayant soin de réserver pour la fin de l'opération ceux dont les droits sont purement relatifs et n'existent qu'à l'égard de certains coparticipants seulement (1).

En appliquant cette méthode à l'espèce ci-dessus indiquée, on trouve que la saisie de *Tertius*, le dernier saisissant, étant non avenue vis-à-vis de *Secundus* le cessionnaire, ce dernier doit toucher la même somme que s'il était seul en concours avec *Primus*, le premier saisissant. Sur la somme saisie, de 3.000 fr., il prendra donc le tiers, soit 1.000 fr. Le premier saisissant, au contraire, doit recevoir ce qu'il aurait eu s'il s'était trouvé en concours avec deux saisissants postérieurs, le cessionnaire n'étant vis-à-vis de lui qu'un simple opposant; *Primus* devra donc prendre la moitié, c'est-à-dire 1.500 fr. Enfin *Tertius* le dernier saisissant prendra les 500 fr. restant dus par le tiers-saisi après les versements faits entre les mains de *Primus* et de *Secundus*.

Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, la cession n'étant que partielle, et la première saisie-arrêt n'ayant pu conférer aucun droit exclusif au premier saisissant, le droit du second saisissant de venir en concours dans la distribution de la somme cédée, ne pouvait être contesté. Mais il n'en est pas de même lorsque, dans l'intervalle des deux saisies-arrêts, il est donné signification d'une cession totale de la

(1) MERSIER, *Rev. prat.*, 1867, p. 334.

créance saisie-arrêtée. Sur ce point, plusieurs opinions ont été émises.

Le système le plus radical et en même temps le plus simple à appliquer, celui qui ne peut donner lieu à aucun calcul embarrassant, consiste à écarter complètement les saisissants postérieurs à la signification du transport, et à leur refuser le droit de concourir même avec le premier saisissant (1).

Mais nous avons démontré que, par application de l'article 675, C. pr. civ. (2), tous les créanciers saisissants avant le jugement de validité, et par conséquent le cessionnaire dont la cession notifiée vaut au moins comme opposition, doivent participer à la distribution. (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n^os^ 392 à 395).

Nous avons finalement adopté une solution d'après laquelle le cessionnaire doit concourir avec les premiers saisissants (3). Les seconds saisissants obtiendront seulement l'excédent de ce que les premiers auraient eu dans une distribution entre le cessionnaire considéré comme créancier, et tous les saisissants (Voy. *ibid.*, n^os^ 400 et 401), sans que les premiers aient un recours contre le cessionnaire à concurrence de ce que leur enlève le concours des seconds. Ce recours admis par quelques auteurs (4), nous paraît impossible à justifier (5). La jurisprudence néanmoins se prononce dans ce sens (6).

(1) DURANTON, t. XVI, n° 501; DUVERGIER, t. II, n° 201; LAURENT, t. XXIV, n° 527 *bis;* Aix, 21 mars 1844, D. *Rép.*, v° *Saisie-arrêt*, 429 et la note; Orléans, 11 mai 1859, S. 59, 2, 534.

(2) Voy. CHAUVEAU-CARRÉ, t. IV, q. 1971 *bis;* Comp. Cass. 25 août 1869, D. 69, 1, 456 et les renvois.

(3) Voy. Cass. 2 juill. 1890, S. 91, 1, 196.

(4) AUBRY et RAU, § 359 *bis*, note 44; GUILLOUARD, t. II, n° 858; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 630.

(5) Voy. COLMET de SANTERRE, t. VII, n° 137 *bis* XV.

(6) Voy. Cass. 18 juill. 1843, S. 43, 1, 908; Riom, 23 janv. 1862, S. 62, 2, 530.

Dans le cas de conflit entre saisissants et cessionnaires, on s'est demandé si le juge des référés pouvait ordonner l'exécution du transfert ou cession nonobstant une opposition postérieure et non contestée. La Cour de Paris a rendu sur cette difficulté des décisions en sens contraire, mais elle admet que s'il est justifié d'une demande principale en nullité de la cession, le juge doit s'arrêter (1).

N° 3. — *Effets de la Cession.*

224. — Le cessionnaire ne devient pas le mandataire *in rem suam* du cédant.
225. — Suite; de la maxime *nemo plus juris in alium...* etc.
226. — Le cessionnaire peut-il procéder à des actes conservatoires ou autres avant toute signification?
227. — Ce que comprend la cession d'une créance, art. 1692.
228. — *Quid* des actions en nullité ou en résolution?
229. — Le cessionnaire est passible de toutes les exceptions opposables au cédant.

224. L'effet direct de la cession, rattachée au contrat de vente, est de faire entrer le droit cédé dans le patrimoine du cessionnaire, qui l'exercera comme un droit lui appartenant en propre, et sans qu'il puisse persister une relation quelconque entre le droit cédé et le sujet originairement investi. Il ne faut donc pas considérer le cessionnaire comme étant une sorte de mandataire *in rem suam* du cédant.

Ainsi, par exemple, d'après l'art. 14 du Code civil, l'étranger, même non résidant en France, pourra être traduit devant les tribunaux français pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

On se demande si la même solution pourra être adoptée, lorsque l'étranger s'est obligé primitivement envers un autre étranger, aux droits duquel se trouve ensuite substitué un Français par l'effet d'une cession?

(1) Voy. de nombreux arrêts sur la question dans le *Dict.* de BIOCHE, v° *Référé*, n° 207.

Il semble que la solution affirmative ne puisse faire l'objet d'aucun doute. La loi déclare en effet que le Français, dans le patrimoine duquel se trouve une créance contre un étranger, peut traduire cet étranger devant les tribunaux français.

Or, la cession qui a eu lieu a fait entrer la créance dont il s'agit dans le patrimoine du Français; donc, etc.

Pour repousser une telle solution, il faudrait, ce semble, adopter la vieille théorie du mandat *in rem suam*, et raisonner ainsi :

Le créancier originaire, le cédant, étant un étranger, n'aurait pu se prévaloir du bénéfice de l'art. 14 réservé seulement aux Français :

Or, le cessionnaire n'est que le *procurator* ou représentant du cédant ;

Donc, il ne peut pas traduire le débiteur devant un tribunal français.

Mais une décision ainsi motivée ne serait acceptée par personne, tant la fausseté de la théorie du mandat *in rem suam* est aujourd'hui universellement reconnue. En conséquence pour arriver au même résultat on se servira d'une autre formule moins discréditée, on dira, comme Demolombe : « La règle générale est que *le cessionnaire n'a pas plus de droits que le cédant;* et le Français ne peut pas se plaindre de ce qu'on lui refuse le droit d'actionner devant le tribunal français son débiteur, en vertu d'un titre qui ne conférait pas ce droit, et qu'il a ainsi volontairement accepté tel qu'il était (1). »

225. C'est, en d'autres termes, la maxime : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, qui est invoquée. Mais cette maxime, entendue subjectivement, comme le fait Demolombe, c'est-à-dire dans son rapport avec le titre et la qualité du sujet originairement investi, n'est rien autre chose que l'affirmation, sous une forme très peu différente, de

(1) *Publication des lois*, n° 250.

cette idée que le cessionnaire ne serait en réalité que le représentant ou mandataire du cédant.

Or, tel n'est pas le sens de la maxime : *Nemo plus juris...* Elle signifie tout simplement que la cession d'une créance ne peut pas donner au cessionnaire le droit d'exiger une prestation autre que celle qui est réellement contenue dans l'obligation, c'est-à-dire l'*id quod debetur*, comme disaient les Romains. Mais cette maxime ne peut pas faire, si le cédant est étranger et le cessionnaire français, que ce dernier doive être traité comme s'il était étranger, ou mandataire d'un étranger. C'est le droit d'exiger une certaine prestation qui forme l'unique objet de la cession; c'est donc ce droit seul qu'il faut considérer sans aucune préoccupation de la situation particulière du créancier. Donc, pour établir que le Français cessionnaire de la créance d'un étranger contre un autre étranger peut utilement invoquer l'art. 14, il est inutile de distinguer, comme on l'a proposé, entre *les qualités inhérentes à la créance et les qualités inhérentes à la personne du créancier* (1). Cette distinction, purement scolastique, ne peut avoir aucune signification utile. Autant vaudrait dire, quand un cavalier vend sa monture, que pour savoir ce qui passe dans le patrimoine de l'acheteur, il faut distinguer entre les qualités personnelles de l'homme et les qualités inhérentes à l'animal.

Les auteurs, cependant, adoptent en général cette manière de voir (2).

Ils citent comme exemple, le cas où une créance appartenant à un mineur est cédée à un majeur; la prescription était suspendue en faveur du cédant mineur; elle ne sera pas suspendue en faveur du cessionnaire majeur. Au contraire lors-

(1) BODIN, *Revue pratique*, t. V, 1858, p. 155.

(2) MOURLON, t. III, n° 676; AUBRY et RAU, § 359 *bis*, note 47; LAURENT, t. XXIV, n° 534; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 632; GUILLOUARD, t. II, n° 821.

que le mineur acquiert une créance cédée par un majeur, la prescription qui courait contre le cédant ne courra pas contre le cessionnaire. « C'est l'application du droit commun », dit M. Laurent. C'est précisément ce que nous soutenons; ce n'est donc pas une exception, et cette solution n'a pas avec la cession des créances un rapport plus particulier qu'avec le transfert des droits réels.

Ainsi, un propriétaire est en voie d'acquérir par prescription une servitude continue et apparente sur le fonds de son voisin qui est majeur. Ce dernier décède et est remplacé par son fils mineur, la prescription est désormais suspendue. Le fonds, par l'effet d'une vente, passe de nouveau entre les mains d'un majeur, la prescription reprend son cours.

226. L'effet direct de la cession est de faire passer dans le patrimoine du cessionnaire le droit *tel quel* du cédant, envisagé en soi, et de permettre au cessionnaire de réclamer pour lui *id quod debetur*.

Ce point constaté, la première question à examiner est celle de savoir si le fait seul de la cession donne au cessionnaire le droit de procéder à des actes conservatoires avant toute signification.

La doctrine est divisée; les uns admettent que, sauf l'unique exception résultant de l'art. 2214, le cessionnaire peut, avant toute signification, faire procéder à des actes de poursuite, et par conséquent, à plus forte raison, à des actes conservatoires (1). Cette opinion repose principalement sur un argument *a fortiori* tiré de l'art. 1180. D'autres soutiennent que, jusqu'à la signification, le cédant a seul qualité pour faire soit des actes conservatoires, soit des actes de poursuite (2).

La jurisprudence distingue entre les actes conservatoires, et les actes de poursuite ou d'exécution. Elle autorise le ces-

(1) AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 38; GUILLOUARD, t. II, n^os^ 806, 808.

(2) DUVERGIER, t. II, n° 204; LAURENT, t. XXVI, n^os^ 518, 520.

sionnaire à procéder aux premiers (1), mais reconnaît aussi que le cédant, demeuré juridiquement titulaire de la créance, a qualité pour procéder à tous les actes conservatoires, lesquels profiteront au cessionnaire (2). Ce dernier pourrait aussi faire des actes de poursuite; tout le monde est d'accord à cet égard (3).

Nous croyons aussi que le cessionnaire pourra faire des actes conservatoires ou de poursuite, mais il nous semble que chaque fois qu'il se produit un acte conservatoire ou de poursuite, peu importe, constituant une interpellation personnelle et directe au débiteur cédé, et mentionnant d'une manière suffisante la cession intervenue, il faudra reconnaître que cet acte contient virtuellement la signification du transport, laquelle n'a pas besoin d'être préalable (4) (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 425 à 431).

227. Du principe que la créance cédée doit passer dans le patrimoine du cessionnaire telle qu'elle était dans le patrimoine du cédant, résulte la règle suivante :

ART. 1692. La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque (*).

Il doit en être de même pour les fruits et intérêts non perçus ou échus.

A défaut de clauses démontrant clairement l'intention différente des parties, les intérêts échus doivent être attribués au cessionnaire comme un accessoire du droit cédé. Le silence du cédant, et l'obscurité qui en est la conséquence

(*) Art. 1692. — L. 2 § 8, D. 17, 4, *De hæred. vel act. vend.*

(1) Cass. 8 août 1877, S. 78, 1, 180; Cass. 22 juill. 1828; DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 1734; Limoges, 20 avr. 1887, S. 88, 2, 156; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 626.

(2) Cass. 4 déc. 1827; 18 avr. 1838, DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n°. 1729, 2° et 5°; Bruxelles, 20 juill. 1874, *Pas.*, 74, 2, 309; *Adde*, Agen, 2 mai 1894, S. 94, 2, 203.

(3) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 523 et les autorités citées.

(4) Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 808.

doivent être interprétés contre lui, conformément d'ailleurs au principe formulé dans l'art. 1602, C. C.

Les avantages secondaires attachés par le contrat à la créance qui en forme l'objet principal peuvent également être réclamés par le cessionnaire. Si un bail, par exemple, contenant promesse de vente est cédé par le preneur, le cessionnaire peut invoquer le bénéfice de cette clause au moment de l'échéance du terme fixé pour son accomplissement (1).

228. On se demande si les actions en résolution, en nullité ou en rescision qui appartiennent au cédant doivent être considérées comme comprises dans la cession. Ainsi formulée la question est très controversée.

On suppose en général que le vendeur non payé d'un immeuble cède purement et simplement à un tiers sa créance du prix sur l'acheteur. La question est de savoir si le cessionnaire peut, en ce cas, se prévaloir de toutes les actions qui auraient appartenu à son auteur si celui-ci n'avait pas consenti au transport; si, par suite, il peut demander soit la nullité pour cause de violence, d'erreur ou de dol, soit la rescision, soit la résolution de la vente? L'affirmative est soutenue par quelques auteurs pour le cas où la cession est conçue en termes généraux (2). D'autres refusent toutes les actions qui n'ont pas été spécialement cédées (3).

On comprend difficilement que la solution puisse faire difficulté : le vendeur non payé, avait ou paraissait avoir à son service plusieurs actions, les unes tendant à l'annulation du contrat, les autres tendant, au contraire, à son exécution. Il est manifeste que toutes ces actions ne peuvent pas être intentées concurremment, il y a un choix à faire. Si le vendeur exerce, par exemple, l'action en paiement du prix, c'est-à-dire s'il poursuit l'exécution du contrat, il est manifeste qu'il

(1) Trib. civ. Seine, 18 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 99.
(2) DURANTON, t. XVI, n° 508; DUVERGIER, t. II, n° 222.
(3) LAURENT, t. XXIV, n° 535.

renonce à en demander la nullité pour cause de violence, d'erreur, de dol ou de lésion, ou qu'il reconnaît que ces causes de nullité n'existent pas ; or, au lieu d'exercer lui-même, directement, cette action en paiement du prix, il la cède à un tiers... Céder une action, c'est en réaliser le produit par anticipation. Celui qui cède une action à certaines conditions serait évidemment disposé à recevoir, dans les mêmes conditions, le paiement des mains du débiteur cédé. Après la réception d'un tel paiement, il ne saurait être question d'actions en nullité ou en rescision. Nous ne voyons donc pas comment le cessionnaire pourrait avoir la prétention d'exercer du chef du cédant des actions dont l'existence dépend d'une appréciation personnelle de ce dernier qui a reconnu implicitement ne pas les avoir.

Par conséquent, dans l'espèce examinée par les auteurs, il faut décider que celui à qui un vendeur non payé a cédé sa créance quant au prix, n'a acquis réellement que cette créance ; mais il a acquis cette créance avec tous ses accessoires, c'est-à-dire avec tous les moyens de coercition, directs ou indirects, qui peuvent être employés contre le débiteur, et par conséquent avec l'action en résolution faute de paiement du prix (1).

Dans tous les cas, pour mesurer, au point de vue des actions, l'étendue que doit avoir la cession, il faudra principalement rechercher l'intention des parties (2). Les juges du fond sont à cet égard investis d'un pouvoir souverain d'appréciation (3).

Si ces actions avaient déjà été introduites par le cédant, ou si des poursuites avaient été par lui commencées, le cessionnaire pourrait les continuer.

Le cessionnaire pourra aussi se prévaloir de la force exé-

(1) AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 49; GUILLOUARD, t. II, n° 819; Poitiers, 13 mai 1846, S. 47, 2, 416.

(2) Voy. Bordeaux, 3 déc. 1888, *Rec. de Bord.*, 1889, 98, 1.

(3) Cass. 22 juin 1850; DALLOZ, *Répert.*, v° *Vente*, n° 1919.

cutoire de l'acte qui constate la créance, et obtenir, le cas échéant, une seconde grosse (1). Il pourra aussi, selon les cas, reprendre l'instance engagée par le cédant, ou demander à y intervenir d'après les distinctions que nous avons faites dans notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 459 à 465.

229. Comme tout autre élément du patrimoine transféré par une personne à une autre, la créance ou le droit de demande cédé, ne peut avoir chez le cessionnaire une condition autre que chez le cédant. Il suit de là que si la créance a été fractionnée entre plusieurs cessionnaires, ou si, dans le cas de plusieurs coobligés, le cédant s'est réservé ses droits contre l'un d'eux personnellement, le cessionnaire ou les cessionnaires et le cédant ne pourront faire valoir leurs droits, ensemble ou séparément, contre le débiteur cédé, que de la même manière que pourrait le faire une seule et même personne, investie de l'ensemble des droits qu'ils exercent (2).

Il suit encore de là que le cessionnaire sera passible, à l'égard de la créance cédée, de toutes les exceptions qui auraient pu, de ce chef, être opposées au cédant. Il n'y a rien là de particulier à la cession des créances; il en est de même, comme nous venons de le remarquer, de tous les éléments du patrimoine, et il ne peut pas en être autrement. Un cheval vendu est nécessairement entre les mains de l'acheteur ce qu'il était entre les mains du vendeur.

De semblables vérités n'ont pas besoin, ce semble, d'être démontrées. Cependant, elles ont été contestées. Après avoir soutenu que les droits de créance sont incessibles, on a prétendu que, par la cession, la créance subissait une véritable transformation; que les causes viciant l'obligation pouvant être personnelles au cédant, telles que le dol et la fraude, ne sauraient être opposées au cessionnaire qui y est demeuré

(1) BIOCHE, *Dict.*, v° *Copie*, n° 57.
(2) Paris, 28 août 1869, S. 69, 2, 292.

étranger. La Cour de cassation a été obligée de formuler nettement ce principe : que le cessionnaire est passible des exceptions que le débiteur cédé aurait pu opposer au cédant, sauf recours contre ce dernier (1); elle a même cru utile d'insister sur la considération suivante : décider qu'une créance nulle entre les mains du cédant, devient valable entre les mains du cessionnaire, ce serait donner au créancier de mauvaise foi le moyen d'assurer le succès du dol et de la fraude par le transport à un tiers de la créance viciée (2).

Une application importante de ce point de vue a souvent été faite en matière de transmission d'office : Ainsi, la créance résultant d'une contre-lettre portant supplément au prix ostensible d'une vente d'office étant nulle, il faut aussi considérer comme nulle la cession dont elle serait l'objet, peu importe que le cessionnaire ait ou non connu l'origine de la créance transportée (3).

N° 4. — *De la garantie en matière de cession.*

230. — Garantie de droit quant à l'existence du droit cédé, art. 1693.
231. — Ce que doit rembourser le cédant en vertu de ladite garantie.
232. — Droits des parties de modifier l'étendue de la garantie.
233. — Garantie de fait quant à la solvabilité du débiteur cédé, articles 1694, 1695. Solvabilité actuelle; créances exigibles, à terme ou sous condition.
234. — Garantie de la solvabilité future; clauses principales ayant pour objet cette garantie.

230. L'obligation assumée par le cédant de délivrer au cessionnaire le droit cédé, et de lui en procurer la jouissance paisible et utile trouve sa sanction dans la règle suivante :

(1) Cass. 24 fév. 1893, S. 93, 144; Cass. 11 nov. 1891, D. 92, 1, 293; Cass. 5 nov. 1889, D. 90, 1, 379; Cass. 29 juin 1881, S. 82, 1, 125, et le rapport de M. le conseiller Lepelletier.

(2) Cass. 2 mai 1853, D. 53, 1, 144.

(3) Cass. 7 mars 1842; Paris, 28 mars 1846, D. 46, 4, 382; Cass. 10 mai 1854, D. 54, 1, 218; Rennes, 9 avr. 1851, D. 53, 2, 108; V. Dalloz, *Répert.*, v° *Office*, n° 254.

ART. 1693. Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie (*).

Il s'agit de la garantie de droit qui a pour objet non seulement l'existence de la créance, mais encore l'existence de tous les accessoires compris dans la cession suivant l'intention des parties. Cette garantie implique, en outre, que la créance existe dans le patrimoine propre du cédant et à son profit, c'est-à-dire qu'il n'a pas cédé une créance appartenant à autrui (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 470 à 488).

Si on suppose que la créance cédée n'existait pas, ou avait pour titulaire une personne autre que le vendeur, celui-ci devra rembourser :

1° Le prix de cession;

2° Les frais et loyaux coûts du contrat;

3° Les impenses que le cessionnaire a exposées en dirigeant contre le débiteur des poursuites demeurées inutiles;

4° Les dommages et intérêts pour indemniser l'acheteur.

Les diverses restitutions que peut réclamer le cessionnaire seront donc réglées par application du droit commun (article 1630).

Il suit de là, que les intérêts du prix doivent être alloués au cessionnaire, non pas seulement à partir du jour de la demande, mais à partir du jour où il a été payé, car depuis ce jour le cessionnaire a été privé de la jouissance du capital par lui déboursé, sans obtenir, en compensation, les intérêts de la créance cédée (1).

231. Nous dirons en résumé que, dans tous les cas où il y a lieu à garantie, le cédant est tenu de l'ensemble de tous les dommages résultant de l'inefficacité de la cession, et non pas seulement à concurrence du prix réel qu'il a touché. Ainsi, par exemple : une créance d'un chiffre nominal de 2.000 fr. a

(*) Art. 1693. — L. 4, 5, 7, D. 17, 4, *De hæred vel act. vend.*
(1) Cass. 20 juill. 1858, D. 59, 1, 125.

été cédée pour 1.000 fr., or, le débiteur apparent est d'une solvabilité notoire. Donc, si la cession eût été efficace, le cessionnaire eût réalisé un bénéfice de 1.000 fr. Il est juste que le cédant, tenu à la garantie, l'indemnise de la privation de ce gain, envisagé par les parties comme une conséquence naturelle de l'opération (1).

Cependant plusieurs auteurs enseignent la solution opposée, et soutiennent que le cédant ne doit être tenu qu'à concurrence de la somme par lui reçue en raison du transport (2).

Les motifs d'une telle solution sont empruntés principalement à la phraséologie admise à l'encontre des acheteurs de créance depuis les lois *Per diversas* et *ab Anastasio* (3); les acheteurs de créances sont des spéculateurs, presque toujours des usuriers, que la loi envisage avec défaveur. M. Laurent fait observer avec raison, que cela n'est pas exact, ou du moins que cela n'est vrai que pour les créances litigieuses; que la loi ne contient aucune disposition qui témoigne de la défaveur pour la cession des créances ordinaires, et que ce sont les interprètes qui créent la défaveur en voulant introduire dans le Code une exception au droit commun qui n'y existe pas.

En ce qui nous concerne, nous ne comprenons pas pour quel motif certains écrivains envisagent la spéculation opérée par le cessionnaire avec plus de sévérité que la spéculation opérée par le cédant. Est-ce que le droit de spéculer n'appartient pas à tout le monde? Dans la plupart des cas, le cédant et le cessionnaire sont des spéculateurs qui ont envisagé d'une manière différente les éventualités qui pourront influer sur la solvabilité du débiteur au moment de l'échéance.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 139 *bis* V; LAURENT, t. XXIV, n° 549; ARNTZ, t. III, n° 1078; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 635.

(2) DURANTON, t. XVI, n° 512; DUVERGIER, t. II, n° 263; AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 65; GUILLOUARD, t. II, n° 836.

(3) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 103.

Les deux parties doivent être équitablement placées sur la même ligne. Voilà la vérité pour le cas où le cédant a loyalement cédé une créance lui appartenant et n'ayant à craindre aucune exception.

Mais nous sommes en présence d'une hypothèse où le cédant a vendu une créance qui n'existait pas, ou qui ne lui appartenait pas, ou qui était paralysée par une exception, et c'est en présence d'une semblable hypothèse que les auteurs semblent se complaire en récriminations verbeuses contre la partie qui se trouve en définitive victime de l'autre!

232. Il faut appliquer à la garantie de droit la règle de l'article 1627 : les parties peuvent par des conventions particulières ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet; elles peuvent même convenir que le cédant ne sera soumis à aucune garantie. Dans ce cas l'objet du contrat est changé; ce n'est plus une créance qui est vendue, c'est une chance, l'*alea* résultant de l'incertitude où se trouvent les parties quant à l'existence de la créance. Il faut appliquer dans l'hypothèse de clause de non-garantie les règles du droit commun qui ont déjà été expliquées pour la vente (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 495 à 515).

233. Une créance est, en principe, cédée avec des chances incertaines de recouvrement. Le cessionnaire, pourvu qu'il soit mis à l'abri des suites d'une éviction, n'a pas à réclamer autre chose; il a donc, par la nature même du contrat intervenu, pris à sa charge l'insolvabilité éventuelle du débiteur, sauf le cas où il aurait connu l'insolvabilité actuelle du débiteur au moment de la cession, et l'aurait frauduleusement cachée au cessionnaire (1).

On comprend cependant qu'une clause spéciale puisse rendre le cédant responsable de cette insolvabilité.

(1) Angers, 4 déc. 1893, D. 94, 2, 228; LAURENT, t. XXIV, n° 554; ARNTZ, t. III, n° 1082; GUILLOUARD, t. II, n° 837.

ART. 1694. Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance (*).

ART. 1695. Lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé.

C'est ce qu'on appelle la *garantie de fait.*

Les auteurs considèrent en général les clauses auxquelles se réfèrent les dispositions précitées comme étant extensives de la garantie ordinaire ou de droit à laquelle se trouve soumis le cédant. Le langage du Code, qui dans l'art. 1695 parle de *la garantie de l'insolvabilité du débiteur*, semble légitimer ce point de vue. Mais la cession faite avec garantie de la solvabilité du débiteur ne présente pas le moins du monde une extension des règles de la garantie proprement dite; il n'y a pas de place pour la garantie là où l'éviction n'est pas possible. Il ne faut voir dans une semblable clause qu'un *contrat d'assurance;* le cédant s'est rendu assureur vis-à-vis du cessionnaire, moyennant une prime qui se confond dans le prix convenu. Il est certain en effet que celui qui cède une créance, avec garantie de la solvabilité du cédé, retirera de la cession un prix plus considérable que celui qui lui aurait été accordé en l'absence d'une telle garantie. Le mot *garantie* ne doit pas être reçu avec la même acception que lorsqu'il se réfère à l'éviction ou aux défauts cachés de la chose transmise; il signifie : *donner une assurance contre les suites d'un événement prévu.* Les rédacteurs du Code civil sont tombés, à cet égard, dans une manifeste équivoque.

Par conséquent la clause que la cession est faite *avec garantie* doit s'entendre uniquement de la garantie de droit à laquelle elle n'ajoute rien, et n'oblige pas le vendeur à répondre de la solvabilité actuelle du débiteur (1). Il en serait

(*) Art. 1694. — L. 4, 3, D. 171, *4, De hæred. vel act. vend.*

(1) AUBRY et RAU, § 359 *bis*, note 70; LAURENT, t. XXIV, n° 555; GUILLOUARD, t. II, n° 842; *Contrà*, Chambéry, 2 mai 1878, S. 78, 2, 209; DUVERGIER, t. II, n° 272; ARNTZ, t. III, n° 1081.

autrement de la clause *avec garantie de tous troubles ou empêchements quelconques*, ou de la clause *avec garantie de fait*, ou *avec toutes garanties*.

Les clauses précitées ne visent que la solvabilité actuelle ou présente (1).

Dans les partages, la garantie de cette solvabilité n'a pas besoin d'être formellement exprimée en ce qui concerne les créances comprises dans le lot de l'un des cohéritiers. Elle résulte d'une clause implicite présumée par la loi (art. 886) (Voy. t. V, n° 458 et notre *Traité de la Cession*, t. II, n^{os} 525 à 528).

La garantie de la solvabilité actuelle peut s'appliquer soit à une créance présentement exigible, soit à une créance à terme, soit à une créance conditionnelle. Il faut dans tous les cas s'en tenir au texte de l'art. 1695. La garantie du paiement sera due, même en cas d'erreur sur le motif de la convention (2).

Quand il s'agit d'une créance immédiatement exigible au moment de la cession, on ne voit pas très bien en quoi peut consister l'utilité de la garantie de fait.

Celui qui veut devenir cessionnaire doit, en effet, étudier la situation. S'il voit que le débiteur n'est pas solvable, il ne traitera pas, même avec la garantie du cédant. S'il voit, au contraire, que le débiteur est solvable il traitera et la garantie du cédant est inutile. Ce raisonnement n'a qu'une vérité théorique. En matière de solvabilité, la certitude ne peut résulter que de la discussion du débiteur. Dans la pratique, les intéressés traitent le plus souvent sur des apparences plus ou moins justifiées. Une créance exigible est cédée dans des conditions où le débiteur paraît manifestement solvable; pour plus de sécurité le cessionnaire obtient du cédant la

(1) Dijon, 2 août 1894, D. 95, 2, 412.
(2) Cass. 26 mai 1891, D. 91, 1, 352.

garantie de la solvabilité actuelle du débiteur cédé. Si le cessionnaire n'est pas payé, il faudra discuter les biens, meubles et immeubles du débiteur, et procéder à la distribution des deniers en provenant. Cela prendra nécessairement un certain temps. Quand il sera établi que les fonds manquent pour désintéresser le cessionnaire, on pourra rechercher si l'insolvabilité, désormais démontrée du débiteur, remonte en réalité au jour du transfert, auquel cas le cédant sera responsable en vertu de la clause de garantie de fait. Mais, si au contraire, il est prouvé que l'insolvabilité ne s'est produite que postérieurement à la cession, la perte sera pour le cessionnaire, puisque l'engagement de son cédant n'embrasse pas l'avenir.

Il faut faire le même raisonnement pour une créance à terme ou conditionnelle. La solvabilité du débiteur au moment de l'arrivée du terme ou de la condition est incontestablement une solvabilité future. Or, d'après l'art. 1695, il faut une stipulation expresse pour que la solvabilité future soit garantie par le cédant.

234. La garantie de la solvabilité future ne saurait donc résulter que d'une stipulation expresse.

La clause de *fournir* et *faire valoir* est encore employée aujourd'hui pour rendre le cédant garant de la solvabilité future du débiteur au moment de l'exigibilité (1). Il existe encore d'autres formules consacrées par l'usage. Il faut rechercher avant tout l'intention des parties (Voy. pour les détails notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 533 à 538).

Le principe de l'art. 1694 doit être étendu aux cessions commerciales. La clause *à ordre* insérée dans un acte notarié n'implique pas la garantie du paiement à l'échéance (2).

(1) Arrêt précité de Dijon du 2 août 1894.

(2) V. LAURENT, t. XXIV, n° 498; *Contrà*, BEUDANT, note sous Cass. 8 mai 1878, D. 78, 1, 241.

La garantie de la solvabilité ayant pour base un pacte d'assurances, il en résulte que le garant n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix de la cession. Quand des cessions successives ont été faites pour des sommes différentes, il semble que le cessionnaire puisse réclamer le prix le plus élevé puisque la garantie, quant à ce prix, lui a été cédée. C'était l'opinion de Dumoulin et de Pothier (1). Il faut cependant adopter l'opinion contraire, car la clause de garantie étant l'équivalent d'une clause d'assurances, ne peut donner droit qu'à une indemnité. Or l'indemnité ne peut jamais dépasser le dommage subi (2).

Le dommage ne peut être apprécié que par la discussion préalable des biens du débiteur, excepté en cas de clause de *fournir et faire valoir après simple commandement.*

Quand l'insolvabilité du cédé sera établie, en tout ou en partie, par la discussion de ses biens sans résultat utile, le cessionnaire pourra exercer contre le cédant l'action en garantie. Cette action lui appartient comme action directe; dans le cas de plusieurs cessions successives elle appartient au dernier cessionnaire comme action transmise, et peut être exercée *omisso medio*, contre le cédant originaire.

Sauf l'hypothèse prévu par l'art. 889, l'action en garantie, soit de droit, soit de fait, se prescrit par trente ans à partir du jour de l'exigibilité de la créance (3).

N° 5. — *Vente de droits successifs.*

235. — Le vendeur d'une hérédité ne garantit que sa qualité d'héritier, art. 1696.

236. — Obligations respectives du vendeur, art. 1697, et de l'acheteur, art. 1698.

235. Le langage vulgaire détourne quelquefois le mot

(1) POTHIER, *Vente*, n^{os} 148 et 149.

(2) Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 237; AUBRY et RAU, § 355, note 22, et les autorités citées; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 638.

(3) AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 77; GUILLOUARD, t. II, n° 851; Comp. DEMOLOMBE, t. V, n° 382.

cession de sa signification technique, et l'applique à des matières pour lesquelles il ne saurait être question que d'une vente ordinaire, comme l'usufruit, les offices, les brevets d'invention, les fonds de commerce. C'est ainsi qu'on parle encore de *cession de droits successifs*. Cependant la cession de droits successifs, n'est pas une cession de créance, mais une simple transmission de propriété (1).

Le législateur, subissant l'influence des locutions vicieuses employées souvent, a cru qu'il était nécessaire d'en parler à propos de la garantie des créances, et de déclarer que

ART. 1696. Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier (*).

Il ne s'agit naturellement que d'une hérédité ouverte, et nous savons que la vente d'un telle hérédité emporte acceptation (Voy. t. V, n° 188, et notre *Traité de la Cession*, n°s 75 et 93).

Si la vente portait seulement sur les droits certains ou incertains pouvant appartenir au vendeur sur une hérédité, c'est-à-dire sur des prétentions à une hérédité, le vendeur ne serait pas tenu de garantir sa qualité d'héritier, puisque l'opération supposée implique l'incertitude de cette qualité.

Si la convention avait pour objet une action en pétition d'hérédité déjà introduite, elle constituerait la cession d'un droit de demande, et le cédant devrait garantir la qualité par lui affirmée dans l'exploit introductif d'instance, sauf convention contraire.

Dans la vente de droits successifs, le vendeur ne garantit pas le montant de la succession; mais seulement la qualité dont il se prétend investi. Il s'agit d'une opération à forfait. Les résultats de la liquidation qui doit avoir lieu sont seuls incertains ou indéterminés, mais non les biens héréditaires considérés en eux-mêmes. Donc la propriété de ces

(*) Art. 1696. — L. 4, etc., D. 17, 4, *De hæred. vel act. vend.*
(1) Cass. 16 avr. 1889, D. 90, 1, 260.

biens sera transférée au moment même de la convention, avant toute délivrance (1).

236. Le vendeur doit faire entrer dans cette liquidation tous les biens héréditaires.

Par conséquent,

ART. 1697. S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente (*).

Il devra faire compte également des biens qu'il aurait aliénés à titre gratuit, car il en a tiré profit en les aliénant ainsi, sans diminuer son patrimoine propre (2).

Si le vendeur avait un cohéritier venant à renoncer après la vente, l'acheteur ne pourrait, en principe, prétendre à la part du renonçant qui profiterait au vendeur (3).

On peut supposer que les créanciers de la succession ont poursuivi le vendeur en paiement des dettes ou charges de cette succession; dans ce cas :

ART. 1698. L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire (**).

Il faut observer que les créanciers de la succession ne pourraient agir directement contre l'acheteur, mais seulement en exerçant les droits du vendeur (4).

(*) Art. 1697. — L. 2 § 1, 3 et 4; L. 20, D. 17, 4, *De hæred. vel act. vend.*

(**) Art. 1698. — L. 2 § 9, 10, 18 à 20; D. 17, 4, *De hæred. vel act. vend.*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 142 *bis*, III et IV; GUILLOUARD, t. II, n° 864 et 865; *Contrà*, LAURENT, t. XXIV, n° 568.

(2) POTHIER, *Vente*, n° 534; DURANTON, t. XVI, n° 522; AUBRY et RAU, § 359 *ter*, texte et note 7; *Contrà*, DUVERGIER, t. II, n° 324; GUILLOUARD, t. II, n° 867.

(3) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 575; DUVERGIER, t. II, n° 339; AUBRY et RAU, § 359 *ter*, texte et note 10; GUILLOUARD, t. II, n° 872.

(4) LAURENT, t. XXIV, n° 579; ARNTZ, t. III, n° 1098.

N° 6. — *Du retrait litigieux.*

237. — Notion du retrait litigieux; quand est-il possible, art. 1699.
238. — Jurisprudence sur ce point.
239. — Quand le droit cédé est-il litigieux, art. 1700?
240. — Condition d'exercice du retrait litigieux.
241. — Ses effets.
242. — Cas dans lesquels le retrait litigieux n'a pas lieu, art. 1701.
243. — De la cession faite par un tiers non co-propriétaire à l'un des co-propriétaires du droit cédé.

237. La cession régulièrement notifiée d'un droit non litigieux, c'est-à-dire à l'égard duquel n'existe aucun procès commencé, a pour effet de soumettre celui contre qui il est cédé, à la nécessite de discuter le fond du droit avec le cessionnaire ou de capituler.

Il n'en est pas de même en cas de cession d'un droit litigieux.

ART. 1699. Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite (*).

C'est tout simplement une expropriation dans un intérêt privé. Nous avons exposé ailleurs l'origine de ce retrait appelé à disparaître (1); nous ne croyons pas utile d'y revenir (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n^os^ 595 à 600).

Le retrait peut avoir lieu sur une vente ou cession faite aux enchères publiques d'autorité de justice. On ne voit pas en effet comment la manière dont un procès est acheté viendrait diminuer ou détruire une faculté que la loi a considérée comme une garantie. C'est d'ailleurs ce qui est décidé par une jurisprudence qui paraît définitivement fixée (2).

Il peut aussi avoir lieu dans le cas d'une cession partielle

(*) Art. 1699. — L. 22, 23, C. 4. 35, *Mandati.*
(1) Voy. BATBIE, *Révision du Code, Rev. crit.*, 1866, p. 149.
(2) Cass. 30 juin 1880, S. 81, 1, 59; Paris, 2 avr. 1881, S. 82, 2, 31; Conf. GUILLOUARD, t. II, n° 891.

du droit litigieux. Le droit est alors en quelque sorte divisé en deux. Les choses doivent se passer comme dans le cas où, après l'introduction du procès, le demandeur décéderait à la survivance de deux héritiers. La cession que l'un des cohéritiers ferait de sa part à un étranger, donnerait évidemment lieu au retrait, quoique le procès commencé dût continuer avec l'autre héritier. Dans le cas de cession partielle, d'ailleurs, et malgré la continuation du procès, le retrait procurera toujours au défendeur l'avantage d'être débarrassé d'un adversaire sur deux.

Le retrait sera encore possible si le droit litigieux, au lieu de faire l'objet d'une vente ou cession proprement dite, avait fait l'objet d'un autre contrat à titre onéreux (1).

Mais il ne pourrait avoir lieu dans les transports faits à titre gratuit.

Quand le même acte contient une cession faite pour partie à titre gratuit et pour partie à titre onéreux, nous pensons qu'il faut appliquer purement et simplement les termes mêmes de la loi sans rechercher si l'acte constitue une vente contenant une libéralité, ou une donation contenant une charge. L'art. 1699, permet sans distinction, d'exercer le retrait, en remboursant le prix réel de la cession. Or, nous avons déjà vu que le retrait peut avoir lieu même dans le cas d'une cession partielle du droit litigieux. Quand le droit litigieux a été cédé à titre onéreux pour partie, il importe peu que l'autre partie ait ou non fait l'objet d'une donation. S'il y a eu donation, il est certain que la donation est diminuée de la charge imposée au cessionnaire. Le retrait doit toujours être possible moyennant le remboursement de cette charge. Il n'en sera autrement que lorsque cette charge sera

(1) DUVERGIER, t. II, n° 387; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 146 *bis* XII; DESJARDINS, *Retrait des dr. litigieux*, *Revue pratique*, t. XXV, XXIX et XXX, n° 81; *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 888; Comp. LAURENT, t. XXIV, n° 582.

de nature à ne pouvoir être acquittée que par le donataire lui-même, ou lorsqu'elle résistera à toute évaluation en argent (1).

238. La jurisprudence paraît se prononcer en accordant aux juges un assez large pouvoir d'appréciation (2). Mais dans certains cas, elle est allée bien loin dans cette voie. Ainsi, une femme presque octogénaire avait fait une cession de droits litigieux à ses enfants moyennant une rente viagère. Le débiteur prétendait exercer le droit de retrait, sa prétention fut repoussée par la Cour de Caen, et le pourvoi dirigé contre cette décision fut rejeté (3).

L'acte qui était soumis à la Cour d'appel portait simplement cession d'un droit litigieux moyennant une rente. Rien n'indiquait que les parties eussent eu l'intention de faire autre chose qu'un acte ordinaire à titre onéreux, cependant il plaît à la Cour d'y voir un avancement d'hoirie, une démission de biens... Pourquoi? Parce qu'il s'agit d'une cession consentie par une mère en faveur de ses enfants! Si l'opération avait eu lieu entre une tante et son neveu, en serait-il de même? Parfaitement.

La Cour de Toulouse (4) a en effet admis : « qu'une cession passée entre l'oncle et le neveu doit être considérée comme un acte de libéralité, qui n'est pas susceptible du retrait! »

Le retrait litigieux est applicable au transport des actions réelles immobilières; c'est ce qui résulte manifestement de l'art. 1701 § 3.

Donc, quand le demandeur en revendication d'un im-

(1) Voy. Lyon, 22 déc. 1854; Cass. 24 déc. 1855, D. 56, 1, 13; Voy. en sens divers : DUVERGIER, t. II, n° 388; AUBRY et RAU, § 359 *quater*, texte et note 14; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 146 *bis* V; DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 83; LAURENT, t. XXIV, n° 583; GUILLOUARD, t. II, n° 889.

(2) Cass. 4 juin 1834, D. *Répert.*, v° *Succession*, n° 1905.

(3) Cass. 24 déc. 1855, D. 56, 1, 13.

(4) Toulouse, 13 déc. 1830, D. 31, 2, 294.

meuble a cédé son action à un tiers, il est certain que le défendeur, averti par la notification qui a dû lui être faite, conformément aux règles plus haut exposées, pourra exercer le retrait litigieux. Renversons maintenant les situations, et supposons que ce soit le défendeur, qui ait vendu à un tiers la chose même revendiquée, détenue et possédée par lui; on pose la question de savoir si le demandeur pourrait exercer le retrait litigieux par rapport à la chose revendiquée, c'est-à-dire l'enlever à l'acheteur et la garder pour lui moyennant le remboursement du prix?

Presque tous les auteurs admettent l'affirmative. « La contestation engagée, dit M. Duvergier, rend les droits respectifs également litigieux, et évidemment lorsque celui-ci vend l'immeuble et celui-là son droit à l'immeuble, c'est également un droit de propriété litigieux qu'ils transmettent (1). » Cela paraît bien difficile à justifier. La conséquence immédiate de l'introduction en justice d'une action en revendication est, sans doute, la création d'un litige. Mais quel est l'objet précis de ce litige, ce sur quoi les juges auront à statuer? C'est uniquement le point de savoir si la prétention du demandeur est ou n'est pas fondée; c'est cette prétention qui est litigieuse, et qui, à proprement parler, forme l'objet unique du procès. Sans doute l'immeuble revendiqué peut être dit litigieux, mais pas dans le même sens. Le défendeur jouit de la présomption de propriété attachée à la possession; sans avoir rien à prouver, il est réputé propriétaire, tant que le demandeur n'a pas établi la légitimité de ses prétentions. Le seul fait de l'introduction de l'action ne peut modifier cette présomption et restreindre en sa personne l'exercice du *jus abutendi*.

(1) T. II, n° 379; LAURENT, t. XXIV, n° 585; GUILLOUARD, t. II, n° 893; Comp. AUBRY et RAU, § 359 *quater*, note 15; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 146 *bis* III.

Avant l'introduction de l'action, le possesseur aurait vendu comme propriétaire et sous sa garantie, à un acheteur qui pouvait courir peut-être les chances d'une éviction, mais qui du moins ne pouvait être exproprié par personne de son marché. Et parce qu'il a plu à un individu, n'ayant peut-être aucune espèce de droits, de se porter demandeur en revendication, il faudra désormais que le possesseur perde le bénéfice de sa situation! Il ne pourra plus rendre un acheteur propriétaire incommutable; et le demandeur, parce qu'il aura manifesté une prétention, peut-être sans fondement, et en tout cas non encore vérifiée, aura le droit de venir prendre le marché pour son compte! Cela n'est pas possible, et la jurisprudence s'est nettement prononcée en ce sens (1).

239. Dans quels cas le droit cédé est-il litigieux au sens indiqué par l'art. 1699, qui n'est pas le même que celui de l'art. 1597?

ART. 1700. La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit.

Il faut que ce procès soit actuel et non pas seulement imminent (2). Le droit ne serait rendu litigieux ni par une citation en conciliation, ni par une procédure d'ordre (3), ni par une demande en référé (4).

Il faut encore qu'il y ait contestation; il n'y aura donc pas lieu au retrait si le droit est cédé avant que le défendeur ait constitué avoué (5).

Il faut enfin que la contestation porte sur le fond, et non

(1) Cass. 24 nov. 1818, S. C. N. V., 1, 551; Cass. 22 juill. 1861, D. 51, 1, 265; Alger, 20 janv. 1866 et Cass. 20 juill. 1868, 1, 374; Comp. Cass. 17 mars 1840, S. 40, 197; Conf. DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 80; Comp. AUBRY et RAU, § 359 *quater*, note 15; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 615 à 619.

(2) Voy. Cass. 30 juin 1880, S. 81, 1, 59.

(3) CHAUVEAU-CARRÉ, q. 2549 *bis*.

(4) Angers, 24 juill. 1869, D. 70, 2, 34.

(5) Cass. 3 fév. 1867, D. 67, 1, 65.

pas seulement sur la compétence, par exemple (1), ou sur le point de savoir si la caution *judicatum solvi* peut être exigée (2), ou sur la régularité de moyens d'exécution (3).

La contestation porte sur le fond du droit :

1° Quand le principe même du droit est contesté par le défendeur;

2° Quand l'étendue du droit, tel qu'il est prétendu par le demandeur, est contestée par le défendeur;

3° Quand le défendeur, sans nier que le droit ait existé, soutient qu'il a disparu par l'effet d'une cause légitime d'extinction.

Tout moyen de défense produit par le défendeur, et qui ne se rattacherait pas à l'un des trois points ci-dessus indiqués, ne constituerait pas une défense au fond, et par conséquent ne rendrait pas le droit cédé litigieux. A plus forte raison en sera-t-il ainsi, quand le débiteur, assigné par le cessionnaire de la créance, se bornera à demander le retrait litigieux sans faire valoir au fond aucun moyen de défense (4). (Voy. pour les détails, notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 632 à 637).

Il faut observer toutefois, qu'il ne saurait dépendre du créancier de paralyser au profit de son cessionnaire, à l'encontre de son débiteur, l'exercice du retrait en divisant son action (5).

240. Le caractère litigieux persiste jusqu'à la décision définitive sur le fond. Le retrait peut être exercé même la veille du jugement (6); il peut l'être en cause d'appel (7) et encore

(1) Cass. 1er mai 1866, D. 66, 1, 318; Dijon, 22 déc. 1876, S. 77, 2, 72.

(2) Cass. 28 avr. 1875, S. 76, 1, 64.

(3) Riom, 11 mai 1839, S. 39, 2, 283.

(4) Bordeaux, 22 sept. 1888, *Rec. de Bordeaux*, 1889, 31, 1.

(5) Paris, 22 juin 1892, D. 94, 2, 116.

(6) LAURENT, t. XXIV, n° 598; DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 96; GUILLOUARD, t. II, 900; *Contrà*, DUVERGIER, t. II, n° 376; ARNTZ, t. III, n° 1108.

(7) Paris, 27 nov. 1879, S. 80, 2, 211.

lorsque la cession a eu lieu après un pourvoi en cassation (1). Il ne pourrait pas l'être durant le délai du pourvoi ou de la requête civile (2).

Il faut dans tous les cas considérer seulement la date de la cession et non celle de la signification, excepté, d'après la Cour de cassation, lorsque le cessionnaire a tenu la cession cachée pendant la durée de l'instance, en ne signifiant le transport qu'après l'issue du procès (3).

Les juges du fond doivent constater l'existence de la contestation au moment de la cession (4).

Le retrait est une faculté dont l'exercice se traduit par un acte d'aliénation ayant pour résultat de faire sortir une somme d'argent du patrimoine du retrayant. Toute personne ayant la capacité générale d'aliéner pourra donc exercer le retrait d'un droit litigieux cédé contre elle. Il n'y a pas à cet égard à distinguer entre les particuliers et les personnes morales; ainsi le retrait pourrait être exercé par une commune, par une société anonyme comme par tout autre débiteur (5), étant d'ailleurs entendu que la personne morale sera valablement représentée. Mais, ainsi que nous l'avons démontré ailleurs, les créanciers du défendeur ne sauraient être admis à exercer une telle faculté du chef de leur débiteur (Voy. t. VII, n° 190; et notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 86; t. II, n° 648) (6).

Les conclusions à fin de retrait sont proposables en

(1) Cass. 1er mai 1889, S. 89, 1, 368.

(2) AUBRY et RAU, § 357 *quater*, texte et note 29; LAURENT, t. XXIV, n° 599; GUILLOUARD, t. II, n° 886; DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 75.

(3) Cass. 3 janv. 1820, D. *Répert.*, v° *Retrait litigieux*, n°s 2056 et 2844; DUVERGIER, t. II, n° 378.

(4) Cass. 30 juin 1880, S. 81, 1, 50; Comp. Bruxelles, 13 fév. 1886, D. 87, 2, 68.

(5) Paris, 2 avr. 1881, S. 82, 2, 31.

(6) Cass. 6 juill. 1847, D. 47, 5, 426; *Contrà*, DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 99; GUILLOUARD, t. II, n° 907.

tout état de cause, même en appel, comme nous l'avons vu; elles doivent être principales et non subsidiaires; elles ne pourraient pas être prises, par exemple, pour le cas où des conclusions principales, à fin de nullité du transport, seraient rejetées (1).

Le retrayant n'a pas besoin de faire des offres réelles, sauf à perdre le bénéfice du retrait s'il n'opère pas les remboursements auxquels il est tenu.

Il doit rembourser, d'après l'art. 1699, le prix réel de la cession, les frais et loyaux coûts, ainsi que les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite.

241. Le retrait n'implique en aucune manière la reconnaissance du droit cédé (2), et il ne détruit pas la cession. Le cédant pourra donc encore agir contre le cessionnaire s'il n'a pas déjà reçu le prix de la cession (3).

Le retrayant ne devient pas l'ayant-cause du cessionnaire qui est simplement éliminé moyennant les indemnités auxquelles il a droit.

Voici quelles sont les principales conséquences de cette solution.

Supposons d'abord qu'il s'agit de la cession d'un droit de créance. De ce que le cessionnaire est éliminé, et qu'il doit être considéré comme n'ayant jamais été investi de la créance, il suit que tous les faits juridiques dont la cession a pu être l'occasion ou la cause disparaissent; par exemple, la saisie-arrêt qui aurait frappé la créance cédée au préjudice du ces-

(1) Cass. 26 déc. 1893, D. 95, 1, 529; Cass. 5 fév. 1868, D. 68, 1, 396 et la note; Paris, 2 nov. 1879, S, 80, 2, 21; AUBRY et RAU, t. IV, § 359 *quater*, note 32.

(2) Pau, 27 fév. 1888, D. 88, 2, 159.

(3) DEMOLOMBE, *Revue pratique*, t. VII, p. 335; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 146 *bis* XV; LAURENT, t. XXIV, n° 605; GUILLOUARD, t. II, n° 910; *Contrà*, LABBÉ, *Rev. crit.*, t. VI, p. 144; MOURLON, *Transcript.*, t. I, n° 64; *Rev. crit.*, t. II, p. 241.

sionnaire tomberait. Il n'y a plus de créance en effet; le cessionnaire a seulement une action en remboursement du prix de la cession, action complètement distincte de celle qui était attachée à la créance cédée.

Supposons maintenant que le retrait a été opéré à l'occasion d'un droit de propriété litigieux qui a été cédé.

L'acheteur ou cessionnaire étant éliminé purement et simplement et considéré comme n'ayant jamais été cessionnaire, le retrayant, qui n'est pas son ayant-cause, ne sera pas tenu de respecter les concessions de droits réels que le retrayé aura pu consentir sur la chose cédée durant sa détention intérimaire.

A l'inverse, la confusion dans les cas où elle aurait paru produire des effets, sera reconnue n'avoir jamais existé; ainsi le retrayé était personnellement propriétaire d'un fonds voisin du fonds litigieux, les servitudes existant entre les deux fonds n'auront jamais été éteintes, de même que l'hypothèque valablement établie au profit du retrayé sur le fonds litigieux n'aura jamais cessé d'exister.

Si c'est le demandeur qui a cédé l'action au revendication et le défendeur qui a exercé le retrait, les situations que nous venons de prévoir ne peuvent pas se produire d'une manière identique, puisque le demandeur, n'étant pas en possession de l'objet revendiqué, n'a pu mettre son cessionnaire en possession. Néanmoins les actes par lesquels ce dernier aurait tenté de grever ou de démembrer l'immeuble revendiqué, tomberont par l'effet du retrait.

Le retrayant ne devient pas davantage l'ayant-cause du cédant; il est tout simplement *tenu quitte* pour employer l'expression de l'art. 1699 (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 670 à 673).

242. Dans le système de la loi, le retrait litigieux est une mesure de protection contre les agissements des spéculateurs acheteurs de procès. Donc, le retrait n'a plus de raison d'être

quand les circonstances dans lesquelles une cession de droits litigieux s'est produite, démontrent que le cessionnaire n'a obéi à aucune pensée de spéculation et a simplement voulu : « se maintenir dans quelque droit acquis (1). »

Cette considération a déterminé la déclaration suivante :

ART. 1701. La disposition portée en l'art. 1699 cesse, — 1° Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé ; — 2° Lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû ; — 3° Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux.

Les auteurs appellent fort improprement exceptions, les trois dispositions qui précèdent.

C'est au contraire la disposition de l'art. 1699 qui, en autorisant le retrait, constitue une dérogation manifeste aux règles qui assurent à chacun la libre possession et jouissance des droits de toute nature dont il se trouve régulièrement investi, et spécialement des droits de créance dont il a pu devenir acquéreur; c'est donc l'art. 1699 qui contient une véritable exception aux règles générales. Or, dans certains cas particuliers cette exception ne s'applique pas; c'est-à-dire que le droit commun s'applique. Peut-on dire qu'il y a, dans ces cas, *exception* à l'*exception?* Evidemment non. Aussi le langage du Code, plus correct sur ce point que celui des auteurs, se borne-t-il à faire remarquer que : « *la disposition de l'art. 1699 cesse* dans les trois cas qu'il prévoit. » Ce qui revient à dire que, dans ces trois cas rien ne vient gêner l'application régulière et normale du droit commun. La remarque n'est pas sans importance, car il en résulte que l'art. 1701 ne doit pas être interprété d'une manière aussi étroite que les dispositions contenant des *exceptions* proprement dites.

Il convient d'abord de remarquer que, dans la rédaction de l'art. 1701, le premier et le troisième cas, bien que se référant à un même ordre d'idées, ont été mal à propos séparés

(1) FENET, *Exposé des motifs*, t. XIV, p. 149.

par le deuxième cas relatif à l'hypothèse où la cession du droit litigieux a été faite à titre de dation en paiement au profit d'un créancier du cédant. Cela tient uniquement à ce que les rédacteurs du Code civil ont suivi Pothier, qui avait adopté le même ordre.

Ce qui caractérise cette deuxième hypothèse, c'est que la cession de droits litigieux est faite à un tiers personnellement étranger à la contestation entre le demandeur et le défendeur. D'après les règles générales admises dans notre matière, ce dernier devait pouvoir exercer le retrait. Mais à raison des circonstances qui ont motivé la cession, la loi retire au défendeur le droit d'exercer le retrait. Le cessionnaire, en effet, est supposé n'avoir pas agi comme spéculateur; ce n'est pas pour acheter un procès qu'il est devenu cessionnaire, mais uniquement pour obtenir un moyen d'être payé de ce qui déjà lui était réellement dû.

Dans le premier et le troisième cas prévus par l'art. 1701, la cession est faite à une personne qui se trouve intéressée dans le débat soit comme possesseur, soit comme co-propriétaire du droit litigieux.

Parlons d'abord du cas où la cession a été faite « au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux »; ce sont les expressions mêmes de l'art. 1701 n° 3. On donne généralement comme exemple, le cas où un immeuble étant revendiqué par plusieurs demandeurs, le défendeur, c'est-à-dire le possesseur, achète les prétentions de l'un des demandeurs qu'il tient à écarter du débat.

Nous ferons remarquer que la troisième hypothèse prévue par l'art. 1701, ne peut se présenter que dans le cas où la cession porte sur des droits immobiliers litigieux, et jamais dans le cas où la cession porte sur un droit de créance.

Dans le cas, au contraire, du n° 1 de l'art. 1701, qui nous reste à examiner, l'exception peut trouver son application, qu'il s'agisse d'une cession de créance, ou d'une cession de

droits réels immobiliers. Le droit de retrait cesse, d'après le texte, « lorsque la cession a été faite à un co-héritier ou co-propriétaire du droit cédé. »

Supposons maintenant une opération bien différente :

Un prétendu créancier actionne les deux héritiers de son prétendu débiteur; le droit est contesté; — le demandeur cède son action à l'un des deux défendeurs, l'autre pourra exercer le retrait. Ce cas, en effet, est tout à fait en dehors des hypothèses prévues par l'art. 1701 n° 1, et il n'y a aucune raison pour faire cesser le droit de retrait quand la cession est faite à un co-débiteur.

243. On se demande si la cession faite par un étranger à l'un des co-propriétaires du droit cédé rentre dans le cas prévu par l'art. 1701 n° 1; — par étranger on entend ici celui qui n'est pas ou ne se prétend pas co-propriétaire avec le cessionnaire du droit litigieux. Le texte de l'art. 1701 ne parle que du cessionnaire; il ne dit pas par qui la cession est faite, il semble donc qu'il n'y ait pas de distinction à faire là où la loi n'en fait pas (1).

Cependant presque tous les auteurs admettent que si la distinction, faite d'ailleurs par l'ancien droit, n'est pas reproduite explicitement par l'art. 1701, elle s'y trouve d'une manière implicite; que le texte parlant d'une cession faite à un *co-propriétaire* du droit litigieux, implique que le cédant est censé *co-propriétaire* du droit, que ce droit est indivis entre eux, et que la cession a pour objet de mettre fin à l'indivision (2).

Il n'y a pas, à notre avis, d'autres dérogations à l'exercice de la faculté de retrait que celles qui se trouvent indiquées dans l'art. 1701 (3).

(1) DURANTON, t. XVI, n° 539.

(2) DUVERGIER, t. II, n° 392; AUBRY et RAU, § 359 *quater*, texte et note 33; DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 80; LAURENT, t. XXIV, n° 607; GUILLOUARD, t. II, n° 894; Comp. Cass. 22 juill. 1851, D. 51, 1, 265.

(3) LAURENT, t. XXIV, n° 610; GUILLOUARD, t. II, n° 897; *Contrà*, Angers, 14 juill. 1869, D. 70, 2, 34; ARNTZ, t. III, n° 1110.

TITRE SEPTIÈME.

DE L'ÉCHANGE.

244. — Définition de l'échange, art. 1702; comment il s'opère, article 1703.
245. — De la garantie en matière d'échange, art. 1704; choix accordé au co-permutant évincé, art. 1705.
246. — Il n'y a pas lieu à rescision pour lésion, art. 1706. Renvoi pour les autres règles à la matière de la vente, art. 1707. Portée de ce renvoi.

244. Nous avons déjà indiqué les rapports qui existent entre la vente et l'échange (*suprà*, n° 1); nous n'avons pas à y revenir.

ART. 1702. L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre (*).

ART. 1703. L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente (**).

Il ne peut donc pas y avoir d'échange virtuel résultant des circonstances. Ainsi une compagnie de chemin de fer qui est obligée de fournir les terrains nécessaires pour le rétablissement d'un chemin vicinal déplacé, ne peut prétendre que les parcelles désaffectées et non occupées par ses travaux lui appartiennent à titre de compensation ou décharge, si aucune attribution ne lui en a été faite par l'autorité compétente (1).

Si l'opération qualifiée échange par les parties comporte une soulte relativement importante, on décide généralement qu'il y aura vente ou échange, suivant la prédominance de

(*) Art. 1702. — L. 1, D. 19, 4, *De rer. permut.*
(**) Art. 1703. — *Contrà*, L. 1 § 2, D. 19, 4, *De rer. permut.*
(1) Cass. 4 déc. 1889, D. 91, 1, 424.

l'un des éléments sur l'autre (1), sauf à tenir compte, en cas d'équivalence approximative entre la chose la moins importante et la soulte, de l'intention des parties (2).

L'échange peut comprendre non seulement des corps certains, et dans ce cas la propriété en est transférée immédiatement, mais encore des choses indéteminées dont la propriété ne sera transférée que par leur livraison ou individualisation. Une chose pourrait même être échangée contre du métal monnayé, si le métal était donné non comme monnaie, mais au poids et pour sa valeur métallique (3).

245. La délivrance et la garantie incombant à chacun des échangistes, chacun des deux doit rendre l'autre propriétaire. Le principe de l'art. 1599 qui rend nulle la vente de la chose d'autrui est applicable à l'échange.

Si l'un des co-permutants n'était pas propriétaire, si l'échange n'a pas encore reçu d'exécution, ou s'il a été exécuté de part et d'autre, le co-permutant trompé dans son expectative peut demander la nullité du contrat sans être obligé d'attendre l'éviction.

Mais

ART. 1704. Si l'un des co-permutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue.

ART. 1705. Le co-permutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose.

Ce dernier texte est une application de l'art. 1184.

Les créanciers peuvent, par l'exercice de l'action paulienne, faire tomber l'échange conclu par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Les créanciers hypothécaires conservent d'ailleurs leurs

(1) DUVERGIER, t. II, n° 406; AUBRY et RAU, § 360, texte et note 2; LAURENT, t. XXIV, n° 617; GUILLOUARD, t. II, n° 918.
(2) Cass. 26 fév. 1883, S. 86, 1, 66.
(3) ARNTZ, t. III, n° 1112.

droits sur les immeubles échangés; ils peuvent agir contre l'échangiste détenteur de l'immeuble hypothéqué pour sûreté de leur créance (1).

La résolution de l'échange, comme son annulation, opère rétroactivement à l'égard des tiers, et tous les droits réels consentis par les échangistes s'évanouissent. Les parties se trouvent replacées dans l'état où elles se trouvaient avant le contrat, mais chacune d'elles peut retenir ce qu'elle a reçu à titre d'échange, jusqu'à ce que la chose livrée par elle lui soit restituée (2). L'un des co-échangistes ne pourrait exciper d'une prétendue impossibilité de restituer provenant de son fait, pour revendiquer le terrain par lui donné en contre-échange, sous prétexte que l'échange a été annulé par justice (3).

246. L'échange est, en général, et sauf ce qui sera dit sur l'art. 1707, soumis aux mêmes causes de nullité que la vente.

Cependant,

ART. 1706. La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange.

Le Code a admis, en effet, que l'échange est toujours libre, et ne peut pas, comme la vente, faire l'objet d'une spéculation sur la gêne d'un propriétaire.

ART. 1707. Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange.

Ce renvoi, par la force même des choses, ne peut pas être aussi absolu que semblent indiquer les termes dans lesquels il est conçu. Ainsi, l'art. 1594 sur les frais, l'art. 1602 concernant l'interprétation des clauses obscures, sont forcément inapplicables à l'échange. Il faut en dire autant des textes qui supposent qu'un prix en argent a été payé, par exemple ceux qui donnent droit à une restitution partielle du prix en cas de perte partielle (art. 1601) (4).

(1) Voy. LAURENT, t. XXIV, n° 626.
(2) Cass. 2 juin 1886, S. 90, 1, 379.
(3) *Ibid.*
(4) Voy. PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, p. 273 et 275.

Il y a encore des textes qui ne supposent pas nécessairement la stipulation d'un prix en argent, que l'on est d'accord pour ne pas appliquer à l'échange. Ainsi on reconnaît en général que les règles sur le défaut ou l'excédent de contenance, dans les ventes d'immeubles, ne sont pas applicables dans leur rigueur au contrat d'échange, à moins qu'il n'apparaisse par le contrat que l'intention des parties a été d'exiger rigoureusement la contenance promise pour chaque bien (1).

Dans toutes ces hypothèses on reconnaît que l'application à l'échange des règles de la vente est subordonnée à une identité de motifs. Il faut donc, sous peine de contradiction, admettre que l'art. 1595 prohibant la vente entre époux n'est pas applicable à l'échange, car dans la vente, l'une des contre-valeurs, le prix, peut être plus ou moins dissimulée, tandis que dans l'échange les deux choses données sont toujours présentes et peuvent être facilement appréciées (2).

En matière de communauté, et dans les cas prévus par les art. 1407 et 1559, l'échange opère de plein droit une sorte de subrogation réelle soumettant la chose reçue à la condition juridique de celle qu'on a donnée. Une telle fiction ne saurait être étendue aux autres hypothèses dans lesquelles peut intervenir le contrat d'échange (3). (Voy. t. V, nos 86 et 381).

(1) DUVERGIER, t. II, n° 426; AUBRY et RAU, § 360, texte et note 17; LAURENT, t. XXIV, n° 616; GUILLOUARD, t. II, n° 926.

(2) PLANIOL, *loc. cit.*; *Contrà*, Pau, 5 janv. 1885, S. 87, 2, 113 et la note; GUILLOUARD, t. II, n° 921.

(3) GUILLOUARD, t. II, n° 934.

APPENDICE AUX TITRES VI ET VII DU LIVRE III

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

247. — Capacité des parties; ventes entre époux; administrateurs, tuteurs, etc.
248. — Conditions intrinsèques et effets de la vente.
249. — Vente ou cession de créances.
250. — Vente d'objets ayant une assiette fixe.
251. — Les parties peuvent, pour le même contrat, se soumettre à plusieurs lois différentes.
252. — Lois applicables aux actions en rescision, en résolution, ou en garantie pour vices rédhibitoires,
253. — Et aux actions en nullité.

247. Au point de vue du droit international privé, le contrat de vente demeure soumis aux règles générales que nous avons déjà indiquées pour les contrats, soit en ce qui concerne la capacité des parties, soit en ce qui concerne la forme du contrat et ses effets (Voy. t. I, nos 140, 141, 159 à 162; t. VII, nos 381 à 385).

Par conséquent c'est d'après la loi personnelle d'un individu qu'il faudra apprécier s'il a la capacité de vendre ou d'acheter, et quelles sont les formalités habilitantes auxquelles il doit satisfaire (1).

Il y a cependant quelques difficultés pour ce qui concerne les dispositions des art. 1595 et celles des art. 1596 et 1597 qui édictent plutôt des prohibitions que de véritables incapacités (*suprà*, nos 53 et 54).

La prohibition des ventes entre époux peut être assimilée à une véritable incapacité (*suprà*, n° 47); par conséquent elle

(1) Paris, 27 janv. 1840, DALLOZ, *Répert.*, v° *Lois*, n° 185, note; Liège, 31 déc. 1879, *Pas.*, 80, 2, 122.

doit suivre les Français même en pays étranger (1). S'il en est ainsi, les étrangers doivent être soumis en France, quant à leur capacité d'acheter l'un de l'autre, à la loi de leur pays (Voy. t. I, n° 140). Il faudrait donc tenir compte d'une disposition de la loi étrangère qui, sur ce point, serait contraire à la loi française (2).

Mais la prohibition concernant les administrateurs, tuteurs, etc., ne saurait être assimilée à une véritable incapacité, et doit dépendre uniquement de la loi qui régit le mandat qui leur est confié (3).

248. En ce qui touche la valeur intrinsèque du contrat de vente et ses effets, il appartient aux parties de déterminer elles-mêmes la loi qui sera applicable. Ainsi elles peuvent choisir la loi en vigueur au lieu de l'exécution. Mais à défaut de stipulation il faudra appliquer la loi du lieu où le contrat a été conclu (Voy. t. I, n°s 159 à 161), c'est-à-dire du lieu où s'est produit le concours des volontés (4).

Cependant lorsque la chose a été vendue pour être expédiée d'un pays dans un autre, on pourra facilement admettre que les parties ont entendu se référer à la loi du pays de destination (5).

249. Pour la vente ou cession des créances, on a proposé d'appliquer la loi du domicile du créancier (6), sous prétexte que les créances doivent être considérées comme ayant leur situation à ce domicile (7). D'abord cet aperçu est fort contestable, et nous avons au contraire soutenu que les droits de

(1) Cass. 19 avr. 1852, S. 52, 1, 801.
(2) *Contrà*, BROCHER, *Cours de Dr. intern. privé*, t. II, n° 189.
(3) *Ibid.; Contrà*, LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VIII, n°s 134 et suiv.
(4) Bruxelles, 25 juill. 1887, *Journ. des Trib.* du 15 sept. 1887.
(5) THALLER, *Ann. de Dr. comm.*, 1886-87, p. 309.
(6) FIORE, *Dr. intern. pr.*, n° 342.
(7) Voy. LAURENT, t. VII, n°s 172 et suiv.; DESPAGNET, *Précis de Dr. int. pr.*, p. 579.

créance sont réputés avoir leur situation au domicile du débiteur (Voy. t. I, n° 134). En conséquence, certaines décisions ont déclaré applicable la loi de l'établissement débiteur, en matière de cession ou négociation de titres négociables perdus ou volés (1). Mais il ne faut pas confondre le contrat spécial appelé cession, avec la chose qui en est l'objet. Ce contrat qui n'est qu'une variété de la vente, doit, dans tous les cas, être apprécié en lui-même d'après les principes généraux ci-dessus rappelés, c'est-à-dire que, sauf intention contraire manifestée par les parties, il faudra appliquer la loi du lieu où la cession a été conclue.

C'est là du reste une règle générale qui, sauf toujours intention contraire des parties, peut s'induire de l'art. 1159, aux termes duquel ce qui est ambigu s'interprète d'après ce qui est en usage dans le pays où le contrat est passé.

250. Cette solution doit être adoptée même lorsque la vente a pour objet des biens dont la situation est fixe, comme des immeubles. Mais dans ce cas les parties contractantes pourront être facilement présumées avoir voulu se placer sous l'empire de la *lex rei sitæ*, et les juges du fond ont toute latitude pour apprécier souverainement, d'après les circonstances de la cause, quelle a été sur ce point la volonté des parties (2).

Du reste, la *lex rei sitæ* doit être appliquée, suivant l'opinion la plus générale, pour savoir si la tradition ou la transcription sont nécessaires afin que la vente soit parfaite, sinon entre les parties contractantes, du moins à l'égard des tiers (3), et pour apprécier l'étendue des sûretés qui peuvent appartenir au vendeur (4).

(1) Trib. Seine, 6 août 1885, *La Loi* des 21-22 déc. 1885; Trib. Seine, 8 août 1885, *Journ. du Dr. int. pr.*, 1885, p. 681.

(2) Cass. 18 mai 1886, D. 87, 1, 277 et la note.

(3) Voy. DESPAGNET, *loc. cit.*, p. 523; WEISS, *loc. cit.*, p. 765.

(4) Bruxelles, 27 déc. 1879, *Pas.*, 80, 2, 109.

251. Le principe suivant lequel les parties ont le droit de déterminer elles-mêmes la loi qui sera applicable à la vente sur laquelle elles se sont mises d'accord, ne doit pas être entendu en ce sens que les parties pourraient seulement se référer à une loi unique. Rien ne s'oppose à ce que, pour le même contrat, elles envisagent successivement l'application possible de plusieurs lois distinctes. Ainsi pour les effets de la vente on peut admettre qu'elles ont entendu se référer à la loi du lieu du contrat, et que, pour l'exécution, elles ont préféré adopter la loi en vigueur au lieu où cette exécution doit avoir lieu. C'est d'après cette loi que devraient, en conséquence, par interprétation de la volonté présumée des parties, être tranchées les questions relatives à la délivrance, au mesurage, au paiement du prix, à la mise en demeure, à la réception de la marchandise, etc. (1).

252. Suivant le même aperçu, il semble logique de décider qu'il faudra encore consulter la loi de la situation pour apprécier s'il y a eu lésion ; mais c'est la loi du contrat qui doit déterminer si la rescision pour cause de lésion est admissible (2).

Les actions en garantie, notamment en cas de vices rédhibitoires, les actions en résolution pour inexécution des conditions de la vente, doivent également dépendre de la loi qui régit le contrat lui-même (3).

D'après quelques auteurs, le délai pour agir, notamment le délai pour exercer l'action rédhibitoire, considéré comme se rattachant à la procédure, devrait être régi par la loi du lieu de la poursuite (*Lex fori*). En effet, l'exception tirée de l'expiration de ce délai constituant un moyen de résistance à

(1) Trib. Seine, 25 août 1880, *Journ. du Dr. int. pr.*, 1881, p. 56; Comp. LAURENT, t. VIII, n° 148.

(2) Voy. FIORE, n° 249 ; WEISS, p. 803.

(3) Voy. LAURENT, *Dr. intern.*, t. VIII, n° 152; Comp. Trib. Amsterdam, 1er mai 1885, *Journ. du Dr. intern. pr.*, 1887, p. 146.

une action nécessairement portée devant le tribunal du domicile du défendeur, ne peut, dit-on, être juridiquement appréciée que suivant la loi de ce domicile, loi sous la protection de laquelle vit le défendeur (1). Mais on peut répondre que le défendeur vit sous la protection de la loi du contrat, loi qu'il a choisie d'un commun accord avec l'autre contractant, et qu'il ne saurait par un acte unilatéral, tel qu'un changement de résidence ou de domicile, enlever à l'autre partie la garantie de cette même loi.

253. S'il s'agit d'une action en nullité pour vice du consentement, nous croyons qu'il faut appliquer la loi personnelle du demandeur en nullité, et non la loi du contrat, puisque la prétention du demandeur est précisément qu'il n'y a pas eu contrat pouvant l'obliger. Cette solution n'est pas contestée quand il s'agit d'une action en nullité fondée sur l'incapacité du demandeur (2).

Quand il s'agit de l'exercice du retrait litigieux, il faut admettre que le débiteur qui en réclame le bénéfice peut invoquer la protection de la loi sous l'empire de laquelle il s'est obligé. Ainsi le Français domicilié en France, et ayant le droit d'invoquer la protection de la loi française, est recevable à user du retrait litigieux quand même la cession aurait été faite dans un pays qui n'admettait pas ce genre de retrait (3). Il est en effet manifeste que le droit d'invoquer le retrait litigieux ne peut être enlevé à celui qui est devenu débiteur sous l'empire d'une loi qui admet ce retrait.

Enfin la question de savoir à quel régime fiscal sont soumis les actes relatifs à des biens meubles ou immeubles

(1) LAURENT, *loc. cit.*, t. VIII, n° 154; Comp. RENAULT, *Rev. crit.*, 1882, p. 723.

(2) Voy. DESPAGNET, *loc. cit.*, p. 441; Comp. LAURENT, *loc. cit.*, t. VIII, n° 138.

(3) Paris, 25 fév. 1874, *Bull. Cour Paris*, 1874, p. 307.

ayant leur assiette ou leur situation en pays étranger, sera examinée au pararagraphe suivant.

N° 2. — *Règles fiscales.*

254. — Limites territoriales de la loi fiscale quant aux immeubles et aux meubles.
255. — Marchés conclus entre des Français et une ville étrangère.
256. — Biens situés dans les colonies ou en Algérie.
257. — Tarif pour les ventes d'immeubles.
258. — Tarif pour les ventes de meubles.
259. — Dégrèvement en faveur des petites ventes judiciaires d'immeubles.
260. — Ventes publiques d'objets mobiliers.
261. — De la vente envisagée quant à la forme employée pour la réaliser.
262. — Projets ou promesses de vente.
263. — Pacte de rachat.
264. — Annulation ou résolution de la vente.
265. — Vente au poids ou à la mesure.
266. — Cession de créances. Retrait litigieux.
267. — Tarif en matière d'échange.

254. Il faut d'abord savoir quelles sont les limites territoriales d'application de la loi fiscale.

Il est certain que l'impôt ne peut atteindre directement les biens, de n'importe quelle nature, ayant leur assiette ou leur situation, soit à l'étranger, soit dans des colonies où l'enregistrement n'est pas encore établi. Mais on peut concevoir la possibilité d'atteindre les actes passés en France constatant la transmission de ces mêmes biens.

Pour les immeubles, la loi du 28 février 1872 a substitué au droit fixe de 10 fr. antérieurement applicable, un droit dit gradué de 1 fr. pour 1000, qui se perçoit sur le prix exprimé en y ajoutant toutes les charges en capital. Ce droit quoique en fait proportionnel est cependant soumis aux mêmes règles de perception que l'ancien droit fixe.

Pour les meubles, une loi du 23 août 1871 en assujettissant par son art. 4 aux droits de mutation par décès, les fonds

publics, actions, obligations, parts d'intérêts, créances et généralement toutes les valeurs mobilières étrangères de quelque nature qu'elles soient, dépendant de la succession d'un étranger domicilié en France, avec ou sans autorisation, a ajouté : « qu'il en serait de même des transmissions entre-vifs à titre gratuit *ou à titre onéreux* de ces mêmes valeurs lorsqu'elles s'opèreront en France. »

Ces dispositions, éclairées par les lois antérieures, paraissent ne se référer qu'aux meubles incorporels, et laisser en dehors les meubles corporels, ainsi d'ailleurs que l'avait d'abord jugé la Cour de cassation (1). Mais finalement cette Cour a décidé, toutes chambres réunies, que le droit de mutation est dû lors de l'enregistrement de la vente consentie en France de meubles quelconques situés à l'étranger (2).

255. Une difficulté voisine de celle que nous venons d'examiner, peut se produire à l'occasion des marchés de fournitures conclus entre des Français et une ville étrangère. S'il est fait usage en France du traité concernant ce marché; si ce traité est, par exemple, mentionné dans un acte passé en France contenant cession du droit ou marché, faudra-t-il, pour la liquidation du droit à percevoir, assimiler ce traité à un traité analogue conclu avec une ville française?

Voici quel est l'intérêt de la question. Le droit ordinairement applicable à ces sortes d'opération est de 2 0/0. Mais l'art. 51 3° de la loi du 28 avril 1816, sans faire aucune distinction entre le marché-vente et le marché-louage, n'autorise que la perception d'un droit de 1 0/0, quand l'affaire intéresse le trésor ou une ville. La Cour de cassation a vu dans ce texte une disposition de faveur pour les villes françaises, et a refusé en conséquence de faire pro-

(1) Voy. WAHL, *Rev. crit.*, 1892, *Exam. doctr.*, p. 199.
(2) Cass. 17 déc. 1890, S. 91, 1, 481.

fiter les villes étrangères de cette modération de droits (1).

Cette décision arbitraire a été justement critiquée (2). Elle est une manifestation de cette tendance malheureuse qui pousse certains esprits à provoquer sans cesse de la part des étrangers des mesures de *rétorsion* dont les Français finissent toujours par être les victimes (Voy. t. I, n° 272).

256. Les immeubles situés dans les colonies où l'enregistrement n'est pas établi, sont assimilés aux immeubles en pays étranger, et soumis par la loi du 28 février 1872 (art. 1), au droit gradué de 1 fr. pour 1000.

Les lois nouvelles ne parlent pas des meubles ayant leur assiette dans ces colonies. On appliquait autrefois l'art. 4 de la loi du 16 juin 1824. Cette loi ayant été abrogée par la loi de 1872, on décide que cette abrogation a fait revivre l'art. 58 de la loi du 28 avril 1816, suivant lequel il ne pourra être fait usage en France d'aucun acte passé dans les colonies qu'il n'ait acquitté les mêmes droits que s'il avait été souscrit en France, et pour des biens situés sur le territoire français (3).

Les actes translatifs d'immeubles situés dans les colonies où l'enregistrement est établi sont restés en dehors des prévisions de la loi de 1872; ils rentrent dans la catégorie des actes innomés, et ne donnent lieu qu'au droit fixe de 3 fr.

En ce qui concerne les immeubles situés en Algérie, l'acte de vente de ces immeubles rédigé en France, n'est assujetti en France qu'à un droit de 3 fr. plus les décimes; le droit proportionnel est ensuite perçu (3 fr. 03 0/0) sur une expédition de la minute représentée en Algérie au bureau de la situation des biens.

257. Sauf les limitations qui précèdent, les ventes contractuelles ou par adjudications de propriétés ou d'usufruit, ou

(1) Cass. 8 mai 1882, TESTOUD, *Rev. crit.*, 1883, *Exam. doctr.*, p. 392.

(2) Voy. *Contrôleur de l'enreg.*, n° 16592.

(3) Cass. 31 janv. 1876, D. 76, 1, 209.

de droits réels assimilés aux immeubles, sont soumises au droit de 5 fr. 50 0/0 (1) auquel il y a lieu d'ajouter actuellement deux décimes et demi.

Les constructions vendues purement et simplement par un locataire qui les a élevées sur un terrain loué, soit à un tiers, soit au propriétaire du terrain, sont considérées comme immeubles (2). Elles ne sont considérées comme meubles que quand elles sont vendues pour être démolies (Voy. *suprà*, n° 69 et t. IV, n° 9).

Le droit à percevoir est liquidé sur le prix en y ajoutant toutes les charges en capital. Si le prix consiste en une rente perpétuelle, il est déterminé par un capital formé de vingt fois la rente (L. 22 frimaire, art. 14). Si le prix consiste dans un certain nombre d'annuités sans intérêts, le droit proportionnel est dû sur le montant cumulé de ces annuités.

Quand le contrat comprend vente de meubles et d'immeubles, le droit est dû sur la totalité du prix au taux réglé pour les immeubles, toutes les fois qu'il n'a pas été stipulé un prix spécial et distinct pour les meubles qui doivent être désignés et estimés article par article.

L'administration a, pendant un an à compter de l'enregistrement, la faculté de requérir une expertise (L. 22 frimaire, art. 17).

258. Les ventes et adjudications de meubles et objets mobiliers quelconques sont soumises à un droit proportionnel de 2 0/0 (3).

Cependant les ventes publiques de marchandises neuves en gros ne sont passibles que d'un droit proportionnel de 0 fr. 10 0/0 (4).

De même, un droit de 0 fr. 50 0/0 sans addition d'aucun

(1) L. 22 frim., an VII, art. 69, § 7; L. 28 avr. 1816, art. 52.
(2) Cass. 11 août 1884, D. 85, 1, 25.
(3) L. 22 frim. an VII, art. 69, § 5, n° 1.
(4) L. 28 mai 1858, art. 4.

décime, pour la cession des titres d'actions ou d'obligations dans les sociétés, a été créé, et sa perception réglementée par la loi du 29 juin 1872.

259. Tel est le tarif général en matière de vente soit de meubles soit d'immeubles. Ce tarif comporte quelques restrictions ou atténuations.

Ainsi les ventes judiciaires d'immeubles jouissent d'une faveur particulière lorsque le prix d'une de ces ventes ne dépasse pas 2000 fr. En ce cas, d'après l'art. 1er de la loi du 23 octobre 1884, les droits de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'hypothèque qui ont été perçus sur les actes de procédure sont sujets à restitution. Ce dégrèvement, résulte d'une faveur qui s'attache à l'immeuble et non à la personne du propriétaire, il doit donc être admis même en cas de licitation entre majeurs (1).

Pour que le dégrèvement dont il s'agit puisse être demandé, il faut que le montant de l'adjudication soit *définitivement* inférieur à 2000 fr. Il faudra donc attendre l'expiration du délai de huitaine accordé pour la surenchère du sixième. Si ce délai s'écoule sans qu'il se produise de surenchère, l'incertitude cesse de plein droit. S'il se produit une surenchère, il faudra attendre encore; c'est le résultat de l'adjudication sur surenchère qui indiquera si les droits sont ou non remboursables (loi précitée, art. 3, § 1). L'adjudication sur surenchère du sixième est donc liée à la première adjudication et doit être confondue avec elle.

Par conséquent si des immeubles sont mis aux enchères divisés en plusieurs lots, et si le total des prix d'adjudication dépasse 2000 fr. il n'y a pas lieu à restitution. Il n'y aura pas lieu non plus à restitution si une surenchère du sixième est faite sur un lot seulement et que le lot

(1) Cass. 6 avr. 1887, D. 87, 1, 503; Voy. Testoud, *Exam. doctr., Rev. crit.*, 1888, p. 129.

surenchéri soit adjugé pour un prix inférieur à 2000 fr. (1).

Mais on ne saurait adopter la même solution en cas de surenchère du dixième. Celle-ci se présente avant tout comme un mode d'exercice du droit de suite. Ce n'est que par voie de conséquence qu'elle amène la réouverture des enchères. On ne peut donc pas la solidariser, au point de vue des restitutions de droits, avec la première adjudication (2).

Quand l'adjudication de biens indivis et licités est prononcée en faveur de l'un des co-propriétaires, la question fiscale se rattache alors au point de savoir si l'effet déclaratif du partage est subordonné à la cessation complète de l'indivision, ou dérive de tout acte passé entre tous les co-partageants. C'est une difficulté qui a déjà été examinée (Voy. t. V, nos 445 à 447), et nous n'avons pas à y revenir.

260. Si, dans une vente aux enchères publiques d'objets mobiliers, le vendeur considérant que certains objets n'ont pas atteint un prix assez élevé, les retire des enchères et se les faits adjuger à lui-même, le droit proportionnel ne devrait être liquidé que sur le prix cumulé des objets adjugés à des tiers, sans faire entrer en ligne de compte ceux qui ont été adjugés au propriétaire lui-même, puisque vis-à-vis de ce dernier il ne saurait y avoir ni vente ni mutation de propriété (3). Si l'art. 6 de la loi du 22 pluviôse an VII, porte que la perception s'établira cumulativement sur le montant de toutes les adjudications partielles, ce n'est pas pour soumettre au paiement d'un droit de mutation une adjudication qui ne contient pas de mutation, mais seulement pour empêcher que, par l'effet de perceptions isolées, une adjudication tranchée, par exemple, au prix de 1 fr. se trouve obligée d'acquitter un droit de 2 fr. (4).

(1) Cass. 18 mai 1887, *J. P.*, 1888, 935.

(2) Voy. TESTOUD, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1889. p. 164.

(3) Trib. Seine, 10 juin 1887, *J. P.*, 88, 1254; *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1889, p. 175.

(4) TESTOUD, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1889, p. 175.

En matière de vente publique d'immeubles, la difficulté ne peut même pas se présenter, parce que il n'existe pas de texte analogue à l'art. 6 précité d'où puisse naître un doute quelconque.

261. Dans les ventes par adjudication, le véritable caractère de l'opération apparaît nettement. Il n'en est pas toujours ainsi quand les parties ont traité dans la forme ordinaire des contrats, et il peut notamment s'élever quelques difficultés pour savoir si la convention constitue une vente ou un louage. Presque tous les arrêts rendus sur cette question que nous avons examinée plus haut (Voy. *suprà*, nos 5 et 6), statuaient sur un intérêt fiscal.

Si la vente se produit sous la forme d'une dation en paiement, dans les cas prévus par l'art. 1595, elle donne ouverture au droit proportionnel ordinaire, notamment quand elle porte sur un immeuble de la communauté, abandonné à la femme en remploi de ses propres aliénés, la dite épouse se faisant ensuite séparer de biens et renonçant à la communauté (1).

Le droit proportionnel de mutation est perçu au moment de l'enregistrement de l'acte constatant la vente.

Quand la vente est faite par acte sous seing privé, l'enregistrement doit avoir lieu dans le délai de trois mois. Il doit avoir lieu dans le délai de vingt jours, si la vente a été faite par acte notarié.

262. Si, d'après l'intention des parties, la vente indiquée dans un acte sous seing privé, n'a existé qu'en simple projet, ou promesse, elle n'est soumise à aucun droit de mutation, même en cas de prise de possession par l'acheteur avant l'événement de la condition (2). Le droit proportionnel ne devient exigible qu'au moment de l'acceptation de la promesse (3).

(1) Cass. 17 oct. 1893, S. 94, 1, 148.
(2) Cass. 6 mai 1863, D. 63, 1, 215.
(3) Cass. 10 mars 1886, D. 87, 1, 261.

Si dans les trois mois à compter de sa date, elle a été remplacée par un acte authentique énonçant un prix inférieur à celui qui a été exprimé dans le premier acte, on ne doit percevoir le droit proportionnel que sur le prix exprimé dans l'acte authentique, le premier acte constituant une simple promesse de vente, subordonne l'existence du contrat à l'existence d'un acte authentique, sauf à la régie à provoquer une expertise si elle pense qu'il y a eu dissimulation du prix (1).

Lorsque la conversion de l'acte privé en acte authentique, quoique convenue entre les parties, ne forme pas une condition de validité du contrat, l'acte privé conserve toujours son existence propre, et si le prix porté dans l'acte notarié rédigé ultérieuremect est plus élevé que le prix indiqué dans l'acte privé, la différence sera passible du droit de mutation, et du double droit le cas échéant (2).

La solution qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, d'après laquelle la promesse acceptée de vendre ne produit qu'un contrat unilatéral, non transmissible de propriété, aboutit naturellement à cette conclusion, qu'elle ne saurait donner lieu au droit proportionnel (3). Il faudrait en dire autant du pacte de préférence.

263. En cas de réméré, l'administration perçoit d'abord le droit de mutation sur la vente, et les parties ne pourraient s'y soustraire en soutenant qu'il y a eu seulement contrat pignoratif. Si l'administration, en effet, peut soutenir que la qualification donnée aux actes est simulée et a pour but d'éluder l'application de la loi fiscale, les parties ne peuvent

(1) *Instr. génér.* du 24 déc. 1836, n° 1528, § 17.

(2) Cass. 13 janv. 1852, D. 52, 1, 305; Comp. Cass. 10 mars 1868, D. 69, 1, 145.

(3) Cass. 5 fév. 1889, *J. Pal.*, 89, 802; Cass. 13 mai 1869, D. 69, 1, 295; Trib. Senlis, 4 mai 1875, *Journ. de l'enreg.*, art. 20538; Voy. Testoud, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1890, p. 257.

pas, en sens inverse, opposer la simulation à l'administration (1).

Quand le pacte de rachat est consenti sous la condition, par l'acheteur, de payer un supplément de prix, dans le cas où le rachat ne serait pas exercé, ce supplément s'ajoute au prix, et les droits sont exigibles immédiatement sur la totalité (2). Si le prix du réméré est différent du prix de vente, le droit est perçu sur la somme la plus élevée.

En cas de prorogation du délai du réméré dans la limite du délai légal, l'acte de prorogation considéré comme acte de complément encourt le droit fixe de deux francs, et l'acte constatant l'exercice du réméré dans le délai légal, et non pas seulement dans le délai stipulé par le premier contrat, n'est pas soumis au droit de mutation.

Si le vendeur cède à l'acheteur lui-même sa faculté de rachat, le prix de la cession est considéré comme un supplément du prix. Si la cession a lieu au profit d'un tiers, l'administration perçoit le droit de vente sur le prix de la cession, et à l'époque de l'exercice du retrait sur le montant des sommes remboursées (3).

264. En cas de résolution du contrat pour cause de dol, de violence, d'erreur, d'incapacité ou de lésion, l'art. 68, § 3, n° 7 de la loi du 22 frimaire an VII, n'édictait qu'un simple droit fixe sur le jugement prononçant la résolution. Ce texte laissait donc en dehors les résolutions pour défaut d'exécution de la part de l'une des parties, notamment pour défaut de paiement du prix. Ces résolutions demeuraient donc soumises au droit proportionnel, d'autant que la rentrée du vendeur dans sa propriété paraissait décidée uniquement pour lui tenir lieu du prix qui lui était dû. Cela était excessif, et la loi du 27 ven-

(1) Cass. 9 juill. 1839, S. 39, 1, 686.
(2) *Instr. génér.* du 27 juin 1808.
(3) DEMANTE, t. I, n° 296.

tôse an IX vint bientôt disposer que les jugements portant résolution de vente pour défaut de paiement quelconque sur le prix d'acquisition, *lorsque l'acquéreur n'est point entré en jouissance,* ne sont assujettis qu'au droit fixe (art. 12). Dans le cas de résolution amiable pour une cause que la loi autorise, l'administration perçoit toujours le droit proportionnel, que le contrat ait ou n'ait pas reçu un commencement d'exécution et quand même il n'y aurait aucune dissimulation. La jurisprudence consacre cette pratique qui paraît cependant peu conforme à la vraie théorie de la loi civile (Voy. t. VII, n° 89) (1).

265. Dans les ventes qui sont faites au poids, au compte ou à la mesure, la perception du droit proportionnel est suspendue jusqu'à l'accomplissement de l'opération envisagée. Il en est de même pour les ventes à l'essai, ou ayant pour objet des choses devant être goûtées.

266. En matière de cession ou transport de créance, la liquidation est la même que pour la constitution de la créance cédée; le droit est perçu sur le capital exprimé dans l'acte, et non pas sur le prix de la cession (2).

Le retrait litigieux qui peut en être la suite, a pour résultat de substituer le retrayant à la personne du cessionnaire évincé; il ne donne ouverture qu'au droit de 0 fr. 50 0/0 par application de l'art. 69, § 2, n° 11 de la loi de frimaire.

267. Les droits à percevoir sur le contrat d'échange d'immeubles sont tarifés comme suit : Le droit général d'échange est de 3 fr. 50 0/0 ; il est réduit à 0 fr. 20 0/0 sur les immeubles ruraux échangés dans les conditions indiquées par une loi du 3 novembre 1884 (3). S'il y a soulte, le droit à percevoir sur la soulte est uniformément fixé à 5 fr. 50 0/0, qu'il s'agisse ou

(1) DEMANTE, t. I, n° 55.

(2) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Enreg.*, n° 4496, et *Supp.*, n° 2517.

(3) Voy. pour l'application de cette loi, *Instr. génér.* du 4 nov. 1884, n° 2703, reproduite avec le texte de la loi dans D. 85, 4, 17.

non d'immeubles ruraux. Quoiqu'il y ait deux transmissions, l'impôt ne sera perçu qu'une fois, et sur *la moindre portion* en cas de soulte.

Les échanges de meubles ne sont pas tarifés comme tels; ils rentrent dans la catégorie générale des actes translatifs à titre onéreux d'objets mobiliers, et donnent lieu, comme les ventes mobilières, au droit de 2 0/0 qui n'est également perçu qu'une fois (1).

(1) DEMANTE, t. I, nos 308, 309 et 314.

TITRE HUITIÈME.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

268. — Définitions, art. 1708 à 1712. — A la différence du louage de choses, le louage d'ouvrage est quelquefois un contrat forcé.

268. La propriété individuelle, sous l'influence de certaines causes que nous n'avons pas à étudier ici, se trouve distribuée, en fait, soit quant au sol, soit quant aux instruments du travail et au capital industriel, de façon qu'il y a nécessité pour les uns qui ne possèdent pas le sol ou qui n'ont pas un capital industriel suffisant, de traiter avec ceux qui possèdent ce capital ou le sol.

De là vont résulter de nouveaux rapports juridiques qui sont réglés par le *contrat de louage*.

ART. 1708. Il y a deux sortes de contrats de louage : — Celui des choses, — Et celui d'ouvrage.

ART. 1709. Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

ART. 1710. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

ART. 1711. Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières : — On appelle *bail à loyer*, le louage des maisons et celui des meubles ; — *Bail à ferme*, celui des héritages ruraux ; — *Loyer*, le louage du travail ou du service ; — *Bail à cheptel*, celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie. — Les *devis*, *marché* ou *prix fait*, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. — Ces trois dernières espèces ont des règles particulières.

ART. 1712. Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics, sont soumis à des règlements particuliers.

Considérés en eux-mêmes, le bail à ferme et le bail à loyer ne présentent rien d'anormal. On peut concevoir en effet qu'un capitaliste ne possédant pas d'immeubles soit dans la nécessité de devenir locataire, ou veuille prendre à ferme un fonds rural. On peut concevoir aussi que le même individu soit propriétaire à la campagne et locataire à la ville, ou réciproquement.

Il n'en est pas de même pour le louage d'ouvrage. Sans doute le louage d'ouvrage ne suppose pas nécessairement que la partie qui s'engage à faire quelque chose pour l'autre ne possède absolument aucun capital. On peut en effet concevoir qu'un individu possédant un certain capital, veuille cependant louer son travail ou ses services à autrui. Mais pour un grand nombre d'individus ne possédant aucune espèce de capital, il y a impossibilité de devenir fermiers ou locataires, ils peuvent seulement louer leur travail, et c'est seulement avec le produit de leur travail qu'ils pourront trouver le moyen de devenir locataires; c'est-à-dire d'avoir un abri. Le contrat de louage d'ouvrage, à la différence du louage des choses est donc, pour ceux qui n'ont aucun capital, un contrat forcé. Nous verrons plus loin quelles doivent être les conséquences de cette remarque.

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES.

Généralités.

269. — Éléments essentiels du louage des choses.
270. — Durée de ce contrat. Prohibition des tenures perpétuelles.
271. — Du bail à domaine congéable.
272. — Des baux héréditaires ou à métairie perpétuelle; du droit de marché.
273. — Nature du contrat de bail. Ce contrat n'engendre pas un droit réel.
274. — Sur quoi il peut porter, art. 1713. Bail des meubles.
274 *bis*. — Cas de louage forcé d'objets mobiliers.
275. — Bail des immeubles. Bail du droit de chasse.

269. Trois éléments sont essentiels dans le louage des choses : le consentement des parties, la chose dont la jouissance est promise par le bailleur, et le prix que doit payer le preneur, prix qui, en général, consiste en argent, mais qui peut, comme dans le cas de colonat partiaire, consister dans une quotité de fruits.

Le consentement doit porter :

1° Sur la durée du contrat ;

2° Sur la chose objet du contrat et l'usage de cette chose ;

3° Sur le prix.

270. L'accord des parties doit porter tout d'abord sur la durée du contrat.

Le louage des choses ne peut être conclu, d'après l'art. 1709, que *pour un certain temps*, et ce temps ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans, ainsi que cela résulte de la loi des 18-29 décembre 1790. Il n'est pas nécessaire que la durée du bail soit expressément indiquée dans l'acte, pourvu que l'ensemble des stipulations qui y sont contenues permette de la fixer (1). Si le bail était conclu avec la clause : « Tant qu'il

(1) Cass. 12 août 1858, S. 60, 1, 79 ; Riom, 26 juill. 1887, D. 89,2, 87.

plaira au preneur », il faudra l'entendre en ce sens que le bail devra se continuer jusqu'à la mort du preneur, si ce dernier n'use pas, durant sa vie, de la faculté de le faire cesser (1). Mais un bail *héréditaire* ne pourrait produire des effets à ce titre. La circonstance qu'il pourrait prendre fin, par suite du défaut d'héritiers, n'empêcherait pas un tel bail d'être perpétuel dans l'intention des parties, et de l'être en réalité si les héritiers se perpétuaient (2).

La durée du bail ne peut donc aujourd'hui être *perpétuelle.*

Il en était autrement sous l'ancien régime : L'État, les cités, les communautés rurales et surtout les aristocraties foncières ont eu recours, pour la mise en valeur des terres, à des tenures multiples grevées de redevances perpétuelles (3).

Nous avons déjà fourni l'énumération de ces tenures (Voy. t. IV, n° 74), qui donnaient lieu à des redevances diverses, et même emportaient presque toujours l'aliénation d'un droit réel au profit du preneur.

Les lois de la Révolution ont supprimé et prohibé toute redevance féodale, et ont déclaré mobilières et rachetables, nonobstant toute clause contraire, les redevances foncières autrefois perpétuelles et irrachetables. Mais ce rachat est facultatif.

Il y avait donc des tenures résultant de contrats emportant transmission, dans une mesure plus ou moins large, de la propriété du bailleur au preneur, à charge de payer à perpétuité des redevances annuelles déclarées facultativement rachetables, et des tenures qui, au lieu de transmettre

(1) Trib. Termonde, 8 janv. 1874, *Pas.*, 74, 3, 136; Paris, 30 juillet 1840, S. 40, 2, 445; GUILLOUARD, t. I, n° 40.

(2) Colmar, 6 juin 1852, D. 52, 1, 285; GUILLOUARD, t. I, n° 39; *Contrà*, Cass. 24 nov. 1837; DALLOZ, *Répert.*, v° *Enreg.*, n° 3058.

(3) A consulter GARSONNET, *Hist. des locat. perpétuelles*, etc., Paris, 1879.

la propriété, dans une certaine mesure, au preneur, l'ont réservée au bailleur et ne sont pas rachetables.

On discute sur le point de savoir s'il serait utile et légitime d'édicter aujourd'hui, dans le Code rural, des dispositions ayant pour but, à l'égard des tenures de la première espèce, de rendre le rachat obligatoire, et à l'égard des secondes, de donner au bailleur demeuré propriétaire, le droit de se dégager au moyen d'un rachat en argent (1).

Quelle que soit la solution qui sera donnée à une telle question, il est certain que les principes modernes n'admettent plus que la propriété puisse être démembrée en domaine direct et en domaine utile.

271. Cependant l'une des anciennes tenures a été conservée par l'Assemblée constituante; c'est le bail à *domaine congéable*, encore usité en Bretagne.

Dans ce bail le concessionnaire ou domanier acquiert la propriété des édifices, c'est-à-dire de toutes les constructions et, sauf distinctions, des plantations se trouvant sur le fonds; le propriétaire foncier ne conserve que la propriété du sol. A l'expiration du bail, la propriété des édifices revient au propriétaire foncier qui doit en rembourser la valeur au domanier suivant estimation.

Le propriétaire foncier avait seul le droit de demander la cessation du bail. La Constituante décida que, dorénavant, les deux parties seraient placées sur un pied d'égalité parfaite, et que toutes deux pourraient réclamer la cessation du bail. Le bail devenu ainsi temporaire parut pouvoir être conservé. Du reste sa validité a été formellement reconnue par l'art. 9 de la loi du 23 avril 1839 qui en déterminait les effets au point de vue du cens électoral.

Mais il faut convenir que le législateur de 1791 a été assez

(1) Voy. RIVIÈRE, *Baux ruraux, tenures perpétuelles*, *Rev. crit.*, 1869, p. 193.

mal inspiré en conservant le domaine congéable. En effet, tous les baux à domaine congéable contiennent aujourd'hui une clause, devenue presque de style, qui interdit aux domaniers de faire aucun travail pouvant augmenter la valeur des édifices; il leur est interdit expressément de défricher, de dessécher les marais, de planter des arbres, même dans les bois ou dans les vergers déjà existants, si ce n'est pour remplacer ceux qui sont morts; de construire les hangars dont ils pourraient avoir besoin pour loger les récoltes, etc. Le propriétaire foncier ne veut pas, en effet, que la valeur par lui remboursable en fin de bail soit augmentée pendant la durée du bail.

Les propriétaires fonciers ont encore voulu tenir les domaniers sous leur entière dépendance, et pouvoir au besoin les conserver à perpétuité sur leurs terres. En conséquence, et pour défaire autant que possible l'œuvre de la Constituante, ils imposent l'insertion dans les baux d'une clause enlevant au domanier le droit de demander le congédiement. Tous les baux à domaine congéable portent cette clause devenue absolument de style : « En aucun temps, même après l'expiration de cette baillée, le preneur ne pourra exiger du propriétaire foncier, ni provoquer en aucune manière contre lui le remboursement de ses édifices et droits réparatoires. Mais la baillée finie, le propriétaire du fonds pourra congédier ou faire congédier le preneur, en lui remboursant à dire d'experts la valeur de ses droits réparatoires. »

Cette clause, dont la validité pourrait être sérieusement contestée (1), a été cependant déclarée valable par plusieurs arrêts (2). En conséquence, sur les plaintes énergiques des

(1) Voy. DENISSE, *De la nullité d'une clause*, etc., *Rev. crit.*, 1893, p. 160.

(2) Voy. notamm. Rennes, 10 août 1835, S. 51, 1, 250; Cass. 5 mars 1851; DALLOZ, *Répert.*, v° *Louage à dom. congéable*, n° 330.

populations intéressées, la Chambre des députés a été saisie, le 27 juin 1891, d'une proposition tendant à proscrire la clause dont il s'agit, et à débarrasser en même temps le domaine, congéable des autres abus qu'il présente (1), proposition qui après avoir été amendée, et reprise en 1894 (2) a finalement abouti, après des vicissitudes diverses, à la loi suivante définitivement votée par le Sénat, le 23 novembre 1896 (3) :

« Art. 1er. Tout domanier exploitant par lui-même une tenue à domaine congéable, s'il a renoncé au droit de provoquer le congément, aura le droit de faire exponse (4) dans les formes et aux époques prescrites pour le congément et sous les conditions établies ci-après :

« Art. 2. Le domanier qui fait exponse reçoit du foncier une indemnité égale à la plus-value procurée à l'immeuble par l'existence des édifices et superfices.

« Art. 3. Cette plus-value est constatée et déterminée par des experts nommés et fonctionnant dans les mêmes conditions que pour le congément.

« Les experts estimeront la valeur vénale de l'immeuble recouvert, puis supposé dépouillé de ses édifices et superfices; la différence entre les deux estimations constituera la plus-value, sous réserve de la disposition édictée par l'art. 4 ci-après.

« Le chiffre de cette plus-value ne pourra jamais être supérieur à la valeur des droits édificiers telle qu'elle serait fixée en cas de congément.

« Art. 4. Les édifices et superfices qui auraient été établis

(1) *J. Off.* Chambre, *Exposé des motifs*, doc., 1891, p. 1529; Rapport sommaire, p. 2967.

(2) *J. Off.* Chambre, *Exposé des motifs*, doc., 1894, p. 151; Rapport sommaire, p. 1914.

(3) *J. Off.* du 24 nov. 1896, *Sénat*, p. 828; au moment de l'impression du présent volume, cette loi n'est pas encore promulguée.

(4) On avait proposé de remplacer le vieux mot *exponse* par l'expression *rétrocession*, considérée comme exprimant la même idée, mais cela a été repoussé.

en dehors des titres et conventions n'entreront pas en compte dans les estimations; le domanier aura le choix, soit de les enlever, soit de les abandonner sans qu'il y ait lieu à indemnité de part ni d'autre; le foncier pourra toujours les retenir en remboursant la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre.

« La présente disposition sera applicable au cas de congément comme au cas d'exponse.

« Art. 5. Le foncier aura pour solder sans intérêts au domanier l'indemnité de plus-value un délai de six mois à partir du 29 septembre, date de sa rentrée en jouissance.

« Les édifices et superfices et, en cas d'insuffisance, le fonds seront affectés par privilège à la garantie de la créance du domanier. Faute de paiement au terme ci-dessus fixé, le domanier pourra exercer les droits établis par l'art. 23 de la loi du 6 août 1791 pour le cas de congément.

« Art. 6. Le procès-verbal d'estimation devra être notifié avant le 29 septembre, sous peine de nullité de l'instance.

« Un délai n'excédant pas un mois pourra être accordé par le juge de paix pour le procès-verbal d'ensouchement.

« Art. 7. Le foncier retient par compensation sur l'indemnité de plus-value et l'ensouchement toute créance qu'il peut avoir contre le domanier à raison du bail à domaine congéable.

« Art. 8. Les frais de l'exponse sont à la charge du domanier.

« Art. 9. Est nulle de plein droit et réputée non écrite toute clause par laquelle le domanier reconnaît à perpétuité ou pour une période plus longue que la durée totale du bail au droit d'exponse tel qu'il est réglementé par la présente loi.

« Art. 10. Avant toute désignation d'experts, le foncier aura la faculté de faire ajourner la demande d'exponse en concédant pour six ans au moins une baillée dont la redevance et la commission seront fixées par voie d'expertise.

« Les frais de cette expertise seront à la charge du foncier.

« A l'expiration de cette baillée, le domanier aura le droit d'exiger qu'il soit donné suite à sa demande d'exponse, sans autre mise en demeure qu'un avertissement par lettre recommandée. L'exponse pourra être encore ajournée si le fermier concède des baillées successives dont la redevance et la commission seront à nouveau fixées par experts.

« Art. 11. En cas de congément, d'exponse ou de vente sur bannies, les créanciers hypothécaires du domanier auront un droit de préférence sur les sommes attribuées à ce dernier, d'après le rang de leurs inscriptions, sans aucun préjudice des droits du fermier.

« Art. 12. En cas de tacite reconduction, aucun prorata de la commission payée à l'occasion de la dernière baillée ne pourra s'ajouter à la rente convenancière telle que celle-ci résulte du texte de ladite baillée.

« Art. 13. La loi du 6 août 1791 est abrogée en tout ce qu'elle contient de contraire à la présente loi. »

272. Dans le cas de domaine congéable on voit que ce sont les propriétaires qui s'efforcent d'attacher à perpétuité sur une terre des générations de fermiers qui ne pourront abandonner l'exploitation sans le bon plaisir du maître.

Dans certaines régions on voit le résultat inverse se produire.

Ainsi dans le *bail héréditaire* et dans le *bail à métairie perpétuelle*, qu'il ne faut pas confondre avec le bail *à culture perpétuelle* et *à locatairie perpétuelle*, le preneur transmettait son droit de génération en génération dans sa famille, sans acquérir d'ailleurs aucun droit réel ni aucun attribut essentiel du domaine utile. Mais à la suite des temps, et en conséquence de circonstances de fait difficiles à bien déterminer aujourd'hui, il est arrivé que les fermiers, moyennant un pot-de-vin quelconque payé à l'origine du contrat, ont obtenu une sorte de bail sans terme et une jouissance ne devant éprouver aucune variation dans l'avenir. Telle est, proba-

blement, l'origine du *droit de marché*, qui existe encore en Picardie, malgré les tentatives de l'ancienne monarchie pour le faire disparaître et en dépit même du Code civil.

En vertu de ce prétendu *droit de marché*, les fermiers se sont perpétués dans leur jouissance sans augmentation de redevance. Ils se considèrent comme ayant un droit inhérent au fonds. Ce droit est quelquefois attribué en dot aux enfants, il est prisé dans les inventaires comme une valeur de succession, et a même fait quelquefois l'objet d'une adjudication à la criée. Cependant depuis plusieurs années, il a été interdit aux notaires de relater ce droit dans leurs actes. Mais les fermiers continuent à faire la loi aux propriétaires qui ne peuvent louer, ni vendre à d'autres avant d'avoir remboursé le droit de marché, moyennant un prix qui s'élève quelquefois au tiers et même à la moitié de la valeur des biens. On ne trouverait personne qui osât, selon l'expression vulgaire, *dépointer* un fermier. La qualification de *dépointeur* voue en effet le fermier nouveau à l'exécration du pays, et le livre sans défense aux coups d'une vengeance inexorable qui se traduit par les actes les plus abominables (1).

D'après ceux qui ont le mieux étudié la question, le *droit de marché* ne pourra disparaître que par l'effet du temps, sous l'influence des idées et des mœurs économiques, et non par l'emploi des mesures d'autorité toujours impuissantes à lutter contre une opinion invétérée et des traditions populaires (2).

Tous ces conflits entre les propriétaires du sol et les fermiers, se produisent, il faut le remarquer, au-dessus et en dehors des simples travailleurs de terre, n'ayant que leurs

(1) CLÉMENT, *Etudes sur le Droit rural*, etc., n° 174; Arras, 1877.
(2) LEFORT, *Condition de la propriété dans le Nord de la France, Le droit de marché*, Paris, 1892.

bras, ne pouvant aspirer à devenir ni propriétaires ni fermiers, et qui demeurent tout à fait désintéressés dans de telles discussions. Il leur importe peu de travailler directement pour le propriétaire ou pour son fermier. Ce qui leur importe c'est la possibilité de débattre en toute liberté les conditions du contrat de travail.

273. Les diverses tenures spéciales que nous avons eu l'occasion de mentionner, dégagées de toute féodalité et de toute redevance perpétuelle et irrachetable, pourraient être établies par les parties comme variétés du bail, et ne produisant en conséquence qu'un simple droit de créance (Voy. t. IV, n° 74).

Il est en effet universellement reconnu aujourd'hui que le bail ne saurait engendrer un droit réel. L'art. 1743, qui avait été invoqué à l'appui d'une solution contraire, ne fournit, comme nous le verrons plus loin, aucun argument solide en ce sens (1).

Il faut en dire autant de l'emphytéose qui n'est qu'une variété du bail (Voy. t. IV, n° 73). Les concessions de terrains faites dans un cimetière engendrent au contraire un droit réel parce qu'elles procurent un droit d'usage et qu'elles ne sauraient, à aucun point de vue, constituer un bail (Voy. t. IV, nos 69-70) (2). C'est du reste la présence du droit réel qui permet encore de distinguer la jouissance résultant de l'usufruit (t. IV, n° 173) ou d'une vente (Voy. *suprà*, n° 5), d'avec la jouissance résultant d'un contrat de bail.

(1) Toullier, t. III, n° 388; t. VI, n° 435; Duranton, t. XVII, n° 139; Proudhon, *Usufruit*, n° 102; Duvergier, t. I, nos 28 et 279; Valette, *Priv. et hyp.*, t. I, p. 195; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 337; Demolombe, t. IX, nos 402-403; Aubry et Rau, § 365; Colmet de Santerre, t. VII, nos 198-198 *bis;* Laurent, t. XXV, nos 9-30; Arntz, t. IV, n° 1122; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 659; Guillouard, *Du louage*, t. I, nos 28-29; Cass. 6 mars 1861, S. 61, 1, 713.

(2) Guillouard, t. I, n° 16; Lyon, 4 fév. 1875, D. 77, 2, 161; Rouen, 6 fév. 1882, *Rec. de la Cour de Rouen*, 1882, p. 163.

Le preneur ne peut donc prétendre à la jouissance qui lui est due que comme créancier du bailleur. Par conséquent si la clause par laquelle le preneur s'est engagé à procéder à l'expulsion d'un tiers occupant déjà la chose louée, sans garantie d'aucune sorte de la part du bailleur, est valable ainsi que l'a décidé une Cour (1), cela doit s'entendre en ce sens que le preneur agira du chef du bailleur et comme mandataire de celui-ci. En d'autres termes ce sera toujours au bailleur qu'appartiendra l'action en expulsion.

274. Le consentement des parties doit encore porter, avons-nous dit, sur la chose objet du contrat, et l'usage et l'emploi de cette chose.

Il demeure entendu que

ART. 1713. On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles,

pourvu que le mode de jouissance envisagé n'entraîne pas leur extinction, ou que le possesseur ne soit pas empêché de les louer par la nature de son titre (art. 631 et 634).

La loi ne dit rien du bail portant directement et principalement sur des meubles. Ce genre de *location* a cependant pris aujourd'hui une grande extension.

Il peut porter d'abord sur des objets devant être incorporés dans un immeuble, comme des ascenseurs, des machines, des appareils d'éclairage au gaz ou à l'électricité, etc.

Il peut porter aussi sur des objets qui ne seront pas soumis à une installation de ce genre, tels que voitures, chevaux, bicyclettes, habits, linge, vaisselle, livres, partitions et instruments de musique, etc.

Quelquefois en louant des chevaux, des voitures, etc., le propriétaire met à la disposition du client des hommes de service, guides et cochers qui ont une certaine fonction de surveillance à remplir à l'égard de la chose louée. Dans ce

(1) Paris, 6 juill. 1893, S. 94, 2, 147.

cas il y a un véritable marché, c'est-à-dire un louage d'ouvrage ou d'industrie.

Il en serait de même dans le cas de location d'une force motrice quelconque destinée à actionner un outillage établi sur un emplacement fourni par le propriétaire (1).

Les chaises dans une église ou sur une promenade font l'objet d'un contrat de location. Il en est de même des places dans une voiture publique, dans un théâtre ou café-concert, dans une enceinte quelconque, où le public ne peut être admis qu'en payant.

En matière de théâtre, la location des places peut se traduire par un abonnement. L'abonné n'a le droit d'occuper la place louée que suivant les précisions contenues dans le contrat. Celui qui croit avoir droit à une place laquelle, en fait, a été louée à un tiers, n'a évidemment aucune action contre ce tiers avec qui il n'a pas traité ; il ne peut agir que contre le directeur qui doit lui procurer la jouissance de la place en litige (2).

Les directeurs des théâtres libres doivent donner au public les représentations et spectacles tels qu'ils ont été annoncés dans les affiches qui doivent être rédigées de manière à ne pas créer d'équivoque. Le directeur de l'Opéra, en vertu de l'art. 11 du cahier des charges qui règle ses droits et ses obligations, peut faire des coupures dans l'œuvre qu'il représente, à la condition d'avoir l'autorisation de l'administration supérieure et celle des auteurs de l'œuvre représentée. En conséquence un spectateur ne pourrait réclamer une indemnité sous prétexte que la représentation à laquelle il a assisté n'était qu'une représentation tronquée (3).

L'abonné n'acquiert un droit à la jouissance de la même

(1) Trib. Verviers, 14 fév. 1866, *B. J.*, 66, 298.
(2) Trib. Louvain, 31 juill. 1874, *B. J.*, 74, 1261.
(3) Paris, 4 mars 1882, D. 82, 2, 243.

place pendant l'année suivante que si la relocation lui en est accordée (1).

Il est d'ailleurs généralement reconnu que la tacite reconduction n'a pas lieu en fait de location de meubles. La nouvelle location ne produira effet que pour le temps durant lequel le locataire sera laissé en possession (2).

Le bail des meubles est soumis à la règle générale d'après laquelle la location ne saurait être perpétuelle. Mais elle pourrait être faite pour une durée indéfinie, et serait alors limitée à la vie du preneur. Ainsi sera valable la clause par laquelle le locataire pour un temps limité, d'une machine à coudre, se réserve la faculté de continuer indéfiniment, à son gré, la location de la machine (3).

Le louage des meubles sera prouvé conformément à la règle générale des art. 1341 et 1347. Il sera, quant à son exécution, régi par les dispositions générales concernant le louage des choses, en tant que ces dispositions sont compatibles avec sa nature. Cependant si les meubles loués sont détruits par un incendie pendant la durée du bail, l'art. 1733 ne sera pas applicable. Le louage des meubles prend fin à l'expiration du terme pour lequel il a été conclu. Sa durée peut aussi être indiquée par le but même de la location.

Si les meubles ont été loués pour garnir une maison, nous verrons plus loin ce que décide à cet égard l'art. 1757.

274 *bis*. Dans tous les cas ci-dessus, la location de meubles est le résultat d'un contrat librement conclu entre les parties. On peut cependant concevoir que, dans quelques situations déterminées, la loi impose aux personnes obligées de subir un certain contrôle, la charge de fournir à titre de location, les objets indispensables à ceux qui sont chargés de ce contrôle.

(1) Arrêt précité de Louvain, du 31 juill. 1874.

(2) POTHIER, *Du louage*, n° 371; DUVERGIER, t. II, n° 234; GUILLOUARD, n° 685.

(3) Trib. Liège, 8 juill. 1885, *B. J.*, 85, 959.

Ainsi d'après le décret B du 18 juillet 1878, art. 2, dans toutes les distilleries, y compris celles qui ne sont surveillées que par intermittence, deux chaises et une table avec tiroirs fermant à clef sont mises à la disposition de l'employé de service, à proximité des éprouvettes qui reçoivent le liquide alcoolique à la sortie des appareils à distiller ou à rectifier. — Le prix de location de ces meubles est fixé de gré à gré, et, à défaut de fixation amiable, réglé par le préfet.

275. En ce qui concerne le louage des immeubles, la loi ne parle que des maisons et des biens ruraux. Mais il y a encore d'autres éléments immobiliers du patrimoine, tels que les mines et carrières. Les produits en sont assimilés aux fruits par l'art. 598 (Voy. t. IV, n° 197) et attribués à ce titre à la communauté par l'art. 1403 (Voy. t. IX, n^{os} 103 et suiv.). La perception de ces produits semble donc constituer une jouissance qui pourrait être donnée à bail (1). La jurisprudence est cependant formelle en sens contraire (2). C'est qu'en effet l'opération envisagée entraîne seulement un transfert de propriété sans aucune attribution d'une jouissance quelconque (Voy. *suprà*, n° 5). Les art. 598 et 1403 formulent un *jus singulare* motivé par des considérations particulières tout à fait étrangères à la difficulté qui nous occupe.

Le droit de chasse consiste au contraire dans un mode particulier de jouissance du fonds. Il peut donc être loué principalement par le propriétaire qui demeure alors tenu d'en assurer la complète et tranquille jouissance au preneur (3). Si la propriété est indivise, le consentement de tous les pro-

(1) DUVERGIER, t. I, n° 404; FAVARD DE LANGLADE, *Répert.*, v° *Louage*, sect. I^{re}, § 1, n° 2; ROLLAND DE VILLARGUES, v° *Louage*, n° 108; DALLOZ, *Répert.*, v° *Enreg.*, n° 2880; GUILLOUARD, t. I, n° 14.

(2) Cass. 28 janv. 1857, 1, 391; Conf. LAURENT, n° XXV, n^{os} 8 et 63, note 2.

(3) Paris, 4 janv. 1884, D. 84, 5, 56.

priétaires est nécessaire pour conférer le droit de chasse sur le fonds commun (1).

Le propriétaire d'un bien rural qui le donne à ferme en se réservant le droit de chasse, ne conserve pas le droit de chasse ni de passage sur les terrains soit préparés ou ensemencés, soit couverts de récoltes (2).

Les difficultés auxquelles peut donner lieu entre le fermier et l'Etat un bail de chasse dans une forêt domaniale, son application et son interprétation sont de la compétence de l'autorité judiciaire (3).

Le bail d'un droit de chasse peut être cédé, sauf clause contraire. Il a été jugé que la prohibition de céder n'empêcherait pas le preneur de mettre sa chasse en action, puisqu'il est toujours libre d'inviter à sa chasse qui bon lui semble (4). Cela est fort contestable, car la mise en action crée une situation permanente, alors qu'une invitation, même réitérée, ne crée qu'une situation transitoire.

Quelquefois les circonstances dans lesquelles le droit de chasse aura été concédé à plusieurs personnes, avec la clause qu'aucune d'elles ne pourra céder sa part à un tiers sans le consentement des autres, aura pour résultat, d'après la décision d'une Cour, d'établir entre les co-fermiers une sorte de société qui devra prendre fin par la mort de l'un des associés (5). Mais une telle convention intervenue entre les fermiers seuls ne saurait être opposée au bailleur.

(1) Trib. Liège, 23 déc. 1885, *Pas.*, 86, 3, 214.
(2) Cass. 9 mai 1884, D. 84, 5, 52.
(3) Trib. des conflits, 21 mars 1892, S. 93, 3, 41; Trib. des conflits, 29 nov. 1884, D. 85, 3, 50; Cass. 23 juin 1887, S. 88, 1, 358; Cons. d'Etat, 13 juin 1890, S. 92, 3, 112.
(4) Amiens, 15 nov. 1883, D. 84, 5, 55.
(5) Voy. Cass. 31 janv. 1894 (résolu par la Cour d'appel), D. 94, 1, 532.

SECTION PREMIÈRE.

Des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.

§ 1er. — Formes et preuve du bail. Cession du bail et sous-location.

276. — Portée générale des art. 1714 à 1751.
277. — Des promesses de bail.
278. — Liberté des parties quant à la forme du contrat, art. 1714.
279. — Preuve du contrat; du bail fait sans écrit, n'ayant pas encore reçu d'exécution, art. 1715.
280. — Du même bail ayant reçu un commencement d'exécution, art. 1716.
281. — Faculté pour le preneur de sous-louer ou de céder son bail, art. 1717; signification et but de cet article.
282. — Effet d'une cession de bail ou d'une sous-location. Le bailleur a-t-il une action directe contre le cessionnaire ou le sous-locataire?
283. — Décision de la jurisprudence fondée sur le fait de l'occupation des lieux.
284. — Différences entre la cession de bail et la sous-location.
285. — Prohibitions contractuelles de céder le bail ou de sous-louer; leur étendue. Résolution du bail principal.

276. Les règles qui vont suivre consignées dans les articles 1714 à 1751, sont déclarées *communes* aux baux des maisons et des biens ruraux. Cela ne veut pas dire que toutes leurs applications peuvent, en fait, convenir aux biens ruraux et aux maisons. Ainsi il est manifeste que les précisions spéciales concernant les devoirs des concierges, l'éclairage des escaliers, etc., ne peuvent guère recevoir d'application qu'en ce qui concerne les baux des maisons. Cela n'empêche pas que ce sont des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, en ce sens qu'elles dérivent toutes d'une obligation générale concernant la jouissance due au preneur, et que si, par hypothèse, on pouvait concevoir

un bail rural comportant l'existence d'un concierge, etc., les mêmes règles seraient applicables.

En un mot, il ne faut pas confondre la formule abstraite d'une règle, avec son application distributive aux diverses espèces qui peuvent se produire, les unes seulement à l'occasion des biens ruraux, les autres seulement à l'occasion des maisons.

277. Les promesses réciproques de bail sont considérées comme équivalant au bail lui-même quand elles ne présentent aucune ambiguïté, ni aucune incertitude sur l'intention des parties ni sur les conventions qu'elles ont entendu réaliser (1).

Les promesses unilatérales sont surtout en usage. Quand des arrhes véritables et non un simple *denier à Dieu*, ont été données, c'est à la partie qui veut se dédire à prouver que les arrhes ont été convenues à titre de dédit (Voy. *suprà*, n° 33); sinon, les arrhes seront considérées comme un paiement (2). Quand il s'agit d'un simple *denier à Dieu*, somme modique ordinairement remise au concierge, et qui ne saurait être considérée comme le paiement d'un à-compte, il est d'usage, au moins à Paris, quand ce fait n'est pas contesté, que les parties peuvent se désister du contrat en retirant ou en rendant le *denier à Dieu* dans la journée du lendemain (3).

La preuve d'une promesse de louage ne peut être faite par témoins (4), quand même il serait allégué que des arrhes ont été données.

Le droit résultant d'un bail définitif étant reconnu cessible, à moins de clause contraire (art. 1717), il faut en dire autant de celui qui résulte d'une promesse de bail. On peut encore

(1) Cass. 12 nov. 1889, S. 90, 1, 485.
(2) Dijon, 15 janv. 1845, D. 45, 2, 109; LAURENT, t. XXV, n° 41; ARNTZ, t. III, n° 927; GUILLOUARD, t. I, n° 42.
(3) Trib. Seine, 25 juin 1875, S. 78, 1, 317.
(4) Justice de paix, Paris, 9 oct. 1891.

prévoir l'hypothèse inverse. Le propriétaire d'un immeuble qui a accepté la promesse faite par un tiers de devenir locataire à certaines conditions, peut céder le bénéfice de cette promesse à celui à qui il aurait transmis la propriété de ce même immeuble (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 178). Mais les créanciers ne sauraient accepter du chef de leur débiteur, une promesse de bail faite à ce dernier (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 91).

278. Quand les parties sont d'accord, le contrat de bail qui intervient entre elles n'est soumis, pour sa validité, à aucune forme particulière.

ART. 1714. On peut louer ou par écrit, ou verbalement (*).

Il en serait autrement si, par exception, il avait été stipulé qu'un écrit serait une condition de l'existence même du bail (1). Cela pourrait, par exemple, résulter d'une correspondance qui serait invoquée, non à titre d'*acte* mais à titre de preuve littérale de l'aveu de la partie qui nie soit l'existence du bail, soit son exécution (2).

279. Quand le bail a été fait sans écrit, c'est-à-dire verbalement, la loi, quant à la preuve, distingue suivant que l'exécution du bail a ou n'a pas commencé :

ART. 1715. Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. — Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail.

Cette dérogation au droit commun est encore une manifestation de cette tendance qui pousse les législateurs à vouloir protéger les citoyens contre eux-mêmes. « Cette innovation, disait Joubert, au Corps législatif, nous a paru *extrêmement sage;* surtout elle sera utile pour cette classe nombreuse qui

(*) Art. 1714. — L. 1, D. 19, 2, *Locati cond.*

(1) ARNTZ, t. IV, n° 1128; Trib. Verviers, 18 fév. 1880, *Pas.*, 81, 3, 226.

(2) Voy. LAURENT, t. XXV, n° 66.

ne peut louer que des objets d'une valeur modique : un procès est leur ruine; il faut tarir la source de ces procès en proscrivant, dans cette matière, la preuve testimoniale (1). »

Mais il eût été *juste*, et par conséquent plus *sage*, de laisser les personnes seules juges de ce qu'il leur convenait de faire (2) (Comp. *suprà*, n° 162 et t. VII, n° 279).

Quoi qu'il en soit, la prohibition de la preuve testimoniale, et par suite de la preuve par présomptions (3), dérive d'une certaine manière d'envisager la nature du bail, du désir d'empêcher les *procès* et non de la quotité de l'intérêt en litige. Il importe peu, dès lors, que l'offre de faire une telle preuve soit ou ne soit pas appuyée d'un commencement de preuve par écrit; elle doit être repoussée dans tous les cas (4), même quand il s'agit d'une sous-location (5), ou qu'on voudrait la restreindre à la dation d'arrhes convenues, ou à d'autres faits articulés pour établir un commencement d'exécution (6), car on arriverait ainsi à éluder complètement la prohibition de notre art. 1715 (7). Cette décision rigoureuse doit être appliquée même au cas d'une occupation des lieux reconnue par les parties. Cette occupation ne constituant par elle-même qu'un fait matériel, on ne saurait recourir à la

(1) LOCRÉ, t. VII, p. 211.

(2) Comp. LAURENT, t. XXV, n° 69; Voy. cep. le rapport de M. SAUZET, concluant au rejet d'une proposition faite à la Chambre de modifier l'art. 1715, *Rev. crit.*, 1896, p. 112.

(3) Cass. 17 janv. 1894, S. 94, 1, 136.

(4) Cass. 28 juin 1892, D. 92, 1, 407; DURANTON, t. XVII, n° 54; MARCADÉ, sur l'art. 1715, n° 2; MASSÉ et VERGÉ, t. IV, § 699, note 6; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1347, n° 38; GUILLOUARD, t. I, n° 79; Conf. Bruxelles, 28 nov. 1890, *Pas.*, 91, 2, 154; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 364, texte et note 18; DUVERGIER, t. I, n° 267; LAURENT, t. XXV, n° 75; ARNTZ, t. IV, n° 1129; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 664.

(5) Paris, 3 déc. 1892, S. 93, 2, 71.

(6) Cass. 25 août 1884, D. 85, 1, 172; Nancy, 4 mars 1893, D. 93, 2, 288.

(7) GUILLOUARD, t. I, n° 84; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 665.

preuve par témoins pour attribuer à ce fait le caractère d'un commencement d'exécution du bail (1).

La loi n'admet d'autre preuve que le serment déféré *à celui qui nie le bail*, dit le texte. Or il faut d'abord savoir si celui à qui le bail est opposé entend nier ce bail, car s'il ne persiste pas dans les dénégations qu'il a formulées dans ses premières conclusions, et s'il finit par avouer l'existence du bail, la délation du serment devient inutile. La faculté de déférer le serment à celui qui nie implique donc la possibilité de provoquer son aveu au moyen d'un interrogatoire sur faits et articles (2) (Comp. t. VIII, n° 361).

L'art. 1715 suppose que la partie qui affirme l'existence du bail veut déférer à l'adversaire le serment décisoire. Nous croyons qu'il est dans l'esprit de la loi que le juge puisse aussi déférer le serment supplétoire, dans les termes du droit commun (3).

Si les parties avaient fait ce qu'elles devaient faire pour obéir à la pensée de la loi; si elles avaient constaté par écrit l'existence du bail, et si, plus tard, cet écrit avait été perdu par l'effet d'un cas fortuit, imprévu, résultant d'une force majeure, la preuve des faits ayant amené la destruction de l'écrit paraissant être le bail allégué pourrait avoir lieu dans les termes du droit commun (art. 1348) (Voy. t. VIII, n° 300).

D'après la Cour de cassation, la prohibition de la preuve testimoniale constitue une règle générale en matière de bail, applicable par conséquent au bail à colonage partiaire dont le caractère n'est pas douteux (4). Mais il serait difficile de

(1) Arrêt Cass. précité du 17 janv. 1894.

(2) Cass. 26 janv. 1885, D. 85, 1, 234; DURANTON, t. XVII, n° 53; DUVERGIER, t. I, n° 257; AUBRY et RAU, § 364, texte et note 12; LAURENT, t. XXV, n° 72; ARNTZ, t. IV, n° 1129; GUILLOUARD, t. I, n° 77; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 664.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 664.

(4) Cass. 28 juin 1892, S. 92, 1, 417; Alger, 7 fév. 1895, D. 95, 2, 488.

l'étendre au cheptel qui ne paraît pas devoir être soustrait à l'application du droit commun (1).

L'art. 1715 concerne seulement la preuve de l'existence du bail. Par conséquent, la résiliation verbale d'un bail pourra, le cas échéant, être prouvée par témoins quand il y aura un commencement de preuve par écrit (2).

280. Si l'on suppose que le bail a déjà reçu un commencement d'exécution, reconnu par toutes les parties, l'existence même du bail ne peut plus être mise en discussion; mais on peut concevoir que les parties ne soient pas d'accord soit sur le prix du bail, soit sur d'autres points de la convention.

Dans le premier cas, c'est-à-dire

ART. 1716. Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.

Par conséquent, dans aucun cas, la preuve de l'importance du prix ne pourra être faite par témoins, quelque minime que soit l'intérêt en litige. Pourquoi? Toujours pour empêcher les procès, les enquêtes, etc. Donc l'offre d'une preuve testimoniale tendant à faire apparaître le véritable prix, devra être repoussée, quand même elle serait appuyée d'un commencement de preuve par écrit (3).

Le chiffre du prix ne pourra donc être prouvé que par la production des quittances, ou encore par un aveu ou un interrogatoire sur faits et articles.

A défaut de quittance, la loi décide fort arbitrairement que *le propriétaire en sera cru sur son serment!* Il s'agit du propriétaire en tant qu'ayant traité lui-même avec le preneur, il

(1) Agen, 7 juin 1894, D. 94, 2, 114; GUILLOUARD, t. II, n° 912.
(2) Cass. 4 janv. 1887, D. 87, 1, 447; Pau, 21 mars 1893, S. 93, 2, 168.
(3) Metz, 10 avr. 1856, S. 57, 2, 145; GUILLOUARD, t. I, n° 79; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 364; LAURENT, t. XXV, n° 79; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 665.

est en mesure d'affirmer un fait personnel; il ne saurait donc être question de ses héritiers (1).

Mais pourquoi la loi accorde-t-elle au bailleur une telle préférence? Il est impossible de le savoir. C'est probablement un vestige des vieux préjugés qui attribuaient une certaine supériorité à la qualité de propriétaire, sans remarquer que la même personne pouvait être propriétaire-locateur dans un lieu et locataire dans un autre.

Quoi qu'il en soit cette préférence est si peu justifiée que la loi donne au preneur le moyen d'empêcher la déclaration assermentée du bailleur, en demandant une expertise, dont il supportera les frais si l'estimation excède le prix par lui déclaré.

Si la discussion porte seulement sur la durée du bail, il serait peu logique d'admettre, pour la terminer, un genre de preuve que la loi a répudié lorsqu'il s'agit du prix de ce bail (2). Il y aura donc lieu d'appliquer par analogie les dispositions des art. 1736, 1738 et 1774 (3).

Mais pour les discussions portant sur d'autres conditions du bail, il n'y a pas de texte qui permette de déroger aux règles du droit commun, telles qu'elles résultent des articles 1341 et 1347 (4).

De même la preuve testimoniale serait admissible pour établir la violation par l'une des parties des clauses d'un bail reconnu. Ainsi la preuve d'une sous-location, consentie au mépris du bail qui l'interdit, peut être faite par témoins, car

(1) Comp. Cass. 13 mars 1867, S. 67, 1, 98; Trib. Charleroi, 13 février 1857, *B. J.*, 57, 1257.

(2) Metz, 10 avr. 1856, S. 57, 2, 145.

(3) Bordeaux, 23 janv. 1878, S. 78, 2, 137; GUILLOUARD, t. I, n°s 81, 82; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 665; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 364; LAURENT, t. XXV, n° 83; ARNTZ, t. IV, n° 1130; Nancy, 3 août 1871, S. 71, 2, 245.

(4) GUILLOUARD, t. I, n° 83 et les autorités citées.

le propriétaire n'a pu se procurer une preuve écrite de cette violation (1).

281. Le droit résultant du bail est transmissible. Est-il également cessible? Le preneur peut-il céder le rapport juridique résultant du bail, de manière à forcer le propriétaire à fournir au cessionnaire l'*usum rei locatæ ?*

Il semble qu'il ne puisse y avoir à cet égard aucune difficulté, en présence du texte suivant :

ART. 1717. Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. — Elle peut être interdite pour le tout ou partie. — Cette clause est toujours de rigueur.

La question est précisément de savoir en quel sens le mot *céder* a été employé dans la disposition qui précède. Cette expression peut signifier en effet : sous-louer la totalité de la chose louée, ou bien : vendre son droit au bail.

Pour pouvoir donner une chose à bail, il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire; il suffit d'être en état d'en procurer la jouissance à un tiers. Or, telle est précisément la situation du preneur vis-à-vis de la chose louée; il a la possibilité d'en procurer la jouissance à un autre pendant toute la durée de son bail. Il a donc pu réaliser avec un tiers le même genre de contrat que le bailleur avait conclu avec lui-même. Telle est l'origine de la *sous-location*, qui peut porter soit sur la totalité, soit sur une partie seulement de la chose louée.

En ce qui touche la *cession du bail* distincte de la *sous-location*, quand même l'art. 1717 n'existerait pas, il est certain que le locataire, en tant que créancier de la jouissance vis-à-vis du bailleur, pourrait toujours, aujourd'hui comme autrefois, céder cette créance à un tiers. Il ne saurait sur ce point exister aucun doute (2).

(1) Bruxelles, 9 mars 1853, *Pas.*, 53, 2, 220.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 243; Comp. GUILLOUARD, *Du louage*, t. I, n° 306; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n°s 204 et suiv.; *Adde*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 692.

Voici donc quel a été le véritable but de l'art. 1717 :

Le bail semblait impliquer pour le preneur l'obligation d'habiter personnellement la maison ou la ferme, à raison du devoir de surveillance dont il ne paraissait pas pouvoir se décharger sur un tiers. Quelques doutes s'étaient donc produits sur le point de savoir s'il pouvait sous-louer la totalité de la chose, c'est-à-dire *céder son bail* pour employer l'expression alors usitée, ce qui lui permettrait de se substituer complètement un tiers dans la jouissance effective des locaux. La solution a été affirmative, et c'est ce qui explique la formule de l'art. 1717 uniquement destinée à traduire cette pensée, que le preneur peut sous-louer en tout ou en partie.

Cette interprétation de l'art. 1717 n'empêche pas le preneur de faire une cession véritable de son droit au bail, c'est-à-dire d'agir comme vendeur de son droit de créance et non comme locateur en sous-ordre des locaux formant l'objet de son contrat primitif. Donc, l'opinion émise par M. Laurent que si le preneur a déclaré « *céder son droit à un autre* », la convention pourra être interprétée comme constituant une *sous-location* et non une *cession de bail*, n'est pas aussi singulière qu'elle le paraît tout d'abord (1).

282. Le preneur peut donc céder son bail, c'est-à-dire vendre le droit de créance qui lui appartient ayant pour objet la jouissance de la chose louée. Mais quand il agit ainsi, transporte-t-il sur la tête du cessionnaire le rapport juridique dans son ensemble activement et passivement? Ce que nous avons déjà dit démontre la radicale impossibilité d'obtenir un pareil résultat. La cession d'un bail à un tiers ne saurait rendre le preneur primitif étranger à la suite de ce bail, mais le laisse au contraire vis-à-vis du propriétaire dans les mêmes obligations et aussi dans les mêmes droits (2). Sur ce

(1) LAURENT, t. XXV, n°s 187 et suiv.; GUILLOUARD, *loc. cit.*, t. I, n° 319.

(2) Trib. civ. Troyes, 26 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 386.

point néanmoins la majorité des auteurs et même la jurisprudence ont été amenés à consacrer une opinion différente. Une solution aussi contraire aux principes est due, en partie, à ce que la question a été posée et examinée sous un autre aspect, sans distinction entre le bailleur originaire, le sous-locataire et le cessionnaire. Voici comment elle a été formulée : « Existe-t-il entre le bailleur et le sous-locataire ou le cessionnaire une action *directe* réciproque permettant à chacun de contraindre l'autre à l'exécution des obligations qui naissent du contrat de louage, en laissant de côté le locataire principal ou le cédant? ou n'ont-ils de part et d'autre que les actions qui appartiennent au preneur originaire, soit contre le locataire, soit contre le sous-locataire ou le cessionnaire, actions qu'ils n'exerceraient que comme créanciers et en vertu de l'art. 1166 (1)? »

L'argumentation produite ensuite par M. Guillouard, ne contient, il faut le remarquer, absolument aucune raison ou motif quelconque; c'est une affirmation pure et simple, reproduite sous plusieurs formes, de cette idée, que *le droit au bail est transmis au cessionnaire activement et passivement.* Mais c'est précisément cette idée dont il faudrait démontrer l'exactitude. Or, il n'existe dans notre droit français, et il ne peut exister aucun cas dans lequel un ensemble de droits, mélangés d'obligations, puisse, par l'effet d'un acte entre-vifs, passer en bloc, c'est-à-dire activement et passivement d'une tête sur une autre. — Pourquoi? Par la raison unique, mais suffisante, qu'on ne peut pas céder ses dettes, ni par conséquent devenir titulaire d'une créance par l'effet d'un acte auquel on a été étranger (Voy. *suprà*, n° 207).

Le cessionnaire pourra donc invoquer une action directe

(1) GUILLOUARD, t. I, n^os^ 337-340. Il ne faut pas confondre l'action *directe* dont il s'agit ici, avec l'action *directe* du droit romain opposée à l'action *utile*.

contre le bailleur, parce qu'il a acheté cette action, mais le bailleur, demeuré étranger à la cession, et qui n'a rien acheté ne pourra faire valoir que l'action oblique de l'art. 1166. Ce point est quelquefois méconnu par les arrêts (1).

De même, ce n'est pas son droit propre que le sous-locataire exerce contre le bailleur, mais celui du sous-bailleur du chef de qui il agira (2).

283. Aussi la jurisprudence semble avoir une tendance à donner pour base à l'action directe qu'on prétend faire résulter, au profit du bailleur, de l'art. 1753, plus loin expliqué, le fait de l'occupation des locaux par le cessionnaire ou le sous-locataire. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que le cessionnaire d'un bail n'est soumis vis-à-vis du propriétaire aux obligations dérivant de cette qualité, qu'à raison de sa possession et pendant sa durée. En conséquence, s'il cède lui-même son bail à un sous-cessionnaire, le propriétaire ne peut recourir contre lui pour le paiement des loyers dus par ce dernier; il peut seulement exercer son action tant contre le preneur originaire que contre le sous-cessionnaire qui occupe actuellement les lieux (3); mais il n'a pas d'action directe contre le locataire intermédiaire qui a quitté les lieux; il a seulement contre lui l'action indirecte du chef du locataire cédant (4). De même on admet dans la pratique que, si le preneur a cédé son bail, le congé, quoique pouvant toujours lui être valablement signifié, pourrait aussi, facultativement, être signifié au cessionnaire trouvé en possession des lieux (5).

(1) Ex. Toulouse, 9 fév. 1888, S. 88, 2, 101.

(2) LAURENT, t. XXV, n° 211; ARNTZ, 2, IV, n° 1155; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 693.

(3) Cass. 19 juin 1876, S. 76, 1, 465; Lyon, 30 juin 1887, S. 89, 1, 180; Comp. Cass. 8 nov. 1882, S. 84, 1, 333; Cass. 13 janv. 1892, S. 92, 1, 89.

(4) Paris, 11 fév. 1879, S. 79, 2, 82.

(5) BIOCHE, *Dict.*, v° *Congé*, n° 33.

Tout cela est difficilement justifiable : « Si le propriétaire est créancier du sous-locataire parce que celui-ci a occupé la chose du premier, pourquoi, demande avec raison M. Labbé, ne peut-il rien exiger de celui à qui le locataire avait cédé gratuitement la jouissance de la chose (1)? » — « Remarquons avec soin, dit le même auteur, dans une note sur un arrêt de la Cour de Paris, que le bailleur n'a pas d'action contre le cessionnaire ou sous-locataire qui occupe les lieux à raison du fait de l'occupation, car si le sous-locataire s'est libéré de bonne foi, même par anticipation en vertu d'une clause expresse de la sous-location, ou si celui qui occupe a obtenu cet avantage gratuitement, le bailleur ne peut rien exiger de lui personnellement (2). » (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, nos 206 et 207).

284. Au point de vue pratique, les principales différences entre la cession de bail et la sous-location consistent en ce que la cession doit être notifiée au bailleur originaire considéré comme débiteur pour être opposable aux tiers et en ce que la sous-location fait naître au profit du sous-bailleur un privilège qui n'existe pas au profit du cédant (arg. art. 2102 1°). Les auteurs signalent encore d'autres différences (3), mais qui sont contestables ou sans importance. (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, nos 209 à 214). Vis-à-vis du bailleur originaire ces différences n'existent pas, puisque à son égard la situation de son preneur n'est jamais changée. Ainsi le preneur est toujours responsable vis-à-vis du bailleur des suites d'un incendie ayant détérioré ou détruit l'immeuble loué, que l'incendie soit imputable à un sous-locataire, ou qu'il ait été causé par un cessionnaire du droit au bail (4).

(1) *Rev. crit.*, 1876, p. 574.
(2) Note sur un arrêt de la Cour de Paris, 29 fév. 1876, S. 76, 2, 329.
(3) Voy. GUILLOUARD, t. I, nos 314 à 318; Comp. AUBRY et RAU, t. IV, p. 193; LAURENT, t. XXV, nos 134, 197.
(4) Riom, 11 août 1891, D. 92, 2, 175.

Entre les parties, il faut, pour en apprécier la portée, entrer dans le domaine des faits.

Sous l'influence de conditions économiques nouvelles, la pratique de la cession d'un droit au bail a pris une rapide extension dans les centres commerciaux. Voici dans quelles circonstances :

Un commerçant a établi son industrie dans un immeuble loué pour une période plus ou moins longue. Le local, par sa situation favorable, a contribué au développement de l'industrie; l'industrie, à son tour, a augmenté la valeur locative de l'immeuble, de telle sorte que ces deux éléments de prospérité se fournissent parallèlement un mutuel appui. Dans ces conditions, le commerçant cherche à s'assurer, par un bail à long terme, la plus longue jouissance possible du local. Quand il se retire des affaires, il vend son fonds avec son droit au bail, c'est-à-dire qu'il cède son droit au bail. Dans ce cas, il est tout naturel d'appliquer à l'opération les règles de la cession, c'est-à-dire de la vente, et non celles de la sous-location. Il importe peu que le prix de la cession du droit au bail se confonde ou non dans le prix total; une ventilation, si cela est nécessaire, le fera facilement apparaître. A d'autres points de vue encore il pourra exister un intérêt à constater qu'il y a eu véritablement cession et non sous-location.

Ainsi, la cession d'un bail implique, en général, chez le cédant, l'intention de *se retirer*, de devenir désormais étranger au bail dans la plus large mesure possible, de se désintéresser en un mot de tout ce qui touche à l'exploitation des locaux. — Il n'en est pas de même dans la sous-location; le preneur originaire, devenu bailleur, doit prendre à l'exécution du bail et au succès de l'exploitation un intérêt qui peut motiver et expliquer dans une certaine mesure des actes d'intervention personnelle.

Par conséquent, si le directeur d'une entreprise commerciale s'est réservé vis-à-vis de ses employés, le droit de

rompre leurs engagements en cas de cession de son bail, il ne serait pas dégagé par une sous-location. C'est ce qui a été décidé par un jugement du tribunal de commerce de la Seine (1).

Il y aurait encore intérêt à distinguer entre la cession et la sous-location, dans le cas où un associé aurait promis l'apport *d'un droit au bail*. Il ne se libérerait pas en offrant une sous-location, car il pourrait ne pas convenir à la société de l'avoir pour bailleur.

285. Le preneur qui use de la faculté de céder son droit ou de sous-louer, ne peut changer la destination de la chose louée, par exemple en sous-louant en vue de l'exploitation d'un hôtel, partie d'une maison qui a toujours été habitée bourgeoisement (2).

Le bailleur peut du reste interdire au preneur, par une clause certaine, soit la faculté de céder, soit la faculté de sous-louer, soit les deux opérations. Cette clause devra toujours s'interpréter restrictivement; ainsi l'interdiction de céder n'empêcherait pas le locataire de consentir, même sans l'agrément du bailleur, une sous-location partielle (3). Mais l'interdiction absolue de sous-louer emporterait prohibition de céder le bail. Les juges pourront d'ailleurs rechercher quelle a été l'intention des parties.

Ainsi la défense faite au preneur de céder ou sous-louer, en tout ou en partie n'a nullement pour effet de rendre nulle ou inefficace la clause du contrat de mariage du preneur portant que tout bail en cours, lors de la dissolution de la communauté, sera continué par le conjoint survivant (4).

La clause prohibitive ne pourrait être opposée aux créanciers du preneur qui, dans le cas prévu par l'art. 2102, et

(1) 17 avril 1883, *La Loi*, 83, p. 468.
(2) Bastia, 4 mai 1892, D. 92, 2, 446.
(3) Paris, 18 mars 1892, D. 92, 2, 521.
(4) Gand, 1er mai 1880, *Pas.*, 80, 2, 241.

l'art. 650 (nouveau), C. com., entendent user du droit que la loi leur reconnaît de relouer l'immeuble loué (1).

La défense faite au locataire de céder ou de sous-louer sous peine de résiliation, constitue la clause résolutoire expresse régie par l'art. 1184. Elle ne permet pas au juge d'accorder au locataire un délai pour faire cesser l'infraction, mais seulement un délai pour déguerpir (2).

Si la résolution de plein droit n'a pas été formellement stipulée pour le cas d'infraction à la prohibition, le juge appréciera d'après les circonstances (3).

Dans le cas où la faculté de sous-louer a été réservée au preneur sous la condition de faire agréer le sous-locataire par le bailleur, le consentement tacite de celui-ci suffit, et peut résulter des circonstances (4) et à plus forte raison d'un aveu obtenu dans un interrogatoire sur faits et articles (5).

Dans le même cas, les juges du fond peuvent décider souverainement, par appréciation de la clause dont il s'agit, que le bailleur a voulu se réserver exclusivement et sans recours possible à la justice, le droit d'agréer la personne proposée comme sous-locataire par le preneur (6). Quelques arrêts n'admettent cette solution que pour le cas où la clause porte que « le preneur ne pourra pas céder son bail sans le consentement du propriétaire (7) ».

La résolution du bail principal doit naturellement entraî-

(1) LAURENT, t. XXV, n° 225; ARNTZ, t. IV, n° 1152; GUILLOUARD, t. I, n° 329.

(2) Bruxelles, 11 juill. 1872, *Pas.*, 73, 2, 151.

(3) Liège, 14 août 1872, *Pas.*, 73, 2, 41; Voy. LAURENT, t. XXV, n° 229; DUVERGIER, t. I, n° 270; AUBRY et RAU, § 368; GUILLOUARD, t. I, n° 332.

(4) Chambéry, 1er juin 1887, D. 88, 2, 38.

(5) Trib. Anvers, 2 juin 1877, *Pas.*, 79, 3, 233.

(6) Cass. 7 fév. 1888, D. 88, 1, 164.

(7) Grenoble, 24 mai 1881, S, 81, 2, 184; Paris, 6 janv. 1880, S. 80, 2, 196.

ner la résolution des sous-locations, et cela sans indemnité pour le sous-locataire (1). Par conséquent si le locataire principal ne paie pas son loyer, alors que le sous-locataire paie le sien, le propriétaire peut demander la résiliation contre le sous-locataire principal (2).

§ 2. — Règles de capacité.

286. — Capacité nécessaire pour le contrat de bail, art. 1718.
287. — Du bail de la chose d'autrui; bail fait par un usufruitier, ou par la partie saisie.

286. Le consentement des parties portant sur une location ou une sous-location, implique chez celles-ci la capacité requise pour administrer soit en donnant une chose à bail, soit en la prenant à ce titre. On part de cette idée que le contrat de louage n'est, en lui-même, qu'un acte d'administration de la part du bailleur et de la part du preneur lorsqu'il n'excède pas neuf années, solution qui résulte des articles 1429, 1430 et 1673.

Or,

ART. 1718. Les articles du titre *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs.

Le mineur émancipé pourra également passer des baux dont la durée n'excèdera pas neuf ans (art. 481).

Même solution pour le prodigue et le faible d'esprit qui ne seront pas assistés de leur conseil.

Les baux de plus de neuf ans consentis par ceux qui n'ont pas le pouvoir d'administrer, ne sont pas nuls, mais seulement réductibles.

Tout cela suppose que le bailleur était propriétaire incom-

(1) AUBRY et RAU, § 368; ARNTZ, t. IV, n° 1154; GUILLOUARD, t. I, 345; Cass. 21 juill. 1873, S. 73, 1, 454; Trib. Lyon, 15 juin 1881, *France jud.*, 81-82, p. 122.
(2) Bruxelles, 11 janv. 1865, *Pas.*, 66, 2, 247.

mutable. Le bail consenti par un propriétaire sous condition résolutoire devra cesser de courir après l'accomplissement de la condition (Voy. *suprà*, n° 172) (1).

287. Il faut encore décider que le bail de la chose d'autrui fait par quelqu'un qui n'a aucun droit de jouissance sur la chose et qui n'est pas chargé de l'administrer est nul. Tel est le bail consenti par l'héritier apparent, par le possesseur de bonne ou de mauvaise foi (Voy. t. V, n^os^ 270 à 276).

Le contraire a été soutenu par le motif que l'héritier apparent et le possesseur de bonne foi sont les administrateurs *nécessaires* de la chose qu'ils détiennent, et que le maintien des baux faits par eux s'impose comme une *nécessité sociale* (2). Singulière façon d'envisager la propriété individuelle! C'est d'ailleurs au législateur et non à l'interprète qu'il appartient de déclarer quand il y a *nécessité sociale*, et de décider ce qu'exige cette nécessité.

L'usufruitier lui-même, parce qu'il n'est pas propriétaire et ne représente pas le propriétaire, ne pourrait pas faire des baux ayant une durée plus longue que son usufruit (3); il a fallu une disposition formelle, d'ailleurs médiocrement justifiée, pour qu'un bail d'immeubles passé par l'usufruitier, pût être opposé au nu-propriétaire pour une période quelconque postérieure à la cessation de l'usufruit, et on n'a jamais songé à étendre cette solution aux locations d'objets mobiliers (Voy. t. IV, n^os^ 205 et 206).

Enfin, l'art. 634, C. proc. civ., permet aux juges d'annuler, sur la demande des créanciers ou de l'adjudicataire, les baux faits par la partie saisie qui n'auront pas acquis date certaine

(1) Paris, 9 déc. 1864, S. 65, 2, 42; LAURENT, t. XXV, n° 46; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 364; DUVERGIER, *Louage*, t. I, n^os^ 83 et suiv.; GUILLOUARD, t. I, n° 50.

(2) DEMOLOMBE, t. II, n° 237; GUILLOUARD, t. I, n° 56; *Contrà*, DURANTON, t. XVII, n° 135; LAURENT, t. XXV, n^os^ 56 et suiv.

(3) POTHIER, *Louage*, n^os^ 312 et 315.

avant le commandement tendant à saisie immobilière. La fraude est présumée du moment qu'il y a préjudice. Une Cour a décidé, assez arbitrairement, que les juges, au lieu d'annuler le bail, peuvent se borner à en réduire la durée (1).

§ 3. — Obligations du bailleur.

288. — Règle générale, art. 1715. Jouissance que doit procurer le bailleur quant à la chose et ses accessoires; devoirs du concierge dont le bailleur doit répondre.
289. — Étendue de la jouissance due au preneur, notamment quant à la vue.
290. — Quand et comment doit se faire la délivrance de la chose; obligations du bailleur quant au bon état de la chose louée, art. 1720.
291. — De l'action en délivrance.
292. — Obligations du bailleur quant aux réparations nécessaires en cours du bail; sanction.
293. — Garantie du bailleur quant aux vices de la chose, art. 1721;
294. — Quant aux cas fortuits, art. 1722;
295. — Quant aux actes de l'autorité administrative. Cas d'expropriation totale ou partielle pour cause d'utilité publique.
296. — Suite. Baux n'ayant pas date certaine. Clause de non réclamation par le preneur.
297. — Le bailleur ne peut changer la forme de la chose louée, art. 1723; ni y établir une industrie immorale ou dangereuse.
298. — *Quid* d'une industrie simplement incommode;
299. — Ou semblable à celle pour laquelle une partie de l'immeuble est déjà louée?
300. — De l'interdiction conventionnelle d'établir une telle industrie.
301. — Quand le bailleur peut-il afficher un placard *à louer?*
302. — Des réparations urgentes; le preneur n'est pas tenu de les supporter quelle que soit leur durée, art. 1724.
303. — Démolition par un voisin d'un mur mitoyen.
304. — Voies de fait commises par des tiers, art. 1725;
305. — Ou résultant d'un acte de l'autorité administrative.
306. — Des troubles de droit, art. 1726 et 1727.

288. Le contrat de louage étant synallagmatique entraîne

(1) Douai, 12 fév. 1883, S. 85, 2, 80; Voy. PLANIOL, *Rev. crit.*, 1886, *Exam. doctr.*, p. 618.

à la charge des parties des obligations réciproques. Mais les obligations du preneur n'étant qu'une conséquence de l'exécution des obligations du bailleur, c'est à ce dernier qu'il appartient de commencer l'exécution de la convention.

ART. 1719. Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, — 1° De délivrer au preneur la chose louée; — 2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée; — 3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail (*).

C'est cette dernière obligation qui contient en réalité les deux autres comme moyens nécessaires.

La jouissance qui doit être procurée au preneur est personnelle et exclusive. Elle a d'abord pour objet immédiat la chose louée et ses accessoires. De plus elle emporte pour le preneur le droit de se prévaloir de l'origine des produits par lui récoltés et qui lui appartiennent. Ainsi le fermier d'un vignoble portant une certaine dénomination a le droit de vendre sa récolte sous la dénomination servant à désigner ce vignoble, mais il ne pourrait la vendre sous la dénomination d'un vignoble voisin appartenant au même bailleur et non compris dans son bail (1).

Parmi les éléments de la jouissance paisible que le bailleur, d'une manière générale, doit procurer au preneur, se trouvent, dans le cas spécial de la location d'une maison, les devoirs des concierges envers les locataires.

Ces devoirs consistent notamment dans la politesse envers les locataires et leurs familles; dans les renseignements à donner aux personnes étrangères qui ont à parler à un locataire; dans la remise ponctuelle des papiers, lettres et autres objets adressés au locataire ou aux personnes de sa famille. Ce dernier, en conséquence, est en droit de demander la résiliation du bail, même avec dommages, le cas échéant, à

(*) Art. 1719. — L. 13 § 1; LL. 25, 30, 35, 60 § 1, D. 19, 2, *Loc. cond.*; L. 15 § 18; LL. 9, 8, 24, *eod. tit.*

(1) Cass. 21 juill. 1890, S. 91, 1, 99.

raison soit de la grossièreté du concierge, soit des renseignements inexacts par lui donnés aux facteurs des postes et télégraphes (1), soit du refus d'ouvrir la porte d'entrée à toute heure de jour et de nuit (2).

En ce qui touche spécialement la remise des lettres, il est d'usage à Paris, dans les maisons d'habitation, sauf convention contraire, que les lettres soient montées chez les destinataires, après chaque distribution de la poste, si telle est l'habitude dans la maison, ou tout au moins après la première distribution du matin, et la dernière du soir (3).

Dans tous les cas le propriétaire est civilement responsable vis-à-vis du locataire des actes du concierge, son préposé, quand ces actes ont porté atteinte à la jouissance paisible due au locataire, et ce dernier est en droit d'exiger le renvoi du concierge (4). Il n'y aura pas lieu cependant, de prononcer, en sus de la condamnation à des dommages, la résiliation du bail, si le bailleur offre de congédier son concierge (5).

Il est encore d'usage à Paris que lorsqu'un bail ne contient aucune clause relative à l'heure à laquelle le gaz éclairant l'escalier pourra être éteint, le bailleur remplit les obligations dont il est tenu envers son locataire en laissant l'escalier éclairé jusqu'à onze heures du soir (6).

L'escalier, du reste, fait partie, comme accessoire, de la chose louée, ainsi que le vestibule, la cour, les caves, greniers, etc. Le preneur doit en avoir la jouissance. Ainsi le bailleur, sauf convention contraire, ne pourrait s'opposer à l'entrée dans la cour de la maison, même après minuit, des voi-

(1) Lyon, 21 déc. 1887, S. 89, 2, 31.
(2) Trib. Seine, 2 fév. 1889, S. 89, 2, 71.
(3) Just. paix, Paris, 27 janv. 1888, S. 88, 2, 70.
(4) Paris, 20 juill. 1889, S. 90, 2, 159.
(5) Décision précitée du trib. de la Seine, du 2 fév. 1889.
(6) Trib. Seine, 29 avr. 1895, D. 95, 2, 216.

tures amenant des invités chez le locataire de l'un des étages de la maison (1).

Les constructions que le bailleur a pris l'engagement d'élever sur le terrain loué, sont aussi des accessoires de la chose. Si le propriétaire néglige de les édifier, il ne doit pas être considéré comme ayant simplement contrevenu à une obligation de faire, mais comme ayant manqué d'exécuter une obligation dérivant du contrat de bail; il doit donc subir une diminution proportionnelle dans le prix du loyer, sans que le preneur ait à justifier d'une mise en demeure préalable (2).

289. La jouissance du locataire d'un appartement peut s'étendre à la partie de la façade correspondant à l'appartement loué. S'il est établi que toute cette partie de la façade est comprise dans la location, il peut être interdit aux autres locataires ou au propriétaire de peindre ou de placer des enseignes sur cette partie du mur.

Il en sera autrement si le bailleur s'est seulement engagé à livrer au preneur un certain espace sur le mur de la maison pour y placer une enseigne.

Il faudra présumer qu'il en a été ainsi, en l'absence de toute clause sur ce point, si le preneur a pris dans l'acte la qualité de commerçant.

De même, si l'appartement pris en location pour y établir un commerce est situé dans un bâtiment de derrière, au fond d'une cour, il faut présumer, dans le silence du bail, que le locataire s'est réservé le droit d'annoncer sa profession au public par une enseigne ou un écriteau placé à la façade extérieure de la rue (3). Cette faculté constitue un accessoire de la location.

(1) LAURENT, t. XXV, n° 104; GUILLOUARD, t. I, n° 88.
(2) Cass. 5 mars 1894, D. 94, 1, 509.
(3) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1719, n° 26.

Du reste, en cette matière, la stricte nécessité résultant des besoins du locataire et de son ménage détermine ce qu'il faut considérer comme accessoire et quelle est l'étendue du droit de jouissance (1). Ainsi, par exemple, l'existence d'une marquise au devant des magasins, n'est point une condition nécessaire de l'exercice du commerce auquel ces magasins sont destinés (2). Le locataire ne saurait donc en exiger l'établissement de la part du propriétaire.

D'un autre côté, les locataires des étages supérieurs ont droit à la vue et au prospect. Par conséquent il y aurait lieu d'ordonner, sur leur demande, la suppression d'une marquise établie par le locataire du rez-de-chaussée, au devant de ses magasins, et qui, par ses dimensions, diminuerait la jouissance de la vue sur le trottoir et la chaussée (3).

290. La délivrance de la chose louée et de ses accessoires doit être faite par le bailleur et à ses frais à l'époque convenue, et, s'il s'agit d'un meuble, au lieu où se trouve la chose louée. Les frais d'enlèvement sont à la charge du preneur.

C'est donc au bailleur à faire disparaître lui-même tout obstacle qui pourrait empêcher la mise en possession du preneur (4). Mais il peut s'exonérer de cette obligation au moyen d'une clause spéciale insérée dans le bail. La convention par laquelle le bailleur laisse à la charge du preneur qui l'accepte, le soin de prendre possession des biens loués, à ses risques et périls, et sans aucun recours contre lui pour quelque cause que ce soit, est parfaitement valable (5). Le preneur pourra notamment, comme nous l'avons déjà vu, être chargé de procéder, au nom du bailleur, à l'expulsion

(1) Trib. Namur, 22 nov. 1876, *Pas.*, 77, 3, 133.
(2) Paris, 11 juill. 1889, S. 91, 2, 135.
(3) *Ibid.*
(4) DUVERGIER, t. I, n° 277; AUBRY et RAU, § 366, note 2; LAURENT, t. XXV, n° 105; GUILLOUARD, t. I, n° 89.
(5) Cass. 26 avr. 1895, D. 95, 1, 367.

d'un individu occupant les lieux. Mais s'il subit, dans ces circonstances, un retard dans l'entrée en jouissance des locaux, il ne sera tenu de payer le loyer qu'à compter du jour où cette jouissance est devenue effective (1).

Le preneur doit recevoir la chose dans des conditions telles qu'il lui soit possible d'en jouir selon sa destination.

Par conséquent,

ART. 1720. Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce. — Il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives (*).

Quelquefois la délivrance et la prise de possession sont concomitantes avec le bail lui-même qui les constate. Dans ce cas, le locataire qui a accepté la chose louée « telle qu'elle était et se comportait au moment du bail », ou qui a déclaré « l'avoir vue et visitée », est censé l'avoir reçue en bon état de réparations de toute espèce (2).

Au contraire si la délivrance doit avoir lieu à une époque postérieure à la signature du bail, la clause de style suivant laquelle le preneur a déclaré, au moment de passer le bail, « qu'il a vu et visité les lieux loués et qu'il les connaît bien », ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse exiger que les lieux lui soient délivrés en bon état de réparations de toute sorte (3).

Mais si le preneur qui a connu l'état des lieux en prend possession et ne réclame pas sans retard les réparations qui y sont nécessaires, il sera considéré comme ayant accepté l'état de choses dont il se plaint (4).

Il peut d'ailleurs être convenu que la chose sera délivrée

(*) Art. 1720. — L. 19 § 2; L. 55 § 1; L. 61, D. 19, 2, *Loc. cond.*
(1) Paris, 6 juill. 1893, S. 94, 2, 147.
(2) Trib. Bruxelles, 25 fév. 1876, *Pas.*, 76, 3, 165.
(3) Rennes, 17 juill. 1893, D. 94, 2, 214.
(4) Cass. 27 janv. 1858, S. 58, 1, 728; Comp. DUVERGIER, t. I, n° 278; LAURENT, t. XXV, n° 108; GUILLOUARD, t. I, n° 94; Caen, 30 août 1862, *Rec. de Caen*, 63, p. 58.

et ensuite occupée dans l'état où elle est sans que le bailleur soit tenu d'y faire aucune réparation, ou des réparations d'une certaine catégorie. Les clauses de ce genre ne doivent pas recevoir d'application aux cas où l'immeuble est devenu inhabitable ou a été détruit en partie par vétusté (1).

291. Faute par le vendeur d'effectuer dans les conditions où il la doit, la délivrance de la chose louée, le preneur peut se faire autoriser par justice à s'en mettre en possession (2). Il peut, s'il le préfère, demander la résiliation, et obtenir dans tous les cas des dommages-intérêts suivant les distinctions des art. 1150 et 1151.

Il a également l'action en délivrance contre le tiers acquéreur de la chose louée qui l'a achetée depuis l'enregistrement du bail qui, par ce fait, a date certaine.

La question cependant est controversée, à cause des termes de l'art. 1743, employant le mot *expulser*, ce qui supposerait que le bail est déjà exécuté, et que le preneur est entré en jouissance (3).

La raison de décider paraît devoir être trouvée dans cette précision que le but de l'art. 1743 est, comme nous le verrons plus loin, de rendre le bail opposable à l'acquéreur, et d'empêcher que la vente ne rompe les baux (4).

292. Il ne suffit pas que le bailleur ait livré la chose en bon état. Il doit encore l'entretenir de manière à ce qu'elle puisse servir à l'usage pour lequel elle a été louée. Il devra donc, suivant le second paragraphe de notre art. 1720, *faire pendant la durée du bail toutes les réparations qui peuvent*

(1) Lyon, 4 janv. 1894, D. 95, 2, 183.

(2) *Rapp. au Tribunat*, FENET, t. XIV, p. 324.

(3) BUGNET sur POTHIER, *Du louage*, n° 62, note 1; DUVERGIER, t. I, n° 281; DURANTON, t. XVII, n° 139.

(4) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 185 *bis* V; MARINIER, *Rev. prat.*, 1859, VIII, p. 529; AUBRY et RAU, § 369; MOURLON, t. III, p. 304 et la note; GUILLOUARD, t. I, n° 99.

devenir nécessaires, autres que les locatives. Il faut remarquer qu'il s'agit seulement de *réparations* et non de *reconstructions*. En cas de difficulté les juges apprécieront. Le droit du locataire d'exiger du bailleur l'exécution de grosses réparations, ne peut aller au delà du maintien de l'immeuble loué dans l'état où il se trouvait au moment de la location et en tenant compte de la destination. Le locataire ne peut réclamer les grosses réparations qu'exigerait le soin de la conservation de la chose, ce point n'intéressant que le propriétaire (1).

Si le bailleur ne fait pas à l'immeuble loué les réparations nécessaires, nous croyons qu'il est en faute, même en l'absence de toute sommation, *pourvu que la nécessité lui en ait été signalée*. Les dommages-intérêts, dit-on, seront alors dus de plein droit, sans mise en demeure préalable, et le preneur pourrait même demander, le cas échéant, la résiliation du bail (2). La Cour de cassation décide cependant que les dommages-intérêts ne sont dûs qu'autant que le bailleur a été mis en demeure, soit par une sommation, *soit par un acte équivalent*, et que le bailleur est seulement tenu de réparer le dommage postérieur à la mise en demeure. Dans l'espèce il s'agissait de dommages causés à des fourrages avariés par la pluie à défaut de réparations faites en temps utile à la toiture (3). Nous croyons que cette divergence est plus apparente que réelle, et qu'il faut seulement s'entendre sur le caractère de l'acte opérant mise en demeure. Une sommation n'est pas nécessaire, mais il est indispensable que le bailleur soit prévenu de la nécessité de faire certaines réparations. Or il est admis qu'une lettre missive peut, d'après ses termes, constituer une interpellation suffisante (Voy. t. VII, n° 117). Par conséquent, dans le cas précité, le bailleur aurait dû, tout

(1) Trib. Bruxelles, 11 sept. 1858, *B. J.*, 59, 346.
(2) Pau, 17 mai 1865, S. 65, 2, 199; GUILLOUARD, t. I, n° 108; *Contrà*, trib. Bruxelles, 19 juill. 1853, *B. J.*, 53, 1575.
(3) Cass. 11 janv. 1892, S. 92, 1, 117.

au moins par lettre, exiger les réparations réclamées par l'état de la toiture; tant pis pour lui si, ne l'ayant pas fait, de fortes pluies survenant postérieurement détériorent ses fourrages.

Si le bailleur averti ne fait pas les réparations qui sont à sa charge, le preneur pourra être autorisé par justice à les faire exécuter aux frais du bailleur, en retenant sur les loyers à échoir le montant de la dépense qu'il sera obligé d'avancer, même dans le cas où il aurait obtenu en référé la nomination d'experts chargés de faire immédiatement procéder, *à la charge de qui il appartiendra,* aux travaux jugés indispensables. Cependant en cas d'extrême urgence, et si le bailleur n'était pas sur les lieux, le preneur pourrait sans autorisation faire exécuter les réparations nécessaires (1).

293. Le locataire peut prendre l'engagement de faire exécuter lui-même et à ses frais toutes les réparations que pourrait réclamer l'immeuble loué pendant la durée du bail, sans distinction entre les réparations locatives et les autres (2).

Une telle obligation ne saurait d'ailleurs s'étendre aux réparations rendues nécessaires par un vice caché, par exemple un défaut de construction non apparent, empêchant l'usage normal de la chose louée (3).

En effet :

ART. 1721. Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail. — S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser (*).

Pothier à qui ce texte a été emprunté, avait écrit : qui en empêchent *entièrement* l'usage. La suppression du mot *entièrement* a fait naître une controverse qui n'est pas de nature

(*) Art. 1721. — L. 19 § 1; L. 60 § 7, D. 19, 2, *Loc. cond.*
(1) LAURENT, t. XXV, n° 112; Comp. GUILLOUARD, t. I, n° 108.
(2) Cass. 14 janv. 1895, D. 95, 1, 341.
(3) Liège, 19 mars 1864, *Pas.*, 64, 2, 272.

à embarrasser beaucoup les tribunaux. Cette suppression, d'après les uns, signifie que le bailleur est garant même des vices qui, sans empêcher absolument l'usage de la chose, constituent cependant une grave incommodité (1). Il faut au contraire, d'après les autres, que l'usage soit réellement empêché, c'est-à-dire rendu impossible (2). La jurisprudence met facilement les deux opinions d'accord en déclarant qu'il peut résulter de certains vices une incommodité équivalente à l'impossibilité de jouir des lieux loués. C'est ce qui a été dit pour la présence de punaises dont l'introduction n'est pas imputable au preneur (3), pour la fumée, même s'échappant de cheminées voisines (4).

Il faut cependant observer qu'il peut y avoir des vices de construction dont l'existence, quoique constatée, ne produit aucune conséquence quant à la jouissance de la chose. La responsabilité du bailleur ne sera engagée que par les vices ayant réellement empêché ou diminué l'usage de la chose (5). Nous croyons d'ailleurs que la garantie n'est pas due pour les défauts apparents de la chose louée. La circonstance que, malgré l'apparence, le preneur a pu ignorer l'existence du vice, ne suffit pas pour justifier une solution opposée (6).

La bonne foi du bailleur est indifférente, car l'art. 1721 ne fait, avec raison d'ailleurs, aucune distinction entre le bailleur de bonne foi et le bailleur de mauvaise foi. L'objet

(1) DUVERGIER, t. I, n° 339; LAURENT, t. XXV, n° 115; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 668.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 117.

(3) Pau, 21 fév. 1894, S. 94, 2, 59; Genève, C. Just. civ. 26 mai 1894, S. 94, 4, 32; Bruxelles, 22 juill. 1879, *Pas.*, 80, 2, 335; LAURENT, t. XXV, n° 118.

(4) Amiens, 1er août 1888, S. 89, 2, 39.

(5) Bruxelles, 12 janv. 1880, *B. J.*, 80, 215.

(6) POTHIER, *Louage*, n° 113; Paris, 3 juill. 1882, 84, 2, 79; GUILLOUARD, t. I, n° 122; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 247; LAURENT, t. XXV, n° 116.

du contrat est la jouissance d'une certaine chose d'après sa destination. Il importe peu au preneur que le bailleur ait ou non connu les vices qui mettront obstacle à la jouissance envisagée. Le bailleur sera donc tenu des dommages-intérêts à raison des vices qui existaient lors du contrat, quand même il en aurait ignoré l'existence, car il est en faute pour l'avoir ignorée (1).

A l'égard des vices qui se produisent pendant la durée du bail, on ne saurait, ce semble, dire que le bailleur est en faute pour les avoir ignorés; aussi ne pourra-t-il être condamné à des dommages-intérêts. Mais il devra subir la résolution du contrat, si la jouissance due se trouve empêchée (2).

294. Il en sera de même en cas de perte ou diminution de la chose par cas fortuit :

ART. 1722. Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement (*).

Si le cas fortuit se produisant entre le jour où le contrat a été conclu et celui de l'entrée en jouissance, a simplement détruit certains accessoires sans porter atteinte à la chose elle-même, s'il s'agit, par exemple, d'un incendie qui, dans cette période, a détruit des chaumes et herbes sèches sur une certaine partie des terres louées, il y aurait lieu non à

(*) Art. 1722. — L. 19 § 6; LL. 25, 30, 33, 34, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) Cass. 11 janv. 1873, S. 76, 1, 104; Aix, 5 janv. 1877, S. 78, 2, 167; AUBRY et RAU, § 366, note 16; LAURENT, t. XXV, n° 122; ARNTZ, t. IV, n° 1137; GUILLOUARD, t. I, n° 125; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 669; *Contrà*, DUVERGIER, t. I, n° 341; MARCADÉ, sur l'art. 1721, n° 111.

(2) DUVERGIER, t, I, n° 343; AUBRY et RAU, § 366, note 15; LAURENT, t. XXV, n° 121; ARNTZ, t. IV, n° 1137; GUILLOUARD, t. I, n° 120; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 670.

une action en diminution du prix, mais seulement à une action en dommages contre le bailleur qui doit supporter les cas fortuits antérieurs à la délivrance (1).

Si le cas fortuit se produit après la délivrance, le bailleur en souffrira en ce sens qu'il devra subir soit la résiliation, soit une diminution de loyer.

La jurisprudence a appliqué ce principe au bail à complant. Lorsqu'un terrain a été donné à bail à la charge de le complanter en vignes, la destruction des vignes par le phylloxera entraîne la résiliation du bail, et le droit pour le bailleur d'obtenir la restitution du terrain (2).

Il est certain, en effet, que dans le cas de perte totale, le bail est résilié de plein droit; c'est ce que déclare encore l'art. 1741. Non seulement le bailleur et le preneur ne sont pas obligés de reconstruire l'édifice qui a péri, mais encore celui des deux qui offrirait de le reconstruire ne saurait obliger l'autre à continuer le bail définitivement résilié. Il pourrait seulement y avoir lieu à un nouveau contrat.

Tout événement de force majeure rendant impossible d'une manière définitive la jouissance de la chose louée telle qu'elle a été envisagée dans le contrat, entraîne la résolution du bail, quoique la chose louée continue de subsister dans son intégralité matérielle (3). Il en sera ainsi, par exemple, lorsqu'une maison située le long d'une route, n'a été louée qu'en vue de l'établissement d'un débit de boissons, et que cette route a été supprimée par l'administration (4).

En cas de perte partielle, la loi accorde au preneur seul (5),

(1) Cass. 12 mars 1885, S. 88, 1, 132.

(2) Poitiers, 19 fév. 1894, S. 94, 2, 201; Trib. Nantes, 4 déc. 1893, S. 94, 2, 315.

(3) AUBRY et RAU, § 369, texte et note 5; LAURENT, t. XXV, n° 410; GUILLOUARD, t. Ier, n° 392; Cass. 19 juill. 1876, D. 77, 1, 365.

(4) Bruxelles, 8 mars 1884, *Pas.*, 84, 2, 268.

(5) *Contrà*, Trib. Perpignan, 30 oct. 1895, *Gaz. Palais*, 2-3 fév. 1896.

une option entre la résiliation du bail et une diminution du loyer qui devra être calculée à partir du jour de la privation de jouissance. Les juges apprécieront.

Si le preneur opte pour la continuation du bail avec diminution de loyers, le bailleur ne sera pas tenu de reconstruire, mais il devra faire les travaux nécessaires pour que le bail puisse être utilement coutinué, comme nous le dirons plus loin pour le cas d'expropriation partielle. Mais on ne saurait assimiler à un cas fortuit entraînant diminution de la jouissance, le fait par un voisin d'avoir édifié à la distance légale des constructions rendant obscures diverses pièces de l'immeuble loué. Il a dû être tenu compte de cette éventualité lors du bail (1).

La déclaration, même implicite, faite par le locataire qu'il entend opter pour la résiliation du bail a, dès l'origine, un caractère définitif que ne sauraient modifier des réserves faites par le propriétaire sur la notification à lui adressée de cette option. Dans tous les cas le locataire ne peut plus revenir sur cette option dès que les choses ne sont plus entières, par suite d'une acceptation expresse ou tacite du propriétaire (2).

295. Les principes ci-dessus doivent recevoir leur application au cas où l'autorité administrative, en vertu de la loi du 13 avril 1850, déclare les lieux loués impropres à l'habitation, en tout ou en partie, déclaration qui a pour résultat d'en faire perdre la jouissance au locataire (3).

Il en est de même en matière d'expropriation ou de délaissement amiable pour cause d'utilité publique. Les droits dérivant du contrat de bail disparaissant par l'effet du jugement d'expropriation ou de l'accord intervenu, sont remplacés par une créance d'indemnité contre l'administration qui ex-

(1) AUBRY et RAU, § 369, texte et note 9; LAURENT, t. XXV, n° 404; GUILLOUARD, t. I, n° 397.

(2) Cass. 9 janv. 1889, S. 89, 1, 105.

(3) Paris, 23 juin 1885, S. 87, 2, 123.

proprie ou son concessionnaire. Cette indemnité est due, quand même le locataire serait, en fait, laissé en possession des lieux loués de manière à compléter le temps restant à courir jusqu'à l'expiration du bail (1). Cette possession étant en effet précaire et pouvant cesser à chaque instant, l'exproprié n'a pas besoin de justifier d'un autre préjudice (2).

Si l'expropriation n'est que partielle, le locataire peut opter pour la continuation de son bail, en ce qui touche la partie non expropriée, avec diminution de loyer, et faire condamner le propriétaire à exécuter les travaux d'appropriation reconnus nécessaires par les experts, à l'effet de procurer la jouissance des locaux conservés (3).

Il ne faut pas confondre, en effet, les simples travaux d'appropriation avec les reconstructions dont le bailleur n'est jamais tenu. La question est du reste la même que pour le cas de perte partielle produite par une cause autre que l'expropriation. Si un locataire jouit en vertu de son bail de deux magasins contigus, et que par suite d'une expropriation ou d'un fait accidentel, la maison en quelque sorte tranchée en deux, ne conserve plus qu'un seul magasin, le preneur pourra opter pour une continuation du bail avec diminution du prix, ainsi que le déclare l'art. 1722. Le bailleur ne sera pas tenu de reconstruire la partie détruite, mais il faudra bien qu'il mette la partie restante en état de recevoir sa destination, qu'il bouche les ouvertures faites, qu'il consolide le mur qui a été ébranlé, qu'il assure, s'il y a lieu, l'écoulement des eaux, etc.

Les difficultés qui se sont élevées sur ce point, proviennent d'abord d'une confusion qui a été faite entre les reconstruc-

(1) Cass. 22 mars 1870, D. 71, 1, 297; Paris, 14 janv. 1873, D. 73, 2, 137.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 400; *Contrà*, GAUTIER, *Précis des mat. admin.*, p. 363.

(3) Cass. 18 nov. 1890, S. 91, 1, 265; *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 405.

tions et les simples travaux d'appropriation, et ensuite d'une distinction qu'on a voulu établir entre les cas où le propriétaire reçoit une indemnité soit d'un expropriant, soit d'une compagnie d'assurance et les autres cas. Nous croyons que l'allocation d'une indemnité ne peut changer en aucune manière la situation juridique des parties (1).

296. Il peut se produire une situation en quelque sorte intermédiaire entre l'expropriation totale et l'expropriation partielle. Si le bailleur partiellement exproprié requiert l'acquisition totale de son immeuble, en vertu de l'art. 50 de la loi du 3 mai 1841, faut-il voir dans l'espèce un cas d'expropriation totale ou un cas d'expropriation partielle? La jurisprudence voit, dans cette hypothèse, un cas d'expropriation partielle, et décide que le bail du locataire n'étant pas résilié pour la partie non expropriée, l'expropriant sera tenu vis-à-vis de ce dernier, en qualité de bailleur, comme le serait un acquéreur ordinaire (2). Cette solution est difficilement acceptable; l'opération aboutit en réalité à une expropriation totale, car le jury ne doit fixer qu'une seule indemnité, sans distinguer entre la portion de l'immeuble volontairement cédée, et la portion d'abord demandée par l'expropriant, et à cet effet l'expropriant est tenu de faire des offres nouvelles, même quand il conteste le droit d'exiger l'acquisition totale, et l'exproprié jouit du délai ordinaire de quinzaine fixé par l'art. 24 de la loi de 1841, pour répondre à ces offres (3).

La question de savoir si les baux qui n'ont pas date certaine sont opposables à l'administration, avait une grande importance avant la loi de 1872 qui a soumis tous les baux, même verbaux, à l'enregistrement. Elle est encore de nature

(1) Voy. GUILLOUARD, t. I, nos 394, 395; Comp. AUBRY et RAU, § 366 et note 7; Paris, 12 fév. 1833, S. 33, 2, 606.

(2) Cass. 19 mars 1872, S. 72, 1, 86; Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 401.

(3) Cass. 17 mars 1885, D. 86, 5, 222; Cass. 9 janv. 1883, D. 84, 1, 152, etc.

à se présenter dans le cas où un bail aurait échappé aux prescriptions de la loi. La jurisprudence s'est formée en ce sens que le bail n'ayant pas date certaine est néanmoins opposable à l'expropriant, pourvu qu'il ait été passé de bonne foi et sans fraude, ce que le jury appréciera, en fait, d'une façon souveraine (1). Le bail, quoique sans date certaine, est, en effet, pleinement valable entre les parties, et aux termes des art. 21 et 39 de la loi du 3 mai 1841, l'expropriant est substitué au propriétaire quant au règlement des indemnités dues au preneur pour inexécution du bail. L'expropriant n'est donc pas un acquéreur ordinaire (2).

Si le bail portait que, en cas d'expropriation, le preneur s'engage à ne réclamer aucune indemnité, cela devrait s'entendre en ce sens que le preneur renonce à toute réclamation vis-à-vis du bailleur en ce qui touche la diminution du loyer; mais non à toute réclamation vis-à-vis de l'expropriant pour cause de privation de jouissance. La jurisprudence refuse néanmoins toute action au preneur contre l'expropriant, sous prétexte que ce dernier est subrogé au bailleur et peut se prévaloir de toutes les exceptions appartenant à ce dernier (3). Mais précisément le preneur formule contre l'expropriant une réclamation différente de celle qu'il aurait pu diriger contre le bailleur et à laquelle il a renoncé (4).

297. Dans un autre ordre d'idées, le preneur, par une clause formelle, pourrait renoncer à toute réclamation pour le cas où le bailleur, par certains faits déterminés, viendrait à restreindre, mais non à supprimer, la jouissance de la chose.

Mais, en l'absence de toute clause de ce genre,

ART. 1723. Le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée.

(1) Cass. 17 avr. 1861, D. 61, 1, 145.
(2) GAUTIER, *loc. cit.*, p. 364; GUILLOUARD, t. I, n° 402.
(3) Cass. 13 mars 1861, S. 61, 1, 501; Conf. GAUTIER, *loc. cit.*, p. 364.
(4) GUILLOUARD, t. I, n° 403.

Il ne pourrait, par exemple, modifier l'escalier donnant accès à l'appartement loué (1), même en alléguant qu'il en résultera une plus grande commodité pour le locataire.

La prohibition de notre texte ne s'applique pas seulement aux changements de forme de la chose considérée en soi, mais encore aux changements portant seulement sur ses accessoires (2), par exemple une cour commune (3), ou venant modifier les conditions ou manières d'être de l'immeuble loué en ce qui touche l'air, la lumière (4), la salubrité, la facilité d'accès, et, généralement les avantages divers qui s'y rattachent (5).

Si l'innovation reprochée au bailleur n'apportait à la chose louée aucun changement appréciable, n'était contraire à aucune clause du bail, et enfin n'entrainait aucun préjudice pour le preneur, celui-ci serait sans intérêt, et par conséquent sans action (6).

La prohibition faite au bailleur de changer *la forme* de la chose louée, a quelquefois reçu de bien singulières applications.

D'abord on prétend faire dériver de cette probibition une prohibition nouvelle qui ne permettrait pas au bailleur d'exercer par lui-même, ou de donner à un autre locataire le droit d'exercer une industrie insalubre, dangereuse ou immorale, ou même simplement *incommode*. Nous croyons aussi que le propriétaire n'a pas ce droit. Mais nous ne voyons pas ce que *la forme* de la chose louée a à faire dans la solution de la question. C'est l'art. 1719 obligeant le bailleur à faire jouir

(1) Paris, 9 janv. 1844, S. 44, 2, 79.
(2) LAURENT, t. XXV, n° 145; GUILLOUARD, t. I, n° 131; Paris, 12 janv. 1856, D. 56, 2, 83; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 366, note 13.
(3) Cass. 18 juin 1882, D. 83, 1, 336.
(4) Lyon, 10 août 1855, D. 56, 2, 369.
(5) Cass. 25 avr. 1893, D. 93, 1, 24.
(6) Cass. 8 nov. 1859, D. 59, 1, 446; Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 130.

paisiblement le preneur pendant la durée du bail, qui doit seul être invoqué, lorsque le propriétaire prétend imposer à un locataire le voisinage, sous le même toit, d'une industrie insalubre, dangereuse ou immorale. Cela n'a pas besoin d'être justifié.

298. Mais on met sur la même ligne les industries simplement *incommodes!* Il est facile de comprendre à quelles solutions excessives peut entraîner l'emploi d'une expression aussi élastique.

Ainsi on a jugé que le bailleur ne pourrait louer un appartement à usage de maison d'accouchement (1), de restaurant (2), de café (3), d'école (4). On a également décidé qu'il n'était pas permis au bailleur d'installer une filature au-dessus d'une école (5).

Qu'adviendrait-il si le même jour le propriétaire louait les diverses parties de sa maison à un café, à une école et à une filature?

On est allé jusqu'à décider que le bailleur ne pourrait pas louer une partie de sa maison en autorisant le sous-locataire à sous-louer en garni (6). Pourquoi? Parce que : « Ce genre de sous-location permet au premier venu de s'introduire dans la maison, sous prétexte de visiter des appartements meublés et facilite des locations de courte durée à des personnes d'une moralité suspecte ; c'est donc un trouble apporté à la jouissance du premier locataire (7). »

Non ; c'est un simple désagrément, et il nous semble que les arrêts, comme les auteurs, voient bien souvent un *chan-*

(1) Paris, 11 août 1843, D. *Répert.*, v° *Louage*, n° 225 2°.
(2) Paris, 19 juill. 1856, S. 56, 2, 436.
(3) Bordeaux, 29 mai 1879, S. 80, 2, 4.
(4) Lyon, 25 janv. 1881, S. 81, 2, 219.
(5) Douai, 11 juin 1844, D. *Répert.*, v° *Louage*, n° 449.
(6) Paris, 10 fév. 1869, D. 71, 2, 194.
(7) GUILLOUARD, t. I, n° 136.

gement de forme ou un trouble de jouissance, dans ce qui n'est en réalité qu'un désagrément, une incommodité qu'il était facile de prévoir par une clause spéciale insérée au contrat.

299. On a également soutenu que notre art. 1723, protecteur de *la forme*, avait encore pour conséquence de défendre au bailleur d'exercer par lui-même un commerce ou une industrie semblable à ceux pour lesquels il a loué une partie de sa maison, ou d'en permettre l'exercice à un second locataire (1).

On suppose que rien n'a été dit dans le contrat, et que l'introduction d'un second locataire exerçant la même profession a eu lieu sans fraude contre le locataire lésé.

Il est d'abord manifeste que l'industrie du locataire reste étrangère au contrat, et que le bailleur ne garantit rien de ce chef (2).

On insiste cependant sur la prohibition de changer *la forme*. Changer *la forme*, dit-on, c'est porter atteinte au mode de jouissance. Or l'introduction d'un locataire exerçant la même industrie, trouble la jouissance ; en outre ce trouble à la jouissance provient d'un fait personnel au bailleur, et celui-ci doit garantie au preneur pour ses faits personnels.

Il n'y a de sérieux dans une telle argumentation que le dernier point : le bailleur a-t-il réellement promis au preneur, d'une manière juridiquement obligatoire, de ne pas introduire dans la maison un autre locataire exerçant une industrie similaire?

Nous n'hésitons pas à penser que le bailleur, averti par le bail de la profession que le preneur va exercer dans les lieux loués, n'agira pas en galant homme en louant une autre partie de la même maison à un nouveau locataire exerçant la

(1) Dijon, 5 mai 1875, S. 75, 2, 142 et les renvois; BESOUT, *Des industries simil.*, nos 17 et 18; POUILLET, *Marques de fabrique*, etc., nos 755-757; GUILLOUARD, t. I, no 129.

(2) LAURENT, t. XXV, nos 132-137.

même profession. Mais si le premier locataire avait voulu faire insérer dans le bail une clause enlevant précisément cette faculté au propriétaire, celui-ci l'aurait-il acceptée sans réclamer, en compensation, un loyer plus élevé? Cela est douteux. D'un autre côté, si le premier preneur n'a pas fait insérer une telle clause, n'est-ce pas parce qu'il envisageait une telle éventualité comme peu probable, et qu'il ne voulait pas attirer l'attention du bailleur sur un point qui pouvait faire remettre en question le montant du loyer? C'est possible. Quoi qu'il en soit, les parties, peut-être intentionnellement, ne se sont pas expliqué sur une éventualité que chacune d'elles a pu envisager de son côté, mais qu'elles n'ont pas voulu envisager ensemble. Il n'y a eu de la part d'aucune d'elles une visée juridique suffisante pour faire naître une obligation civile; c'est-à-dire en définitive que l'une a suivi la foi de l'autre; que le bailleur a conservé son entière liberté, et qu'en louant une autre partie du même immeuble à un individu exerçant une industrie similaire, il a bien pu contrevenir à un engagement d'honneur (Voy. t. VII, n° 2). Mais il n'a violé aucune obligation civile. La jurisprudence, du reste, se prononce de plus en plus en ce sens (1). Nous signalerons, sur ce point, un arrêt qui a bien caractérisé la nature du trouble dont se plaint le premier locataire. C'est un *trouble moral* (2); le même arrêt conclut, il est vrai, que le preneur doit répondre de ce *trouble moral;* mais si la conclusion est fausse, la qualification peut être retenue; la violation d'un

(1) Cass. 6 nov. 1867, D. 68, 1, 129; Trib. Évreux, 28 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, n° du 21 nov. 1896; Lyon, 19 mai 1896, *Gaz. Pal.*, 96, n° des 4-8 oct. 1896; Trib. Rennes, 10 nov. 1893, D. 95, 2, 378; Trib. Dreux, 3 janv. 1893, *Gaz. Pal.*, 93, 1; Supp. 37; *Répert. encyclop. du Dr. fr.*, v° *Bail*, n°s 132-133; Conf. COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 169 *bis* II; LAURENT, t. XXV, n°s 132-137; PATAILLE, *Journ. de la propr. indust.*, 1860, p. 186; RENDU, *Marques de fabr.*, n° 517; Comp. AUBRY et RAU, § 366, notes 8 et 9.

(2) Nîmes, 31 déc. 1855, D. 57, 2, 125.

engagement d'honneur ne peut, en effet, donner lieu qu'à un trouble moral.

300. Le bailleur conserve donc la liberté de louer les autres parties de son immeuble à qui bon lui semble, à moins qu'une restriction n'ait été apportée à ce droit par une clause spéciale du bail, ou que l'interdiction de louer dans ces conditions ne résulte de la commune intention des parties.

Cette commune intention pourra s'induire des circonstances de fait. La circonstance que les lieux loués au premier locataire auraient été antérieurement affectés à l'exercice d'une industrie semblable à celle que ce locataire annonçait vouloir y installer paraît absolument indifférente (1); elle est cependant considérée comme concluante par quelques arrêts (2).

Quoi qu'il en soit, dans tous les cas où il est reconnu qu'il y a, pour le bailleur, interdiction de louer les autres parties de l'immeuble à des locataires exerçant la même profession que le premier preneur, il est évident qu'il n'y a à tenir compte que de la profession exercée par ce preneur à la date de son entrée en jouissance, et non de la profession nouvelle qu'il aurait postérieurement substituée à la première (3).

Le bailleur qui contrevient à l'interdiction conventionnelle dont il s'agit, engage sa responsabilité vis-à-vis du premier preneur. Celui-ci pourra demander contre lui la résiliation du bail, ou une diminution du loyer, avec dommages-intérêts dans les deux cas. Mais comme il n'est investi d'aucun droit réel, il ne pourra agir directement contre le second locataire pour obtenir que celui-ci quitte les lieux ou cesse d'exercer

(1) LAURENT, *loc. cit.*, GUILLOUARD, t. I, n° 138.

(2) Lyon, 3 déc. 1864, S. 65, 2, 131; Trib. Rennes, 10 nov. 1893, D. 95, 2, 378; Comp. Cass. 20 janv. 1868, S. 68, 1, 116; Conf. AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(3) Rennes, 29 oct. 1898, D. 95, 2, 117.

sa profession (1). Quant au bailleur responsable, il n'aura aucun recours contre ce second locataire.

301. Le locataire dont le bail est près d'expirer doit laisser visiter les lieux par les personnes qui ont l'intention de les prendre à bail. Ces visites sont réglées par les usages locaux. En cas de contestation, il appartient au juge des référés de déterminer les jours et heures auxquels le locataire devra donner accès aux biens loués (2).

Le propriétaire n'est autorisé à mettre un placard *à louer* qu'après le congé donné ou reçu. Il a été jugé que le locataire d'un appartement dans une maison peut s'opposer à ce que des écriteaux indiquant des appartements à louer soient placés sur le mur extérieur, à cause du va et vient d'étrangers que cela occasionne (3). Cela est difficile à justifier; comment veut-on que le propriétaire loue sa chose, s'il lui est interdit de faire connaître au public qu'il y a des appartements à louer, et comment admettre qu'il a implicitement renoncé à user de cette faculté?

Dans certaines localités, on décide que le propriétaire ou son représentant doit accompagner les personnes qui viennent visiter l'appartement (4). Dans d'autres au contraire on décide que le propriétaire n'a pas le droit d'accompagner ceux qui viennent visiter la maison, sauf pour y faire constater la nécessité de travaux à exécuter (5).

302. Ce dernier point ne saurait faire question. Le bailleur, en effet, ne pourrait, sous prétexte de réparations urgentes à effectuer, entreprendre à sa volonté des travaux venant modifier les lieux occupés par un locataire. Il devra donc, au

(1) Cass. 16 nov. 1881, S. 82, 1, 225.
(2) Trib. Bruxelles, 3 juin 1891, *Cl.* et *B.*, 91, 903.
(3) Paris, 4 juill. 1857, S. 57, 2, 500; Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 143.
(4) CLÉMENT, *loc. cit.*, n° 162.
(5) Trib. Gand, 22 mars 1878, *Pas.*, 79, 3, 110.

préalable, en cas de contestation de la part de celui-ci, faire constater l'urgence des réparations dont il s'agit (1); différemment, il serait trop facile d'éluder l'art. 1723. L'urgence étant constatée, le preneur devra subir les réparations nécessaires.

Devra-t-il les supporter quelle que soit leur durée?

ART. 1724. Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée. — Mais, si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé. — Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail.

Les travaux nécessités par les réparations urgentes sont envisagés par la loi, soit quant à leur durée, soit quant à leur influence sur la jouissance du locataire.

A ce dernier point de vue, la loi distingue suivant que les réparations dont il s'agit vont ou non, pendant leur durée, rendre inhabitable le logement du preneur, ou qu'elles ne doivent pas produire un résultat aussi grave.

Dans cette dernière hypothèse, le locataire doit les subir sans indemnité si les travaux durent moins de quarante jours. C'est là une éventualité prévue et acceptée. La solution accordant des dommages au preneur, *quelle qu'ait été la durée des travaux*, à la charge de prouver l'existence d'un dommage (2), doit être repoussée comme contraire à la tradition sur ce point (3) et aux déclarations faites lors de la discussion de l'art. 1724 (4).

Si les travaux durent plus de quarante jours, les prévisions normales des parties se trouvent dépassées, et le preneur

(1) Angers, 4 août 1847, S. 48, 2, 378; GUILLOUARD, t. I, n° 128.
(2) *Sic*, Paris, 4 nov. 1864, S. 65, 2, 77.
(3) POTHIER, *Louage*, n° 77.
(4) *Rapport au Tribunat*, FENET, t. XIV, p. 325.

aura droit à une indemnité calculée sur la durée totale des travaux (1). Le preneur sera donc intéressé à ce que les travaux durent plus de quarante jours. Si les travaux ne durent que quarante jours, il ne recevra aucune indemnité; il recevra l'indemnité entière s'ils durent un jour de plus. Il n'y a pas lieu de s'en étonner; en toute matière la fixation d'une limite a pour résultat nécessaire de créer des situations différentes.

Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et à celui de sa famille, la résiliation du bail peut être demandée quand même ces réparations n'auraient pas duré quarante jours.

Il faut encore admettre que, même dans le cas de réparations n'ayant pas durée quarante jours, le bailleur sera passible de dommages, pour les inconvénients résultant directement de son incurie ou d'une faute commise par lui, ses ouvriers ou ses préposés (2).

Il importe peu, quant à l'application des règles qui précèdent, que les réparations dont il s'agit soient faites à la propriété ordinaire du bailleur ou à un mur mitoyen avec un voisin.

303. Si c'est le voisin qui, dans son intérêt exclusif, fait démolir le mur mitoyen, ainsi qu'il en a le droit, pour le reconstruire ensuite, l'art. 659 ne met à la charge du constructeur que les frais de reconstruction (Voy. t. IV, n° 333). Le locataire, dont la présence ne peut diminuer le droit du constructeur, ne peut réclamer à celui-ci aucun dommage (3) pourvu qu'il

(1) DUVERGIER, n° 303; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 170 *bis* III; LAURENT, t. XXV, n° 140; ARNTZ, t. IV, n° 1138; GUILLOUARD, t. I, n° 112; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 673; Just. Paix Vervins, 2 déc. 1887, *Pas.*, 89, 3, 13.

(2) Angers, 4 août 1847, D. 47, 2, 195.

(3) Paris, 24 mars 1879, D. 80, 2, 17.

n'y ait eu de la part de ce dernier ni faute, ni négligence (1) (Voy. t. IV, n° 333).

Pourra-t-il, du moins, agir contre le bailleur?

Il est difficile de considérer la reconstruction d'un mur mitoyen que le bailleur a dû subir, sans nécessité pour sa propriété, comme une réparation urgente dans le sens de l'art. 1724. Le locataire, qui d'ailleurs a dû prévoir l'éventualité d'une démolition de mur mitoyen, ne paraît donc pas recevable à réclamer au bailleur des dommages-intérêts du chef de la non-jouissance des locaux. Le seul droit qui lui appartient de ce chef est, selon l'importance, appréciée par le juge, de la non-jouissance dont il se plaint, de demander la résiliation de son bail, ou une diminution proportionnelle de son loyer (2).

Selon quelques auteurs, il faudrait pour apprécier l'importance de la non-jouissance appliquer par analogie l'art. 1724. Dans ce système, le locataire ne pourrait demander une diminution de loyer ou la résiliation du bail, que si les travaux duraient plus de quarante jours, ou même si, sans atteindre cette durée, ils rendaient l'immeuble loué inhabitable (3). Quelques arrêts accordent au propriétaire une indemnité pour la privation de jouissance seulement, ou les pertes matérielles subies (4); d'autres vont plus loin et font entrer en ligne de compte les pertes éprouvées par le locataire dans son industrie ou sa clientèle (5).

Mais il n'est pas possible d'accorder ainsi des dommages

(1) Cass. 28 août 1877, S. 78, 1, 344; DURANTON, t. V, n° 331; DUVERGIER, t. II, n° 211; DEMOLOMBE, t. XI, n° 406; GUILLOUARD, t. I, n° 181; Comp. LAURENT, t. XXV, n° 156.

(2) Trib. Bruxelles, 28 fév. 1886, *Pas.*, 86, 3, 146; Comp. Amiens, 14 déc. 1882, *France jud.*, 82-83, p. 631.

(3) Voy. GUILLOUARD, t. I, n°s 182 et 183; Paris, 15 déc. 1875, S. 76, 2, 109.

(4) Aix, 4 mai 1863, S. 64, 2, 73.

(5) Paris, 30 déc. 1864, S. 65, 2, 73.

pour le préjudice souffert par le locataire dans sa clientèle ou son industrie, ou même pour un préjudice matériel.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que d'une part le bailleur n'a commis aucune faute, et d'autre part que le voisin, en faisant ce qu'il avait le droit de faire, n'a commis aucune voie de fait.

304. S'il y avait eu une voie de fait, de la part du voisin ou d'un tiers quelconque, la responsabilité de l'auteur de cette voie de fait serait seule engagée.

ART. 1725. Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel (*).

Le locataire qui, par une voie de fait, trouble la jouissance d'un autre locataire, n'est pas un tiers dans le sens de l'article 1725, quand même ce dernier n'invoquerait pas le droit que le bailleur lui aurait concédé. Le locataire troublé pourra donc agir contre le bailleur commun, en cessation du trouble, sauf au défendeur à mettre en cause l'auteur de ce trouble pour faire décider s'il a ou non excédé le droit que lui conférait son contrat de bail (1). Il en sera de même dans le cas d'un droit de chasse partagé entre deux adjudicataires (2).

Deux corps de logis appartenant au même propriétaire, loués à des personnes différentes, et qui, sans être contigus, ont néanmoins des parties extérieures dont l'usage est commun à tous les locataires, doivent être considérés quant à l'application de la solution qui précède, comme ne formant ensemble qu'une seule et même maison (3). Au contraire dans les maisons dont les divers étages appartiennent à des propriétaires différents, il y a lieu d'appliquer aux relations des propriétaires et des locataires les mêmes principes que

(*) Art. 1725. — L. 55, D, 19, 2, *Loc. cond.*
(1) Cass. 17 juin 1890, S. 90, 1, 321; GUILLOUARD, t. I, n° 165.
(2) Cass. 18 mai 1892, D. 92, 1, 349.
(3) Trib. Bruxelles, 10 juillet 1852, *B. J.*, 53, 1575.

s'il s'agissait de propriétaires et de locataires de maisons distinctes (1).

Les tiers dont parle notre art. 1725, sont donc ceux qui ont agi sans prétendre à aucun droit sur la chose louée, dont l'entreprise constitue par conséquent un délit ou un quasi-délit.

Il n'en résulte pas moins qu'en pareil cas le preneur n'a plus la jouissance paisible que le bailleur doit lui procurer pendant toute la durée du bail, aux termes de l'art. 1719. Comment donc se fait-il qu'il ne puisse pas agir en garantie contre le bailleur?

C'est qu'il n'est pas certain que les voies de fait dont il s'agit ne sont pas le résultat de circonstances absolument personnelles au preneur, négligence de sa part, inimitiés dont il est l'objet, etc., et surtout parce qu'il a une action personnelle contre les auteurs du trouble. Si les auteurs du trouble sont inconnus ou insolvables, le dernier motif disparaît, mais le premier subsiste. Cela suffit pour que le preneur ne puisse, en pareil cas, recourir contre le bailleur (2).

Par conséquent, si le fait envisagé ne peut donner aucun droit d'action au preneur, même contre des inconnus ou des insolvables, l'art. 1725 cesse d'être applicable. C'est ce qui arrivera en cas de violences commises en temps de guerre par l'ennemi, ou encore lorsque la jouissance du preneur aura été empêchée par un accident naturel. Mais dans ces hypothèses le preneur qui n'a d'action contre personne pour obtenir des dommages pourra réclamer la résiliation du bail, ou une diminution du prix.

Il en sera de même, à plus forte raison, pour les faits qui

(1) Lyon, 18 avr. 1894, D. 95, 2, 377.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 174 *bis* I; GUILLOUARD, t. I, n^{os} 157 à 159; ARNTZ, t. IV, n° 1140; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 675; Comp. DUVERGIER, *Louage*, t. I, n° 315; LAURENT, t. XXV, n^{os} 160-161.

se seront produits à une époque où le preneur n'avait pas encore cette qualité. Il est impossible en cas pareil que les tiers aient voulu s'attaquer à la *jouissance personnelle*, pour employer l'expression du tribun Mouricault (1), de celui qui n'était pas encore locataire ou fermier. C'est donc bien à tort qu'une Cour a décidé qu'un fermier peut agir en dommages contre le précédent fermier à raison d'abus de jouissance commis par ce dernier qui avaient diminué d'avance les bénéfices du bail. Mais comme il résultait de ces mêmes abus que le bailleur n'avait pas livré la chose en bon état, le même arrêt accordait aussi une action contre le bailleur fondée sur l'art. 1719 (2). Cette dernière action seule avait une raison d'être.

Si la voie de fait a endommagé la chose louée, il est évident que le bailleur peut, comme propriétaire, réclamer la réparation du préjudice causé (3).

305. Les mêmes principes doivent être appliqués, lorsque la jouissance du preneur est troublée par une administration publique, par l'État ou par une ville qui exécute des travaux publics n'entraînant pas un transfert de propriété au profit de l'administration, et spécialement en cas d'occupation temporaire ou de servitude d'extraction de matériaux.

En pareille hypothèse, si l'acte de l'administration est illégal, le preneur n'aura pas d'action contre le bailleur, puisque celui-ci n'est pas tenu des délits ou des quasi-délits constituant des voies de fait; mais il aura son recours contre l'administration dans les cas où celle-ci serait responsable.

Si au contraire l'administration a agi dans la limite de ses attributions et régulièrement, le preneur pourra demander

(1) FENET, t. XIV, p. 327.

(2) Grenoble, 26 mai 1849, S. 50, 2, 375; Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 163.

(3) Chambéry, 14 mai 1870, S. 70, 2. 247; Cons. d'Etat, 28 fév. 1845, S. 45, 2, 381.

au bailleur la résiliation du bail ou une diminution des loyers, mais non des dommages.

Telle est la règle.

Il s'agira, par exemple, de l'exhaussement ou de l'abaissement du sol d'une route avec la difficulté d'accès qui en est la conséquence (1); de la violation par une compagnie de chemin de fer de la clause lui imposant certains travaux pour prévenir les dommages que les particuliers auraient à subir (2), etc.

Si les travaux dommageables sont exécutés en régie, c'est l'administration qui est responsable. S'ils sont faits par entrepreneur, le locataire atteint dans sa jouissance devra s'adresser à l'entrepreneur qui répond de son propre fait et de celui de ses subordonnés. En général il y a dans les cahiers des charges une clause qui met les indemnités en cas de dommage à la charge de l'entrepreneur. Cette clause fût-elle absente, celui-ci n'en serait pas moins tenu comme auteur du dommage ou répondant de ceux qui l'ont commis (Voy. t. VIII, nº 448).

Le preneur peut avoir loué un immeuble dans le but d'y fonder un établissement pour lequel une autorisation administrative est nécessaire. Si cette autorisation lui est refusée ou retirée, il faudra d'abord rechercher si, d'après les termes de la convention, l'obtention ou le maintien de cette autorisation a été une condition du bail. Dans le cas de l'affirmative le bail devra être résilié.

Si le bail ne contient aucune mention de la destination que le preneur se propose de donner aux locaux, s'il porte simplement que le locataire en jouira comme bon lui semblera, le bailleur ne devra aucune garantie.

Il peut y avoir une situation intermédiaire : ainsi la conven-

(1) Cons. d'État, 8 déc. 1876, D. 77, 3, 10.
(2) Cons. d'État, 6 déc. 1855, D. 66, 3, 81.

tion peut contenir une simple indication de l'intention qu'aurait le preneur d'établir dans les locaux, d'ailleurs susceptibles de destinations diverses, une certaine industrie pour laquelle, en fait, une autorisation est nécessaire. Cette indication, qui n'a rien d'obligatoire pour le preneur, et à laquelle le bailleur n'a pris aucune part, n'est pas suffisante pour établir qu'il y a eu chez les parties l'intention commune d'envisager un mode spécial de jouissance à l'exclusion de tout autre. Par conséquent, à défaut d'autre élément d'information, le bail devrait être maintenu, si l'autorisation demandée par le preneur lui était refusée (1).

306. Quand il s'agit d'un simple trouble de fait, c'est au preneur à défendre seul, comme il pourra, la jouissance qui lui appartient et à laquelle une atteinte a été portée.

ART. 1726. Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire.

ART. 1727. Si ceux qui ont commis les voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède.

Il ne peut y avoir aucune difficulté sur la nature du trouble, quand le preneur est assigné en justice par un tiers qui prétend avoir un droit réel quelconque sur la chose louée, et qui s'adresse à lui parce qu'il le trouve occupant les lieux. Dans ce cas il s'agit d'un trouble de droit. Le tiers s'est trompé d'adresse en interpellant le preneur; celui-ci peut le renvoyer au propriétaire.

Si le débat demeure restreint aux droits propres du locataire sur la chose louée, l'art. 1727 sera sans application (2).

(1) Comp. Cass. 14 nov. 1827, S. C. N., VIII, 1, 701; DUVERGIER, t. I, n° 404; *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 142 et 143.

(2) Liège, 28 nov. 1883, *Pas.*, 84, 2, 122.

D'autres fois, le trouble se traduira d'abord par une simple voie de fait. Le preneur agira en justice contre l'auteur de cette voie de fait; si le défendeur à l'action invoque par voie d'exception, un droit quelconque sur la chose louée, alors apparaîtra le véritable caractère du trouble qui est encore un trouble de droit.

Le preneur qui posséde non pour son compte, mais pour celui du propriétaire, ne représente pas ce dernier en ce qui touche le droit même qui est contesté. La décision qui interviendrait sur ce point entre lui et l'auteur du trouble n'aurait pas effet à l'égard du bailleur. Néanmoins celui-ci a intérêt à connaître l'attaque pour pouvoir y répondre. C'est donc une obligation pour le preneur de dénoncer le trouble au bailleur assez à temps pour permettre à ce dernier d'intervenir au procès.

Si le bailleur ainsi prévenu ou appelé succombe dans l'action intentée par le tiers, ou soutenue contre lui, il en résultera une éviction du preneur.

Cette éviction sera totale, et alors il y aura lieu à résiliation du bail; ou elle sera partielle et alors on appliquera par analogie les art. 1636 et 1638, c'est-à-dire qu'il y aura lieu à une diminution proportionnelle du prix tel qu'il est stipulé dans le bail.

Dans tous les cas le bailleur pourra de plus être condamné à des dommages-intérêts calculés, s'il est de mauvaise foi, et que la chose ait augmenté de valeur, sur la valeur locative actuelle de la chose, et calculés, s'il est de bonne foi, suivant les règles ordinaires (art. 1147).

En outre, l'obligation pour le preneur de payer le loyer étant corrélative à l'obligation du bailleur de procurer au locataire une jouissance paisible, le paiement du loyer ne peut être réclamé tant que la réduction du loyer résultant d'un trouble apporté à la jouissance du preneur n'est pas réglée, et qu'il y a compte à faire entre les parties. Il en sera

ainsi quand même le bail contiendrait une clause résolutoire pour le cas de non paiement du loyer à son échéance (1).

§ 4. — Obligations du preneur.

307. — Limites de la jouissance du preneur ; des constructions par lui élevées.
308. — Obligations principales du preneur, art. 1728; respect de la destination de la chose louée.
309. — Suite.
310. — Exécution du bail dommageable pour les tiers.
311. — Abus de jouissance vis-à-vis du bailleur, art. 1729.
312. — Restitution de la chose louée suivant qu'il a été fait ou non, un état des lieux, art. 1730, 1731.
313. — Présomption résultant de ce qu'il n'a pas été fait un état des lieux.

307. Le Code parle seulement des obligations principales du preneur. Il ne s'explique pas sur l'étendue de ses droits ; il se borne à mentionner dans l'art. 1709 qu'il a la jouissance de la chose louée, et dans l'art. 1717 qu'il peut sous-louer et même céder son bail à un autre, sauf clause contraire.

Nous avons déjà examiné ces deux points et montré que la jouissance du preneur s'étend sur la chose louée, envisagée principalement, et sur ses accessoires.

L'alluvion qui est une accession de la propriété, et non un accessoire de la jouissance, est naturellement en dehors de toute location d'immeubles riverains d'un fleuve ou d'une rivière (2). Le fermier ne saurait donc y prétendre en aucun cas, même en subissant une augmentation du prix. Il y a cependant controverse sur ce point (3), qui ne paraît d'ailleurs avoir qu'un intérêt théorique.

La chasse au contraire et la pêche étant des modes de jouis-

(1) Orléans, 20 avr. 1880, S. 90, 2, 85.
(2) POTHIER, *Du louage*, n° 278 ; LAURENT, t. XXV, n° 171.
(3) Voy. GUILLOUARD, t. I, n°s 282 à 285.

sance devraient rationnellement appartenir au fermier (1). L'opinion opposée a cependant prévalu par ce motif archaïque, que la chasse est un attribut de la propriété qui, historiquement, n'a jamais appartenu au fermier et a toujours été considéré comme l'*apanage* du maître du sol (2).

Le preneur n'a pas le droit de modifier ce que l'art. 1723, qui s'occupe du bailleur, appelle la forme de la chose louée. Il ne peut user de cette chose que suivant sa destination.

Les innovations, changements et constructions de peu d'importance, qui ne changent pas la destination de la chose, et peuvent facilement disparaître à la fin du bail, ne sont pas considérés comme des modifications prohibées; tels sont, par exemple, les déplacements de cloisons, de portes, etc.

Le preneur pourrait aussi installer dans les locaux, sauf prohibition contraire, les appareils nécessaires pour l'éclairage au gaz ou à l'électricité, pour l'établissement d'un système de chauffage par la vapeur ou l'eau chaude, pour la disposition d'une communication téléphonique. Il pourrait aussi établir des moteurs à gaz ou autres, et généralement toute espèce de machines à vapeur ou électriques, utiles au développement et à la prospérité de son industrie, sous la condition que ces machines ne compromettraient point la solidité de l'immeuble, et ne produiraient pas un bruit ou une trépidation intolérable pour le propriétaire, les autres locataires et les tiers, et ne provoqueraient pas, de la part de ces derniers, de justes actions en dommages-intérêts (3).

Les constructions élevées par le preneur dans la limite de ses droits appartiennent en principe au bailleur, par application de l'art. 533 (Voy. t. IV, n° 136). Mais ce droit d'accession

(1) DURANTON, t. IV, n° 286; DUVERGIER, t. I, n°s 73-75; DAVIEL, *Cours d'eau*, n° 685; LAURENT, t. XXV, n°s 172-173.

(2) Cass. 5 avr. 1866, S. 66, 1, 402; AUBRY et RAU, § 365, texte et note 2; GUILLOUARD, t. I, n° 286.

(3) Voy. GUILLOUARD, t. I, n°s 292-293.

n'opère qu'à la fin du bail; le preneur conserve jusqu'à ce moment le droit d'enlever les ouvrages dont il s'agit. La jurisprudence admet que si le preneur n'a pas fait disparaître ces ouvrages à l'expiration du bail, le bailleur devenu propriétaire en vertu de l'art. 553, pourra exercer l'option dont parle l'art. 555 (Voy. t. IV, n° 147) (1).

308. Si les ouvrages élevés par le preneur ont eu pour effet de modifier l'état ou la destination de la chose, il y a eu abus de jouissance. Le preneur a alors manqué à l'une des principales obligations dont il est tenu.

ART. 1728. Le preneur est tenu de deux obligations principales: — 1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention; — 2° De payer le prix du bail aux termes convenus (*).

L'obligation de jouir en bon père de famille implique celle d'occuper habituellement les locaux par soi-même ou ses préposés (2) et de les maintenir suivant la destination industrielle ou commerciale envisagée dans le bail. Le locataire d'un hôtel ou autre établissement commercial, ne pourrait donc l'abandonner avant l'expiration du bail, quoiqu'il eût payé le loyer pour anticipation (3), et celui qui disparaîtrait furtivement, quoique ayant laissé ses meubles dans les lieux loués, manifesterait ainsi, d'une manière non équivoque, l'intention de se soustraire à tout engagement ultérieur (4).

Le locataire doit respecter la destination des lieux telle qu'elle résulte du bail ou des circonstances, dit l'art. 1728.

Il faut d'abord s'en tenir aux termes du bail et distinguer entre les déterminations générales et les déterminations spéciales.

(*) Art. 1728. — L. 25 § 3, D. 19, 2, *Loc. cond.*
(1) Voy. Cass. 22 janv. 1894, S. 94, 1, 264.
(2) Lyon, 1er juill. 1892, D. 93, 2, 88.
(3) Paris, 1er mars 1830, D. *Répert.*, v° *Louage*, n° 278.
(4) Trib. Bruges, 6 juin 1876, *Pas.*, 76, 3, 344.

Ainsi quand il a été déclaré que les locaux seraient occupés *bourgeoisement*, pour employer une expression reçue, le locataire ne pourrait y exercer aucune sorte d'industrie (1). A l'inverse, une maison louée avec une destination commerciale ou industrielle, doit conserver cette destination jusqu'à la fin du bail (2). Cependant le preneur peut, avant la fin du bail, transférer ailleurs son industrie, si la clientèle au lieu d'être attachée au local, y a été créée et amenée par lui (3).

Quand la profession que doit exercer le locataire a été spécialement déterminée, il faut aussi décider en principe que le locataire ne pourrait exercer dans les locaux une industrie différente (4). Mais il faut en pareil cas admettre facilement des équivalences ou similitudes. Ainsi celui qui a loué pour établir une boulangerie pourrait incontestablement renoncer à la boulangerie et établir une pâtisserie; celui qui a annoncé vouloir ouvrir une boutique de mercerie, n'apporterait pas un changement appréciable à la destination des locaux en y vendant des toiles et cotons.

Il a été jugé dans cet ordre d'idées, que la défense faite au locataire d'exercer dans la maison louée aucun autre commerce de détail que celui qui a été spécifié, n'est pas enfreinte par cela seul que quelques ventes de marchandises d'une autre catégorie y ont été faites (5). Il a même été décidé, ce qui paraît excessif, que le locataire à qui un immeuble a été loué pour y exercer l'ébénisterie, industrie réputée dangereuse, à cause des risques d'incendie, ne change pas la situation des lieux, en y installant en outre une boucherie (6). La solution contraire devrait certainement être adoptée, si la

(1) Voy. Trib. Lyon, 25 janv. 1881, S. 81, 2, 219.
(2) Voy. LAURENT, t. XXV, n° 261.
(3) Limoges, 11 fév. 1889, D. 90, 2, 344.
(4) Grenoble, 8 mai 1882, S. 84, 2, 123.
(5) Gand, 27 nov. 1873, *Pas.*, 74, 2, 55.
(6) Trib. Vervins, 31 janv. 1877, *Cl. et B.*, 1878-1879, 571.

location portait seulement sur une partie de maison, car les inconvénients résultant de l'installation d'une boucherie ne permettent pas de supposer qu'il y a eu de la part du bailleur, la pensée d'établir une sorte d'équivalence entre cette dernière industrie et une ébénisterie.

Il va sans dire que le preneur qui a pris, par exemple, la qualification de professeur de danse, de coiffeur, de modiste, etc., ne pourrait pas, en fait, employer les locaux à une industrie immorale.

Il ne s'agit dans tout cela que d'une destination donnée aux locaux en opposition avec leur destination convenue. La moralité personnelle des parties n'a pas à être mise en cause. Ainsi un bail ne serait pas résiliable, parce que le locataire vit maritalement avec une personne qu'il faisait passer pour sa femme légitime au moment de la location, et parce que depuis cette date, il a été condamné comme faussaire (1).

309. A défaut de convention spéciale, la destination des locaux pourra résulter des circonstances, dit l'art. 1728.

Quelles sont ces circonstances? Il est impossible de les résumer dans une formule précise. On peut seulement donner quelques indications.

La plus importante est celle qui résultera de la profession *connue* du locataire. On trouvera encore quelques renseignements dans les placards, écriteaux ou insertions dans les journaux spéciaux, faits dans le but d'annoncer au public la mise en location. Souvent, en effet, on indique comme étant à louer, des « locaux tout agencés pour commerce ou industrie, en général, ou pour débit de vins, cafés, ou pour bureaux, cabinets de consultation, etc. » Enfin on pourra aussi tenir compte, dans une certaine mesure, de l'usage ancien de la chose louée (2). Cet usage ancien de la chose pourra sur

(1) Trib. Anvers, 18 nov. 1879, *Pas.*, 80, 3, 189.
(2) Voy. GUILLOUARD, t. I, n° 196.

tout servir à mesurer l'étendue de la jouissance appartenant au preneur. Ainsi, le locataire d'un terrain dans lequel se trouve un puits pourra, naturellement, se servir de ce puits pour l'arrosage du terrain loué, car telle est la destination normale du puits. Mais il pourra s'en servir aussi pour l'arrosage d'un terrain contigu que lui a loué un autre propriétaire, s'il est justifié qu'un précédent locataire a agi de même, sans qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur (1).

310. L'exécution du bail par le preneur peut constituer à l'égard du bailleur un abus de jouissance, et à l'égard des tiers vis-à-vis de qui le bailleur n'est tenu par aucun lien de droit, un fait dommageable.

Les tiers lésés par les actes du preneur, s'adresseront tout d'abord à celui-ci pour obtenir la cessation des faits dommageables et la réparation du préjudice causé. Il s'agira, par exemple, de bruits et trépidations de machines qui troublent le voisinage. Il importe peu aux tiers demandeurs, que le preneur, en établissant ces machines, se soit rigoureusement renfermé dans les limites résultant des termes du bail, ou qu'il ait fait ce que le bail ne lui permettait pas de faire. Dans tous les cas, il pourra être décidé qu'un certain nombre de machines doit être supprimé (2), et que des dommages seront mis à la charge du preneur. Mais si celui-ci n'a fait que se conformer à son bail, il aura une action en garantie contre le bailleur (3).

311. Quand le preneur, au contraire, a fait ce que le contrat ne lui permettait pas de faire, il doit être traité comme s'il avait commis un abus de jouissance, en ne jouissant pas de la chose en bon père de famille et suivant sa destination.

(1) Paris, 6 avr. 1886, D. 88, 2, 117.
(2) Cass. 20 janv. 1891, D. 91, 1, 184.
(3) Cass. 3 déc. 1872, S. 72, 1, 403.

ART. 1729. Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail (*).

Il n'est pas nécessaire, pour l'application de ce texte, qu'il y ait à la fois changement de destination, et dommage causé pour abus de jouissance (1). Le bailleur pourra demander la résiliation dans chacun des deux cas (2), et à plus forte raison si les deux cas se réalisent (3).

La résiliation n'a pas lieu de plein droit; elle doit être demandée par le bailleur, et sera accordée *suivant les circonstances;* c'est-à-dire que les juges sont investis d'un certain pouvoir d'appréciation (4).

Si les dommages résultant de l'abus de jouissance sont irréparables, le bailleur sera fondé à réclamer la résiliation du bail, avec dommages. Si les juges ne croient pas devoir accorder la résiliation du bail, ils devront néanmoins condamner immédiatement le preneur à des dommages-intérêts (5).

Si les dommages sont réparables, le bailleur pourra faire constater tout de suite les faits d'abus de jouissance, mais il n'obtiendra la réparation du dommage qu'à la fin du bail, si, à ce moment, le préjudice n'est pas réparé (6).

Par conséquent, si l'immeuble a subi des dégradations de

(*) Art. 1729. — L. 11 § 1, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) Trib. Anvers, 9 mai 1878, *Pas.*, 80, 3, 111.

(2) Cass. 12 nov. 1889, S. 91, 1, 203,

(3) AUBRY et RAU, § 367, note 8; LAURENT, t. XXV, n° 263; GUILLOUARD, t, I, n° 201; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 682; *Contrà*, DURANTON, t. XVII, n° 99; DUVERGIER, t. I, n° 400.

(4) Cass. 7 nov. 1882, S. 84, 1, 187; Grenoble, 8 mai 1882, S. 84, 2, 123.

(5) Cass. 20 déc. 1858, S. 60, 1, 66; LAURENT, t. XXV, n° 266; GUILLOUARD, t. I, n° 205.

(6) Caen, 6 juin 1857, D. 58, 2, 86; LAURENT, t. XXV, n° 267; GUILLOUARD, t. I, n° 203.

nature à être effacées par des réparations locatives, le preneur sera en faute s'il n'exécute pas ces réparations.

Mais il faut aussi tenir compte du droit qu'a le preneur de jouir de la chose, et du temps qui use tout. Il ne sera donc pas responsable de la diminution de valeur résultant de l'usage légitime auquel la chose a été soumise, ni de la vétusté de cette chose (1). Il devra, en définitive, apporter à la conservation de la chose qu'il a reçue et qu'il doit rendre, la vigilance *in abstracto*, d'un père de famille (Voy. t. VII, nos 93 et 94).

312. C'est donc à la fin du bail, lorsque le preneur devra rendre ce qu'il a reçu, qu'il y aura lieu de vérifier si sa responsabilité se trouvera engagée.

Puisqu'il doit rendre ce qu'il a reçu, il sera important de savoir s'il a été dressé ou non un état des lieux.

ART. 1730. S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure.

ART. 1731. S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire.

Le bailleur et le preneur sont respectivement tenus, l'un vis-à-vis de l'autre, de concourir personnellement ou par leurs préposés, à la confection d'un état des lieux contradictoire.

La partie qui refusera d'y procéder pourra être actionnée à cet effet devant la juridiction compétente, c'est-à-dire le juge de paix ou le tribunal civil, suivant l'importance des baux. Des experts pourront le cas échéant être chargés de dresser cet état à frais communs.

Aucun texte de loi ne fixe un délai après l'expiration duquel le bailleur ou le preneur serait privé du droit d'exiger un état des lieux. Si un pareil délai avait été stipulé dans le bail, il ne faudrait y voir qu'un délai d'ordre, dont l'expira-

(1) LAURENT, t. XXV, n 270; ARNTZ, t. IV, n° 1144.

tion n'enlèverait à aucune des parties le droit d'exiger l'état des lieux (1).

Un jugement relaté dans un arrêt de la Cour de cassation, qui n'a pas eu à examiner ce point, porte que le locataire qui réclamait cet état des lieux, étant en possession depuis plusieurs années, *un tel état n'avait plus de raison d'être* (2). Cela n'est pas exact; les constatations faites, à leur date, dans cet état peuvent toujours avoir leur importance, eu égard à une époque ultérieure.

L'état des lieux, quand il a été dressé soit à l'amiable, soit judiciairement, détermine donc la mesure des restitutions que doit opérer le bailleur soit quant aux conditions intrinsèques de la chose louée, soit quant à sa contenance.

C'est la contenance précise indiquée dans l'état des lieux qui doit être restituée. Le fermier sera donc responsable de la différence en moins existant entre cette contenance et celle qui a été constatée à la sortie, sans pouvoir, bien entendu, compenser ce déficit avec les usurpations qu'il aurait pu commettre au préjudice des voisins (3). A l'inverse, le propriétaire devra se contenter de la contenance mentionnée dans l'état des lieux, quand même son titre de propriété lui donnerait une contenance plus grande et qu'il offrirait de prouver que l'immeuble par lui acheté avait réellement la contenance indiquée (4).

Le preneur doit restituer la chose dans les mêmes conditions où elle était, suivant l'état qui a été dressé, lorsqu'il l'a reçue. Il ne répond pas des détériorations ou pertes provenant de la vétusté ou d'une force majeure. Les dégradations

(1) Paris, 18 mars 1895, D. 95, 2, 240.

(2) Voy. Cass. 28 juin 1892, S. 93, 1, 415.

(3) Nancy, 5 août 1865, D. 70, 2, 53; LAURENT, t. XXV, n° 269; GUILLOUARD, t. I, n° 243.

(4) Trib. Nivelles, 14 août 1857, *Cl. et B.*, 57-58, 724.

provenant de l'usage normal de la chose sont comprises dans la vétusté.

313. Si un état contradictoire n'a pas été dressé, la seule sanction de cette omission (1) est que le locataire est présumé avoir reçu les lieux en bon état de réparations *locatives*, dit l'art. 1731.

Faut-il lire le texte comme s'il y avait : en bon état de réparations *même* locatives? On l'a soutenu (2), par le motif que ces réparations sont *les plus importantes*, et que le preneur étant en droit d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations de toute nature, il *est probable* qu'il n'aura pas manqué d'user de ce droit. Mais comme il s'agit seulement de l'importance relative des réparations au point de vue envisagé par le preneur, et non de leur importance intrinsèque, il est au contraire bien plus probable que le preneur se sera principalement préoccupé de l'état des lieux en ce qui concerne les réparations locatives; il aura surtout vérifié si les portes et les croisées ferment bien, si les vitres ne sont pas cassées, etc., et aura accordé une médiocre attention à l'état des murs et des poutres. Il faudrait d'ailleurs reconnaître que l'art. 1731 ne saurait s'appliquer qu'aux dégradations apparentes de nature a être constatées par le preneur lors de son entrée en jouissance (3). Mais ce qui tranche toute controverse, c'est la rédaction précise de l'art. 1731, dont il n'est pas permis de modifier les termes (4).

§ 5. — Responsabilité du preneur en cas de perte ou d'incendie de la chose.

314. — Le preneur répond des dégradations ou perte de la chose louée, art. 1732;

(1) Paris, 18 mars 1895 *précité*.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 178 *bis* III; GUILLOUARD, t. I, n° 244; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 684.

(3) Cass. 2 fév. 1871, D. 72, 2, 150.

(4) LAURENT, t. XXV, n° 272; ARNTZ, t. IV, n° 1144.

315. — Spécialement en cas d'incendie, art. 1733.
316. — L'art. 1733 est-il limitatif quant aux moyens justificatifs qu'il indique?
317. — Critique de certains arrêts rendus sur la question.
318. — Véritable signification de l'art. 1733.
319. — Quand cesse l'application de l'art. 1733; elle s'étend au louage de meubles;
320. — Mais non au cas où l'incendie a commencé chez un voisin.
321. — Le bailleur peut-il agir directement contre le sous-locataire en vertu de l'art. 1733?
322. — Éléments de l'indemnité à la charge du preneur.
323. — Attribution légale au propriétaire et à certains créanciers de l'indemnité due par les compagnies d'assurances; Loi du 19 février 1889.
324. — Il résulte de cette dernière loi que le propriétaire peut avoir en même temps une action contre le locataire et une action contre l'assureur.
325. — Cas où un immeuble est loué à plusieurs locataires distincts, art. 1734 modifié par la loi du 5 janvier 1883.
326. — Le locataire chez qui l'incendie s'est déclaré est-il intégralement responsable du sinistre, quand aucune faute n'est établie à sa charge?
327. — Suite. Décision affirmative de la jurisprudence.
328. — La loi du 5 janvier 1883 n'a pas un effet rétroactif. L'art. 1734 modifié s'étend aux baux à ferme.
329. — Responsabilité du preneur quant au dommage causé par ses sous-locataires et autres, art. 1735.

314. Le preneur demeure soumis à la règle générale de l'art. 1302.

Par conséquent :

ART. 1732. Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute (*).

Les présomptions résultant des art. 1731 et 1732 peuvent être détruites par la preuve que, au moment de l'entrée en jouissance, les réparations locatives et autres n'étaient pas faites, ou bien que la chose a péri depuis cette époque par cas fortuit. Cette preuve pourra être faite par tous les moyens

(*) Art. 1732. — L. 11 § 2, D. 19, 2, *Loc. cond.*

possibles (1), notamment par la preuve testimoniale, quelle que soit l'importance du litige (2); les dégradations constituant un fait matériel et non pas un fait juridique, la preuve testimoniale est indéfiniment admissible (Voy. t. VIII, n° 280).

315. Il ne semble pas qu'il y ait des motifs particuliers pour modifier les solutions qui précèdent lorsqu'une maison louée a été détruite par un incendie. Le locataire ou les locataires ne pourront, dans ce cas, rendre la maison au propriétaire. Le contrat qui les oblige à restituer ne recevra donc pas son exécution. Or, en cas d'inexécution d'une obligation, la faute du débiteur est toujours *présumée*, en ce sens que c'est à lui de prouver que l'inexécution provient d'un fait dont il ne doit pas porter la responsabilité (art. 1302) (Voy. t. VII, n°s 95 et 143). Mais en réalité il y a déjà faute par cela seul qu'il n'exécute pas son obligation, sauf la preuve que l'inexécution est purement fortuite (3) (Comp. t. VIII, n° 427). Donc, comme l'incendie n'est pas, par lui-même, un cas fortuit, le preneur devra prouver que l'incendie est survenu sans sa faute, c'est-à-dire dans des conditions de nature à être forcément exclusives de toute faute.

Or, en fait, ces conditions se trouvent limitées à un petit nombre de circonstances comme cela résulte du texte suivant:

ART. 1733. Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve: — Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, — Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine (*).

Ces dernières expressions *ou que le feu...* indiquent bien que le législateur a voulu constater que le locataire ne pou-

(*) Art. 1733. — L. 9 § 3, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) Paris, 18 mars 1895, D. 95, 2, 240; L. 23, D. 50, 17. *De div. reg. juris.*

(2) Arg. Cass. 28 juin 1892, S. 93, 1, 415; DUVERGIER, t. I, n° 443; AUBRY et RAU, § 367; LAURENT, t. XXV, n° 273; GUILLOUARD, t. I, n° 245.

(3) SAUZET, *Respons. des locat.*, *Rev. crit.*, 1885, n° 12, p. 176.

vait s'exonérer de la responsabilité qu'en prouvant l'un des faits limitativement énoncés dans le texte. C'est là précisément le but utile de l'art. 1733, qui met fin en même temps à certaines controverses anciennes, et il est impossible de ne pas s'en tenir à un texte aussi manifestement restrictif (1).

316. La majorité des auteurs et de nombreux arrêts décident cependant que les moyens justificatifs indiqués par l'article 1733 ne sont pas limitatifs, que le preneur n'est pas obligé de prouver la cause de l'incendie, qu'il lui suffit d'établir qu'il n'a pas de faute à se reprocher (2). On argumente en ce sens d'une réponse faite par Tronchet, à une question qui ne visait pas le cas d'incendie, mais les cas ordinaires prévus par l'art. 1732 : « Comment, demandait-on, le preneur pourra-t-il prouver que l'événement est arrivé sans sa faute? — Les preuves de cette nature, répondit Tronchet, *se tirent des circonstances* (3). C'était absolument ne rien dire. On a cependant voulu appliquer cette prétendue solution à l'art. 1733, c'est-à-dire précisément au texte qui énumère limitativement les moyens justificatifs qui peuvent être employés!

Une raison qui paraît plus sérieuse est tirée de l'injustice que présenterait l'application littérale et restrictive de l'article 1733.

On fait observer que : « L'incendie est un fait d'une nature spéciale; c'est un accident qui, d'ordinaire, est imputable à une faute, à une négligence quelconque; néanmoins il se peut que cette faute ne puisse pas être imputée au preneur. Il

(1) TOULLIER, t. XI, n° 161; MARCADÉ, sur l'art. 1733, I; AUBRY et RAU, § 367, notes 20-22; Cass. 16 août 1882, S. 84, 1, 33; Caen, 1er déc. 1892, S. 93, 2, 152.

(2) DUVERGIER, t. I, n° 435; LAURENT, t. XXV, nos 276 et 280; ARNTZ, t. IV, nos 1145-1146; GUILLOUARD, t. I, n° 269; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 685; Cass. 11 janv. 1870, S. 70, 1, 335; Alger, 25 nov. 1892, D. 94, 2, 502; Comp. DRAMARD, *Respons. des co-locataires*, *Rev. crit.*, 1887, p. 241.

(3) FENET, t. XIV, p. 249-280.

fallait donc lui permettre d'établir les faits qui démontrent qu'il est sans faute. Quels sont ces faits? Le législateur indique les plus usuels afin de montrer quelle est la justification que le preneur aura à faire. Il prouve qu'il est sans faute quand il établit que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou qu'il est dû à un vice de construction, ou qu'il a été communiqué d'une maison voisine. Sont-ils les seuls faits qu'il puisse alléguer? C'est demander si le législateur peut avoir la prétention de prévoir tous les faits qui prouvent que le preneur est sans faute (1). »

Mais ce qu'on ne saurait demander au législateur on peut, sans indiscrétion, le demander aux auteurs et aux arrêts. Or nous soutenons qu'en dehors des faits énumérés dans l'article 1733, il est impossible d'en trouver *un seul* qui soit nécessairement exclusif de toute faute de la part du preneur.

On a donc cherché à tourner la difficulté, et voici ce qui a été imaginé : « On peut, a-t-on dit, prouver le cas fortuit *indirectement*, en établissant qu'aucune faute n'a été commise ni par le locataire, ni par les gens dont il répond, et cette seconde manière de prouver le cas fortuit n'est pas moins convaincante que la preuve *directe*. C'est par exemple le locataire d'une maison de campagne qui établit que le feu a pris, alors que depuis plusieurs mois, ni lui ni les siens n'y étaient entrés : N'a-t-il pas prouvé d'une manière complète l'absence de faute de sa part, et en même temps le cas fortuit (2)? »

Mais non; il n'a absolument rien prouvé, car le fait de l'absence du locataire n'est pas exclusif de toute faute de sa part : peut-être a-t-il laissé sur le plancher des matières phosphorées qui, par leur dessiccation, ont pu s'enflammer; peut-être y a-t-il eu combustion spontanée de choses fermentescibles; dans tous les cas, quoique le preneur ne soit pas

(1) LAURENT, t. XXV, n° 279.
(2) GUILLOUARD, t. II, n° 269.

tenu à une résidence continue, le seul fait de son absence aboutit forcément à un défaut de surveillance qui aurait suffi peut-être à empêcher l'incendie, etc.

317. Du reste, le langage des arrêts démontre avec la dernière évidence l'inconsistance absolue de la doctrine que nous combattons.

Ainsi une Cour décide que le locataire, pour se décharger de la responsabilité, n'a pas besoin de prouver, *d'une manière précise et déterminée*, le cas fortuit qu'il prétend avoir été la cause de l'incendie. Il suffit qu'il démontre l'impossibilité d'expliquer le sinistre autrement que par un cas fortuit, dont l'existence *peut être supposée*, quoique la cause (l'arrêt veut dire probablement *la nature*) en demeure inconnue (1). Voilà donc l'existence d'un cas fortuit, admise *par supposition*, à suite d'une preuve *non précise ni déterminée !*.....

Une pareille doctrine n'est vraiment pas soutenable. C'est donc avec raison que, dans une espèce où le locataire invoquait un vice de construction, la Cour de Paris a jugé que le locataire devait prouver *d'une façon catégorique*, que le sinistre était dû à ce vice de construction, et qu'il ne lui suffisait pas de produire un rapport d'expert déclarant *très vraisemblable et très plausible* l'hypothèse du vice de construction comme cause de l'incendie (2).

La doctrine que nous repoussons consiste, il faut le remarquer, à substituer une *probabilité* à une *preuve* exigée par la loi; et cette substitution est facile à découvrir même sous des formules qui paraissent avoir pour but de la dissimuler, comme celle, par exemple, aux termes de laquelle : le locataire n'est pas tenu de prouver d'une façon *déterminée*, la cause de l'incendie; il lui suffit de démontrer que le sinistre a eu *nécessairement* pour cause un cas fortuit ou de force ma-

(1) Alger, 25 nov. 1893, D. 94, 2, 502.
(2) Paris, 19 nov. 1893, S. 94, 2, 11.

jeure, et notamment que l'incendie est dû à la malveillance, bien que l'auteur en soit inconnu (1). Le mot *nécessairement* venant après la mention d'une preuve indéterminée, ne peut signifier que *probablement*. Or, dans l'espèce, la probabilité n'était même pas démontrée. Un autre arrêt fait remarquer en effet qu'il ne suffit pas au locataire d'établir que l'incendie a été causé par la malveillance, qu'il doit prouver en outre, d'une façon certaine, que cette malveillance n'est imputable à aucune personne de sa maison du fait de qui il doit répondre (2).

318. C'est du reste bien à tort, selon nous, que l'art. 1733 a été considéré comme établissant une restriction à l'application des principes généraux; il contient seulement une *précision* tout à fait d'accord avec ces mêmes principes.

Il ne faut pas en effet perdre de vue que, dans la difficulté envisagée, il s'agit uniquement d'une preuve négative que doit faire le preneur pour détruire la présomption de faute résultant contre lui de cette circonstance qu'en fait l'obligation de restituer n'est pas remplie. Il doit donc prouver qu'il n'est pas en faute. Les arrêts croient avoir dit quelque chose lorsqu'ils ont déclaré : que le preneur doit prouver l'impossibilité de toute faute de sa part (3), ou que le preneur ne doit pas se borner à offrir de prouver d'une manière générale qu'il a veillé à la garde et à la conservation de l'immeuble en bon père de famille, mais qu'il doit offrir de prouver des faits assez précis pour permettre aux juges d'apprécier s'il a réellement veillé en bon père de famille à la garde et à la conservation de l'immeuble (4). Une telle preuve ne fera pas avancer la question d'un pas, car la circonstance que l'immeuble a été incendié proteste par elle-même; il en résulte

(1) Amiens, 6 janv. 1886, D. 87, 2, 152.
(2) Caen, 1er déc. 1892, S. 93, 2, 152.
(3) Orléans, 4 déc. 1886, D. 88, 2, 63.
(4) Toulouse, 20 mars 1894, D. 95, 2, 316.

une inexécution de l'obligation, et c'est cette inexécution qui constitue une faute réalisée et non pas seulement présumée.

D'ailleurs quelle que soit la précision des faits articulés, ces faits ne peuvent rayonner que dans une sphère bien restreinte, et ne sauraient empêcher une fissure par où aurait pu se produire une négligence ayant occasionné l'incendie.

Il faut donc que le fait articulé soit de nature à impliquer par lui-même la négation directe de toute inexécution de l'obligation imputable au preneur. Or, si l'on cherche bien, on reconnaîtra qu'il en est seulement ainsi dans les trois cas prévus par l'art. 1733; dans tous les autres cas il y aura une fissure par où la faute a pu se produire, et l'art. 1733 n'a pas voulu dire autre chose.

De ce que l'erreur que nous venons de démontrer paraît avoir été partagée par plusieurs de ceux qui ont pris part à la discussion de la loi du 5 janvier 1883 qui a modifié l'article 1734, on a voulu tirer cette conclusion que l'art. 1733 devait être entendu désormais dans le sens erroné qui vient d'être refuté, en vertu d'une interprétation *quasi-législative* (1)!

319. Avant la loi précitée du 5 janvier 1883, la jurisprudence reconnaissait que la présomption de faute à la charge du preneur cessait quand une portion de la maison louée était occupée par le bailleur lui-même. Ce dernier ne pouvait invoquer contre le locataire la disposition de l'art. 1733 qu'à la condition d'établir d'abord que l'incendie n'était pas né chez lui, et de plus il ne pouvait réclamer d'indemnité en cas de perte de la portion par lui occupée que s'il faisait la preuve d'une faute commise par le locataire (2). La même solution était appliquée au locataire principal habitant une partie de la maison louée (3). Depuis la loi de 1883, il a été

(1) GUILLOUARD, t. I, n° 270.

(2) Paris, 2 déc. 1872, D. 74, 5, 318 et les renvois.

(3) Lyon, 26 déc. 1882, D. 83, 2, 209; Poitiers, 24 janv. 1889; Toulouse, 7 fév. 1888, D. 90, 2, 97.

jugé plusieurs fois que les mêmes principes devaient être suivis, la loi précitée n'ayant modifié la législation antérieure qu'en ce qui concerne la solidarité établie autrefois entre les divers locataires d'une même maison (1).

Il est d'ailleurs certain que la présomption de faute, pour nous servir de la locution ordinaire, édictée par l'art. 1733 n'est pas applicable à celui qui habite la maison, non comme locataire, mais comme membre de la famille du bailleur. Celui-là ne peut être déclaré responsable de l'incendie qu'autant qu'une faute est relevée à sa charge dans les termes de l'art. 1382 (2).

Il faudrait au contraire assimiler à un locataire, au point de vue de la responsabilité en cas d'incendie, l'entrepreneur de fournitures militaires occupant en cette qualité un bâtiment de l'État (3).

Quant au co-propriétaire par indivis qui jouit seul de l'immeuble commun en vertu d'un règlement de jouissance intervenu sous la forme d'un bail, il est certainement locataire, sauf, dans le règlement des indemnités diverses, à tenir tel compte que de droit de cette circonstance qu'il est propriétaire pour partie (4).

Le créancier antichrésiste et l'usufruitier sont soumis à la même responsabilité que les locataires (5) (Voy. t. IV, n° 251). Si c'est le mari, chef de la communauté, qui a donné à bail un immeuble compris dans l'usufruit de la communauté et

(1) Grenoble, 19 déc. 1893, D. 94, 2, 471; Bordeaux, 11 mai 1888, D.90, 2, 87; Rennes, 15 fév. 1889, D.90, 2, 97, etc.; Riom, 21 mai 1886, D. 87, 2, 67; Comp. Cour supér. de just. (Luxembourg), 20 mai 1888, 4, 23; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 273.

(2) Poitiers, 24 janv. 1889, S. 89, 2, 182.

(3) Cons. d'État, 13 mars 1891, S. 93, 3, 34.

(4) Orléans, 7 janv. 1888, D. 88, 2, 295.

(5) LAURENT, t. XXV, n°s 304-305; ARNTZ, t. IV, n° 1146; Cass. 4 juill. 1887, S. 87, 1, 465; PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, *Exam. doct.*, p. 288.

appartenant à la femme, il n'est pas responsable vis-à-vis de cette dernière de l'incendie survenu, car en le donnant à bail à un tiers il n'a fait qu'user de son droit, et la responsabilité du preneur s'est substituée à la sienne (1).

D'après quelques arrêts (2), la responsabilité de l'art. 1733 ne devrait pas s'étendre à la location des meubles, par le motif que ce texte est placé sous la rubrique des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, et qu'il parle de vices de construction. Cette circonstance pourrait tout au plus faire naître une simple raison de douter; mais la raison de décider réside en ceci que l'art. 1733 n'est qu'une application de l'art. 1302, et qu'il n'y a aucun motif pour distinguer, à ce point de vue, entre le louage de meubles et le louage d'immeubles (3). Il faudra seulement observer que la responsabilité édictée par l'art. 1733 ne concerne que le locataire proprement dit, et qu'elle ne saurait atteindre celui qui s'est borné à fournir au locataire lui-même des objets mobiliers nécessaires à l'exercice de son industrie (4).

320. Cette même responsabilité ne saurait davantage atteindre celui qui n'a eu la jouissance d'aucune partie de l'immeuble incendiée, dans le cas, par exemple, où le propriétaire d'une maison a loué une parcelle de terrain nu contigue à cette maison plus tard incendiée. Le locataire qui a élevé des constructions sur le terrain loué pourra être responsable en vertu de l'art. 1382, s'il est prouvé que le feu a pris chez lui par sa faute, mais non en vertu de l'art. 1733 (5).

Le locataire, dans le cas précité, est traité comme un voisin ordinaire. Or, il est certain que la présomption de faute

(1) Cass. 24 fév. 1890, D. 93, 1, 119.

(2) Rouen, 8 déc. 1879, 28 janv. 1880, S. 81, 2, 125.

(3) Cass. 16 août 1883, S. 84, 1, 33, et la note; GUILLOUARD, t. I, n° 275.

(4) Alger, 25 nov. 1893, D. 94, 2, 502.

(5) Cass. 19 juin 1895, D. 95, 1, 480,

résultant de l'art. 1733 n'a été établie en faveur du propriétaire de la maison louée qu'à l'égard des locataires de cette maison. Le propriétaire ne pourra agir contre un voisin même en invoquant la responsabilité édictée par l'art. 1386, en admettant l'application de ce texte en cas d'incendie, qu'à la charge de prouver que l'incendie a eu pour cause la faute, l'imprudence ou la négligence de ce dernier (1).

Réciproquement, un voisin aurait la même action, en vertu de l'art. 1382, pour obtenir réparation du préjudice que lui aurait causé l'incendie survenu à la maison d'un propriétaire par suite de fautes personnelles à ce dernier. La circonstance qu'un locataire aurait été déclaré responsable du même incendie au regard du propriétaire, ne mettrait pas obstacle à l'action du voisin (2).

321. La sous-location ne créant, comme nous l'avons déjà démontré (*Suprà*, n° 282), aucun rapport direct entre le bailleur et le sous-locataire, le bailleur, ou la compagnie d'assurances subrogée à ses droits, ne peut en cas d'incendie, invoquer directement contre le sous-locataire ce qu'on appelle la présomption de faute édictée par l'art. 1733 contre le locataire. Mais à défaut d'une action directe, le bailleur pourrait, en vertu de l'art. 1166, faire valoir contre le sous-locataire, tous les droits que pourrait exercer le locataire principal, sauf à subir les exceptions opposables à ce dernier (3). Cette solution est l'évidence même (4). Cependant la Cour de cassation décide, comme nous l'avons vu (*Suprà*, n° 283), que le bailleur n'est pas réduit à exercer les droits du locataire

(1) Cass. 22 oct. 1889, D. 1890, 1, 122; Aix, 4 juill. 1894, D. 95, 2, 167; Voy. PLANIOL, *Exam. doctr.*, *Rev. crit.*, 1890, p. 333.

(2) Paris, 16 déc. 1889, D. 90, 2, 364.

(3) Poitiers, 24 janv. 1889, S. 89, 2, 182; Toulouse, 7 fév. 1888, S. 88, 2, 101.

(4) LAURENT, t. XXV, n° 211; ARNTZ, t. IV, n° 1155; GUILLOUARD, t. I, n° 276; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 693.

principal, mais qu'il puise *dans le contrat de bail* et *dans le fait de l'habitation*, le droit d'invoquer directement contre les sous-locataires la responsabilité établie par l'art. 1733 (1).

On dit à l'appui de cette opinion que : « En stipulant le paiement des loyers, l'occupation des lieux loués, etc... le locataire principal n'a pas fait seulement sa propre affaire, mais aussi celle du bailleur, et il avait pour cela un mandat tacite de celui-ci, virtuellement autorisé à choisir, si bon lui semblait, des sous-locataires, de sorte qu'il y a entre ces derniers et le bailleur un lien de droit direct (2). » Mais si un tel mandat tacite existe réellement, le locataire principal, après l'avoir exécuté en choisissant un sous-locataire, ne pourra rien faire qui puisse venir rompre le lien de droit ainsi artificiellement créé entre le bailleur et le sous-locataire. Il est néanmoins constant que si le sous-bail a été résilié et que l'occupation du ci-devant sous-locataire a continuée à titre gratuit, le bailleur ne pourra agir qu'en prouvant la faute de l'occupant (3).

322. La responsabilité du preneur en cas d'incendie de la chose louée se traduira par le paiement d'une indemnité. Cette indemnité devra d'abord représenter la valeur de la maison au moment de l'incendie, en cas de perte totale. Mais elle ne s'étendra pas aux pertes que peut subir le propriétaire en dehors de la chose incendiée, par exemple à la perte de la clientèle, à moins que le bailleur n'établisse spécialement que l'incendie a eu lieu par suite d'une certaine faute du preneur.

Celui-ci n'est pas responsable des gains dont le bailleur a été privé. Par conséquent il ne devra pas les loyers jusqu'à la date où le bail devait prendre fin d'après le contrat, car

(1) Cass. 13 janv. 1892, S. 92, 1, 89; Bastia, 15 fév. 1893, D. 93, 2, 327; Comp. GUILLOUARD, t. I, n^{os} 337-340.

(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*, n° 339.

(3) Trib. Liège, 7 juill. 1880, *Cl. et B.*, 81-82, 26; Voy. LABBÉ, noté sous un arrêt de la Cour de Paris, 29 fév. 1876, S. 76, 2, 329.

l'incendie a mis fin au bail. Mais il devra les loyers pendant le temps présumé nécessaire pour la reconstruction et la relocation de l'immeuble (1). Le locataire n'est tenu des frais de reconstruction que déduction faite de la différence du vieux au neuf (2).

Une clause du bail oblige quelquefois le preneur à faire assurer contre l'incendie la chose louée. Plus souvent, la chose se trouve déjà, au moment du bail, assurée par les soins du propriétaire lui-même, et le bail contient une clause aux termes de laquelle le preneur devra payer la prime d'assurances. Une telle clause n'implique pas, en général et sauf intention contraire, que le bailleur a voulu renoncer à son action éventuelle en garantie (3).

323. La compagnie d'assurances qui paie l'indemnité au propriétaire n'est subrogée aux droits du propriétaire qu'à dater du paiement. Mais depuis la loi du 19 février 1889, le propriétaire devient immédiatement attributaire de l'indemnité due éventuellement au locataire en cas de sinistre (4).

Cette loi est ainsi conçue :

« Art. 2. Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. — Néanmoins les paiements faits de bonne foi, avant opposition, sont valables.

« Art. 3. Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des art. 1733 et 1382, C. C. — En cas d'assurance du risque locatif

(1) Lyon, 23 fév. 1892, D. 92, 2, 393.

(2) Cass. 9 nov. 1869, S. 70, 1, 60; AUBRY et RAU, § 367, texte et note 29; GUILLOUARD, t. I, n° 280; *Contrà*, DUVERGIER, t. I, n° 419.

(3) LAURENT, t. XXV, n°s 290,291.

(4) Voy. une étude sur cette loi par MM. DARRAS et TARBOURIECH, dans l'*Annuaire de Droit comm.*, 1890, p. 48.

ou du recours des voisins, l'assuré ou ses ayants droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité, sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre. »

La cession résultant de l'art. 2 en faveur des créanciers privilégiés et hypothécaires, produit son effet de plein droit à partir de la date des assurances ou de la date des hypothèques, selon les cas. Ainsi un immeuble déjà grevé de privilèges ou d'hypothèques est assuré contre l'incendie ; à l'instant même de la date du contrat d'assurance les créanciers ayant un droit réel sont saisis, *suivant leur rang*, du droit éventuel à une indemnité en cas de sinistre. Si à la date de l'assurance il n'y avait encore sur l'immeuble assuré aucune hypothèque ni privilège, les créanciers qui surviendraient ultérieurement seraient directement saisis du droit à l'indemnité, *sans qu'il y ait besoin de délégation expresse.*

Il va de soi que l'assureur doit être informé de l'existence d'une semblable cession légale. En conséquence les créanciers devenus cessionnaires légaux devront faire signifier à l'assureur le fait de la cession, et cette signification vaudra opposition. C'est ce que décide le paragraphe final de l'art. 2 portant que : les paiements faits de bonne foi, avant opposition, sont valables. Tout cela suppose que les créanciers seront informés du fait de l'assurance et du nom de l'assureur. Comment seront-ils renseignés sur ces deux points? La loi ne s'en est pas préoccupée.

Il convient en outre de remarquer que si cette signification, ou opposition, est utile pour empêcher l'assureur de faire un paiement valable entre les mains de l'assuré, elle ne semble pas être nécessaire pour saisir les créanciers privilégiés ou hypothécaires vis-à-vis d'autres cessionnaires de l'assuré. L'attribution légale résultant de la loi nouvelle au profit des créanciers qu'elle entend favoriser, n'est, en effet subor-

donnée à aucune condition spéciale de publicité à l'égard des tiers. C'est la publicité du privilège ou de l'hypothèque, en tant qu'elle sera réalisée, qui assurera la publicité de la cession légale du droit à l'indemnité. (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 295).

Si le créancier perd son privilège ou son hypothèque, comme il n'a plus de rang il perd en même temps le bénéfice de l'attribution qui lui avait été faite du droit à l'indemnité. En cas pareil il vaudrait mieux pour les créanciers être saisis du droit à l'indemnité en vertu d'une cession volontaire consentie par l'assuré, avec accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1690, et produisant ainsi des effets irrévocables.

Suivant les principes ordinaires, l'indemnité due au locataire pour risques locatifs ou recours du voisin devait tomber dans le patrimoine de l'assuré et devenir le gage de tous ses créanciers. Le second paragraphe de l'art. 3 a pour objet d'attribuer l'indemnité à ceux à qui elle doit profiter d'après la nouvelle règle posée par l'art. 2.

La même loi du 19 février 1889 contient un article transitoire ainsi conçu :

« Art. 4. Les dispositions de l'art. 2 ne préjudicieront pas aux droits des intéressés dans les cas où l'indemnité aurait fait l'objet d'une cession éventuelle à un tiers, par acte ayant date certaine au jour où la présente loi sera exécutoire, à la condition toutefois que le transport, s'il n'a pas été notifié antérieurement, en conformité de l'art. 1690, C. C., le soit au plus tard dans le mois qui suivra. »

324. Il résulte de la loi de 1889 dont nous venons de présenter une rapide analyse, que désormais le propriétaire est investi de deux actions, l'une contre le locataire, à raison de la responsabilité édictée par l'art. 1733, l'autre contre l'assureur en vertu de la loi nouvelle (1).

(1) Nancy, 13 mai 1893, D. 94, 2, 439.

Ces deux actions peuvent aboutir à des résultats différents, car la responsabilité du locataire est plus étendue que celle de l'assureur qui est strictement limitée à la valeur de la chose au moment du sinistre (1). Par conséquent la cession légale dont nous venons de parler, ne fait pas obstacle à ce que le bailleur puisse réclamer au locataire la portion du dommage dont il n'aura pas été indemnisé par l'assureur. De même la subrogation consentie au profit de l'assureur par le propriétaire assuré ne pouvant nuire à ce dernier, n'empêchera pas celui-ci de réclamer au locataire la portion d'indemnité qu'il n'aura pas reçu de l'assureur (2). On voit donc que le propriétaire a intérêt à conserver, même en cas d'assurance, tous les droits que lui confère l'art. 1733 contre son locataire ou fermier (3).

D'un autre côté, le recours du bailleur contre le locataire, en vertu de l'art. 1733, n'est pas nécessairement restreint à la valeur qu'il a personnellement attribuée à son immeuble dans le traité qu'il a passé lui-même avec l'assureur. Il importe peu qu'il ait indiqué cette valeur au locataire, en lui imposant dans le bail l'obligation de faire assurer ses risques locatifs, car le locataire est demeuré libre d'adopter ou de modifier cette évaluation.

Si le locataire a fait assurer ses risques locatifs par la même compagnie qui a assuré l'immeuble pour le compte du bailleur, il ne sera pas lié par l'expertise qui aura eu lieu entre le bailleur et l'assureur dans le but de déterminer la valeur de l'immeuble et l'étendue du dommage.

325. Quand les diverses parties d'une maison incendiée étaient louées à des locataires différents et que la cause ou l'auteur de l'incendie étaient ignorés, les principes juridiques

(1) LAURENT, t. XXV, nos 286, 287; GUILLOUARD, t. I, n° 279.
(2) Trib. Charleroi, 27 nov. 1880, *Cl. et B.*, 81-82, 39.
(3) Voy. GOURAINCOURT, *Code du prop. et du fermier*, p. 162 et suiv.

voulaient que chaque locataire fût seulement responsable envers le propriétaire de la partie de l'édifice par lui occupée, et qu'il devait restituer. Mais dans le but de favoriser les propriétaires d'immeubles urbains, le législateur, sur le fondement d'une convention tacite, admise contre toute réalité entre le bailleur et chaque locataire, avait décidé que tous les locataires seraient solidairement responsables de l'incendie.

Cette disposition étant universellement critiquée, une loi du 5 janvier 1883, applicable, suivant la formule ordinaire, à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion, a modifié le texte de l'art. 1734 pour consacrer un retour au droit commun:

ART. 1734. *Texte ancien.* S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie; — A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu; — Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.	*Texte nouveau.* S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent; — A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul ne est tenu; — Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.

Que serait-il advenu si au lieu de substituer un texte nouveau au texte ancien, le législateur s'était borné à abroger purement et simplement l'art. 1734?

C'est que la solidarité ne pouvant être présumée, il fallait appliquer la règle générale qui est la division des dettes (V. t. VII, n° 309), ou plutôt qu'il y avait lieu de reconnaître qu'il existait en réalité autant de dettes distinctes qu'il y avait de locations distinctes elles-mêmes. Que par suite chacun des locataires ne pouvait être tenu que dans les limites de l'obligation de restituer résultant de son bail particulier, en tant que cette obligation portait sur une portion de l'immeuble susceptible d'être détruite par un incendie. Il eût été absurde, en effet, de se demander s'il existait une obligation collective devant être subdivisée en portions viriles.

Or l'obligation de restituer a pour mesure la valeur locative de la partie ainsi caractérisée de l'immeuble occupée par chacun. Donc la somme à payer pour indemnité par chaque locataire, aurait été proportionnelle à cette valeur locative considérée en soi, et non proportionnellement au loyer convenu entre le propriétaire et chaque locataire, loyer qui peut ne pas être égal à l'exacte valeur locative.

Enfin si le propriétaire avait lui-même habité une partie de la maison, il aurait supporté la perte de cette partie, conformément aux solutions que nous avons déjà indiquées sur ce point.

Voilà comment les choses se seraient passées, si l'art. 1734 avait été purement et simplement abrogé, et il n'y aurait eu place pour aucune controverse. Malheureusement il n'en a pas été ainsi, et le texte nouveau, fort inutilement substitué à l'ancien, a donné lieu à des solutions inattendues, et, comme on a pu le dire, à d'extraordinaires surprises.

326. Supposons, en effet, qu'aucune faute n'ait été directement établie à la charge du locataire chez lequel l'incendie s'est déclaré, ce locataire sera-t-il intégralement responsable du sinistre, ou devra-t-il seulement une indemnité proportionnelle à la partie de maison qu'il occupe, le surplus de la perte devant rester à la charge du propriétaire?

Il semble que la question ne puisse même pas être posée. La loi nouvelle a eu précisément pour objet de rétablir le droit commun en faisant disparaître une obligation pour le tout qui n'avait pas de raison d'être, et en réduisant la responsabilité du locataire aux conséquences de sa *faute contractuelle*. Pour obtenir de ce locataire la réparation intégrale du préjudice souffert par le propriétaire, il ne suffirait pas d'établir que l'incendie a commencé chez les autres, ou qu'il a commencé dans son appartement; il faudrait prouver qu'il est l'auteur direct de l'accident; il répondrait alors d'une *faute délictuelle*, et dans ce cas on aurait

contre lui l'action en dommage fondée sur l'art. 1382 (1).

Il est vrai que la Chambre des députés avait d'abord adopté une disposition déclarant formellement que si quelques-uns des locataires réussissaient à prouver l'absence de faute, les autres restaient tenus de la réparation intégrale du préjudice causé par l'incendie. Mais le système contraire, celui de la responsabilité *contractuelle* fut adopté par le Sénat, et le rapporteur, M. Batbie, déclara qu'il était seul conforme aux principes, et qu'augmenter la responsabilité des locataires présumés en faute, en cas d'exonération d'un ou de plusieurs autres, « c'était rentrer dans l'obligation *in solidum*, après l'avoir condamnée », — et le texte remanié en ce sens fut accepté par la Chambre (2).

Aussi *l'étonnement fut-il grand* (3), lorsque peu de temps après la publication de cette loi, le même M. Batbie entreprit de démontrer que, dans l'hypothèse où l'origine du feu est connue, et où par conséquent un seul locataire est responsable, celui-ci est encore tenu pour le tout comme avant la réforme de 1883 (4).

Le principal argument de M. Batbie consiste à dire : « Si le feu a pris chez un locataire, celui-là seul est tenu de réparer le préjudice, et la loi du 5 janvier 1883 ne régit pas ce cas : comme il n'y a qu'un débiteur, il ne peut s'agir de solidarité et il faut écarter la loi nouvelle qui n'a été faite que pour supprimer la solidarité (5). »

327. Ce singulier sophisme a été facilement réfuté :

« Est-il donc vrai, a répondu M. Sauzet, que dès qu'il n'y a qu'un débiteur, *toute idée de solidarité disparaisse?* Oui

(1) Pau, 15 juill. 1891, S. 91, 2, 216.
(2) *J. Off.* du 19 sept. 1882, p. 2230; *Lois annotées*, SIREY, 1883, p. 409.
(3) PLANIOL, *Rev. crit.*, 1880, *Exam. doctr.*, p. 287.
(4) Voy. BATBIE, *De la loi du 5 janv.* 1883, *Rev. crit.*, 1884, p. 736.
(5) *Ibid.*, p. 739 et 745.

assurément s'il n'y a jamais eu qu'un seul débiteur, si le lien d'obligation s'est formé entre le créancier et un débiteur unique; mais ce n'est pas le cas ici : entre le bailleur et les colocataires il y a pluralité de liens contractuels; l'un se rompt, les autres tiennent; tous se rompent moins un, le dernier tient; le débiteur resté seul est tenu, mais tenu de quoi? De son obligation primitive telle quelle, pour le tout si l'obligation était solidaire, pour partie si elle était simplement conjointe. — Mais comment concevoir que la nature d'une dette se transforme par la libération des codébiteurs? L'obligation *in solidum* par effet de la solitude qu'on veut introduire dans notre hypothèse, me paraît de tout point une nouveauté juridique, assurément ingénieuse, mais qui : *Heurte trop notre siècle et les communs usages*. — Depuis la loi de 1883 les locataires ne sont plus que débiteurs conjoints; ils doivent en vertu de leur contrat restituer ce qu'ils ont reçu, l'appartement qu'ils occupent. Voilà leur responsabilité (1). »

Cela est décisif, et les jurisconsultes qui ont écrit sur la matière arrivent tous à la même conclusion (2).

Cependant la Cour de cassation et les tribunaux ont préféré donner raison au sophisme développé par M. Batbie. Il est invariablement décidé que les modifications apportées par la loi du 5 janvier 1883 ont uniquement eu pour objet de substituer une obligation proportionnelle et divise à une obligation solidaire; que, par suite, les locataires occupant la partie de l'immeuble où le feu a commencé, s'ils ne démontrent pas que le feu a commencé chez l'un d'eux, sont tenus, comme avant la loi de 1883, d'indemniser le bailleur de la totalité du

(1) *De la respons. des locat.*, *Rev. crit.*, 1885, n° 27, p. 193.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 277; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 687; PLANIOL, *loc. cit.*; CHARMONT, *Rev. crit.*, 1891, *Exam. doctr.*, p. 85; *Adde*, LABBÉ, *Rev. crit.*, *Exam. doctr.*, 1886, p. 441.

dommage causé par l'incendie, à quelque partie de l'immeuble qu'il se soit étendu (1).

En maintenant ainsi au propriétaire le droit à une indemnité totale sans qu'il y ait faute prouvée du locataire, on lui donne une créance sans titre et sans preuve. On le fait bénéficier d'une confusion injuste entre l'action qui lui appartient contre son locataire pour l'exécution d'une promesse, et l'action qui pourrait lui appartenir contre un tiers pour la réparation d'un dommage (2). C'est un nouvel échec pour la théorie des deux fautes « qui, sans réaliser absolument toutes les espérances qu'elle avait fait naître, pouvait être cependant féconde en conséquences pratiques, donner une satisfaction immédiate et au moins provisoire à des besoins nouveaux, et rajeunir certaines parties de notre droit (3). »

« Quelle est donc, a-t-on pu se demander, la mystérieuse influence qui a toujours empêché cette théorie de pénétrer en pratique dans les décisions judiciaires (4)? »

Il n'est peut-être pas difficile de la deviner : la théorie des deux fautes intéresse à la fois les colocataires en cas d'incendie, et les ouvriers victimes d'accidents au cours de leur travail (5).

Si la distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle était admise dans les rapports du propriétaire avec ses locataires, il faudrait l'admettre aussi dans les rapports des ouvriers avec les patrons. Or *on ne veut pas* que les

(1) Cass. 9 mai 1892, S. 92, 1, 240; Cass. 4 juin 1889, S. 89, 1, 477; Cass. 5 avr. 1887, D. 87, 1, 329; Orléans, 10 mai 1890, D. 91, 2, 230; Paris, 10 nov. 1886, D. 88, 2, 47.

(2) PLANIOL, *loc. cit.*, p. 288.

(3) CHARMONT, *loc. cit.*, p. 88.

(4) PLANIOL, *loc. cit.*

(5) V. une dissert. ayant pour titre : *De la responsabilité délictuelle, contractuelle. Respons. des locataires envers le propriétaire en cas d'incendie; Responsabilité du patron envers l'ouvrier*, *Rev. crit.*, 1886, p. 485.

ouvriers puissent se prévaloir contre les patrons de la *faute contractuelle* résultant du seul fait de l'inexécution de la part de ces derniers du contrat de louage intervenu entre les parties (Voy. t. VIII, n°s 414 à 433). Quand on s'est aperçu de la relation qui existait entre la responsabilité des locataires et la responsabilité des patrons, la loi était votée. C'est alors que s'est produite la volte-face de M. Batbie.

328. La loi de 1883 n'édicte pas, il faut le remarquer, une règle d'ordre public, à laquelle il ne serait pas possible de déroger, et dont l'application devait s'imposer à partir de sa date. Elle ne peut pas davantage être considérée comme édictant une règle de procédure pouvant régir des faits antérieurs. Elle n'échappe donc pas au principe de la non rétroactivité des lois, et dès lors elle ne s'applique ni aux baux, ni aux sinistres antérieurs à sa promulgation (1); mais elle régit la tacite reconduction qui se serait produite depuis cette époque et qui constitue un contrat nouveau.

Si la maison est occupée par des locataires ayant traité, les uns sous l'empire de l'ancien art. 1734, et les autres sous l'empire du texte nouveau, il est certain que ces derniers pourront invoquer le bénéfice de la loi nouvelle. Les autres cesseront d'être responsables quant aux parties de la maison louée postérieurement à la promulgation de cette loi; mais ils demeureront tenus solidairement entre eux à raison des autres parties de la maison (2).

L'art. 1734, modifié par la loi de 1883, s'applique non seulement aux baux à loyer, mais encore aux baux à ferme, dans le cas où les bâtiments d'une ferme sont occupés simultanément par plusieurs fermiers. C'est ce qui pourra fréquemment arriver lors d'un changement de bail, pendant

(1) Cass. 26 avr. 1892, S. 92, 1, 304; Cass. 13 fév. 1892, D. 92, 1, 548.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 690; Comp. BATBIE, *Rev. crit.*, 1884, p. 738-739, note 1.

cette période où le fermier entrant et le fermier restant vont vivre forcément l'un à côté de l'autre. Il est conforme à la doctrine que nous avons exposée, de décider que chaque fermier répondra seulement de la perte des lieux par lui occupés, sauf la preuve faite contre lui d'une faute positive (1).

329. Le dommage éprouvé par le bailleur dans la chose louée, peut ne pas émaner directement du locataire lui-même, mais de personnes tierces dont il doit répondre.

Qu'il s'agisse de baux à loyer ou de baux à ferme,

ART. 1735. Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires (*).

Le locataire aubergiste ou logeur est donc responsable du fait des voyageurs qu'il reçoit.

Cette rigueur a été critiquée par le motif qu'il n'est pas juste de rendre le preneur responsable d'un dommage qu'il n'a pas pu empêcher (2). Mais comment le bailleur pourrait-il venir discuter utilement avec le preneur, soit l'imprudence ordinaire de l'auteur du dommage, soit l'imprudence spéciale qui a occasionné ce dommage (3)? C'est au preneur à bien choisir les personnes qu'il introduit dans l'immeuble, et à surveiller ensuite leur conduite. C'est donc à tort qu'un tribunal a décidé que le locataire principal ne saurait être responsable du crime d'incendie commis par un sous-locataire, parce que ce crime n'ayant pu entrer dans les prévisions ordinaires, doit être assimilé à un cas fortuit, à moins que les antécédents, les crimes déjà commis, ou l'état mental du sous-locataire, ne constituent à la charge du locataire principal une présomption de faute (4). Tout cela est insoutena-

(*) Art. 1735. — L. 11, pr.; L. 30 § 4, D. 19, 2, *Loc. cond.*; L. 27 § 9, 11, D. 9, 2, *Ad. leg. Aquiliam.*

(1) GOURAINCOURT, *loc. cit.*, p. 170 et suiv.

(2) LAURENT, t. XXV, n° 275; ARNTZ, t. IV, n° 1144.

(3) GUILLOUARD, t. I, n° 247.

(4) Trib. Saint-Flour, 30 oct. 1890, D. 91, 3, 95.

ble, et il a été jugé avec raison que les offres de preuve articulées dans le sens ci-dessus doivent être rejetées comme inopérantes (1).

§ 6. — Comment le bail prend fin.

330. — Indications générales.
331. — Du congé et des baux faits par écrit ou sans écrit, art. 1736, 1737.
332. — Nature et preuve du congé; dans quels délais il doit être donné.
333. — Baux faits pour périodes successives.
334. — Tacite reconduction, art. 1738; ses effets.
335. — Comment elle s'opère; *quid* s'il y a eu avertissement en sens contraire, art. 1739.
336. — En cas de tacite réconduction, les sûretés du premier bail ne passent pas au second, art. 1740.
337. — Résolution en cas de perte de la chose ou d'inexécution des conventions, art. 1741.
338. — Du pacte commissoire ou condition résolutoire expresse.
339. — Ses effets.
340. — Déconfiture, faillite; mort du bailleur ou du preneur, article 1742.
341. — Vente de la chose louée.
342. — Suite; art. 1743.
343. — Le preneur n'a aucun droit réel; conséquences.
344. — Quand le preneur peut-il être expulsé par l'acquéreur?
345. — Etendue d'application de l'art. 1743.
346. — Indemnité due au preneur dépossédé par l'acquéreur, articles 1744 à 1747. Faculté de résiliation réservée par ce dernier, art. 1748.
347. — Contre qui est donné l'action en indemnité, art. 1749, 1750; de l'acquéreur à pacte de rachat, art. 1751.

330. Le bail, qui ne pourrait être perpétuel, prend fin de diverses manières.

Nous avons déjà eu l'occasion de constater qu'il cesse par l'*éviction* totale du bailleur, et en général par l'*annulation* ou la *résolution* du titre du bailleur.

(1) Orléans, 19 août 1881, D. 82, 2, 168, et sur pourvoi, Cass. 24 janv. 1883, D. 83, 1, 153.

Néanmoins quand le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il est tenu, d'après le second paragraphe de l'art. 1673, d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur. Les tribunaux ont à apprécier si le bail est frauduleux. L'art. 1328 devra être appliqué; les baux ne feront pas foi de leur date vis-à-vis du vendeur.

Le bail prend encore fin :

1° Par l'effet d'un congé (art. 1736);

2° Par l'expiration du temps pour lequel il a été fait (article 1737);

3° Par la perte de la chose louée, arrivée par cas fortuit, ou par la faute de l'une ou de l'autre des parties (art. 1741);

4° Par l'effet d'une condition résolutoire et notamment par l'effet de celle qui est sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne tiendrait pas ses engagements.

331. Voyons d'abord ce qui concerne les congés et l'expiration du terme.

Les baux finissent régulièrement à l'époque fixée par la convention. Les parties n'ont pas besoin de se donner congé; c'est-à-dire qu'elles ne sont pas tenues de manifester de nouveau, dans un délai quelconque précédant l'expiration du contrat, la volonté de mettre fin au bail.

Au contraire, si le bail a été fait sans fixation de durée ou s'il n'a pas une durée fixe en vertu de la loi, les parties doivent se donner congé pour y mettre fin.

Tel est le sens des textes qui suivent :

ART. 1736. Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux.

ART. 1737. Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

Les mots *fait sans écrit* signifient dans le langage équivoque de la loi, un bail fait sans terme fixe, et les mots *bail fait par écrit*, veulent dire : un bail fait avec un terme fixe. Le Code a confondu la circonstance de l'écriture avec la fixation de la durée du bail.

Cette durée peut résulter de la convention ou de la loi.

Elle est fixée par la loi quand il s'agit d'un bien rural (article 1774), ou d'un appartement meublé (art. 1758), ou de meubles destinés à garnir un local entier (art. 1757).

S'il s'agit d'un bail à loyer dont la durée n'est pas fixée dans la convention, on se trouve dans le cas prévu par l'article 1736; un congé est nécessaire, et il n'existe pas de texte déclarant que les baux à loyer cesseront de plein droit au terme fixé par l'usage local. Les objections tirées des article 1757 et 1759 ne portent pas, car ces textes sont relatifs à d'autres matières (1).

D'une manière générale quand la durée du bail n'est fixée ni par une convention expresse, ni par une disposition de la loi, il faut la considérer comme étant illimitée, et chaque partie peut donner congé à l'autre quand elle le veut, pourvu qu'elle observe les délais fixés par l'usage des lieux.

332. Le congé n'est donc pas une résiliation résultant de la volonté commune des parties. Il est simplement la manifestation d'une volonté unilatérale. Il n'a donc pas besoin d'être accepté, et s'il est constaté par un acte sous-seing privé il n'est pas soumis à la nécessité d'une rédaction en double exemplaire. Il n'est d'ailleurs assujetti à aucune forme spéciale.

Il pourra donc être fait verbalement, ou par écrit, à la suite d'une quittance, ou même par lettre missive (2).

Il n'y a de difficulté que pour la preuve. Il semble que cette preuve doit pouvoir se faire par application des règles du droit commun, puisque la loi n'y déroge pas (3). Cependant

(1) DURANTON, t. XVII, n° 117; DUVERGIER, t. I, n° 484; COLMET DE SANTERRE, t. II, n° 183 *bis* III, GUILLOUARD, t. I, n° 407; *Contrà*, LAURENT, t. XXV, n°s 321, 322.

(2) Trib. Seine, 25 mars 1886, D. 86, 3, 72.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 183 *bis* VII; LAURENT, t. XXV, n° 327; Trib. Bruxelles, 12 mai 1877, *Pas.*, 78, 3, 64.

on décide en général que la preuve testimoniale doit être écartée, par extension de l'art. 1715, attendu qu'il n'y a *rien de plus juridique* que de soumettre la preuve de la résolution d'un contrat aux mêmes règles que la preuve de sa formation (1). On veut dire, sans doute, qu'il n'y a *rien de plus symétrique*, car les motifs qui ont fait rejeter la preuve testimoniale pour prouver la formation d'un contrat, peuvent, comme dans le cas actuel, ne point exister quand il s'agit de prouver son extinction.

Aussi, pour éviter toutes ces difficultés, est-il prudent de faire signifier le congé par exploit d'huissier, et les vices de forme de cet exploit n'empêcheront pas le congé de produire ses effets s'il est venu, en temps utile, à la connaissance du destinataire (2), ou de tous les destinataires s'ils sont plusieurs. En cas de solidarité entre ceux-ci, le congé pourrait être valablement adressé à un seul d'entre eux.

Le délai que chacune des parties devra observer pour donner congé à l'autre partie est fixé par l'usage des lieux.

Ce délai a ordinairement pour base la division en plusieurs termes d'une période de location, sans que cette division corresponde nécessairement à celle qui résulte de la convention pour le paiement des loyers (3).

La règle générale en cette matière peut être ainsi formulée :

Le congé doit être donné la veille, au plus tard, du jour où commence le nouveau terme, pour produire son effet quand ce nouveau terme sera lui-même complètement expiré. Ainsi lorsque le délai est de six mois, le congé doit être donné

(1) Orléans, 8 janv. 1886, D. 87, 1, 447; DURANTON, t. XVII, n° 121; DUVERGIER, t. I, n° 489; MARCADÉ, sur l'art. 1737, III; AUBRY et RAU, § 369, texte et note 26; GUILLOUARD, t. I, n° 431; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 698.

(2) Cass. 3 mai 1865, S. 65, 1, 149.

(3) Comp. Trib. Termonde, 21 nov. 1872, *Pas.*, 73, 3, 62.

avant que commence une période de six mois, pour que le bail cesse à l'expiration de cette période (1).

Dans certaines villes un usage constant établi en faveur des militaires, fonctionnaires actifs des douanes et autres, les dispense de tout congé et opère résiliation de plein droit pour toute location mensuelle et verbale de chambre ou d'appartement garni, lorsque le changement de résidence de ces fonctionnaires a lieu par ordre imprévu, et non par un effet de leur volonté (2). Dans d'autres localités on applique une règle d'après laquelle tout mois commencé doit être payé.

Enfin on décide que dans le cas de force majeure, le preneur réellement empêché ne sera pas tenu de donner congé dans les délais ordinaires (3).

333. Le bail fait pour trois, six ou neuf ans, cesse de plein droit à la fin de la neuvième année seulement; il ne peut cesser à la fin de la troisième ou de la sixième que par l'effet d'un congé donné indifféremment par l'une ou l'autre des parties, sauf convention contraire.

Si, en cas de bail fait pour une durée déterminée, il a néanmoins été stipulé que les parties auront à se donner congé trois mois avant l'expiration du bail, cette clause est obligatoire malgré la disposition de l'art. 1737 qui dispense de donner congé à l'expiration du terme fixé quand le bail a été fait par écrit (4). Une telle clause a donc pour effet d'enlever à ce terme toute force extinctive, et de faire rentrer le bail dans la classe des baux à durée indéterminée. Par conséquent, dans l'espèce précitée, si le congé n'est pas donné en temps utile, les parties continueront à être liées par le même contrat de bail; et ce bail, comme tous les baux faits

(1) Limoges, 2 mars 1892, D. 94, 2, 189; Comp. Cass. 29 déc. 1880, D. 81, 1, 245.

(2) Trib. Anvers, 2 janv. 1886, *Pas.*, 86, 3, 242.

(3) Paris, 17 janv. et 29 avr. 1872, S. 72, 2, 238.

(4) Trib. Anvers, 24 avr. 1879, *Pas.*, 79, 3, 236.

sans fixation de temps, durera indéfiniment jusqu'à ce que l'une des parties donne congé à l'autre. Si, après un tel congé, le preneur reste en possession de la chose louée, il n'y aura là qu'une occupation de fait que le bailleur pourra faire cesser à son gré. Dans ce dernier cas, le juge des référés sera compétent pour ordonner l'expulsion (1), à moins qu'il ne s'agisse d'un loyer inférieur à 400 francs par an, auquel cas le juge de paix est seul compétent (2). Le preneur en retard de restituer les locaux en bon état, devra une indemnité calculée d'après le préjudice réellement souffert par le bailleur, et non pas seulement d'après le chiffre du loyer (3).

334. En cas de baux écrits, quand le locataire d'une maison continue de jouir de la chose louée au delà du terme fixé par la convention, au su du bailleur et sans opposition de la part de celui-ci (4), il se produira une situation particulière :

ART. 1738. Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit.

C'est ce qu'on appelle la *tacite réconduction*.

« Il s'opère alors, dit notre art. 1738, un nouveau bail », c'est-à-dire un nouveau contrat. Cela implique le consentement réciproque du preneur qui reste en possession, et du bailleur qui le *laisse* en possession.

Donc, si, au moment de l'expiration du bail, l'une des parties, ou l'un de ses héritiers en cas de son décès, n'était pas capable de consentement, il n'y aurait pas lieu à la réconduction. S'il y a plusieurs preneurs solidaires, la tacite réconduction n'aura lieu qu'à l'égard de ceux qui resteront en jouissance, et si ce sont des héritiers, ceux-ci seront consi-

(1) Voy. Grenoble, 4 nov. 1891, S. 92, 2, 268; Paris, 1er avr. 1890; 21 janv. et 18 juin 1891, S. 92, 2, 249.
(2) *Ibid.*
(3) Cass. 7 nov. 1894, D. 95, 1, 15.
(4) Cass. 9 fév. 1875, D. 76, 1, 27; Caen, 26 août 1880, *Rev. de Caen*, p. 175.

dérés comme ayant loué par tête, et non dans la proportion de leurs parts héréditaires (1).

Les conditions du bail nouveau seront les mêmes que celles de l'ancien. Mais comme il n'est pas établi que les parties ont voulu assigner au nouveau bail la durée de l'ancien, la tacite réconduction ne sera présumée consentie que pour le temps d'une relocation faite sans terme fixe, c'est-à-dire suivant l'usage des lieux.

Il faut d'ailleurs observer que la persistance des stipulations du bail originaire n'est pas incompatible avec une diminution dans le prix du loyer (2), ni avec une augmentation de ce prix.

Sauf ce point, les obligations respectives du preneur et du bailleur devront être considérées comme maintenues, notamment en ce qui concerne le prix. Si dans le premier contrat un pot-de-vin avait été stipulé au profit du bailleur, ou une commission, ainsi que cela a lieu souvent en cas de bail à domaine congéable, la question de savoir si ces accessoires sont dus par le preneur proportionnellement à la durée de la réconduction, dépend de celles de savoir si les circonstances permettent ou non de les considérer comme un supplément de revenu (3).

A ce point de vue, que fallait-il décider dans l'espèce suivante :

Un traité intervenu entre la Compagnie des téléphones et un de ses abonnés, portait que l'abonnement pour location et usage de l'appareil téléphonique, souscrit moyennant un prix et pour une époque déterminée, *serait renouvelé par tacite*

(1) POTHIER, *Du louage*, n° 345; DUVERGIER, t. I, n° 24; LAURENT, t. XXV, nos 334 à 338; ARNTZ, t. IV, n° 1166; GUILLOUARD, t. I, nos 412-414.

(2) Douai, 12 mars 1892, D. 92, 2, 380.

(3) Voy. Rennes, 6 fév. 1893, D. 95, 2, 129; Rennes, 21 nov. 1889, D. 90, 2, 120; Comp. POTHIER, *Louage*, n° 363; GUILLOUARD, t. I, n° 419.

réconduction, pour une période de même durée, *faute d'avoir été dénoncé* par la Compagnie ou l'abonné *dans un délai de trois mois* avant l'expiration de chaque période. Or un nouveau tarif élevant le taux de l'abonnement, avait été homologué par décision ministérielle avant le renouvellement de la première période. La Cour de Paris a décidé que la Compagnie *ayant laissé s'opérer le renouvellement par tacite réconduction*, faute d'avoir dénoncé le traité dans le délai imparti, n'était pas fondée à se prévaloir de l'augmentation résultant du nouveau tarif, par le motif que ce nouveau tarif n'ayant pas d'effet rétroactif, ne pouvait s'appliquer aux contrats déjà en cours d'exécution (1).

Comme résultat, la décision est bien rendue, mais ses motifs impliquent contradiction. La Cour admet que, dans l'espèce, il y a eu tacite réconduction. Si cela est vrai, comme dans le cas de tacite réconduction *il s'opère un nouveau bail*, ce nouveau bail n'a pu être consenti que selon les derniers tarifs en vigueur au moment où se produit la tacite réconduction. Si donc il y avait eu tacite réconduction, la prétention de la Compagnie eût été fondée.

Mais en réalité il n'y avait pas eu tacite réconduction : la clause relative à la dénonciation du traité dans un délai de trois mois avant l'expiration de la première période, avait eu pour résultat, comme nous l'avons déjà fait remarquer ci-dessus, de faire rentrer le contrat d'abonnement dans la classe des baux à durée indéterminée (2). Or il ne peut être question de réconduction tacite que lorsqu'un bail est fait avec un terme fixé d'une manière invariable pour sa durée (3). La Compagnie aurait donc gagné son procès si elle n'avait

(1) Paris, 21 avr. 1887, S. 89, 2, 51.
(2) Arrêt précité du Trib. d'Anvers, du 24 avr. 1879.
(3) LAURENT, t. XXV, n° 331 ; ARNTZ, t. IV, n°s 1166-1167; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 700.

pas consenti à l'insertion dans le contrat d'une clause rendant nécessaire une *dénonciation* pour que le contrat prenne fin.

335. La tacite réconduction est fondée, non sur le simple fait d'une occupation quelconque des locaux par le preneur, mais sur le consentement des parties qui donne à cette occupation son véritable caractère.

Ainsi le bailleur ne serait pas reçu à prétendre qu'il s'est opéré une tacite réconduction parce que le preneur serait resté durant quelque temps, et par suite des nécessités de son déménagement, en possession de l'immeuble après l'expiration du bail, alors que par un congé signifié en temps utile, le preneur a déclaré que le jour où le bail prendrait fin, il laisserait les lieux à la disposition du bailleur. Si néanmoins il est encore demeuré quelque temps en jouissance, il devra seulement, de ce chef, des dommages-intérêts (1), calculés sur la valeur locative réelle de l'immeuble, et non sur le loyer stipulé. Ces dommages étant dûs à titre d'indemnité et non comme loyer, ne sauraient servir de base à une saisie-gagerie (2).

Puisque la tacite réconduction opère un nouveau bail, tout acte qui exclut l'intention de relouer à l'ancien preneur ou de reprendre la chose à bail, empêchera la formation de ce nouveau contrat. C'est ce qui aura lieu en cas d'avertissement ou acte d'opposition fait lorsqu'un bail a été contracté pour un terme fixé.

C'est dans ce sens d'avertissement ou opposition que le texte suivant emploie le mot congé.

ART. 1739. Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait continué sa jouissance, **ne peut invoquer la tacite réconduction.**

(1) Trib. Charleroi, 26 mai 1882, *Pas.*, 82, 3, 245.

(2) Bruxelles, 9 mai 1890, *Pas.*, 89, 2, 333; Voy. LAURENT, t. XXV, n° 341.

Ce congé, ou plutôt cet avertissement, n'est pas, comme le congé de l'art. 1736, soumis à un délai quelconque; il peut être donné par le preneur, quand ce dernier obligé par les circonstances à rester sur les lieux loués quelque temps après l'expiration du bail, veut éviter qu'on lui oppose une tacite réconduction à laquelle il n'a jamais consenti.

Les parties peuvent aussi convenir par anticipation que le bail ne sera pas continué par tacite réconduction, ce qui ne les empêchera pas, le cas échéant, de changer de volonté. Si c'est le preneur seulement qui déclare renoncer à la tacite réconduction, la clause aura pour effet de le placer, s'il reste en possession après l'expiration du bail, dans une simple situation de fait, à moins que le bailleur ne préfère renoncer, expressément ou tacitement, au bénéfice de la clause.

336. De ce que, dans le cas de réconduction tacite, il y a un nouveau bail qui prend cours, il suit que les sûretés constituées pour le premier bail ne sauraient continuer pour le second.

Cela est d'évidence pour l'hypothèque; il faut supposer que le premier bail a été consenti par acte authentique contenant de la part du preneur une affectation hypothécaire à la sûreté de ses obligations pouvant résulter de ce premier bail. Il va de soi que sous un régime qui n'admet que des hypothèques légales, judiciaires, ou dérivant d'un acte authentique, il ne pouvait être question d'une hypothèque existant en vertu d'une convention tacite (1), et il aurait été absurde de prétendre que cette hypothèque (*nouvelle*) devrait être considérée comme ayant sa source dans l'acte *ancien*.

L'évidence est encore plus manifeste à l'égard dé la caution qui est intervenue pour garantir le premier bail, et qui ne saurait se trouver liée au second auquelle est demeurée

(1) POTHIER, *Du louage*, n° 367; DUVERGIER, t. I, n° 508; GUILLOUARD, t. I, n° 421.

totalement étrangère. Néanmoins pour éviter qu'on ne cherche à argumenter, en cas de tacite réconduction, de la règle admise pour celui d'une simple prorogation de terme, le législateur a cru utile de déclarer que

ART. 1740. Dans le cas des deux articles précédents, la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation.

Que faut-il décider en ce qui concerne la solidarité?

Si tous les preneurs solidaires sont laissés en possession, ils ne seront pas solidaires. En effet, *la solidarité est éteinte avec le bail pour lequel elle avait été contractée* (1), et elle ne peut revivre qu'en vertu d'une stipulation expresse. C'est la même question que pour l'hypothèque : il va de soi que sous un régime qui n'admet pas de solidarité tacite, il ne saurait être question d'une solidarité existant en vertu d'une convention tacite (2) (Voy. t. VII, n° 309), et il serait absurde de prétendre que cette solidarité (*nouvelle*) devrait être considérée comme ayant sa source dans l'acte *ancien* (3).

337. Nous rappelons que la perte totale de la chose par cas fortuit entraîne la résolution du contrat de louage.

Il en est de même, d'une manière générale, de la perte survenue par l'effet de toute autre cause, sans qu'il y ait à distinguer suivant que la perte totale est le résultat de la faute du preneur, du bailleur ou d'un tiers, sauf l'action en dommages contre l'auteur de la faute.

ART. 1741. Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée, et par le défaut respectif du bailleur et du preneur, de remplir leurs engagements (*).

Le Code vise les conséquences de la condition résolutoire qui peut être tacite ou expresse.

(*) Art. 1741. — L. 25 § 2; L. 54 § 1; L. 56; L. 61, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) GUILLOUARD, t. I, n° 413.

(2) LAURENT, t, XXV, n° 347.

(3) *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, n° 422.

Nous avons déjà vu des exemples de condition résolutoire tacite en cas de non paiement du prix, ou de changement par le preneur de la destination de la chose louée.

La résolution devra être demandée en justice, et prononcée par le juge après une mise en demeure de la partie qui n'exécute pas ses engagements. Ce dernier point est néanmoins discuté (1). Nous renvoyons à ce que nous avons dit à cet égard sur l'art. 1184, dont notre texte n'est qu'une application (Voy. t. VII, n° 270). Si on admet l'opinion qu'il ne faut pas de mise en demeure, au moins faut-il qu'il n'y ait pas de doute que la partie contre qui on agit ait refusé de remplir ses engagements. Il appartient d'ailleurs aux juges du fond d'apprécier souverainement si les griefs invoqués par l'une des parties contre l'autre, sont suffisants pour faire prononcer la résiliation (2). D'après la jurisprudence il n'y a pas lieu de la prononcer quand il y a eu des infractions au contrat commises par les deux parties. Néanmoins la résolution est prononcée contre celle qui a commis de plus graves infractions au bail, contre le preneur, par exemple, qui n'a payé aucun loyer pendant plusieurs années (3).

338. La condition résolutoire expresse, ou *pacte commissoire*, a un effet plus énergique, puisqu'elle opère de plein droit, sans l'intervention du juge. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la clause soit rédigée de manière à ne laisser aucun doute sur la volonté des parties de consacrer une résolution de plein droit, sans aucune intervention des tribunaux. Sinon, on pourrait admettre que les parties n'ont fait que reproduire purement et simplement la formule de l'art. 1184. Mais il n'y aurait pas de doute en présence d'une clause portant résiliation de plein droit, en cas de non paiement d'un

(1) Voy. LAURENT, t. XXV, n° 358; GUILLOUARD, t. I, n° 439.
(2) Cass. 24 avr. 1893, S. 94, 1, 438.
(3) Cass. 4 janv. 1893, D. 93, 1, 120.

seul terme de loyer, après commandement resté infructueux (1).

Si la condition prévue se réalise, le contrat est résilié de plein droit sans qu'il soit nécessaire de recourir à la justice. Sans doute, en cas de difficultés pour savoir si la condition s'est réellement accomplie, les juges n'auront qu'à vérifier ce point pour le constater, s'il y a lieu; mais il ne leur appartient pas de prononcer une résolution qui résulte de la clause résolutoire elle-même (Voy. t. VII, n° 265).

339. Quelle est donc la situation du bailleur quand la résolution, en vertu d'une clause formelle, a été encourue de plein droit par le preneur, à défaut du paiement de termes échus après commandement?

D'abord le bailleur demeure toujours créancier tant qu'il n'est pas payé des loyers; il est muni, à cet effet, d'une action spéciale en paiement.

En outre, la résiliation emporte virtuellement pour le preneur l'obligation de vider les lieux loués, et pour le propriétaire le droit d'expulsion. L'expulsion étant dans ce cas l'exécution même du contrat pourra être pratiquée en vertu du bail, sans qu'il soit nécessaire de recourir au juge (2).

Supposons que, dans ces conditions, le bailleur, créancier, reçoive le paiement des loyers qui lui sont dus, est-ce que la réception de ce paiement devrait le faire considérer comme ayant renoncé à la résolution acquise? Il serait absurde d'oser le soutenir.

La question changerait-elle de face si le bailleur pour vaincre la résistance du preneur agissait en justice en déclaration de la résolution qui s'est opérée de plein droit, et en même temps en paiement des termes de loyer encore dûs?

(1) Cass. 21 mars 1892, S. 93, 1, 229; Conf. AUBRY et RAU, § 369, texte et note 70; LAURENT, t. XXV, nos 369-370; GUILLOUARD, t. I, nos 440, 441.

(2) Bourges, 3 nov. 1886, D. 87, 2, 51.

Évidemment non ; par conséquent le bailleur peut recevoir, durant l'instance, les loyers qui lui sont dûs, sans avoir besoin de faire des réserves pour conserver son droit à la résolution (1).

Il en serait autrement en cas de résolution tacite. Comme la résolution ne peut alors résulter que de la sentence du juge, le preneur pourrait en arrêter la demande en payant au cours des débats ses loyers ou fermages.

Faute de faire cette distinction entre la condition résolutoire expresse et la condition résolutoire tacite, on s'expose à adopter pour la première des solutions qui ne peuvent convenir qu'à la seconde.

340. La déconfiture du preneur ou sa faillite ne sauraient entraîner, par elles seules, la résiliation du bail, ni l'exigibilité immédiate de tous les loyers. Nous reviendrons sur ce point quand nous examinerons l'art. 2102, modifié par la loi du 20 février 1872.

De même, l'acceptation de la succession du preneur sous bénéfice d'inventaire, ne donne pas lieu de plein droit à la résiliation du bail consenti au défunt (2).

On sait, en effet, que

ART. 1742. Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur (*).

Peut-être aurait-il mieux valu, en cas de décès du preneur, laisser aux héritiers de celui-ci la faculté de mettre fin au bail en signifiant un congé au bailleur dans le délai fixé par l'usage des lieux. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'une clause formelle serait nécessaire pour limiter la durée du bail à la vie du preneur ou du bailleur.

(*) Art. 1742. — L. 60 § 1; L. 19 § 8; L. 10; L. 29, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) Nancy, 16 avr. 1877, D. 79, 2, 205; Liège, 20 juill. 1864, *Pas.*, 65, 2, 42; LAURENT, t. XXV, nos 372-373; *Contrà*, GUILLOUARD, t. I, no 442.

(2) Cass. 8 janv. 1862, *Rev. de Caen*, 62, 100.

On a soutenu qu'il devait en être ainsi lorsque les circonstances de la cause démontrent que le bail a été fait en considération de la personne du preneur (1). Une décision aussi arbitraire est inadmissible (2) Est-ce que la considération de la personne du locataire ou fermier n'entre pas toujours pour quelque chose dans le consentement donné au contrat par le bailleur? C'est précisément à cause de cela que l'art. 1742, a paru nécessaire; autrement la règle générale de l'art. 1122, sur la transmissibilité active et passive des obligations aurait suffi. Il ne pourrait y avoir de doute que pour le bail d'un droit de chasse; quelques décisions le considèrent comme devant prendre fin par le décès du preneur (3); mais en l'absence d'un texte spécial nous préférons suivre l'opinion contraire (4).

341. Le louage ne peut pas non plus être résolu par la vente de la chose louée.

Nous avons déjà vu en effet, sur l'art. 1717, qu'un locataire ou fermier ne peut en cédant la *conducti actio*, faire que le cessionnaire soit considéré par le bailleur comme étant le preneur; à l'inverse, le propriétaire, par la cession de la *locati actio* ne peut forcer le locataire ou fermier (*debitor cessus*) à accepter le cessionnaire comme son bailleur. Il s'agit, bien entendu, du rapport juridique considéré dans son ensemble et non des demandes isolées, par exemple : en paiement des loyers, ou des dommages-intérêts, qui seront toujours cessibles, quelle que soit la solution adoptée pour la question qui précède.

Il est difficile de comprendre comment il pourrait être possible de concevoir une cession de l'*actio locati* dans le sens complexe ci-dessus indiqué. Il faut supposer qu'un bailleur

(1) LAURENT, t. XXV, n° 318.
(2) GUILLOUARD, t. I, n° 351.
(3) Bruxelles, 20 janv. 1877, *Pas.*, 77, 2, 75.
(4) Gand, 8 mars 1875, *Pas.*, 75, 2, 155.

aliène sa chose et cède en même temps à son acquéreur le droit résultant pour lui du louage de cette même chose. Si une telle cession pouvait produire effet, elle aurait pour résultat de transporter au cessionnaire le droit de réclamer du fermier une série de prestations, qui, cependant, sont la compensation d'obligations que le cédant n'est plus en mesure de remplir lui-même, mais seulement le cessionnaire en sa qualité de propriétaire. C'est donc ce dernier qui se trouverait désormais grevé de l'obligation qui avait d'abord pris naissance chez le vendeur. Or cela n'est pas possible; un droit mélangé d'obligation ne peut pas être cédé.

Le successeur particulier n'était donc pas tenu d'entretenir le bail fait par le précédent propriétaire; les textes du droit romain sont décisifs sur ce point, et ces principes avaient été admis sans difficulté dans l'ancien droit, du moins pour les aliénations à titre onéreux, comme le prouve la maxime: *vente coupe rente*. Il aurait donc pu expulser immédiatement le locataire ou fermier. Mais on avait admis à cet égard un tempérament :

L'acquéreur, nous dit Pothier : « doit au moins laisser jouir le fermier ou locataire pendant l'année courante, en se contentant de la ferme ou loyer, et ne pas l'expulser en surterme. D'où, dira-t-on, peut naître cette obligation du successeur? Il n'y peut être obligé, ni du chef de son auteur, puisqu'il ne succède pas à ses obligations, ni de son chef, puisqu'il n'est intervenu aucun contrat entre lui et le fermier ou locataire dont il puisse résulter une obligation (1). » Pothier allègue l'équité naturelle et la loi de charité. La vérité est que l'intérêt de toutes parties, celui de l'agriculture, etc., avait peu à peu introduit l'usage d'appliquer en pareille hypothèse, la pratique des congés donnés dans le délai utile.

Déjà, en droit romain, les mêmes intérêts, avaient fait ad-

(1) *Contrat de Louage*, n° 297.

mettre dans les ventes des fonds loués à des tiers, l'insertion de clauses tendant à soumettre l'acquéreur à l'obligation d'entretenir le bail. Mais vis-à-vis de qui une telle obligation était-elle contractée? Evidemment vis-à-vis du vendeur seul, et il ne pouvait en résulter aucun lien de droit entre l'acheteur et le fermier (1).

Cependant l'intérêt et l'équité exigeaient si manifestement qu'il fût possible d'organiser la persistance des baux, malgré les aliénations consenties par le propriétaire, qu'il n'est pas permis de douter de l'application à l'hypothèse des *utiles actiones*. La clause insérée dans le contrat de vente que l'acheteur serait obligé d'entretenir le bail, fût considérée comme une véritable cession, ou tout au moins comme un titre rendant la cession nécessaire, et dès lors il fut possible d'en assurer l'exécution par les actions utiles. C'est évidemment dans ce sens que la constitution *Emptorem* (L. 9, C. *De loc. cond.*, 4, 45) considérait la clause dont il s'agit.

342. La persistance du bail pouvait donc être assurée vis-à-vis d'un successeur particulier du bailleur à l'aide d'une clause formellement insérée dans l'acte d'aliénation. Le progrès consista à transformer cette clause en convention tacite toujours sous-entendue. Le Code de la Convention décida en conséquence que « le propriétaire ne pourrait dépouiller le locataire ou fermier de l'effet du bail, sur la seule déclaration que, depuis le bail, il aurait vendu les fonds qui en faisaient l'objet (art. 24, liv. III, tit. IV). » C'est cette idée qui a servi de base à la disposition suivante :

ART. 1743. Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail (*).

Ce n'est pas seulement au profit du locataire qu'il faut

(*) Art. 1743. — *Contrà*, L. 9, C. 4, 65, *De loc. et cond.*; L. 25 § 1, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) Voy. L. 13 § 30, D. 19, 1, *De act. empt. vend.*

maintenir la persistance du bail après l'aliénation de l'immeuble; c'est aussi contre lui; il est lié envers le nouveau propriétaire comme envers l'ancien. Sauf en ce qui concerne les clauses du bail qui seraient reconnues avoir été consenties uniquement en considération de la personne de ce dernier (1). « C'est, dit M. Colmet de Santerre, la conséquence des clauses tacites du contrat de vente de l'immeuble; le vendeur a cédé à l'acheteur sa créance contre le locataire, *en même temps qu'il lui imposait la charge de ses obligations envers ce locataire* (2). » Ce n'est pas la solution, c'est l'explication qui paraît contestable. Comment admettre qu'en transportant sa créance à l'acheteur, le vendeur ait pu lui transporter ou *imposer* en même temps ses obligations? Comment admettre qu'il ait pu rendre le preneur obligé personnel et direct du nouveau propriétaire? La vérité est qu'il faut considérer le bailleur comme ayant cédé au preneur l'utilité du pacte tacite conclu avec l'acheteur; ou bien que par l'effet du contrat de bail, le bailleur est implicitement constitué le mandataire du preneur pour stipuler au profit de ce dernier le maintien du bail, en cas d'aliénation éventuelle de l'immeuble. (Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, nos 199 à 203).

343. Il n'est donc pas nécessaire, pour rendre compte de l'art. 1743, d'imaginer que le preneur se trouverait investi, par le contrat, d'un droit réel, soit absolu, soit mitigé, ou particulier, ou anormal, ou même *sui generis* comme on l'a plaisamment écrit (3), et les tentatives faites pour rééditer cette thèse (4) ne paraissent par appelées à un grand succès.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, le preneur n'a et ne peut avoir qu'un droit de créance (*Suprà*, n° 273). C'est ce qui

(1) Cass. 5 mars 1894, D. 94, 1, 509.
(2) T. VII, n° 189 *bis*.
(3) DALLOZ, *Répert.*, v° *Louage*, n° 486.
(4) Voy. YSEUX, *Rev. crit.*, 1893, *Nat. du dr. du preneur*, p. 103; Comp. Cass. 16 juin 1880, D. 80, 1, 428.

résulte notamment des termes employés dans les art. 1709, 1719, 1720, 1722. Enfin l'art. 1727 refuse au preneur, tant en demandant qu'en défendant, une action réelle pour protéger la jouissance que le bail lui assure (1); c'est le bailleur qui devra le défendre.

Par conséquent la chose jugée contre le bailleur aura effet contre le preneur son ayant-cause; celui-ci n'aura qu'un droit mobilier (2), et toutes les actions relatives au bail seront portées devant le tribunal du domicile du défendeur, sauf dans les cas de mesures urgentes à ordonner, où le juge des référés de la situation de l'immeuble loué pourra être saisi.

Enfin le preneur ne peut se prévaloir du droit de créance dont il est investi que vis-à-vis du bailleur, de ses successeurs universels, et vis-à-vis de l'acquéreur de la chose louée, en vertu de l'art. 1743.

344. Pour que l'acquéreur, même connaissant l'existence du bail (3), se trouve obligé de le respecter, il faut que ce bail soit fait par acte authentique ou ayant date certaine antérieurement à la vente. S'il s'agit d'un bail de plus de dix-huit ans, il ne pourra être opposé à l'acquéreur qu'autant qu'il aura été transcrit avant que celui-ci ait lui-même fait opérer la transcription de son titre (L. 23 mars 1855, art. 2, 4° et 3).

Si le bail n'a pas date certaine, l'acquéreur, d'après la rigueur des principes, devrait avoir le droit d'expulser immédiatement le preneur sans donner congé (4). Mais nous avons vu qu'il a été admis depuis longtemps que l'acquéreur doit préalablement lui donner congé à l'époque fixée par l'usage des lieux.

(1) Voy. Lyon, 1er juill. 1881, D. 82, 2, 231.

(2) Voy. cep. COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 198 *bis* XIX.

(3) LAURENT, t. XXV, n° 390; GUILLOUARD, t. I. n° 363; *Contrà*, AUBRY et RAU § 369.

(4) LAURENT, t. XXV, nos 388-389; Montpellier, 4 mars 1867, S. 67, 2, 130.

Si le bail a date certaine, l'acquéreur devra le maintenir, quand même le preneur ne serait pas encore entré en jouissance au moment de la vente. L'objection tirée de ce que l'article 1743 en employant l'expression *expulser*, semble statuer uniquement en vue de l'hypothèse où l'acquéreur veut faire cesser une possession, déjà commencée, n'a aucune valeur. Le texte a en vue le *quod plerumque fit* (2). D'ailleurs si le bailleur ne peut mettre le preneur *dehors*, parce que celui-ci a le droit d'être *dedans*, pourquoi aurait-il le droit de l'empêcher *d'entrer?*

Enfin, dans le même cas, nous avons vu (*Suprà*, n° 342), que l'acquéreur n'est pas simplement tenu de *laisser* jouir le preneur de la chose louée, mais qu'il devient directement tenu de toutes les charges contractées par le bailleur (3). Cette obligation s'applique au mode de jouissance établi en faveur du preneur et à la nature des prestations imposées à titre de prix (4).

Le preneur, même quand le bail a une date certaine, pourra être expulsé par l'acquéreur si le contrat de bail contient à cet égard une réserve expresse. Ce sera pour l'acquéreur une pure faculté d'user ou de ne pas user de cette réserve, à moins qu'il ne résulte des termes de la clause qu'elle a été également insérée dans l'intérêt du preneur, lequel peut ne pas avoir voulu devenir locataire ou fermier d'un nouveau propriétaire (5).

(1) GUILLOUARD, t. I, n° 345.

(2) Rouen, 15 mars 1869, D. 71, 2, 78; AUBRY et RAU, § 369, texte et note 33; LAURENT, t. XXV, n° 293; ARNTZ, t. IV, n° 1164; GUILLOUARD, t. I, n° 367; *Contrà*, DURANTON, t, XVII, n° 139; DUVERGIER, t. I, n° 281.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 189 *bis* II; LAURENT, t. XXV, n° 392; GUILLOUARD, t. I, n° 369; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 369, texte et notes 32 et 33.

(4) Trib. Nivelles, 27 nov. 1872, *Cl. et B.*, 73-74, 137.

(5) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 196 *bis* I; LAURENT, t. XXV, n° 394; GUILLOUARD, t. I, n° 370.

Cette même clause, ce qui est plus rare, sera quelquefois insérée dans l'intérêt seulement du preneur.

On se demande si, pour que l'acquéreur puisse expulser le preneur, il faut que le droit stipulé dans la clause dont nous venons de parler soit *transféré* expressément par l'acte de vente à ce même acquéreur? Nous remarquerons d'abord que ce droit n'a jamais existé sur la tête du vendeur à l'état actif. Ce droit, qui ne peut appartenir qu'à un propriétaire, n'a pris naissance que par l'effet de la vente; or, par l'effet de cette même vente, le bailleur a cessé d'être propriétaire. Donc il n'a jamais eu de ce chef une action ou un droit contre un tiers qui puisse faire l'objet d'une cession. Mais cette faculté ayant pour effet de développer la valeur de la chose, peut être considérée comme un accessoire de cette chose. Or, en ce qui concerne les accessoires, il n'est pas nécessaire d'une délivrance formelle; l'acheteur en est directement investi par le seul effet du contrat (*Suprà*, n° 89). Donc pour répondre négativement à la question posée, il est inutile d'argumenter, comme on le fait quelquefois, de l'art. 1121; dont l'application pourrait donner lieu à de grandes difficultés (1).

345. L'art. 1743 régit tous les baux à ferme ou à loyer, soit qu'ils s'appliquent à l'immeuble entier, soit qu'ils se trouvent restreints à la jouissance d'un des droits inhérents à la propriété, et quand même les parties contractantes n'auraient pas employé la dénomination de bail (2).

Ainsi, la clause par laquelle le vendeur d'un immeuble se réserve dans l'acte de vente la jouissance temporaire de l'immeuble vendu avec faculté de céder ce droit, présente tous les caractères d'un contrat de louage auquel s'applique l'article 1743 (3).

(1) Voy, DUVERGIER, t. I, n° 543; AUBRY et RAU, § 369, texte et note 34; LAURENT, t. XXV, n° 395 ; GUILLOUARD, t. I, n° 371.

(2) Cass. 10 janv. 1893, S. 93, 1, 185.

(3) *Ibid.*

De même, lorsqu'un propriétaire d'un domaine se réserve pour lui et ses cessionnaires, la jouissance temporaire du droit de chasse, cette jouissance a tous les caractères de celle qui résulterait d'un contrat de louage, et par suite les acquéreurs ultérieurs du domaine seront tenus de la respecter (1).

En Belgique, on a jugé au contraire que l'art. 1743 concernait uniquement les baux ordinaires, et ne s'appliquait pas à la location d'un droit de chasse (2).

L'art. 1743, avec les distinctions qu'il comporte, doit encore s'appliquer à l'hypothèse où le bailleur au lieu de vendre la totalité de la chose louée, n'en a vendu qu'une partie.

L'hypothèse est quelquefois prévue et réglée dans le bail au moyen d'une clause stipulant en ce cas une diminution proportionnelle des loyers (3).

346. Dans tous les cas le preneur dépossédé en tout ou en partie de la chose louée doit être indemnisé.

Quand le bail n'a pas acquis date certaine antérieurement à l'aliénation, la question des dommages s'agitera seulement entre le bailleur et le preneur (art. 1750). Les tribunaux fixeront l'indemnité qui est due à ce dernier suivant leur appréciation.

Au contraire, dans le cas où le bail a date certaine,

ART. 1744. S'il a été convenu, lors du bail, qu'en cas de vente l'acquéreur pourrait expulser le fermier ou locataire, et qu'il n'ait été fait aucune stipulation sur les dommages et intérêts, le bailleur est tenu d'indemniser le fermier ou le locataire de la manière suivante.

ART. 1745. S'il s'agit d'une maison, appartement ou boutique, le bailleur paie, à titre de dommages et intérêts, au locataire évincé, une somme égale au prix du loyer, pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie.

ART. 1746. S'il s'agit de biens ruraux, l'indemnité que le bailleur doit payer au fermier, est du tiers du prix du bail, pour tout le temps qui reste à courir.

ART. 1747. L'indemnité se réglera par experts s'il, s'agit de manufactures, usines, ou autres établissements qui exigent de grandes avances.

(1) Cass. 3 mai 1892, D. 93, 1, 160.
(2) Bruxelles, 20 janv. 1877, *Pas.*, 77, 2, 75.
(3) Voy. Trib. Mons, 11 mai 1876, *Pas.*, 77, 3, 62.

Dans ce dernier cas, les dommages-intérêts seront de la perte que le preneur a faite, et du gain dont il aura été privé. Le bailleur étant nécessairement de bonne foi, puisqu'il s'agit de l'exécution d'une clause du contrat, ne sera tenu que des dommages intrinsèques prévus ou à prévoir lors du contrat (art. 1150).

La réserve autorisant l'expulsion du locataire ou fermier ne confère en principe qu'une pure faculté à l'acquéreur. Celui-ci peut opter pour la continuation du bail. S'il fait une déclaration formelle dans ce sens, il n'y aura pas de difficulté. S'il ne dit rien et laisse les choses en état ; si le preneur de son côté ne le contraint pas à s'expliquer, et paie entre ses mains plusieurs termes de loyer, il est rationnel de décider que la réception sans réserve de ces termes de loyer emporte renonciation au droit d'expulsion (1).

S'il opte pour la résiliation, il ne lui suffira pas de faire une simple déclaration dans ce sens ;

ART. 1748. L'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par le bail, d'expulser le fermier ou locataire en cas de vente, est, en outre, tenu d'avertir le locataire au temps d'avance usité dans le lieu pour les congés. — Il doit aussi avertir le fermier des biens ruraux, au moins un an à l'avance.

Il n'est pas nécessaire, pour la validité du congé ou avertissement dont parle le texte, que l'acte d'acquisition soit notifié au preneur. Celui-ci, néanmoins, pourrait exiger que cet acte fût produit s'il contestait la qualité de celui qui lui donne congé (2).

347. Le preneur n'a d'action personnelle en indemnité que contre le bailleur. Mais pour être payé de ce qui lui est dû à ce titre, il peut se prévaloir vis-à-vis de l'acquéreur ayant-cause du bailleur, d'un droit de rétention de la chose louée :

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 196 *bis* II ; LAURENT, t. XXV, n° 396 ; GUILLOUARD, t. I, n° 375.

(2) LAURENT, t. XXV, n° 397.

ART. 1749. Les fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur, ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués.

Si l'acquéreur, qui personnellement ne doit rien, paie les dommages dûs au preneur, il aura son recours contre le bailleur.

Le fermier n'a pas le droit de rétention pour des améliorations qu'il a faites à la chose louée volontairement et non en exécution d'une clause de son bail. Il faudra donc appliquer purement et simplement les clauses du bail, non pas seulement d'après la forme première qui leur a été donnée par les parties, mais encore en tenant compte des modifications ultérieures qu'il a plu à celles-ci d'y introduire.

Il a été jugé, à ce propos, que si l'obligation d'indemniser le preneur avait été prise par le bailleur postérieurement au bail et contrairement aux conventions qu'il contenait, les tribunaux pouvaient décider que cette convention nouvelle n'oblige que le bailleur, et n'est pas opposable à l'acheteur (1). Sans doute ils peuvent le décider ainsi, en ce sens que leur sentence échappera à la censure de la Cour suprême. Mais en décidant de la sorte ils méconnaîtront presque toujours la volonté des parties. Dans l'espèce envisagée le bailleur s'était obligé à rembourser au preneur les dépenses faites par lui pour grosses réparations et reconstructions dans l'immeuble loué; et les juges du fait ont trouvé dans la circonstance que cette convention était postérieure au bail qu'elle venait compléter, la preuve que le locataire avait voulu renoncer au droit de rétention vis-à-vis de l'acquéreur de ces reconstructions pour s'en tenir à une action personnelle contre un bailleur ayant cessé d'être propriétaire et peut-être insolvable!.....

Il va sans dire que le droit de rétention résultant de l'article 1749 n'est pas un droit réel opposable aux tiers.

(1) Cass. 10 janv. 1882, D. 83, 1, 55; Conf. GUILLOUARD, t. I, n° 477.

Ce droit de rétention ne pourrait même pas être opposé à l'acquéreur si le bail n'avait pas date certaine. C'est ce que veut dire l'article suivant :

ART. 1750. Si le bail n'est pas fait par acte authentique, ou n'a point de date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts.

Le texte est mal rédigé en ce qu'il semblerait supposer que l'acquéreur peut être tenu de l'indemnité contrairement aux art. 1744 et 1746.

La circonstance que la vente de l'immeuble loué a été faite sous condition résolutoire casuelle ne mettra pas obstacle à ce que l'acheteur use du droit d'expulser le preneur.

Mais,

ART. 1751. L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur, jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable.

Le vendeur en effet ne peut avoir eu l'intention de conférer le droit d'expulser le preneur; il veut éventuellement le maintenir pour le cas où il userait du droit de rachat (1). Il doit en être ainsi que le bail ait ou n'ait pas date certaine.

SECTION II.

Des règles particulières aux baux à loyer.

348. — Obligation du locataire de garnir la maison louée, art. 1752.
349. — Meubles apportés par un sous-locataire; obligation de celui-ci, art. 1753.
350. — Obligations du locataire quant aux réparations, art. 1754 à 1756; Enumérations et descriptions.
351. — Modifications conventionnelles. — Quand les réparations sont exigibles. — Obligations relatives au balayage.
352. — Bail de meubles pour garnir une maison, art. 1757.
353. — Bail d'un appartement meublé, art. 1758.
354. — Tacite réconduction, art. 1759; Cas de résiliation, art. 1760, 1761, 1762.

348. Le bail à loyer est le bail des choses ne produisant que

(1) LAURENT, t. XXV, n° 396; Comp. DUVERGIER, t. I, n° 352; DURANTON, t. XVII, n° 154; GUILLOUARD, t. I, n° 377.

des fruits civils; le bail à ferme est le bail des choses produisant des fruits naturels ou industriels. Si le même bail comprend à la fois et d'une manière indivisible des maisons ou bâtiments et des biens ruraux, il faudra pour caractériser le bail vérifier quel en est l'élément principal et l'élément accessoire.

Il va être question, d'après la rubrique, des règles particulières aux baux à loyer.

Le bailleur qui ne loue pas sa maison *en garni* n'est pas tenu de suivre la foi de son locataire. Le crédit personnel de ce dernier peut n'être pas suffisant, et le bailleur doit pouvoir éventuellement compter pour être payé, sur le prix de tous les meubles garnissant les locaux du chef du locataire, et sur lesquels l'art. 2102 1°, lui accorde un privilège, dont nous aurons plus tard à étudier l'étendue.

Mais ce privilège pour être utile doit être alimenté. C'est donc au locataire a en fournir l'objet.

ART. 1752. Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer.

Cette obligation entraîne comme conséquence nécessaire celle de n'enlever les meubles apportés à cette fin, qu'à la condition de les remplacer (1), ou tout au moins d'en laisser dans l'immeuble une quantité suffisante.

Suffisante pour répondre de quoi? De tous les loyers à échoir, comme on l'a soutenu, sous prétexte que l'art. 1752 ne fixe aucune limite (2)? S'il en était ainsi le Code aurait consacré une innovation manifeste, car jamais une telle solution n'avait été proposée dans l'ancien droit. Or il est certain qu'il n'en est pas ainsi. Faut-il que le mobilier réponde du terme courant et du terme à échoir, ainsi que des frais de saisie et de vente (3)? Suffira-t-il, à défaut d'usage local, que le mobi-

(1) Paris, 21 avr. 1886, D. 87, 2, 52.
(2) LAURENT, t. XXV, n° 424.
(3) DELVINCOURT, t. III, p. 201; DURANTON, t. XVII, n° 157.

lier réponde du loyer d'une année et des frais, ainsi que le décidait le parlement de Paris (1)? Toutes ces solutions sont absolument arbitraires. Le locataire devra-t-il simplement garnir les lieux conformément aux indications qui résultent de sa profession et de la destination mentionnée par le bail (2)? Oui, si ces indications sont assez précises pour que les juges puissent en dégager un élément conventionnel; mais le plus souvent il n'en sera pas ainsi. Qu'est-ce que tout cela prouve? C'est que dans l'impossibilité de trouver une règle certaine, il faut laisser aux juges le pouvoir d'apprécier en fait si les meubles apportés dans la maison par le locataire fournissent au bailleur une garantie suffisante (3). En cas de difficulté, la valeur du mobilier sera déterminée par une expertise portant seulement sur les objets saisissables susceptibles, en cas de vente, d'être soumis au privilège du bailleur par application de l'art. 2102 1° (4), quand même ces objets n'appartiendraient pas au locataire, si celui à qui ils appartiennent n'a pas fait connaître ses droits au bailleur.

349. Si le locataire est autorisé par le contrat à céder son bail ou à sous-louer, les meubles apportés par le cessionnaire ou le sous-locataire garnissent réellement les locaux, et prennent la place de ceux que le locataire a été virtuellement autorisé à enlever pour laisser les lieux loués à la disposition du nouvel occupant (5). Le privilège du bailleur s'étendra donc sur les meubles apportés par le sous-locataire.

Mais il y a une grande différence, à ce point de vue, entre le locataire et le sous-locataire :

(1) DUVERGIER, t. II, n° 16; GUILLOUARD, t. II, n° 462.

(2) AUBRY et RAU, § 370, texte et note 3.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 705; ARNTZ, t. IV, n° 1171.

(4) DUVERGIER, t. II, n° 13; LAURENT, t. XXV, n° 423; GUILLOUARD, t. II, n° 463; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 200 *bis* I.

(5) LAURENT, t. XXV, n° 426; Bruxelles, 15 mars 1879, *Pas.*, 80, 3, 60; Trib. Verviers, 22 sept. 1882; *Cl. et B.*, 83-84, 901.

Nous savons que le locataire principal n'est pas dégagé de ses obligations par le fait de la sous-location (ou cession du bail). Il demeure toujours tenu envers le bailleur, et il est tenu sur tous ses biens à concurrence du montant de sa location principale.

Au contraire, le sous-locataire qui n'a pas traité avec le bailleur, ne doit personnellement rien à celui ci. Il est seulement tenu, *propter rem*, sur le mobilier par lui introduit dans les locaux, et qui se trouve servir de gage au bailleur.

Mais sur ce mobilier, est-il tenu pour la totalité du prix de la location principale ou seulement à concurrence du prix de sa sous-location? D'après la rigueur des principes les meubles apportés par le sous-locataire devraient répondre au profit du bailleur de tout ce qui pourrait être dû à celui-ci au moment de la saisie-gagerie pratiquée à sa requête. Mais cela eût été excessif et aurait rendu les sous-locations impossibles, et par voie de suite les locations principales plus difficiles, puisqu'il y a des locaux qui sont précisément recherchés pour être exploités en sous-location. Une atténuation s'imposait; en conséquence :

ART. 1753. Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation. — Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation (*).

Il n'y a rien de plus clair : on suppose que les meubles du sous-locataire viennent d'être saisis à la requête du bailleur, et il s'agit de savoir dans quelle mesure le sous-locataire doit être tenu sur ces mêmes meubles (1). Il est tenu, dit le texte, de ce qu'il peut encore devoir, au moment de la saisie, sur le prix de sa sous-location.

C'est néanmoins dans ce même texte qu'on a voulu, contre

(*) Art. 1753. — L. 11 § 5, D. 13, 7, *De pign. act.*
(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 695.

toute évidence, trouver la preuve que le sous-locataire était tenu sur tous ses biens, et par conséquent tenu personnellement; que dès lors le propriétaire avait contre lui une action directe. On a même jugé, par extension de cette solution manifestement erronée, que le bailleur pouvait poursuivre directement contre le sous-preneur le paiement de l'indemnité dont le locataire principal est devenu débiteur par suite de l'incendie des locaux loués (1) et que ce locataire principal est tenu solidairement avec le sous-preneur (2)! Nous avons déjà réfuté cette doctrine bien faite pour déconcerter l'interprète le mieux disposé à accepter toutes les hardiesses de la jurisprudence (*Suprà*, nos 281, 282, 341) (3).

Mais il est conforme à l'opinion que nous avons toujours défendue, de décider que si le sous-locataire a été introduit dans les locaux en violation d'une clause interdisant toute sous-location ou cession de bail, les meubles et effets par lui apportés, sont affectés à la garantie intégrale de la créance du bailleur (4).

Si entre le bailleur et le sous-locataire ou cessionnaire, il était intervenu des rapports particuliers impliquant de leur part la volonté commune de se considérer comme personnellement liés l'un envers l'autre, il n'y aurait pas alors de difficulté, et le sous-preneur serait tenu envers le bailleur en vertu du contrat spécial conclu à l'occasion de la cession en sous-location.

On a jugé dans cet ordre d'idées, que la cession du bail établit un lien de droit direct entre le bailleur et le cessionnaire, lorsque la cession était prévue par une clause du bail aux termes de laquelle le locataire cédant ne devait rester que simple caution du cessionnaire, et que le bailleur l'a

(1) Cass. 13 janv. 1892, S. 92, 1, 89.
(2) Trib. Verviers, 14 déc. 1887, *Cl. et B.*, 1888, 605.
(3) LAURENT, t. XXV, art. 200 à 203.
(4) Cass. 11 avr. 1892, S. 92, 1, 433.

ratifiée en touchant les loyers des mains du cessionnaire (1). C'est cette dernière circonstance qui pourrait être considérée comme équivalent à l'accord spécial nécessaire pour lier les deux parties.

L'art. 1753 dispose enfin que les paiements faits par le sous-locataire en conséquence de son contrat ou de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. Ces paiements, même constatés par quittances sous seing privé, sont opposables au bailleur principal, tant que celui-ci ne prouve pas qu'ils ont eu lieu en fraude de ses droits (2).

350. Le preneur est encore tenu du chef des réparations.

On distingue deux classes principales de réparations : les grosses réparations et les réparations d'entretien. Nous en avons déjà parlé à l'occasion du droit d'usufruit (art. 606). Les réparations d'entretien se subdivisent elles-mêmes en réparations de gros entretien et réparations de menu entretien. Celles-ci sont les seules qui soient mises à la charge du preneur sous le nom de réparations locatives.

ART. 1754. Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et entre autres, les réparations à faire, — Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes des cheminées; — Au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre; — Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés; — Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle, ou autres accidents extraordinaires, et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu; — Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutique, gonds, targettes et serrures.

ART. 1755. Aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge des locataires, quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure (*).

ART. 1756. Le curement des puits et celui des fosses d'aisance sont à la charge du bailleur, s'il n'y a clause contraire.

L'énumération qui précède est seulement énonciative et

(*) Art. 1755. — L. 18, D. 13, 6, *Commod.*
(1) Paris, 22 juin 1894, D. 95, 2, 71.
(2) LAURENT, t. XXV, n° 204; ARNTZ, t. IV, n° 1153.

doit être complétée, et peut même être modifiée par l'usage des lieux.

Ainsi les réparations de gros entretien, et même certains travaux pour cause de vétusté, peuvent être mis à la charge du preneur quand il existe, à cet égard, un usage constant et précis. Des réparations qui, d'après le droit commun, constitueraient de grosses réparations, peuvent être considérées comme réparations locatives ou assimilées à celles-ci en vertu d'un usage particulier à l'industrie qu'elles concernent (1).

Les dispositions des art. 1754 et suiv., sont empruntées aux *Lois des bâtiments* de Desgodets et Goupy, où l'on trouvera le meilleur commentaire de la matière (2); nous faisons seulement les précisions suivantes :

Sont à la charge du locataire les réparations qui doivent être faites :

Aux contre-cœurs des cheminées, même quand ils sont en plaques de fonte; aux croissants destinés à retenir les pelles et pincettes; aux tables et buffets couverts en marbre, aux coquilles et cuvettes de la même matière, si ces objets ont été écornés ou cassés par la faute du preneur;

Aux pavés, aux carreaux en terre cuite, en brique, pierre, grès ou marbre lorsqu'il n'y en a qu'une petite quantité de cassés, ébranlés ou disparus. Un pavé seulement fendu en deux n'est pas remplacé. Si le pavage tout entier était à refaire la réfection serait à la charge du propriétaire, car la présomption est alors que l'usure naturelle, l'humidité ou un vice de construction, ont rendu ce travail nécessaire.

Sont encore à la charge du locataire les réparations à faire aux parquets et planchers en bois; aux pavés des cours, aux bornes placées pour garantir les portes cochères, charretières ou les grilles; aux rampes des escaliers ou perrons;

(1) Limoges, 3 août 1891, D. 95, 2, 177.
(2) V. aussi DUVERGIER, t. II, n° 24.

Aux vitres, aux panneaux en plomb qui retiennent le verre, quand ils sont brisés ou forcés; aux glaces qui garnissent la maison; aux contrevents et aux volets et à toutes fermetures; aux chambranles des portes, aux embrasures des portes et croisées;

Aux lambris d'appui et à toute espèce de cloison;

A toute la serrurerie des portes et fenêtres; aux tringles des croisées et alcôves, aux patères soutenant les rideaux; aux poulies et cordons pour ouvrir et fermer, aux stores des fenêtres et appareils de sonnerie électriques ou autres, lorsque tous ces objets ont été posés par le bailleur;

Aux grilles des fourneaux de cuisine et de buanderie et pavés ou plaques de revêtement;

Aux bornes, barrières, auges et bancs dans les cours et jardins; aux treillages destinés aux espaliers et vignes; aux citernes, bassins, lavoirs et leurs accessoires.

Le ramonage des cheminées, le balayage, le lavage des vitres, le curage des bassins et citernes sont encore à la charge du locataire.

Les peintures et tapisseries ou papiers de tenture, usés ou flétris par l'usage ne doivent pas être rétablis par le locataire si leur réfection n'a pas été rendue nécessaire par un abus de jouissance. Si l'emploi de clous pour suspendre des tableaux, faïences ou autres objets les a détériorés, il est admis dans certaines localités, notamment à Paris, que le locataire doit payer une indemnité de 0 fr. 50 par clou, sans que l'indemnité, à raison du nombre des clous, puisse dépasser la valeur du papier de tapisserie.

Quand il s'agit de la location d'un moulin à eau ou à vent, il est d'usage de dresser un état des lieux avec estimation de tous les objets consacrés à son exploitation. Semblable estimation a lieu lorsque le bail finit en tenant compte de l'état où se trouvent les objets eu égard à leur état au commencement du bail. Si la dernière prisée est plus forte que la

première, le propriétaire rembourse la différence au locataire. Dans le cas inverse c'est le locataire qui paie la différence au propriétaire.

Pour les moulins à eau, les réparations à la charge du locataire sont celles qui doivent être faites :

Aux berges en terre avec planches et pieux; aux vannes; aux vannages et palis; aux ponts servant à leurs accès et à leurs manœuvres; aux coursiers, aux aubes; aux garnitures des dents en bois du grand rouet, des roues et des couronnes; aux métiers, machines, outils et ustensiles qui, tous, doivent être rendus à la fin de la jouissance, marchant et fonctionnant, ce qui comprend les *tournants* et *travaillants,* et tous leurs accessoires.

Dans les moulins à vent, les *tournants* et les *travaillants,* ainsi que les *ustensiles* sont également à la charge du locataire. Ces ustensiles varient suivant le montage du moulin. La prisée les fera connaître.

351. Les parties peuvent régler autrement la charge des réparations. Il peut être convenu que les réparations locatives seront à la charge du bailleur. Le locataire, de son côté, peut se charger de toutes les réparations. Mais des clauses de ce genre donneront le plus souvent lieu à des difficultés d'application. Ainsi l'acte porte que le preneur devra faire toutes les réparations nécessaires, tant *grosses* que *menues.* Faut-il entendre par *grosses* réparations celles qui sont ainsi qualifiées par l'art. 606 en matière d'usufruit, ou bien les réparations locatives dépassant le *menu entretien* dont parle l'art. 1754, et qui, à ce point de vue, peuvent être qualifiées de grosses réparations? Cette dernière interprétation paraît plus conforme à l'intention probable des parties (1).

Les réparations dues par le preneur ne peuvent pas être exigées de lui avant l'expiration du bail, à moins que les dé-

(1) Voy. LAURENT, t. XXV, n° 429.

gradations les rendant nécessaires ne compromettent l'existence de la chose louée, ou ne mettent d'ores et déjà obstacle à ce que la chose soit remise en bon état après l'expiration du bail (1).

On se demande si le locataire est tenu, en cette qualité, du balayage de la voie publique au droit de la maison qu'il occupe?

Voici quel est, à cet égard, le dernier état de la jurisprudence :

L'obligation de balayer la voie publique est une charge de la propriété, et pèse sur le propriétaire, peu importe qu'il habite ou n'habite pas la maison envisagée (2).

Les locataires sont également tenus de la même obligation quand ils habitent la maison. Ils sont alors considérés comme ayant assumé, solidairement avec le propriétaire, l'obligation de balayer la rue (3). Mais si ce dernier habite une partie de la maison louée, le défaut de balayage ne peut motiver de poursuite en simple police que contre lui seul, quand même le nettoiement de la voie publique aurait été mis par un arrêté municipal à la charge des habitants du rez-de-chaussée (4).

L'arrêté municipal qui prescrit aux propriétaires et locataires de *maisons* de balayer au devant de leurs *maisons*, ne s'applique pas aux terrains vagues, longeant la voie publique, qui ne sont pas des dépendances d'habitations (5).

352. La loi a cru nécessaire de s'expliquer sur certains baux dont la durée n'a pas été expressément déterminée par les parties, et aussi sur certains cas de résiliation.

(1) Trib. Liège, 20 oct. 1885, *Pas.*, 86, 3, 341.
(2) Cass. 3 juin 1881, D. 82, 1, 44; Cass. 3 déc. 1880, D. 81, 1, 334.
(3) Arrêt précité du 3 déc. 1880.
(4) *Ibid.*
(5) Cass. 5 janv. 1884, D. 84, 5, 34.

Il s'agit d'abord du bail des meubles. Nous avons déjà vu ce qui concerne les cas où la location a pour objet des meubles considérés uniquement quant au genre d'utilité qu'ils peuvent procurer (*suprà*, n° 274).

On peut encore considérer les meubles en tant qu'ils peuvent être employés pour garnir un local.

ART. 1757. Le bail des meubles fournis pour garnir une maison entière, un corps de logis entier, une boutique, ou tous autres appartements, est censé fait pour la durée ordinaire des baux de maison, corps de logis, boutiques ou autres appartements, selon l'usage des lieux.

Si la location de la maison ou de l'appartement était faite par écrit, et pour une durée différente de la durée ordinaire des baux des maisons ou appartements du même genre, on décide que la durée de la location des meubles destinés à garnir le local sera celle du bail écrit, s'il est établi que le locataire des meubles a fait connaître le bail de l'appartement au propriétaire des meubles au moment où il les louait (1).

Mais comment ce point qui, en réalité, se réfère uniquement à la durée du bail, sera-t-il établi? C'est précisément pour éviter tout débat sur une telle question que l'art. 1757 porte qu'il faut toujours s'en tenir à l'usage des lieux. La distinction proposée est donc contraire à l'esprit et au texte de la loi (2).

De même si la location des meubles destinés à garnir la maison est faite non par le locataire, mais par le propriétaire lui-même, la durée du bail des meubles sera, à moins de conventions particulières, celle indiquée par l'art. 1757 qui ne fait aucune distinction.

353. L'appartement mis en location peut donc se trouver garni de meubles appartenant au propriétaire lui-même ou loués par des tiers.

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 683.
(2) Comp. ARNTZ, t. IV, n° 1176.

ART. 1758. Le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année, quand il a été fait à tant par an; — Au mois, quand il a été fait à tant par mois; — Au jour, s'il a été fait à tant par jour. — Si rien ne constate que le bail soit fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite suivant l'usage des lieux.

Le texte ne parlant que d'un appartement meublé ne saurait s'appliquer au bail d'un *hôtel garni* ou *maison meublée* (1).

354. Enfin, comme il n'y avait aucune raison pour soustraire les baux à loyer à l'application de la règle générale posée par l'art. 1738, le texte suivant était complètement inutile.

ART. 1759. Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux (*).

La loi prévoit ensuite certains cas de résiliation.

Il faut d'abord faire observer que si la résiliation du bail a lieu en vertu d'une clause du contrat, le bailleur ne peut réclamer des dommages-intérêts au preneur pour le temps nécessaire à la relocation (2).

Mais,

ART. 1760. En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus.

A Rome, quand le bailleur prouvait qu'il avait besoin de la maison pour l'occuper lui-même, il pouvait obliger le locataire à vider les lieux.

Aujourd'hui,

ART. 1761. Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention contraire.

ART. 1762. S'il a été convenu dans le contrat de louage, que le bailleur pourrait venir occuper la maison, il est tenu de signifier d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux.

(*) Art. 1759. — L. 13 § 11, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) LAURENT, t. XXV, n° 432; GUILLOUARD, t. II, n° 506.

(2) Trib. Charleroi, 1er mars 1878, *Pas.*, 79, 3, 20.

Il ne doit d'ailleurs, en ce cas, aucune indemnité au preneur. L'art. 1744 qui donne au preneur expulsé en cas de vente, droit à une indemnité contre le bailleur, ne saurait être étendu à l'hypothèse envisagée, car il consacre lui-même une exception aux principes généraux. Tout le monde est d'accord sur ce point (1). Néanmoins si le bailleur faisait abus de la faculté qu'il s'est réservée en louant immédiatement la maison qu'il devait occuper lui-même, il devrait des dommages-intérêts au preneur (2).

Cette faculté est transmissible aux héritiers du bailleur (art. 1122), mais ne saurait être exercée par ses créanciers, car elle ne fait pas partie du gage de ces derniers.

Elle ne paraît pas cessible aux tiers uniquement à raison de la difficulté de concevoir comment pourrait s'y prendre le bailleur pour transmettre utilement à un tiers la faculté qu'il a de reprendre l'immeuble pour l'occuper *lui-même*. On pourrait supposer néanmoins le cas d'un bailleur qui ne s'est pas réservé dans le bail authentique ou ayant date certaine le droit d'expulser le preneur en cas de vente de la maison louée (art. 1743), mais qui s'est réservé seulement la faculté de reprendre la maison pour l'occuper lui-même. Il pourra vendre la maison à la condition de l'occuper lui-même comme locataire, et l'acquéreur cessionnaire des droits du vendeur, pourra expulser le locataire, afin de procurer au ci-devant bailleur la possibilité d'occuper lui-même les locaux.

SECTION III.

Des règles particulières aux baux à ferme.

§ 1er. — Bail à colonage partiaire.

355. — Définition, Loi du 18 juillet 1889, art. 1. — Nature de ce bail.

(1) Sauf le dissentiment de DUVERGIER, t. II, n° 10.
(2) ARNTZ, t. IV, n° 1179.

356. — Le métayer ne peut ni sous-louer ni céder son bail, art. 1763; sanction, art. 1764.
357. — Partage des fruits et produits, Loi du 18 juillet 1889, art. 2.
358. — Commentaire des autres dispositions de cette loi : délivrance, usage et surveillance de la chose.
358 *bis*. — Cessation ou résiliation du bail à colonage.
359. — Perte des récoltes; règlement des comptes. Question de preuve.
360. — Exploitation par maîtres-valets. — Des estivandiers, estachants, régisseurs et hommes d'affaires.

355. On trouve dans la théorie du Code deux espèces de baux à ferme. Le bail à ferme ordinaire dont le prix consiste en une somme d'argent, ou en une quantité fixe de denrées, et le bail à *colonat partiaire*, ou *colonage partiaire*, ou encore *bail à métairie* (art. 1829), dans lequel les fruits se partagent entre le bailleur et le colon dans certaines proportions (1).

Le Code parle d'abord du colonage partiaire et édicte certaines règles qui ont été jugées insuffisantes, et ont été complétées par la loi du 18 juillet 1889, formant le titre IV du *Code rural*.

D'après l'art. 1er de cette loi :

« Le bail à colonat partiaire ou métayage est le contrat par lequel le possesseur d'un héritage rural le remet pour un certain temps à un preneur qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur. »

Cette définition n'a aucune espèce de sens, ou bien elle signifie que le contrat par lequel le possesseur d'un héritage le remet à un preneur, sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur est un bail, appelé *bail à colonat partiaire*.

Le colonat partiaire est donc un bail, d'après les termes mêmes de la loi de 1889. Cependant il est certain que les ora-

(1) A consulter : L. Rerolle, *Du colonage partiaire*, etc., Paris, 1888; Méplain, *Traité du bail à portion de fruits*, Moulins, 1850; De Tourdonnet, *Traité pratique du métayage*, Paris, 1882.

teurs qui ont exprimé une opinion dans la discussion de cette loi, n'ont pas eu l'intention de se prononcer catégoriquement dans ce sens qui était fortement controversé. Fallait-il considérer le bail à colonat comme un véritable bail, ou comme une société, ou comme un contrat mixte participant du caractère du bail et de celui de la société?

Le rapporteur du projet devant la Chambre des députés a été fort explicite : « Nous avons fait disparaître, a-t-il dit, de l'art. 1er, l'affirmation formelle que le contrat de colonat est un louage. » Cela est absolument inexact, puisque l'art. 1er de la loi déclare que ce contrat est un *bail*, or le bail est un louage.

Devant le Sénat, la même préoccupation s'est fait jour : le texte du gouvernement et celui de la commission du Sénat qualifiaient le colonat partiaire de *louage*. Un amendement tendit à le qualifier d'*association*. Mais ces deux termes furent également rejetés, et la discussion publique au Sénat semble indiquer qu'on a voulu combiner, dans la définition du métayage, le double élément du louage et de la société, sans donner à l'un la prédominance sur l'autre (1).

De là on a conclu que le métayage n'était pas une société et n'était pas davantage un louage, mais constituait un contrat *spécial*, participant à la fois de la société et du louage, ou en d'autres termes, un contrat *mixte*, *sui generis* (2), ce qui ne peut avoir aucune signification.

Nous ne comprenons pas ce que peut être un contrat mixte ou *sui generis*. Les expressions *bail*, *bailleur*, *preneur*, employées dans la définition légale de l'art. 1er de la loi de 1889, ne peuvent laisser aucun doute sur la nature du contrat de métayage, et les affirmations dissidentes qui se sont pro-

(1) *Journal Officiel* du 15 juin 1880.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 717; Comp. Limoges, 26 août 1848, D. 49, 2, 173.

duites dans la discussion de la loi, peuvent tout au plus démontrer l'inconsistance de certaines opinions.

Le colonat partiaire est donc un contrat de louage, et c'est comme tel qu'il est envisagé par les parties au moment de sa formation.

Il est vrai que ce contrat, envisagé quant à son exécution, se traduit par un partage des fruits entre le bailleur et le preneur. Mais qui oserait soutenir que cette circonstance suffit pour attribuer au bailleur et au preneur la qualité d'associés entre eux? Le contraire a été jugé avec raison par le Conseil d'État dans une hypothèse où il s'agissait également d'une location faite moyennant un partage des fruits. Un propriétaire avait loué à moitié fruits un établissement industriel à un tiers. Le Conseil d'État a décidé que ce propriétaire ne pouvait être soumis à la patente comme associé de son locataire (1).

Est-ce que le colon partiaire libre d'administrer la chose qu'il a reçue, pour la cultiver suivant le mode de culture adopté, pourrait prendre, comme administrateur, des engagements de nature à lier le bailleur considéré comme un associé?....

356. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le métayer est lié vis-à-vis du bailleur, d'une manière plus étroite qu'un fermier ordinaire.

Alors qu'un fermier ordinaire peut, sans d'ailleurs se dégager de ses obligations, *sous-louer et même céder son bail à un autre*, comme le dit l'art. 1717,

Au contraire,

ART. 1763. Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur ne peut ni sous-louer, ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail.

Pourquoi? Parce que le colon devant prendre l'engagement de *cultiver* le bien qui lui est remis, son aptitude personnelle

(1) Cons. d'Etat, 14 fév. 1891, S. 93, 3, 23.

a été, en général, prise en considération (Voy. t. VIII, n° 11).

Le métayer doit donc, en principe, cultiver lui-même. Néanmoins le texte ne met pas obstacle à ce qu'il s'associe une personne dans son exploitation. L'admission de ce qu'on appelle un *personnier* ne peut être considérée comme une contravention à l'art. 1763 (1).

ART. 1764. En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance, et le preneur est condamné aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution du bail.

C'est une application de l'art. 1184; les juges auront donc le pouvoir d'apprécier si l'infraction commise par le colon est assez grave pour faire prononcer la résiliation (Voy. *suprà*, n° 450).

357. Régulièrement, tant que les fruits et légumes qui doivent être partagés ne sont pas détachés du sol, le colon n'a pas le droit d'en prendre pour son usage; il le fait cependant presque toujours, mais à la dérobée. Les maîtres se montrent à cet égard plus ou moins tolérants. Ils exigent quelquefois que les métayers prennent toujours ce qui leur est nécessaire sur quelques sillons déterminés à l'exclusion de tous autres, et, au moment de la récolte, ils prélèvent avant partage le produit d'un nombre égal de sillons. D'autres fois, le maître abandonne au métayer une certaine contenance de terrain destinée aux légumes, et ce dernier profite seul de tout ce qu'il y récolte.

Le colon n'est pas autorisé à disposer de la récolte avant que le partage n'ait été opéré.

D'après l'art. 2 de la loi du 18 juillet 1889 « Les fruits et produits se partagent par moitié, s'il n'y a stipulation ou usage contraire. »

Le partage général constitue donc, sauf dérogation ou usage différent, la règle principale. Une disposition du projet primitif attribuait au preneur « La jouissance exclusive des

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 628.

jardins annexés à son habitation et la faculté de profiter pour son usage personnel de l'émondage des haies existant sur la propriété et de l'émondage des arbres suivant l'usage des lieux. » Mais, après discussion, on a reconnu qu'il était plus naturel de laisser purement et simplement sous l'empire de la convention ou de l'usage, les particularités fort diverses qui se rattachent au mode de partage des fruits et à l'attribution de certains produits à l'une ou à l'autre des parties. Du reste, les parties ont la faculté d'adopter pour le partage des bases autres que celles qui ont été indiquées dans la loi; il peut notamment être convenu que le propriétaire prélèvera avant partage une portion des fruits pour le paiement des impôts, ou autre cause qui, du reste, n'a pas besoin d'être spécifiée.

358. La loi du 18 juillet 1889 a ensuite codifié comme suit les règles le plus universellement suivies en matière de métayage :

« Art. 3. Le bailleur est tenu à la délivrance et à la garantie des objets compris au bail. Il doit faire aux bâtiments toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires. Toutefois, les réparations locatives ou de menu entretien qui ne sont occasionnées ni par la vétusté, ni par force majeure, demeurent, à moins de stipulations ou d'usage contraire, à la charge du colon.

« Art. 4. Le preneur est tenu d'user de la chose louée en bon père de famille, en suivant la destination qui lui a été donnée par le bail; il est également tenu des obligations spécifiées pour le fermier par les art. 1730, 1731 et 1768 du Code civil. — Il répond de l'incendie, des dégradations et des pertes arrivées pendant la durée du bail, à moins qu'il ne prouve qu'il a veillé à la garde et à la conservation de la chose en bon père de famille. — Il doit se servir des bâtiments d'exploitation qui existent dans les héritages qui lui sont confiés, et résider dans ceux qui sont affectés à l'habitation. »

On remarquera que le § 2 de cet art. 4 termine la controverse qui existait sur l'étendue de la responsabilité du colon en cas d'incendie. Il paraissait logique d'appliquer dans toute sa rigueur l'art. 1733 (1). Mais on a considéré que le propriétaire a le moyen de veiller à la conservation de sa chose puisqu'il ne se dépouille pas entièrement de la jouissance et qu'il conserve un droit de surveillance et même de direction générale.

En effet :

« Art. 5. Le bailleur a la surveillance des travaux et la direction générale de l'exploitation, soit pour le mode de culture, soit pour l'achat et la vente des bestiaux. L'exercice de ce droit est déterminé, quant à son étendue, par la convention ou, à défaut de convention, par l'usage des lieux. — Les droits de chasse et de pêche restent au propriétaire. »

Il ne peut être évidemment question que d'une direction fort générale ayant surtout pour but de maintenir l'ordre et l'étendue des cultures à suivre, et non d'une direction se produisant dans le détail des travaux agricoles de chaque jour.

359. Nous avons déjà vu que l'art. 1763 refuse au colon partiaire le droit de sous-louer ou de céder son bail. Il suit de là que le preneur ne peut pas davantage transmettre son bail à ses héritiers, sans le consentement du propriétaire. C'est ce que décide l'article suivant mettant ainsi fin aux controverses qui s'étaient produites sur ce point :

« Art. 6. La mort du bailleur de la métairie ne résout pas le bail à colonat. — Ce bail est résolu par la mort du preneur; la jouissance des héritiers cesse à l'époque consacrée par l'usage des lieux pour l'expiration des baux annuels. »

Il est bon néanmoins de faire remarquer que le propriétaire aurait contre les héritiers du preneur l'action en résiliation

(1) Riom, 19 nov. 1884, D. 86, 2, 1 et la note.

prévue par les art. 1741 et 1774 en cas de mauvaise exploitation de leur part ou de dégradations par eux commises.

La mort du preneur n'est pas la seule cause mettant fin au bail à colonat avant l'expiration du temps fixé pour sa durée.

« Art. 7. S'il a été convenu qu'en cas de vente l'acquéreur pourrait résilier, cette résiliation ne peut avoir lieu qu'à la charge par l'acquéreur de donner congé suivant l'usage des lieux. — Dans ce cas, comme dans celui qui est prévu par le dernier paragraphe de l'article précédent, le colon a droit à une indemnité pour les impenses extraordinaires qu'il a faites, jusqu'à concurrence du profit qu'il aurait pu en tirer pendant la durée de son bail : la résiliation en cas de vente est régie au surplus par les art. 1743, 1749, 1750 et 1751 du Code civil. »

D'après l'art. 1748, l'acquéreur est obligé d'avertir le fermier des biens ruraux au moins un an à l'avance. Une telle obligation n'est pas imposée à l'acquéreur d'un bien cultivé par un colon partiaire.

En cas de résiliation par la mort du preneur un congé n'est pas nécessaire. Si le bail est continué ce sera par une tacite réconduction résultant d'une entente commune.

L'indemnité en cas d'expulsion par un acheteur, est réglée pour le colon, qui n'a pas d'avances à faire et ne paie pas de prix, autrement que pour le fermier (art. 1746).

Une indemnité calculée de la même manière pourra encore être due dans le cas prévu par l'article suivant, de perte totale ou partielle de la chose :

« Art. 8. Si, pendant la durée du bail, les objets qui y sont compris sont détruits en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit. S'ils ne sont détruits qu'en partie, le bailleur peut se refuser à faire les réparations et les dépenses nécessaires pour les remplacer ou les rétablir. Le preneur et le bailleur peuvent, dans ce cas, suivant les circonstances, demander la résiliation. — Si la résiliation est prononcée à

la requête du bailleur, le juge appréciera l'indemnité qui pourrait être due au preneur, conformément au deuxième paragraphe de l'art. 7 de la présente loi. »

En cas de perte partielle de la chose cultivée pour en partager les fruits, on ne peut concevoir qu'une résiliation du bail ou sa continuation pour ce qui reste de la chose. Il ne peut être question d'une diminution de prix, puisqu'il n'y a pas de prix, mais il y aura forcément une diminution des produits à partager. Le bailleur, dans ce cas, a le droit de se refuser à faire des dépenses de rétablissement, supérieures peut-être à l'intérêt qu'il peut avoir à la continuation du bail.

Dans ces conditions, il était naturel de laisser au preneur le droit d'opter entre la résiliation du bail ou sa continuation.

Supposons que le preneur opte pour la continuation du bail; sera-t-il nécessairement écouté? Non, car le bailleur en vertu de l'art. 8, a, lui aussi, le droit de demander la résiliation ! Voilà donc qu'à l'occasion du même fait, les deux parties sont invitées à se prononcer chacune de son côté..... Puisque chacune peut demander la résiliation, c'est que ni l'une ni l'autre ne sont tenues de continuer le bail. Donc, en définitive, c'est celle qui se prononcera pour la résiliation qui devra l'emporter.

Comment expliquer cette singularité de voir accorder ici au bailleur un droit de résiliation qui, dans le bail à ferme, n'appartient qu'au preneur (art. 1722)?

C'est parce que, a-t-on dit, le bail à colonat, *participant du contrat de société*, il eût été injuste de n'accorder le droit de résiliation qu'au preneur seul. En conséquence, et par respect pour la justice, ou plutôt pour la symétrie, on a également admis que le bailleur pourrait demander la résiliation, quand même le preneur serait disposé à continuer le bail !...

Mais alors quel intérêt peut avoir le bailleur à réclamer en ce cas la résiliation?

Il ne peut en avoir qu'un : celui de profiter seul des dépen-

ses extraordinaires faites par le colon. En conséquence, on a supprimé cet intérêt en mettant une indemnité à la charge du bailleur.....

Tout cela a été édicté en vue de la coexistence de deux circonstances presque aussi chimériques l'une que l'autre : la première qu'un colon aura fait des *impenses extraordinaires* sur la chose cultivée; la seconde que la chose cultivée a été détruite en partie par un cas fortuit.

359. Ce sont surtout les récoltes qui sont exposées à subir les effets des cas fortuits :

« Art. 9. Si, dans le cours de la jouissance du colon, la totalité ou une partie de la récolte est enlevée par cas fortuit, il n'a pas d'indemnité à réclamer du bailleur. Chacun d'eux supporte sa portion correspondante dans la perte commune.

« Art. 10. Le bailleur exerce le privilège de l'art. 2102 du Code civil sur les meubles, effets, bestiaux et portions de récolte appartenant au colon, pour le paiement du reliquat du compte à rendre par celui-ci.

« Art. 11. Chacune des parties peut demander le règlement annuel du compte d'exploitation. — Le juge de paix prononce sur les difficultés relatives aux articles du compte, lorsque les obligations résultant du contrat ne sont pas contestées, sans appel lorsque l'objet de la contestation ne dépasse pas le taux de sa compétence générale en dernier ressort, et à charge d'appel à quelque somme qu'il puisse s'élever. — Le juge statue sur le vu des registres des parties; il peut même admettre la preuve testimoniale s'il le juge convenable.

« Art. 12. Toute action résultant du bail à colonat partiaire se prescrit par cinq ans, à partir de la sortie du colon.

« Art. 13. Les dispositions de la section première du titre du louage contenues dans l'art. 1718, et dans les art. 1736 à 1741 inclusivement, et celles de la section 3 du même titre, contenues dans les art. 1766, 1777 et 1778, sont applicables aux

baux à colonat partiaire. Ces baux sont en outre régis, pour le surplus, par l'usage des lieux. »

La prescription quinquennale établie par l'art. 12, n'est pas, comme celle qui résulte de l'art. 2277, une prescription spéciale pour chaque annuité; elle s'étend au contraire à toutes les actions qui peuvent naître du contrat de métayage, lesquelles étaient antérieurement soumises à la prescription trentenaire.

On remarquera que l'art. 13 renvoie formellement aux articles 1736 à 1741 du Code civil; l'art. 1738 relatif à la tacite réconduction est donc applicable au bail à colonat. Cela est d'ailleurs conforme à la doctrine déjà généralement reçue. On avait cependant cru pouvoir juger que le colonage partiaire constituant non un bail mais une association, n'était pas soumis aux règles de la tacite réconduction (1).

La loi de 1889, qui contient tant de choses inutiles, ne parle pas de la preuve en matière de colonage partiaire. Même dans l'opinion qui voit dans le colonage un contrat participant à la fois du bail et de la société, il faut décider que ce contrat est régi par les règles exceptionnelles des art. 1715 et 1716 et non par les règles générales des art. 1341 et 1347 (Voy. *suprà*, n° 279) (2).

Dans la pratique, les locations du colonage partiaire se font ordinairement sans écrit, et quelquefois par acte authentique. Souvent le bailleur se contente d'écrire sur un livret les conditions du bail; plus souvent encore les conventions se font de la manière suivante : le propriétaire rédige les conditions du bail sur papier timbré, ou même sur papier libre, et en remet le double au locataire. Bien que cette police ne soit pas signée par ce dernier, elle est considérée comme valable et

(1) Voy. arrêt Limoges, 18 mai 1887; Cass. 23 oct. 1889, S. 89, 1, 453.

(2) GUILLOUARD, t. II, n° 616.

obligatoire si le locataire reconnaît avoir été nanti du double.

360. Les avantages que peut procurer l'exploitation du sol au moyen du colonat partiaire sont fort contestables, et il est certain que ce genre de tenure est loin d'être favorable aux progrès de l'agriculture. Aussi le propriétaire qui a le goût de l'agriculture peut-il recourir à une autre combinaison, à l'exploitation par *maîtres-valets*.

Cette exploitation, en usage dans certaines contrées, consiste à prendre une famille payée à gages fixes, qui, par le nombre des bras, soit en rapport avec l'importance du domaine. Cette famille est gagée pour un, deux, trois, quatre hommes, etc., capables de conduire les attelages, de labourer les terres, de faire en un mot tous les travaux que nécessite une bonne culture. Le propriétaire a seul la direction de la culture et commande en maître. Il peut se livrer aux expériences agricoles les plus hardies, établir chez lui tel assolement que bon lui semble, et en définitive amener son bien à un haut point de prospérité.

Comme dans la plupart des exploitations, le maître-valet, hors les hommes gagés, n'aurait pas une famille assez nombreuse pour la moisson, le maître prend, pour cette opération, d'autres cultivateurs appelés *estivandiers*.

L'*estivandier* ou *solatier* est celui qui se tient à l'exploitation d'un sol dépicatoire.

Le nombre des estivandiers est proportionné à l'importance du domaine. Chaque paire de labourage comporte ordinairement deux hommes et deux femmes. Ils doublent quand c'est nécessaire, c'est-à-dire que chaque estivandier s'adjoint à ses frais un second pour l'aider dans les travaux de la moisson.

L'emploi d'estivandiers peut avoir lieu aussi bien dans le cas d'exploitation par colon partiaire que dans celui d'exploitation par maître-valet.

Les estivandiers reçoivent à titre de gage une partie des grains cueillis qu'ils partagent entre eux, et certains autres

avantages. Ils sont toute l'année aux ordres exclusifs du propriétaire. En prenant le sol ils s'engagent à travailler pour le maître dans l'année, et dans les intervalles des travaux du sol, toutes les fois qu'on aura besoin d'eux, au taux du prix moyen de la journée du pays, payable soit en argent, soit en grain.

Il existe encore une autre catégorie de travailleurs de terre, appelés *estachants* dans certaines localités. Ce sont des paysans misérables, vivant du travail de leurs mains, employés à la journée par qui a besoin d'eux, et ordinairement locataires de petites maisons.

Les propriétaires qui possèdent aux environs des villes des maisons de plaisance, où ils ne se rendent ordinairement que dans la belle saison, y placent, pour la surveillance, un estachant, moyennant le logement et quelques autres petits avantages.

S'il s'agit d'un domaine dont le propriétaire ne peut ou ne veut en surveiller l'exploitation, il y est pourvu par un *régisseur* ou *homme d'affaires*. Ce régisseur est chargé de diriger tout ce qui est relatif à l'administration du domaine, d'exécuter les ordres qu'il reçoit du maître à cet égard et de rendre compte de sa régie.

Le régisseur n'étant qu'un simple mandataire, peut être congédié ou peut se retirer à volonté.

§ 2. — Bail à ferme ordinaire.

N° 1. — *Jouissance et obligations du preneur.*

361. — Fixation du prix. Erreur sur la contenance, art. 1765.
362. — Obligations principales du preneur, art. 1766; assolements et jachères.
363. — Engrangement des récoltes, art. 1767.
364. — Sanction des articles précédents.
365. — Le preneur doit informer le bailleur des usurpations commises sur le fond, art. 1768.

361. Dans le bail à ferme ordinaire, le prix consiste le plus

souvent en une somme d'argent; il peut consister aussi pour le tout ou pour partie en une quantité fixe de denrées. Le fermier, dans ce cas, doit fournir des grains de bonne qualité, sans néanmoins que le bailleur puisse exiger la première. Ces grains sont quelquefois convertis en argent au taux de la mercuriale du marché le plus voisin.

Le prix est souvent fixé à raison de la contenance de l'immeuble affermé.

ART. 1765. Si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à augmentation ou diminution de prix pour le fermier, que dans les cas et suivant les règles exprimés au titre *de la Vente*.

Il est inutile de reproduire ici l'économie de ces règles. Nous devrons seulement faire remarquer que ces règles doivent être appliquées dans leur entier, notamment pour la durée des actions appartenant au bailleur et au fermier qui sera la même qu'en matière de vente, c'est-à-dire limitée à une année à compter du jour du contrat ou du mesurage, si les parties avaient indiqué la contenance approximative, sauf à s'en rapporter à un mesurage contradictoire (1).

Lorsque le bail indique la contenance exacte de chaque pièce de terre, avec fixation du prix par hectare et prix global, on n'est plus dans un cas d'application de l'art. 1765, si le fermier soutenant qu'une des parcelles ne lui a pas été délivrée, réclame la restitution des loyers payés (2).

La loi contient ensuite une série de dispositions qui ont pour objet d'assurer la bonne culture et de garantir le paiement des fermages.

362. Le mobilier agricole, mort ou vif, apporté par le preneur, doit donc être suffisant pour garantir la bonne culture

(1) Cass. 2 fév. 1891, D. 91, 1, 267; DUVERGIER, t. II, n° 135; AUBRY et RAU, § 371, texte et note 1; LAURENT, t. XXV, n° 445; GUILLOUARD, t. II, n°s 537-538.

(2) Trib. Nivelles, 7 août 1882, *Pas.*, 83, 3, 145.

de la ferme, et en outre pour répondre du paiement des fermages, en tenant compte de cette circonstance que, à côté du mobilier, il y aura un autre gage dans les récoltes de la ferme (art. 2102) (1).

ART. 1766. Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail. — En cas de résiliation provenant du fait du preneur, celui-ci est tenu des dommages et intérêts, ainsi qu'il est dit en l'art. 1764 (*).

Le fermier est tenu de cultiver en bon père de famille. C'est à l'usage suivi dans chaque localité qu'il faut se référer pour décider si les terres labourables ont été soignées convenablement.

Le fermier doit notamment bien fumer les terres. De là résultait pour lui, comme moyen d'exécution, l'obligation de ne pas divertir les pailles et fourrages excrus sur la ferme, et de les employer sur les terres ainsi que le fumier provenant de leur consommation (2). Aujourd'hui, le fumier produit par la ferme est rarement suffisant; on y ajoute ou on le remplace par des engrais plus énergiques. Mais quoi qu'il en soit, si le fermier néglige de fumer convenablement la terre, il se rend passible de dommages-intérêts, et même il encourt la résiliation du bail.

La culture par jachères avec assolement triennal était autrefois le régime ordinaire des terres labourables, et le dessolement était rigoureusement interdit aux fermiers. Mais les progrès de la science agricole et l'introduction des engrais chimiques ont peu à peu amené la suppression des jachères, et détruit l'antique et immuable rotation des cultures. « Au-

(*) Art. 1766. — L. 25 § 3, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) LAURENT, t. XXV, n° 435; ARNTZ, t. IV, n° 1181; GUILLOUARD, t. II, n° 516; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 714.

(2) Voy. DUVERGIER, t. II, n° 98; GUILLOUARD, t. II, n° 519.

jourd'hui, dans chaque canton, dans chaque village, dans chaque propriété, les récoltes se succèdent dans un ordre différent et constamment variable (1). »

La défense de dessoler semble donc n'avoir plus aujourd'hui de raison d'être, et paraît devoir être réduite à celle d'épuiser les terres par des cultures forcées, et contraires à la pratique des cultivateurs du canton.

Cette interprétation paraît en harmonie avec notre art. 1766, d'après lequel il n'y a lieu à résolution ou à des dommages-intérêts, en cas d'inexécution d'une clause du bail, que lorsqu'il en est résulté un dommage pour le bailleur (2).

Sans doute, il ne peut dépendre d'un fermier de se délier en quelque sorte des engagements contractés dans son bail sous prétexte de se conformer à une nouvelle pratique agricole dont l'expérience n'aurait peut-être pas encore justifié la supériorité (3), mais il ne peut pas non plus être asservi à l'ignorance de la routine. La question, finalement, se résoudra par une expertise afin de savoir si le dessolement a causé un préjudice.

La prohibition de dessoler produira d'ailleurs son effet en ce sens que le fermier devra, à sa sortie, rendre la terre dans l'état d'assolement où il l'aura reçue (4).

Par conséquent, si le dessolement a lieu dans le cours du bail, aucune action ne pourra, de ce chef, être introduite contre le fermier, parce que celui-ci, par des engrais, des amendements et certains modes de culture, peut remettre la terre en bon état à la fin du bail. Si le dessolement

(1) REROLLE, *Du colonage partiaire*, Paris, 1888, p. 311.

(2) Cass. 16 août 1854, S. 56, 1, 61; Orléans, 22 juill. 1877, S. 77, 2, 292; DUVERGIER, t. II, n° 99; CLÉMENT, *loc. cit.*, n° 168; GUILLOUARD, t, II, n° 521.

(3) Comp. Douai, 20 mars 1846, S. 47, 2, 385; LAURENT, t. XXV, n° 539.

(4) GUILLOUARD, *loc. cit.*

a lieu durant la dernière année, le fermier sortant ne sera tenu à aucuns dommages-intérêts, pourvu qu'à l'époque où il doit la rendre, la terre, malgré les récoltes qu'il a pu y faire, soit dans le même état que si elle sortait de jachères.

Dans tous les cas, il n'y aurait pas contravention à la clause prescrivant de laisser en jachères une portion des terres louées, si le fermier ne fait sur ces terres que des récoltes assimilées aux jachères par l'usage des lieux. Ainsi il peut remplacer les jachères par du trèfle, ou faire du reboulage. Le reboulage consiste à cultiver des graines oléagineuses pour lesquelles des engrais sont nécessaires. Une terre qui a produit ces graines est en meilleur état que si elle était restée en jachères. De même, dans certains pays, on ne considère pas comme dessolement une verdure sur jachères, pendant la dernière année du bail, lorsque le fermier sortant la fait pâturer sur place par ses bestiaux, de manière à laisser la terre libre à la Saint-Jean qui précède l'entrée en jouissance du nouveau fermier.

363. Si le fermier avait le droit de déplacer les récoltes et de les mettre dans une grange dépendant d'une autre ferme qu'il aurait louée, le propriétaire de cette ferme les ayant en sa possession serait préféré au bailleur sur le prix de ces mêmes récoltes (1). Ce résultat doit être évité.

En conséquence,

ART. 1767. Tout preneur de bien rural est tenu d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail.

La circonstance qu'il n'existerait pas de local destiné à recevoir la récolte, n'autoriserait pas le fermier à la faire sortir du domaine. Dans ce cas, qui se présente fort souvent, on transporte tout simplement la récolte sur l'aire dépicatoire, en plein air, et on la dispose en tas appelés *gerbiers* ou

(1) LAURENT, t. XXV, n° 443; ARNTZ, t. IV, n° 1183; GUILLOUARD, t. II, n° 523; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 714.

gerbières, suivant la forme qu'on leur donne. Les fourrages sont arrangés en meule.

364. L'inobservation de chacune des obligations imposées au fermier par les art. 1766 et 1767 peut être une cause de résiliation pourvu qu'il en résulte un certain dommage (1). Mais les juges sont autorisés à décider *d'après les circonstances*, comme le porte l'art. 1766. On admet généralement, à cet égard, la distinction déjà indiquée entre les dégradations et abus de jouissance de nature à causer un dommage actuel ou à compromettre la chose louée, et les abus de jouissance n'ayant pas ce caractère (2).

Dans cette dernière hypothèse, le bailleur pourra faire constater le mauvais état de la culture, mais sans pouvoir réclamer immédiatement une indemnité, puisque le fermier, en continuant sa jouissance, peut faire disparaître le dommage.

Si, à raison du caractère irréparable et suffisamment grave (3) de l'abus de jouissance, il y a lieu de prononcer la résiliation, le bailleur pourra obtenir des dommages-intérêts pour mauvaise culture, et une indemnité spéciale du chef de la résiliation. Ce sont là deux causes distinctes de préjudice (4). Le bailleur pourra donc obtenir une indemnité de relocation. On a même jugé qu'il pourrait demander que le droit au bail soit vendu aux enchères pour le temps qui reste à courir, le fermier sortant demeurant responsable de la différence entre le prix du nouveau bail et celui de l'ancien (5).

365. Le fermier doit jouir en bon père de famille; il ne doit pas demeurer indifférent à ce qui se passe sur la chose dont il est devenu le gardien pour le compte du propriétaire.

(1) LAURENT, t. XXV, n° 440.
(2) Cass. 26 déc. 1858, S. 60, 1, 66; Voy. GUILLOUARD, t. II, n° 527.
(3) Voy. Rouen, 11 mars 1847, S. 49, 2, 719.
(4) Trib. Bruxelles, 24 déc. 1889, *Pas.*, 90, 3, 310.
(5) Aix, 6 mars 1867, S. 67, 2, 100; GUILLOUARD, t. II, n° 526; Comp. Douai, 16 juin 1847, S. 49, 2, 38.

Voilà pourquoi,

ART. 1768. Le preneur d'un bien rural est tenu, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur les fonds. — Cet avertissement doit être donné dans le même délai que celui qui est réglé en cas d'assignation suivant la distance des lieux.

Cette solution doit s'appliquer non seulement aux usurpations proprement dites, mais encore aux simples troubles, peu importe que ces troubles ou usurpations se produisent par voie de fait ou par des actions judiciaires (1).

L'avertissement dont il s'agit sera donné dans n'importe quelle forme, pourvu qu'il soit justifié. Le point de départ de ce délai sera le jour où le preneur aura connu, ou devra avoir connu le trouble. Les juges, en cas de difficulté, auront à le fixer.

Le bailleur devra être indemnisé de tout le préjudice résultant pour lui du défaut de dénonciation. Le préjudice dérivera le plus souvent de ce fait que le bailleur aura perdu la possession légale, et se trouvera obligé de se porter demandeur en revendication, et tenu à ce titre de fournir la preuve de son droit de propriété (2).

N° 2. — *Droits du fermier en cas de perte d'une récolte.*

366. — Diminution des récoltes par cas fortuit.
367. — Indemnité ou remise due au fermier dans cette hypothèse quand le bail est fait pour plusieurs années, art. 1769.
368. — Conditions de cette remise.
369. — Hypothèse du bail fait pour une année, art. 1770.
370. — *Quid* si le cas fortuit survient après la récolte, art. 1771.
371. — Clauses mettant les cas fortuits à la charge du preneur, art. 1772 et 1773. Distinctions à faire entre les divers cas fortuits.

366. Nous avons vu que l'obligation de payer le prix convenu peut être réduite au profit du bailleur à qui n'a pas été délivrée la contenance indiquée dans le contrat (art. 1765).

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 532; ARNTZ, t. IV, n° 1184.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 714.

Que faut-il décider lorsque le preneur ayant reçu la contenance à laquelle il avait droit, n'a pas retiré du contrat tous les bénéfices sur lesquels il croyait pouvoir compter?

Il ne peut y avoir aucune difficulté lorsque, sous l'influence de certains faits économiques, il se trouve dans l'impossibilité de retirer des produits du fonds, un prix suffisamment rémunérateur. Il a fait une mauvaise spéculation.

Il ne saurait y avoir non plus difficulté, lorsque les produits de la ferme ayant été séparés du sol et récoltés, viennent à être détruits par l'effet d'un cas fortuit. C'est tant pis pour le preneur.

Il semble que la situation devrait être la même si le cas fortuit, qui a détruit les produits du sol, au lieu d'arriver après la récolte effectuée est arrivé avant. Le fermier se trouvait en effet investi du droit exclusif de les recueillir. Le bailleur, d'ailleurs, ne garantit que la jouissance et non les fruits que doit procurer cette jouissance (1).

Si au moment du contrat, la cause d'un dommage éventuel pour les récoltes futures, existait déjà à la connaissance du preneur, il est certain que ce dernier aurait accepté les chances de perte qu'offrait cette cause, et ne pourrait pas formuler ultérieurement une réclamation (art. 1771).

Mais on ne saurait adopter la même solution pour les cas fortuits proprement dit, dont la cause n'était révélée par rien au moment du contrat.

Cependant l'éventualité de semblables événements a dû se présenter nécessairement à la pensée des parties contractantes. Pour si fortuits qu'ils soient, ils n'en sont pas moins extrêmement communs, et un auteur en donne l'énumération suivante : L'inondation, les gelées, la sécheresse (2), les

(1) DUVERGIER, t. II, n° 151 ; LAURENT, t. XXV, n° 455.

(2) Nîmes, 26 fév. 1883, S. 83, 2, 225 ; Paris, 22 juin 1872, S. 72, 2, 96.

ravages causés par les oiseaux, par les rats, les sauterelles, le ver blanc (1).

Si ces cas fortuits ne produisent pas un dommage excessif, ils sont une charge naturelle de la jouissance garantie au fermier. Celui-ci, malgré ces cas fortuits pourra encore enregistrer un bénéfice appréciable, lorsque, à la fin du bail, il dressera le compte récapitulatif de tout ce qu'il a perçu pendant la durée de sa jouissance.

Mais si les cas fortuits ont sévi avec une intensité telle que le compte récapitulatif dont nous parlons, ne fait ressortir au profit du preneur qu'un bénéfice évidemment insuffisant, il est permis d'adopter une solution différente. Si les parties avaient pu, au moment du contrat, prévoir toute l'étendue des ravages causés par les cas fortuits jusqu'à la fin du bail, il est certain que le fermier n'aurait jamais consenti à offrir le prix qu'il s'est obligé de payer, et que le bailleur, de son côté, n'aurait pas osé l'exiger. Il est permis de supposer que les parties se seraient mises d'accord pour accorder une réduction proportionnelle au fermier qui, ayant perdu une notable partie de la récolte d'une année, ne se trouverait pas indemnisé par les produits d'autres années exceptionnellement fertiles.

367. Le Code faisant ce que les parties auraient pu faire elles-mêmes, a réglé comme suit la compensation dont nous venons de parler.

ART. 1769. Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes. — S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance. — Et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte (*).

La loi pouvait d'autant mieux consacrer le résultat qui pré-

(*) Art. 1769. — L. 15 § 2, 4 et 5; L. 25 § 6, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) GUILLOUARD, t. II. n° 562.

cède, que les parties demeurent libres de l'empêcher en mettant par une clause expresse tous les cas fortuits à la charge du preneur (art. 1772). Dans cette hypothèse, le preneur est considéré comme étant indemnisé par avance, en vertu du contrat lui-même, car une telle clause a du nécessairement influer sur la détermination du prix.

Si donc le preneur ne s'est pas chargé de tous les cas fortuits, c'est que ces cas fortuits doivent, d'après l'intention des parties, réfléchir dans une certaine mesure contre le bailleur.

La décision de l'art. 1769 a donc sa base dans un élément conventionnel. Ce n'est donc pas, comme on l'a dit, une pure disposition d'humanité, *une faveur accordée au fermier* (1). Où la loi puiserait-elle le droit d'accorder une faveur à l'une des parties contractantes aux dépens de l'autre?...

368. Pour qu'il y ait lieu à la remise fixée par l'art. 1769, il faut d'abord que la perte éprouvée par le preneur dans une même année, soit de la totalité ou de la moitié au moins *d'une récolte* normale ou moyenne. Pour pouvoir apprécier ainsi la perte subie, il faudra faire état de tous les produits de toutes les cultures de l'exploitation, et non pas seulement de l'une d'elles (2). Il s'agit de dégager la quantité moyenne d'une récolte, et de vérifier ensuite si le fermier a perdu au moins la moitié de cette même quantité. Il n'est pas question de se préoccuper de la valeur des fruits restant au fermier, quand même cette valeur, eu égard à un enchérissement des produits agricoles, serait plus considérable que la moitié qui a été perdue. Les art. 1769 et 1770 sont formels sur ce point (3). D'ailleurs cet enchérissement peut n'avoir aucune base dura-

(1) *Sic*, GUILLOUARD, t. II, n° 573.

(2) Alger, 13 déc. 1893, D. 94, 2, 407.

(3) DURANTON, t. XVII, n° 192; DUVERGIER, t. II, n° 155; THIRY, *Rev. prat.*, 1862, p. 206; AUBRY et RAU, § 371, texte et note 8; LAURENT, t. XXV, n° 457; ARNTZ, t. IV, n° 1188 B; GUILLOUARD, t. II, n° 569.

ble; il peut être le résultat d'agiotages artificiels, et peut disparaître d'un moment à l'autre sous l'influence de faits économiques imprévus.

Il faut en outre, pour que la diminution du fermage puisse être obtenue, que la perte survienne avant que les fruits soient séparés du sol (art. 1771). Non parce que à partir de ce moment le fermier devrait supporter cette perte par application de la prétendue règle *res perit domino* (1), mais parce qu'il a été entendu entre les parties que le bailleur garantirait contre les cas fortuits le fait de la perception de la récolte; or quand les fruits ont été séparés du sol, il y a eu perception de la récolte.

Il faut enfin que la perte, quelque considérable qu'elle soit, ne se trouve pas compensée par l'excédent des récoltes précédentes appréciées dans leur ensemble. Si, en opérant de cette manière, le fermier ne se trouve pas indemnisé, l'estimation de la remise sera, d'après le texte, renvoyée à la fin du bail, auquel temps il sera fait compensation de toutes les années de jouissance. La compensation aura pour base les quantités de récoltes faites dans les autres années du bail, sans que l'on ait à tenir compte du prix qu'elles ont atteint, mais en faisant entrer dans le calcul même les mauvaises années dans lesquelles la récolte a été au-dessous de la moyenne, sans néanmoins que la perte ait dépassé la moitié (2). Si donc le preneur a perdu la moitié d'une récolte et que, par le fait de la compensation opérée, il soit démontré qu'il a regagné cette moitié, il est en réalité déjà indemnisé et ne peut plus rien réclamer. Mais si, toute compensation faite, il reste encore en perte d'un quart, d'un cinquième, etc., il ne se trouve pas indemnisé pour cette portion, et alors nous

(1) *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 712.

(2) AUBRY et RAU, § 371, texte et note 6; LAURENT, t. XXV, n° 461; ARNTZ, t. IV, n° 1190; GULLOUARD, t. II, n° 574; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 219 *bis* VI; *Contrà*, DUVERGIER, t. II, n° 175.

pensons qu'il peut réclamer une indemnité proportionnelle au dommage qui n'est pas réparé.

Quand le calcul de compensation doit être différé jusqu'à la fin du bail, les juges peuvent, en attendant, accorder au preneur une dispense provisoire de payer les fermages. Pour obtenir cette dispense, le fermier devra faire constater contradictoirement avec le bailleur l'étendue de la perte subie (1).

Si, avant la fin du bail, le bailleur avait déjà fait la remise du fermage d'une année, et que le fermier se trouvât néanmoins indemnisé par la récolte des années suivantes, il serait juste de reconnaître au bailleur le pouvoir de rétracter cette remise dont le caractère définitif n'est pas suffisamment accusé, car personne n'est facilement présumé renoncer à ses droits. Mais le bailleur ne pourrait pas rétracter la remise qu'il aurait faite alors que la perte se trouvait déjà compensée par les produits des années précédentes et qui sont connus de lui (2).

Si, par la volonté des parties, le bail prenait fin avant le terme convenu, la remise due au fermier pour le cas où il ne serait pas indemnisé en fin de bail, deviendrait immédiatement exigible, sauf convention contraire. Il en serait autrement si le bail était résolu par le fait ou la faute du preneur (3).

369. Les règles que nous venons d'analyser sont assez compliquées, il faut le reconnaître. La difficulté est moins grande quand il ne s'agit plus d'un bail fait pour plusieurs années.

ART. 1770. Si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits, ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix de la location. — Il ne pourra prétendre aucune remise, si la perte est moindre de moitié (*).

L'indemnité ne peut jamais aller au delà d'une remise dans le prix de la location, déduction faite du montant des semences

(*) Art. 1770. — L. 15 § 2, 4 et 5, D. 19, 2, *Loc. cond.*
(1) Cass. 4 mai 1831, S. 31, 1, 204.
(2) Comp. ARNTZ, t. IV, n° 1191.
(3) GUILLOUARD, t. II, n° 579.

dont le propriétaire peut avoir fait l'avance au fermier pour préparer la récolte (1).

Dans le cas de sous-location d'un bien rural, le sous-locataire qui éprouve lui-même une perte dans la récolte, aura droit à une diminution de loyer suivant les distinctions qui viennent d'être faites. Dans le cas plus rare de la cession d'un bien rural, le cessionnaire ne pourra obtenir une remise contre le cédant qui n'est pas un bailleur; il ne pourra en réclamer au propriétaire que dans le cás où le cédant aurait lui-même ce droit s'il était demeuré en jouissance (2). Il faut alors que le droit à cette remise ait pris naissance postérieurement à la cession.

Ainsi, par exemple, soit le bail d'un vignoble produisant normalement 100 barriques de vin par an, et conclu pour neuf années. Durant les quatre premières années, la récolte présente un déficit de moitié par année. Le principe d'une indemnité est donc né au profit du preneur; mais il faudra attendre à la fin du bail pour savoir s'il ne sera pas indemnisé par les récoltes subséquentes. Après la quatrième année, il cède son bail à un tiers. Sauf convention contraire le droit à l'indemnité éventuelle ne sera pas compris dans la cession, et, à l'expiration du bail, le cédant pourra seul la réclamer, s'il y a lieu, au propriétaire (3).

370. La règle que le preneur n'a droit à aucune indemnité quand le cas fortuit, ordinaire ou extraordinaire, s'est produit après que la récolte a été détachée du sol, reçoit certaines exceptions.

ART. 1771. Le fermier ne peut obtenir de remise, lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature; auquel cas le propriétaire doit supporter sa part de la

(1) DUVERGIER, t. II, n° 162; GUILLOUARD, t. II, n° 581; *Contrà*, DURANTON, t. XVII, n° 199.

(2) GUILLOUARD, t. I, n° 317.

(3) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 213.

perte pourvu que le preneur ne fût pas en demeure de lui délivrer sa portion de récolte. — Le fermier ne peut également demander une remise lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé.

Tel serait le cas où un fermier aurait pris à bail, au moment où la guerre a éclaté, une terre située dans la zone des opérations militaires. Il ne pourrait réclamer une remise pour le dommage causé par les belligérants.

Il en serait encore de même si le dommage avait été provoqué par le fait ou la faute du fermier.

371. Nous avons déjà fait remarquer que les règles ci-dessus sont loin de présenter la simplicité qui devrait caractériser les prescriptions de la loi. Mais les parties prennent soin d'en écarter presque toujours l'application. Les propriétaires en effet sont toujours portés à stipuler que le fermier n'aura droit à aucune remise en cas de perte sur les récoltes, et les fermiers se montrent assez faciles pour l'acceptation d'une telle clause.

ART. 1772. Le preneur peut être chargé des cas fortuits par une stipulation expresse.

ART. 1773. Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. — Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus.

L'excessive sécheresse rentre dans l'ordre des phénomènes naturels que le texte range parmi les cas fortuits *ordinaires* et *prévus*, au même titre que la grêle ou la gelée. Par conséquent, lorsque en vertu d'une clause de son bail le preneur doit supporter *tous* les cas fortuits sans indemnité, la généralité de cette expression embrasse les cas fortuits des deux catégories établies par l'art. 1773 (1).

Mais ces deux catégories font elles-mêmes partie d'une autre, de la catégorie des cas fortuits *connus*.

Il faut en effet admettre l'existence de deux grandes clas-

(1) Besançon, 3 janv. 1894, D. 94, 2, 151.

ses de cas fortuits : Les cas fortuits dont la possibilité est connue au moment de la conclusion du contrat, lesquels sont *ordinaires* ou *extraordinaires*, et peuvent être *prévus* ou *imprévus* dans le contrat, et les cas fortuits dont la possibilité est absolument inconnue au moment du contrat, et qui n'étant l'objet d'aucune visée, positive ou négative, de la part des parties, ne sont ni prévus, ni imprévus dans le sens de la loi.

Ainsi, lorsqu'un fermier a pris à sa charge les cas fortuits « *quels qu'ils soient* », il est logique de le traiter comme celui qui s'est chargé des cas fortuits prévus et imprévus, même extraordinaires (1). Mais il serait excessif de lui faire porter la responsabilité des cas fortuits absolument inconnus au moment du contrat et dont il était alors impossible de soupçonner la possibilité.

Par exemple la veille du jour où, pour la première fois, *l'oïdium* a fait son apparition, il ne pouvait en être question à aucun point de vue, puisqu'il était inconnu. La pensée du fermier d'un vignoble qui, dans ces conditions, a consenti à se charger de tous les cas fortuits, « quels qu'ils soient », n'a pu se mouvoir que dans le cercle des cas fortuits connus, ordinaires ou extraordinaires. Les cas fortuits totalement inconnus sont forcément demeurés en dehors des termes de la clause. Ce serait jouer sur les mots que de les considérer comme prévus ; il faudrait une précision spéciale pour que le fermier en fût responsable. La clause devrait être ainsi rédigée : Le fermier prend à sa charge tous les cas fortuits ordinaires et extraordinaires, connus ou inconnus. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens en Italie, précisément à l'occasion de l'apparition de l'oïdium.

Les événements peuvent donc avoir pour effet d'élargir les visées des parties. L'oïdium une fois connu a pu être classé

1) Bordeaux, 14 déc. 1830, S. 31, 2, 102 ; GUILLOUARD, t. II, n° 585.

parmi les cas fortuits extraordinaires. Même observation pour le phylloxéra avec cette précision que la connaissance d'un fléau déterminé peut faire supposer, et par conséquent prévoir, la survenance de fléaux analogues quant à leurs résultats.

Dans toute hypothèse il ne peut être question que d'un cas fortuit diminuant l'importance de la récolte, sans détruire la substance même de la chose, ainsi que cela a été reconnu à l'occasion du phylloxéra (V. *suprà*, n° 294).

N° 3. — *Fin du bail. Rapports entre le fermier sortant et le fermier entrant.*

372. — Quand finit le bail dont la durée n'est pas limitée par le contrat, art. 1774, 1775?
373. — De la tacite réconduction, art. 1776.
374. — Rapports entre le fermier entrant et le fermier sortant, article 1777. — *Tierce sole; épi traînant.*
375. — Logements à fournir par le fermier sortant.
376. — Cas où l'art. 1777 n'est pas applicable.
377. — Attributions des pailles de l'année, art. 1778.

372. Lorsque le bail est fait pour un terme limité, il finit, naturellement, au terme fixé.

Mais que faut-il décider lorsqu'il est fait sans écrit, c'est-à-dire, suivant la terminologie bizarre que le Code persiste à employer, quand le contrat ne contient aucune détermination de durée?

ART. 1774. Le bail, sans écrit, d'un fonds rural, est censé fait pour le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé. — Ainsi le bail à ferme d'un pré, d'une vigne, et de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an. — Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles.

ART. 1775. Le bail des héritages ruraux, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit, à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait, selon l'article précédent.

Il résulte de ces textes qu'en définitive le bail à ferme a toujours une durée fixe.

Pour l'application des articles qui précèdent, il faut qu'il

s'agisse véritablement du bail d'un fonds rural. Ne saurait passer pour un fonds rural, dans l'acception de l'art. 1774, une maison située à la campagne, et ne formant pas un corps de ferme avec une terre attenante (1).

Quoique la culture par soles ou saisons ne se pratique guère plus aujourd'hui, l'art. 1774 n'en reste pas moins applicable à la rotation habituelle des cultures qui a pris la place de l'ancien système (2).

Le bail *sans écrit* d'un fonds rural est censé fait pour tout le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits dont l'héritage affermé a été ensemencé sans fraude des droits du bailleur. Si donc l'héritage comprend des fruits de toute nature, le bail sera censé fait pour la durée de la culture la plus longue, pourvu que cette culture ait une importance relative suffisante. L'ensemencement n'est pas fait en fraude des droits du bailleur quand il est effectué conformément à l'usage des lieux. Ainsi la récolte des trèfles ne se faisant en entier que la seconde année, le bailleur ne pourra donner congé que pour la fin de la seconde année au preneur qui a ensemencé de trèfles le fonds qu'il avait loué verbalement (3).

Il faudra donc tenir compte de l'usage des lieux quand il s'agira d'apprécier le mode de culture suivi par le fermier. Mais cet usage ne saurait venir à l'encontre des dispositions de l'art. 1774 sur la durée des baux faits sans écrit. Le fermier ne sera donc pas admis à prouver que le bail sans écrit d'un fonds rural se fait ordinairement pour une durée autre que celle résultant de l'art. 1774 (4).

Si le bail a pour objet des bois aménagés, la durée du bail

(1) Gand, 22 avr. 1882, *B. J.*, 1882, 677.

(2) Cass. 16 août 1853; LAURENT, t. XXV, n° 470; GUILLOUARD, t. II, n° 594.

(3) Trib. Bruxelles, 4 juill. 1857, *B. J.*, 1862, 740.

(4) Trib. Verviers, 6 mars 1872, *Pas.*, 73, 3, 51; Comp. trib. Verviers, 24 juin 1885, *Pas.*, 85, 3, 261.

sera déterminée par le nombre des coupes (1). Si le bail comprend en même temps des terres arables, le juge décidera, d'après les circonstances de la cause, quel est l'objet principal du bail.

373. Le bail rural, d'après la règle générale, ne prend pas fin par la mort du preneur. Si, dans un bail de cette nature fait pour plusieurs années, il a été stipulé que le bail serait résilié de plein droit par le décès du preneur, cette clause doit rigoureusement produire son effet, bien que les héritiers de ce dernier soient laissés en possession des biens affermés. Cette circonstance ne saurait, à elle seule, impliquer une renonciation au bénéfice de la clause résolutoire expresse et ne fait pas revivre le bail. Mais il pourra en résulter une tacite réconduction, c'est-à-dire un nouveau bail régi par l'article 1774. C'est ce que dit l'article suivant :

ART. 1776. Si, à l'expiration des baux ruraux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'art. 1774 (*).

Ce nouveau bail finira sans congé à l'expiration du temps fixé par l'art. 1774.

Les conditions de la tacite réconduction seront les mêmes que nous avons déjà indiquées sur l'art. 1738. Il faudra qu'à l'expiration du bail le fermier reste et soit laissé en possession. La loi n'a pas dit et ne devait pas dire combien de temps le fermier doit ainsi rester en possession. Le seul fait de la présence du fermier après le jour fixé pour sa sortie ne saurait suffire pour faire supposer la tacite réconduction. La règle est que les juges doivent exiger que le fermier continue sa jouissance pendant un temps assez long pour faire présumer le consentement du bailleur.

Ce qui peut créer quelque équivoque, c'est que le fermier

(*) Art. 1776. — L. 13 § 11 ; L. 14, D. 19,2, *Loc. cond.*

(1) FENET, t. V, p. 395; LAURENT, T. XXV, n° 472; GUILLOUARD, t. II, n° 596.

sortant est autorisé à rester dans la ferme après l'expiration du bail, pour y achever l'exploitation de la culture de l'année. Pour obvier à cette situation le bailleur fait quelquefois signifier au preneur un congé-avertissement avant l'expiration du bail. Dans certains endroits, pour reprendre possession de sa chose et empêcher la tacite réconduction, le propriétaire, ou le fermier entrant qui le représente, se borne à creuser avec la charrue un sillon dans le champ loué, ou à y faire quelque autre acte indiquant sa volonté de ne plus laisser en possession le fermier sortant.

374. Ceci nous conduit naturellement à parler des rapports qui doivent exister entre le fermier qui entre et celui qui sort.

ART. 1777. Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture les logements convenables et autres facilités pour les travaux de l'année suivante; et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les logements convenables et autres facilités pour la consommation des fourrages, et pour les récoltes restant à faire. — Dans l'un et l'autre cas, on doit se conformer à l'usage des lieux.

Après s'être d'abord exprimé d'une manière en quelque sorte absolue, le texte finit par s'en référer à l'usage des lieux. Or, il paraît qu'il est assez difficile de constater en pareille matière des usages bien précis.

On peut cependant distinguer entre les pays soumis à l'assolement ternaire, et ceux dans lesquels l'assolement a disparu.

Dans les premiers, la *sole à jachères* est quelquefois livrée un an d'avance au fermier entrant qui la prépare pour la semence qu'elle doit recevoir au mois d'octobre suivant. Mais cela suppose que le fermier sortant pourra laisser à celui qui doit lui succéder dans la culture, les logements convenables et autres facilités dont parle l'art. 1777. Plus rarement c'est le fermier sortant qui doit cultiver et préparer la terre, à la charge par le fermier entrant de lui rembourser, à dire d'experts, le prix de ses labours et semences.

Il y a encore une autre combinaison en usage dans certaines contrées où a été conservé le régime des trois soles et consistant à faire alterner la culture en trois ans, de manière à avoir successivement chaque année un tiers du marché en grains d'hiver, une autre partie en grains de mars, et la troisième soit en *demi-jachère* soit en *jachère morte*.

Le fermier entrant ne prend alors possession que des deux tiers, c'est-à-dire de la sole des *mars* et de celle des *jachères*. Il n'a qu'une expectative pour la *tierce-sole*, ou *arrière-sole* qu'il fera seulement l'année suivante, car le fermier sortant, bien que son bail soit expiré, a encore le droit d'y prendre le grain d'hiver, ce qu'on appelle aussi *l'épi traînant*, puisque lui-même n'est d'abord entré en jouissance que de deux soles, celle des mars et celle des jachères.

Ce système de *l'épi traînant* tend à disparaître avec le régime de l'assolement.

Dans les contrées où l'assolement n'a plus lieu, l'entrée en jouissance des terres labourables est généralement fixée au 1er octobre. Cependant le fermier entrant fait, sans opposition, la culture des terres au fur et à mesure qu'elles sont dépouillées de leurs fruits. Il doit, de son côté, laisser à son prédécesseur la faculté d'enlever ses récoltes tardives et qui n'arrivent à maturité qu'après le 1er octobre.

En résumé et quelle que soit la combinaison adoptée, le nouveau fermier doit commencer les travaux de culture avant que la jouissance de l'ancien soit achevée.

375. Théoriquement, il est facile de déclarer que, dans une telle situation, le fermier sortant doit laisser à son successeur les logements *convenables*. Mais bien souvent les logements sont fort exigus et à peine suffisants pour donner un abri aux animaux du fermier actuellement en possession. Personne n'oserait prétendre que celui-ci doit mettre ses bestiaux en plein air pour livrer la place au nouveau fermier. C'est donc le nouveau fermier qui devra supporter les inconvénients de

la situation et prendre ses dispositions en conséquence. Il est certain, en effet, que l'état des lieux a été pris en considération par toutes les parties. L'ancien fermier n'a pas pu prendre l'engagement de procurer au nouveau des logements qui n'existent pas, et le nouveau, qui a visité les lieux, n'a pas pu compter, pour entrer en jouissance, sur l'abandon de ces mêmes logements. Il ne pourra donc exiger les logements dont parle l'art. 1777 que s'il y a possibilité de les lui fournir.

376. L'art. 1777 est sans application lorsque, à l'expiration du bail, le fermier n'a plus de fourrages à consommer, ni de récoltes à faire, ses bestiaux, ustensiles, fruits et récoltes ayant été saisis et vendus antérieurement. Une clause du bail peut d'ailleurs déroger à cette disposition, en limitant la durée de l'occupation de ce dernier (1).

Le même texte est également étranger au sort des pailles de la dernière année après le battage, et alors que le fermier entrant est en pleine possession de la récolte. C'est à celui-ci de veiller à ces pailles et à les réunir en un lieu convenable. Si le battage a été fait dans la cour au moyen de machines, ce n'est pas au fermier sortant qu'il incombe de les remiser sous la grange d'où elles étaient sorties (2).

377. Quant à l'attribution des pailles et engrais de l'année, elle est réglée par la loi de la manière suivante :

ART. 1778. Le fermier sortant doit aussi laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance; et quand même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir suivant l'estimation.

Il importe peu que le bail finisse par l'expiration normale de sa durée, ou qu'il prenne fin plus tôt (3).

De la disposition de l'art. 1778, il suit que le droit appartenant au fermier sortant de se servir des pailles et engrais

(1) Gand, 25 nov. 1881, *Pas.*, 82, 2, 187.
(2) Trib. Namur, 22 mai 1883, *Pas.*, 83, 3, 282.
(3) DUVERGIER, t. II, n° 234; GUILLOUARD, t. II, n° 546; *Contrà*, Cass. 29 avr. 1863, D. 64, 1, 290.

de la dernière année, pour les besoins de son bétail et les cultures lui restant à faire, est limité par son obligation de laisser au fermier entrant les pailles et engrais nécessaires à l'exploitation de la ferme. Il n'est donc pas autorisé à en faire l'emploi total. C'est au juge, en cas de contestation, qu'il appartient d'opérer entre les deux fermiers, et en proportion de leurs besoins respectifs, la répartition qui devient alors nécessaire. Le fermier sortant ne pourrait donc pas faire des pailles et engrais une consommation excessive au préjudice du fermier entrant (1).

Si ce dernier, au commencement de son bail, n'avait pas reçu les pailles et engrais nécessaires, il est néanmoins obligé de laisser le propriétaire les retenir, suivant l'estimation, et le montant de cette estimation lui sera du, quand même le bail contiendrait une clause portant que le fermier est obligé de « convertir toutes les pailles en fumier ». Cette clause qui est seulement relative au mode de jouissance de la chose louée ne peut être interprétée comme équivalant à une renonciation par le fermier, à son droit éventuel à une indemnité (2).

S'il a été stipulé dans le bail que le fermier laisserait en sortant la même quantité de pailles et foins qu'il a trouvée à son entrée, le surplus restera la propriété du fermier qui pourra en disposer librement.

Ainsi donc, théoriquement, le fermier, soit qu'il ait reçu, soit qu'il n'ait pas reçu les pailles et engrais, lors de son entrée en jouissance, doit laisser, lorsqu'il sort, ceux de l'année, si telle est la volonté du propriétaire. C'est là une véritable expropriation dont la nécessité a été célébrée au nom des inté-

(1) LAURENT, t. XXV, nos 449, 450; GUILLOUARD, t. II, n° 550; Amiens, 5 avr. 1876, S. 77, 2, 7.

(2) Rouen 7 oct. 1864, S. 65, 2, 143, et les renvois ; Paul PONT, *Revue crit.*, t. Ier, p. 139; LAURENT, t. XXV, n° 452; *Contrà*, Douai, 4 juin 1849, D. 52, 2, 97.

rêts de l'agriculture (1), mais qui est loin de produire les résultats espérés.

Le propriétaire, en effet, se décidera difficilement à payer une indemnité, relativement assez considérable, pour des pailles qui, sans lui procurer une augmentation de revenu, tourneront au profit du fermier entrant. Aussi, dans la pratique, le propriétaire hésite-t-il souvent à formuler une réclamation sérieuse, et presque toujours, au moins dans certaines régions, le fermier sortant ne laisse, à l'expiration du bail, ni pailles ni fumiers, et il dispose de ses dernières récoltes comme bon lui semble. Ainsi se trouve de plus en plus confirmé l'*usage* suivi que le fermier sortant, dans beaucoup d'endroits, vende sur pied les dernières récoltes. Sans doute, même là où un tel usage s'est établi, le propriétaire pourra s'opposer à cette vente en offrant une indemnité suffisante. Mais rarement il agit ainsi.

Pour éviter cette nécessité de payer, le cas échéant, une indemnité, les propriétaires exigent souvent l'insertion dans le bail d'une clause aux termes de laquelle le fermier devra laisser les pailles et fumiers sans indemnité, clause qui est valable (2). Les fermiers ne font jamais de difficulté pour accepter cette clause, parce qu'ils savent qu'il leur sera facile de s'arranger de manière à ne rien laisser. Tout ce qui vient d'être dit prouve que ce n'est pas à l'aide d'une réglementation artificielle qu'on peut servir les véritables intérêts de l'agriculture.

(1) Voy. LAURENT, t. XXV, n° 451; GUILLOUARD, t. II, n° 553.
(2) Caen, 7 mars 1876, *Rec. de Caen*, 76, p. 171.

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.

N° 1. — *Indications générales.*

378. — Diverses espèces de louage d'ouvrage, art. 1779.
379. — Les travaux dépendant de l'exercice d'une profession libérale peuvent-ils faire l'objet d'un louage d'ouvrage ou d'industrie ?
380. — Considérations singulières alléguées en faveur de la négative.
381. — Réfutation; conséquences.
382. — Distinctions à faire entre les gens de travail, domestiques, ouvriers et employés.
383. — Intérêt de la distinction; questions de compétence.
384. — Louage de services mélangé de mandat.

378. D'après la définition donnée par l'art. 1710, et qu'il est bon de rappeler, le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

On comprend qu'il peut y avoir diverses espèces de louages de cette nature.

ART. 1779. Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : — 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; — 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; — 3° Celui des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés.

Suivant la vieille terminologie romaine, dans le louage des services *(operæ)*, c'est celui qui loue ses services qui est le locateur *(locator)*; celui à qui les services doivent profiter, et qui doit en payer le prix ou loyer en est le locataire *(conductor)*. Le salaire ou loyer est alors proportionnel au temps.

Si le salaire est fixé à forfait, quels que soient le temps et les efforts qu'exigera le travail à accomplir, quels que soient même les dangers que fera courir l'accomplissement de ce travail, celui qui doit toucher le salaire joue le rôle d'entrepreneur prenant à sa charge tous les risques de l'affaire.

Ainsi l'architecte apparaît d'abord comme locateur de ses soins et de sa surveillance; et le propriétaire de l'édifice à construire, comme *conductor*. Mais très souvent la construction à édifier sera envisagée en elle-même comme une entreprise, ou un projet appartenant au propriétaire et qu'il s'agit de réaliser. Dans ce cas les Romains donnaient au maître la qualification de *locator operis;* parce qu'il mettait l'ouvrage à la disposition de l'autre partie, et lui abandonnait l'entreprise, tandis qu'ils appliquaient à l'entrepreneur le nom de *conductor* ou *redemtor operis;* en le considérant comme preneur de l'ouvrage ou de l'entreprise. Tout celà était fort peu logique, et aboutissait à créer une confusion qu'il eût été facile d'éviter.

La même solution était admise pour les entrepreneurs de transport.

379. On se demande encore aujourd'hui si « on doit considérer comme soumises aux règles du louage d'ouvrage, les travaux dépendant des professions *libérales?* L'avocat, le médecin, le professeur, le littérateur, le peintre sont-ils régis par les art. 1779 et suiv. lorsqu'ils promettent des actes dépendant de l'exercice de leur profession (1)? » C'est ainsi que la question est ordinairement posée.

L'expression *professions libérales* se comprenait chez les anciens par opposition aux *operæ serviles*. Mais dans une société où tous les hommes sont libres et égaux, cette expression n'a plus de sens, ou plutôt n'a plus le même sens. Elle fait allusion à certaines professions qui, d'après l'*opinion*, c'est-à-dire d'après certains préjugés, sont considérées comme supérieures aux autres. Mais alors pourquoi ne pas mentionner les plus nobles de toutes, celles du prêtre et du militaire? Et pourquoi omettre, en même temps, celles de l'artiste lyrique ou dramatique, ou même chorégraphique? Tout cela est profondément arbitraire. La vérité est que, dans notre société moderne,

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 692.

on peut tout au plus distinguer entre les professions *patentables* ou plutôt *patentées*, et celles qui ne le sont pas. Or précisément les professions de médecin et d'avocat sont patentables, et celles de peintre, d'artiste dramatique et de professeur même de danse ou d'escrime ne le sont pas. (L. 15 juillet 1880, art. 17).

Il ne saurait d'ailleurs être question de rabaisser injustement certaines professions, ni de méconnaître la supériorité du but moral que ceux qui les exercent sont supposés vouloir atteindre. Mais dans les détails de la vie pratique ce but ne peut être atteint qu'au moyen de contrats, de marchés conclus avec des particuliers.

Or quel est le caractère de ces marchés? Prenons d'abord celui qui aurait pour objet des services religieux à accomplir par un ministre du culte. Peu importe que la convention intervienne directement avec le ministre d'un culte, ou comme cela a lieu plus ordinairement, avec une fabrique d'église, qui reçoit l'abandon d'un capital ou d'une rente, à charge de faire célébrer des messes à temps ou à perpétuité. Si la totalité des revenus de la fondation est affectée à la rétribution des ministres du culte, il n'y a pas donation au profit de la fabrique, et l'administration considère aujourd'hui ces conventions, comme constituant des marchés ou louages d'industrie passibles du droit de 1 0/0 (1).

Qui oserait soutenir qu'il y a, dans cette manière d'envisager la convention, quelque chose qui répugne au caractère du prêtre? N'en est-il pas de même quand la loi prend soin de tarifer les frais et rétributions à payer aux ministres des cultes, tant pour leur assistance aux convois que pour les services requis par les familles (D. 23 prairial an XII, art. 20?...

Envisageons maintenant la carrière des armes, qui a toujours été considérée comme la plus noble de toutes les car-

(1) Sol. 2 mai 1885; 17 avr. 1885; 16 juin 1876, etc. Voy. BINET, *Rev. crit.*, 1896, *Exam. doctr.*, p. 419.

rières séculières. Nous voyons que l'homme de guerre ne croyait pas déroger, en mettant, moyennant salaire, son épée et les soldats dont il pouvait disposer, au service d'une cause qui lui était étrangère. Le contrat qui intervenait entre lui et ceux qui agréaient ses services, était précisément le contrat de louage, la *locatio-conductio*, la *condotta* comme disaient les Italiens; d'où le nom de *condottiere* ou *entrepreneur* qui a été illustré par tant de guerriers mercenaires.

Comment comprendre maintenant que l'avocat, le médecin, le peintre, etc., ne veuillent pas admettre qu'ils font avec leurs clients un véritable louage d'industrie?

380. Les considérations les plus singulières ont été, depuis Pothier, alléguées et amplifiées à l'appui d'un tel paradoxe.

D'abord on a soutenu qu'il y a entre les professions des inégalités nécessaires comme dans les conditions, qu'il y a des professions *subalternes* et des professions *plus relevées;* qu'en un mot il y a une *hiérarchie* dans le monde, une hiérarchie naturelle, dont le sommet est occupé par l'avocat, le médecin, etc. De pareilles idées se passent de réfutation.

On a ensuite fait remarquer que le service rendu par l'avocat, le médecin, etc., est quelque chose d'inappréciable; que l'intelligence de l'homme n'étant pas dans le commerce, les productions de cette intelligence ne peuvent être l'objet d'un contrat de louage; que tout au plus elles peuvent faire l'objet d'un mandat, c'est-à-dire d'un contrat gratuit (1).

Mais comme le mandat consiste essentiellement dans le pouvoir donné au mandataire de représenter une personne dans un acte juridique, et qu'il n'en est pas ainsi dans l'hypothèse envisagée, d'autres auteurs, tout en acceptant les idées ci-dessus émises quant à la *hiérarchie* naturelle existant entre les diverses professions, sont arrivés à une conclusion assez inattendue. Ils ont enseigné que les actes dépen-

(1) POTHIER, *Du mandat*, n° 23.

dant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique ne peuvent directement et en eux-mêmes, former l'objet d'un engagement civilement obligatoire; que quand même il y aurait une stipulation de rémunération, la promesse de pareils actes ne pourrait constituer un louage de services (1).

Cette opinion repose uniquement sur cette affirmation, à savoir : que *l'intelligence humaine n'étant pas dans le commerce, les productions de cette intelligence ne peuvent être la matière d'un contrat de louage !* (2).....

381. Que répondre à cela? — L'étrangeté de certaines propositions en rend quelquefois la réfutation..... pénible.

Nous nous bornerons à dire :

1° Qu'il n'a jamais été question de mettre l'intelligence humaine dans le commerce. Qu'est-ce que d'ailleurs cela pourrait vouloir dire?.....

2° Que les productions de l'intelligence sont protégées par les lois sur les brevets d'invention, la propriété littéraire et artistique, etc., précisément pour qu'elles puissent faire l'objet de marchés aussi lucratifs que possible.

3° Que dans le cas envisagé d'un avocat, d'un médecin, etc., il ne s'agit pas d'une production purement intellectuelle, ni d'une production intellectuelle émanant exclusivement du médecin, de l'avocat, etc. Il faut tenir compte du procès à plaider, de la maladie à guérir, comme on tient compte pour l'architecte de la maison à construire. Tout cela est fourni par celui que l'affaire concerne, et l'intelligence humaine s'agiterait dans le vide des abstractions purement spéculatives, si cet aliment *externe* ne lui était pas procuré.

4° Enfin, il est puéril de prétendre que le service rendu par le médecin, l'avocat, le professeur, etc., est en soi une chose

(1) AUBRY et RAU, § 371 *bis*, texte et note 1; § 341, texte et notes 2, 3 et 4; Conf. GUILLOUARD, t. II, n° 696.
(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*

inappréciable. En fait on l'apprécie et au besoin ou le taxe (1). On dit aussi que la vie humaine est inappréciable, ce qui n'empêche pas qu'on l'apprécie tous les jours pour condamner à des dommages celui qui y a porté atteinte, ou pour en rendre l'assurance possible. Est-ce que d'ailleurs on soulève toutes ces difficultés quand il s'agit d'un rapport médical produit en justice par un médecin légiste, ou d'une plaidoirie prononcée par un agréé devant un tribunal de commerce? Ira-t-on prétendre qu'il y a une *hiérarchie* dans le monde, et que l'agréé n'est pas autant que l'avocat?.....

L'argument a été produit et on y a ajouté cette raison que, d'après les règles de l'ordre, un avocat ne peut, à peine d'encourir sa radiation du tableau, demander en justice le paiement de ses honoraires. Ce qui a permis de s'écrier: « Singulier louage de services que celui dans lequel le créancier ne peut, à peine de perdre sa qualité d'avocat, demander le paiement de ce qui lui est dû (2)! » Mais en quoi les règles de l'ordre peuvent-elles influer sur la solution de la question? On se demande si l'avocat peut agir en justice pour réclamer ses honoraires. L'affirmative n'est pas plus douteuse pour lui que pour le médecin, et elle ne saurait être infirmée par cette circonstance toute contingente que les avocats ont inséré dans leur règlement une prohibition d'agir en justice. Ils se sont également interdit la faculté d'être nantis de procurations; est-ce que cette interdiction entacherait de nullité la procuration dont l'avocat serait porteur?..... Cette mauvaise raison n'existe même pas à l'égard des autres professions, dites libérales, qui ne connaissent pas l'usage d'un tableau.

Aussi n'est-il pas surprenant que, par la force des choses, la doctrine que nous combattons ne puisse aboutir à aucun résultat sérieux.

(1) LAURENT, t. XXVII, nos 335, 337.
(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*

Voici en effet, d'après ceux qui la professent, quelles en sont les conséquences pratiques :

1° « Celui qui aura promis des actes dépendants d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, ne peut être contraignable civilement à l'exécution de sa promesse : l'engagement pris par un médecin de traiter un malade, par un avocat de défendre une cause ne peut donner lieu contre eux à une action contractuelle : ils pourront seulement encourir, *suivant les cas*, la responsabilité des dommages qu'ils auraient causés par application des art. 1382 et 1383 (1). »

Suivant les cas... Quels sont ces cas? Il faut nécessairement admettre qu'il y a eu tout d'abord promesse conventionnelle faite par un avocat de défendre une cause, et refus ultérieur par ce même avocat, de présenter la défense promise. De quoi en effet pourrait se plaindre le réclamant si aucune promesse ne lui avait été faite? Admirons maintenant la solution proposée : le réclamant ne pourra triompher que s'il établit la violation d'une convention, et cependant il ne pourra exercer que l'action protégeant les engagements qui se forment sans convention! Un arrêt de la Cour de cassation belge avait déjà décidé, d'une manière générale, que la personne prenant l'engagement de prester certains soins auxquels, en l'absence de convention, elle n'aurait pas été tenue, peut, en cas de violation de sa promesse, être poursuivie soit par l'action dérivant du contrat, soit par l'action dérivant des articles 1382 et 1383 (2), mais on n'avait pas encore songé à exclure l'action dérivant du contrat.

2° « Dans les professions libérales *autres que celles d'avocat*, la promesse de rémunération faite par la partie qui reçoit les services est valable et obligatoire, aux termes de l'art. 1134, et l'exécution peut en être poursuivie en justice (3). »

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 696; Cass. 18 juin 1835, S. 35, 1, 401.
(2) Cass. Belgique, 28 mars 1889, S. 90, 4, 19.
(3) *Ibid.*, Cass. 21 août 1839, S. 39, 1, 663.

Nous le croyons sans peine, même quand la promesse est faite à un avocat, puisque, d'après nous, il y a louage de services. Mais comment justifier cette solution dans la doctrine qui professe que l'intelligence de l'homme n'est pas dans le commerce, et que ses productions ne peuvent être la matière d'un contrat. Le contrat n'est-il pas alors inexistant?

3° « Enfin s'il s'agit pour le littérateur ou l'artiste, *non pas d'enchaîner sa liberté*, mais d'accomplir une œuvre déterminée, de produire un ouvrage ou un tableau, l'engagement *ainsi limité* est valable et civilement obligatoire des deux côtés (1). »

Cela est incontestable. Mais que veut-on dire quand on parle d'engagement *limité, n'enchaînant pas la liberté* du littérateur ou de l'artiste? Est-ce qu'on voudrait déclarer non obligatoires les engagements pris par un publiciste de collaborer à une œuvre périodique, ou les engagements pris par des artistes pour toute la durée d'une campagne théâtrale? Nous ne le pensons pas. Veux-t-on faire allusion à l'art. 1780, portant qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée? Mais cela est évident et n'avait pas besoin d'être dit.

Concluons donc que les travaux dépendant des professions libérales sont soumis aux règles du louage d'ouvrage, et que cette solution ne peut, à aucun point de vue, rabaisser dans l'opinion l'exercice de semblables professions (2).

Ces travaux resteront tantôt dans les prévisions du n° 1 de notre art. 1779 combiné avec l'art. 1780, tantôt dans les prévisions du n° 2 du même article.

Si l'avocat, le médecin, le littérateur, traitent au sujet d'une affaire ou d'une maladie déterminée, d'une œuvre spéciale, etc., l'opération est un marché.

(1) *Ibid.*

(2) CUJAS, *Obs.*, lib. II, cap. 28; *Comm.* du lib. III, *Respons. Papinien*, ad leg. 7, *Mandat;* DUVERGIER, t. II, n°s 267, 274; LAURENT, t. XXVII, 335-337; VIGIÉ, t. III, n° 936.

Si l'aumônier, le professeur ou précepteur, l'avocat, le médecin, etc., promettent leur service pour la durée d'une certaine période, et à l'égard de tous les faits particuliers qui se produiront pendant la période envisagée, ils seront régis par les règles concernant *les gens de travail* qui *s'engagent* au service de quelqu'un. La circonstance que leur travail est *intellectuel* ne peut influer sur la nature de leur engagement considéré en lui-même. Quelquefois, pour certaines professions, pour celles de médecin ou de vétérinaire, par exemple, la convention se traduit par ce qu'on appelle *un abonnement.*

Les professeurs ou littérateurs sont surtout intéressés à être traités comme gens *qui engagent leurs services*, ne serait-ce que pour être soustraits au danger de certaines décisions, telle qûe la suivante :

Un tribunal a jugé que le professeur ne peut être assimilé à un domestique auquel il est d'usage d'accorder un délai de huit jours en cas de congé (1). Voilà qui est fort honorable pour le professeur; mais le jugement ajoute immédiatement : Par suite, un chef d'institution a le droit de congédier ses professeurs à tout moment, sans indemnité, et sans avoir à leur fournir de justifications !.....

La Cour de Paris a mieux traité les publicistes en reconnaissant qu'ils louent véritablement leurs services; elle a jugé que si le propriétaire d'un journal a le droit de congédier ses rédacteurs, le brusque renvoi d'un rédacteur, sans motifs légitimes, pouvait donner lieu à des dommages (2). Il est vrai que d'autres décisions ont jugé le contraire sous prétexte que le propriétaire d'un journal et ses rédacteurs sont liés par un contrat *d'une nature spéciale* (3) !

382. L'art. 1779 parle d'une manière générale du louage des *gens de travail.*

(1) Trib. civ. Bordeaux, 15 janv. 1894, D. 94, 1, 574.
(2) Paris, 14 janv. 1890, S. 90, 2, 56.
(3) Besançon, 30 déc. 1896; *Gaz. Pal.*, 22 janv. 1897.

L'expression gens de travail s'applique à la fois aux domestiques et aux ouvriers.

Tous ceux qui sont employés pour le service ordinaire de la personne, de la maison ou de la ferme sont compris dans l'appellation générale de domestique. Les anciens auteurs indiquaient notamment comme tels : les intendants, les secrétaires, les commis, les laquais (1), etc. Il faut y ajouter l'aumônier, le médecin et le précepteur qui font partie du personnel ordinaire de certaines maisons; le facteur d'un établissement pour le compte d'autrui (2).

Il est certaines catégories de personnes, louant leurs services, qui semblent ne pouvoir rentrer dans la classe spéciale des domestiques, ni dans celles des ouvriers. Nous voulons parler des *employés*, notamment de ceux qui sont engagés par les compagnies d'assurances, ou par les compagnies de chemins de fer. Leur situation est régie par les principes du contrat de louage. Il ne peut y avoir aucun doute sur ce point, car la loi du 27 décembre 1890 qui a complété l'article 1780, a eu principalement en vue les employés de cette catégorie. Il faut en dire autant des écrivains attachés à la rédaction ordinaire de feuilles périodiques; des artistes faisant partie de la troupe d'un théâtre, etc.

Le principal intérêt qu'il peut y avoir à vérifier si celui qui a engagé ses services est un domestique, un ouvrier, un individu exerçant une profession dite libérale ou un employé trouve son application dans les questions de compétence.

Entre le maître et les domestiques ou gens de travail, le contrat a un caractère civil, et les difficultés auxquelles ce contrat peut donner lieu sont du ressort de la juridiction civile.

D'après l'art. 5 de la loi du 25 mai 1838 : « Les juges de

(1) Voy. FERRIÈRE, *Dict. de pratique*, v° *Domestique*.
(2) Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 698.

paix connaissent sans appel jusqu'à la valeur de 100 fr., et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever...., 3° des contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail, au jour, au mois et à l'année, et de ceux qui les emploient; des maîtres ou domestiques et des gens de service à gages; des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et règlements relatifs à la juridiction des prud'hommes. »

Les Conseils des prud'hommes créés par la loi du 18 mars 1806 et réorganisés par plusieurs lois et décrets ultérieurs (1) sont chargés notamment de concilier et de juger les différends qui existent entre fabricants et ouvriers, ainsi que les contestations en matière de congé dans les villes où ils ont été établis.

On admet également que le juge des référés pourra, vu l'urgence, statuer sur la demande en expulsion formée par le maître contre le domestique ou serviteur à gages à qui il a donné congé (2).

Pour les difficultés relatives au contrat de louage concernant ceux qui exercent des professions dites libérales, tels que aumôniers, médecins, bibliothécaires, secrétaires, infirmiers attachés d'une manière permanente à la personne d'un malade, etc., la compétence des tribunaux civils comme juges de première instance, ne fait pas question.

Les infirmiers qui traitent avec une agence faisant métier de procurer des personnes donnant des soins à domicile, ne rentrent pas dans cette catégorie. Les litiges nés d'un contrat de louage de services passé entre un infirmier et une agence de ce genre, sont de la compétence des tribunaux de com-

(1) Voy. Décrets des 11 juin 1809 et 3 août 1810; Décret du 27 mai 1848; LL. des 7 août 1850, 1er juin 1853, 3 juin 1864, 12 fév. 1880, 10 oct. 1884; SARRAZIN, *Code pratique des prud'hommes*, 1880.

(2) Paris, 28 juill. 1877, S. 78, 2, 85; GUILLOUARD, t. II, n° 709.

merce (1), sans distinguer entre le cas où l'infirmier est demandeur et celui où il est défendeur.

On a admis la même solution pour le cas où la contestation s'élève entre patrons et commis, et cela en vertu d'un argument tiré de l'art. 634, C. com., qui ne fait aucune distinction entre l'action dirigée contre un commis par les tiers ou par un patron; quant à l'action dirigée contre le patron, il est certain que celui-ci en engageant le commis a fait acte de commerce (2).

On pouvait donc à la rigueur argumenter d'un texte pour rendre justiciable du tribunal de commerce le commis, défendeur à une action dirigée contre lui par son patron, au sujet de son engagement. Mais un texte semblable n'existe pas en ce qui concerne les artistes dramatiques. L'action dirigée contre ces derniers relative à leurs engagements doit donc être portée devant les tribunaux civils (3). Le contraire a cependant été jugé plusieurs fois (4).

384. Enfin, en laissant de côté la question de compétence, il y avait autrefois intérêt à distinguer entre l'employé salarié ordinaire qui fournit son temps d'une façon complète comme pourrait le faire un travailleur manuel, et celui qui, fournissant son temps de la même manière, a en outre pour mission de représenter son patron dans une multitude d'actes juridiques. On pourrait dire que, dans ce cas, il y a une double convention, l'une constituant, suivant les cas, une entreprise ou un louage de travail, l'autre constituant un mandat. C'est ce qui a lieu pour ceux qu'on appelle des *agents* et que l'on compte en si grand nombre dans les grandes compagnies

(1) Trib. comm. Seine, 30 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, 16 oct. 1896.

(2) Cass. 20 mars 1865, S. 66, 1, 333; Dijon, 1er avr. 1874, D. 75, 2, 81.

(3) Cass. 8 déc. 1875, D. 76, 1, 359; Paris, 1er mars 1877, D. 78, 2, 108.

(4) Montpellier, 20 déc. 1874, D. 77, 5, 6.

ou sociétés de chemins de fer, de finance et autres. Le contrat qui les rattache à leur patron est avant tout un louage de services ; le mandat que ce contrat renferme est seulement accessoire et a pour but de rendre plus facile et plus complète l'exécution des services promis. Par conséquent la loi du 27 décembre 1890, dont nous parlerons bientôt et qui a supprimé la révocabilité arbitraire qui existait jadis dans certains louages de travail, doit nécessairement profiter aux employés qualifiés *agents*, et que l'on traitait autrefois comme des mandataires salariés révocables à volonté. Ils ne sauraient être privés d'une protection que le législateur le plus récent a jugé bon d'accorder à tous ceux qui vivent du salaire (1).

La capacité nécessaire pour engager ses services est réglée par le droit commun. Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ce qui concerne les femmes mariées (t. II, n° 263), et les mineurs (t. III, n° 368).

N° 2. — *Durée du contrat; exercice et effets du droit de congé; fin et preuve du contrat.*

385. — Prohibition des engagements à vie; art. 1780, complété par la loi du 27 décembre 1890. Étendue et application du principe.
386. — Des engagements sans limitation précise.
387. — Dans ce cas la partie qui donne congé peut-elle encourir des dommages? Solution affirmative donnée par le nouvel art. 1780.
388. — Interprétations diverses du texte. Doctrine de la Cour de cassation sur l'usage abusif du droit de congé.
389. — Application et conséquences quant aux pouvoirs du juge.
390. — Eléments des dommages quand ils sont dûs.
391. — Prohibition des clauses contenant renonciation anticipée aux dommages.
392. — Le nouvel art. 1780 ne concerne que les louages sans détermination de durée; conséquences bizarres.

(1) PLANIOL, *Rev. crit.*, 1893, *Exam. doctr.*, p. 200; Voy. Cass. 18 juill. 1892, D. 92, 1, 585.

393. — A-t-il un effet rétroactif?
394. — Il ne s'applique pas quand la révocation ou le renvoi constitue un acte administratif.
395. — Lacunes de la loi du 27 décembre 1890. — Perte des retenues effectuées pour une caisse des retraites; art. 2 de ladite loi.
396. — Fin du contrat de louage, résiliation, faillite, force-majeure, etc.
397. — Preuve du contrat de louage de services; abrogation de l'article 1781.
398. — Impuissance de toute action individuelle de la part de l'ouvrier, base du droit de grève.
399. — Insuffisance des garanties actuelles pour le paiement effectif des salaires; — Projets de réforme.

385. Le législateur a cru nécessaire, nous le savons, de fixer un terme à la durée du louage des choses (art. 1709).

La nécessité d'en fixer un pour le louage des services était encore plus manifeste, puisque le louage des services se traduit par une restriction notable de la liberté de l'individu.

Le Code a posé le principe dans l'article suivant, complété beaucoup plus tard en vertu d'une loi du 27 décembre 1890.

ART. 1780. On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. — (*Ajouté en vertu de la loi du 27 décembre 1890*). — Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. — Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. — Pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé. — Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus. — Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et devant les Cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence.

Le louage de services prend fin par la mort de l'une ou de l'autre des parties contractantes. Par conséquent lorsque le texte déclare qu'on ne peut engager ses services *qu'à temps*, ce n'est pas pour empêcher celui qui s'engage de louer ses services *à perpétuité*, puisque cela n'est pas possible. Cela

signifie seulement qu'il n'est pas permis de louer ses services pour un temps dont la durée serait, d'après les probabilités, aussi longue que celle de la vie; car il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement (1).

Cette règle est générale et s'applique à toute personne. Ainsi l'aumônier, le médecin, le bibliothécaire ne pourraient pas s'engager valablement à demeurer toute leur vie attachés au service de celui qui les engage. L'hypothèse ne serait pas la même, si un médecin, sans aliéner d'ailleurs sa liberté, et sans entrer dans le *personnel* d'une maison, s'engageait à donner, pendant toute sa vie, les soins de son art à une certaine personne (2).

L'art. 1780 ne serait pas non plus applicable au cas où le maître s'obligerait à garder à son service un domestique pendant toute la vie de celui-ci, ni au cas où le maître beaucoup plus âgé que le domestique l'engagerait à son service jusqu'à l'époque de son propre décès (3). De même le louage de services ne serait pas nul comme étant fait à vie, par cela seul que l'ouvrier serait obligé de s'affilier à une caisse de retraite fondée par la société au service de laquelle il s'est engagé et alimentée par une retenue sur les salaires des ouvriers (4).

La loi ne prohibe, en définitive, que les engagements produisant, au point de vue où se sont placées les deux parties, l'enchaînement de la liberté de celui qui a promis ses services. Or la liberté d'une personne ne peut être valablement abdiquée par elle, ni achetée en quelque sorte par un autre. La convention qui viole ce principe est donc nulle, ou plutôt

(1) DUVERGIER, t. II, n° 284; AUBRY et RAU, § 372, texte et note 3; LAURENT, t. XXV, n° 496 *bis*; GUILLOUARD, t. II, n° 710; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 719; Voy. Cass. 19 déc. 1860, S. 61, 1, 504; Lyon, 10 déc. 1867, S. 68, 2, 258.

(2) Voy. LAURENT, t. XXV, n° 492; Cass. 21 août 1839. D. *Répert.*, v° *Louage d'ouvrage*, n° 27.

(3) Toulouse, 28 déc. 1892, S. 93, 2, 209.

(4) Trib. Liège, 15 avr. 1891, *Cl.* et *B.*, 91, 1062.

inexistante en raison du caractère illicite de son objet envisagé soit vis-à-vis de celui qui s'engage, soit vis-à-vis du maître ou patron. Il n'est donc pas nécessaire, pour expliquer que chacune des parties puisse opposer cette inexistence, de dire que la promesse du serviteur est seule nulle comme ayant un objet illicite, tandis que l'obligation du maître serait nulle comme ayant une cause illicite (1). La cause se confond avec l'objet, comme nous l'avons déjà démontré (Voy. t. VII, nos 77 et 78). Si la convention dont il s'agit, quoique sans existence légale, a cependant, en fait, été exécutée durant quelque temps, le juge appelé à déclarer l'inefficacité d'une telle convention, devra cependant apprécier la valeur des services rendus par l'engagé, et fixer en conséquence le salaire auquel il a droit (2).

386. Si la convention ne contient aucune détermination précise de la durée des services promis, il faudra s'en référer à cet égard aux usages locaux, s'il en existe qui soient constants et reconnus. Cette solution ne saurait faire aucun doute en ce qui touche les engagements des domestiques et ouvriers ruraux. La loi du 9 juillet 1889 contient en effet après certaines dispositions concernant le parcours, la vaine pâture, etc., un art. 15 d'après lequel : « La durée du louage des domestiques et des ouvriers ruraux, est, sauf preuve d'une convention contraire, réglée suivant l'usage des lieux. »

Il n'y a pas de raison, dit-on, pour restreindre l'application de cette règle au louage des domestiques et ouvriers ruraux (3). C'est aussi notre avis, quoique les usages soient plus rares pour les serviteurs et ouvriers d'une autre catégorie.

(1) *Sic*, DUVERGIER, t. II, n° 286; AUBRY et RAU, § 372; texte et note 1; LAURENT, t. XXV, n° 493; GUILLOUARD, t. II, n° 712; FLURER, *Rev. crit.*, 1889, *Exam. doctr.*, p. 312.

(2) Cass. 28 juin 1887, D. 88, 1, 296.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 719 *bis*.

S'il n'existe pas d'usage déterminant la durée du contrat, il est certain que chaque partie peut y mettre fin quand bon lui semble, en donnant congé à l'autre dans le délai fixé par l'usage des lieux ou le règlement d'atelier sous l'empire duquel l'engagement a été contracté (1). On a toujours été d'accord sur ce point.

387. Mais la partie qui donne congé peut-elle être condamnée à des dommages-intérêts envers l'autre partie, à raison d'un acte qui ne paraît pas avoir excédé l'exercice de son droit? C'est ainsi que la question est généralement posée (2). S'il s'agissait d'un fait constitutif, d'un délit ou d'un quasi-délit, la formule serait exacte. Il est vrai que, dans un grand nombre d'arrêts rendus à propos de cette question, la Cour de cassation a invoqué l'art. 1382 (3). Mais cette disposition doit être écartée puisqu'il s'agit uniquement de l'exécution d'un contrat (4). La question doit donc être posée de la manière suivante :

Le contrat dont il s'agit doit-il être interprété comme attribuant à chacune des deux parties le droit de le rompre sans indemnité par un congé?

Non; de ce que chacune des parties peut faire cesser le contrat par sa seule volonté, sans quoi elle serait tenue indéfiniment, ce qui n'est pas possible, il ne s'ensuit pas qu'en le faisant ainsi cesser, elle ne s'exposera jamais à la nécessité de payer à l'autre des dommages-intérêts.

C'est ce que dit le texte ajouté a notre art. 1780 en vertu de la loi du 27 décembre 1890 :

« La résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants *peut* donner lieu à des dommages-intérêts. »

(1) Trib. Grenoble, 23 janv. 1893, D. 93, 3, 377.

(2) Voy. GUILLOUARD, t. II, n° 718; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 719 *bis*.

(3) Voy. Cass. 15 juin et 24 juill. 1874, D. 75, 5, 278 et les renvois.

(4) LAURENT, t. XXV, n° 515.

388. Mais ce texte manque d'une suffisante précision, et l'on s'est demandé s'il fallait voir dans la seconde des deux dispositions qui précèdent un complément ou bien un correctif de la première?

On peut concevoir, en effet, que le législateur, tout en reconnaissant aux parties le droit réciproque de se dégager d'un louage de services à durée indéfinie, ait entendu qu'elles ne puissent user de cette faculté que pour des *motifs légitimes* (1).

La loi nouvelle aurait donc eu pour but de rendre impossible le maintien d'une jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la loi ancienne et qui semblait très dure pour la partie congédiée, ce qui veut dire le plus souvent pour l'ouvrier. La Cour de cassation ne permettait à cette partie de réclamer une indemnité qu'à la condition d'établir elle-même que son adversaire en lui donnant congé avait commis une faute précise résultant de l'inobservation d'un usage, d'après lequel, par exemple, le congé devait être précédé d'un préavis, ou de la violation de certaines clauses expresses ou tacites du contrat. L'innovation aurait donc uniquement consisté en ce que le demandeur pourrait désormais fonder sa réclamation sur l'absence de motifs légitimes, d'ailleurs souverainement appréciés par le juge du fait, mais à la charge de prouver, conformément aux règles du droit commun, cette absence de motifs légitimes (2).

Dans une autre opinion on soutient au contraire que la modification apportée à l'art. 1780 a eu pour effet de renverser la règle ordinaire; qu'aujourd'hui celui qui reçoit congé peut, en principe, se faire allouer des dommages-intérêts, sans avoir rien à prouver; que c'est à son adversaire qui prétend échapper à cette obligation, de prouver que le

(1) Cass. 17 mai 1887, S. 87, 1, 378; Cass. 10 nov. 1891, *Pand. franç.*, 92, 1, 143; Conf. SAUZET, *Ann. de Dr. comm.*, 1891, p. 65.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 719 *bis*.

congé n'a pas été donné arbitrairement, et qu'il a eu de justes motifs pour mettre fin au contrat (1).

La Cour de cassation n'a pas adopté cette dernière opinion. Elle n'a pas davantage adopté complètement la précédente. Elle décide que l'employé congédié n'a pas droit, en principe et par le seul fait du congé, à des dommages-intérêts; qu'il doit, pour les obtenir, établir que le défendeur est en faute, comme cela avait lieu autrefois, et que la loi de 1890 s'est bornée à étendre la notion de la faute. Autrefois elle supposait nécessairement un acte injuste, c'est-à-dire contraire au droit, désormais la faute pourra résulter de *l'usage excessif ou abusif* et préjudiciable d'un droit (2). Par conséquent, si l'ouvrier ou employé est déjà en faute, par exemple pour avoir abandonné son travail, durant plusieurs jours sans autorisation, il n'aura droit à aucune indemnité du chef de son congédiement, mais il pourra obtenir des dommages pour n'avoir pas été prévenu de ce congédiement dans les délais fixés par l'usage (3).

389. Si l'usage d'une localité, pour une industrie déterminée, autorise les ouvriers à quitter leurs patrons, et les patrons à congédier les ouvriers sans nécessité d'observer ce qu'on appelle un *délai de prévenance*, aucune condamnation à des dommages-intérêts ne peut être prononcée contre le patron pour cause de brusque renvoi, si le demandeur n'allègue pas d'autres circonstances propres à justifier une indemnité; c'est là ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation (4).

(1) Voy. PLANIOL, note sous Trib. Grenoble, 23 janv. 1893, D. 93, 2, 377; Comp. Rouen, 24 déc. 1894, D. 95, 2, 229.

(2) Cass. civ. 20 mars 1895 (3 arrêts), S. 95, 1, 313; Cass. req. 14 nov. 1894 (4 arrêts), S. 95, 1, 261; Cass. req. 21 nov. 1893, S. 95, 1, 166; MONGIN, *Rev. crit.*, 1893, *Droit de congé*, p. 347; CHARMONT, *Rev. crit.*, 1895, *Exam. doctr.*, p. 611.

(3) Cass. 21 nov. 1893, D. 94, 1, 237.

(4) Arrêt précité du 14 nov. 1894, S. 95, 1, 316.

Mais le demandeur ne pourrait-il, précisément dans cette hypothèse, et autres semblables, alléguer que le brusque renvoi dont il se plaint, a constitué vis-à-vis de lui, un abus *intentionnel* du droit? Cela est incontestable si on adopte le système d'interprétation admis pour la loi de 1890 par la Cour de cassation. On peut alors soutenir que le congé sera abusif quand l'intention de causer un préjudice immérité en sera le motif principal (1).

C'est donc pour en arriver là, c'est-à-dire à une recherche d'intention, que l'art. 1780 aurait été aussi singulièrement allongé!...

Les juges vont donc se trouver forcément investis d'un pouvoir d'appréciation sans limites. C'est ce qui a été d'abord reconnu par la Chambre des requêtes (2). La Chambre civile estime au contraire qu'en pareille matière, la Cour suprême doit vérifier si les faits constatés par les juges du fond, sont en eux-mêmes constitutifs d'une faute ou d'un exercice abusif du droit (3). La Chambre des requêtes semble maintenant vouloir adopter le même procédé. Elle a décidé en effet qu'une compagnie se trouvant, par l'effet d'une condamnation correctionnelle pour vol prononcée contre un de ses employés, autorisée à douter sérieusement de la probité de celui-ci, avait pu le congédier immédiatement, sans être légalement tenue d'attendre le résultat de l'appel intervenu, alors même que le résultat de cet appel avait été l'infirmation du jugement de condamnation, *et qu'en agissant ainsi, la compagnie n'avait pas abusé du droit de résiliation* (4).

390. Le montant de l'indemnité quand il y aura lieu d'en accorder, sera apprécié par le juge, suivant les circonstances. La loi nouvelle a délayé cette idée de la manière suivante :

(1) MONGIN, *loc. cit.*, p. 356; CHARMONT, *loc. cit.*, p. 613.
(2) Arrêt précité du 14 nov. 1894; Cass. 21 nov. 1893, S. 95, 1, 166.
(3) Cass. 13 janv. 1892, D. 92, 1, 157; Arrêt précité du 20 mars 1895.
(4) Cass. 22 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, 20 oct. 1896.

« Il sera tenu compte, le cas échéant, des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé. » Il faut donc, d'après la loi, tenir compte des usages; de quels usages?

La Cour de cassation décide que, pour fixer le chiffre de l'indemnité, les juges peuvent combiner les usages du pays auquel appartient l'employé congédié, avec les usages suivis dans le lieu où il s'est trouvé dépourvu d'emploi (1). Mais ne faut-il pas aussi tenir compte de l'usage en vigueur au lieu où le contrat s'est formé et devait être exécuté?

391. La loi de 1890 ne recevrait aucune application effective, si elle autorisait les clauses portant renonciation anticipée à toute indemnité qui pourrait être due dans les cas ci-dessus prévus. En conséquence, et d'après la disposition formelle du texte : *Les parties ne peuvent renoncer à l'avance* au droit éventuel de demander des dommages-intérêts *en vertu des dispositions ci-dessus.*

Serait donc nulle et sans effet, la clause par laquelle un ouvrier renoncerait à demander une indemnité à son patron en cas de renvoi, sous la seule condition qu'il lui soit accordé un délai de congé déterminé (2).

Il en serait de même de la clause par laquelle le patron se réserverait le droit de renvoyer son employé sans indemnité, si les services de celui-ci *laissaient à désirer,* ou ne lui étaient plus *nécessaires.* Cette clause ne rendrait pas irrecevable la demande de l'employé congédié. Les juges auraient toujours à vérifier si le renvoi a un motif légitime, ou s'il constitue l'usage excessif d'un droit. Une Cour a décidé que

(1) Cass. 20 juin 1893, D. 93, 1, 474.
(2) Cass. 20 mars 1895, D. 95, 1, 317.

dans le cas envisagé *la stipulation devait recevoir son application* si l'ouvrier était réellement en faute (1). Cela n'est pas exact; si l'ouvrier, dans ce cas, ne doit recevoir aucune indemnité, ce n'est pas en vertu de la stipulation qui doit être considérée comme non avenue, mais par application de la loi qui accorde toute efficacité à un congé donné sur des motifs légitimes.

Serait également nulle la clause par laquelle les parties auraient fixé la somme à payer à titre d'indemnité, en évaluant ainsi à l'avance, le préjudice pouvant résulter d'un brusque congédiement. S'il n'en était pas ainsi, les parties pourraient trop facilement éluder la loi en tarifant les dommages-intérêts à une somme dérisoire (2).

392. Il faut cependant remarquer que le nouvel art. 1780 s'applique seulement au louage de service sans détermination de durée. Par conséquent, si un patron a engagé un ouvrier pour un certain laps de temps, la clause fixant d'ores et déjà le chiffre de l'indemnité qui serait due à l'ouvrier en cas de renvoi sans motifs légitimes avant l'expiration du terme convenu, devrait recevoir son application (3).

De ce que la loi de 1890 ne vise que les louages de service sans durée déterminée, il suit que lorsqu'un ouvrier est engagé au mois ou à la journée, et que le patron le renvoie à l'expiration du terme fixé, le renvoi ne peut pas donner lieu à des dommages-intérêts. On ne peut pas dire, en effet, qu'en pareil cas l'ouvrier a reçu congé; le patron n'a pas résilié le contrat; il a refusé de le renouveler (4).

S'il en est ainsi, il sera facile aux patrons menacés par la

(1) Montpellier, 8 nov. 1892, D. 94, 2, 303.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 719 *bis; Contrà*, Trib. comm. Seine, 9 sept. 1892, D. 93, 2, 545.

(3) Paris, 15 juin 1893, D. 94, 2, 472.

(4) Cass. arrêt précité du 20 mars 1895, 3e espèce; CHARMONT, *Rev. crit.*, 1895, *Exam. doctr.*, p. 614.

loi nouvelle, et notamment aux compagnies, de se soustraire à son empire. Ils n'auront qu'à imposer à leurs futurs agents commissionnés un contrat de louage d'une durée déterminée et en même temps assez courte. Ce contrat sera renouvelé à chaque échéance, soit expressément, soit par tacite reconduction. Les parties se trouvant ainsi placées en dehors du cas sur lequel statue la loi nouvelle, échapperont naturellement à ses dispositions (1), et quand il plaira au patron de renvoyer son employé à l'échéance d'un terme, aucune réclamation ne sera plus possible.

On a soutenu, il est vrai, qu'il y aurait là une espèce de fraude que les tribunaux auraient le pouvoir de déjouer. Si la limitation de la durée de l'engagement paraissait aux juges n'être qu'un simple expédient et non une clause sincère, ils pourraient la tenir pour nulle (2).

Cette solution paraît difficilement acceptable. La loi prévoit deux sortes de louages de services : le louage avec limitation de durée, et le louage sans durée déterminée. Il entre même dans les vœux de la loi que tous les contrats de cette nature soient faits pour un certain temps, non indéfini. Or les parties ont incontestablement le droit de se placer dans l'une ou l'autre des situations envisagées par le législateur comme étant également licites, de même qu'elles ont le droit de choisir la loi qui doit régir leurs conventions (Voy. t. I, n° 159); de même qu'elles ont le droit de choisir leur nationalité (Voy. t. I, n° 290). C'est en cela que consiste la liberté civile. Il paraît donc anti-juridique de substituer arbitrairement un contrat à durée indéfinie à un contrat à durée limitée, sous prétexte que, dans le régime des contrats individuels, le patron impose assez facilement ses conditions.

393. La question de savoir si le nouvel art. 1780 tel qu'il est

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 719 *quater*.
(2) SAUZET, *loc. cit.*, p. 108; CHARMONT, *loc. cit.*, p. 615.

sorti de la loi de 1890 a un effet rétroactif, est subordonné à la solution qui sera donnée sur ce qui fait l'objet même de la loi nouvelle. Si on admet, comme le fait la Cour de cassation (*Suprà*, n° 388), que les pouvoirs des tribunaux sont restreints à l'hypothèse de renvoi abusif, si l'on accepte les déclarations faites devant la Chambre, la loi n'est plus que l'application d'une théorie générale rendue plus impérative et plus certaine; elle n'introduit pas un principe nouveau, et il n'y a plus alors de motifs pour limiter la portée du texte, et pour lui retirer l'effet rétroactif (1). La nouvelle loi s'appliquerait donc indistinctement aux contrats antérieurs et postérieurs à sa promulgation. On arriverait au même résultat, suivant une opinion plus haut réfutée (Voy. t. I, n° 93), en argumentant seulement du caractère de loi d'ordre public qui a été, dans les rapports et dans les discussions, attribué aux dispositions ajoutées à l'art. 1780 (2).

Le principe de non-rétroactivité devrait donc être appliqué en ce sens seulement que les dispositions nouvelles ne concerneraient pas les congés régulièrement signifiés avant leur entrée en vigueur (3). Ces dispositions s'appliqueraient au contraire aux ruptures survenues après leur promulgation, même à l'occasion de contrats passés sous l'empire de l'ancienne loi (4).

Si la loi de 1890 est au contraire considérée comme une disposition exceptionnelle conférant aux tribunaux des pouvoirs nouveaux, on pourra décider que ses dispositions ne peuvent régir les contrats antérieurs à sa promulgation (5).

394. Par la force des choses les principes généraux du con-

(1) Voy. MONGIN, *loc. cit.*, p. 361.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 719 *quater*.
(3) Cass. 20 mars 1893, D. 93, 1, 434.
(4) Orléans, 15 mars 1893, S. 93, 2, 207.
(5) Arrêt précité d'Orléans du 15 mars 1893; Trib. comm. Lille, 26 mai 1891, S. 92, 2, 123; Comp. Amiens, 2 janv. 1893, D. 93, 2, 489.

trat de louage de services, ne peuvent recevoir d'application dans les cas où la révocation d'un employé constitue un acte administratif. C'est ce qui a lieu d'abord pour les employés des mairies. Le maire a le droit de suspendre et de révoquer les employés communaux (L. 5 avril 1884, art. 88, reproduisant l'art. 12 de la loi du 18 juillet 1837). Il peut donc user de ce droit suivant les nécessités de son administration dont il est le seul juge, et la commune n'est tenue à aucune indemnité à raison d'un renvoi brusque ou intempestif (1).

Les employés des caisses d'épargne et autres établissements d'utilité publique doivent au contraire être assimilés aux employés ordinaires (2).

Il devrait, ce semble, en être de même des employés des chemins de fer de l'État, surtout depuis la loi du 27 décembre 1890 qui, d'après les projets primitifs, devait être faite spécialement pour tous les employés de chemins de fer, ainsi désignés d'après la nature de leur emploi. Mais finalement cette idée a été écartée, et le législateur s'est arrêté à une disposition générale, sous forme d'un amendement à l'art. 1780, relative par conséquent au contrat de louage tel qu'il est réglé par le Code civil. On a donc pu juger que la révocation des employés de chemins de fer de l'État constitue un acte administratif dont l'appréciation ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire (3). Cette révocation ne paraît pas donner ouverture à aucune indemnité. L'opinion contraire semble cependant résulter de la discussion de la loi du 27 décembre 1890 (4). Mais le texte voté se prête difficilement à cette extension.

(1) Limoges, 25 juin 1888, S. 88, 2, 186; Cass. 7 juill. 1880, S. 80, 1, 464; Trib. conflits, 27 déc. 1879, S. 81, 3, 36; GUILLOUARD, t. II, n° 725.

(2) Dijon, 11 janv. 1882, S. 82, 2, 228.

(3) Orléans, 28 nov. 1891, S. 92, 2, 105.

(4) Voy. note sous l'arrêt précité.

395. La loi nouvelle laisse donc sans protection les employés des chemins de fer de l'État et les employés des mairies. Elle présente encore d'autres lacunes.

Il est décidé en effet par la jurisprudence et trouvé juste par quelques auteurs, que l'ouvrier congédié n'a pas le droit de réclamer la restitution des sommes qui auraient été retenues sur son traitement pour une caisse des retraites (1). Or, précisément « Le dommage dont le législateur (de 1890) s'est particulièrement préoccupé, est celui qui concerne la perte du droit à la retraite : On a, à juste titre, considéré comme inacceptable qu'un ouvrier, après être resté de longues années dans un atelier, après avoir alimenté sur son salaire propre le fonds des retraites, fût privé de tout droit lorsque, pour une cause quelconque, il était congédié ou quittait l'atelier. Le désir d'empêcher une situation aussi inique semble avoir été la pensée inspiratrice de la loi. Ce but est-il atteint par les dispositions nouvelles ; la protection est-elle sérieusement efficace (2)? »

Non, car, dans beaucoup de cas, l'ouvrier perdra son droit à la retraite sans compensation :

1° En cas de renvoi pour cause légitime ;

2° Quand c'est l'ouvrier lui-même qui donne congé, si les règlements qu'il a dû subir le privent dans cette hypothèse de son droit à la retraite ;

3° Quand le contrat est fait pour une durée limitée, par exemple pour une année, et renouvelé ensuite à l'expiration de chaque terme pour la même durée.

Dans toutes ces hypothèses la perte des retenues ne peut s'expliquer que par l'adhésion forcée de l'ouvrier aux clauses d'un règlement draconien. La loi aurait dû la restituer contre les effets d'une telle adhésion.

(1) Cass. 26 nov. 1878, D. 79, 1, 283 ; Cass. 24 mai 1876, S. 76, 1, 320 ; Conf. GUILLOUARD, t. II, n° 725.

(2) MONGIN, *loc cit.*, p. 357.

On a cru trouver dans les principes généraux, et notamment dans une extension de la notion de la clause pénale, le moyen de remédier à cette lacune de la loi de 1890 : Il est certain, a-t-on dit, que l'on devrait considérer comme enchaînant la liberté de l'ouvrier ou de l'employé pour toute la durée de sa carriére active, l'engagement qui lui serait imposé de payer une somme considérable à titre de clause pénale pour le cas où il viendrait à quitter son patron à quelque époque que ce soit. Or, la situation n'est-elle pas la même quand l'employé est menacé de perdre sa retraite et les retenues déjà subies? N'y a-t-il pas là une véritable clause pénale, nulle en soi comme ayant pour but d'éluder la prohibition de s'engager pour la vie entière, mais devant laisser subsister le contrat principal, le contrat de travail, conformément à l'art. 1227 (1)?

Nous voudrions que ce raisonnement fût exact, mais il est difficile de l'admettre. Nous avons déjà avancé (*Suprà*, n° 385) que le louage de services ne pouvait être considéré comme étant fait à vie, par cela seul que l'ouvrier ou l'employé serait obligé de s'affilier à une caisse des retraites (2). C'est qu'en effet, le danger de perdre les retenues avec le droit à la retraite ne peut être considéré comme une clause pénale, car le propre d'une clause pénale est de profiter au créancier en compensation de ce qui lui est dû en vertu de l'obligation principale (art. 1229). Or, dans l'espèce, la perte subie par l'ouvrier profite non à son patron, mais à la caisse des retraites, peu importe que cette caisse soit représentée par le patron lui-même ou possède une autonomie quelconque et soit représentée par des administrateurs spéciaux. D'un autre côté, si l'employé veut se retirer peu de temps après la conclusion du contrat, il ne sera pas arrêté par la menace de perdre des

(1) MONGIN, *loc. cit.*, p. 358.

(2) Voy. décision précitée, Trib. Liège, 15 avr. 1891, *Cl.* et *B.*, 91, 1062.

retenues qui n'ont encore qu'une importance insignifiante. La vérité est qu'il y a deux contrats distincts, ayant chacun leur objet spécial, et la circonstance que l'un suppose l'autre, ne suffit pas pour donner au contrat accessoire le caractère de clause pénale par rapport à la convention principale.

Il y a donc des circonstances dans lesquelles un employé ne pourra pas échapper à la perte des retenues qu'il a subies. Remarquons toutefois que cette solution n'est injuste qu'en tant qu'elle s'applique aux retenues ayant eu pour objet d'alimenter une caisse de retraite; elle ne le serait pas quant aux retenues ayant pour but d'alimenter une caisse de secours. Ainsi il a été jugé que le patron n'est pas tenu d'accorder à l'ouvrier congédié une indemnité à titre de remboursement des retenues subies par lui sur son salaire pour être versée à une caisse de secours et de retraites, lorsque cette caisse a pour objet principal la distribution de secours aux ouvriers victimes d'accidents, et que le règlement de cette caisse n'autorise l'allocation d'une pension de retraite qu'à titre seulement facultatif, et suivant l'état de ses ressources (1).

Quoi qu'il en soit, les réclamations les plus vives ont été dirigées contre la disposition des statuts des caisses de retraites ou de secours instituées par les compagnies de chemins de fer, décidant que tout employé sortant, soit volontairement, soit par renvoi, perdait tout droit aux versements par lui faits. Il fut porté à la connaissance des Chambres que, de 1881 à 1882, cette disposition avait partout disparu par la volonté même des compagnies, et que les agents sortants recevaient le montant de leur avoir aux caisses des retraites. On crut néanmoins devoir prendre, à l'encontre des compagnies, la précaution qui se trouve écrite dans l'art. 2 de la loi du 27 décembre 1890, qui est ainsi conçu :

(1) Trib. Grenoble, 23 janv. 1893, D. 93, 2, 377.

« Dans le délai d'une année, les compagnies et administrations des chemins de fer devront soumettre à l'homologation ministérielle les statuts et règlements de leurs caisses de retraites et de secours. » Il faut du reste reconnaître que quelques règlements de compagnies contiennent la clause que les retenues seront intégralement restituées aux employés révoqués ou congédiés, ou restituées avec une certaine déduction aux employés démissionnaires. Il a été jugé à cet égard que l'employé ayant refusé de se rendre au poste qui lui était assigné encourt la révocation, mais ne saurait être considéré comme démissionnaire, et a droit à une restitution intégrale des retenues (1).

Les demandes intentées en vertu du nouvel art. 1780, seront instruites et jugées conformément aux règles du droit commun. L'alinéa final de ce texte dispose néanmoins que : les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et devant les Cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence. »

Les contestations en matière de congé de louage d'ouvrages sont du ressort des tribunaux de prud'hommes. Mais les tribunaux de ce genre n'existent que dans certains endroits; c'est ce qui explique la disposition qui précède.

396. Le contrat de louage prend donc fin, soit par l'effet d'un congé régulièrement donné, soit par l'expiration du temps pour lequel il a été conclu.

Il peut encore être résolu par suite de l'inexécution des obligations qui en découlent (art. 1184).

Chacune des parties doit en effet exécuter fidèlement les engagements par elle contractés, et ce conformément à l'esprit de la convention.

Ainsi quand un accord est intervenu entre un patron et un

(1) Cass. 13 janv. 1892, S. 93, 1, 257.

commis-voyageur, celui-ci contracte l'obligation de faire tous les voyages qui lui seront commandés par le patron dans l'intérêt de son commerce. — Le patron d'autre part s'oblige à faire voyager son commis dans la mesure que comportent le mouvement de ses affaires et l'importance de sa maison. Si le patron est seul juge de l'opportunité des déplacements de son commis, et reste libre d'en restreindre ou d'en modifier l'étendue selon les besoins de son commerce, il ne peut les supprimer ou les interrompre au point de transformer en emploi sédentaire, la situation d'un commis-voyageur qui a stipulé à forfait une indemnité pour chaque jour de voyage en sus de ses appointements fixes. En cas d'infraction à ces engagements, la résiliation pourra être prononcée avec indemnité au profit du commis-voyageur (1).

L'employé et l'ouvrier doivent de leur côté fournir la somme de travail utile qu'ils ont promise. L'ouvrier ne peut être déclaré responsable des malfaçons par lui commises dans l'ouvrage dont il a été chargé que si une faute est constatée contre lui dans l'exécution de ce travail, exécuté sous la surveillance d'un maître qui était censé connaître la suffisance ou l'insuffisance de ses aptitudes (2).

C'est en effet au patron qu'il appartient de choisir ses ouvriers, soit qu'il les recrute directement, soit qu'il s'adresse à des intermédiaires. — L'intermédiaire qui se charge de procurer des ouvriers aux conditions indiquées par un patron, n'est pas d'ailleurs partie dans le contrat conclu entre le patron et l'ouvrier, et ne peut être responsable de son défaut d'exécution (3).

La faillite du patron ne met pas fin au contrat, mais peut équivaloir à un brusque renvoi. Il faut en dire autant de la

(1) Paris, 26 mars 1894, D. 95, 2, 189.
(2) Cass. 15 fév. 1892, D. 92, 1, 364.
(3) Lyon, 13 juin 1894, D. 95, 2, 292.

dissolution de la société au service de laquelle s'est mis un employé; celui-ci se trouve par le fait délié de ses engagements (1). Si l'employé du failli a continué ses fonctions après la déclaration de faillite, la portion de ses appointements qui a couru depuis ce moment est une charge de l'exploitation de la faillite et doit lui être payée directement par le syndic. Il n'y a donc pas lieu d'en faire état pour déterminer la somme à raison de laquelle il doit être autorisé à produire à la faillite (2).

La force majeure qui détruit sans indemnité l'industrie du patron, le délie en principe des engagements par lui contractés envers ses employés. Réciproquement les ouvriers et employés sont dégagés, si un cas de force majeure les met dans l'impossibilité de fournir les services promis (3). Le louage de services prend encore fin par la mort du domestique, de l'ouvrier ou de l'employé (art. 1595).

A moins de convention contraire dans l'engagement, le domestique, ouvrier ou employé au service d'un particulier ou d'une compagnie de chemin de fer ou autre, n'est en droit d'exiger de son patron qu'un certificat constatant ses services et son congé d'acquittement, mais non un certificat de probité ou de moralité, avec la déclaration de l'opinion personnelle de son maître ou patron en ce qui le concerne (4).

397. La preuve du louage de services se trouve aujourd'hui soumise aux règles du droit commun.

Jadis, il n'en était pas ainsi; le Code contenait en effet un article ainsi conçu :

ART. 1781. Le maître est cru sur son affirmation, — Pour la quotité des gages; — Pour le paiement du salaire de l'année échue; — Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.

(1) Liège, 23 oct. 1879, *Pas.*, 80, 2, 97.
(2) Paris, 17 fév. 1892, S. 94, 2, 179.
(3) Comp. AUBRY et RAU, § 372; GUILLOUARD, t. II, nos 729, 730.
(4) Chambéry, 21 juin 1878, D. 79, 2, 207.

Cette disposition a été abrogée purement et simplement par une loi du 2 août 1868. Elle heurtait en effet, en apparence plus qu'en réalité, le principe de l'égalité civile entre les citoyens, quelle que soit leur profession et leur condition respective. Son abrogation n'a été libérale qu'en apparence et n'a apporté aucune amélioration sérieuse à la position des domestiques et ouvriers; le gouvernement qui en avait pris l'initiative ne pouvait s'y tromper (1).

En effet, cette abrogation tourne au profit du maître dans tous les cas, et ce sont les plus fréquents, où le domestique ne pourra pas prouver par témoins qu'il est créancier du salaire qu'il réclame. Or il ne peut faire cette preuve par témoins que s'il est nanti d'un commencement de preuve par écrit, ou qu'il s'agit de moins de 150 francs, étant observé qu'il faut pour cette dernière condition, que le montant total des salaires stipulés par le domestique, pour toute la durée de son engagement, ne dépasse pas 150 fr. (arg. art. 1341 et suiv.). Le domestique ou l'ouvrier ne pouvant, dans ces hypothèses, recourir à la preuve testimoniale, seront donc à la discrétion du maître.

Dans les cas plus rares où la créance du domestique se trouvera établie, le maître qui ne sera admis à prouver sa libération par témoins que pour les paiements ne dépassant pas 150 fr., se trouvera à la discrétion du domestique. Il sera donc intéressé désormais à ne traiter qu'avec des domesques sachant écrire et en état de lui fournir quittance pour chaque paiement effectué (2).

398. Le contrat de louage échappe par sa nature à la rescision pour cause de lésion ou de vileté du salaire. Cependant s'il est vrai que le vendeur puisse, dans certaines circon-

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 282.

(2) PEAUCELLIER, *Conséq. de l'abrog. de l'art.* 1781, *Rev. crit.*, 1869, p. 513; COLMET DE SANTERRE, t. VII, nos 232 *bis* III, 232 *bis* X; GUILLOUARD, t. II, n° 706; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 720.

stances, être considéré comme ayant traité sous l'empire d'une nécessité qui le forçait à vendre sans lui laisser une liberté suffisante de lui permettre de discuter efficacement le prix de sa chose, cela est bien plus vrai de celui qui est obligé de travailler pour vivre, et qui ne peut discuter librement le montant et les conditions de son salaire.

Les actions individuelles qui pourraient lui être accordées pour se faire restituer contre les effets d'un marché injuste seraient forcément illusoires, car l'ouvrier hésitera toujours à formuler, surtout en justice, une réclamation dont le seul effet serait probablement de le priver à tout jamais de son emploi.

L'action individuelle devait donc être remplacée par l'action collective, et c'est pour cela que la loi de 1864, en abrogeant ou modifiant les art. 414, 415 et 416 du Code pénal, a reconnu aux ouvriers le droit de grève avec toutes les conséquences qui en découlent. Les ouvriers ont donc le droit de se concerter en vue d'une grève à déclarer, et la grève une fois déclarée, de se concerter encore soit pour en prolonger la durée soit pour y mettre fin. Si les ouvriers disposent d'une feuille publique, ils peuvent développer leurs arguments dans cette feuille. Une grève constituant un fait économique de nature à intéresser le public, les journaux ont le droit de l'apprécier à leur point de vue sans encourir le reproche de s'immiscer dans les affaires d'autrui, à la seule condition de ne point provoquer à des actes qui seraient défendus aux grévistes eux-mêmes (1) (Voy. t. VIII, nos 405 et 406).

Les grèves ont généralement pour but d'arriver à obtenir une élévation du taux des salaires. Mais lorsque ce but a été atteint ou, d'une manière générale, lorsque le salaire paraît équitablement calculé, quelle sécurité ont les ouvriers quant au paiement effectif de ce qui leur est dû?

(1) Comp. Toulouse, 20 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, 23 juill. 1896.

399. A ce point de vue l'ouvrier est bien mieux traité en France que dans certains autres pays. En Angleterre notamment, certaines pratiques désignées sous le nom générique de « *Truck-System* » tendent d'une manière plus ou moins détournée, soit par des paiements en nature, soit par des ventes au comptant ou à crédit faites par le patron lui-même, à forcer l'ouvrier à convertir son salaire en marchandises, sans qu'il puisse aller ailleurs s'approvisionner à meilleur marché. Il est ainsi obligé de rendre indirectement une partie du salaire qu'il a reçu en argent.

En France cela est beaucoup plus rare ; on a vu néanmoins dans certaines localités les patrons prendre l'habitude de payer leurs ouvriers avec des jetons acceptés seulement dans certains débits faisant une remise au patron ou gérés par un représentant de celui-ci. On a vu notamment un patron payant ses ouvriers à raison de 0 fr. 30 par heure de travail, leur donner vers midi, au moment de l'interruption du travail pour les repas, un à-compte de 1 fr., savoir : 0 fr. 85 en numéraire et 0 fr. 15 représentés par un jeton métallique attribuant à l'ouvrier le droit de prendre une consommation dans un débit que le patron faisait lui-même exploiter par un gérant. Un ouvrier ayant voulu exiger le paiement intégral en numéraire, la difficulté fut portée devant le juge de paix de Rouen qui, par une décision en date du 22 janvier 1890, donna raison à l'ouvrier en vertu de motifs plutôt moraux que juridiques (1).

On comprend donc l'opportunité des divers projets de loi qui ont été proposés dans le but de faire décider que le paiement des salaires dus aux ouvriers ne pourrait être fait qu'en monnaie ayant cours légal, nonobstant toutes conventions contraires (2).

(1) Voy. une dissertation fort intéressante de M. CABOUAT, *Réglementation des salaires*, *Rev. crit.*, 1894, p. 235-236.

(2) Propos. LECOMTE, du 20 janv. 1890, Ch. doc., 1890, p. 119; pro-

On est du reste généralement d'accord pour reconnaître qu'il n'y a pas lieu de prohiber le salaire en nature qui entre pour une si large part dans la rétribution des ouvriers agricoles et des domestiques. Les travailleurs de cette catégorie reçoivent en nature, au moyen de la nourriture, du logement, etc., la partie principale de leur salaire, dont les gages en argent ne sont, à vrai dire, que l'accessoire. C'est par d'autres moyens qu'il convient d'améliorer la condition des travailleurs agricoles. Nous signalerons dans cet ordre d'idées, une proposition ayant pour objet l'institution de délégués agricoles et d'un *salaire minimum* pour les travailleurs du sol (1).

Enfin, tout en demeurant attaché aux doctrines individualistes qui sont l'essence même de la Révolution, il faut cependant reconnaître que la réglementation de ces grands corps organisés que présentent aujourd'hui certaines industries, rend tout à fait insuffisante la notion du contrat ordinaire dont le cadre n'a pas été fait en vue de telles conceptions.

L'engagement de l'ouvrier n'est plus un contrat comme un autre dans lequel la position des parties est égale. Il est plus vrai de dire que l'ouvrier accepte de devenir membre d'un organisme compliqué, d'une association industrielle dans laquelle vont être représentés le travail et le capital. Il accepte une loi qu'on lui propose, il ne discute pas les conditions d'un contrat (2). Il faut donc que cette loi soit conçue de manière à sauvegarder efficacement tous les intérêts individuels qui se trouveront en présence.

pos. ROCHE et FAILLÈRES, 16 juin 1891, Ch. doc., 1891, p. 1430, etc.; Voy. CABOUAT, *loc. cit.*, p. 244.

(1) Prop. de M. VAILLANT, Ch., *Exposé des motifs*, doc., 1894, p. 174.

(2) Voy. SAUZET, *Situation des ouvriers*, etc., *Rev. crit.*, 1886, p. 371 ; SALEILLES, *loc. cit.*, n° 337.

SECTION II.

Des voituriers par terre et par eau.

400. — Définition, art. 1782; — Nature du contrat, art. 1783.
401. — Obligations du voiturier. Il doit fournir le moyen convenu de transport.
402. — Du remorquage.
403. — Responsabilité du transporteur, art. 1784.
404. — Suite; — Du transport des personnes.
405. — Etendue de la responsabilité. Vol des objets transportés.
406. — Leur détérioration.
407. — Clauses d'irresponsabilité.
408. — Jurisprudence sur ce point.
409. — Montant des dommages encourus. Déclarations à faire par l'expéditeur.
410. — Fixation à forfait du montant des dommages. Registre à tenir par le transporteur, art. 1785.
411. — Condition de la marchandise pendant le voyage.
412. — A qui elle doit être remise après le voyage, art. 1786.

400. On appelle voiturier celui qui s'oblige, moyennant un prix, à transporter d'un lieu dans un autre des choses ou des personnes, ou bien en même temps des personnes et des choses; peu importe la voie suivie et les moyens employés pour le transport. Peu importe encore que le transporteur, qui, dans la situation envisagée, est un locateur, fasse ou non de l'industrie des transports sa profession habituelle ou accidentelle.

Dans le premier cas, la preuve du contrat pourra être faite par témoins, quelle que soit la valeur de son objet; dans le second cas, la preuve ne pourra en être faite que dans les termes de l'art. 1341. Le voiturier n'est, en effet, assimilé à l'aubergiste qu'au point de vue de la responsabilité.

ART. 1782. Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre *du Dépôt et du Séquestre* (*).

(*) Art. 1782. — L. 1 à 4, D. 4, 9, *Nautæ caupones*, etc.

Le contrat de transport est un contrat de louage, c'est-à-dire un contrat consensuel. Il commence à partir du jour où les parties se sont mises d'accord, et non pas seulement à partir de la remise au voiturier des objets qu'il doit transporter (1).

C'est la responsabilité du voiturier, relativement à ces objets, qui commence seulement à partir de la remise qui lui en est faite (2); c'est ce qui résulte formellement de la disposition suivante qui nous dit, en parlant des voituriers :

ART. 1783. Ils répondent non seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt pour être placé dans leur bâtiment ou voiture (*).

La convention de transport est donc tacite lorsque les objets à transporter sont remis aux voituriers ou aux personnes préposées à cet effet, dans les lieux ci-dessus indiqués ou dans un bureau à ce destiné. La convention, dans ce cas, est concomitante de la remise.

401. Elle peut aussi être antérieure, et, dans ce cas, elle soumet le voiturier à l'obligation de fournir en temps utile le moyen de transport qui a été promis, dans les conditions où il a été promis.

Ainsi, la compagnie de chemin de fer qui, ayant promis à un expéditeur de mettre à sa disposition des wagons spéciaux, l'entretient dans l'espérance de l'arrivée prochaine de ces wagons et laisse ainsi expirer le délai du transport sans offrir de l'effectuer avec des wagons ordinaires, est justement condamnée à la réparation du préjudice résultant du retard (3).

De même, s'il s'agit du transport des personnes, la compagnie qui a délivré des billets à des voyageurs est

(*) Art. 1783. — L. 1, § 8; L. 3, D. 4, 9, *Nautæ caupones*, etc.
(1) *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 737.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 724.
(3) Cass. 16 déc. 1891, S. 92, 1, 590.

tenue de leur fournir des places de la classe indiquée par ces billets (1).

Dans tous les cas, qu'il s'agisse du transport des personnes ou du transport des choses, l'objet direct du contrat est de faire arriver d'un point sur un autre, soit une chose, soit une personne, soit, en même temps, une personne et une chose. Le transporteur s'oblige à fournir ou à procurer une force motrice ou locomotrice suffisante, soumise à une direction dans un certain sens. Or, il peut arriver que, pour atteindre le but final du transport, le transporteur originaire soit obligé de conclure lui-même un contrat de transport avec un autre transporteur. C'est ce qui a lieu dans les cas de transports par des réseaux distincts. Pour éviter le transbordement des marchandises, les wagons d'une ligne pénètrent souvent sur une autre ligne, mais en étant désormais soumis à la traction des machines de cette autre ligne, c'est-à-dire qu'en vertu de conventions particulières constituant des contrats de transport, les compagnies de chemins de fer peuvent s'obliger à faire transiter sur les lignes de leur réseau et avec leurs machines, les wagons provenant de lignes appartenant à une autre compagnie. Il a même été décidé que, dans le cas d'un tarif commun international, le contrat ainsi établi entre les diverses compagnies contenait une sorte de mandat substitué autorisant tout expéditeur ayant remis à l'une des compagnies un objet à transporter à le considérer comme également remis aux autres (2).

Il en est de même dans le cas des *wagons-lits*, appartenant à une société et qui sont mis en circulation sur une ligne de chemin de fer. Le contrat intervenant entre la société des wagons-lits et le voyageur qui, moyennant un supplément

(1) Toulouse, 12 juill. 1889, S. 90, 2, 176.

(2) Cass. 31 mai 1886, D. 87, 1, 123; Comp. Cass. 21 avr. 1891, S. 91, 1, 348.

de prix, retient une place dans un de ces wagons, est certainement un contrat de transport comme celui qui intervient entre la compagnie de chemin de fer et le voyageur (1). Mais le contrat qui est conclu entre la société des wagons-lits, qui ne dispose d'aucune force motrice, et la compagnie du chemin de fer, est également un contrat de transport.

Or, dans les deux cas ci-dessus, la compagnie de chemin de fer, c'est-à-dire le voiturier, se borne à *remorquer* des wagons appartenant à une autre compagnie.

402. Existerait-il quelque raison pour décider que le remorquage proprement dit ou le touage ne saurait donner lieu à un contrat de transport et que, par suite, l'art. 1784, déclarant le voiturier responsable de plein droit de la perte des choses qui lui sont confiées n'est pas applicable au remorqueur? Nous n'en apercevons pas : le bateau remorqué n'a pas de force directrice, et, s'il conserve quelquefois une certaine force motrice, cette dernière force n'est qu'accessoire et pourrait être supprimée. Si elle est maintenue dans certaines circonstances, c'est uniquement pour dispenser le remorqueur d'en développer une plus considérable. Le contrat de remorquage est donc principalement un contrat de transport (2); nous avons déjà indiqué ce point (Voy. t. VIII, n° 425). Cependant, la jurisprudence des Cours d'appel se prononce généralement en sens contraire et décide que le contrat de remorquage ne constitue pas un contrat de transport (3). Pourquoi? Parce que, dit-on, l'entrepreneur de remorquage ne « transporte » pas l'objet simplement remorqué; il ne vérifie rien, il n'examine pas si le bateau qu'il va remorquer est dans de bonnes conditions de navigabilité; il se borne à constater qu'il a un

(1) Trib. Seine, 2 nov. 1892, S. 93, 2, 107.
(2) Pau, 12 mars 1878, D. 80, 1, 401.
(3) Paris, 26 nov. 1892, D. 93, 2, 142; Poitiers, 24 déc. 1888, S. 89, 2, 161; Paris, 16 avr. 1886, D. 87, 2, 54.

équipage suffisant pour effectuer les manœuvres qu'il pourra avoir à lui commander (1); il ne serait donc responsable que de sa faute prouvée par celui qui l'allègue. Ce sont là des raisons *à côté* et qui même sont contestables. Nous croyons, en effet, que le remorqueur, en vérifiant si le bateau possède un équipage suffisant, doit s'assurer en réalité qu'il est susceptible d'être remorqué. Mais la raison décisive se trouve dans cette circonstance que le remorqueur fournit la force motrice et directrice et se substitue ainsi au transporteur remorqué. Les questions de responsabilité que soulève le contrat de remorquage doivent donc être résolues par le droit commun des contrats (2).

403. Quel est donc ce droit commun?

C'est celui qui résulte de l'art. 1147 combiné avec les art. 1302 et 1315 § 2; c'est-à-dire que le débiteur obligé, en vertu d'un contrat, est passible de dommages-intérêts dans tous les cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse ou incomplète de son obligation, à moins qu'il ne justifie que cette inexécution est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure. On peut dire qu'en pareille occurrence la faute du débiteur est présumée, sauf la preuve contraire (Voy. t. VII, n° 143), ou plutôt qu'elle est réalisée par le fait même de l'inexécution de l'obligation (Voy. t. VIII, n° 424).

404. Si tel est le droit commun, et sur ce point on est d'accord (3), il semblait inutile d'édicter un texte spécial pour en faire l'application aux voituriers, en déclarant que :

ART. 1784. Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure (*).

(*) Art. 1784. — L. 3 § 1, D. 4, 9, *Nautæ caupones*, etc.; L. 13 § 2, L. 25 § 7, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 737.

(2) Cass. 25 fév. et 20 mai 1874, D. 76, 1, 33.

(3) LAURENT, t. XXV, n° 523; GUILLOUARD, t. II, n° 743; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 725.

déclaration consignée dans un arrêt aux termes de laquelle l'imprudence alléguée de la victime du vol n'était pas de nature à décharger la compagnie de toute responsabilité, n'impliquait nullement l'obligation, pour la Cour, de partager entre eux la responsabilité (1).

406. Le voiturier sera encore responsable si les objets ont été détériorés ou détruits par une inondation qu'il était possible de prévoir et d'éviter (2) ou par un incendie qui n'est pas le résultat d'un cas fortuit (3). Mais une clause formelle pourrait étendre la responsabilité du voiturier au cas d'un incendie résultant d'un cas fortuit et à tous les cas de force majeure (4).

Il ne sera pas responsable si la chose a péri par l'effet d'un vice qui lui était propre (5) ou parce qu'elle était mal emballée, pourvu que les défectuosités de l'emballage ne soient pas apparentes (6). Les compagnies, d'ailleurs, ne sont pas tenues, en cours de route, de faire procéder aux réparations rendues nécessaires par un emballage défectueux; elles ne sont obligées qu'aux soins généraux ordinaires compatibles avec les nécessités du service réglementaire. Il ne faut pas confondre avec les accidents provenant des défectuosités de l'emballage ceux qui proviennent si souvent de la manutention trop brusque des bagages ou marchandises (7).

La brusquerie ou plutôt la brutalité de la manutention constitue déjà une faute. On prétend quelquefois l'excuser par la nécessité d'éviter les retards à craindre par suite de la grande quantité de marchandises à expédier et de l'en-

(1) *Ibid.*
(2) Cass. 6 janv. 1869, S. 69, 1, 166.
(3) Cass. 7 juin 1874, S. 74, 1, 44.
(4) Cass. 28 janv. 1890, D. 91, 1, 246.
(5) Cass. 9 déc. 1891, S. 92, 1, 158.
(6) Comp. Trib. Paix Paris (VIII[e] arr.), 27 juill. 1893, S. 93, 2, 261.
(7) GUILLOUARD, t. II, n° 752.

combrement qui en résulte. Or cet encombrement est une faute nouvelle qui met en relief l'insuffisance du matériel et du personnel du voiturier (1). Cela est surtout vrai pour les compagnies qui ont monopolisé l'industrie des transports. Quelques décisions d'espèce ont assimilé, au point de vue du retard forcé, un encombrement imprévu et exceptionnel à un cas de force majeure (2); mais pour des compagnies privilégiées, il ne devrait pas y avoir de cas imprévus (3).

407. On se demande si, quand il s'agit du transport des choses, les voituriers peuvent, au moyen d'une clause formelle, stipuler valablement qu'ils ne répondront pas de leur faute, ou de la faute de leurs préposés, étant entendu qu'il ne s'agit pas d'un dol futur ni d'une faute lourde assimilable au dol, suivant une tradition qui pourrait d'ailleurs être rejetée (Voy. t. I, n° 196)?

Nous ne voyons pas de raison juridique suffisante pour contester la validité d'une telle clause, car le contrat de transport n'a pas été mis, par le législateur, hors du droit commun (4). « C'est, dit-on, une convention immorale qui dispense le débiteur de remplir ses obligations..., et la clause dont il s'agit est contraire à l'essence du contrat de louage (5). » Mais cela est l'inverse de la réalité; il ne s'agit pas de *dispenser* le débiteur de remplir ses obligations, il s'agit tout simplement de *définir* ces obligations elles-mêmes et de dire jusques à quelles limites elles s'étendent. Quand même la responsabilité du voiturier serait d'ordre public, il ne faut pas oublier qu'il faut chercher sa mesure dans le contrat, car elle dérive d'un droit dont la volonté des parties

(1) Lyon, 7 déc. 1864, S. 65, 2, 305.
(2) Cass. 20 janv. 1875, S. 75, 1, 126.
(3) Voy. GUILLOUARD, t. II, n° 751.
(4) LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de Dr. comm.*, t. I, n° 903.
(5) LAURENT, t. XXV, n° 531; GUILLOUARD, t. II, n° 761; DUVERDY, *Tr. du cont. de transport*, n° 30; SARRUT, *Lég. sur les transports par ch. de fer*, n°s 216 et suiv.

a seule fixé l'étendue, et que, par suite, si le débiteur n'a promis qu'une certaine somme de diligence, le créancier n'a droit qu'à la prestation due. Il n'y a violation du droit d'autrui que dans la mesure où ce droit peut exister (1). Le voiturier ne doit, en principe, que des soins ordinaires (2), mais les parties ont la faculté d'augmenter ou de restreindre cette obligation (3).

Du reste, la théorie que nous repoussons se donne à elle-même un démenti quand la difficulté se présente sous une autre forme. Ce que nous venons de dire ne concerne que le transport des choses. On soutient que le transporteur ne peut pas contractuellement s'exonérer de toute responsabilité. Quand il s'agit des accidents du travail, on affirme qu'il faut appliquer l'art. 1382 et les principes de la faute délictuelle; et à ceux qui veulent, en pareille matière, appliquer les principes des contrats, on oppose que l'ouvrier ne gagnera rien à cette solution, puisque le patron pourra se décharger de toute responsabilité en insérant dans le contrat de louage de services une clause rédigée dans ce sens (Voy. t. VIII, n° 431). Ainsi donc, suivant les besoins de la discussion, la même clause est considérée comme contraire à l'ordre public, ou comme parfaitement valable.

408. La jurisprudence a adopté un terme moyen. Elle considère la clause envisagée comme contraire à l'essence du contrat, et néanmoins elle déclare invariablement qu'une telle clause doit avoir pour effet le déplacement du fardeau de la preuve. Cette clause n'aura pas pour conséquence d'affranchir le voiturier de la responsabilité des fautes commises par lui ou ses agents en cours de route, mais

(1) SAINCTELETTE, *Respons. et garantie*, chap. III, n^{os} 14, 15 et suiv.; LABBÉ, *Ann. de Dr. comm.*, t. I, p. 186 et suiv.; SALEILLES, *Essai*, etc., n^{os} 16, 332.

(2) Cass. 15 juill. 1891, S. 92, 1, 591.

(3) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 16; Cass. 28 janv. 1890, D. 91, 1, 246.

elle aura pour résultat de mettre la preuve des fautes à la charge de ceux qui en poursuivront la réparation (1).

On reconnaît toutefois qu'il faudrait faire une exception en ce qui touche la faute du capitaine. La clause d'un connaissement qui exonère l'armateur de la responsabilité des faits du capitaine et de l'équipage n'aurait pas pour effet de déplacer seulement le fardeau de la preuve, comme en matière ordinaire, mais elle devrait être littéralement appliquée. Cette décision trouverait sa justification dans l'obligation où sont les armateurs de choisir leurs capitaines dans une catégorie de personnes jugées aptes par l'autorité publique à remplir leur fonction et dans l'impossibilité où ils se trouveraient de surveiller leurs agissements (2). Si les clauses d'irresponsabilité sont réellement contraires à la loi, la raison alléguée à l'appui de l'exception qui précède n'a aucune valeur légale. Si, au contraire, les clauses dont il s'agit sont permises, la circonstance que le choix du capitaine ne peut porter que sur une certaine catégorie de personnes a seulement la valeur d'une considération destinée à expliquer pourquoi un armateur a tenu à s'exonérer de toute responsabilité quant aux actes du capitaine. A ce point de vue, il sera permis de décider, comme on l'a fait, qu'il n'y a aucune distinction à établir entre les fautes nautiques du capitaine et celles qu'il pourrait commettre comme agent commercial de l'armateur (3); différemment, une distinction dans ce sens serait nécessaire (4).

Pour la solution de la difficulté qui vient d'être examinée, il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où la clause de non-responsabilité a été imprimée au dos du bulletin ser-

(1) Cass. 11 janv. 1897, *Gaz. du Pal.*, 24-25 janv. 1897; Comp. Cass. 12 fév. 1890, S. 90, 1, 201, etc.

(2) Cass. 12 fév. 1890, S. 90, 1, 201; Nîmes, 13 mars 1893, S. 93, 2, 259.

(3) Arrêt précité de Nîmes du 13 mars 1893.

(4) Arrêt précité de Cass. du 12 fév. 1890.

vant de récépissé à l'expéditeur et le cas où cette clause a été insérée dans ses tarifs (1); dans les deux hypothèses, il y a eu convention sur ce point, comme l'a reconnu la Cour de cassation, ainsi que nous allons le voir, en ce qui concerne les clauses du forfait, limitant non l'étendue de la responsabilité, mais le chiffre des dommages qui peuvent être dus. En l'absence de clauses restrictives, la responsabilité du voiturier demeure entière.

Si le transport a été fait successivement par plusieurs voituriers, le dernier voiturier ne sera tenu que de sa faute personnelle et ne devra pas être rendu responsable des fautes commises par les transporteurs antérieurs, à moins de convention contraire dûment justifiée (2).

409. Le voiturier responsable des colis qui lui sont confiés est tenu d'en payer la valeur *intégrale*. Il n'en est autrement que si, en vertu de tarifs légaux ou conventionnels, l'expéditeur avait dû faire sur la nature et la valeur des colis une déclaration qui limiterait alors les obligations du transporteur; et les juges du fond ont un pouvoir souverain pour décider si, *lors du contrat de transport*, les parties ont entendu déroger au droit commun, en limitant la responsabilité du voiturier en cas de perte.

Telles sont les règles qui ont été nettement formulées par la Cour de cassation (3) et qui ne sont d'ailleurs qu'une application des principes généraux.

Or, il importe de constater que les cahiers des charges et tarifs généraux des compagnies de chemins de fer n'imposent l'obligation de déclarer les finances, valeurs et bijoux que pour les transports à grande vitesse et les expéditions par voie de messageries; les voyageurs ne sont

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 761.

(2) Cass. 21 avr. 1891, S. 91, 1, 348; Comp. arrêt précité de Cass., 31 mai 1886, D. 87, 1, 123.

(3) Cass. 11 juill. 1889, D. 91, 1, 29.

pas tenus de faire cette déclaration pour les bagages qui les accompagnent (1).

Il suit de là qu'une compagnie de chemin de fer peut être rendue responsable de la perte d'objets précieux, renfermés dans les bagages d'un voyageur, alors même qu'aucune déclaration n'aurait été faite au moment du départ (2).

Cette obligation de répondre ainsi de la valeur intégrale, à quelque chiffre qu'elle puisse s'élever, des objets renfermés dans les bagages accompagnant le voyageur, a paru excessive à certains esprits, et on a pensé que cette responsabilité devait être limitée par les prévisions probables des parties :

« Le voiturier, a-t-on dit, en s'engageant à transporter des bagages, a dû compter qu'ils auraient une valeur inégale, *suivant la condition des personnes, et les prévisions qu'il a dû avoir ne seront pas trompées*, en tant qu'il ne lui est réclamé que ce qu'on peut s'attendre à trouver dans des bagages, une certaine quantité de bijoux, d'objets précieux et même d'argent. Dans ces limites, l'obligation d'indemniser le voyageur est conforme aux *prévisions des parties lors du contrat;* il est donc à la fois juste et équitable de l'imposer au voiturier (3). »

Ce raisonnement pourrait être exact dans les cas, aujourd'hui fort rares, où le contrat de transport intervient entre un voyageur et un voiturier ordinaire qui se connaissent. Mais il ne saurait être appliqué lorsque le contrat intervient entre une compagnie de chemin de fer et celui qui, en pareil cas, est toujours *le premier venu*. Dans cette hypothèse, en effet, il ne saurait être question de *prévisions des parties lors du contrat*, prévisions ayant pour base *la condition des personnes*.

(1) Riom, 13 août 1873, D, 80, 2, 120.
(2) *Ibid.*
(3) GUILLOUARD, t. II, n° 760.

La condition des personnes et les personnes elles-mêmes demeurent alors inconnues. Souvent, c'est un domestique, un garçon d'hôtel, quelquefois même un homme d'équipe, qui font la remise des bagages. L'enregistrement des bagages se fait, derrière un guichet, par un agent à peine entrevu et qui ne peut voir personne. Le voyageur est simplement désigné par un numéro, c'est-à-dire que le voiturier n'a pas eu à apprécier, d'après les apparences de la personne, ce que pouvaient contenir les bagages. Si les bagages ont été perdus, la compagnie, qui ne peut les rendre, est en faute et doit en payer la valeur, à quelque chiffre qu'elle puisse s'élever. Mais la preuve de cette valeur doit être faite par le voyageur. Celui-ci pourra recourir à tous les moyens admis par le droit commun. Les juges décideront d'après les preuves produites.

Un arrêt a jugé qu'il appartient aux juges d'apprécier ce qu'il faut entendre par *bagages*, en tenant compte de la situation de fortune du voyageur, de sa profession, du but et des conditions de son voyage (1). Mais une telle question n'a pas à être posée; la loi ne parle nulle part de *bagage*, mais seulement des objets confiés ou remis au voiturier, quelle que soit d'ailleurs la position de fortune du voyageur, sa profession, le but et les conditions de son voyage, et si cette expression avait été employée dans une convention spéciale, elle désignerait les objets devant suivre le voyageur durant le voyage, et tout leur contenu, quel qu'il soit. Le même arrêt a décidé que des objets d'or et d'argent qu'un bijoutier emporte dans sa malle pour les faire réparer doivent être considérés comme de véritables bagages, et que la compagnie est tenue d'en payer la valeur en cas de perte. Mais nous soutenons que cette conclusion doit être adoptée, quand même le voyageur ne serait pas un bijou-

(1) Arrêt précité de Riom, 13 août 1879; Conf. Trib. comm. Seine, 9 oct. 1896, *Gaz. Pal.*, 5 fév. 1897.

tier allant faire réparer sa marchandise. Il ne s'agit pas de savoir si l'objet réclamé et non rendu est un *bagage*, mais s'il a été réellement remis et confié au voiturier. C'est pour vérifier la réalité et la possibilité de la remise alléguée que les juges pourront avoir égard à la condition particulière du voyageur.

La responsabilité des compagnies de transport en cas de perte des objets dont la remise a été prouvée sera donc, comme l'a décidé la Cour de cassation, de la valeur intégrale de ces objets.

410. Les parties peuvent néanmoins se mettre d'accord pour proposer et accepter une clause limitant à une somme d'ores et déjà fixée à forfait, l'indemnité à payer en cas de perte (Voy. t. VII, n° 152). L'acceptation du bulletin de passage sur lequel une telle clause est imprimée équivaut à l'acceptation de la clause elle-même (1). Quelques auteurs, cependant, se refusent à voir dans ce fait une acceptation de la clause (2).

Dans le but de faciliter la preuve du contrat de transport,

ART. 1785. Les entrepreneurs de voitures publiques par terre et par eau, et ceux des roulages publics, doivent tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent.

Mais un entrepreneur de transport ne peut se prévaloir, pour dégager sa responsabilité en cas de perte, du défaut d'enregistrement des objets, l'enregistrement étant une formalité purement unilatérale qui lui incombe et qu'il doit accomplir sans réquisition et même malgré le refus du voyageur (3).

(1) Cass. 25 juill. 1892, S. 92, 1, 360; Cass. 2 avr. 1890, S. 90, 1, 213; DUVERGIER, t. II, n° 325.

(2) AUBRY et RAU, § 378, note 18; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 235 *bis*; GUILLOUARD, t. II, n° 756; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 725; Comp. LAURENT, t. XXV, n° 529.

(3) Trib. comm. Havre, 21 mars 1892, D. 94, 1, 441; ARNTZ, t. IV, n° 1216.

411. Il faut savoir quelle est la condition des colis ou marchandises pendant la durée du transport. La propriété en appartient-elle au destinataire ou à l'expéditeur? Quel est celui des deux qui pourra donner des contre-ordres ou signifier des changements de direction, et à qui appartiendront les actions nées du transport? Les créanciers de l'expéditeur et ceux du destinataire peuvent-ils également pratiquer des saisies-arrêts sur la marchandise transportée?

La question de propriété est celle qui domine toutes les autres. Elle sera tranchée par la nature des conventions intervenues entre l'expéditeur et le destinataire, conventions auxquelles le voiturier reste généralement étranger.

S'il s'agit d'un envoi de marchandises fait à un consignataire, l'expéditeur est propriétaire et demeure propriétaire, même après la remise des colis à destination. S'il s'agit de marchandises expédiées à un acheteur, il faudra tenir compte des circonstances. Si la marchandise n'était juridiquement livrable qu'à l'arrivée, ce qui a lieu, par exemple, quand elle est expédiée contre remboursement, le transfert de propriété a été suspendu jusqu'à la fin du voyage, la marchandise en cours de route est aux risques de l'expéditeur et les créanciers du destinataire ne peuvent la frapper de saisie-arrêt (1). Elle pourra, au contraire, être saisie par les créanciers de l'expéditeur (2).

Mais, le plus souvent, le transfert de propriété s'est effectué au départ; le voiturier a été considéré par les deux parties comme représentant l'acheteur au moment de la prise en charge pour recevoir la marchandise qui voyagera alors aux risques du destinataire (3).

412. Quand le transport a été effectué, le voiturier doit remettre la chose soit au destinataire qui lui a été indiqué,

(1) Cass. 26 avr. 1882, p. 83, 778.
(2) Cass. 19 juill. 1882, p. 83, 410.
(3) Voy. THALLER, *Revue crit.*, 1884, *Exam. doctr.*, p. 391.

soit à l'expéditeur lui-même, suivant les cas, à moins qu'une saisie-arrêt, dont il ne saurait se constituer le juge, n'ait été pratiquée entre ses mains sur les objets transportés (1).

Le réclamant produira à l'appui de sa prétention le bulletin de bagages à lui délivré contre le dépôt de ses colis. La détention de ce bulletin par le voyageur est donc une présomption qu'il n'est pas rentré en possession de ses bagages. Ce n'est pas là une présomption *juris et de jure*. Elle pourra cependant suffire, par appréciation des circonstances, pour permettre au juge d'écarter l'offre de preuve faite par le transporteur tendant à établir que le bulletin a été laissé par erreur entre les mains du voyageur après remise à lui faite de ses bagages (2).

On décide encore, ce qui paraît excessif, que l'action en indemnité appartient au patron d'un commis-voyageur, quand la nature et la forme extérieure des bagages indiquaient que le voyageur voyageait pour le compte d'autrui (3).

L'action en réclamation ouverte contre le voiturier commerçant est soumise par l'art. 108, C. com., à une prescription extinctive de six mois. Cette prescription peut être invoquée à l'encontre de tout expéditeur ou destinataire, qu'il soit ou non commerçant (4).

Quant au voiturier, il a, pour sûreté du prix qui lui est dû, un privilège sur la chose voiturée (art. 2102, § 6). Mais le déménageur, dont l'obligation consiste non seulement à enlever les meubles pour les transporter ailleurs, mais encore à les réinstaller dans le nouveau domicile du client, ne saurait, à ce point de vue, être assimilé à un voiturier ordinaire; il n'a point de privilège (5).

(1) Cass. 17 avr. 1889, S. 89, 1, 276.
(2) Alger, 9 oct. 1891, S. 92, 2, 116, 2, 545.
(3) Cass. 26 oct. 1896, *Gaz. Pal.*, 1896, 2; Trib. comm. Seine, 19 août 1896, *Gaz. Pal.*, 5 fév. 1897.
(4) Cass. 27 mai 1889, D. 90, 1, 184.
(5) Trib. comm. Seine, 9 oct. 1896, *Gaz. Pal.*, 5 fév. 1897.

Enfin :

ART. 1786. Les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics, les maîtres de barques et navires, sont en outre assujettis à des règlements particuliers, qui font la loi entre eux et les autres citoyens (*).

SECTION III.

Des devis et des marchés.

413. — Notion du contrat d'entreprise, art. 1787.
414. — Cas où l'opération constitue une vente, art. 1788; application à la construction d'un édifice, d'un navire, etc.
415. — Responsabilité de l'ouvrier en cas de perte de la chose, art. 1789, 1790.
416. — Réception de l'ouvrage par le maître, art. 1791.
417. — L'entrepreneur peut-il céder son entreprise à un sous-traitant?
418. — Obligation du maître. — Rôle de l'architecte, ses honoraires.
419. — Distinction entre les travaux privés intéressant l'État, etc., et les travaux publics;
420. — Entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics.
421. — Formes et effets de ces marchés.
422. — Responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes, art. 1792.
423. — S'agit-il seulement des travaux à prix faits?
424. — Conditions de cette responsabilité; systèmes divers.
425. — Discussion et conclusion.
426. — Des vices prévus par l'art. 1792; des malfaçons, vices du plan, etc.
427. — Sanction de l'art. 1792. De l'action en responsabilité.
428. — Durée de cette action.
429. — Obligations du propriétaire; des augmentations de prix, art. 1793; cas d'erreurs; travaux supplémentaires.
430. — Droit de résiliation unilatérale appartenant au maître; art. 1794.
431. — Mort de l'ouvrier, etc., art. 1795 et 1796.
432. — L'entrepreneur répond de ses employés, art. 1797.
433. — De l'action directe accordée aux ouvriers de l'entrepreneur contre le maître, art. 1798.
434. — Des ouvriers entrepreneurs particuliers, art. 1799.

413. Il s'agit, dans cette section, du contrat d'entreprise

(*) Art. 1786. — L. 19 § 7, D. 19, 2, *Loc. cond.*

par lequel un ouvrier, entrepreneur ou autre, prend l'engagement de faire pour une personne, qu'on appelle ordinairement le maître, un travail déterminé.

Voici comment les choses se passent :

Le maître fait d'abord connaître son *programme*, contenant l'indication générale des conditions que doit remplir l'ouvrage à faire d'après sa destination finale.

Sur cette base, celui qui doit se charger du travail rédige un *devis*, c'est-à-dire l'état détaillé des ouvrages à faire et des matériaux à employer, avec indication tant de leur prix que de celui de la main-d'œuvre.

Le maître, ainsi renseigné, conclut alors le *marché*, soit moyennant un *prix fait* ou *forfait*, soit moyennant une rétribution ne présentant pas un caractère invariable et résultant des *séries de prix* des matières à employer. Il y aura aussi louage d'ouvrage ou d'industrie quand une administration confie à un entrepreneur, moyennant une subvention, l'exploitation d'un service public, par exemple, d'un théâtre (1) (comp. *infrà*, n° 465).

Dans toute hypothèse,

ART. 1787. 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.

Dans ce dernier cas, l'opération constitue une vente, la vente d'une chose une fois faite (2), par conséquent d'une chose future. La propriété de l'ouvrage sera transmise quand cet ouvrage aura été achevé et livré au lieu convenu, bien qu'il n'ait pas été accepté par le maître, pourvu, d'ailleurs, que l'ouvrage soit conforme aux conditions convenues et qu'il y ait eu accord des parties sur la chose et le prix (3).

Cette solution résulte clairement de la discussion à laquelle

(1) Bordeaux, 8 fév. 1894, S. 94, 2, 25.
(2) Cass. 22 juill. 1874, D. 76, 1, 303.
(3) Gand, 16 janv. 1886, D. 87, 2, 157.

donna lieu l'art. 1787 et d'une disposition formelle contenue dans le projet primitif qui n'a été supprimée que comme inutile (1). Il n'y a donc pas à s'arrêter à l'opinion qui voit dans l'opération envisagée un louage ou une vente, suivant le degré d'avancement du travail (2) ou, dans tous les cas, un contrat de louage (3). L'art. 1711 déclare, d'ailleurs, en employant comme synonymes les expressions dont nous avons ci-dessus déterminé le sens spécial, que : « Les devis, marchés ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage est fait. »

414. Dans tous les cas où, d'après ce qui vient d'être dit, l'opération doit être considérée comme étant une vente, il faudra donc, en ce qui touche les risques, appliquer les principes de la vente.

Par conséquent :

ART. 1788. Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose (*).

Quoique ce texte mentionne seulement l'ouvrier, il est général et s'applique à toute personne qui se charge de faire un travail pour le compte d'autrui, cette personne fût-elle commerçante. Il s'applique aussi bien à l'entrepreneur de la construction d'un édifice qu'à l'entrepreneur de la confection d'une chose mobilière.

Dans le cas de la construction d'un édifice, il ne saurait y avoir de difficulté si l'entrepreneur fournit les matériaux et

(*) Art. 1788. — L. 20, 65, D. 18, 1, *De contrah empt.*; L. 2, § 1, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) FENET, t. XIV, p. 233, 289, 340; COLMET DE SANTERRE, t. VII, nos 241, 241 *bis*, I, II et III; LAURENT, t. XXVI, n° 5; GUILLOUARD, t. II, n° 772; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 730.

(2) *Sic*, AUBRY et RAU, § 374, texte et note 2.

(3) *Sic*, DURANTON, t. VII, n° 250; DUVERGIER, t. II, n° 335.

construit sur son propre sol. Il supportera seul la perte qui surviendra avant la délivrance acceptée par le maître.

On soutient que l'art. 1788 ne s'applique pas à l'entrepreneur qui construit un édifice avec ses matériaux pour compte du propriétaire du sol. Dans cette opinion, si le bâtiment vient à périr par cas fortuit avant sa réception, la perte, dit-on, est pour le propriétaire du sol, car les matériaux et la main-d'œuvre s'incorporent au sol au fur et à mesure que les travaux s'exécutent et deviennent la propriété du maître (1). Mais cela n'est pas exact. Il ne s'agit pas d'appliquer ici l'art. 555. L'entrepreneur construit en vertu d'un contrat et doit élever la construction dans les conditions prévues par le contrat. Il conserve, par conséquent, jusqu'à la livraison, la libre disposition des matériaux employés. S'il s'aperçoit que ces matériaux sont d'une qualité défectueuse, il doit pouvoir les enlever pour les remplacer par d'autres. Il s'est, d'ailleurs, obligé à livrer un *opus perfectum* et non un *opus inceptum*. Il doit donc supporter la perte qui se produira au cours de la construction (2).

Par application des mêmes principes, celui qui s'est chargé, à forfait, de la construction d'un navire avec ses matériaux, resterait propriétaire du navire tant qu'il ne serait pas achevé; il pourrait donc l'hypothéquer pour son compte en vertu de la loi du 10 décembre 1874 (art. 5), et, s'il venait à tomber en faillite, l'armateur, quoique ayant payé des acomptes en vertu du contrat, n'aurait aucun droit de revendication sur le navire inachevé, lequel resterait le gage des fournisseurs ayant traité avec l'entrepreneur (art. 191 8°, C. com.) (3). Si, au cours de la construction, l'armateur

(1) Cass. 13 août 1860, D. 61, 1, 105; Trib. Bruxelles, 31 oct. 1882, *Pas.*, 83, 3, 28.

(2) Cass. 11 mars 1839, S. 39, 1, 180; LAURENT, t. XXVI, n° 7; GUILLOUARD, t. II, n° 784.

(3) Cass. 17 mai 1876, D. 78, t. I, 97; Rennes, 4 mars 1880, 81, 2, 210; Comp. LAURENT, t. XXVI, n° 8; ARNTZ, t. IV, n° 1230.

achetait successivement les diverses pièces de charpente devant être employées, on sortirait manifestement de l'hypothèse. Les écriteaux placés sur ces pièces et sur la carcasse du navire, indiquant le nom de l'armateur pour qui la construction est effectuée, n'ont qu'un but de réclame dans l'intérêt de l'armateur lui-même et du constructeur et ne sauraient établir à l'égard des tiers que le navire a été accepté par parties et est devenu la propriété de l'armateur au fur et à mesure de sa construction (1).

415. L'ouvrier qui fournit la matière devient un véritable entrepreneur. A l'inverse, un entrepreneur peut quelquefois agir comme un ouvrier. Ainsi il a été jugé que le constructeur d'un canal peut être considéré comme un ouvrier dont la responsabilité est réglée par les art. 1788 et suiv., s'il n'a eu aucune initiative, s'il a exécuté un plan qui n'était pas son œuvre, à l'aide de matériaux qui lui étaient imposés, et si son contrat l'obligeait à suivre les instructions d'un tiers et à obéir à ses ordres (2).

Quelle est donc, au point de vue des risques, la condition de l'ouvrier ou de celui qui agit comme tel?

ART. 1789. Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute (*).

Il est donc libéré de son obligation de restituer la chose s'il prouve, non pas seulement que la chose a péri, mais que sa destruction est la conséquence directe d'un cas fortuit. Or cette double preuve n'est pas faite par cela seul qu'il est établi qu'un incendie a détruit l'atelier de l'ouvrier où se trouvait la chose, car l'incendie ne constitue pas, par lui-même, un cas fortuit (3).

(*) Art. 1789. — L. 13, § 3; 36, 37, 58, 62, D, 19, 2, *Loc. cond.*

(1) *Contrà*, LEVILLAIN, *Rev. gén. de Dr.*, t. I, p. 586; BOISTEL, note sur l'arrêt précité du 17 mai 1876; GUILLOUARD, *loc. cit.*

(2) Bruxelles, 11 oct. 1874, *Pas.*, 75, 2, 78.

(3) Cass. Belgique, 18 fév. 1892, D. 93, 2, 131.

L'ouvrier libéré comme il vient d'être dit demeure-t-il cependant créancier du salaire qui ne lui avait pas encore été payé au moment où la chose a péri?

Non :

ART. 1790. Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière (*).

Cela revient à dire que l'ouvrier n'ayant droit à son salaire qu'autant que l'ouvrage est bien fait, doit être traité comme si l'ouvrage était mal fait quand la vérification de l'ouvrage devient impossible parce que la chose a péri (1).

Cette innovation du Code est difficile à justifier. Dans l'ancien droit, Pothier, appliquant la solution plus équitable du droit romain (2), disait :

« Le contrat de louage d'ouvrage étant un contrat commutatif de la classe des contrats *do ut facias*, dans lequel le conducteur donne au locateur son travail pour la somme d'argent convenue pour le prix, il est juste que, quoiqu'il ait été empêché par une force majeure de parachever son travail, il reçoive néanmoins une partie du prix, à proportion de la partie de ce travail qu'il a faite pour le compte du locateur (3). »

Cette façon de parler est peut-être incorrecte en ce que, pour caractériser un contrat consensuel, elle emprunte une formule appartenant à la vieille théorie des pactes, mais cependant l'idée qu'elle exprime paraît juste. Le travail de l'ouvrier se transforme, au fur et à mesure qu'il avance, en une valeur progressive pour le maître, et pour l'ouvrier en une créance de plus en plus forte. La perte de la chose

(*) Art. 1790. — L. 36, 37, 59, 62, D. 19, 2, *Loc. cond.*

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, 731; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 243 *bis*, 11.

(2) L. 50, D. 19, 2, *Locat. cond.*

(3) *Du louage*, n° 434; Conf. GUILLOUARD, t. II, n° 788.

n'empêche pas la créance de l'ouvrier d'avoir été engendrée par son travail effectué et d'être entré dans son patrimoine actif, de même que la dette correspondante est entrée dans le passif du maître. Or, on ne voit pas comment la perte de la chose pourrait avoir pour effet de dégrever ce passif. Il est vrai que la liquidation de la créance de l'ouvrier sera rendue plus difficile par suite de cette circonstance que la vérification matérielle de la chose travaillée ne pourra plus avoir lieu, mais cette liquidation ne sera pas cependant impossible.

On reconnaît, en effet, que lorsque le maître a été mis en demeure de vérifier la chose, il sera néanmoins admis à prouver que l'ouvrage n'était pas exécuté dans de bonnes conditions (1). Or il n'aurait pas été plus difficile pour l'ouvrier de prouver, dans le cas envisagé, que le travail avait été effectué dans de bonnes conditions.

416. Il n'y a plus de difficulté quand la marchandise a été reçue et agréée par le maître, soit que l'ouvrier ait fourni ou n'ait pas fourni la matière. L'ouvrier a donc intérêt à ce que la vérification soit faite le plus promptement possible (2) :

ART. 1791. S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.

L'ouvrier a donc le droit de faire recevoir par le maître les parties déjà terminées de l'ouvrage à plusieurs pièces ou fait à la mesure (3).

La responsabilité de l'entrepreneur ou de l'ouvrier cesse donc, d'une manière générale, par la réception de l'ouvrage, même en ce qui concerne les vices non apparents, du moins quand il s'agit de meubles, et sauf le cas de dol. La loi aurait

(1) LAURENT, t. XXVI, nos 11, 12, 14.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 731; GUILLOUARD, t. II, n° 795.
(3) DELVINCOURT, t. III, p. 215; DUVERGIER, t. II, n° 346; GUILLOUARD, *loc. cit.*

bien fait, sans doute, de décider qu'en pareil cas l'action en garantie peut être introduite dans *un bref délai*, comme pour les vices rédhibitoires; mais elle ne l'a pas fait. Il serait donc arbitraire de prétendre appliquer par analogie l'art. 1648 (1), et on ne peut pas davantage appliquer l'art. 1792, qui consacre une exception pour les immeubles seulement.

417. Qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, l'entrepreneur ou l'ouvrier doivent se conformer, dans leur travail, aux règles de l'art, et en opérer la remise au terme fixé, sous peine de dommages.

Ils doivent remplir eux-mêmes les engagements qu'ils ont contractés, c'est-à-dire qu'ils sont personnellement tenus de procurer la construction ou l'ouvrage promis. C'est le côté passif du contrat.

Le même contrat leur assure, d'autre part, certains avantages, notamment le paiement du prix convenu.

Les entrepreneurs peuvent incontestablement céder à des tiers les droits actifs résultant, à leur profit, de la convention; mais ils ne peuvent céder leurs obligations. C'est un point sur lequel nous nous sommes déjà expliqués (*Suprà*, nos 206 à 208).

Il arrive cependant assez souvent que l'élément actif soit confondu avec l'élément passif. Il semble qu'une confusion de cette nature a présidé à la rédaction du cahier des charges servant de base aux adjudications administratives : ainsi l'art. 9 du cahier des clauses et conditions générales en matière d'adjudications de travaux, fournitures et transports, est ainsi conçu : « L'entrepreneur ne peut céder son marché en tout ou en partie à des sous-traitants sans le consentement de l'administration. » Pourquoi? Parce que, répondent les auteurs, il s'agit d'un contrat passé en consi-

(1) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 374.

dération de la personne, *intuitu personæ* (1). La véritable raison, nous ne saurions trop insister sur ce point, c'est que l'entrepreneur est tenu d'une certaine dette dont il ne peut s'affranchir (2) et qu'on ne peut jamais céder sa dette, qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu considération de la personne dans la formation du contrat (Voy. t. VIII, nos 11 et 12, et notre *Traité de la cession*, t. I, nos 188 à 190).

418. Le maître doit payer à l'entrepreneur le prix convenu aux époques fixées par le contrat. L'action qui appartient à l'entrepreneur dure trente ans (art. 2262) (3), sauf le cas où, s'agissant de travaux peu importants, faits sans devis ni marchés préalables, on peut assimiler l'entrepreneur à un ouvrier, et lui appliquer la prescription de six mois (art. 2271) (4).

Quand il s'agit de la construction d'un édifice, le propriétaire a le droit, à moins de convention contraire, de se refuser à tout paiement avant la réception et le règlement des travaux.

Si la construction est dirigée par un architecte c'est celui-ci qui devra procéder au règlement des travaux. Ce règlement, en l'absence d'une convention formelle, ne lie pas les parties; c'est un simple arbitrage qui n'est pas en dernier ressort (5). Le paiement d'un mémoire non réglé par l'architecte pourrait donner lieu à la répétition de l'indu (6).

Les plans faits par l'entrepreneur lui-même ne donnent lieu à aucun honoraire en sus du prix des travaux, car ils

(1) POTHIER, *Du louage*, nos 420-421; GAUTIER, *Mat. admin.*, p. 387 et 391; GUILLOUARD, t. II, no 818; *Pandectes franç.*, vo *Adjud. administr.*, no 1380; Comp. Cass. 5 déc. 1882, D. 83, 1, 195.

(2) Trib. civ. Die, 23 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 491.

(3) Cass. 12 avr. 1853, D. 53, 1, 141.

(4) GUILLOUARD, t. II, no 819.

(5) FRÉMY-LIGNEVILLE et PERRIQUET, *Traité de la législ. des bâtiments*, t. I, no 21.

(6) Trib. Versailles, 23 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 9 mai 1896.

ont été faits soit pour obtenir l'entreprise, soit pour en faciliter l'exécution.

En ce qui concerne les honoraires de l'architecte, il n'existe aucune loi, aucun règlement obligatoire qui en fixe le montant pour les constructions intéressant les particuliers (1). Ils doivent donc être évalués eu égard aux travaux exécutés (2).

Pour cette évaluation on prend généralement pour base un avis du Conseil des bâtiments civils, en date du 12 pluviôse an VIII qui, fait pour les travaux publics, déterminait de la manière suivante les honoraires dus à l'architecte :

Un et demi pour cent pour la confection des plans;

Un et demi pour cent pour la conduite des ouvrages;

Deux pour cent pour le règlement des mémoires.

Cette rémunération de 5 0/0 doit être calculée non sur le montant du devis, mais sur le montant des travaux réellement effectués à forfait par les entrepreneurs (3). Il n'y a pas lieu de déduire de ces honoraires la remise proportionnelle consentie à l'architecte par les entrepreneurs sur le montant de leurs fournitures, pour le rémunérer de ses plans détaillés, si le propriétaire a connu et approuvé cette remise en signant la cahier des charges où elle était stipulée (4). Mais il faudra y ajouter la prime quelquefois stipulée en sus des honoraires pour le cas où les travaux seront terminés dans un certain délai (5). En cas de difficultés, les honoraires de l'architecte pourront être appréciés par des experts, pourvu que ceux-ci aient réellement pris connaissance des travaux (6).

(1) Cass. 30 avr. 1895, D. 95, 1, 416; Cass. 18 avr. 1888, S. 88, 1, 169; Lyon, 31 mars 1881, D. 82, 2, 144.

(2) Cass. 27 mars 1876, D. 77, 1, 16.

(3) Paris, 6 déc. 1883, D. 85, 2, 207.

(4) *Ibid.*

(5) Aix, 19 mai 1872, D. 74, 1, 420.

(6) Cass. 19 mai 1890, D. 91, 1, 231.

L'action de l'architecte, qui dure trente ans, est de la compétence des tribunaux civils, comme celle de l'entrepreneur. On admet cependant que cette action pourrait être portée devant la juridiction consulaire si la construction avait été élevée par un commerçant et dans l'intérêt de son commerce (1).

Dans tous les cas, l'architecte doit établir qu'il a réellement dressé les plans en vertu d'une convention formelle. Il ne lui suffirait pas de produire des plans qu'il aurait pu confectionner sans en être chargé, et uniquement en vue d'obtenir la direction d'une construction projetée.

Les plans appartiennent au propriétaire qui les a commandés et doit en payer le prix. L'architecte pourra les retenir jusqu'au paiement effectif (2), sans avoir droit à un honoraire spécial pour en opérer la remise (3).

Quand les plans demandés à l'architecte n'ont pas reçu d'exécution, on discute sur le point de savoir si les honoraires qui lui sont dus doivent être d'une somme fixe ou d'une somme proportionnelle à l'importance des travaux projetés. Les uns tiennent pour une somme fixe (4). D'autres trouvent plus équitable d'allouer des honoraires proportionnels (5). Mais comme la même somme peut être allouée soit à titre d'honoraire fixe, soit à titre d'honoraire proportionnel, la difficulté n'existe pas.

419. Quand le marché intéresse l'Etat, le département ou la commune, il faut d'abord en déterminer le caractère. Si les travaux à effectuer ne touchent qu'aux intérêts de l'Etat ou de la commune considérés comme propriétaires, s'il s'agit, par exemple, de travaux de réparation à des immeu-

(1) Cass. 28 janv. 1878, D. 78, 1, 461.
(2) Paris, 14 déc. 1869, D. 71, 2, 83.
(3) Bordeaux, 29 nov. 1848, D. 49, 2, 177; FRÉMY-LIGNEVILLE et PERRIQUET, t. I, n° 211.
(4) FRÉMY-LIGNEVILLE et PERRIQUET, t. I, n° 211.
(5) GUILLOUARD, t. II, n° 826.

bles qui lui appartiennent et qui sont loués ou affermés, ce sont des travaux privés soumis à toutes les règles du droit commun concernant le contrat de louage d'ouvrage. S'il s'agit au contraire de travaux dont l'utilité intéresse l'universalité des habitants de la commune, du département, de l'Etat, comme la construction ou l'entretien de chemins ou d'édifices publics, ce sont des travaux publics, et les règles du contrat ordinaire de louage recevront quelques modifications.

Pour distinguer les travaux publics des travaux privés, il faut s'attacher au but final de ces travaux et non à la condition du terrain sur lequel ils s'exécutent. Ainsi des travaux peuvent avoir lieu sur un terrain du domaine privé en vue d'un intérêt public. Mais la réciproque ne peut se comprendre que si, préalablement, il y a désaffectation du terrain public.

La distinction ci-dessus s'applique également aux travaux faits pour un hospice, un bureau de bienfaisance, une fabrique. Ce sont des travaux publics pourvu qu'il ne s'agisse pas uniquement des biens patrimoniaux appartenant à ces personnes morales.

Les travaux intéressant les établissements d'utilité publique ne sont pas, en général, considérés comme travaux publics, excepté lorsqu'il s'agit des *associations syndicales* constituées pour effectuer certains travaux intéressant des collectivités de propriétaires (1) (Voy. t. I, n° 214).

420. Il ne faut pas confondre les marchés de travaux publics avec les marchés de fournitures.

Les marchés de travaux publics sont tous soumis à la même règle de compétence. La connaissance des difficultés dont ils peuvent être l'occasion, est attribuée aux conseils de préfecture par l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII,

(1) GAUTIER, *loc. cit.*, p. 388.

qu'ils aient été passés pour le compte de l'Etat, d'un département, d'une commune ou d'un établissement public.

Les marchés de fournitures se divisent en deux grandes catégories : les marchés passés pour le compte de l'Etat, dont la connaissance est attribuée à l'autorité administrative, et ceux qui sont passés pour le compte des départements, communes ou établissements publics qui restent dans le contentieux judiciaire.

Il y a marché de travaux publics, quand celui qui traite avec l'administration promet uniquement son travail. Il y a marché de fournitures s'il promet seulement des matériaux sans rien faire pour leur mise en œuvre.;

Quand il promet en même temps son travail et tout ou partie des matériaux, on est d'accord pour décider qu'il n'y a pas lieu de scinder le contrat pour résoudre les questions de compétence, mais qu'il doit conserver le caractère qui appartient à ses éléments principaux (1).

Ainsi la jurisprudence a affirmé la compétence des conseils de préfecture à l'égard de marchés ayant eu pour objet à la fois, la fourniture et la pose de cloches (2), de calorifères (3), etc.;

Comme aussi à l'égard des marchés de distribution et de fourniture de gaz et d'eau dans les villes, de nettoyage et de nettoiement des voies publiques, etc. (4).

421. Les marchés de fournitures et de travaux publics sont passés, en principe, par voie d'adjudication publique et au rabais après observation des formalités de publicité (V. Décr. 18 nov. 1882).

Les départements de la guerre et de la marine, l'adminis-

(1) Voy. BRÉMOND, *Rev. crit.*, 1893, *Exam. doctr.*, p. 335.
(2) Cons. d'État, 9 janv. et 26 déc. 1867, D. 68, 3, 90.
(3) Cons. d'État, 11 août 1859, D. 60. 3, 67.
(4) Cass. 8 août 1883, D. 84, 1, 81 ; Trib. Confl., 22 mars 1890, D. 91, 3, 34.

tration des contributions indirectes, ont fréquemment à passer des marchés de fournitures pour les objets de consommation qui leur sont nécessaires. Ces traités sont en réalité des ventes faites au poids, au compte ou à la mesure, et doivent donner lieu à l'application de l'art. 1585, quant aux risques, et de l'art. 1608 quant aux frais de transport.

En cas d'inexécution de ses engagements, le fournisseur est exposé à subir l'application des art. 430 et suiv., C. P., dans le cas où, sans y avoir été contraint par une force majeure, il aurait fait manquer le service public dont il était chargé. En cas de simple retard, l'administration est autorisée à traiter avec un autre aux risques et périls de l'adjudicataire primitif (art. 1144); enfin le ministre est investi du droit de résiliation accordé au maître par l'article 1794 (1).

Ces deux dernières dispositions sont également applicables en matière de travaux publics.

Nous avons vu ci-dessus que l'entrepreneur ne pouvait se décharger sur un sous-traitant, au moyen d'une cession, de la responsabilité qui lui est personnelle. On avait de là conclu, fort à tort, que l'obligation de l'entrepreneur avait pour caractère d'être *attachée à la personne*. Cette conclusion erronée avait fait hésiter sur le point de savoir si les créanciers de l'entrepreneur pourraient, en se fondant sur l'art. 1166, réclamer le prix qui est dû à ce dernier, et débattre personnellement le décompte de son marché; l'affirmative ne peut faire aucun doute (2).

L'entrepreneur de travaux publics est encore tenu de la garantie des ouvrages exécutés. Des délais spéciaux de garantie sont établis par l'art. 47 de l'arrêté de 1866, relatif aux conditions générales des adjudications. Ces délais sont de six mois pour les travaux d'entretien, les terrassements

(1) GAUTIER, *loc. cit.*, n° 49.
(2) GAUTIER, *loc. cit.*, p. 393.

et les chaussées d'empierrement; ils sont d'un an pour les ouvrages d'art.

Mais il est reconnu que ces délais ne sont applicables qu'aux vices apparents et peu graves. Pour les malfaçons qui ne sont pas apparentes, la garantie décennale subsiste telle qu'elle est réglée par le Code civil (1).

422. En effet, les conséquences dommageables que peut avoir pour la fortune des particuliers et même pour la sécurité publique la chute d'un édifice mal construit a fait admettre pour les entrepreneurs et architectes une responsabilité plus étendue que celle des ouvriers ordinaires.

ART. 1792. Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans (*).

Il est manifeste que cette disposition s'applique d'abord aux entrepreneurs et en outre aux architectes qu'ils soient en même temps entrepreneurs, ou qu'ils ne le soient pas. Quand l'architecte est en même temps entrepreneur, les faits qui ont pour résultat de le décharger de toute responsabilité comme entrepreneur, laissent subsister entière sa responsabilité comme architecte (2).

L'architecte autrefois ne se distinguait pas de l'entrepreneur, s'il exécutait lui-même les plans qu'il avait préparés. Aujourd'hui l'architecte se contente souvent de préparer les plans de la construction et d'en surveiller l'exécution. Il revendique la qualité d'artiste. On a soutenu en conséquence que l'art. 1792 ne le concernait pas, et que le contrat intervenu entre lui et le propriétaire était un mandat salarié (3)!

(*) Art. 1792. — L. VIII, C. 8, 12, *De operibus publ.*

(1) Voy. GAUTIER et JOUVE, *Traité pratique du marché de travaux publics*, 1882.

(2) Cass. 1er juill. 1888, D. 88, 1, 15.

(3) Voy. BOMPAIX, *Code théor. et prat. des architectes*, Paris, 1888; Comp. PENANRUN, *Les architectes et leurs rapports*, etc., Paris, 1892.

C'est la même question que celle plus haut examinée, de savoir si le travail des professions libérales peut être l'objet d'un contrat de louage (*Suprà*, n° 379); nous n'y reviendrons pas, alors surtout que des textes formels rendent toute discussion superflue.

423. Si l'on tient compte uniquement de la lettre de la loi, notre art. 1792 s'appliquerait seulement à l'hypothèse où l'architecte et l'entrepreneur ont traité à prix fait. Mais quelle raison pourrait-il y avoir de distinguer suivant que le contrat de louage a été ou non conclu à prix fait? Cependant la Cour de cassation décide que l'art. 1792 et l'art. 2270 qui en forme le complément, s'appliquent seulement aux *travaux à prix fait*, et que s'il s'agit de travaux sans prix fait, les parties sont soumises à l'art. 1382 considéré comme formant le droit commun (1). Mais comment est-il possible d'appliquer l'article 1382 aux fautes contractuelles (2), même en alléguant le droit commun?... D'après le droit commun en effet la responsabilité de l'entrepreneur et de l'architecte devrait cesser dès la réception de l'ouvrage. C'est pour déroger à cette règle que l'art. 1792 a été édicté.

Il faut d'ailleurs remarquer que l'art. 1792 se trouve complété par l'art. 2270 aux termes duquel : « *Après dix ans l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés.* » Il n'est plus ici question seulement d'entreprises à *prix fait*, mais de *gros ouvrages*, c'est-à-dire de constructions quelconques exécutées à prix fait ou autrement (3). Il n'est même pas nécessaire qu'il s'agisse d'un *édifice* comme le dit l'art. 1792. La responsabilité dont il s'agit sera encourue à l'occasion de tous les *gros ouvrages* quand même ils ne constitueraient

(1) Cass. 24 mars 1894, S. 94, 1, 448; Cass. 29 mars 1893, S. 94, 1, 483.

(2) LAURENT, t. XXVI, n°s 25 et suiv.; GUILLOUARD, t. II, n° 879.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n°s 734 et 735.

pas un édifice proprement dit, par exemple, une digue, une chaussée, un pont, etc. On a même jugé que cette responsabilité devait comprendre la destruction du pavé d'une église, si cette destruction provient non de la mauvaise qualité du carrelage employé, mais de la nature des matériaux mis en œuvre pour niveler le sol et supporter le pavé (1).

De la combinaison des art. 1792 et 2270, il résulte donc avec certitude, malgré la jurisprudence contraire de la Cour de cassation, que la responsabilité spéciale des entrepreneurs et architectes est engagée à raison de toute espèce de travaux par eux dirigés ou exécutés à prix fait ou autrement (2).

424. Voyons maintenant à quelles conditions cette responsabilité est effectivement encourue.

Il y a sur ce point de graves difficultés :

Une première opinion, celle de MM. Aubry et Rau, distingue entre la responsabilité édictée par l'art. 1792 et la responsabilité prévue par l'art. 2270.

D'après cette opinion l'art. 1792 exigerait la réunion de trois conditions pour que la responsabilité dont il parle fût encourue :

Il faudrait :

1° Qu'il s'agisse d'un *édifice;*

2° Que l'édifice construit ait péri *totalement* ou *partiellement;*

3° Que l'architecte ait, non seulement *dirigé* les travaux, mais qu'il les ait lui-même entrepris, qu'il ait *construit.*

Si, dans les dix ans, l'édifice ainsi construit vient à périr, les architectes et entrepreneurs seraient de plein droit responsables en vertu d'une *présomption légale de faute* créée contre eux. Ils ne pourraient se soustraire à l'application d'une telle présomption qu'en faisant la preuve que la perte

(1) Trib. Liège, 26 mars 1876, *B. J.*, 76, 649.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 45; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 245 *bis* III.

de l'édifice n'est pas imputable à une faute de leur part (1).

Dans une seconde opinion, il n'y aurait pas lieu de distinguer entre l'art. 1792 et l'art. 2270, celui-ci n'étant que le complément du premier; et il y aurait présomption de faute contre l'architecte et l'entrepreneur dans toutes les hypothèses prévues par ces deux articles (2).

Enfin, d'après une troisième opinion, l'art. 2270 serait bien le complément de l'art. 1792, mais ni l'une ni l'autre de ces dispositions, ni d'ailleurs aucun texte, n'établirait contre l'architecte et l'entrepreneur une présomption de faute, d'où la conséquence que le propriétaire introduisant contre ceux-ci une action en responsabilité devrait faire la preuve du vice de construction ou du vice du sol qui aurait amené la perte ou la détérioration de la construction (3).

Nous avons vu que la jurisprudence n'admet cette solution que pour le cas où il s'agit de construction pour lesquelles il n'a pas été traité à forfait.

425. Dans toute cette discussion *la tonique*, s'il est permis de s'exprimer ainsi, porte sur le point de savoir si, pour les cas envisagés, il y a lieu d'admettre ou de rejeter une présomption de faute à l'égard de l'entrepreneur et de l'architecte.

Or, puisqu'il n'existe aucun texte affirmant directement ou indirectement l'existence d'une telle présomption, il faut écarter complètement l'idée même de cette présomption qui ne doit exercer aucune influence soit dans un sens, soit dans un autre sur la solution à intervenir.

Il s'agit plus simplement de savoir en quoi consiste au juste l'obligation contractée par le constructeur, quel est *le contenu* de cette obligation.

(1) AUBRY et RAU, § 374.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1792 I; FRÉMY-LIGNEVILLE et PERRIQUET, *loc. cit.*, t. I, nos 159 et 160; Comp. DUVERGIER, t. II, no 356.

(3) LAURENT, t. XXVI, nos 23-31, 47 à 50; GUILLOUARD, t. II, no 839; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, no 738.

L'entrepreneur et l'architecte sont obligés de procurer au maître un édifice ou autres gros ouvrages dans certaines conditions de solidité. Or, disait Béranger dans la discussion au Conseil d'Etat : « Un édifice peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un certain laps de temps. L'architecte doit donc répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction est solide. » Tronchet s'est exprimé dans le même sens.

Par conséquent il est absolument inexact d'affirmer qu'après la réception des travaux les entrepreneurs et architectes ne doivent rien; que l'architecte a rempli toutes ses obligations, que le propriétaire *est livré* (*sic*) de sa chose (1), que la réception des travaux est un acte synallagmatique, mettant fin aux obligations de l'entrepreneur, de même que le paiement du travail par le propriétaire met fin aux obligations de celui-ci (2). La Cour de cassation a jugé le contraire en reproduisant les motifs donnés par Béranger au Conseil d'Etat (3).

Par conséquent, même dans le silence de la loi, les principes généraux et l'équité auraient suffi pour faire admettre la possibilité d'un recours de la part du propriétaire, malgré une réception effectuée des travaux (4).

Mais l'art. 1792 est venu limiter à dix années la possibilité de ce recours. Cette disposition est donc favorable aux architectes et entrepreneurs en ce sens qu'elle n'admet le recours que durant la période de dix ans qui suit la réception des travaux.

On voit donc quelle est l'obligation résultant de l'art. 1792

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 839.
(2) BANCELIN, *Rev. crit.*, 1880, *Exam. doctr.*, n° 8, p. 71.
(3) Cass. 10 mai 1851, D. 51, 1, 138.
(4) LAURENT, t. XXVI, n° 53; TESTOUD, *Rev. crit.*, 1880, *Exam. doctr.*, p. 260; Voy. cep. Cass. 12 juill. 1888, D. 94, 1, 15.

et de l'art. 2270 : c'est l'obligation de livrer un édifice ou de gros ouvrages capables de résister *au moins pendant dix ans*, aux vices résultant de la construction ou du sol.

Après dix ans la cause de sa ruine peut bien provenir encore des mêmes vices, mais cette cause se confond alors avec d'autres causes externes, et il est difficile de faire la part de ces causes multiples et diverses.

Si la ruine survenue pendant les dix ans dépend en réalité d'un vice du sol ou de la construction, il est certain que l'ouvrage n'y a pas résisté, et que le débiteur n'a pas rempli son obligation, à moins que la ruine ne soit due à une autre cause, par exemple à un cas fortuit.

Or, d'après l'art. 1315, c'est à celui qui se prétend libéré à prouver le paiement, ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation.

C'est donc à l'entrepreneur ou à l'architecte à établir qu'il a livré un édifice capable de résister pendant dix ans aux vices du sol ou de la construction, ou, si cet édifice a péri pendant la période de dix ans, que la ruine est la conséquence d'un cas fortuit ou de toute autre cause ; c'est le droit commun.

Nous adoptons en définitive, mais pour d'autres motifs, et sans parler de *présomption* de faute, l'opinion admise par MM. Aubry et Rau pour les cas prévus par l'art. 1792, mais en l'étendant en outre aux hypothèses auxquelles s'appliquerait plus particulièrement l'art. 2270.

Il ne s'agit pas, en effet, d'une faute présumée, mais d'une faute réalisée. La confusion que les arrêts commettent sur ce point dans leurs motifs (1) ne doit pas modifier leur dispositif.

426. Le vice de construction est en cette matière la faute *par excellence* (2), si on peut parler ainsi, celle que l'art. 1792

(1) Voy. Cass. 16 juill. 1889, S. 92, 1, 350.
(2) GUILLOUARD, t. II, n° 842.

place en première ligne. On a jugé cependant que l'architecte ne saurait être déclaré responsable des glissements de terrain survenus pendant l'exécution des travaux, s'il n'a pas pris l'engagement spécial d'assurer la consolidation générale de la propriété contre les mouvements du sol (1). Mais alors quelle est l'utilité d'un architecte?

Viennent ensuite les vices du sol qui, au point de vue d'une construction à élever, doit avoir été étudié utilement par l'architecte et l'entrepreneur, lesquels sont des spécialistes choisis comme tels.

A ces causes de ruine, il convient d'ajouter les vices du plan, car d'après l'art. 2270, l'architecte est responsable dès qu'il a dirigé les travaux. Il serait même responsable s'il s'était borné à faire accepter un plan dont il n'aurait pas dirigé l'exécution, car il devait fournir un plan *bien fait*, eu égard au sol indiqué par le maître. Cela était sous-entendu dans la convention (art. 1135) (2).

La Cour de cassation va même jusqu'à décider que l'article 1792 n'est pas limitatif, et qu'il est applicable au cas où des défectuosités et des malfaçons compromettent la conservation du bâtiment (3). Mais cette solution ne peut évidemment s'appliquer qu'aux défectuosités ou malfaçons non apparentes, les autres étant couvertes par la réception des travaux faite sans réserve (4).

S'il s'agissait de malfaçons n'étant pas de nature à compromettre la solidité de l'édifice, la responsabilité décennale de l'architecte ne serait pas encourue (5).

La responsabilité de l'architecte ne serait pas atténuée par suite de cette circonstance qu'il n'aurait fait que suivre

(1) Paris, 17 nov. 1893, D. 94, 2, 522.
(2) GUILLOUARD, t. II, n° 843.
(3) Cass. 16 juill. 1889, S. 92, 1, 350.
(4) Comp. Cass. 9 avr. 1888, S. 88, 1, 213.
(5) Cons. d'Etat, 4 mars 1892, S. 94, 3, 19; Cons. d'Etat, 27 déc. 1889, D. 91, 3, 58.

les plans, devis et instructions du propriétaire. Il doit en effet refuser d'exécuter, dans des conditions de nature à compromettre leur solidité, les travaux qui lui sont proposés (1).

Il en serait de même si la ruine provenait du vice propre des bois ou matériaux employés dans la construction, encore qu'il eût employé les matériaux indiqués dans le traité intervenu entre lui et le propriétaire (2). Mais il aurait son recours contre le tiers qui lui aurait vendu ces matériaux défectueux (3).

427. La sanction de l'obligation imposée à l'entrepreneur ou à l'architecte de se conformer aux règles de l'art, consistera en général dans l'allocation d'une somme à titre de dommages-intérêts quand les vices cachés viendront à se manifester pendant la période décennale. Mais quant aux malfaçons qui seraient constatées pendant les travaux ou avant leur réception, par exemple le défaut de cohésion des mortiers employés, il faut décider que les juges doivent ordonner toutes réfections nécessaires à l'effet de faire disparaître les malfaçons dès qu'elles sont constatées, afin de rendre à l'ouvrage les qualités que comporte une bonne exécution de travaux (4).

On a décidé que cette obligation doit retomber sur l'entrepreneur seul, lorsque l'architecte n'a encouru aucun reproche quant à la confection des plans et à la *direction* des travaux, si les malfaçons proviennent de la mauvaise qualité des matériaux employés par l'entrepreneur, du défaut d'exécution de certains travaux prévus et de la défectuosité de l'assemblage des pièces de la charpente,

(1) Cass. 16 juill. 1889, S. 90, 1, 488; Cass. 23 oct. 1888, S. 88, 1, 473.

(2) Arrêt précité du 16 juill. 1889.

(3) Rennes, 19 mars 1891, D. 91, 2, 183.

(4) Cass. 3 déc. 1890, S. 94, 1, 343.

fait contrairement aux règles élémentaires de la construction (1). Mais alors, demanderons-nous encore, quelle est l'utilité d'un architecte et en quoi consiste la *direction* des travaux?

L'action en responsabilité est donnée contre les entrepreneurs et les architectes. Un architecte municipal, ou l'ingénieur qui en remplit les fonctions, est soumis également à la responsabilité décennale, à raison des vices du plan et des malfaçons dues à son manque de surveillance, alors même qu'il a seulement un traitement fixe et non des honoraires proportionnels à l'importance des travaux. A cause de cela, il a été jugé que, sauf le cas d'un défaut de surveillance de sa part, il n'est responsable qu'en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur (2). Voilà donc l'architecte municipal considéré maintenant comme la caution ou le *fidejussor indemnitatis* de l'entrepreneur!

L'architecte et l'entrepreneur peuvent commettre des fautes communes engendrant entre eux, d'après une jurisprudence que nous avons déjà appréciée (voy. t. VII, n° 313), une sorte de solidarité *quasi ex delicto* (3). Tout au plus pourrait-il y avoir en ce cas obligation *in solidum* (4). Ils pourront aussi commettre des fautes particulières dont chacun demeurera personnellement et exclusivement responsable. Il est manifeste que si une transaction intervient entre le propriétaire et l'un d'eux au sujet des fautes personnelles de celui-ci, l'autre ne pourra pas, sous prétexte de solidarité, invoquer cette transaction pour s'exonérer de la responsabilité qui lui est propre (5).

(1) Cons. d'Etat, 13 déc. 1889, S. 92, 3, 31.
(2) Cons. d'Etat, 13 juin 1890, S. 92, 3, 116; Comp. Cons. d'Etat, 5 juin 1891, S. 93, 3, 61.
(3) Cons. d'Etat, 11 mai 1854, D. 54, 3, 61; *Contrà*, GUILLOUARD, t. II, n° 857.
(4) Lyon, 26 mai 1883, D. 84, 2, 132.
(5) Cass. 2 juill. 1888, S. 90, 1, 501.

Enfin, l'action en responsabilité est transmissible aux héritiers de celui qui en est investi; elle peut être exercée par ses créanciers et elle est cessible. En conséquence, elle passe de plein droit, comme action accessoire, du vendeur à l'acheteur indépendamment de toute cession spéciale faite à celui-ci (1) (Voy. *Suprà*, n° 327).

428. Il s'agit maintenant de savoir quelle est la durée de cette action.

Comme il paraît impossible d'imaginer que la prescription contre une action puisse commencer de courir avant que cette action soit née, il ne pouvait y avoir, ce semble, que deux solutions discutables :

Fallait-il décider, conformément au droit commun (art. 2262), que le délai de la prescription de l'action en dommages-intérêts serait de trente ans à compter du jour de la ruine de l'édifice?

L'affirmative paraissait plausible et prévalait dans la doctrine (2).

Ne valait-il pas mieux admettre que cette prescription s'accomplirait par dix ans à partir de la même époque, conformément à l'indication résultant des textes? Cela pouvait être soutenu (3).

Mais la Cour de Paris, appelée bien souvent à trancher la difficulté, n'hésitait jamais à décider que le délai de la prescription de l'action en dommages-intérêts se confond avec celui de la prescription de l'obligation, de telle sorte qu'au bout de dix ans l'architecte ou l'entrepreneur est toujours pleinement à couvert. Par conséquent, si le vice se manifeste tout à fait à la fin de la période de dix ans depuis la réception

(1) Cass. Belgique, 2 juill. 1886, D. 88, 2, 5.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1792 I; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 245 *bis*; AUBRY et RAU, § 374, texte et note 30; LAURENT, t. XXVI, n°s 58 et 59; ARNTZ, t. IV, n° 1232; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 736.

(3) DUVERGIER, t. II, n° 360; TESTOUD, *Rev. crit.*, 1880, *Exam. doctr.*, p. 275 et suiv.

des travaux, l'action en responsabilité s'éteindra en quelque sorte en naissant.

Comme un tel résultat paraissait contraire à la justice et aux principes les plus certains de la matière, la Cour de cassation condamna d'abord la jurisprudence qui le consacrait (1).

Mais, depuis, il a été démontré à la Cour suprême que, selon le témoignage de Pithou et de Brodeau, les choses se passaient ainsi, il y a au moins quatre cents ans, au Châtelet de Paris et que, certainement, les rédacteurs du Code civil, loin de vouloir modifier ou atténuer cette situation, ont voulu la maintenir. En conséquence, par un arrêt solennel rendu le 2 août 1882, toutes chambres réunies, la Cour de cassation, abandonnant sa jurisprudence antérieure (2), a décidé que le délai de dix ans depuis la réception des travaux est un délai unique après lequel tout est éteint, la garantie et l'action en responsabilité.

Cette solution, qu'on a cherché à justifier à l'aide de quelques subtilités (3), n'a pas satisfait tout le monde, mais a mis fin à la discussion.

Elle aboutit à cette conséquence que le délai de dix ans qui semblait être une prescription, puisque l'art. 2270 en parle sous la rubrique relative à la durée de la prescription, n'est pas en réalité une prescription, mais un simple délai qui ne sera point suspendu par la minorité du propriétaire (4). Cette opinion, qui aurait été contestable avant la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, est une conséquence forcée de cette jurisprudence. Les parties pourraient, con-

(1) 5 août 1879, S. 79, 1, 405.

(2) S. 83, 1, 5; Conf. Bourges, 14 mai 1884, S. 84, 2, 216.

(3) Voy. LABBÉ, note sur l'arrêt précité; Comp. Paul PONT, *Rev. crit.*, t. I, p. 197; GUILLOUARD, t. II, n° 869.

(4) AUBRY et RAU, § 374; LAURENT, t. XXVI, n° 61; GUILLOUARD, t. II, n° 871.

ventionnellement, augmenter ou restreindre le délai dont il s'agit (1).

Si l'architecte ou l'entrepreneur commettent un fait dommageable en dehors de la convention intervenue entre eux et le propriétaire, par exemple, en n'observant pas les lois et règlements sur le voisinage et sur la voirie, il y a lieu d'appliquer les art. 1382 et suiv. L'action en responsabilité dure alors trente ans. Si cette faute constitue un délit pénal, la prescription de l'action au civil sera celle du délit pénal.

429. Le propriétaire, de son côté, doit payer à l'architecte ou à l'entrepreneur du marché à forfait la somme intégrale qui a été fixée, quelles que soient les dépenses nécessitées par l'exécution de l'ouvrage conformément aux conventions, plans et devis.

Mais il demeure entendu que le prix n'est fixé d'une manière irrévocable que si les plans sont exécutés sans modification.

Or, il en sera rarement ainsi, et alors il s'agit de savoir si les modifications intervenues doivent avoir pour effet d'annuler le devis.

En principe, non :

ART. 1793. Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.

A l'inverse, le propriétaire ne peut demander une diminution du prix si les matériaux viennent à diminuer de valeur.

Il faut donc, pour que l'art. 1793 soit applicable : 1° qu'il y ait un marché à forfait sans modifications (2); 2° que ce marché ait été fait d'après un plan arrêté et convenu avec le

(1) Cons. d'Etat, 3 janv. 1884, 82, 3, 34.
(2) Cass. 6 mars 1860, D. 60, 1, 266.

propriétaire du sol (1), peu importe qu'il s'agisse d'un bâtiment ou autre gros ouvrage (2).

Si ces deux conditions ne sont pas réunies, on n'appliquera pas cette disposition, et l'entrepreneur pourra obtenir une augmentation de prix en prouvant le consentement du propriétaire d'après le droit commun, suivant les art. 1341 et 1347 (3).

Dans les cas auxquels s'applique l'art. 1793, l'architecte ou l'entrepreneur pourront, par exception, réclamer un supplément de prix à la double condition :

1° De rapporter l'autorisation écrite du propriétaire au changement proposé; à défaut d'autorisation écrite, aucun autre genre de preuve ne serait admis pour établir cette autorisation (4);

2° De fournir la preuve qu'un supplément déterminé de prix a été convenu avec le propriétaire. Mais la loi n'exige pas que ce dernier point soit constaté par écrit (5).

L'entrepreneur ne saurait avoir la prétention d'éluder l'application des règles ci-dessus, en demandant à prouver que les travaux effectués en dehors du plan ont profité au propriétaire (6). Il est vrai que la Cour de cassation a jugé le contraire, sous prétexte qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui (7); mais alors autant vaudrait supprimer l'art. 1793.

(1) Cass. 19 juill. 1893, D. 93, 1, 600; Cass. 13 août 1860, D. 61, 1, 105.

(2) Cass. 26 janv. 1846, D. 46, 1, 225; AUBRY et RAU, § 374, texte et note 34; GUILLOUARD, t. II, n° 887.

(3) Bruxelles, 26 nov. 1890, *B. J.*, 90, 1507.

(4) Cass. 5 janv. 1870, D. 70, 1, 246; Cass. 6 mars 1860, D. 60, 1, 266; DUVERGIER, t. II, n° 366; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 246 *bis* IV; LAURENT, t. XXVI, n° 67; ARNTZ, t. IX, n° 1236; GUILLOUARD, t. II, n° 890.

(5) Voy. cep. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 740.

(6) GUILLOUARD, t. II, n° 891.

(7) Cass. 28 janv. 1846, D. 46, 1, 245.

Que faudrait-il décider si l'entrepreneur soutenait qu'une connaissance plus complète des lieux, résultant des travaux commencés, lui a fait découvrir que les conventions intervenues entre les parties étaient entachées d'erreur?

D'abord, en cas pareil, l'entrepreneur devrait arrêter les travaux et signaler au maître l'erreur dont il entend se prévaloir, autrement il se rendrait irrecevable dans sa demande et serait repoussé par application de l'art. 1793.

Cette précaution prise, il devra établir que l'erreur porte sur la substance même de la chose formant l'objet du contrat. Ainsi il ne lui suffira pas de prouver que, dans l'exécution du travail convenu, il rencontre des difficultés ou des obstacles considérables et imprévus, il faudra que ces difficultés ou obstacles aient pour effet de changer le caractère de son entreprise, c'est-à-dire du travail à effectuer, de telle sorte qu'il y ait eu positivement erreur sur la chose, viciant le consentement (1).

Ainsi, par exemple, un entrepreneur s'est chargé d'effectuer à forfait certains déblais sur un terrain considéré comme meuble dans toute son épaisseur : s'il rencontre un terrain pierreux ayant pour sous-sol un banc de schiste, il se trouve en présence d'un travail à faire tout autre que celui qu'il avait promis, et il pourra demander une augmentation de prix ou la résiliation de son marché (2). Il en sera de même s'il y a eu des erreurs dans le métré ou des omissions dans le devis (3).

Quand des travaux supplémentaires ont été rendus nécessaires par l'incurie de l'architecte, la fixation des honoraires dus à ce dernier à raison de ces mêmes travaux peut être réservée jusqu'au règlement amiable ou judiciaire

(1) Voy. ARNTZ, t. IV, n° 1237.

(2) Cass. 20 fév. 1874, D. 74, 1, 329; Cass. 23 juin 1873, D. 74, 1, 332; Cass. 18 déc. 1866, D. 67, 1, 427.

(3) Cons. d'Etat, 31 mars et 13 mai 1883, D. 83, 3, 92.

à intervenir entre le propriétaire et l'entrepreneur (1).

430. Le contrat de louage d'ouvrage prend fin par le mutuel consentement des parties qui règleront à l'amiable les conséquences de cette nouvelle convention, par la volonté unilatérale du maître et par la mort de l'ouvrier, entrepreneur ou architecte.

Il peut advenir que l'ouvrage à faire ou à terminer ne présente plus aucune utilité pour celui qui l'avait commandé.

Alors, et sans qu'il ait à rendre aucun compte des motifs qui le déterminent,

ART. 1794. Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

Cette disposition est présentée comme ayant un caractère exceptionnel, contraire à la règle que les contrats ne peuvent être résolus que par la volonté réciproque des deux parties; on ajoute même qu'elle repose uniquement sur un motif d'humanité (2).

Ainsi donc, si l'art. 1794 n'existait pas, un puisatier, par exemple, qui se serait chargé de creuser un puits, aurait le droit acquis de creuser ce puits malgré la volonté du propriétaire, qui aurait trouvé ailleurs l'eau dont il aurait besoin! Cela n'est pas soutenable. Les contrats ont pour base l'utilité de l'une des parties ou de toutes deux, ainsi que le reconnaît l'art. 1137, ils sont irrévocables en ce sens que l'émolument qui doit en résulter ne peut pas être enlevé à celui qui doit en profiter. Pour l'ouvrier ou entrepreneur, cet émolument consiste dans le bénéfice espéré; donc, si ce bénéfice lui est assuré, il n'a pas autre chose à réclamer. Pour le maître, l'émolument consiste dans l'ouvrage même qui doit être fait. Voilà pourquoi l'ouvrier ne peut, en résí-

(1) Cass. 19 mai 1890, D. 91, 1, 231.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 17; GUILLOUARD, t. II, n°s 802, 803; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 741.

liant le contrat, se dispenser de procurer l'ouvrage promis quand même il aurait conçu des doutes sur la solvabilité du maître (1), c'est le droit commun (Voy. t. VII, n° 89). Laurent était mieux inspiré quand, après avoir affirmé que l'art. 1794 dérogeait, *en apparence*, à une règle fondamentale, il finissait par reconnaître que les conditions auxquelles se trouvait soumise cette prétendue dérogation la faisaient rentrer sous l'empire du droit commun (2).

L'entrepreneur pourrait d'ailleurs renoncer au droit de réclamer une indemnité en cas de résiliation (3).

La résiliation unilatérale autorisée par l'art. 1794 a pour résultat de permettre à l'ouvrier ou entrepreneur de réaliser tout d'un coup le bénéfice espéré de l'opération résiliée, et de lui rendre sa liberté pour se charger immédiatement d'une nouvelle entreprise. Le maître ne pourra déduire des dommages-intérêts par lui dus aucune somme pour le temps, qu'après résiliation, l'entrepreneur reste libre d'employer (4).

De ce que la faculté de résiliation n'est, à vrai dire, qu'une application du droit commun bien compris, il suit qu'elle doit être reconnue même pour un marché qui ne serait pas à forfait. L'art. 1794 n'a pu employer l'expression marché à forfait que d'une manière énonciative (5).

Il faut aussi l'étendre au cas où l'ouvrier ou entrepreneur fournit non seulement son travail, mais encore les matériaux de l'entreprise. L'art. 1794 ne distingue pas, et il importe peu que l'opération puisse, à certains points de vue, apparaître comme une vente (6).

(1) Cass. 22 oct. 1894, D. 95, 1, 252.
(2) *Loc. cit.* Conf. COLMET DE SANTERRE, t. VII, nos 247 et 247 *bis*, I.
(3) Paris, 29 nov. 1891, D. 95, 1, 81.
(4) BELTJENS, *Encyclop.*, art. 1794, n° 6.
(5) Voy. POTHIER, *Du louage*, n° 440; GUILLOUARD, t. II, n° 804; Voy. cep. LAURENT, t. XXVI, n° 18.
(6) Cass. 5 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 15 janv. 1897; DUVERGIER, t. II, n° 335; AUBRY et RAU, § 374, texte et note 11; Comp. LAURENT,

La faculté de résiliation qui appartient au maître passe à ses héritiers en cas de son décès. Si ces derniers sont d'accord, il n'y aura pas de difficulté. S'ils ne sont pas d'accord, il faut distinguer.

Quand le marché a pour objet des fournitures mobilières, par exemple des machines à construire pour une usine, on peut soutenir, par extension de la solution donnée par l'art. 826, que la majorité des héritiers pourra se prononcer souverainement sur le parti qu'il faut prendre (1). S'il s'agit d'un travail à effectuer sur un immeuble, la résiliation avant le partage ne pourra avoir lieu que si tous les héritiers sont d'accord. Après le partage, elle pourra être exercée par l'héritier dans le lot duquel l'immeuble dont il s'agit aura été placé.

Si cet immeuble a été licité, et en même temps le droit au marché considéré comme accessoire, l'adjudicataire se trouve investi de la faculté de résilier. Cela montre que cette faculté est cessible en même temps que le marché lui-même. Mais elle ne fait pas partie du gage commun des créanciers du maître, et ces derniers ne pourraient l'exercer de son chef en vertu de l'art. 1166 (Voy. t. VII, n° 109).

431. Puisque la faculté de résilier est transmissible aux héritiers du maître, le contrat de louage n'est pas dissous par la mort de celui-ci.

Mais,

ART. 1795. Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur,

quand même la matière aurait été fournie par l'ouvrier qui a entrepris le travail. C'est, en effet, l'aptitude professionnelle de celui-ci qui a déterminé la convention (2).

t. XXVI, n° 19; *Contrà*, MASSÉ et VERGÉ, t. IV, § 710, note 24; CLAMAGERAN, *Louage d'industrie*, n° 284.

(1) GUILLOUARD, t. II, n° 809.

(2) DURANTON, t. XVII, n° 258; DUVERGIER, t. II, n° 335; LAURENT, t. XXVI, n° 21; GUILLOUARD, t. II, n° 800, Comp. AUBRY et RAU, § 374.

La dissolution du contrat est absolue et peut être invoquée par les héritiers des décédés comme par le propriétaire lui-même.

ART. 1796. Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles.

L'utilité doit être appréciée eu égard à la construction projetée d'après le plan convenu.

La résiliation n'a pas lieu de plein droit; elle doit être proposée par le maître ou les héritiers de l'ouvrier. Tant qu'elle n'a pas été proposée, ces derniers peuvent continuer l'ouvrage dans les conditions stipulées.

Les contrats des sous-entrepreneurs sont également rompus par la résiliation du contrat de l'entrepreneur principal.

Mais le contrat de celui-ci n'est jamais rompu par la mort de ses sous-traitants ou des autres personnes qu'il a pris à son service, et dont le concours lui paraissait indispensable pour l'exécution des travaux entrepris. Il aura à pourvoir à leur remplacement comme bon lui semblera.

432. Dans tous les cas,

ART. 1797. L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.

Il s'agit principalement dans ce texte de la responsabilité de tout fait dommageable (Voy. t. VIII, nos *444* et suiv.)

Mais il est une autre responsabilité qui peut atteindre l'entrepreneur quand il a des sous-traitants. Nous avons déjà indiqué plus haut cette hypothèse (*Suprà*, no 578).

Si la convention ou le cahier des charges autorise l'entrepreneur à avoir des sous-traitants, tout en demeurant d'ailleurs responsable vis-à-vis du maître, il sera également responsable vis-à-vis des tiers, par exemple des fournisseurs des sous-traitants, quand il sera établi que le public ne connaissait que l'entrepreneur, et qu'aux yeux des tiers, les

sous-traitants n'étaient que ses agents ou mandataires (1).

Si le cahier des charges ou la convention lui défend de faire un sous-traité, il sera directement tenu au paiement des salaires des ouvriers (2).

433. Écartons maintenant cette hypothèse et admettons qu'il n'y a pas eu de sous-traité. Quelle sera la condition de celui pour qui les ouvrages ont été faits, en ce qui touche les salaires pouvant être dus aux ouvriers employés par l'entrepreneur?

ART. 1798. Les maçons, charpentiers et autres ouvriers, qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée.

Cette action dont parle le texte sans la désigner d'une manière spéciale, serait-elle tout simplement l'action *oblique* de l'art. 1166? S'il en était ainsi, il faudrait décider que les ouvriers, en cas de faillite de l'entrepreneur, viendront seulement au marc-le-franc avec les autres créanciers de celui-ci sur les sommes dues par le propriétaire pour les travaux qu'ils auront au moins effectués en partie.

Cela n'est pas possible, car alors l'art. 1798 serait parfaitement inutile. Remarquons d'ailleurs que cet article n'accorde l'action dont il s'agit qu'à une certaine catégorie de personnes, et ne l'accorde pas aux créanciers ordinaires de l'entrepreneur. Cela prouve que cette action doit contenir quelque chose de plus que l'action oblique de l'art. 1166. On a jugé que ce quelque chose consistait uniquement en ce que les ouvriers pouvaient agir directement en leur propre nom contre le propriétaire sans avoir besoin d'agir du chef de l'entrepreneur (3).

Mais ce n'est là qu'une question de forme absolument

(1) Cass. 28 fév. 1894, D. 94, 1, 445.
(2) Cass. 26 juin 1893, D. 93, 1, 487.
(3) Paris, 12 avr. 1866, S. 66, 2, 252.

sans intérêt, puisque les créanciers ordinaires agissant en vertu de l'art. 1166 et les ouvriers agissant en vertu de l'art. 1798 viendraient tous en concours sur les sommes encore dues à l'entrepreneur.

Or il semble bien que l'art. 1798 a précisément eu pour but d'empêcher ce concours dans l'intérêt des ouvriers.

L'a-t-il empêché en créant, comme on l'a soutenu, un privilège au profit des ouvriers, fondé sur ce que, par leur travail, ils auraient fait naître la créance de l'entrepreneur (1)? Il est certain que non, car les fournisseurs qui ont apporté leurs matériaux à l'entrepreneur ont pareillement contribué à faire naître la créance de ce dernier, et cependant ils sont exclus du bénéfice de l'art. 1798 (2).

Il faut donc conclure que l'action établie par l'art. 1798 ne suppose aucun privilège; qu'elle a pour effet de substituer celui qui en a le bénéfice à l'entrepreneur, de dessaisir ce dernier, et d'empêcher toute cession qu'il ferait ultérieurement de ses droits (3).

Par conséquent, si l'entrepreneur est en faillite, les ouvriers ne sont pas tenus de passer par la faillite pour y produire leurs titres; ils doivent recevoir l'intégralité du montant de leurs créances sur les sommes dont le propriétaire est encore redevable à l'entrepreneur ou à sa faillite (4).

434. Les ouvriers ont en définitive un droit exclusif au produit de leur action, et n'en partagent pas le bénéfice avec les autres créanciers de leur débiteur (5). Il ne faut pas voir là un privilège, mais une attribution directement faite par la

(1) LABBÉ, *Rev. crit.*, 1876, p. 571 et suiv.

(2) Cass. 28 janv. 1880, S. 81, 1, 416.

(3) Besançon, 16 juin 1863, S. 63, 2, 208; Comp. Paris, 27 juill. 1867, S. 68, 2, 280.

(4) *Ibid.*

(5) DURANTON, t. XVII, n° 262; DUVERGIER, t. II, n° 381; AUBRY et RAU, § 374, texte et note 42; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 251 *bis*; LAURENT, t. XXVI, n° 76; TRENCART, *Rev. crit.*, 1873, *De l'action*

loi. C'est un cas de cession légale analogue à ceux que nous avons déjà rencontrés (*Suprà*, n° 323).

Cette cession produira son effet de plein droit au moyen de l'acte par lequel les ouvriers feront connaître au propriétaire leur résolution de s'adresser directement à lui. Par conséquent, toute saisie-arrêt pratiquée entre les mains du propriétaire, à la requête des créanciers ordinaires de l'entrepreneur, mais non validée avant l'action des ouvriers, resterait sans effet à l'égard de ceux-ci (Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 298).

Cette cession n'est pas établie en faveur des employés, commis, sous-traitants et autres qui sont étrangers à la main-d'œuvre (1).

Le propriétaire qui veut faire construire peut, au lieu de s'adresser à un entrepreneur général, traiter avec des entrepreneurs particuliers avec chacun desquels il conclut un marché à forfait pour la partie de la construction concernant son métier, la charpente, la maçonnerie, etc.

Dans ce cas,

ART. 1799. Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.

directe, etc., p. 411 et suiv.; ARNTZ, t. IV, n° 1238; GUILLOUARD, t. II, n° 898; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 742.

(1) Paris, 8 fév. 1897, *Gaz. Pal.*, 10 fév. 1897; AUBRY et RAU, § 374; LAURENT, t. XXVI, n° 77; GUILLOUARD, t. II, n° 901.

CHAPITRE V.

DU BAIL A CHEPTEL.

SECTION I.

Dispositions générales.

435. — Définition, art. 1800. — Énumération, art. 1801, 1802, 1803.

435. D'après l'art. 1711, le *bail à cheptel* est celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie.

On se plait à faire remarquer que cette définition est inexacte, en ce sens qu'elle autoriserait à penser que tout bail ayant pour objet des animaux isolés est un bail à cheptel, alors qu'il en est ainsi dans le cas seulement où il s'agit d'une collection d'animaux considérés comme formant une universalité, en d'autres termes d'un *fonds de bétail*, comme cela résulte du texte suivant :

ART. 1800. Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles (*).

Néanmoins, dans le cheptel à *moitié*, le *fonds de bétail* est fourni par les deux parties.

En effet :

ART. 1801. Il y a plusieurs sortes de cheptels : — Le cheptel simple ou ordinaire, — Le cheptel à moitié, — Le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire. — Il y a encore une quatrième espèce de contrat impropprement appelée *cheptel*.

ART. 1802. On peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce,

Et par conséquent des volailles ou des porcs.

Quand le cheptel est donné au fermier ou au colon par-

(1) Art. 1800. — L. 25 § 6, D. 19, 2, *Loc. cond.*; L. 52 § 2, D. 17, 2, *Pro socio*; L. 8, C. 2, 3, *De pactis*.

tiaire, il peut présenter un avantage aux deux parties, et faciliter l'exploitation de certains domaines. Mais, sauf cette hypothèse, il ne produit que des résultats médiocres et même mauvais : « Ainsi, a-t-on pu écrire, la pauvreté, toujours la pauvreté! quand toutefois ce n'est pas la misère! Voilà l'invariable apanage du cheptelier, et on ne l'a jamais vu en sortir. Mais alors au profit de qui est donc faite la loi? Elle effarouche et met en fuite les capitalistes; elle ruine et dépouille les propriétaires; elle démoralise les chepteliers; elle est le fléau de l'agriculture: elle ne rapporte rien au trésor (1)! »

Il faut cependant examiner sommairement les diverses combinaisons qui ont été prévues par le législateur.

ART. 1803. A défaut de conventions particulières, ces contrats se règlent par les principes qui suivent.

SECTION II.

Du cheptel simple.

436. — Définition, art. 1804. — Estimation du cheptel, art. 1805.
437. — Obligation du cheptelier, art. 1806 à 1810.
438. — Clauses prohibées, art. 1811.
439. — Aliénation du cheptel ou des têtes qui le composent, art. 1812.
440. — Droit des créanciers des parties. — Du cheptel donné au fermier d'autrui, art. 1813.
441. — Partage des bénéfices, art. 1814. — Cessation du cheptel, art. 1815 et 1816. — Estimation finale, art. 1817.

436. Le cheptel simple ou ordinaire est ainsi qualifié par opposition au cheptel à moitié, dans lequel le fonds de bétail est constitué par les deux parties, et par opposition aussi au contrat de même nature passé avec un fermier ou un colon partiaire. Il s'agit d'un contrat principal conclu avec un preneur qui n'est pas déjà le fermier ou le métayer du bailleur. La loi en donne la définition suivante :

(1) D'ESTERNO, *De la crise agricole*, etc., cité par ACCOLAS, *Manuel de Dr. civ.*, t. III, p. 416, n° 62.

ART. 1804. Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte.

Le cheptelier a également droit à la moitié de la laine, à la moitié de la plus-value que le fonds de bétail aura acquise à la fin du bail, et il profitera seul du laitage, du fumier et du travail des animaux. D'un autre côté, il ne supportera que la moitié de la perte partielle.

Puisqu'il est seulement chargé de garder et soigner les bestiaux, il était absolument inutile de déclarer que

ART 1805. L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail.

Il résulte de ce qui précède que le cheptel simple est un véritable bail. Sans doute, ce bail comporte une sorte d'association entre le bailleur et le cheptelier; mais cette association n'est que secondaire, et forme comme un supplément au prix du bail (1).

437. Le cheptelier se trouve donc constitué débiteur d'un corps certain, et se trouve par conséquent tenu des obligations attachés à cette qualité.

ART. 1806. Le preneur doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel.

ART. 1807. Il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée.

ART. 1808. En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur.

ART. 1809. Le preneur qui est chargé par le cas fortuit est toujours tenu de rendre compte des peaux des bêtes.

ART. 1810. Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur. — S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel.

Par conséquent, pour peu que la perte partielle soit considérable, le cheptelier aura un intérêt direct à détruire ce qui reste du troupeau, afin de s'exonérer de toute parti-

(1) GULLOUARD, t. II, n° 915; ARNTZ, t. IV, n° 1243.

cipation à cette perte (1). On a, en effet, vu des chepteliers faire périr volontairement les animaux épargnés dans l'accident survenu, et transformer ainsi une perte partielle en une perte totale (2). La décision de l'ancien droit qui faisait supporter au preneur, pour moitié, la perte totale comme la perte partielle, était plus logique. Quant à exonérer le fermier de toute contribution, soit à la perte totale, soit à la perte partielle, ainsi que le proposent certains auteurs (3), il n'y faut pas songer, car ce serait la spoliation éventuelle du bailleur, et cela suffirait pour le faire renoncer à un tel contrat.

438. Les prohibitions de la loi sont, d'ailleurs, faites pour l'en éloigner déjà.

En effet :

ART. 1811. On ne peut stipuler, — Que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute, — Ou qu'il supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit, — Ou que le bailleur prélèvera, à la fin du bail, quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni. — Toute convention semblable est nulle. — Le preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel. — La laine et le croît se partagent.

Le législateur a voulu protéger le cheptelier, considéré comme un être ignorant et misérable placé dans un état de complète dépendance vis-à-vis du bailleur. Il est probable qui a confondu le cheptelier avec le *pâtre*. Le cheptelier n'est pas dépourvu de ressources. On exige souvent des garanties réelles de celui à qui on veut confier un cheptel, et le contrat est presque toujours passé par acte authentique.

Quoi qu'il en soit, la loi prononce la nullité des clauses prohibées, mais non du contrat lui-même, qui devra être exécuté comme si la clause annulée n'existait pas, contrai-

(1) DURANTON, t. XVII, n° 274; GUILLOUARD, t. II, n° 921; LAURENT, t. XXVI, n° 91 et tous les auteurs.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 749.
(3) MARCADÉ, sur l'art. 1810; BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

rement à la règle générale formulée dans l'art. 1172.

Il y a controverse sur le point de savoir si les deux dernières dispositions de l'art. 1811 sont protégées par la même sanction que les prohibitions formant la première partie de l'article. La négative semble bien résulter de la place qu'elles occupent dans le texte lui-même et des termes dont s'est servi le législateur. Toute clause *semblable* aux stipulations prohibées est annulée. Cette formule ne peut s'appliquer aux deux dernières dispositions. Il aurait fallu dire : Toute clause *contraire* (1)... Or, la loi ne l'a pas dit, et, par suite, il faut revenir au droit commun qui est la liberté des conventions (2). On pourrait donc valablement convenir, soit que le bailleur aura droit à plus de la moitié de la laine, soit qu'il aura part dans les menus profits, c'est-à-dire dans les laitages, le fumier et le travail des animaux (3).

Le preneur peut donc faire travailler les animaux, soit sur un terrain lui appartenant, soit sur un terrain appartenant à autrui; c'est-à-dire qu'il peut faire, par exemple, des journées de labourage chez autrui. Mais il ne pourrait les louer à un tiers, car il est tenu de les garder, surveiller et soigner. A cause de cette obligation, il est seul responsable, dans les termes de l'art. 1385, des accidents causés par un animal dépendant du cheptel, à l'exclusion du bailleur (4).

439. Il ne pourrait pas davantage les vendre, puisqu'il n'est pas propriétaire.

ART. 1812. Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur, qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 750.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 265 *bis*; LAURENT, t. XXXI, n° 96.

(3) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 376, texte et note 3; GUILLOUARD, t. II, n° 931.

(4) Dijon, 10 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 13 janv. 1897.

Cela veut dire que les parties doivent se mettre d'accord pour que la vente du troupeau devienne possible. Par conséquent, si l'une des parties refuse son consentement, la vente ne pourra avoir lieu. Cependant la majorité des auteurs admet que, sur la demande de la partie qui regarde la vente comme utile et avantageuse, la justice pourra autoriser cette vente, sous prétexte qu'il ne s'agit pas de porter atteinte à un droit de propriété, mais de régler de la façon la plus équitable les conséquences d'une jouissance commune (1)! Comment peut-on prétendre qu'il n'y a pas là une atteinte au droit de propriété (2)? est-ce qu'on voudrait se payer de mots? Ce sont les décisions de cette nature qui ébranlent la notion du droit individuel, et facilitent l'invasion dans la législation d'une sorte de collectivisme inconscient.

Si les parties ne sont pas d'accord, le troupeau demeure indisponible; voilà la vérité. Mais cela ne fait pas obstacle, le cas échéant, à l'application de l'art. 2279, au profit des tiers ayant acquis de bonne foi, soit du bailleur, soit du preneur, une ou plusieurs têtes, ou même la totalité du troupeau.

Le preneur qui vendrait ainsi quelques-uns des animaux dépendant du cheptel, commettrait le délit d'abus de confiance (3). Il a été jugé qu'il devait en être ainsi, *alors même que cette vente est devenue nécessaire par suite d'une maladie contagieuse*, s'il détourne le prix à son profit, et ne représente dès lors à l'expiration du bail, ni le cheptel, ni sa valeur en argent (4). Cette décision est critiquable en ce sens

(1) DURANTON, t. XVII, n° 283; DUVERGIER, t. II, n° 413; AUBRY et RAU, § 376, texte et note 6; GUILLOUARD, t. II, n° 927; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 747.

(2) LAURENT, t. XXVI, n° 101.

(3) Cass. 20 août 1880, D. 81, 1, 286, Voy. DESJARDINS, *Rev. crit.*, 1882. *Exam., doctr.*, p. 71.

(4) *Ibid.*

qu'elle semble reconnaître qu'il peut y avoir des cas où la vente du cheptel, par une seule des parties, devient nécessaire.

Si le bailleur avait accordé au preneur le droit de disposer seul des animaux, à la charge de les remplacer ultérieurement, le fait par le preneur d'avoir vendu les animaux sans les remplacer, serait un simple cas d'inexécution de la convention ne rentrant pas dans les prévisions de la loi pénale (1).

440. Il va sans dire que les créanciers du preneur ne peuvent faire saisir le cheptel, lequel n'est pas dans le patrimoine de leur débiteur. Quant aux créanciers du bailleur, ils pourront le faire saisir à la condition d'obliger l'adjudicataire à entretenir le bail jusqu'à son expiration (2).

Mais les créanciers du bailleur, comme le bailleur lui-même, peuvent être tenus en échec par le droit supérieur d'un tiers qui se trouverait devenu régulièrement détenteur gagiste du cheptel.

En effet :

ART. 1813. Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi, il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit.

C'est une application du droit commun en ce qui touche l'étendue du privilège appartenant au propriétaire bailleur sur tout ce qui est apporté dans les lieux loués par le locataire ou fermier.

L'art. 1813 n'est qu'énonciatif quand il parle d'une notification à faire au propriétaire, une communication faite de toute autre manière, au moyen d'une lettre, par exemple, ou même verbalement, produirait le même effet, sauf la difficulté de la preuve. Il n'en serait pas de même de la simple connaissance, acquise n'importe comment, par le propriéta-

(1) Caen, 28 août 1878, D. 80, 2, 65.

(2) DUVERGIER, t. II, n° 416; AUBRY RAU, § 376, texte et note 6; LAURENT, t. XXVI. n° 102; GUILLOUARD, t. II, n°s 924 et 925.

taire lui-même, ainsi que nous le verrons plus amplement sous l'art. 2102 1° (1).

441. Pendant la durée du bail les parties se partagent le bénéfice du cheptel. La laine se partage après la tonte :

ART. 1814. Le preneur ne pourra tondre sans en prévenir le bailleur.

Quant au croît, il représente le bénéfice du louage, mais ne peut se partager immédiatement après la naissance des nouvelles têtes. Celles-ci doivent remplacer en effet les têtes mortes ou vendues; on les partagera donc à la fin de chaque année pendant toute la durée du bail.

ART. 1815. S'il n'y a pas de temps fixé par la convention pour la durée du cheptel, il est censé fait pour trois ans.

ART. 1816. Le bailleur peut en demander plutôt la résolution, si le preneur ne remplit pas ses obligations.

ART. 1817. A la fin du bail, ou lors de sa résolution, il se fait une nouvelle estimation du cheptel. — Le bailleur peut prélever des bêtes de chaque espèce, jusqu'à concurrence de la première estimation : l'excédent se partage. — S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison de la perte.

Cette seconde estimation peut, comme la première dont parle l'art. 1805, être faite par les parties elles-mêmes, si elles sont d'accord. Mais, ordinairement, il y est procédé par deux estimateurs que désignent les parties. Si les deux estimateurs ne sont pas d'accord sur la valeur du cheptel, celui qui sera choisi pour les départager, devra accepter l'évaluation faite par l'un ou par l'autre (2).

SECTION III.

Du cheptel à moitié.

442. — Droits respectifs des parties d'après les art. 1818 à 1820.
443. — Utilité médiocre du cheptel à moitié.

442. Si la loi parle spécialement du cheptel à moitié, quand le fonds de bétail est fourni à la fois par le bailleur et par le

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 103; *Contrà*, AUBRY et RAU § 261, texte et note 22; GUILLOUARD, t. II, n° 913.

(2) Limoges, 17 juill. 1878, S. 78, 2, 296; GUILLOUARD, t. II, n° 937.

preneur, c'est parce que, d'après la pratique usuelle, c'est ordinairement par moitié que les deux parties concourent à la formation du troupeau. Elles pourront y concourir pour des portions inégales; l'essentiel, c'est que la part de chacun des associés dans les profits et dans les pertes soit en proportion de sa mise.

ART. 1818. Le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte.

ART. 1819. Le preneur profite seul, comme dans le cheptel simple, des laitages, du fumier et des travaux des bêtes. — Le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît. — 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. 1820. Toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moité.

443. On voit que le législateur s'est encore laissé dominer par ses idées de protection. Mais l'économie de la combinaison connue sous le nom de cheptel à moitié, reste toujours assez difficile à justifier. Voilà un individu qui possède un troupeau de 50 têtes; mais il aurait la possibilité de loger, nourrir et soigner 100 bêtes. Il en obtient 50 d'un propriétaire qui veut créer, avec lui, un cheptel à moitié. Par conséquent, moyennant le fumier, le laitage et les travaux des bêtes, il va être obligé de nourrir et soigner ces 50 bêtes, dont le propriétaire percevra la laine et le croît. Il est vrai que les deux contractants seront associés dans la perte comme dans le profit, ce qui donne à l'opération un caractère aléatoire, sans la rendre plus pratique.

Si le troupeau périt en tout ou en partie, la perte est pour la société, par conséquent pour les deux parties, et à concurrence de moitié pour chacune d'elles si le cheptel est à moitié.

A la fin du bail, le troupeau, devenu commun, sera partagé entre les deux parties dans l'état où il se trouve.

SECTION IV.

Du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire.

§ 1. — Du cheptel donné au fermier.

444. — Définition, art. 1821.
445. — Charge des risques, art. 1822 conséquence de l'art. 1823.
446. — Des fumiers, art. 1824; — Des cas fortuits, art. 1825; — Restitution du cheptel, art. 1826.

444. D'après une remarque déjà faite, le cheptel donné au fermier ou au métayer présentait une certaine utilité en rendant, au moyen des fumiers qu'il procurait, l'exploitation agricole plus facile et plus fructueuse. Mais l'emploi des engrais chimiques a eu pour résultat, dans certaines régions, de faire disparaître cet antique procédé.

ART. 1821. Ce cheptel (aussi appelé *cheptel de fer*) est 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 troupeau devient dans ce cas immeuble par destination, ce qui n'aurait pas lieu s'il était livré à un étranger. Le fermier est, en quelque sorte, constitué administrateur du cheptel. Nous pensons qu'à ce titre il est autorisé à vendre les animaux vieux ou impropres au service, mais à la charge de les remplacer *pour laisser à la fin du bail* des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus. Donc, s'il vend des animaux sans les remplacer ensuite, il viole la loi du contrat et s'expose à une action en résolution, mais ne commet pas d'abus de confiance (1).

Cette faculté de vendre résulte des pouvoirs d'administration du fermier; elle ne rentre donc pas dans le gage

(1) Trib. Chambéry, 11 déc. 1883, *Le Droit* du 4 juin 1884; AUBRY et RAU, § 375, texte et note 15; GUILLOUARD, t. II, n° 943; *Contrà*, LAURENT, t. XXVI, n° 118; Bourges, 17 déc. 1868, D. 69, 2, 47.

commun de ses créanciers, et, par suite, ces derniers ne pourraient faire saisir une partie du cheptel, sous prétexte que cette partie excéderait la valeur du cheptel reçu (1).

445. Le cheptel de fer, en ce qui touche les risques, est autrement réglementé que le cheptel simple.

ART. 1822. L'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété, mais néanmoins le met à ses risques.

C'est une conséquence de ce que

ART. 1823. Tous les profits appartiennent au fermier pendant la durée de son bail, s'il n'y a convention contraire.

Nous avons, en effet, déjà vu que l'art. 1819 autorisait les parties à convenir que le bailleur aurait une part dans les petits profits, ou recevrait plus que la moitié des laines ou du croît.

446. Il faut, en outre, observer que

ART. 1824. Dans les cheptels donnés au fermier, le fumier n'est point dans les profits personnels des preneurs, mais appartient à la métairie, à l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé.

Le législateur revient ensuite sur la question des risques, pour constater que les parties peuvent, en définitive, la régler comme bon leur semble.

ART. 1825. La perte, même totale et par cas fortuit, est en entier pour le fermier, s'il n'y a convention contraire.

Le propriétaire a le droit de reprendre sa ferme dans l'état où il l'a livrée au fermier.

Par conséquent,

ART. 1826. A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire; il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu. — S'il y a du déficit, il doit le payer; et c'est seulement l'excédent qui lui appartient.

§ 2. — Du cheptel donné au colon partiaire.

447. — Différences avec le cheptel simple, art. 1827 à 1830.

447. On a cru nécessaire de consacrer un paragraphe spécial aux règles du cheptel donné au colon partiaire.

(1) *Contrà*, AUBRY et RAU, *loc. cit.*, note 16; GUILLOUARD, *loc. cit.*

Cependant, le contrat qui est alors conclu ne présente rien de particulier. C'est un contrat soumis en principe à toutes les règles du cheptel simple.

ART. 1827. Si le cheptel périt en entier sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur.

ART. 1828. On peut stipuler que le colon délaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire; — Que le bailleur aura une plus grande part du profit; — Qu'il aura la moitié des laitages : — Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte.

ART. 1829. Ce cheptel finit avec le bail à métairie.

ART. 1830. Il est d'ailleurs soumis à toutes les règles du cheptel simple.

La seule différence importante à signaler est relative aux clauses qui rendent meilleure la condition du bailleur. Ces clauses sont permises dans le contrat du cheptel donné au colon partiaire, parce que l'on suppose que celui-ci trouve une compensation dans les autres conditions de son bail à métairie.

SECTION V.

Du contrat improprement appelé cheptel.

448. — Cas de l'art. 1831.
449. — Vache *mise au bien;* — bête *prise à l'herbage;* bête *à engraisser.*
450. — Parcage des troupeaux.

448. Enfin, le chapitre consacré au *bail à cheptel,* se termine par une disposition spéciale concernant un contrat improprement appelé *cheptel.*

ART. 1831. Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le profit des veaux qui en naissent.

Le preneur est obligé de nourrir les veaux jusqu'à la livraison. Après trois ou quatre semaines, si le bailleur ne retire pas le veau, il peut être mis en demeure de le faire. Si la vache devient malade, le bailleur la fera traiter à ses frais.

Le contrat prend fin au terme convenu. Si aucun terme n'a été fixé, chacune des parties pourra mettre fin au contrat en donnant congé à l'autre.

En définitive, les parties restent libres de régler, comme bon leur semble, leur condition respective. A ce point de vue, l'art. 1831 était inutile. Mais il était utile comme indication.

Le cheptel proprement dit a toujours été fort rare dans le nord de la France. La réglementation excessive dont il a été l'objet est la principale cause de son médiocre développement.

Au contraire, les contrats ayant pour objet les loyers des vaches, est assez fréquent. Si la vache est adulte, le bail est censé fait pour un an; si elle ne l'est pas, le preneur doit en jouir vache, aussi longtemps qu'il l'a nourrie veau, car il doit avoir le profit des laitages aussi longtemps qu'il a eu la charge de la nourrir pour rien.

449. Quelquefois, la location des vaches se présente sous une autre forme. Elle a pour objet la jouissance d'une vache que le bailleur remet entre les mains du preneur qui profite du croît, du lait et du fumier. Le bailleur ne fait aucuue fourniture; souvent même, il reçoit un prix déterminé. Cette jouissance est censée accordée pour un an; c'est ce qu'on appelle *mettre une vache au bien*. Le preneur doit rendre la bête dans l'état où il l'a reçue, c'est-à-dire pleine si on la lui a remise dans cette condition (1).

Le louage d'une bête *prise à l'herbage* consiste dans le droit que le propriétaire ou fermier d'une pâture accorde à une autre personne de pouvoir adjoindre aux bêtes qu'il met lui-même au pâturage, plusieurs têtes de bétail. Le propriétaire ne peut y mettre ses propres bestiaux sans avoir averti son associé, afin que ce dernier puisse y mener les siens.

Il arrive encore que des bouchers ou marchands de bestiaux placent chez un cultivateur industriel des animaux pour être nourris et engraissés et livrés ensuite au com-

(1) Voy. CLÉMENT, *loc. cit.*, n° 186.

merce. Dans ce cas, le cultivateur fournit la nourriture, les étables et profite du fumier. Le propriétaire, de son côté, paye une certaine somme par tête de bétail, et solde assez souvent tout ou partie des gages du gardien.

450. Enfin, dans certaines régions, il existe des bergers, dont la principale industrie est de faire *parquer* leurs troupeaux, sur les terres d'autrui, moyennant une redevance. Il y a des villages où les habitants ont chacun une certaine quantité de bêtes à laine, qu'ils réunissent en troupeau commun pour les faire paître et parquer. Le parcage commence ordinairement du 20 au 25 juin, et finit du 1er au 11 novembre. On suppute d'abord le nombre des nuits et on les répartit entre les propriétaires participants, à raison du nombre de moutons de chacun et du nombre d'hectares qu'il exploite (1).

APPENDICES AU TITRE VIII.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

451. — Loi applicable aux baux d'immeubles quant à la forme et à la preuve;
452. — Quant aux mesures de sûreté dont ils sont l'objet;
453. — Quant aux obligations qui en dérivent et à la capacité des parties;
454. — Quant à la compétence.
455. — Louage de services.
456. — Contrat de transport. Loi applicable.
457. — Transport international.
458. — Tarifs communs; action, prescription, convention diplomatique.

451. Le contrat de louage est régi quant à sa forme et à son mode de preuve par la loi du pays où il a été conclu, et non par la loi du pays où l'exécution est poursuivie.

Ne pourrait-on pas cependant soutenir que les art. 1715 et 1716 concernant la preuve des baux portant sur les

(1) *Ibid.*

maisons ou les biens ruraux, et prohibant, en cette matière, la preuve testimoniale, doivent être considérés comme se rattachant au régime des immeubles, et obligatoires par conséquent pour les parties, quel que soit le lieu où l'acte a été passé (1)?

Nous ne le pensons pas. Les art. 1715 et 1716 ont plutôt pour but la diminution du nombre des procès (Voy. *suprà*, nº 279) que le régime du sol, et ne paraissent pas inspirés par des considérations d'ordre public. Par conséquent, si le bail d'un bien situé en France était passé dans un pays où les prohibitions analogues à celles qui résultent des art. 1715 et 1716 sont inconnues, en Italie, par exemple, la preuve pourrait se faire conformément à la loi italienne (2).

Mais certaines dispositions, considérées comme loi de sûreté, rentrent sous l'application de l'art. 3 § 1 et sont applicables, quelle que soit la nationalité des parties intéressées, à tous les baux concernant des immeubles situés en France.

Telles sont :

Les art. 1733 et 1734 sur la responsabilité des locataires et du propriétaire en cas d'incendie (3);

L'art. 1768 qui oblige le preneur à avertir le bailleur des usurpations qui sont commises sur son fonds (4);

Les art. 1811, 1819 et 1828 qui édictent des mesures de protection en faveur du preneur dans le bail à cheptel (5).

452. Conformément aux principes généraux, la capacité des parties contractantes, dans le louage comme dans les autres conventions, dépend de leur loi nationale. Mais au point de vue des obligations qui en dérivent, le contrat de

(1) BROCHER, *Cours de Dr. int. pr.*, t. II, p. 210.
(2) LAURENT, *Dr. civ. int.*, t. VIII, nº 161.
(3) BROCHER, *loc. cit.*, p. 213; LAURENT, *loc. cit.*, t. VIII, nº 164.
(4) BROCHER, p. 215.
(5) BROCHER, p. 226.

louage sera soumis à la loi que les parties auront choisie (Voy. t. I, n° 159). A défaut de volonté exprimée sur ce point, il est rationnel, en matière de location d'immeubles, de supposer que les parties ont entendu se soumettre à la loi de la situation des immeubles (1), surtout pour les cas ordinairement réglés par l'usage des lieux, comme pour les congés. Un étranger ne pourrait être relevé de la déchéance encourue pour tardiveté de congé, que s'il avait été empêché par la force majeure de le donner en temps utile (2).

453. En ce qui touche la compétence, les tribunaux français seraient compétents pour connaître, même entre étrangers, de contestations relatives à l'exécution d'un bail devant s'exécuter en France. Mais ils seraient incompétents pour connaître d'une demande en paiement de loyers dus pour la location d'un immeuble situé en pays étranger, alors même qu'au moment de l'instance le défendeur serait établi comme commerçant en France (3). Le contrat de louage passé en France pourrait être considéré dans certains cas, surtout s'il s'agit de meubles, comme emportant élection de domicile en France. Ainsi il a été jugé qu'un étranger, en louant un piano à une maison étrangère, à Paris, a fait évidemment élection de domicile dans cette ville pour l'exécution du contrat (4).

454. A l'égard du louage de services, ou d'ouvrage, l'article 1780 qui ne permet d'engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, doit encore être considéré comme contenant une disposition de police obligatoire pour tous ceux qui se trouvent en France.

(1) BROCHER, *loc. cit.*, p. 212, 214 et suiv.; LAURENT, *loc. cit.*, t. VIII, n°s 164 et suiv.
(2) Paris, 29 avr. 1872, D. 72, 2, 145.
(3) Paris, 7 mai 1872, *Bull. C. Paris*, 1872, p. 74.
(4) Trib. Seine, 21 janv. 1885, *La Loi*, du 11 fév. 1885.

Il faut en outre observer que tous les étrangers non admis à domicile qui arrivent dans une commune pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie, et spécialement pour s'engager au service d'autrui, doivent faire à la mairie une déclaration de résidence, en justifiant de leur identité, dans les huit jours de leur arrivée (L. 8 août 1893, art. 1). Il suffit que le patron qui emploie en France un étranger connaisse la qualité de cet étranger, pour que, en l'employant sans que ce dernier ait fait procéder à son immatriculation, il commette la contravention prévue par la loi précitée, sans qu'il puisse exciper de sa bonne foi (1).

455. Le contrat de transport est également soumis, du moins en principe, aux règles générales qui gouvernent les contrats. Il sera donc régi par la loi à laquelle les parties se seront référées. Ce point n'est pas douteux pour les contrats de ce genre passés avec des voituriers ordinaires. A l'égard des contrats passés avec les compagnies de chemins de fer la jurisprudence décide que les parties sont présumées avoir voulu contracter sous l'empire de la loi et des règlements en vigueur dans le pays où le contrat s'est formé (2). Mais pourraient-elles être considérées comme ayant voulu se soumettre à une loi différente? Cela est fort douteux, car les compagnies de chemins de fer ne peuvent contracter, dans chaque pays, que suivant les règles tracées dans leur acte de concession, notamment, comme nous allons le voir, en ce qui concerne les tarifs.

Par conséquent un contrat de transports formé en pays étranger entre un expéditeur étranger et une compagnie de chemins de fer étrangère, pour l'envoi en France de marchandises à expédier du pays où le contrat s'est formé, est

(1) Cas. 6 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, suppl. fév. 1897, p. 281.
(2) Cass. 7 août 1878, S. 78, 1, 471; Cass. 4 juin 1878, S. 80, 1, 428; Cass. Belge, 30 janv. 1879, *Pas.*, 79, 1, 183.

soumis aux lois et règlements régissant en ce pays les contrats de cette nature (1). Ces règlements, quand ils n'ont rien de contraire à l'ordre public établi en France, peuvent être invoqués devans les tribunaux français, à l'encontre d'un destinataire français (2).

Les étrangers qui empruntent les voies ferrées d'un pays, doivent d'ailleurs être admis à se prévaloir, comme les nationaux, des prix portés aux tarifs qui les régissent. En France, ce droit qui résulte pour les étrangers de la liberté du commerce, leur est accordé aussi en vertu des conventions qui consacrent à leur profit la faculté de circuler et de faire circuler leurs marchandises sur le territoire (3).

456. Dans le cas de transport international, la marchandise doit être transportée d'un pays dans un autre, et il n'y a qu'une seule lettre de voiture pour le parcours total. Nous avons déjà vu (*suprà*, n° 555) que, dans cette hypothèse, la jurisprudence admettait l'existence d'une sorte de mandat substitué d'une compagnie à l'autre. Entre l'expéditeur et les divers transporteurs il n'y aurait donc qu'un seul contrat formé dans le pays d'expédition, régi par la loi de ce pays, et que chaque compagnie accepterait successivement d'exécuter.

Par application de cet aperçu, la compagnie de destination, substituée aux compagnies étrangères, doit pouvoir opposer au destinataire qui l'actionne pour retard ou avarie, les lois ou règlements qui régissent le contrat à l'étranger, dans le pays d'expédition (4).

Mais cette solution comporte une restriction nécessaire en ce qui concerne l'application des tarifs et le calcul de l'in-

(1) Besançon, 18 mai 1892, S. 93, 2, 73.
(2) *Ibid.*
(3) Ex. L. 29 déc. 1891, *Off.*, 30 déc. 1891 ; Voy. Bordeaux, 28 juillet 1863, S. 64, 2, 17 ; SARRUT, *loc. cit.*, p. 29, note 4.
(4) Voy. arrêts cités sous la note 1 qui précède.

demnité en cas de retard. Du moment, en effet, que l'expédition a lieu conformément aux tarifs généraux de chaque compagnie, acceptés par l'expéditeur, chaque compagnie n'est tenue d'exécuter le transport que conformément à ses tarifs (1).

Une compagnie intermédiaire n'est responsable d'avaries internes et non apparentes, qu'autant qu'il est établi que ces avaries sont survenues sur son propre réseau (2).

457. Les difficultés ci-dessus examinées sont grandement simplifiées en ce qui touche les transports devant être effectués sur plusieurs réseaux appartenant à des pays différents, quand il existe un tarif commun international formant convention entre les compagnies, et établissant entre elles, à ce point de vue, un lieu d'association.

Ces conventions, aux termes d'une circulaire ministérielle du 4 novembre 1886, doivent être communiquées au ministre avant leur mise en exécution.

Elles peuvent avoir pour objet non seulement les marchandises voyageant seules, mais encore le transport des voyageurs avec bagages.

Ainsi, lorsqu'un voyageur prend un billet pour un pays étranger, paie, au départ, le prix du parcours entier, et fait enregistrer ses bagages pour le lieu de destination, ce n'est que par l'effet des conventions intervenues entre les compagnies sur les réseaux desquelles se fait le parcours, que la compagnie du point de départ s'oblige pour toutes envers le voyageur et reçoit le prix de son transport jusqu'à destination. Le voyageur peut donc poursuivre la compagnie du lieu du départ, sans que celle-ci puisse exciper de ce que la perte ou la soustraction des bagages aurait eu lieu sur le réseau étranger (3). Le voyageur pourrait aussi, en vertu du

(1) Cass. 12 juin 1883, *Le Droit* du 10 sept. 1883.
(2) Cass. 8 déc. 1878, *Bull. des chem. de fer*, 1874, p. 20.
(3) Cass. 17 juill. 1877, *Bull. des chem. de fer*, 1877, p. 185.

même contrat, assigner la compagnie du lieu de destination (1).

Entre Français et étrangers, on appliquera, pour la compétence, les art. 14 et 15 du Code civil, même lorsqu'il s'agit d'une expédition ayant eu lieu en pays étranger (2).

458. Pour la prescription des actions en cas d'avarie, perte ou retard, on appliquera l'art. 108, C. com. Il faut observer à cet égard que les tarifs internationaux des compagnies édictent, parfois, des prescriptions plus courtes à l'encontre des actions *dérivant du contrat de transport* ou *d'une fausse application des tarifs*. De semblables dispositions ne sont pas applicables aux actions ne dérivant pas directement du contrat lui-même, par exemple à l'action en répétition pour perceptions non dues (3).

Nous devons, enfin, faire observer qu'en toute cette matière, il y a lieu de tenir compte de la convention internationale de Berne, du 14 octobre 1890, qui régit presque tous les chemins de fer de l'Europe (4).

N° 2. — *Règles fiscales.*

459. — Baux à loyer, à ferme, à cheptel; délais d'enregistrement et tarif.
460. — Bail verbal d'immeubles; déclaration à faire.
461. — Baux dont le prix est payable en denrées.
462. — Sanction de l'obligation de faire enregistrer dans un certain délai.
463. — Déclaration quant aux fruits dus à la succession du bailleur.
464. — Louage de services, marchés, entreprises et autres conventions analogues.
465. — Droit de titre sur les jugements portant liquidation de ces marchés.

(1) Cass. 15 avr. 1873, *Bull. des chem. de fer*, 1874, p. 116; Voy. sur tous les points ci-dessus VINCENT et PÉNAUD, *Dict. de Dr. int. privé*, v° *Transports par terre*.
(2) SARRUT, *loc. cit.*, n° 803.
(3) Chambéry, 10 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 9 fév. 1897.
(4) Voy. L. 29 déc. 1891, *J. Off.* du 30 déc. 1891.

459. Les baux à loyer ou à ferme se font par acte authentique, par acte sous seing privé ou verbalement.

Le bail authentique doit être enregistré dans les dix jours de sa date. En cas de retard, les droits et l'amende sont à la charge du notaire.

Les baux, sous-baux, cessions et subrogations de baux *de biens immeubles*, faits sous signature privée, doivent être enregistrés dans le délai de trois mois s'ils sont faits en France; de six mois, s'ils sont faits en Europe; d'une année, si c'est en Amérique; et de deux ans si c'est en Asie ou en Afrique, à peine du double droit (L. 22 frim. an VII, art. 22 et 39).

L'enregistrement dans les délais prescrits n'est obligatoire que pour les baux de biens immeubles (1).

Quant au tarif des droits à acquitter, il est le même pour les baux des biens meubles et immeubles.

Les baux à loyer des biens meubles ou immeubles, les baux de pâturage et nourriture d'animaux, les baux à cheptel ou reconnaissance de bestiaux, et les baux ou conventions pour nourriture de personnes, lorsque la durée en est limitée, sont sujets au droit d'enregistrement de 0 fr. 02 0/0 sur le prix cumulé de toutes les années (2). Quand même la convention contiendrait une promesse de vente du meuble loué (3). Ce droit est exigible lors de l'enregistrement. Toutefois, si le bail est de plus de trois ans, et si les parties le requièrent, le montant du droit pourra être fractionné en autant de paiements égaux qu'il y aura de périodes triennales dans la durée du bail. Le paiement des droits afférents à la première période sera seul acquitté lors de l'enregistrement, et celui des périodes subséquentes aura

(1) AGNEL et CARRÉ, *Code-Manuel des propriétaires*, etc., n° 91, note 1.

(2) L. 16 juin 1824, art. 1er, qui a remplacé l'art. 69, § 2 de la loi du 22 frim. an VII, et l'art. 8 de la loi du 27 ventôse an IX.

(3) Cass. 22 fév. 1887, D. 87, 1, 300.

lieu dans le premier mois de l'année qui commencera chaque période (L. 23 août 1871, art. 11 § 8).

Les sous-locations, cessions et subrogations sont soumises au même droit. Il en serait autrement des ventes de fruits à percevoir. Ainsi la convention par laquelle un fermier, après avoir sous-loué à des colons partiaires une partie des biens qu'il a pris à ferme, cède ultérieurement son bail à un tiers, en lui imposant l'obligation de respecter les droits des colons partiaires, met simplement le tiers à la place du cédant, en tant que cela peut avoir lieu, tant à l'égard du propriétaire qu'à l'égard des colons. C'est donc une cession de bail soumise au droit de 0 fr. 20 0/0, et non une vente de fruits à percevoir, soumise au droit de 2 0/0 (1).

Pour la perception du droit, qu'il s'agisse d'un bail à ferme ou d'un bail à loyer, il faut ajouter au prix du bail toutes les charges imposées au preneur et qu'il doit supporter pour compte du bailleur (L. 22 frimaire an VII, art. 15, n° 1), par exemple la contribution foncière et les grosses réparations. Mais l'obligation de payer six mois d'avance à l'époque de l'entrée en jouissance, ou la quittance qui est donnée à ce sujet dans le bail, ne sont passibles d'aucun droit, comme étant des dispositions dérivant de la convention même (2).

460. Lorsqu'il n'existe pas de conventions écrites constatant une mutation de jouissance de biens immeubles au moyen d'une location, il y est suppléé par des déclarations détaillées et estimatives qui doivent être faites au bureau de l'enregistrement, ou chez les percepteurs des contributions directes dans les communes où il n'existe pas de bureau de l'enregistrement, dans les trois mois de l'entrée en jouissance. Si la location est faite suivant l'usage des lieux, la déclaration en contiendra mention.

(1) Cass. 31 mai 1888, S. 90, 1, 84.
(2) *Décis. minist.* du 10 août 1815 et 6 déc. 1820.

Les droits d'enregistrement deviennent exigibles dans les vingt jours qui suivent l'échéance de chaque terme, et la perception en est continuée jusqu'à ce qu'il ait été déclaré que le bail a cessé ou qu'il a été résilié (L. 23 août 1871, art. 11, § 1, 2 et 3).

En cas de déclaration insuffisante, l'administration pourra recourir soit à l'expertise, soit aux autres moyens de preuve indiqués par l'art. 19 de la loi de frimaire (L. précitée, art. 15).

En cas de location verbale, la déclaration sera faite par le preneur ou par le bailleur, qui est tenu du paiement des droits, sauf son recours contre le preneur. Les parties restent néanmoins solidaires pour le paiement du droit simple (L. 23 août 1871, art. 11, § 5; L. 25 fév. 1872, art. 10).

Les déclarations souscrites pour la perception du droit d'enregistrement d'un bail, même quand elles n'ont pas été critiquées dans le délai de la loi, ne sont pas opposables à l'administration de l'enregistrement pour la perception du droit de mutation dû par suite du décès du déclarant, sur les immeubles faisant l'objet des locations déclarées, et ne font pas obstacle à ce que l'administration use de son droit de recourir à une expertise (1).

Les propriétaires peuvent donc faire figurer cet impôt par eux acquitté sur leurs quittances de loyer, avec les autres charges, telles que : contributions de portes et fenêtres, impôts divers et autres accessoires de la location.

Ne sont pas assujetties à la déclaration, les locations verbales ne dépassant pas trois ans et dont le prix annuel n'excède pas 100 francs. Toutefois, si le même bailleur a consenti plusieurs locations verbales de cette catégorie, mais dont le prix cumulé excède 100 francs annuellement, il sera tenu d'en faire la déclaration et d'acquitter personnellement et sans recours les droits d'enregistrement. Le

(1) Cass. 13 déc. 1882, D. 83, 1, 347.

recours du propriétaire contre le locataire n'a lieu qu'autant que le prix de la location verbale est supérieur à 100 francs annuellement (L. 23 août 1871, art. 11 § 6 et 7).

461. Pour les baux stipulés payables en quantité fixe de grains et denrées dont la valeur est déterminée par des mercuriales, la liquidation du droit à percevoir sera faite d'après l'évaluation du montant du prix des baux résultant d'une année commune, de la valeur des grains ou autres denrées, selon les mercuriales du marché le plus voisin. On formera l'année commune d'après les quatorze dernières années antérieures à celle de l'ouverture du droit; on retranchera les deux plus fortes et les deux plus faibles; l'année commune sera établie sur les douze années restantes (L. 15 mai 1818, art. 75.)

462. A défaut d'enregistrement d'un bail sous seing privé dans les délais fixés, le bailleur et le preneur sont tenus personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire (1), d'un droit en sus, lequel ne peut être inférieur à 0 fr. 50. Le bailleur peut s'affranchir du droit en sus qui lui est personnellement imposé, ainsi que du versement immédiat des droits simples, en déposant dans un bureau d'enregistrement l'acte constatant la mutation de jouissance. Outre le délai fixé pour l'enregistrement de cet acte, un délai d'un mois est accordé au bailleur pour faire ce dépôt (L. 23 août 1871, art. 14).

463. Les fruits civils, sans qu'il y ait à distinguer entre le loyer des maisons et le prix des baux à ferme, sont réputés s'acquérir jour par jour. Le propriétaire y a droit, depuis le dernier terme par lui perçu jusqu'à son décès, survenu avant une nouvelle échéance. Supposons, par exemple, qu'il ait touché un semestre exigible le 24 décembre, et qu'il soit décédé le 24 avril suivant, deux mois avant l'expiration d'un

(1) Cass. 23 juill. 1878, D. 78, 1, 464.

nouveau terme semestriel, il se sera trouvé, au moment de son décès, titulaire d'une créance active, correspondant à la partie écoulée, quoique non échue, du semestre au cours duquel s'est produit son décès. Cette créance devra donc être comprise dans la déclaration de succession à faire par ses héritiers.

Par cela seul, en effet, que le terme n'est pas encore échu au moment de l'ouverture de la succession, il faut présumer, sauf preuve contraire, que la créance n'était pas éteinte, et existait *in parte quâ* dans le patrimoine du *de cujus*.

A l'inverse, s'il s'agit de loyers ou fermages dus au début du bail, et échus avant la mort du *de cujus*, il faudra supposer que le débiteur s'est libéré, et qu'il n'existe de ce chef, dans le patrimoine du défunt, aucune créance à déclarer (1).

464. Les louages de services et les marchés de constructions ou autres conclus dans les termes de l'art. 1787 sont soumis au droit proportionnel de 1 0/0 (L. 22 frim. an VII, art. 69 § 3 2°). Mais les marchés et traités réputés actes de commerce, et donnant lieu au droit proportionnel précité, s'ils ont été faits par acte sous seing privé, seront enregistrés provisoirement moyennant un droit fixe de 2 francs. Le droit proportionnel sera perçu lorsqu'un jugement portant condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance interviendra sur ces marchés ou traités ou qu'un acte public sera fait et rédigé en conséquence, mais seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet soit de la condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, soit des dispositions de l'acte public (L. 11 juin 1859, art. 22). En ce cas, l'administration a action pour le recouvrement du droit proportionnel contre la partie qui a concouru à l'acte

(1) Trib. Langres, 10 mai 1882, *Journ. de l'Enreg.*, 1893, p. 424, n° 22099, rapporté également dans une dissert. de M. PASCAUD, *Rev. crit.*, 1893, p. 519.

public, et aussi contre la partie qui n'y a pas concouru (1).

Il y a quelquefois difficulté pour savoir si la convention envisagée constitue un contrat de louage. Que faut-il décider, par exemple, de la convention par laquelle une ville concède à un entrepreneur, pour une période déterminée, l'exploitation à ses risques et périls d'un théâtre avec la jouissance de la salle, etc. (2)?

La jurisprudence, en général, voit dans ce contrat, et avec raison, un louage d'ouvrage assimilé à un marché. Cette solution a été cependant contestée par cette considération qu'en pareil cas la ville stipule dans l'intérêt de l'art, c'est-à-dire dans un intérêt purement immatériel, et que la subvention constitue plutôt une récompense qu'une rémunération, attendu qu'elle est toujours bien supérieure aux charges imposées à l'entrepreneur (3). En fait, ce dernier motif est inexact. Mais comment peut-on dire que l'objet de ce contrat est *immatériel?* C'est vouloir transporter en cette matière et sans analogie, la difficulté déjà examinée au sujet des conventions relatives à l'exercice des professions libérales (Voy. *suprà,* nos 379 à 381). D'un côté, nous voyons une partie qui s'oblige à certaines prestations qui n'ont rien d'immatériel, et de l'autre, une partie qui s'oblige à rémunérer ces prestations au moyen d'un prix en argent complété par d'autres avantages.

465. Les marchés de constructions, réparations et autres donnent lieu à une liquidation. Le jugement portant liquidation du compte de travaux opérés par un entrepreneur en exécution de conventions verbales, et fixant la somme due à cet entrepreneur, constate les conventions intervenues et de plus en détermine les effets; il forme ainsi titre entre les

(1) Cass. 19 janv. 1885, D. 85, 1, 321.
(2) Voy. Marseille, 12 juin 1890, S. 91, 2, 177, etc.
(3) Voy. WAHL, *Rev. crit.*, 1892, p. 206.

parties, et doit dès lors être soumis au droit de titre (1). Peu importe qu'il s'agisse de travaux faits au jour le jour, sans que des devis aient été préalablement dressés et consentis, les travaux, dans ces conditions, étant effectués en exécution d'une série de marchés de louage d'ouvrage tels que ceux prévus par les art. 1710, 1711, 1779, C. C., et soumis au droit proportionnel de 1 0/0 (2).

(1) Cass. 18 juin 1884, D. 85, 1, 26.
(2) *Ibid.*

FIN DU TOME DIXIÈME.

APPENDICE AU TOME DEUXIÈME.

LOI DU 20 JUIN 1896 PORTANT MODIFICATION DE PLUSIEURS DISPOSITIONS LÉGALES RELATIVES AU MARIAGE, DANS LE BUT DE LE RENDRE PLUS FACILE.

---

466. — Texte de la loi du 20 juin 1896.
467. — Analyse de cette loi ; un seul acte respectueux est désormais suffisant.
468. — Suite.
469. — Conclusion.

466. Dans notre second volume, publié en 1892, nous avons constaté que le fonctionnement des actes respectueux ne produisait aucun bon résultat, et qu'il était déjà question de n'exiger qu'un seul acte respectueux (Voy. t. II, n° 51).

La réforme projetée a été réalisée, et voici le texte de la loi du 20 juin 1896 qui la consacre, en modifiant certaines autres dispositions relatives au mariage :

Art. 1er. L'art. 73 du Code civil est ainsi modifié :

« *Art. 73.* L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules ou, à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

« Hors le cas prévu par l'art. 160, cet acte de consentement pourra être donné, soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et, à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires français. »

Art. 2. L'art. 151 du Code civil est ainsi modifié :

« *Art. 151.* Les enfants de famille ayant atteint la majorité

fixée par l'art. 148 sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère ou celui de leurs aïeuls et aïeules lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

« Il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. »

Art. 3. L'art. 152 du Code civil est ainsi remplacé :

« *Art. 152.* S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira. »

Art. 4. L'art. 153 du Code civil est ainsi remplacé :

« *Art. 153.* Sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'art. 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Toutefois, les futurs époux auront toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement donné par cet ascendant. »

Art. 5. Les dispositions suivantes sont ajoutées à l'art. 155 du Code civil :

« Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules pour la branche à laquelle ils appartiennent attestent ce décès; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage.

« Si les ascendants dont le consentement ou conseil est requis sont décédés et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à ser-

ment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus.

« Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et de leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention, dans l'acte de mariage, desdites déclarations. »

Art. 6. L'art. 4 de la loi du 18 décembre 1850 est ainsi modifié :

« *Art. 4.* Les extraits des registres de l'état civil, les actes de notoriété, respectueux, de consentement, de publications, de délibérations du conseil de famille, les certificats de libération du service militaire, les dispenses pour cause de parenté, d'alliance ou d'âge, les actes de reconnaissance des enfants naturels, les actes de procédure, les jugements et arrêts dont la production sera nécessaire dans les cas prévus par l'art. 1er, seront visés pour timbre et enregistrés gratis, lorsqu'il y aura lieu à enregistrement.

« Il ne sera perçu aucun droit de greffe ni aucun droit de sceau au profit du Trésor sur les minutes et originaux, ainsi que sur les copies ou expéditions qui en seraient passibles.

« L'obligation du visa pour timbre n'est pas applicable aux publications civiles ni aux certificats constatant la célébration civile du mariage.

« Les actes respectueux comme les actes de consentement seront exempts de tous droits, frais et honoraires, à l'égard des officiers ministériels qui les recevront; il en sera de même pour les actes de consentement reçus, à l'étranger, par les agents diplomatiques ou consulaires français. »

Art. 7. L'art. 179 du Code civil est ainsi complété :

« Les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles d'opposition. »

Art. 8. Les dispositions de la présente loi sont applicables

à l'Algérie, ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

467. La loi de 1896 a déjà fait l'objet d'études intéressantes (1).

L'art. 1er a pour but de donner à l'officier de l'état civil du domicile des parties, et aux agents diplomatiques ou consulaires français, le pouvoir de dresser acte du consentement des ascendants au mariage de leurs enfants ou descendants. Si les fils ou filles mineurs de vingt et un an n'ont plus ni père ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou que ceux-ci soient dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement est exprimé par le conseil de famille, et l'acte de consentement doit être dressé par un notaire (2).

Désormais un seul acte respectueux suffira dans les cas où, antérieurement, il en fallait trois (art. 2), et la mère en faveur de qui le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui a obtenu la garde de l'enfant, aura le droit de consentir utilement au mariage de celui-ci, quand le père refuse son consentement. Cette solution est motivée principalement par la considération des rapports étroits que la garde de l'enfant maintient entre celui-ci et sa mère. Sa mère est présumée connaître mieux que le père ses véritables intérêts.

Cela ne veut pas dire que le père est déchu du droit de consentir au mariage que lui confère l'art. 148. Son droit s'exercera concurremment avec celui de la mère, et en cas de refus de l'un des deux, le consentement de l'autre suffira.

Il est de toute évidence que l'obtention de la garde des enfants constitue une condition purement relative ne pouvant produire d'effets qu'à l'égard des enfants dont la garde a été obtenue par la mère. Par conséquent lorsque le divorce ou la séparation de corps est prononcé au profit de

(1) Voy. BLANC DU COLLET, *Comment. de la loi du 29 juin 1896.*
(2) *Circ. Chanc.*, 23 juill. 1896.

la femme, et qu'il existe un enfant majeur de vingt et un ans, mais n'ayant pas encore atteint la majorité de vingt-cinq ans, la garde de cet enfant ne pouvant lui être attribuée, l'une des conditions de la loi fait défaut, et par suite le consentement de la mère ne suffira pas. On a proposé de distinguer suivant qu'il n'y aurait pas ou qu'il y aurait d'autres enfants mineurs dont la femme aurait obtenu la garde. Dans ce cas, dit-on, il paraît logique *d'induire* qu'elle aurait également obtenu la garde de l'enfant majeur de vingt et un ans, s'il eût été mineur (1)! D'abord cela est fort douteux; mais quand même l'affirmative serait admissible, il n'en est pas moins vrai qu'elle n'a pas eu la garde de cet enfant, et dès lors en cas de dissentiment avec le père, son consentement au mariage de ce fils ne peut suffire, car le motif de la loi fait absolument défaut.

Il y a encore d'autres hypothèses, qui, sans doute, se présenteront fort rarement, mais ne sont pas impossibles : Ainsi :

Le père et la mère sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou décédés, laissant des enfants mineurs; les aïeux de l'une des deux lignes paternelle ou maternelle sont également dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou décédés. Mais les aïeux de l'autre ligne sont tous deux vivants. Postérieurement aux faits qui ont entraîné la déchéance légale du père et de la mère, ou à leur décès, les aïeux survivants de la même ligne divorcent ou se séparent de corps; le divorce ou la séparation est prononcé en faveur de l'aïeule qui obtient la garde de son petit-fils. Il y aura lieu dans ce cas à l'application de l'art. 3 de la loi nouvelle.

468. L'art. 4 de la même loi se borne à substituer au texte ancien de l'art. 153 une disposition destinée à faciliter le mariage de ceux dont les ascendants subissent la peine de

(1) BLANC DU COLLET, *loc. cit.*, p. 29-30.

la relégation, ou sont maintenus aux colonies en conformité de l'art. 6 de la loi du 3 mai 1854.

Les autres dispositions de la loi nouvelle consistent d'abord à ajouter à l'art. 155, C. C., trois paragraphes reproduisant le texte de l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII (Voy. t. II, n° 54), avec cette seule modification que, désormais : « *Il sera procédé* à la célébration du mariage des « majeurs sur leur déclaration... », alors que le texte primitif portait : « *Il peut être procédé...* »

En outre, dans l'intérêt des indigents, l'art. 6 modifie l'art. 4 de la loi du 10 décembre 1850. Le bénéfice de ces dispositions n'est acquis que moyennant la production du certificat d'indigence, visé et approuvé par le juge de paix. La chancellerie a décidé que, désormais, au lieu de remettre le certificat à la personne qu'il concerne, le maire ou le commissaire de police qui l'aura dressé l'enverra par la poste au juge de paix, en y joignant le certificat négatif ou l'extrait du rôle délivré par le percepteur. Après avoir apposé, s'il y a lieu, son visa sur le certificat d'indigence, le juge de paix renverra par la même voie les pièces à la mairie ou au commissariat de police, où elles seront tenues à la disposition des intéressés. Cette double transmission se fera sans frais (Circ. Chancell., 23 juill. 1896).

469. En résumé, l'économie de la loi nouvelle fait au fils de famille ayant atteint la majorité de vingt-cinq ans le même sort qu'à ceux qui ont dépassé trente ans. On peut trouver la réforme médiocre. Ce qu'il y a de profondément blessant et irrespectueux dans l'acte appelé respectueux, c'est l'ultimatum ou mise en demeure qui le caractérise. Les esprits timorés s'en abstiendront et renonceront au mariage projeté; les autres pourront passer outre, et peut-être trouveront une excuse dans l'accomplissement de ce qu'ils pourront considérer comme un devoir supérieur.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME DIXIÈME.

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE SIXIÈME.

De la vente.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DE LA VENTE.

§ 1er. — **Généralités sur la nature, les effets et la forme de la vente.** 6

1. — Définition de la vente, art. 1582; comparaison avec l'échange. 7
2. — Preuve de la vente; cas où il a été convenu qu'un écrit serait rédigé. 9
3. — Obligation de livrer résultant de la vente; transfert de la propriété de la chose vendue. 12
4. — Suite. 14
5. — C'est le transfert de la propriété qui permet de distinguer la vente du louage. — Applications aux récoltes et produits des carrières; 16
6. — Aux machines et appareils industriels livrés moyennant des paiements successifs. 18
7. — Le transfert de la propriété peut, d'ailleurs, révéler un contrat autre que la vente. 18
8. — Éléments essentiels du contrat de vente. 19
9. — Ventes par correspondance ou par mandataire. 19
10. — Achats sous réserve de déclarer commande, ou pour acheteur à désigner. 22
11. — Effets translatifs de la vente d'un corps certain, art. 1583. . 23
12. — Du consentement sur la chose et le prix. — Erreur. — Taxes nouvelles mises sur la chose vendue avant sa livraison. .

§ 2. — **Modalités et manières d'être de la vente.** 25

13. — Conditions, termes, etc., art. 1587; — *Pactum displicentiæ* et autres. 27
14. — Autres modalités. 28
15. — Vente au compte, au poids ou à la mesure, art. 1585. . . 29
16. — Cas où la vente a pour objet ce qu'on a appelé un *genus limitatum*. . . . . .

Pages.

17. — Cas où le pesage, etc. est nécessaire pour faire apparaître le prix 31
18. — De la vente en bloc, art. 1586; règles générales. 33
19. — Quand y a-t-il vente en bloc. 35
20. — De la vente *ad gustum*, art. 1587. 35
21. — Goût personnel, goût commun. 37
22. — Ventes sur échantillon. 37
23. — Vente à l'essai, art. 1588. 39

§ 3. — **Des promesses de vendre ou d'acheter.**

24. — Promesses réciproques ou synallagmatiques. Formule de l'article 1589; précédents historiques. La propriété est transférée immédiatement. 41
25. — Conséquences. 43
26. — Des promesses non réciproques ou unilatérales, soit de vendre, soit d'acheter. Conditions dans lesquelles se produisent les promesses obligatoires de vendre. 44
27. — Objet précis d'une promesse de ce genre; son effet translatif de propriété. 46
28. — Solution différente donnée par la jurisprudence et quelques auteurs. 47
29. — Cette solution repose sur une équivoque entre l'effet direct de la promesse obligatoire de vendre, et l'effet de la déclaration d'acceptation qui ne peut opérer que comme condition. 47
30. — Suite 49
31. — Conclusion. 51
32. — Les promesses unilatérales d'acheter ou de vendre sont transmissibles et cessibles, mais ne peuvent être exercées par les créanciers. 52
33. — Clause de dédit. Arrhes, art. 1590. 53

§ 4. — **Du prix.**

34. — Conditions que doit remplir le prix. 54
35. — En quel sens il représente la chose. 56
36. — Il est fixé par les parties, art. 1591, ... 57
37. — Ou laissé à l'arbitrage d'un tiers, art. 1592; comment procède ce tiers-mandataire. 58
38. — Frais de la vente, art. 1593. 61

CHAPITRE II.

QUI PEUT ACHETER OU VENDRE.

39. — Liberté d'acheter ou de vendre, art. 1594. 64
40. — Interdiction entre époux du contrat de vente, sauf dans certains cas de dation en paiement, art. 1595. 66
41. — Première exception admise par l'art. 1595. 67

Pages.

42. — Deuxième exception; elle n'est pas limitée aux conjoints communs en biens. 68
43. — Application aux remplois offerts par le mari à la femme. . . 70
44. — Controverse sur ce point. 71
45. — Troisième exception. 73
46. — Réserve du droit des héritiers réservataires dans les cas ci-dessus. 74
47. — Sanction de la prohibition de la vente entre époux. Par qui la nullité peut-elle être proposée? 74
48. — Les autres contrats à titre onéreux sont, en principe, permis entre époux. 76
49. — Prohibition d'acheter édictée à l'égard de certains administrateurs quant à certains biens, art. 1596; d'abord à l'égard des tuteurs; 76 78
50. — Ensuite à l'égard des mandataires. 79
51. — Représentants des personnes morales et autres. 80
52. — Sanction de l'art. 1596. 80
53. — L'art. 1596 s'applique aux créances. — Rappel de l'art. 450 défendant aux tuteurs d'accepter aucune cession de créances contre leurs pupilles. — *Quid* des mandataires généraux? 81
54. — Prohibitions spéciales édictées à l'égard des magistrats, etc., art. 1597. 83
55. — Caractères de l'action en nullité résultant de la violation de l'art. 1597; controverse sur ce point. 86

CHAPITRE III.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

56. — Objet du chapitre. 87
57. — Liberté de la vente quant aux choses qui en font l'objet, article 1598. 87
58. — Vente de clientèles, d'animaux atteints de maladies contagieuses; 88
59. — De billets d'aller et de retour, ou d'affichage. 89
60. — Cas où la chose vendue appartenait déjà à l'acheteur. . . . 89
61. — Vente de la chose d'autrui, art. 1599; champ d'application de cet article. 90
62. — Nécessité de recourir à la législation romaine sur ce point. . 92
63. — En droit français le point de vue doit être le même qu'en droit romain, mais la solution doit être différente. . . . 93
64. — Caractère de la nullité édictée par l'art. 1599. 93
65. — Cette nullité a pour base une erreur de l'acheteur portant sur une qualité substantielle de la chose. 94
66. — Cette nullité est donc relative et ne peut être invoquée que par l'acheteur. 95
67. — *Quid* si l'acheteur a le moyen de conserver la chose? . . .

Pages.

68. — Confirmation de la vente par l'acheteur lui-même, soit expressément, soit tacitement. 97
69. — Choses futures, leur vente est permise sauf en ce qui touche les successions non ouvertes, art. 1600. Meubles par *anticipation;* application à la vente du poisson d'un étang. . 99
70. — Perte de la chose avant la vente, art. 1601. 100

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

SECTION PREMIÈRE. — *Dispositions générales.*

71. — Règle générale d'interprétation, art. 1602. 102
72. — Transition, art. 1603. 103

SECTION II. — *De la délivrance.*

§ 1er. — **Notions générales sur la délivrance.**

73. — Il ne peut être question ni d'une délivrance quant à la propriété, ni d'une délivrance quant à la possession juridique. 104
74. — Définition de la délivrance quant à l'art. 1604. 105
75. — Actes équivalant à délivrance pour les immeubles, d'après l'art. 1605. 106
76. — Délivrance des meubles, art. 1606; à quoi sert la tradition réelle. 107
77. — Tradition consensuelle; à quoi sert-elle? 108
78. — Délivrance des *meubles par anticipation.* 110
79. — Délivrance des droits incorporels, art. 1607; — Frais de la délivrance, art. 1608. 113

§ 2. — **Où, quand et comment se fait la délivrance.**

80. — Où doit se faire la délivrance, art. 1609. 113
81. — Quand doit-elle avoir lieu? Du défaut de délivrance au terme convenu, art. 1610, 1611. 114
82. — Suite. 115
83. — Droit du vendeur quand l'acheteur n'est pas prêt à payer le prix, art. 1612, ... 116
84. — Ou quand il est en déconfiture, etc., art. 1613. 117
85. — En quel état la chose doit être livrée, art. 1614. — Influence des événements pouvant modifier la chose avant sa livraison. 118
86. — Obligation de délivrer les accessoires, art. 1615. Ce qu'il faut entendre par accessoires. 119
87. — Application aux immeubles en général; 121
88. — A la vente d'une ferme; pailles et engrais; 122
89. — A la vente, par parcelles, d'un corps de domaine non affermé, ou affermé; 122

Pages.
90. — A la vente d'un établissement commercial ou d'une usine; . 124
91. — A la vente d'une œuvre d'art. 125

§ 3. — **Règles spéciales concernant la délivrance de la contenance.**

92. — Hypothèses où la contenance n'a pas été indiquée. 126
93. — Hypothèses où la contenance a été indiquée, art. 1616. . . 126
94. — Cas où il y a déficit, art. 1617. 127
95. — Cas où il y a excédent, art. 1618. 128
96. — Autres hypothèses, art. 1619; choix accordé à l'acheteur, art. 1620. 129
97. — Application aux ventes forcées. 130
98. — Frais de mesurage, de contrat, art. 1621, etc. 133
99. — Les règles ci-dessus peuvent être modifiées par les parties; durée des actions qui leur appartiennent, art. 1622. . . 133
100. — Vente de deux immeubles pour un seul prix, art. 1623; question des risques, art. 1624. 135

SECTION III. — *De la garantie.*

101. — Double objet de la garantie, art. 1625; la garantie est-elle une délivrance continue? 136
102. — Existe-t-elle dans les ventes forcées? 138
103. — L'adjudicataire évincé a-t-il un recours contre les créanciers par lui payés? 140

§ 1er. — **De la garantie en cas d'éviction.**

N° 1. — *Règles générales.*

104. — Définition de l'éviction, art. 1626; faits assimilés à l'éviction. 142
105. — L'éviction doit procéder d'une cause antérieure à la vente; applications diverses. 144
106. — L'acheteur ne doit pas être en faute; il supporte les conséquences de tous les faits postérieurs à la vente; fait du prince, alignement, arrêté de délimitation, arrêté pour cause d'insalubrité. 146
107. — Pouvoir des parties de modifier l'étendue de la garantie de droit, art. 1627. 148
108. — Garantie du fait personnel, art. 1628. 150
109. — Des clauses dérogeant à cette garantie. 152
110. — Signification de l'obligation négative imposée au vendeur de ne pas troubler l'acheteur. 153
111. — Distinction entre les actes interdits au vendeur. 154
112. — Application à la vente des fonds de commerce; interdiction au vendeur de se rétablir. 156
113. — Suite : Application aux cessions d'office. 157
114. — Restitution du prix en cas d'éviction, art. 1629. 159
115. — Connaissance par l'acheteur du danger de l'éviction. . . . 160

Pages.

N° 2. — *Règles spéciales en cas d'éviction totale et en cas d'éviction partielle.*

116. — Étendue générale de la garantie en cas d'éviction totale, art. 1630; restitution du prix. 163
117. — Paiement des dommages; restitution des fruits, paiement des frais, etc. 164
118. — Hypothèse où la chose a diminué de valeur au moment de l'éviction, art. 1631. 166
119. — *Quid* en cas de vente d'une chose ayant nécessairement une durée temporaire? Imputations qui doivent être faites sur le prix à restituer. 168
120. — Le vendeur supporte les détériorations de la chose, sauf à appliquer l'art. 1632. 169
121. — Hypothèse où la chose a augmenté de valeur, art. 1633. . . 169
122. — Remboursement des dépenses faites par l'acheteur, art. 1634, 1635. 170
123. — Cas divers d'éviction partielle. 170
124. — Éviction partielle d'une partie divise ou indivise, art. 1636, 1637. 171
125. — C'est seulement la valeur actuelle de la portion enlevée qui doit être remboursée, et non une partie correspondante du prix. 172
126. — De la garantie en cas de charges non déclarées, spécialement pour les servitudes passives non apparentes, art. 1638. . 173
127. — Clauses affranchissant le vendeur de cette garantie. . . . 175
128. — Des servitudes apparentes. 177
129. — Des servitudes actives. 177
130. — Sanction. Renvoi pour les autres questions, art. 1639. . . 178

N° 3. — *Exercice de l'action en garantie. L'action et l'exception sont également divisibles ou indivisibles.*

131. — A qui et contre qui est donnée l'action en garantie. Cas de plusieurs ventes successives. 179
132. — De l'exception de garantie; à qui elle est opposable. . . . 180
133. — Mode d'exercice de l'action en garantie; appel en cause du garant, art. 1640. 181
134. — Conséquences du défaut d'appel en cause du garant. . . . 182
135. — L'obligation de garantie est divisible ou indivisible, suivant que l'objet de la vente était divisible ou indivisible. . . 183
136. — Doctrine des anciens auteurs sur ce point : ils admettaient que l'action était indivisible à cause de l'indivisibilité de la défense due. 184
137. — Cette opinion prévaut chez les auteurs modernes et dans la jurisprudence. 186
138. — *Quid* en ce que touche l'exception de garantie? Les anciens la déclarent divisible et les modernes indivisible. . . . 188
139. — Objection contre la doctrine de la divisibilité de l'obligation de garantie considérée en soi, lorsque l'objet de la vente est divisible. Réfutation. 189

Pages.
140. — Compétence en matière de garantie. 191
141. — Prescription de l'action en garantie. 191

§ 2. — De la garantie des défauts de la chose vendue.

N° 1. — *Garantie des vices cachés dans les ventes ordinaires.*

142. — L'absence d'une qualité n'est pas un défaut. 193
143. — Des défauts cachés; quand la garantie en est-elle due, article 1641? Doivent-ils exister à l'époque du contrat ou de la livraison? 195
144. — Quand le défaut est-il caché? 196
145. — *Quid* dans les ventes de valeurs de bourse, titres au porteur, brevets d'invention, etc.? 198
146. — *Quid* en matière de transmission d'office; 199
147. — Et de ventes d'immeubles? 201
148. — Gravité que doit présenter le vice caché. 202
149. — Des défauts ou vices apparents; le vendeur n'en est pas tenu, art. 1642. 202
150. — La bonne foi du vendeur est indifférente, art. 1643; pouvoirs du juge. 204
151. — Option accordée à l'acheteur, art. 1644. 205
152. — Obligations du vendeur en cas de résolution de la vente, art. 1645 et 1646. 206
153. — Perte de la chose vendue qui avait des vices, art. 1647. . . 208
154. — Transmissibilité de l'action appartenant à l'acheteur. . . . 209
155. — En matière de transmission d'office, il n'y a lieu qu'à une action en réduction. 209
156. — Durée des actions résultant des vices rédhibitoires, art. 1648. 209
157. — Elles n'ont pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice, art. 1649. 211

N° 2. — *Garantie des vices cachés dans les ventes d'animaux domestiques.*

158. — Vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques; L. du 2 août 1884. 211
159. — Rétablissement de l'action en réduction de prix. 215
160. — Caractère limitatif de la nouvelle loi. 216
161. — Vente d'animaux atteints de maladie contagieuse; décret du 28 juillet 1888. 218
162. — Procédure des actions naissant des vices rédhibitoires. . . . 219

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR.

163. — Quand et où le prix doit être payé, art. 1650 et 1651. . . . 222
164. — Comment le prix doit être payé; quand porte-t-il intérêt, art. 1652. 223
165. — Quand l'acheteur peut suspendre le paiement du prix, article 1653. 225

Pages

166. — Résolution de la vente faute de paiement du prix, art. 1654, caractère de l'action en résolution. 228
167. — Pouvoirs du juge en cette matière, art. 1655. 230
168. — Du pacte commissoire, art. 1656. 231
169. — Des tiers acquéreurs; application de la loi du 23 mars 1855. 233
170. — Renonciation à l'action résolutoire; déchéances. 234
171. — Prescription de cette action. 235
172. — Effets de la résolution; application de la loi du 23 mars 1855. 235
173. — Ventes mobilières; résolution de plein droit en cas de non-retirement, art. 1657. 237

CHAPITRE VI.

DE LA NULLITÉ ET DE LA RÉSOLUTION DE LA VENTE.

174. — Objet du chapitre, art. 1658. 240

SECTION PREMIÈRE. — *De la faculté de rachat.*

175. — Définition du pacte de rachat, art. 1659; utilité de ce pacte. 241
176. — Conditions du rachat; pour quel terme il peut être convenu, art. 1660, 1661. 243
177. — Effets de l'expiration du délai, art. 1662. Le vendeur, pour éviter la déchéance, doit-il faire, avant l'expiration du délai, des offres réelles? 246
178. — En cas de solution affirmative, le vendeur devra-t-il consigner la somme offerte? 247
179. — La jurisprudence et les auteurs se contentent, en général, d'une simple manifestation de volonté de la part du vendeur. . 248
180. — Palliatif imaginé par la jurisprudence. 250
181. — Le délai pour l'exercice du réméré court contre toute personne, art. 1663. L'action en retrait est transmissible et cessible. 252
182. — Sa nature juridique; elle est donnée contre un second ou subséquent acquéreur, art. 1664. 253
183. — Droits du vendeur pendant la période précédant l'exercice du réméré. 254
184. — Condition de l'acheteur pendant la même période, art. 1665 et 1666. 255
185. — Cas où la vente à réméré a eu pour objet une fraction indivise, art. 1667. 257
186. — La faculté de rachat est divisible à l'égard du vendeur, article 1668 et 1669, sauf à observer les art 1670 et 1671. . 257
187. — Elle est également divisible à l'égard des acheteurs, art. 1672. 259
188. — Liquidation à faire entre les intéressés après le retrait, article 1673. 259
189. — Du pacte de préférence. 260

SECTION II. — *De la rescision de la vente pour cause de lésion.*

190. — Application aux ventes d'immeubles du principe de la lésion, art. 1674. 261

Pages.
191. — *Quid* en cas de ventes aléatoires? 262
192. — Des renonciations faites par le vendeur. 263
193. — Époque à envisager pour l'estimation de la chose; calcul de la lésion, art. 1675. 263
194. — Délai pour la demande en rescision, art. 1676. 264
195. — Nature juridique de cette demande. 265
196. — Comment la lésion doit être prouvée, art. 1677 et 1678. . . 265
197. — Comment doivent procéder les experts, art. 1679 et 1680. . 266
198. — Droit de l'acheteur quand la rescision est admise, art. 1681. 266
199. — Compte à régler entre les parties, art. 1682. 267
200. — La rescision n'est pas admise en faveur de l'acheteur, article 1683, ni dans les ventes faites d'autorité de justice, art. 1684; renvoi, art. 1685. 268

CHAPITRE VII.

DE LA LICITATION.

201. — Circonstances qui rendent la licitation nécessaire, art. 1686. 269
202. — Entre qui elle peut avoir lieu, art. 1687; renvoi, art. 1688. 269

CHAPITRE VIII.

DU TRANSPORT DES CRÉANCES ET AUTRES DROITS INCORPORELS.

N° 1. — *De la cession considérée en elle-même et entre les parties contractantes.*

203. — Nature de la cession; son champ d'application. 271
204. — Suite. 273
205. — Droits incessibles. 274
206. — Des droits créés en considération de la personne. 275
207. — Des droits mélangés d'obligation; non-cessibilité des dettes. . 276
208. — *Quid* dans certains cas en matière commerciale? 277
209. — De l'insaisissabilité. — Des clauses prohibitives de la cession. 278
210. — La cession est rattachée à la vente considérée comme type. . 279
211. — Elle est parfaite entre les parties par le seul consentement. . 280
212. — Comment s'opère la délivrance du droit cédé, art. 1689. . . 281
213. — Cas de cession *nécessaire, légale, judiciaire*. 282
214. — La cession ne doit pas être confondue avec la subrogation, l'endossement, etc. 283

N° 2. — *De la cession considérée à l'égard des tiers.*

215. — Nécessité d'une signification au débiteur cédé, ou d'une acceptation de celui-ci, art. 1690; champ d'application de cet article. 284
216. — Compréhension de l'expression *action sur un tiers*. 286
217. — De la clause *à ordre*. 289
218. — Comment, à qui et quand la signification doit être faite. . . 289
219. — Effets de la signification 292
220. — Acceptation de la cession par le débiteur. 293

Pages.

221. — Les paiements faits avant la signification sont valables, article 1691 ; comparaison avec l'acceptation. 295
222. — Conflit entre deux cessionnaires de la même créance, ou entre un cessionnaire et un créancier du cédant. 296
223. — Cas d'une cession faite entre deux saisies-arrêts. 297

N° 3. — *Effets de la Cession.*

224. — Le cessionnaire ne devient pas le mandataire *in rem suam* du cédant. 300
225. — Suite; de la maxime *nemo plus juris in alium...* etc. . . . 301
226. — Le cessionnaire peut-il procéder à des actes conservatoires ou autres avant toute signification ? 303
227. — Ce que comprend la cession d'une créance, art. 1692. . . . 304
228. — *Quid* des actions en nullité ou en résolution ? 305
229. — Le cessionnaire est passible de toutes les exceptions opposables au cédant. 307

N° 4. — *De la garantie en matière de cession.*

230. — Garantie de droit quant à l'existence du droit cédé, art. 1693. 308
231. — Ce que doit rembourser le cédant en vertu de ladite garantie. 309
232. — Droits des parties de modifier l'étendue de la garantie. . . 311
233. — Garantie de fait quant à la solvabilité du débiteur cédé, articles 1694, 1695. Solvabilité actuelle; créances exigibles, à terme ou sous condition. 311
234. — Garantie de la solvabilité future; clauses principales ayant pour objet cette garantie. 314

N° 5. — *Vente de droits successifs.*

235. — Le vendeur d'une hérédité ne garantit que sa qualité d'héritier, art. 1696. 315
236. — Obligations respectives du vendeur, art. 1697, et de l'acheteur, art. 1698. 317

N° 6. — *Du retrait litigieux.*

237. — Notion du retrait litigieux; quand est-il possible, art. 1699. 318
238. — Jurisprudence sur ce point. 320
239. — Quand le droit cédé est-il litigieux, art. 1700. 322
240. — Condition d'exercice du retrait litigieux. 323
241. — Ses effets. 325
242. — Cas dans lesquels le retrait litigieux n'a pas lieu, art. 1701. 326
243. — De la cession faite par un tiers non copropriétaire à l'un des copropriétaires du droit cédé. 329

TITRE SEPTIÈME.

De l'échange.

244. — Définition de l'échange, art. 1702; comment il s'opère, article 1703. 331

Pages.

245. — De la garantie en matière d'échange, art. 1704; choix accordé au copermutant évincé, art. 1705. 332
246. — Il n'y a pas lieu à rescision pour lésion, art. 1706. Renvoi pour les autres règles à la matière de la vente, art. 1707. Portée de ce renvoi. 333

APPENDICE AUX TITRES VI ET VII DU LIVRE III.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

247. — Capacités des parties; ventes entre époux; administrateurs, tuteurs. 335
248. — Conditions intrinsèques et effets de la vente. 336
249. — Vente ou cession de créances. 336
250. — Vente d'objets ayant une assiette fixe. 337
251. — Les parties peuvent, pour le même contrat, se soumettre à plusieurs lois différentes 338
252. — Lois applicables aux actions en rescision, en résolution, ou en garantie pour vices rédhibitoires, ... 338
253. — Et aux actions en nullité. 339

N° 2. — *Règles fiscales.*

254. — Limites territoriales de la loi fiscale quant aux immeubles et aux meubles 340
255. — Marchés conclus entre des Français et une ville étrangère. . 341
256. — Biens situés dans les colonies ou en Algérie. 341
257. — Tarif pour les ventes d'immeubles 342
258. — Tarif pour les ventes de meubles. 343
259. — Dégrèvement en faveur des petites ventes judiciaires d'immeubles. 344
260. — Ventes publiques d'objets mobiliers. 345
261. — De la vente envisagée quant à la forme employée pour la réaliser. 346
262. — Projets ou promesses de vente 346
263. — Pacte de rachat 347
264. — Annulation ou résolution de la vente. 348
265. — Vente au poids ou à la mesure. 349
266. — Cession de créances. Retrait litigieux. 349
267. — Tarif en matière d'échange. 349

TITRE HUITIÈME.

Du contrat de louage.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

268. — Définitions, art. 1708 à 1712. — A la différence du louage de choses, le louage d'ouvrage est quelquefois un contrat forcé. 351

Pages.

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES.

Généralités.

269. — Éléments essentiels du louage des choses. 353
270. — Durée de ce contrat Prohibition des tenures perpétuelles. . 353
271. — Du bail à domaine congéable 355
272. — Des baux héréditaires ou a métairie perpétuelle; du droit de marché 357
273. — Nature du contrat de bail. Ce contrat n'engendre pas un droit réel. 358
274. — Sur quoi il peut porter, art. 1713 Bail des meubles. . . . 360
274 *bis*. — Cas de louage forcé d'objets mobiliers. 362
275. — Bail des immeubles. Bail du droit de chasse. 363

SECTION PREMIÈRE. — *Des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.*

§ 1er. — Formes et preuve du bail. Cession du bail et sous-location.

276. — Portée générale des art. 1714 à 1751. 367
277. — Des promesses du bail. 368
278. — Liberté des parties quant à la forme du contrat, art. 1714. . 369
279. — Preuve du contrat; du bail fait sans écrit, n'ayant pas encore reçu d'exécution, art. 1715. 369
280. — Du même bail ayant reçu un commencement d'exécution, art. 1716. 372
281. — Faculté pour le preneur de sous-louer ou de céder son bail, art. 1717; signification et but de cet article. 374
282. — Effet d'une cession de bail ou d'une sous-location. Le bailleur a-t-il une action directe contre le cessionnaire ou le sous-locataire? 375
283. — Décision de la jurisprudence fondée sur le fait de l'occupation des lieux. 377
284. — Différences entre la cession du bail et la sous-location . . . 378
285. — Prohibitions contractuelles de céder le bail ou de sous-louer; leur étendue. Résolution du bail principal. 380

§ 2. — Règles de capacité.

286. — Capacité nécessaire pour le contrat de bail, art. 1718. . . 382
287. — Du bail de la chose d'autrui, bail fait par un usufruitier, ou par la partie saisie. 383

§ 3. — Obligations du bailleur.

288. — Règle générale, art 1715. Jouissance que doit procurer le bailleur quant à la chose et ses accessoires; devoirs du concierge dont le bailleur doit répondre. 384

Pages.

289. — Étendue de la jouissance due au preneur, notamment quant à la vue. 387
290. — Quand et comment doit se faire la délivrance de la chose; obligations du bailleur quant au bon état de la chose louée, art. 1720. 388
291. — De l'action en délivrance. 390
292. — Obligations du bailleur quant aux réparations nécessaires en cours du bail; sanction. 390
293. — Garantie du bailleur quant aux vices de la chose, art. 1721. 392
294. — Quant aux cas fortuits, art. 1722 394
295. — Quant aux actes de l'autorité administrative. Cas d'expropriation totale ou partielle pour cause d'utilité publique. . . 396
296. — Suite. Baux n'ayant pas date certaine. Clause de non-réclamation par le preneur. 398
297. — Le bailleur ne peut changer la forme de la chose louée, article 1723; ni y établir une industrie immorale ou dangereuse. 399
298. — *Quid* d'une industrie simplement incommode; 401
299. — Ou semblable à celle pour laquelle une partie de l'immeuble est déjà louée? 402
300. — De l'interdiction conventionnelle d'établir une telle industrie. 404
301. — Obligation du locataire de laisser visiter les lieux. . . . 405
302. — Des réparations urgentes; le preneur n'est pas tenu de les supporter quelle que soit leur durée, art. 1724. . . . 405
303. — Démolition par un voisin d'un mur mitoyen. 407
304. — Voies de fait commises par des tiers, art. 1725; 409
305. — Ou résultant d'un acte de l'autorité administrative. . . . 411
306. — Des troubles de droit, art. 1726 et 1727. 413

§ 4. — **Obligations du preneur.**

307. — Limites de la jouissance du preneur; des constructions par lui élevées. 415
308. — Obligations principales du preneur, art. 1728; respect de la destination de la chose louée. 416
309. — Suite. 419
310. — Exécution du bail dommageable pour les tiers. 420
311. — A us de jouissance vis-à-vis du bailleur, art. 1729. . . . 420
312. — Restitution de la chose louée suivant qu'il a été fait ou non un état des lieux, art. 1730, 1731 422
313. — Présomption résultant de ce qu'il n'a pas été fait un état des lieux. 424

§ 5. — **Responsabilité du preneur en cas de perte ou d'incendie de la chose.**

314. — Le preneur répond des dégradations ou perte de la chose louée, art 1732.; 425
315 — Spécialement en cas d'incendie, art. 1733. 426
316. — L'art 1733 est-il limitatif quant aux moyens justificatifs qu'il indique? 427

Pages.
317. — Critique de certains arrêts rendus sur la question. 429
318. — Véritable signification de l'art. 1733. 430
319. — Quand cesse l'application de l'art. 1733 ; elle s'étend au louage de meubles ; 431
320. — Mais non au cas où l'incendie a commencé chez un voisin. . 433
321. — Le bailleur peut-il agir directement contre le sous-locataire en vertu de l'art. 1733 ? 434
322. — Éléments de l'indemnité à la charge du preneur. 435
323. — Attribution légale au propriétaire et à certains créanciers de l'indemnité due par les compagnies d'assurances ; Loi du 19 février 1889. 436
324. — Il résulte de cette dernière loi que le propriétaire peut avoir en même temps une action contre le locataire et une action contre l'assureur. 438
325. — Cas où un immeuble est loué à plusieurs locataires distincts, art. 1734 modifié par la loi du 5 janvier 1883. 439
326. — Le locataire chez qui l'incendie s'est déclaré est-il intégralement responsable du sinistre, quand aucune faute n'est établie à sa charge ? 441
327. — Suite. Décision affirmative de la jurisprudence. 442
328. — La loi du 5 janvier 1883 n'a pas un effet rétroactif. L'art. 1734 modifié s'étend aux baux à ferme. 445
329. — Responsabilité du preneur quant au dommage causé par ses sous-locataires et autres, art. 1735. 446

§ 6. — Comment le bail prend fin.

330. — Indications générales. 447
331. — Du congé et des baux faits par écrit ou sans écrit, art. 1736, 1737. 448
332. — Nature et preuve du congé ; dans quels délais il doit être donné. 449
333. — Baux faits pour périodes successives. 451
334. — Tacite réconduction, art. 1738 ; ses effets. 452
335. — Comment elle s'opère ; *quid* s'il y a eu avertissement en sens contraire, art. 1739. 455
336. — En cas de tacite réconduction, les sûretés du premier bail ne passent pas au second ; art. 1740. 456
337. — Résolution en cas de perte de la chose ou d'inexécution des conventions, art. 1741. 457
338. — Du pacte commissoire ou condition résolutoire expresse. . . 457
339. — Ses effets. 459
340. — Déconfiture, faillite ; mort du bailleur ou du preneur, art. 1742. 460
341. — Vente de la chose louée. 461
342. — Suite ; art. 1743. 463
343. — Le preneur n'a aucun droit réel ; conséquences. 464
344. — Quand le preneur peut-il être expulsé par l'acquéreur ? . . 465
345. — Étendue d'application de l'art. 1743. 467

Pages.

346. — Indemnité due au preneur dépossédé par l'acquéreur, articles 1744 à 1747. Faculté de résiliation réservée par ce dernier, art. 1748. 468
347. — Contre qui est donnée l'action en indemnité, art. 1749, 1750 ; de l'acquéreur à pacte de rachat, art. 1751. 469

SECTION II. — *Des règles particulières aux baux à loyer.*

348. — Obligation du locataire de garnir la maison louée, art. 1752. 471
349. — Meubles apportés par un sous-locataire ; obligation de celui-ci, art. 1753. 473
350. — Obligations du locataire quant aux réparations, art. 1754 à 1756 ; Énumérations et descriptions. 476
351. — Modifications conventionnelles. — Quand les réparations sont exigibles. — Obligations relatives au balayage. 479
352. — Bail de meubles pour garnir une maison, art. 1757. 480
353. — Bail d'un appartement meublé, art. 1758. 481
354. — Tacite réconduction, art. 1759 ; Cas de résiliation, art. 1760, 1761, 1762. 482

SECTION III. — *Des règles particulières aux baux à ferme.*

§ 1er. — **Bail à colonage partiaire.**

355. — Définition. Loi du 18 juillet 1889, art. 1. — Nature de ce bail. 484
356. — Le métayer ne peut ni sous-louer ni céder son bail, art. 1763 ; sanction, art. 1764. 486
357. — Partage des fruits et produits, Loi du 18 juillet 1889, art. 2. 487
358. — Commentaire des autres dispositions de cette loi : délivrance, usage et surveillance de la chose. 488
358 *bis*. — Cessation ou résiliation du bail à colonage. 489
359. — Perte des récoltes ; règlement des comptes. Question de preuve. 492
360. — Exploitation par maîtres-valets. — Des estivandiers, estachants, régisseurs et hommes d'affaires. 494

§ 2. — **Bail à ferme ordinaire.**

N° 1. — *Jouissance et obligations du preneur.*

361. — Fixation du prix. Erreur sur la contenance, art. 1765. . . . 495
362. — Obligations principales du preneur, art. 1766 ; assolements et jachères. 496
363. — Engrangement des récoltes, art. 1767. 499
364. — Sanction des articles précédents. 500
365. — Le preneur doit informer le bailleur des usurpations commises sur le fond, art. 1768. 500

N° 2. — *Droits du fermier en cas de perte d'une récolte.*

366. — Diminution des récoltes par cas fortuit. 501
367. — Indemnité ou remise due au fermier dans cette hypothèse, quand le bail est fait pour plusieurs années, art. 1769. . 503
368. — Conditions de cette remise. 504

Pages.
369. — Hypothèse du bail fait pour une année, art. 1770. 506
370. — *Quid* si le cas fortuit survient après la récolte, art. 1771. . . 507
371. — Clauses mettant les cas fortuits à la charge du preneur, art. 1772 et 1773. Distinctions à faire entre les divers cas fortuits. 508

N° 3. — *Fin du bail. Rapports entre le fermier sortant et le fermier entrant.*

372. — Quand finit le bail dont la durée n'est pas limitée par le contrat, art. 1774, 1775. 510
373. — De la tacite reconduction, art 1776. 512
374. — Rapports entre le fermier entrant et le fermier sortant, article 1777. — *Tierce sole; épi traînant.* 513
375. — Logements à fournir par le fermier sortant. 514
376. — Cas où l'art. 1777 n'est pas applicable. 515
377. — Attributions des pailles de l'année, art. 1778. 515

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.

N° 1. — *Indications générales.*

378. — Diverses espèces de louage d'ouvrage, art. 1779. 518
379. — Les travaux dépendant de l'exercice d'une profession libérale peuvent-ils faire l'objet d'un louage d'ouvrage ou d'industrie ? 519
380. — Considérations singulières alléguées en faveur de la négative. 521
381. — Réfutation; conséquences. 522
382. — Distinctions à faire entre les gens de travail, domestiques, ouvriers et employés. 526
383. — Intérêt de la distinction; questions de compétence. 527
384. — Louage de services mélangé de mandat. 529

N° 2. — *Durée du contrat; exercice et effets du droit de congé; fin et preuve du contrat.*

385. — Prohibition des engagements à vie; art 1780, complété par la loi du 27 décembre 1890. Étendue et application du principe. 531
386. — Des engagements sans limitation précise. 533
387. — Dans ce cas la partie qui donne congé peut-elle encourir des dommages ? Solution affirmative donnée par le nouvel art. 1780. 534
388. — Interprétations diverses du texte. Doctrine de la Cour de cassation sur l'usage abusif du droit de congé. 535
389. — Application et conséquences quant aux pouvoirs du juge. . 536
390. — Éléments des dommages quand ils sont dus.. 537
391. — Prohibition des clauses contenant renonciation anticipée aux dommages. 538
392. — Le nouvel art, 1780 ne concerne que les louages sans détermination de durée; conséquences bizarres. 539
393. — A-t-il un effet rétroactif. 540

Pages.

394. — Il ne s'applique pas quand la révocation ou le renvoi constitue un acte administratif. 541
395. — Lacunes de la loi du 27 décembre 1890. — Perte des retenues effectuées pour une caisse des retraites; art. 2 de ladite loi. 543
396. — Fin du contrat de louage, résiliation, faillite, force majeure, etc. 546
397. — Preuve du contrat de louage de services; abrogation de l'article 1781. 548
398. — Impuissance de toute action individuelle de la part de l'ouvrier, base du droit de grève. 549
399. — Insuffisance des garanties actuelles pour le paiement effectif des salaires; — Projets de réforme. 551

SECTION II. — *Des voituriers par terre et par eau.*

400. — Définition, art. 1782; — Nature du contrat, art. 1783. . . . 553
401. — Obligations du voiturier. Il doit fournir le moyen convenu de transport. 554
402. — Du remorquage. 556
403. — Responsabilité du transporteur, art. 1784. 557
404. — Suite; — Du transport des personnes. 557
405. — Étendue de la responsabilité. Vol des objets transportés. . . 559
406. — Leur détérioration. 560
407. — Clauses d'irresponsabilité. 561
408. — Jurisprudence sur ce point. 562
409. — Montant des dommages encourus Déclarations à faire par l'expéditeur. 564
410. — Fixation à forfait du montant des dommages. Registre à tenir par le transporteur, art. 1785. 567
411. — Condition de la marchandise pendant le voyage. 568
412. — A qui elle doit être remise après le voyage, art. 1786 . . . 568

SECTION III. — *Des devis et des marchés.*

413. — Notion du contrat d'entreprise, art. 1787. 570
414. — Cas où l'opération constitue une vente, art. 1788; application à la construction d'un édifice, d'un navire. etc. 572
415. — Responsabilité de l'ouvrier en cas de perte de la chose, articles 1789, 1790. 574
416. — Réception de l'ouvrage par le maitre, art. 1791. 576
417. — L'entrepreneur peut-il céder son entreprise à un sous-traitant? 577
418. — Obligations du maitre. — Rôle de l'architecte, ses honoraires. 578
419. — Distinction entre les travaux privés intéressant l'État, etc., et les travaux publics; 580
420. — Entre les marchés de travaux publics. 581
421. — Formes et effets de ces marchés. 582
422. — Responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes, art. 1792. 584
423. — S'agit-il seulement des travaux à prix faits? 585
424. — Conditions de cette responsabilité; systèmes divers. . . . 586

Pages.

425. — Discussion et conclusion. 587
426. — Des vices prévus par l'art. 1792; des malfaçons, vices du plan, etc. 589
427. — Sanction de l'art. 1792. De l'action en responsabilité. . . . 591
428. — Durée de cette action. 593
429. — Obligations du propriétaire; des augmentations de prix, art. 1793; cas d'erreurs; travaux supplémentaires. . . . 595
430. — Droit de résiliation unilatérale appartenant au maitre; art. 1794. 598
431. — Mort de l'ouvrier, etc., art. 1795 et 1796. 600
432. — L'entrepreneur répond de ses employés, art. 1797. 601
433. — De l'action directe accordée aux ouvriers de l'entrepreneur contre le maitre, art. 1798. 602
434. — Des ouvriers entrepreneurs particuliers, art. 1799. 603

CHAPITRE V.

DU BAIL A CHEPTEL.

SECTION PREMIÈRE. — *Dispositions générales.*

435. — Définition, art. 1800. — Énumération, art. 1801, 1802, 1803. 605

SECTION II. — *Du cheptel simple.*

436. — Définition, art. 1804. — Estimation du cheptel, art. 1805. . . 606
437. — Obligation du cheptelier, art. 1806 à 1810. 607
438. — Clauses prohibées, art. 1811. 608
439. — Aliénation du cheptel ou des têtes qui le composent, art. 1812. 609
440. — Droit des créanciers des parties. — Du cheptel donné au fermier d'autrui, art. 1813. 611
441 — Partage des bénéfices, art. 1814. — Cessation du cheptel, art. 1815 et 1816. — Estimation finale, art. 1817. . . . 612

SECTION III. — *Du cheptel à moitié.*

442. — Droits respectifs des parties d'après les art. 1818 à 1820. . 612
443. — Utilité médiocre du cheptel à moitié. 613

SECTION IV. — *Du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire.*

§ 1. — **Du cheptel donné au fermier.**

444. — Définition, art. 1821. 614
445. — Charge des risques, art. 1822, conséquence de l'art. 1823. . . 615
446. — Des fumiers, art. 1824. — Des cas fortuits, art. 1825. — Restitution du cheptel, art. 1826. 615

§ 2. — **Du cheptel donné au colon partiaire.**

447. — Différences avec le cheptel simple, art. 1827 à 1830. . . . 615

SECTION V. — *Du contrat improprement appelé cheptel.*

448. — Cas de l'art. 1831. 616

Pages.

449. — Vache *mise au bien;* — bête *prise à l'herbage;* bête *à engraisser*. 617
450. — Parcage des troupeaux. 618

APPENDICE AU TITRE VIII.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

451. — Loi applicable aux baux d'immeubles quant à la forme et à la preuve; 618
452. — Quant aux mesures de sûreté dont ils sont l'objet; 619
453. — Quant aux obligations qui en dérivent et à la capacité des parties; 620
454. — Quant à la compétence. 620
455. — Louage de services. 621
456. — Contrat de transport. Loi applicable. 622
457. — Transport international. 623
458. — Tarifs communs; action, prescription, convention diplomatique. 624

N° 2. — *Règles fiscales.*

459. — Baux à loyers, à ferme, à cheptel; délais d'enregistrement et tarif. 625
460. — Bail verbal d'immeubles; déclaration à faire. 626
461. — Baux dont le prix est payable en denrées. 628
462. — Sanction de l'obligation de faire enregistrer dans un certain délai. 628
463. — Déclaration quant aux fruits dus à la succession du bailleur. 628
464. — Louage de services, marchés, entreprises et autres conventions analogues. 629
465. — Droit de titre sur les jugements portant liquidation de ces marchés. 630

APPENDICE AU TOME DEUXIÈME.

Loi du 20 juin 1896 portant modification de plusieurs dispositions légales relatives au mariage, dans le but de le rendre plus facile.

466. — Texte de la loi du 20 juin 1896. 633
467. — Analyse de cette loi; un seul acte respectueux est désormais suffisant. 636
468. — Suite. 637
469. — Conclusion. 638

Paris. — Imprimerie F. PICHON, 24, rue Soufflot.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE