K
4702
12

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

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

TOME DOUZIÈME

Mandat; — Cautionnement; — Transaction;
Contrainte par corps;
Gage et antichrèse; — Monts-de-piété, warrants, etc.

Art. 1984 à 2091.

BIBLIOTHÈQUE

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

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

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—

1899

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE TREIZIÈME.

DU MANDAT.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

N° 1. — *Règles se rattachant à la forme du mandat.*

1. — Définition, art. 1984.
2. — Distinction entre le mandat et la procuration.
3. — Intérêt de la distinction; du *procurator in rem suam*, etc.
4. — Suite; du prête-nom.
5. — De la preuve quant à la distinction précitée; de la compétence.
6. — Diverses espèces de mandats.
7. — Le mandat peut être exprès ou tacite, art. 1985; du mandat exprès.
8. — Spécialités concernant la procuration.

9. — Dans certains cas la procuration doit être authentique.
10. — De l'usage des procurations en brevet.
11. — Du mandat tacite. *Quid* en ce qui touche l'acceptation du mandataire? Doctrine et jurisprudence sur ce point.
12. — Du mandat tacite. *Quid* en ce qui touche l'offre du mandat par le mandant? Doctrine et jurisprudence sur ce point.
13. — Quand y a-t-il mandat tacite?
14. — Influence en cette matière des actes d'exécution.
15. — De l'élection de domicile pour l'exécution d'un contrat. Du mandat pouvant en résulter, notamment pour les notaires.
16. — De la preuve.

1. Dans la théorie générale du droit, le mandat, comme le dépôt et le commodat, se rattache à l'organisation des *services* ou *bons offices* gratuitement procurés et obtenus. Le mandat rentre donc dans les moyens d'acquérir à titre gratuit. Il faut seulement observer que ce qui forme l'objet de cette acquisition gratuite, ce n'est pas la chose ou l'avantage procuré par le mandataire, mais les bons offices eux-mêmes dont l'emploi constitue de la part du mandataire, l'exécution même du mandat.

La loi donne de ce contrat la définition suivante :

ART. 1984. Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. — Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire (*).

Dans le langage ordinaire les expressions *mandat* et *procuration* sont souvent employées comme étant synonymes et destinees à exprimer la même idée, de même que les expressions *mandataire* et *procureur fondé* sont considérées comme équivalentes. Il y a néanmoins des différences notables entre le mandat et la procuration proprement dite.

Le mandat est l'opération juridique de deux volontés (contrat), en vertu de laquelle le mandataire s'oblige à

(*) Art. 1984. — L. 1 pr., D. 17, 1, *Mandati;* L. 1 pr., D. 3, 3, *De procuratoribus.*

fournir gratuitement, du moins en thèse générale, son temps et son habileté pour exécuter l'acte juridique désigné par le mandant.

La notion du mandat ne contient pas, en réalité, autre chose.

2. Mais comment le mandataire agira-t-il dans l'accomplissement du mandat? Agira-t-il en son propre nom ou représentera-t-il le mandant? C'est là une toute autre question, et la réponse sera subordonnée autant à l'état de la législation qu'à la nature juridique de l'objet du mandat.

Dans notre droit civil français, le mandataire agit au nom du mandant qu'il représente pour tout ce qui a trait à l'exécution du mandat.

Dans l'ancien droit romain il n'en était pas ainsi; le mandataire agissait en son propre nom et ne représentait pas le mandant (1). Il convient même de faire remarquer que cette règle a été maintenue pour le mandat commercial ou *contrat de commission*. L'art. 90 du Code de commerce définit en effet le commissionnaire : « celui qui agit en son propre nom *ou sous un nom social*, pour le compte du commettant. »

Par conséquent, la notion du mandat dans la théorie de notre Code civil comprend deux éléments :

1° Le pouvoir d'agir pour le compte du mandant;

2° Le pouvoir d'agir *au nom* du mandant.

Le second de ces deux éléments était étranger au droit romain et encore aujourd'hui demeure étranger au contrat commercial de commission.

Or l'expression *mandat* se rapporte plus particulièrement à cette partie de la convention qui détermine les actes juridiques formant l'objet du mandat, tandis que l'expression *procuration* se réfère plus spécialement à la partie de la

(1) Voy. notre *Formalisme romain*, p. 97 et suiv.

convention par laquelle le mandataire accepte le pouvoir de *représenter* le mandant. Dans la pratique on donne encore souvent cette dénomination au document écrit rédigé pour conserver la preuve du mandat.

Comme, dans le droit moderne, le *pouvoir d'agir*, c'est-à-dire le mandat, emporte toujours le *pouvoir de représenter*, c'est-à-dire la procuration, les expressions *procuration* et *mandat* ont pu sans inconvénient devenir synonymes dans le langage ordinaire. La procuration se produit comme étant le moyen naturel d'exécution du mandat.

3. Cependant la distinction que nous venons de faire doit être maintenue, car s'il est vrai de dire que tout mandat, c'est-à-dire tout *pouvoir d'agir*, implique procuration, c'est-à-dire *pouvoir de représenter*, la réciproque n'est pas vraie. La procuration, ou en d'autres termes, le pouvoir de représenter une personne, n'implique pas nécessairement un mandat, c'est-à-dire le pouvoir d'agir *pour le compte* de cette même personne.

Ainsi, par exemple, il arrive souvent que le titulaire d'une créance veuille la transférer à une autre personne pour cause de vente, règlement de comptes, d'action en paiement ou tout autre motif. Au lieu de se conformer aux règles établies pour le transport-cession (art. 1690), les parties intéressées se bornent à rédiger un acte sous-seing privé établissant leurs accords. Le titulaire de la créance, pour mettre l'autre partie en état d'utiliser à son profit la créance cédée, lui donnera une procuration, c'est-à-dire un pouvoir de le représenter quant à l'exercice du droit cédé. Vis-à-vis des tiers le procureur fondé agira comme un mandataire représentant le sujet originairement investi de la créance cédée. Mais dans ses rapports avec le représenté le procureur fondé ne devra pas être traité comme un mandataire, car, en réalité, il n'y a pas eu mandat, et, par suite, il n'aura pas à rendre compte. Il aura été fondé de procura-

tion dans son intérêt personnel, *procurator in rem suam*, comme on disait en droit romain (1).

D'autres fois, la procuration, bien qu'impliquant l'obligation de rendre compte, c'est-à-dire l'un des effets du mandat proprement dit, ne se rattachera pas cependant à un véritable mandat, objet principal d'une convention, mais à un contrat d'une autre nature qui sera, le plus souvent, un louage d'industrie ou de services.

Ainsi certains comptables de deniers publics sont autorisés à se faire remplacer pour plusieurs actes de leur gestion par des préposés, fondés de leur procuration spéciale, agréés quelquefois par le ministre compétent, et communément désignés par l'appellation de *mandataires* ou *procureurs fondés*. A l'égard des tiers, il n'est pas douteux que ces procureurs fondés ne représentent les comptables qui leur ont donné pouvoir, comme le feraient de véritables mandataires. Mais entre les parties contractantes, il y a eu autre chose qu'un mandat. Le contrat principal intervenu entre elles est un contrat de louage de services, et la circonstance qu'une procuration est intervenue comme moyen d'exécution de ce contrat principal, n'est pas de nature à en modifier le caractère et à le transformer en mandat même salarié.

4. Enfin, il faut encore distinguer l'emploi d'un *prête-nom* de celui d'un mandataire proprement dit.

Le prête-nom est celui qui se trouve en apparence investi d'un droit, lequel, en réalité, ne lui a jamais appartenu ou a cessé de lui appartenir. On en peut trouver un exemple dans le cas déjà cité d'une cession de créance non régularisée à l'égard des tiers. Le cédant demeure toujours en apparence titulaire de la créance cédée. Au lieu de constituer le cessionnaire *procurator in rem suam* pour exercer

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 274.

lui-même les droits attachés à la créance dont il s'agit, il pourra arriver que les actions ou les poursuites relatives à cette créance soient mises en mouvement au nom du créancier originaire qui, en réalité, n'a plus qualité pour agir (1).

Il en sera de même quand il y aura lieu de poursuivre l'exécution d'un contrat qui, par une économie souvent fort mal entendue, n'aura pas été soumis à la formalité de l'enregistrement. Il s'agira, par exemple, d'une vente sous-seing privé, et l'acheteur se trouvera dans la nécessité de faire acte de propriétaire, de renouveler une police d'assurances, un bail, de figurer dans une opération de bornage, etc. Tous ces actes seront faits au nom du vendeur demeuré en apparence propriétaire et qui, par conséquent, ne fera que prêter son nom. Il y aura encore emploi d'un prête-nom quand un acte public aura transporté à un autre la propriété d'un droit ou d'une chose et qu'une contre-lettre ou convention secrète constatera que le prétendu acquéreur n'est qu'un mandataire.

L'usage des prête-noms constitue, en réalité, une simulation. Mais la simulation n'est pas prohibée tant qu'elle ne porte aucun préjudice aux tiers (2), lesquels auront toujours le droit, s'ils y ont intérêt, de faire apparaître la personne réellement investie du droit exercé (art. 1321) (3). La jurisprudence a, du reste, reconnu par de nombreuses décisions la validité de l'emploi des prête-noms (4).

Mais il est évident que les prête-noms ne sauraient être utilisés pour rendre possibles certains actes que la loi prohibe, par exemple les acquisitions intéressant, en réalité,

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 275.
(2) Cass. 5 avr. 1880, D. 81, 1, 13.
(3) Cass. 12 déc. 1882, D. 83, 1, 292.
(4) Cass. 8 août 1876, D. 78, 1, 61; Cass. 29 juill. 1874, S. 75, 1, 78; LAURENT, t. XXVIII, n° 77; GUILLOUARD, *Mandat*, n° 7; Voy. cep. Alger, 18 mars 1868, S. 68, 2, 244.

une congrégation non autorisée (1) ou une souscription d'actions interdite à une société (2). Dans ces hypothèses, l'acte doit être annulé parce qu'il est contraire à la loi, et non à raison de l'intervention d'un prête-nom.

Il faut noter cependant que l'ordonnance du 4 janvier 1843 (art. 12) interdit aux notaires de se servir de prête-noms en aucune circonstance et n'importe pour quelle espèce d'actes. Toute contravention à cette prohibition doit entraîner la nullité de l'acte (3).

5. L'acceptation d'une procuration pure et simple, c'est-à-dire du pouvoir de représenter une personne pour un acte juridique quelconque, devra en principe être présumée se rattacher à l'exercice d'un mandat ordinaire et par conséquent entraînera, pour le procureur fondé, l'obligation de rendre compte. Si le procureur fondé soutient qu'il a été constitué dans son propre intérêt, *procurator in rem suam*, la preuve de l'exactitude d'une telle allégation sera à sa charge et se fera conformément au droit commun.

Dans cette hypothèse et en supposant la preuve testimoniale possible, le procureur fondé qui, pour se dispenser de rendre compte, soutiendrait qu'il a été constitué *procurator in rem suam* en qualité de cessionnaire ayant déjà payé le prix de la cession ou de créancier ayant reçu en paiement la créance dont il s'agit, ne pourrait être repoussé en vertu de l'art. 1341 qui prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. La procuration envisagée donne, en effet, purement et simplement le pouvoir de représenter le créancier originaire sans expliquer dans quel but et à quelles fins.

(1) Caen, 19 août 1882, D. 84, 2, 213; Nancy, 11 juin 1878, D. 79, 2, 236.

(2) Paris, 19 mai 1883, D. 83, 1, 425.

(3) Cass. 13 fév. 1883, D. 84, 2, 213; Comp. cass. 20 juin 1877, D. 79, 1, 421.

En toute hypothèse, chaque fois qu'il s'agira de statuer sur les difficultés auxquelles pourra donner lieu l'exécution d'un mandat ou d'une procuration entre les parties contractantes, les tribunaux civils seront seuls compétents. Il en sera ainsi alors même qu'il s'agirait de contestations entre un trésorier-payeur général et son mandataire, même agréé par le ministre. L'approbation ministérielle quoique constituant en elle-même un acte administratif ne modifie en aucune manière le caractère purement civil du contrat intervenu entre les parties.

6. Le législateur, dans notre titre, s'occupe spécialement du mandat conventionnel défini par l'art. 1984. Mais la convention n'est pas la seule source d'où provient le mandat.

Les pouvoirs qui le caractérisent peuvent encore dériver :

De la loi,

De la justice,

Et d'un acte de dernière volonté.

La loi, en effet, dans certains cas déterminés, et pour ne point laisser en souffrance les intérêts des personnes incapables, a dû organiser en leur faveur un mode spécial de représentation. Il y a donc des représentants ou mandataires légaux. Tels sont :

Le père, administrateur légal durant le mariage des biens de ses enfants mineurs (art. 389) ;

Les divers tuteurs admis par la loi (art. 390, 402, 506) ;

Le mari, dans certains cas prévus par les art. 1428 et 1549.

Nous avons déjà examiné en leur lieu les dispositions qui ont trait à ces diverses situations.

Le législateur a quelquefois délégué aux tribunaux judiciaires le soin de pourvoir à la représentation de certaines personnes, telles que :

Les présumés absents (art. 113) ;

Les successions vacantes (art. 812) ;

Les représentants ainsi désignés sont des mandataires

judiciaires. On décide encore, en matière de société, que lorsque la liquidation en est poursuivie en vertu d'une sentence de justice, et non en vertu de la convention des associés, le liquidateur ne doit pas être considéré comme tenant ses pouvoirs du pacte social, mais bien d'une mission judiciaire dont il appartient aux juges du fond de fixer les limites (1).

Enfin, dans certains cas, et en dehors d'un contrat, une volonté unilatérale se manifestant dans la forme voulue pour les actes de dernière volonté, peut constituer des mandataires spéciaux. C'est ce qui a lieu :

En matière de tutelle (art. 392, 398);

Ou pour assurer l'exécution de certaines dispositions testamentaires (art. 1025, 1055).

La dénomination générale de mandataires peut être attribuée légitimement à tous les représentants légaux, judiciaires et testamentaires dont nous venons de parler, sauf ce que nous avons dit ailleurs touchant les exécuteurs testamentaires (Voy. t. VI, n° 357). Mais elle ne saurait appartenir à l'autorité municipale quand elle agit dans un intérêt public, c'est-à-dire pour la généralité des habitants. Ainsi, le maire qui fait déblayer dans l'intérêt de la salubrité publique les décombres d'une maison incendiée, ne saurait alléguer les principes du mandat ou de la gestion d'affaires, pour faire supporter les frais de l'opération par l'incendié ou son assureur (2).

En règle générale, les divers représentants dont il a été parlé ci-dessus, en ce qui touche leurs rapports avec les tiers et leurs rapports avec les personnes qu'ils représentent, sont soumis aux mêmes règles que les mandataires conventionnels, telles qu'elles sont formulées dans notre titre,

(1) Cass. 19 fév. 1890, 23 déc. 1889, S. 90, 1, 32.
(2) Cass. 4 déc. 1894, D. 95, 1, 89.

sauf les dérogations spéciales résultant d'un texte formel de loi.

C'est donc à notre titre du *mandat* qu'il faudra recourir en principe pour toutes les difficultés auxquelles pourra donner lieu l'appréciation des actes d'un représentant quelconque, dans l'ordre des rapports purement *civils*, par opposition aux rapports de l'ordre commercial, politique ou administratif.

7. Le mandat dont s'occupe le Code est un contrat purement consensuel. Il résulte de l'accord des volontés, indépendamment de toute forme extérieure.

En effet,

ART. 1985. Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*. — L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire (*).

Le mandat peut donc être *exprès* ou *tacite*.

Le mandat sera exprès chaque fois que l'accord des volontés aura été exprimé d'une manière extérieure et sensible, par paroles, gestes ou écrits, lettre missive, télégramme (1). La forme la plus naturelle et la plus ordinaire usitée pour constater l'existence d'un mandat est cependant la rédaction du document écrit appelée dans la pratique *procuration*.

8. La rédaction de la procuration est d'une importance capitale, puisqu'elle a pour but de déterminer l'étendue du mandat. C'est donc une bien grande imprudence de laisser entre les mains du mandataire une procuration remise en blanc. Le mandant est, dans ce cas, responsable envers les tiers de bonne foi qui auront contracté avec le

(*) Art. 1985. — L. 1 § 1, 2, D. 17, 1, *Mandati;* L. 2, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

(1) Alger, 7 avr. 1884, S. 86, 2, 92.

mandataire, de l'abus que fera celui-ci de la procuration (1).

Dans la pratique, la rédaction de la procuration est le plus souvent une opération unilatérale émanée d'une seule des parties, ordinairement du mandant. Le contrat n'est alors formé que par l'acceptation du mandataire.

Quelquefois cependant la procuration se trouvera contenue dans un acte rédigé pour constater l'existence d'un autre contrat. Ainsi, dans un bail à ferme. il aura été inséré une clause aux termes de laquelle le bailleur donne au preneur le mandat de poursuivre le recouvrement de certains arrérages dus par le fermier sortant et d'en appliquer le montant à des réparations devant être affectuées aux bâtiments de la ferme.

Quand une procuration est ainsi contenue dans un acte dressé en vue d'autres conventions plus importantes et formant l'objet principal du contrat, il pourra s'élever des difficultés quant au sort de la procuration si le contrat principal vient à être résilié ou annulé. Sans doute, le mandant peut, en révoquant immédiatement la procuration, empêcher toute équivoque à cet égard; mais la question peut s'élever à l'égard des actes faits immédiatement après l'annulation du contrat principal et avant toute révocation formelle. Nous examinerons la question quand nous traiterons de la cessation du mandat.

Entre les parties, et sauf les difficultés qui pourront en résulter pour la preuve, le mandat n'a pas besoin d'être constaté par écrit. Mais il en est autrement du mandat de comparaître devant certaines juridictions. Ainsi les parties peuvent se faire représenter devant le juge de paix par un mandataire. Mais il est indispensable que le mandat spécial donné à ce mandataire résulte d'une procuration écrite et son existence ne saurait s'induire, par voie de présomption,

(1) Cass. 29 déc. 1890, S. 94, 1, 362.

des faits et des circonstances de la cause (1). De même, un aveu ne pourrait être fait en justice par le représentant d'une partie sans un pouvoir spécial, même en matière électorale (2).

Ainsi que cela résulte de l'art. 1985 la procuration peut, en règle générale, être donnée par acte sous seing privé. Il n'est pas indispensable que le corps de la procuration soit écrit par le mandant lui-même. Il suffit qu'il appose sa signature.

Il pourrait même arriver, comme nous l'avons vu pratiquer, qu'une personne illettrée ou ne pouvant signer, donne mandat à une autre de rédiger et de signer elle-même une procuration donnée à un tiers. L'acte serait alors conçu de la manière suivante : « Le soussigné agissant en vertu du pouvoir verbal qui lui a été donné par le Sr X..., constitue le Sr N... comme mandataire du dit Sr X... à l'effet de... » Les tiers intéressés pourront peut-être trouver insuffisante la justification des pouvoirs d'un procureur fondé ainsi constitué, mais, dans le cas contraire, et si un tel mandat a été exécuté et s'il est prouvé d'après les règles du droit commun, il n'est pas douteux que le contrat de mandat n'ait été valablement formé et ne doive produire ses effets ordinaires. Il a même été jugé dans un cas où il était constaté par les juges du fond que la signature d'une partie figurant au bas d'un acte sous seing privé y avait été apposée par un tiers avec l'assentiment de cette partie, et que celle-ci s'était depuis constamment conformée à la clause contenue dans l'acte sous seing privé, que ces circonstances suffisaient pour établir l'existence d'un mandat tacite (3). Mais l'écrit signé par un tiers pour la personne indiquée comme

(1) Cass. 21 juill. 1886, D. 87, 1, 220.
(2) Cass. 9 avr. 1888, D. 88, 1, 319.
(3) Cass. 24 avr. 1882, D. 82, 1, 288.

se reconnaissant débitrice et comme étant empêchée de signer est sans valeur contre celle-ci en l'absence de preuve de l'existence d'un mandat (1).

Dans tous les cas il sera néanmoins plus prudent de recourir à l'intervention d'un notaire.

9. Dans certaines situations déterminées, la loi exige formellement que la procuration dont les parties peuvent user soit rédigée en la forme authentique (Voy. art. 36, 66, 933 ; L. 21 juin 1843, art. 2. — Art. 216, 218, C. pr. civ.).

Que faudra-t-il décider dans certains cas où la loi exige un acte authentique pour une opération juridique déterminée, sans s'expliquer sur la forme de la procuration qui pourra être donnée à l'effet de procéder à cette même opération?

Quelques auteurs posent en principe que toutes les fois qu'une opération n'est valable que sous la condition qu'elle sera faite devant notaire, cette même opération ne pourra être faite par un mandataire qu'en vertu d'un pouvoir notarié (2).

La règle ainsi formulée nous paraît inadmissible. Nous pensons qu'il faut distinguer suivant les motifs qui ont porté le législateur à exiger l'authenticité de l'acte principal.

Si la loi a exigé la forme authentique comme une mesure de protection pour celui que l'acte intéresse, en vue de garantir l'indépendance et la plénitude de son consentement, il va de soi que la procuration donnée pour passer un pareil acte doit être authentique (3).

C'est ce qui a été décidé pour la représentation de l'un des futurs époux dans le contrat de mariage (4) (Voy. t. IX,

(1) Liège, 28 avr. 1888, *Pas.*, 88, 2. 312.

(2) MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 1846.

(3) GUILLOUARD, n°s 40 et 41 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 913.

(4) Cass. 29 mai 1854, S. 54, 1, 437; Trib. Carcassonne, 13 janvier 1891, *Pand. franç.*, 91, 2, 228.

n° 31), et aussi pour la cession d'un brevet d'invention (1). Mais cette dernière solution est contestable, car pour les brevets d'invention, l'authenticité de la cession n'est requise que dans l'intérêt des tiers.

Lorsque, en effet, l'authenticité n'a été prescrite par la loi que dans l'intérêt des tiers, dans le but d'assurer une sorte de publicité de l'acte dont il s'agit, la procuration pour passer cet acte peut être sous seing privé. Le but de la loi n'en sera pas moins atteint. C'est ce qui a été reconnu pour les renonciations à successions (Voy. t. X, n° 178); les acceptations sous bénéfice d'inventaire (Voy. t. V, n° 210); les renonciations à communauté (Voy. t. IX, n° 296); la subrogation conventionnelle émanée du débiteur (2) (Voy. t. VIII, n° 63); l'acceptation d'un transport de créance (3) (Voy. t. X, n° 220).

Que faut-il décider quand il s'agit de la procuration donnée pour consentir une hypothèque? La jurisprudence paraît fixée, en ce sens, qu'une procuration authentique ou tout au moins déposée au rang des minutes d'un notaire (4), serait nécessaire. Mais, théoriquement, cette solution est douteuse.

Il s'agit de savoir pour quel motif la loi a exigé la forme authentique dans les actes constitutifs d'hypothèque conventionnelle. Or, il semble bien que le législateur, qui n'avait pas une idée fort exacte du système de publicité qu'il conviendrait d'organiser pour les hypothèques, a considéré l'authenticité de l'acte comme pouvant constituer l'un des éléments de cette publicité. S'il en était ainsi la procuration pourrait être donnée sous seing privé. Nous reviendrons sur ce point quand nous examinerons l'art. 2127.

(1) Trib. Rouen, 15 juin 1867, sous Cass. 27 avr. 1869, S. 69, 1, 421.
(2) Cass. 5 août 1891, S. 92, 1, 57.
(3) Cass. 20 juill. 1892, D. 93, 1, 42; Besançon, 26 avr. 1893, D. 95, 2, 190.
(4) Paris, 5 déc. 1885, D. 87, 2, 55.

Mais il ne saurait y avoir de difficulté quand il s'agit de la cession d'une hypothèque légale, ou d'une renonciation à une telle hypothèque de la part d'une femme mariée. L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 exige pour ces actes la forme authentique. C'est, évidemment, dans le but d'assurer le respect de l'indépendance personnelle de la femme. La procuration donnée par la femme dans les cas prévus par l'art. 9 précité devra donc être authentique.

10. Les procurations authentiques pourront être rédigées en *brevet*, même dans les cas où la loi exige formellement l'authenticité de la procuration. Le brevet sera annexé à la minute de l'acte auquel il se réfère (L. 25 ventôse an XI, art. 13 et 20). Nous devons, cependant, faire observer que dans le cas spécial prévu par l'art. 933, en matière d'acceptation de donation, la procuration doit être rédigée en minute, puisque le texte exige qu'une *expédition* de cette procuration demeure annexée à la minute soit de la donation soit de l'acceptation (V. t. VI, n° 195).

En matière de transfert d'inscriptions de rente, les procurations en brevet ou sous signature privée sont acceptées par le Trésor pour les inscriptions au-dessous de 50 francs de rente (Ord. du 5 mars 1823). Pour les inscriptions de 50 francs de rente et au dessus, il est indispensable de produire une procuration notariée en minute. La décision ministérielle du 7 février 1862 qui avait étendu le bénéfice de l'Ord. de 1823 à toutes les coupures de rente, quelle qu'en fût l'importance, a été rapportée (Circ. minist. du 2 août 1876). Il résulte d'une circulaire du 24 décembre 1877 que les procurations en brevet sont admises pour les inscriptions de 50 francs de rente et au-dessous.

11. Tout le monde reconnaît que le contrat de mandat peut intervenir tacitement entre deux personnes, au moins en ce qui concerne l'acceptation de la procuration offerte.

Mais on a soutenu que la personne à qui un mandat est

offert et qui ne veut pas l'accepter, doit, tout au moins, informer le mandant de son refus, qu'elle doit même, s'il y avait péril en la demeure, procéder aux actes d'exécution du mandat, en tant que cela lui serait possible, en attendant que le mandant, informé du refus, puisse prendre les mesures commandées par les circonstances.

Cette solution est complètement inadmissible : il ne faut pas confondre, en effet, les devoirs imposés par les bienséances, le bon goût, par le sentiment de la solidarité sociale, etc., devoirs dont l'accomplissement ne saurait être assuré par une sanction, et les obligations strictes dérivant d'un rapport de droit.

Celui à qui un mandat est offert et qui ne veut pas l'accepter n'est teuu absolument à rien envers l'auteur de l'offre; il n'est même pas tenu de l'informer de son refus. Il est certain, en effet, que celui qui fait une offre peut bien modifier ainsi sa situation personnelle, mais ne saurait par un fait unilatéral modifier la condition d'autrui; il ne peut pas même imposer à un autre la nécessité d'une réponse (Voy. t. VII, n° 18). Sans doute, au point de vue des relations sociales, il aura tort de laisser ainsi dans l'ignorance celui qui a voulu l'honorer d'un mandat. Mais en gardant cette attitude négative, il ne viole aucune obligation par lui contractée, et par conséquent ne porte atteinte au droit de personne.

Les auteurs ne l'entendent pas ainsi; ils estiment en généneral que le silence du mandataire peut s'interpréter, *suivant les circonstances*, c'est-à-dire quand il n'est pas seul, soit par une acceptation de sa part, soit par une négligence à renvoyer la procuration, et que le juge aurait à apprécier laquelle des deux interprétations doit prévaloir (1). C'est de l'arbitraire mal déguisé. On ajoute que le silence devra tou-

(1) PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 870; LAURENT, t. XXVII, n° 393; GUILLOUARD, n° 44.

jours être interprété comme une acceptation dans le cas où la qualité officielle de celui à qui la procuration a été offerte, *ou sa profession habituelle* le conduirait à s'occuper d'affaires du genre de celle qu'on a voulu lui confier (1). Tout au plus pourrait-on admettre une telle solution à l'égard de ceux qui sont réellement investis, dans l'intérêt du public, d'une véritable fonction. Il a été jugé dans ce sens que l'officier ministériel à qui ont été transmises des pièces pour une affaire rentrant dans ses attributions, doit décliner expressément le mandat que cet envoi lui confère s'il ne veut pas l'accepter. Son silence joint à la réception des pièces pourrait constituer une présomption d'acceptation qui ne céderait que devant une preuve de son refus (2).

12. Il y a encore controverse sur le point de savoir si l'offre de la procuration de la part du mandant peut également se produire d'une manière tacite, ou, en termes plus généraux, si le mandat peut être donné tacitement.

Il faut supposer qu'une personne a traité les affaires d'une autre sans qu'il soit intervenu un mandat exprès. Il s'agit de savoir quel est le rapport de droit qui s'est établi entre les parties. Il n'y a pas de milieu : ou bien il faudra appliquer les règles du mandat, s'il y a eu contrat de mandat tacite; ou bien il faudra appliquer les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer l'intérêt considérable qu'il y a à distinguer entre ces deux sources différentes d'obligations, et nous sommes arrivés à cette conclusion, que les actes de gestion quand même ils auraient été faits à la connaissance évidente du maître, ne constituent que le quasi-contrat de gestion d'affaires (Voy. t. VIII, nos 377 et 378). — Il serait absurde, en effet, de décider que le seul silence de la personne ayant connais-

(1) GUILLOUARD, *ibid.*
(2) Cass. 20 nov. 1888, S. 89, 1, 9.

sance de la gestion de ses affaires par un tiers, puisse avoir pour résultat de donner à cette personne la qualité de mandant, c'est-à-dire de la faire entrer dans un contrat auquel elle n'a jamais songé (1).

13. Cela veut-il dire qu'il n'y aura jamais de mandat tacite? Certainement non : il peut y avoir des mandats tacites, mais certains auteurs qui reconnaissent cette vérité, la compromettent néanmoins, en produisant comme exemples de mandats tacites des cas de mandat formel. Voici ces exemples :

« Un agent d'affaires écrit à une personne pour lui proposer de mettre en vente une maison qui appartient à celle-ci, et, *sans lui répondre* (!) cette personne *lui envoie* la désignation de la maison et les titres de propriété (2). » Mais c'est là une réponse très claire. « Un huissier écrit à un propriétaire que son locataire est en déconfiture, et qu'il faudrait le faire saisir; le bailleur envoie à l'huissier le bail authentique, permettant d'exercer des poursuites contre ce locataire. Un associé fait connaître à son associé qu'il a trouvé une excellente occasion pour vendre un immeuble social, et ce dernier lui envoie le plan et les titres de propriété de cet immeuble. — Est-ce que, dans ces différentes hypothèses, la volonté du mandant n'est pas aussi certaine que s'il l'avait exprimée dans un acte écrit ou verbalement (3)? »

Mais évidemment; — pourquoi? Parce que cette volonté est *expresse* et non tacite; elle est exprimée *par un acte* c'est-à-dire par un fait; et c'est une erreur de croire qu'un écrit ou des paroles sont les seuls modes *d'expression* d'une volonté.

(1) Cass. 29 avr. 1876, S. 76, 1, 215; AUBRY et RAU, § 411, texte et note 2; ARNTZ, t. III, n° 462; t. IV, n° 1460; GUILLOUARD, n°s 47 et 48; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 384.

(2) GUILLOUARD, n° 46.

(3) *Ibid.*

Remarquons d'ailleurs que, dans les exemples précités, ce n'est pas le fait de la détention des documents envoyés, qui constitue la preuve du mandat allégué, mais le fait bien autrement significatif de l'envoi de ces mêmes documents dans les conditions rapportées (1).

Pour nous, il faut entendre par mandat tacite, tout mandat dont l'existence est certaine, sans qu'il soit possible d'établir de quelle manière il a été donné. Ainsi, il a été jugé que les tiers, qui font à une femme mariée des fournitures dans la limite de ses besoins, sont réputés avoir reçu à cet égard un mandat tacite du mari, lequel sera personnellement tenu envers eux (2). Ce mandat tacite ressort bien souvent de la nature de la situation respective des parties, et de cette circonstance qu'il se produit comme moyen d'assurer l'exécution d'un contrat antérieur (Voy. t. IX, n° 151).

Ainsi la femme tient de son mari un mandat tacite, pour les dépenses ordinaires concernant le ménage, et même pour certains placements (t. IX, n° 159). Mais le mari ne saurait être le mandataire tacite de la femme (3). De même, les domestiques sont considérés, dans certaines circonstances, comme ayant mandat tacite de leur maître, pour conclure divers achats *au comptant*, en ce qui concerne notamment les provisions de bouche. Ce mandat tacite sera plus difficilement admis pour les achats conclus à crédit. Il faudra tenir compte des habitudes du maître (4). Il faut en dire autant pour le mandat conféré aux commis-voyageurs. La question de savoir s'ils peuvent obliger leurs commettants dans les

(1) Cass. 16 juill. 1889, D. 90, 1, 159.
(2) Cass. 21 fév. 1893, D. 93, 1, 317.
(3) Trib. Remiremont, 11 août 1893, D. 94, 2, 211.
(4) Voy. trib. Seine, 4 mars 1893, *France judiciaire*, 93, 2, 256; Aubry et Rau, § 411, texte et note 1; Laurent, t. XXVII, n° 390; Guillouard, n° 50; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 914; Justice de paix Liège, 4 fév. 1892, *Pas.*, 92, 3, 154.

achats et les ventes, où s'ils sont de simples intermédiaires chargés de transmettre des offres de contrat, ne peut être résolue qu'en fait et suivant les circonstances (1) ; en tout cas ils n'ont pas qualité pour recevoir le prix (2).

14. Le Code est d'ailleurs, à notre avis, fort clair, sur la difficulté que nous examinons. *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, d'après* l'art. 1985 § 2, *et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.* Or, en réalité, cette acceptation peut avoir été *formelle, expresse.* Mais comme il est impossible de l'établir, on est obligé de s'en tenir uniquement au fait de l'exécution. C'est la même solution que nous adopterons pour trancher la question envisagée. Nous dirons : *l'offre d'un mandat ou d'une procuration, peut avoir lieu tacitement, et résulter de tout acte d'exécution de la part du mandant lui-même.* L'erreur de certains auteurs consiste à avoir perdu de vue qu'il s'agit uniquement d'une question de preuve; qu'il faut se placer non pas au moment où le contrat se serait formé, mais au moment où la difficulté surgit; qu'il faut se demander simplement comment le mandat allégué peut être prouvé en fait. S'il n'est possible d'en établir l'existence que par des faits d'exécution, si, en d'autres termes, on ne peut admettre l'existence du mandat que par induction, on dira qu'il y a eu mandat tacite. Ce sont toujours les faits d'exécution dont il faut principalement tenir compte. Nous en avons déjà vu un exemple dans le cas d'une partie dont la signature avait été apposée par un tiers, avec son assentiment, au bas d'un acte. C'est la circonstance que cette partie s'était toujours conformée aux

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. I, n° 526; GUILLOUARD, n° 51; Comp. Paris, 5 août 1875 sous Cass. D. 77, 1, 176; Besançon, 4 mai 1880, D. 81, 2, 85; Paris, 14 nov. 1894, S. 95, 2, 178.

(2) LAURENT, t. XXVII, n° 536; GUILLOUARD, *loc. cit.;* Trib. Châteaubriant, 19 nov. 1868, D. 69, 3, 30; Termonde, 24 janv. 1891, *Cl. et B.*, 91, 183.

clauses de cet acte, qui a permis d'induire l'existence d'un mandat tacite donné par elle (1). Ainsi encore, il a été jugé dans le cas où un acte sous seing privé constatant un échange de terrains entre une partie et deux frères, n'avait pas reçu la signature de l'un de ces derniers, que les juges du fond pouvaient cependant admettre la validité du contrat en déclarant que l'échange ayant été exécuté de part et d'autre, il résultait de cette exécution la preuve que le frère non signataire avait, lors de la convention, conféré à son frère le mandat tacite de le représenter (2).

15. Tout le monde reconnaît que la simple indication d'un lieu pour l'exécution d'une convention n'entraîne pas nécessairement élection de domicile en ce lieu, et ne confère aucun mandat à personne. Réciproquement, l'élection de domicile dans un lieu déterminé faite purement et simplement ne signifie pas que la convention pourra recevoir son exécution dans ce même lieu. L'élection du domicile ne produit d'effet, comme le dit l'art. 111, qu'à l'égard des *significations*, *demandes* et *poursuites*. Nous avons vu, sous cet article, quelle est l'étendue et la nature du mandat qui en résulte (Voy. t. I, n° 393).

Il ne faut donc pas confondre l'élection de domicile avec une simple indication de lieu pour l'exécution ou certains actes d'exécution d'une obligation.

Les actes notariés constatant des obligations contiennent souvent une clause aux termes de laquelle les parties déclarent faire *élection de domicile pour l'exécution du contrat* dans l'étude du notaire rédacteur, ou, plus spécialement. que *le paiement aura lieu* dans l'étude de ce notaire. Remarquons d'abord que cette clause ne constitue pas l'élection de domicile dont il vient d'être parlé et qu'elle inter-

(1) Cass. arrêt précité du 24 avr. 1882, D. 82, 1, 288.
(2) Cass. 26 oct. 1887, D. 87, 1, 383.

vient seulement entre les parties contractantes. Le notaire, quoique rédacteur de l'acte, y demeure étranger. Il ne s'agit donc pas de savoir si cette clause peut être considérée comme établissant par elle-même un contrat de mandat d'ores et déjà formé entre le notaire et les parties. La négative n'est pas douteuse (1), mais on peut se demander si une telle stipulation ne contient pas une offre tacite adressée au notaire d'un mandat de recevoir le paiement à la décharge du débiteur, offre que le notaire accepterait plus tard, à l'échéance, en se déclarant prêt à recevoir le paiement. Le débiteur, en ce cas, ne pourrait pas se dispenser de verser les fonds entre les mains du notaire, car le choix de ce notaire aurait été l'une des conditions du contrat.

Il ne nous paraît pas possible de voir dans la clause dont il s'agit, les éléments d'un mandat tacite offert au notaire. Cette clause devrait, en effet, recevoir son exécution quand même le notaire rédacteur de l'acte serait remplacé par un nouveau titulaire. Il nous paraît impossible d'y voir autre chose que la désignation d'un lieu déterminé pour l'exécution de l'obligation, abstraction faite de la personne de celui qui sera titulaire de l'office au moment de l'échéance. On ne peut raisonner dans notre hypothèse comme dans le cas d'une élection de domicile faite en vue de significations possibles. L'offre d'un mandat *pour recevoir* implique une confiance particulière dans la personne de celui qui est appelé à recevoir, et par conséquent ne saurait résulter d'une indication tout à fait impersonnelle d'un lieu pour le paiement.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la clause portât que le paiement serait effectué dans l'étude *et entre*

(1) Cass. 10 déc. 1889, S. 90, 1, 244; Cass. 28 fév. 1887, S. 90, 1, 325.

les mains de N..., notaire. Dans cette hypothèse, et en cas de changement du titulaire de l'office, le mandat ne pourrait être considéré de plein droit comme étant offert à son successeur, à cause du caractère tout personnel d'un tel mandat. Si les parties veulent cependant qu'il en soit ainsi, il faudra rédiger la clause de la manière suivante : Il est convenu que le paiement aura lieu dans l'étude et entre les mains de Me X... ou de son successseur.

Mais le notaire devrait être considéré comme ayant reçu un mandat écrit, quand la procuration donnée à son premier clerc est, en réalité, d'après les constatations des juges du fait, donnée à lui-même (1).

Pour ce qui touche à la responsabilité du notaire soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires, nous renvoyons à ce qui a déjà été dit (Voy. t. VIII, nos 416 et suiv.).

16. Le mandat en général, soit exprès, soit tacite, sera prouvé conformément aux règles ordinaires concernant la preuve des conventions. Il pourra donc résulter d'un aveu (2), d'une correspondance souverainement appréciée par les juges du fait (3). Il pourra aussi être établi par présomption, en matière commerciale (4), et en matière civile quand il y aura un commencement de preuve par écrit (5). Cette règle doit recevoir son application non seulement dans les rapports du mandant et du mandataire, mais encore entre toutes les parties en cause. Ainsi le défendeur qui voudrait se prévaloir d'un écrit émané d'un prétendu mandataire, devrait commencer par administrer la preuve du mandat (6), et il

(1) Cass. 17 déc. 1894, D. 95, 1, 193; Cass. 28 mai 1888, D. 89, 1, 187.

(2) Cass. 21 mars 1894, S. 95, 1, 181.

(3) Cass. 23 nov. 1894, D. 95, 1, 126.

(4) Cass, 29 avr. 1889, S. 90, 1, 119.

(5) Amiens, 28 janv. 1892, S. 94, 2, 199; Paris, 4 juill. 1892, D. 93, 2, 222; Cass. 9 juill. 1890, D. 91, 1, 381.

(6) Cass. 19 juill. 1894, S. 94, 1, 439.

pourra recourir à la preuve testimoniale puisqu'il n'avait pas eu la possibilité de s'en procurer une preuve écrite (1). Enfin, en matière civile, il faudra observer les restrictions concernant la preuve testimoniale (2).

N° 2. — *Nature du mandat.*

17. — Caractère unilatéral du mandat.
18. — Gratuité du mandat, art. 1986.
19. — Convention d'un salaire. Le salaire peut-il être réduit par le juge?
20. — Révocabilité du mandat.
21. — Du consentement nécessaire pour le contrat de mandat.
22. — De la violence et du dol.
23. — De l'erreur.
24. — Distinction entre le mandat et le simple conseil.
25. — Application aux rapports entre clients et hommes d'affaires ou notaires.

17. Il résulte des explications qui précèdent que le mandat est un contrat purement consensuel, sauf dans les cas où la loi exige une procuration authentique.

Ce contrat doit être classé dans la catégorie des contrats unilatéraux, c'est-à-dire n'engendrant tout d'abord, au moment de leur formation, d'obligations qu'à la charge d'une seule des deux parties. Au début, le mandataire seul est obligé. Sans doute, et par l'effet de l'exécution du mandat, le mandant peut devenir à son tour obligé envers le mandataire, mais son obligation n'a pas sa cause génératrice dans le contrat. Si le contrat est rédigé par acte sous seing privé, dans la forme d'une procuration, il n'est donc pas soumis à l'observation des art. 1325 et 1326.

Le caractère unilatéral du mandat est-il modifié par la stipulation, dans la procuration d'un salaire au profit du

(1) Cass. 14 juin 1895, S. 96, 1, 407.
(2) Douai, 11 nov. 1891, D. 92, 2, 352; Besançon, 31 déc. 1894, S. 95, 2, 100.

mandataire? On a soutenu qu'en pareil cas le contrat devenait synallagmatique, soumis par conséquent à l'art. 1325 (1). Mais si le mandant n'est pas lié, c'est-à-dire obligé, par le fait seul d'une procuration donnée et acceptée, de maintenir le mandat, il n'est pas davantage tenu de maintenir le contrat par le pacte relatif au salaire, simple pacte adjoint, n'ayant pas d'existence propre et que le mandant peut d'ailleurs anéantir en révoquant le mandat (2). La difficulté n'a d'ailleurs qu'une importance théorique; il ne paraît pas qu'elle se soit jamais présentée dans la pratique et, lorsque les art. 1325 et 1326 seront abrogés, il n'y aura plus aucun intérêt à constater que le mandat est un contrat unilatéral.

18. La stipulation d'un salaire qui, d'une manière générale, n'a pas pour effet de transformer le contrat unilatéral de mandat en contrat bilatéral (3), ne peut avoir spécialement pour effet de le transformer en louage de services ou d'industrie. Ce qui revient à dire que le contrat peut cesser d'être gratuit sans cesser d'être un mandat ou en d'autres termes que la gratuité est de la nature, mais non de l'essence du mandat :

ART. 1986. Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire (*).

Nous savons qu'en droit romain, dont les solutions à cet égard avaient influé sur les doctrines de l'ancien droit, il en était autrement; la gratuité était de l'essence du mandat, et la stipulation d'un salaire le faisait passer dans une autre catégorie de convention, louage de services ou contrat innomé.

Cela tenait à ce que, en droit romain, l'idée de la repré-

(*) Art. 1986. — L. 1 § 4, L. 6 pr., D. 17, 1, *Mandati*.

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 340; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n°s 906 et 913.

(2) Comp. GUILLOUARD, n° 14.

(3) Douai, 20 avr. 1890, D. 92, 2, 51.

sentation de la personne était tout à fait étrangère au mandat, ainsi que nous l'avons fait remarquer. Le mandataire agissait en son propre nom. Cela étant, il n'y avait d'autre différence entre le mandat et le louage de services, que celle résultant de la gratuité formant le caractère essentiel du mandat. Toute stipulation d'une somme quelconque au profit de celui qui avait promis d'agir pour le compte d'autrui, transformait l'opération en contrat de louage.

Dans notre droit moderne, au contraire, ce qui caractérise le mandat c'est la représentation du mandant par le mandataire, représentation qui est et demeure étrangère au contrat de louage. Aussi, chaque fois qu'il interviendra une convention aux termes de laquelle une personne s'oblige à faire une chose pour une autre, et au nom de cette autre, comme le dit la définition de l'art. 1984, nous déciderons qu'il y a mandat dans tous les cas, qu'un salaire ait été promis ou non, et quelle que soit l'importance du salaire promis.

Si, au contraire, la convention n'implique pas l'idée de représentation de l'une des parties par l'autre dans un acte juridique à effectuer, cela prouvera qu'il n'y a pas mandat; et par conséquent si un prix quelconque a été stipulé, il faudra voir dans l'opération un louage de services. Dans cet ordre d'idées, il faut mentionner une décision bizarre d'après laquelle l'avocat qui *accepte* de plaider (ce qui suppose une convention) est un mandataire ou *gérant d'affaires* (ce qui suppose l'absence de convention), et qu'en *conséquence* les honoraires par lui stipulés peuvent être réduits par le juge (1)!...

Quand la convention n'a stipulé aucun prix, il y aura un contrat innomé (Voy. t. X, nos 379 et suiv.). Nous nous bornerons à rappeler à ce propos qu'il existe une opinion inadmissible, suivant laquelle les actes constituant l'exercice

(1) Agen, 4 mars 1889, S. 89, 2, 139.

d'une profession libérale seraient d'une nature *spéciale*, ne rentrant ni dans le louage de services, ni dans le mandat, et ne pouvant donner lieu à un engagement civilement obligatoire!

19. Le pacte qui accorde une rémunération ou salaire au mandataire est exprès ou tacite. Il existe, en effet, en matière civile et en matière commerciale, des fonctions et professions qui sont naturellement salariées parce qu'elles servent de moyens d'existence à ceux qui les exercent. Le mandat qui est donné à ces derniers est donc salarié en vertu d'une sorte de convention tacite. Il s'agit du mandat donné aux agents d'affaires (1), aux officiers ministériels, aux agents de change (2) et courtiers (3), à des banquiers (4), à des agents d'assurances (5) ou vérificateurs d'assurances (6), aux syndics des faillites, aux liquidateurs des sociétés (7). Il y a eu, sans que nous puissions comprendre pourquoi, quelques difficultés en ce qui concerne spécialement les notaires. Bien entendu pour les notaires, comme d'ailleurs pour les autres officiers ministériels, il ne s'agit pas d'actes rentrant dans leurs fonctions, et à l'égard desquels ils trouvent leur rémunération dans le tarif en vigueur. Il s'agit d'actes en dehors de leurs fonctions, dans lesquels ils ont simplement le rôle d'agents d'affaires, et il serait aussi irrationnel que contraire à la réalité des situations de décider que le mandat donné aux notaires pour de

(1) Douai, 20 avr. 1891, D. 92, 2, 51.
(2) Cass. 7 juill. 1891, D. 92, 1, 185.
(3) Amiens, 21 mars 1891, D. 92, 2, 305.
(4) Cass. 30 avr. 1895, D. 95, 1, 337.
(5) Cass. 26 oct. 1891, D. 92, 1, 411.
(6) Cass. 10 fév. 1891, D. 91, 1, 197.
(7) Voy. Cass. 5 janv. 1869, S. 69, 1, 81; 1er fév. 1870, S. 70, 1, 152; Bordeaux, 18 janv. 1872, S. 72, 2, 50; Laurent, t. XXVII, n° 343; Arntz, t. IV, n° 1466; Guillouard, n° 11; Baudry-Lacantinerie, n° 908.

tels actes doit être gratuit à moins de convention contraire (1). C'est l'inverse qu'il faut admettre : dans un tel mandat la qualité du mandataire suppose un pacte tacite de rémunération, sauf le cas d'une convention différente.

Il appartiendra d'ailleurs aux juges du fond d'apprécier si, dans l'intention commune des parties, la convention de mandat est intervenue à titre gratuit ou avec stipulation d'un salaire. C'est ce qui a été décidé à l'occasion de liquidateurs de sociétés (2). Il leur appartient aussi de fixer la quotité du salaire lorsque, le mandat devant être rétribué, cette quotité n'a pas été indiquée (3).

Dans tous les cas la preuve de la convention soit expresse, soit tacite accordant un salaire au mandataire est à la charge de celui-ci (4).

La jurisprudence décide que le salaire alloué au mandataire par une convention expresse, peut être réduit par le juge quand il paraît excessif (5). Il est peu de solutions aussi arbitraires et méconnaissant plus ouvertement la volonté de la loi (6). C'est en vain que la loi fait un devoir aux juges de respecter les conventions, et leur défend de les rescinder sous prétexte de lésion, excepté quand il s'agit de certains contrats au nombre desquels ne figure pas le mandat (art. 1118, 1134). Cela ne saurait empêcher certains esprits de céder à cette idée qu'il faut protéger et *défendre les*

(1) Cass. 1er déc. 1891, D. 92, 1, 209; GUILLOUARD, n° 12.

(2) Cass. 28 mars 1887, S. 88, 1, 97.

(3) Cass. 8 janv. 1890, S. 90, 1, 516; Paris, 9 juin 1887, D. 88, 2, 280.

(4) Cass. 1er déc. 1891, D. 92, 1, 209.

(5) Cass. 13 mai 1884, S. 85, 1, 345; Agen, 4 mars 1889, S. 89, 2, 139; Cass. belge, 28 nov. 1889, *Pas.*, 91, 1, 27.

(6) AUBRY et RAU, § 414, texte et note 9; DEMOLOMBE, *Revue de législ.*, 1846, p. 445; BOULLENGER, note, S. 1866, 1, 273; LAURENT, t. XXVII, n° 347, t. XXVIII, n° 23; ARNTZ, t. IV, n° 1466; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 908; Paris, 13 déc. 1894, D. 95, 2, 445.

parties contre les engagements imprudents que peuvent leur faire prendre des mandataires salariés (1).

On dissimule quelquefois cette préoccupation sous le sophisme suivant : Le salaire qui peut être convenu n'est qu'une récompense, qui est elle-même une indemnité ne pouvant jamais constituer un bénéfice; il n'a de cause juridique que s'il est proportionné au service rendu; le juge peut donc le réduire par le motif qu'il est exagéré (2). Mais on oublie que, sauf les cas de rescision pour lésion, les parties sont seules juges des questions de quotité dans les contrats. On reconnaît cependant que le salaire ne peut plus être réduit quand il a été seulement fixé après l'exécution du mandat (3), et qu'il demeure acquis malgré l'inexécution du marché conclu par le mandataire ou commissionnaire (4).

20. Le mandat est en principe révocable *ad nutum*, aussi bien quand il est salarié que lorsqu'il est gratuit (art. 2003).

Nous devons cependant rappeler la distinction que nous avons faite entre le mandat proprement dit et la simple procuration ou pouvoir de représenter donnée en dehors de toute idée de mandat, et comme moyen d'exécution d'un autre contrat, par exemple d'une cession, etc. Dans ces hypothèses la procuration ne peut être retirée à celui qui en est porteur. Nous avons vu une application de cette règle dans l'art. 1856 (Voy. t. XI, nos 87 et 88).

Il en sera de même si le mandat est l'une des conditions du contrat passé avec une autre partie, comme dans le cas d'un *adjectus solutionis gratiæ* (Voy. t. VIII, no 21). Cette adjonction est faite ordinairement autant dans l'intérêt du débiteur et pour lui faciliter le paiement, que dans l'intérêt du créancier représenté par l'*adjectus*. Il va de soi que le

(1) *Sic*, Guillouard, no 466.
(2) Cass. belge, arrêt précité du 28 nov. 1889, S. 90, 4, 4.
(3) Montpellier, 6 fév. 1893, S. 94, 2, 208.
(4) Cass. 21 déc. 1892, D. 93, 1, 118.

créancier ne pourrait révoquer seul un tel mandat. Il en serait autrement s'il résultait des termes de la convention que la désignation d'un tiers pour recevoir le paiement a été faite dans l'intérêt exclusif du créancier et que le débiteur y est demeuré étranger.

Bien plus, rien n'empêche les parties de convenir que le mandat sur lequel elles sont d'accord, sera irrévocable, notamment, ainsi que nous venons de le dire, lorsqu'il fait partie d'une autre convention. Elles peuvent également admettre une clause pénale pour le cas de révocation par le mandant. Cette clause est obligatoire, et il a été jugé que les tribunaux n'avaient pas le droit de réduire les dommages stipulés (1).

Enfin quand un mandat a été donné à la même personne par plusieurs mandants agissant dans un intérêt commun, il ne peut être révoqué par un seul d'entre eux agissant isolément (2).

Nous aurons d'ailleurs à revenir sur tous ces points quand nous parlerons des modes d'extinction ou de cessation du mandat.

21. Pour que le contrat de mandat soit formé, il faut qu'il y ait de part et d'autre intention véritable de s'obliger, spécialement de la part de celui à qui une procuration est offerte. Il arrive, en effet, souvent que celui à qui un mandat est proposé n'entend l'accepter que tout autant qu'il lui sera possible de l'exécuter sans vouloir prendre à cet égard d'engagement positif. Il est manifeste que, dans ce cas, il n'y a pas encore contrat ou accord des volontés. Il faut que le mandataire se soumette d'une manière non équivoque à la nécessité d'exécuter le contrat dans tout son contenu, C'est la pensée que le législateur a voulu exprimer en insis-

(1) Cass. belge, 26 fév. 1885, S. 89, 4, 22.
(2) Amiens, 28 janv. 1892, S. 94, 2, 177.

tant sur ce point que *le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* (art. 1984, § 2). Quand il y a plusieurs intéressés, comme dans une société, il appartient aux juges du fond de décider d'après l'intention commune des parties, révélée par les faits et documents de la cause, que des administrateurs de cette société ont agi non comme mandataires de cette société, mais seulement comme mandataires de certains associés contre qui ils auront une action personnelle (1).

Conformément aux règles générales, le consentement nécessaire pour valider le contrat doit être exempt de violence, d'erreur ou de dol. On pourrait croire d'abord qu'il n'y a pas intérêt à déclarer applicables au mandat ces causes de nullité par le motif que le mandant ayant toujours le pouvoir de révoquer le mandat, et le mandataire la faculté d'y renoncer, la partie qui pourrait se prévaloir de l'action en nullité n'aurait qu'à user du droit qui lui appartient de mettre fin au mandat. Il importe donc de faire quelques précisions.

22. Parlons d'abord du cas de violence. On peut supposer que la violence a été employée pour arracher à une personne le mandat de procéder à un acte juridique auquel elle ne consentirait pas si elle était libre. La faculté de révoquer le mandat ne suffirait pas dans ce cas, car il est probable que les auteurs de la violence s'empresseront de faire exécuter le mandat avant que la partie violentée ait recouvré sa liberté d'agir. Dans ce cas, l'action en nullité sera utile pour faire restituer la victime de la violence contre les effets des actes passés par le mandataire avec les tiers.

Dans le cas de dol il en sera de même si on adopte l'opinion qui fait réagir contre les tiers l'action en nullité pour cause de dol (Voy. t. VII, n° 41). Dans tous les cas l'action en nullité serait utile pour obtenir des dommages-intérêts.

(1) Cass. 4 juill. 1893, S. 94, 1, 166.

23. Pour l'erreur, il y a plus de difficultés. On sait que, d'après l'art. 1110, l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que si elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Si donc mandat a été donné, par exemple, d'acheter une chose, il est facile de comprendre que l'acquisition réalisée par le mandataire en vertu de ce mandat puisse être viciée par une erreur portant sur la substance de la chose achetée, mais il n'est pas possible de concevoir comment le mandat lui-même pourrait se trouver entaché d'une erreur de cette nature puisque ce qui en forme l'objet c'est uniquement le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du mandant. Il faut donc reconnaître qu'en matière de mandat on ne peut concevoir qu'une erreur sur les motifs qui ont pu déterminer à le donner, c'est-à-dire une erreur qui ne peut exercer aucune influence sur sa validité et ses effets.

Mais l'erreur pourrait porter sur la nature même du rapport qui s'est établi entre les parties, l'une a voulu seulement donner un conseil ou faire une recommandation, l'autre a cru qu'il s'agissait d'un mandat. L'erreur, en ce cas, est exclusive d'un consentement réciproque; il n'y a pas eu contrat.

24. Il faut donc distinguer entre le simple conseil et le mandat, car il n'y a aucune espèce de rapport entre ces deux choses. On donne souvent comme exemple l'hypothèse où une personne aurait dit à une autre qu'elle ferait bien de prêter son argent à intérêt plutôt que de l'employer en acquisition d'immeubles. Il n'y a là, dit-on, qu'un simple conseil *qui ne lie personne* (1), et celui qui donne un conseil de ce genre ne saurait être responsable des prêts effectués

(1) AUBRY et RAU, § 410, texte et note 9; LAURENT, t. XXVII, n° 357; ARNTZ, t. IV, n° 1465; GUILLOUARD, n°s 23 et suiv.; Caen, 2 fév. 1857, D. 57, 2, 158.

dans de mauvaises conditions. Cette solution est de toute évidence. Mais remarquons le motif par lequel on prétend la justifier, c'est parce que le conseil ne lie personne, et spécialement ne lie pas celui qui le donne; d'où il semblerait résulter que si l'auteur du conseil avait l'intention de s'obliger, il y aurait contrat de mandat, ce qui est inadmissible.

Ainsi, par exemple, vous avez en caisse une somme importante disponible; un tiers vous donne le conseil de prendre des actions d'une compagnie financière déterminée plutôt que d'acheter un immeuble, et vous garantit personnellement la bonté du placement, s'obligeant à vous indemniser de la perte que vous pourriez subir. La convention est certainement valable, mais quel rapport y a-t-il entre cette convention et un contrat par lequel une personne s'oblige à faire quelque chose *au nom* et *pour le compte d'un autre?* Comment donc se fait-il que les auteurs aient cru nécessaire d'insister sur cette distinction, comme si la confusion était possible? Ils ajoutent que celui qui, de mauvaise foi, donnerait un conseil de nature à porter préjudice à autrui, engagerait sa responsabilité. Mais alors on sort de l'hypothèse. Tout ce qu'on peut dire c'est que, bien souvent, l'opération envisagée après avoir commencé par se produire sous les apparences d'un simple conseil finira par se transformer en mandat.

Par exemple, dans l'espèce précédemment citée, celui à qui quelqu'un vient de donner le conseil de prêter son argent à intérêt, plutôt que de l'employer en acquisition d'immeubles, répond à l'auteur du conseil : Je suis prêt à suivre votre avis; chargez-vous donc de trouver pour moi un placement présentant toute sécurité et que vous pourrez conclure. Si le donneur de conseil accepte, il devient mandataire, car il a contracté l'obligation de faire une certaine chose au nom et pour le compte d'un autre.

25. Or, on comprend que les faits pourront souvent se passer à peu près comme nous venons de l'indiquer quand il s'agira de rapports entre clients et hommes d'affaires, spécialement les notaires. On voit donc clairement par ce qui précède quel est le véritable champ du débat dans la plupart des procès en responsabilité dirigés contre les notaires, lorsqu'on prétend leur faire subir les conséquences d'un mauvais placement, d'une éviction, etc. Le notaire soutient qu'il s'est borné à conseiller l'opération dont se plaint le client, mais sans être allé au-delà d'un simple conseil. Le client soutient de son côté qu'il a donné un véritable mandat lequel a été accepté par le notaire. Nous avons déjà eu l'occasion d'envisager cette situation (Voy. t. VIII, nos 416 à 418).

Dans des litiges de cette nature tout se réduit donc à une question de fait. Aussi les documents jurisprudentiels ont-ils, en pareille matière, une importance médiocre. Presque tous les arrêts intervenus présentent des décisions d'espèce, et il n'y a pas deux espèces identiques. Aussi nous bornerons-nous à indiquer quelques principes généraux de solution.

D'abord, et *dans le doute*, il faut présumer que le notaire, ou l'homme d'affaires en général, s'est borné à donner un simple conseil, sans vouloir engager sa responsabilité en dehors des devoirs de sa charge. Cette solution est commandée par les principes généraux, car, puisqu'il y a doute, c'est que le mandat n'est pas prouvé par celui qui l'allègue, et c'est toujours au demandeur à faire la preuve.

En second lieu, la preuve du mandat allégué doit être faite, ainsi que nous l'avons déjà dit, conformément aux règles du droit commun. Les juges ont le droit d'apprécier les faits avérés et constants qui peuvent être considérés comme des actes d'exécution établissant l'acceptation tacite du mandat par l'homme d'affaires, pourvu qu'il s'agisse de faits reconnus par les deux parties, ou, en cas de contesta-

tion, prouvés selon les règles du droit commun, ou résultant des pièces du procès.

Quelquefois, le mandat n'étant pas démontré, le notaire pourra être déclaré responsable en vertu des principes sur le quasi-contrat de gestion d'affaires. Le résultat est absolument le même.

A cause de cette identité de résultat, ceux qui se croient fondés à agir contre un notaire, l'assignent souvent pour s'entendre déclarer responsable, *soit en qualité de mandataire, soit tout au moins comme gérant d'affaires, negotiorum gestor*. Il serait absurde de prononcer une condamnation dans ces termes, mais il n'y a pas d'incompatibilité entre ces deux moyens, dont le second a seulement un caractère subsidiaire.

Le demandeur, en effet, peut soutenir de bonne foi, à raison des circonstances, qu'il a tacitement donné mandat au notaire de lui procurer un placement dont il demeurerait responsable, mandat que le notaire aurait accepté en l'exécutant. Mais il pourrait être vrai que le notaire n'ait pas connu l'existence de cette offre tacite de mandat, et néanmoins qu'il ait pris sur lui de gérer les affaires de son client en lui procurant le placement qui a été effectué.

N° 3. — *De l'objet dans le mandat et de son étendue.*

26. — De la chose formant l'objet du mandat.
27. — Etendue du mandat qui peut être général ou spécial, art. 1987 et 1988.
28. — Limites du mandat spécial, art. 1989.
29. — Limites du mandat général.

26. On peut poser comme règle générale que l'affaire formant l'objet du mandat doit être future et licite, et doit en même temps admettre la représentation par un tiers.

Cette règle est tirée de la définition même du mandat. Ce contrat étant d'après l'art. 1984 *le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*, il en résulte tout

d'abord que l'objet du mandat doit consister dans un acte juridique à accomplir et non déjà consommé. Si donc, par erreur, équivoque ou autrement, le mandat portait sur une affaire déjà terminée, ce mandat serait nul faute d'objet, en ce sens qu'il n'en résulterait aucune obligation à l'égard du mandataire. Mais le mandant serait tenu d'indemniser ce dernier des frais de toute nature qu'il aurait pu exposer de bonne foi, avant d'avoir découvert que l'affaire dont on l'avait chargé était déjà accomplie.

La même définition implique encore que l'acte objet du mandat soit tel qu'il puisse être valablement accompli par le mandant lui-même, puisque celui-ci est censé l'accomplir par l'organe de son mandataire. Par conséquent, les personnes à qui certains actes sont interdits par la loi, ne peuvent chercher à éluder cette prohibition en donnant mandat à un tiers de les accomplir, même en dissimulant sa qualité de mandataire et en paraissant agir en son propre nom. Ainsi l'art. 450 interdit certains actes au tuteur; les art. 1594, 1595, 1596 et 1597 interdisent la vente ou l'achat de certaines catégories de biens; l'art. 711, C. proc., défend pareillement à certains individus de se porter adjudicataires ou surenchérisseurs à l'égard des immeubles vendus sur expropriation forcée, etc. Les personnes atteintes par ces diverses prohibitions ne peuvent pas donner valablement mandat d'accomplir les actes prohibés.

L'objet du contrat doit de plus être licite d'après les principes généraux du droit. Le mandat d'accomplir un acte illicite au point de vue de la loi pénale, ou simplement contraire au droit des tiers (1), ne serait donc pas obligatoire. Si, en fait, le mandataire avait cru devoir se conformer aux instructions données par le mandant, il n'aurait pas d'action contre celui-ci pour se faire rembourser ses avances.

(1) Angers, 9 avr. 1892, D. 93, 2, 50.

Enfin, quoique l'objet du mandat, considéré en lui-même, soit honnête, il faut de plus que la loi n'ait pas prohibé l'intervention d'un mandataire. Dans certains cas, en effet, le législateur exige pour des motifs divers que les intéressés agissent de leur personne. Ainsi le mariage et le testament ne peuvent avoir lieu par mandataires. De même, dans les instances en divorce ou en séparation de corps, les conjoints doivent comparaître en personne pour l'essai de conciliation (art. 238 et 307); de même encore le serment ne peut être prêté que par la partie intéressée elle-même (art. 877, C. pr. civ.).

Demeurant les observations qui précèdent, on peut généralement se faire représenter par un mandataire pour tous les actes juridiques.

Quelques difficultés cependant se sont élevées sur le point de savoir si on peut se faire représenter dans un procès soit comme demandeur, soit comme défendeur. Ainsi posée, la question ne peut soulever le moindre doute; il n'y a pas de texte, en effet, qui défende de confier à un mandataire la mission d'engager ou de soutenir un procès, de faire appel d'une décision rendue, etc., mais la question est de savoir comment pourra ou devra procéder le mandataire. Celui-ci devra-t-il faire engager ou soutenir le procès au nom de son mandant, ou bien aura-t-il le droit de l'engager ou de le soutenir en son propre nom? Dans ce dernier cas, sera-t-il tenu de révéler le nom de son mandant, ou bien pourra-t-il figurer seul dans les actes du procès? La question est en un mot de savoir si, dans l'état actuel de la législation, il est permis de plaider par procureur. Ce côté de la question touche aux règles concernant les rapports entre le mandataire et les tiers que nous exposerons plus bas. Nous nous bornons à constater ici que les soins nécessités pour un procès à soutenir peuvent former l'objet d'un mandat.

Les pactes concernant la révélation d'une succession ou-

verte, peuvent constituer une convention licite (Voy. t. VII, n° 72), mais non un mandat (1).

27. Au point de vue de son origine, le mandat peut être : *Conventionnel;*

Légal (tuteur, père administrateur légal);

Judiciaire (représentation des présumés absents, art. 113).

Au point de vue de son étendue,

ART. 1987. Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant (*).

ART. 1988. Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. — S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès (**).

Le mandat spécial peut être général dans sa spécialité, c'est-à-dire qu'il peut conférer au mandataire le pouvoir de faire absolument tout ce qui sera nécessaire pour mener à conclusion définitive l'affaire spéciale en vue de laquelle il a été donné. Dans ces conditions, le mandataire n'excédera pas ses pouvoirs en acceptant, par exemple, des traites ayant pour cause des fournitures faites par un tiers à l'entreprise (2); de même, l'avoué du saisi est autorisé par son mandat à consentir à la conversion de la saisie en vente volontaire (3).

L'extension dont nous parlons doit résulter clairement et positivement des termes et de l'esprit de la procuration, et non des artifices d'un raisonnement; autrement, de déduction en déduction, on pourrait aller trop loin et voir dans un mandat bien des choses que les parties n'ont jamais eu l'intention d'y mettre. Les juges ont une tendance à se laisser ainsi entraîner; en voici un exemple curieux :

(*) Art. 1987. — L. 1, D. 3, 3, *De procurat.*

(**) Art. 1988. — L. 5 pr. L. 41, D. 17, 1, *Mandati.*

(1) Paris, 12 mars 1894, S. 94, 2, 193; Trib. Montauban, 14 mars 1894, S. 94, 2, 150; Trib. Liège, 25 mars 1892; de Courtrai, 22 juillet 1892, S. 92, 4, 21.

(2) Nancy, 25 fév. 1890, D. 90, 2, 307.

(3) Cass. 17 oct. 1894, D. 95, 1, 85.

Certains souscripteurs, désireux d'avoir une église officiellement consacrée au culte dans un quartier rural, avaient donné mandat à une commission de recueillir les fonds promis, et de procéder à la construction de l'église. Voilà quel était l'objet précis du mandat. Les juges du fait décidèrent que ce mandat devait être considéré comme contenant en même temps le pouvoir de gérer cette église une fois ouverte au culte, jusqu'à ce qu'elle devînt communale pour être administrée par une fabrique légalement constituée. Les mêmes juges admirent que, comme conséquence de ce mandat, la commission avait pu valablement, au regard des souscripteurs mandants, établir une taxe sur les chaises que ceux-ci apporteraient dans l'église, et faire enlever de cette église des chaises qu'un des souscripteurs à l'édifice voulait y installer et maintenir sans acquitter la rétribution commune. La Cour de cassation s'est inclinée devant la souveraineté des juges du fait (1), et n'a pas cherché à vérifier si les véritables conventions des parties n'avaient pas été dénaturées par une décision aussi singulière (Voy. t. VII, n° 88).

28. Le mandat spécial doit donc être limité aux actes spécifiés dans la convention ou procuration. Le mandataire ne pourrait, sous prétexte d'analogie, ou en invoquant un argument *a fortiori*, ou la considération *qui potest plus potest minus*, étendre ses pouvoirs au-delà des limitations précises qu'ils ont reçues, c'est-à-dire faire des actes autres que ceux qui sont prévus. Mais, quant aux actes prévus, il peut y procéder suivant les divers modes dont ils sont susceptibles. Ainsi le pouvoir d'encaisser les primes donné par les statuts d'une société d'assurances à son directeur-gérant, comporte le droit d'accepter ou de créer des traites pour opérer les encaissements prévus (2).

(1) Cass. 5 juill. 1887, D. 87, 1, 325.
(2) Bruxelles, 24 mai 1856, *Pas.*, 56, 2, 287.

Le texte suivant formule le précepte et donne un exemple :

ART. 1989. Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

De même le pouvoir de se concilier ne donne pas celui de faire un aveu ; le pouvoir de toucher les revenus n'emporte pas celui de recevoir les capitaux, celui de poursuivre une expropriation ne permet pas de se rendre, au nom du mandant, adjudicataire des biens expropriés (1). Le pouvoir de recouvrer une créance n'entraîne pas le droit d'en faire la remise totale ou partielle, ni de transiger à son sujet (2). On soutient qu'il n'entraîne pas davantage le droit d'en faire la cession à un tiers (3). Cependant la cession d'une créance peut être considérée comme un mode d'encaissement de cette même créance (Voy. t. VIII, n° 8), et un mandataire diligent doit saisir avec empressement l'occasion d'en profiter. Nous pensons néanmoins que ce droit n'appartient qu'au mandataire général (Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n^os^ 246 et 248).

On se demande encore si le pouvoir de vendre ou celui de donner à bail emporte celui de recevoir le prix, ou le montant de la location? La négative est certaine, quand il s'agit d'immeubles, à moins que les circonstances ne permettent aux juges du fait d'affirmer que le mandataire a reçu, en réalité, le mandat de recevoir le prix (4). Il a été jugé, dans le même ordre d'idées, qu'il appartenait aux juges du fait de décider que le notaire, rédacteur de l'acte de vente, n'avait pas qualité pour recevoir le prix dû au vendeur (5).

(1) Cass. 1^er^ avr. 1839, S. 39, 1, 379.

(2) PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 941 ; LAURENT, t. XXVII, n° 438 ; GUILLOUARD, n° 97.

(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*

(4) Rouen, 9 nov. 1839, S. 40, 2, 80 ; AUBRY et RAU, § 412, texte et note 10 ; LAURENT, t. XXVII, n° 435 ; GUILLOUARD, n° 97.

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

A l'égard des objets mobiliers, il a été quelquefois admis que le pouvoir d'en opérer la vente emportait celui d'en percevoir le prix, surtout quand la vente en devait être faite au comptant. Mais comme il s'agit d'interpréter l'intention commune des parties, nous pensons qu'il faut restreindre cette solution aux objets de valeur médiocre. Il serait téméraire de l'étendre aux objets d'une valeur considérable, tableaux, objets d'art, etc., à l'égard desquels on comprend très bien que le pouvoir de vendre n'emporte pas celui de toucher le prix.

29. En ce qui touche le mandat général embrassant toutes les affaires du mandant, on se demandait sous l'ancienne jurisprudence si le mandataire général ne devait pas, dans certains cas, avoir le droit de faire tous les actes que le mandant aurait pu faire lui-même, notamment les actes d'aliénation. De grandes controverses s'étaient élevées sur ce point. Mais on distinguait ordinairement entre le mandat *omnium bonorum simpliciter*, et le mandat *cum libera administratione*, qui donnait le droit de tout faire. L'art. 1988 a eu précisément pour but de rendre inutile cette distinction et de faire cesser les anciennes controverses qui s'étaient produites à cette occasion. Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, et ne donne pas au mandataire le pouvoir de procéder aux actes d'aliénation. Pour ces derniers un mandat *exprès*, c'est-à-dire spécial, est indispensable.

Toute la difficulté consistera donc à distinguer entre les actes d'administration et les actes d'aliénation.

Cette distinction, déjà admise pour d'autres matières juridiques, a toujours les mêmes caractères. Elle ne met pas obstacle à ce que certains actes de disposition puissent, suivant les circonstances, être considérés, en vertu d'une interprétation de la volonté des parties, comme constituant des actes de bonne gestion. Les difficultés qui pourront

s'élever à cet égard donneront donc lieu à des questions de fait, plutôt qu'à des questions de droit (1).

Le mandataire général pourrait donc procéder aux actes de disposition qui ne sont en réalité que des actes nécessaires d'administration, tels que : vente des fruits, denrées et récoltes, ou d'objets détériorés ou sujets à dépérissement, gratification aux ouvriers et employés, etc.

Il faut aller plus loin : le mari, par exemple, administrateur libre de la dot, ayant qualité pour recevoir le remboursement des capitaux, pourrait aussi en faire une cession valable sans sortir des limites du mandat dont il est investi (Voy. t. IX, n° 452). La cession, nous l'avons déjà vu, peut être considérée soit comme un mode d'encaissement, soit comme un moyen d'éviter les chances d'insolvabilité du débiteur.

Mais un mandataire général ne pourrait procéder à un acte de pure aliénation, ou ayant sur le patrimoine une influence analogue à celle d'une aliénation. Ainsi il ne pourrait pas transiger, car transiger c'est faire un sacrifice et détruire la chance de gagner le procès; il ne pourrait pas davantage faire remise de la dette, car ce serait diminuer l'actif sans compensation. Il ne faut pas confondre la remise de la dette avec la remise du titre authentique, ou sous signature privée. Cette remise fait présumer le paiement (art. 1282 et 1283), et le mandataire général devrait rendre compte de ce paiement qu'il serait présumé avoir reçu.

L'appel, le pourvoi en cassation, l'acquiescement à un jugement, etc., sont encore des actes qui excèdent les bornes d'une simple administration, et que, par suite, ne pourrait faire un administrateur général.

Il faut en dire autant d'une renonciation à succession, et

(1) GUILLOUARD, n° 79; *Contrà*, LAURENT, t. XXVII, n° 419.

même d'une acceptation de succession, fût-ce sous bénéfice d'inventaire. Pour tous ces actes un mandat exprès est nécessaire. Même solution pour l'acceptation d'une donation qui cependant ne peut compromettre le patrimoine. Le pouvoir général dont parle à ce propos l'art. 933, est en réalité un pouvoir spécial limité à une certaine catégorie d'affaires.

N° 4. — *Règles de capacité.*

30. — Capacité pour donner un mandat; pour le recevoir, art. 1990.
31. — Les clercs du notaire peuvent être mandataires des parties. Inconvénients de cette pratique.
32. — L'une des parties contractantes pourrait-elle, dans le même contrat, représenter l'autre comme mandataire?
33. — Le même mandataire pourrait-il, dans un contrat, représenter plusieurs parties, et même toutes les parties?

30. Toutes les personnes capables de contracter peuvent donner un mandat en restant dans les limites de leur capacité, et leur capacité doit exister au moment même où se forme le contrat de mandat et non pas seulement à la date du jour où seront accomplis les actes juridiques en vue desquels le mandat a été donné.

De cette proposition il résulte d'abord que les mineurs et les femmes mariées, non autorisées, étant incapables de s'obliger, ne peuvent donner un mandat valable et pourront par conséquent se prévaloir de la nullité relative dérivant de leur incapacité.

Il en résulte encore qu'un mineur émancipé aurait le droit de conférer un mandat concernant les actes d'administration qu'il a le droit de faire, mais non les actes de disposition qui lui sont interdits.

Mais comme le mandat est avant tout un témoignage de confiance donné à ses risques et périls par le mandant, il n'y avait aucun intérêt à limiter, à ce point de vue, la faculté de recevoir un mandat, sauf en ce qui touche l'exécution testamentaire (Voy. t. VI, n° 360).

En conséquence :

ART. 1990. Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* (*).

Puisqu'il faut appliquer les principes du droit commun entre le mandant et le mandataire incapable qu'il aura choisi, on doit décider qu'un tel mandat ne sera pas obligatoire à l'égard du mandataire et que le mandant n'aura contre ce dernier aucune action si ce n'est l'action *de in rem verso* ou d'enrichissement, dans le cas, par exemple, où la chose reçue par le mandataire en vertu du mandat est encore en sa possession ou a tourné à son profit.

Vis-à-vis des tiers le mandat donné à un incapable est irréprochable. La régularité des actes faits par le mandataire sera appréciée, en effet, eu égard seulement à la capacité du mandant (1). Le mandataire qui doit donner connaissance de ses pouvoirs, étant le représentant du mandant, il en résulte qu'en traitant avec lui les tiers traitent réellement avec le mandant lui-même. Peu leur importe donc que le *médiateur* soit ou ne soit pas capable de s'obliger.

L'art. 1990 semble ne vouloir autoriser à accepter un mandat que les femmes mariées et les mineurs émancipés; il ne parle pas des interdits ni des mineurs non émancipés. Néanmoins tous les auteurs reconnaissent sans difficulté que le législateur n'a pas eu la volonté d'empêcher ces incapables d'accepter un mandat (2). Nous croyons cepen-

(*) Art. 1990. — L. 3 § 11, L. 4, L. 23, D. 4, 4, *De minor.*

(1) Cass. 20 janv. 1892, D. 92, 1, 229.

(2) Cass. 20 janv. 1892, D. 92, 1, 229; AUBRY et RAU, § 411, texte et note 10; LAURENT, t. XXVII, n° 397; ARNTZ, t. IV, n° 1468; GUILLOUARD, n° 56; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 909.

dant qu'il faut faire à cet égard certaines précisions.

D'abord il ne peut y avoir aucune difficulté à l'égard de celui qui est légalement interdit. On peut concevoir, en effet, qu'il rende quelques services comme mandataire dans le lieu où il subit sa peine.

Quant à celui qui a été judiciairement interdit à raison de son état mental, il faut nécessairement supposer que le mandat aura été accepté par lui dans un intervalle lucide, autrement il n'y aurait pas contrat, et qu'il exécutera ce mandat également dans un intervalle lucide. Ces hypothèses sont véritablement chimériques, et c'est probablement le motif pour lequel le législateur n'a pas parlé de l'interdit.

Il y a lieu de faire des observations analogues à l'égard des mineurs non émancipés. Il faut, tout au moins, qu'ils aient un âge suffisant pour accepter le mandat. Mais il est manifeste qu'ils ne seront guère employés qu'à faire ce qu'on appelle vulgairement des *commissions*.

La nomination d'un séquestre judiciaire ne peut en aucune manière modifier à l'égard de celui qui est l'objet d'une telle mesure la capacité de donner ou de recevoir un mandat. Ainsi la personne qui est l'objet du séquestre peut, après la nomination de ce séquestre, donner mandat à un tiers à l'effet de la représenter en justice. La nomination du séquestre ne peut pas non plus dessaisir le tiers des fonds et valeurs par lui reçus comme mandataire de la personne objet du séquestre. Nous renvoyons d'ailleurs à ce qui a été déjà dit sur ces nominations de séquestre (Voy. t. XI, nos 271 et suiv.).

31. Aucune incapacité n'a été édictée à l'égard des clercs du notaire rédacteur d'un acte. Un clerc pourrait donc représenter l'une des parties en qualité de mandataire. La loi du 25 ventôse an XI (art. 10) s'occupe des clercs de notaire uniquement pour leur défendre de remplir le rôle de témoins dans les actes retenus par leur patron, mais ne

leur retire en aucune façon le droit appartenant à toute personne d'accepter un mandat et de le remplir. Un clerc pourra donc valablement représenter toute partie appelée à figurer dans un acte, vendeur, acheteur, créancier, débiteur, co-partageant, etc., en vertu, suivant les cas, d'une procuration authentique ou sous seing privé ou même verbale.

En conséquence, il arrive souvent que dans les actes notariés constatant des prêts de sommes d'argent, avec ou sans stipulations d'hypothèques, le clerc du notaire rédacteur intervient en qualité de *mandataire verbal* du créancier, délivre les fonds ou est censé délivrer les fonds en son nom, stipule un terme pour le remboursement, une hypothèque, etc.

L'emprunteur qui reçoit les fonds trouve naturellement les pouvoirs du clerc suffisamment justifiés. Le créancier, de son côté, qui avait déposé les fonds chez le notaire en vue du placement qui a été effectué et qui était absent au moment où l'acte a été signé, n'a aucune espèce d'intérêt à critiquer l'opération et ratifie ce qui s'est passé en retirant la grosse de l'acte. Tout paraît donc régulier, cependant, nous n'hésitons pas à trouver cette pratique dangereuse à l'égard du notaire, du clerc et même du débiteur.

A l'égard du notaire, qui peut-être n'a pas le moins du monde procuré le placement, le danger consiste en ce que, si le placement est reconnu mauvais, le créancier pourra argumenter du rôle joué par le clerc, instrument du notaire, pour soutenir que ce dernier a agi comme mandataire pour procurer le placement et a, par conséquent, engagé sa responsabilité.

A l'égard du clerc, le danger est manifeste : en cas de mauvais placement, le créancier pourra soutenir qu'il lui avait donné mandat de chercher lui-même et sous sa responsabilité, un bon emprunteur. Souvent, en effet, surtout dans

les grands centres, les clercs des études importantes reçoivent personnellement de semblables mandats.

Enfin, le débiteur lui-même n'est pas à l'abri de tout danger. Ne pourrait-il pas arriver qu'un créancier tracassier et de mauvaise foi soutienne, par exemple, avoir donné mandat de prêter pour un délai beaucoup plus court que celui qui a été fixé dans l'acte? Sans doute, la réception de la grosse de cet acte par le créancier doit emporter ratification de sa part et le rendre irrecevable à soulever de telles difficultés. Mais il peut se faire que, pour un motif quelconque, la grosse ne lui soit remise que longtemps après la passation de l'acte et qu'il s'empresse alors de formuler ses réclamations. Aussi croyons-nous qu'il serait prudent de renoncer à l'habitude de faire figurer dans les actes un clerc de notaire en qualité de mandataire verbal.

32. L'une des parties pourrait-elle, dans un contrat, représenter l'autre partie en qualité de mandataire?

Nous devons d'abord éliminer le cas où il s'agit d'un tuteur mandataire légal de son pupille. Il résulte, en effet, de l'art. 450, § 3, que dans les cas où le tuteur est autorisé à faire un contrat avec le mineur il ne peut, dans ce contrat, représenter le mineur et doit être alors remplacé par le subrogé-tuteur.

Mais supposons qu'il s'agisse d'un mandat conventionnel; que le mandataire ait été chargé de passer un certain contrat au nom et pour le compte du mandant; la question est de savoir si le mandataire pourrait conclure le contrat avec lui-même au nom du mandant?

La question semble tranchée négativement, au moins en matière de vente, par l'art. 1594 qui défend aux mandataires de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre. A plus forte raison doit-il en être ainsi pour les ventes faites dans les formes ordinaires, lesquelles ne présentent pas les mêmes garanties que les ventes pu-

bliques. Nous avons déjà examiné la question sous l'art. 1596 (Voy. t. X, n° 50).

Le mandataire, chargé de procéder à la location d'un immeuble, ne pourrait pas évidemment louer cet immeuble à lui-même. Le bail est un contrat qui implique un certain agrément du locataire par le propriétaire, et celui qui est prêt à s'en rapporter au choix de son mandataire ne voudrait peut-être pas accepter le mandataire lui-même.

33. Une autre difficulté se présente se rapprochant de celles qui viennent d'être examinées.

La même personne pourrait-elle représenter, dans la même affaire, en qualité de mandataire, non seulement plusieurs parties, mais même toutes les parties?

Un premier point est hors de doute : un mandataire peut représenter, dans la même affaire, plusieurs personnes ayant des intérêts analogues, par exemple, plusieurs co-propriétaires, plusieurs co-acquéreurs, etc., et l'art. 2002 prévoit précisément le cas où un mandataire a été constitué par plusieurs mandants pour une affaire commune.

Nous devons cependant faire remarquer que, pour les assemblées de famille, l'art. 412, tout en reconnaissant aux parents, alliés ou amis, la faculté de se faire représenter par un mandataire spécial, dispose cependant que le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne. Il s'agit, en effet, d'une délibération à prendre après discussion. Chaque vote doit donc demeurer indépendant des autres. C'est pour ce motif qu'un membre présent ne pourrait être, en même temps, mandataire d'un membre absent (Voy. t. III, n° 308).

Sauf ces exceptions, un mandataire pourrait donc représenter plusieurs personnes ayant des intérêts analogues. Il pourrait également représenter plusieurs parties ayant des intérêts distincts ou différents, mais non opposés. Ainsi, il n'y aurait aucun inconvénient à ce que, dans le partage

d'une chose indivise, le même mandataire représente plusieurs co-partageants. On peut même soutenir que, dans un contrat de vente, le même mandataire pourrait représenter à la fois le vendeur et l'acheteur, quand ces derniers se sont mis d'accord sur le prix et les conditions de la vente, et qu'il n'y a plus qu'à passer l'acte ou à transformer en acte public la police sous seing privé déjà intervenue. Les intérêts des deux parties demeurent alors distincts, mais ne sont pas opposés.

Mais, par la raison inverse, une transaction ne pourrait être conclue par une personne qui aurait en même temps la procuration des deux parties, puisque la transaction a pour but de terminer une contestation née ou à naître (art. 2044), et qu'il n'est pas admissible que le même mandataire puisse jouer deux rôles contraires

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

N° 1. — *Exécution du mandat, responsabilité du mandataire.*

34. — De l'exécution du mandat par le mandataire, art. 1991.
35. — Jusqu'où doit s'étendre cette exécution.
36. — Responsabilité du mandataire, art. 1992.
37. — Atténuation en faveur du mandataire gratuit.
38. — Différence entre le mandataire et le dépositaire.
39. — Suite.
40. — Le mandataire doit rendre compte de sa gestion, art. 1993. Restitution des corps certains.
41. — Restitution des valeurs ne constituant pas un corps certain.
42. — Emploi des sommes reçues par le mandataire.
43. — Valeurs reçues par le mandataire et qui n'étaient pas dues au mandant.
44. — *Quid* si cette réception a été le résultat d'une erreur matérielle?
45. — *Quid* des intérêts usuraires perçus par le mandataire?
46. — Quand le mandataire doit rendre compte. Peut-il être affranchi de cette obligation?
47. — *Quid* si la dispense de rendre compte déguise une libéralité?
48. — Cas où le compte du mandataire est rendu jour par jour.
49. — A qui et comment le compte est rendu.

34. Le mandataire doit accomplir intégralement le mandat qu'il a librement accepté. Telle est l'obligation générale qui résulte pour lui du fait même de son acceptation. Mais cette obligation trouve sa cause, et en même temps son point de départ, dans l'acceptation du mandat. Il en résulte que celui à qui un mandat est offert n'est absolument tenu à rien tant qu'il n'a pas accepté, et ne pourra jamais être recherché à l'occasion de cette offre de mandat s'il ne l'accepte pas. Une telle précision semble, au premier abord, inutile; cependant, nous croyons devoir insister, parce que on produit quelquefois, sur ce point, un système qui tend à

faire admettre une acceptation tacite dans des hypothèses où il n'y a eu aucune espèce d'acceptation (*Suprà*, n° 16).

Par conséquent, aussitôt après son acceptation,

ART. 1991. Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. — Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure (*).

Le mandataire aura donc à apprécier lui-même quelle est la véritable portée du mandat dont il s'est chargé : il devra en étudier soigneusement les termes pour en déterminer exactement l'objet, attendu qu'*il ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat*, comme le dit l'art. 1589 déjà expliqué, et qu'il doit cependant faire tout ce qui s'y trouve indiqué.

Cette appréciation des véritables limites du mandat pourra quelquefois donner lieu à certaines difficultés, surtout si le mandant n'est pas à proximité pour lever les doutes qui pourraient surgir. Mais il ne faut pas perdre de vue que ces difficultés d'appréciation ne sont pas toujours de nature à être tranchées par le mandataire seul, même sous sa responsabilité. Il faudra, en effet, en pareille matière, tenir compte aussi de l'appréciation des tiers avec qui le mandataire se trouvera en rapport à l'occasion de l'exécution du mandat. Or, il pourra arriver que les tiers ne considèrent pas le mandataire comme suffisamment autorisé à faire un acte pour lequel ce dernier estime cependant que ses pouvoirs sont complets. Il est certain qu'en pareille hypothèse, la résistance du tiers, quoique peut-être non justifiée, paralysera le bon vouloir du mandataire.

Si l'exécution du mandat était déjà devenue impossible au moment où le mandataire, ignorant cette circonstance, l'a accepté, il est certain que l'inexécution du mandat n'enga-

(*) Art. 1991. — L. 5 § 1; L. 8 § 10; L. 22 § 11; L. 27 § 2, D. 17, 1, *Mandati*.

gerait en aucune manière sa responsabilité. Il en serait autrement si le mandataire s'était chargé d'un tel mandat en connaissance de cause, et avec garantie du résultat (1), ce qui peut se comprendre s'il croit avoir les moyens de surmonter cette impossibilité.

35. L'obligation d'accomplir le mandat n'est pas limitée à ce qui en forme l'objet principal. Elle s'étend naturellement à toutes les conséquences ordinaires et nécessaires de cet objet, quand même ces conséquences n'auraient pas été textuellement prévues dans la procuration. Le mandataire, par exemple, est notamment obligé d'avertir le mandant, quand la chose est possible, des faits pouvant survenir de nature à exercer une influence décisive sur la marche de l'affaire (2).

Il faudra, du reste, pour savoir comment doit se comporter le mandataire, vérifier si le mandat est *impératif* ou *facultatif*. Le mandat est impératif quand la procuration trace au mandataire une ligne de conduite dont il ne doit pas s'écarter; il est facultatif lorsque la procuration se borne à indiquer le but juridique final à atteindre, laissant au mandataire le choix du moyen à employer.

Les actes du mandataire, par exemple, des opérations de bourse, qui, finalement, ont été préjudiciables au mandant, n'engageant pas la responsabilité du mandataire quand ils étaient compris dans le mandat de celui-ci (3).

36. Le mandataire, qui ne fait pas ce dont il était chargé *(culpa in omittendo)* ou qui le fait mal *(culpa in committendo)*, engage sa responsabilité. Il devra donc des dommages-intérêts calculés, selon la règle générale, sur la perte subie par le mandant et le bénéfice dont celui-ci a été privé.

(1) Paris, 11 mars 1892, D. 92, 1, 415.
(2) Comp. Cass. 9 juill. 1888, S. 89, 1, 361.
(3) Cass. 21 janv. 1891, S. 95, 1, 411.

Par conséquent, si, par hypothèse, la faute imputable au mandataire n'a eu pour conséquence directe aucun dommage réel et certain pour le mandant, ce dernier ne pourra réclamer aucune indemnité. Ainsi l'avoué qui, chargé de produire dans un ordre, aurait négligé de le faire, ne saurait être déclaré responsable qu'autant qu'il serait établi que la production dont l'omission lui est reprochée pouvait aboutir à une collocation utile (1).

Le principe étant posé, voyons maintenant comment la loi a réglementé, dans les cas les plus usuels, les devoirs du mandataire et, par conséquent, sa responsabilité.

ART. 1992. Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. — Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire (*).

Il ne saurait y avoir de difficulté en ce qui concerne le dol. La responsabilité du mandataire ne saurait, à ce point de vue, être atténuée par aucune clause insérée dans la procuration. Le dol dont il s'agit est celui que pourrait commettre le mandataire dans l'exécution du mandat, et qu'il ne faut pas confondre avec le dol mis en œuvre pour déterminer une personne à donner un mandat.

Pour l'appréciation des fautes dont le mandataire est tenu, il faudra, en principe, appliquer la règle générale formulée par l'art. 1137, c'est-à-dire que le mandataire devra apporter à la gestion qui lui a été confiée tous les soins d'*un bon père de famille*. Il est donc tenu de la *culpa levis in abstracto*. Mais il ne faut pas perdre de vue que le type abstrait du bon père de famille doit être cherché dans la classe ou catégorie à laquelle appartient la personne dont on examine les actes (Voy. t. VII, n° 93).

(*) Art. 1992. — L. 8 § 10; L. 12 § 10, D. 17, 1, *Mandati;* L. 23, D. 50, 17, *De divers. reg. juris.*

(1) Cass. 28 nov. 1890, S. 91, 1, 92.

Cette observation est d'une importance particulière en matière de mandat, où le choix de la personne exerce une influence spéciale. Ainsi deux mandataires ont été constitués pour la même affaire; l'un est un homme tout à fait ignorant, l'autre un homme instruit et éclairé. Une certaine omission est commise; cette omission pourra être considérée comme ne constituant pas une faute à l'égard du premier mandataire, qu'il a fait tout ce qu'aurait dû faire à sa place un homme diligent appartenant à sa classe, alors que cette même omission pourra être considérée comme une faute à l'égard du mandataire appartenant à une classe plus éclairée.

Il faudra encore tenir compte de certaines situations particulières. Ainsi la femme mariée peut devenir mandataire de son mari, à l'effet d'administrer ses biens personnels, ceux de la communauté, et même les biens propres du mari. Elle devra donc rendre compte de sa gestion, mais on sera moins rigoureux à son égard quant à l'appréciation des fautes à elle imputées et des pièces justificatives qu'elle doit produire (1).

37. Après avoir posé le principe commun à tous les contrats, sauf le dépôt, que la diligence exigée du débiteur est celle d'un bon père de famille, l'art. 1137 ajoute : que cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont indiqués sous les titres qui les concernent. L'art. 1992, § 2, présente une application de cette modification en déclarant que la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. Cette disposition a seulement pour but de conférer aux juges, en pareille matière, une plus grande latitude d'appréciation, mais n'apporte aucun changement à la règle elle-même (2).

(1) Orléans, 8 juin 1894, D. 94, 2, 334.

(2) Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 918; Cass. 21 janv. 1890, S. 90, 1, 408.

Certains auteurs, néanmoins, s'expriment à cet égard d'une manière équivoque et semblent admettre que le mandataire non salarié est seulement responsable de sa faute lourde, alors que le mandataire salarié sera responsable de sa faute légère (1). Ce serait là une erreur. On a, d'autre part, jugé que le mandataire salarié est responsable de toute faute, *quelque légère qu'elle soit.* Si on a voulu faire allusion à la *culpa levissima* qui n'existe pas dans les contrats, ce serait encore là une erreur. Mais il est probable qu'on a simplement voulu parler de la faute légère *in abstracto*, car il s'agissait dans l'espèce d'un mandataire déclaré responsable de la perte des fonds par lui déposés chez un banquier venant plus tard à faire faillite (2).

La vérité est que le mandataire gratuit est toujours tenu de la faute légère *in abstracto* appréciée avec moins de rigueur. Mais la faute légère *in abstracto* étant une faute contractuelle ne peut évidemment se combiner avec une faute non contractuelle. Cela n'a pas besoin, ce semble, d'être démontré. Néanmoins, la Cour de cassation décide que le mandataire, qui a causé un préjudice au mandant, est tenu de réparer le dommage tant en vertu de l'art. 1382 qu'en vertu de l'art. 1992; que, dès lors, un arrêt qui condamne le mandataire à des dommages-intérêts n'a point à spécifier celui des deux articles dont il fait l'application dans la cause (3)!...

38. Mais pour quel motif n'a-t-on pas admis en faveur du mandataire gratuit la solution qui a prévalu en faveur du dépositaire, lequel, d'après l'art. 1927, n'est tenu d'apporter, dans la garde de la chose déposée, que les mêmes soins

(1) GUILLOUARD, n° 103; Comp. AUBRY et RAU, § 412, texte et note 1; LAURENT, t. XXVII, nos 475, 481; Voy. Cass. 28 nov. 1876, S. 77, 1, 218; Dijon, 17 avr. 1873, D. 75, 1, 617.

(2) Gand, 18 avr. 1883, *Pas.*, 83, 2, 307.

(3) Cass. 19 mars 1894 (quatre arrêts), S. 96, 1, 200.

qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent? Le mandataire et le dépositaire rendant l'un et l'autre un service gratuit, il semble que leur situation devrait être la même.

On a voulu justifier cette différence en disant que celui qui accepte un mandat se reconnaît capable de le bien remplir, alors que le dépositaire, se bornant, en quelque sorte, à laisser mettre la chose déposée au milieu des siennes, paraît avoir seulement promis de la traiter comme il a l'habitude de traiter les siennes. C'est donc une interprétation de la volonté des parties contractantes qui expliquerait les solutions différentes émises par la loi. La décision reçue pour le mandat est la plus rationnelle. Quand une partie consent à rendre un service gratuit à une autre, il est naturel qu'elle s'oblige à donner à l'affaire envisagée tous les soins nécessaires, même au-delà de ceux qu'elle est dans l'habitude d'apporter à ses propres affaires.

Quoi qu'il en soit, les solutions opposées écrites dans le Code en ce qui touche la responsabilité du mandataire et celle du dépositaire sont de nature à créer certaines difficultés, parce que, dans la pratique, le contrat de mandat et le contrat de dépôt paraissent souvent se confondre l'un dans l'autre, et le langage des arrêts entretient encore cette confusion. Il n'est pas rare de lire dans certaines décisions que l'une des parties n'a été qu'un *simple dépositaire* ou *mandataire* (1), comme si les deux qualités étant en quelque sorte juridiquement identiques, il était indifférent d'affirmer l'existence de l'une plutôt que l'existence de l'autre. La vérité est qu'il est souvent difficile d'imaginer un contrat de dépôt qui ne contienne pas un mandat implicite, et, très souvent, un mandat aura pour conséquence un dépôt.

(1) Cass, 13 déc. 1893, S. 96, 1, 141.

Il y a d'abord un point certain, c'est que le mandataire peut, à l'occasion de l'exécution du mandat, se trouver nanti de la possession de certains objets dont il devra, plus tard, *faire raison au mandant*, comme le dit l'art. 1993. Or, en attendant, il doit garder ces objets et veiller sur eux, mais il doit les garder en qualité de mandataire et non de dépositaire. Ainsi donc si un propriétaire donne à un ami un mandat ainsi conçu : 1° Vous vendrez ma maison à telles conditions; 2° vous recevrez le prix et le garderez en dépôt jusqu'à telle époque, il ne faudra pas voir dans l'opération un contrat de dépôt venant se greffer, en quelque sorte, sur un mandat, mais un contrat unique, un mandat proprement dit. Nous avons déjà constaté ce résultat (Voy. t. XI, n^{os} 227 et 230).

Le dépôt donne lieu à une observation analogue. Ainsi, d'après l'art. 1942, il peut se faire que le contrat de dépôt désigne, pour la restitution, un lieu autre que le lieu même du dépôt. Le dépositaire est tenu, dans ce cas, de porter ou faire arriver la chose au lieu indiqué. Mais dans le cas où la restitution doit être faite au lieu du dépôt, le dépositaire, quoiqu'il n'y soit pas obligé, peut toujours effectuer cette restitution dans un autre lieu, si le déposant lui en fait la demande. Dans tous les cas, et quelles que soient les démarches à faire pour opérer la restitution, c'est toujours en qualité de dépositaire et non de mandataire qu'agira celui qui veut faire arriver entre les mains du déposant l'objet qui lui a été confié. Ce sera, par exemple, une somme d'argent déposée entre les mains d'une personne à Bordeaux, avec convention que cette somme sera restituée au déposant à Paris. Pour opérer la restitution de la manière convenue, le dépositaire devra se livrer à certaines démarches soit auprès de banquiers, soit auprès de l'administration des postes, etc. Mais dans toutes ces démarches, il continuera d'agir comme dépositaire. Il n'y aura pas eu

mandat greffé sur un dépôt, mais une opération unique : le contrat de dépôt proprement dit.

39. Supposons maintenant, le cas s'est présenté, qu'une personne détenteur d'une somme d'argent appartenant à une autre, expédie cette somme par la poste sans prendre les précautions nécessaires à la sûreté de la lettre, et que cette lettre soit perdue ou détournée, comment faudra-t-il apprécier la responsabilité de l'expéditeur?

Cela dépendra de la nature du contrat intervenu entre l'expéditeur et le destinataire de la lettre.

Si le contrat est un mandat, s'il s'agit, par conséquent, pour l'expéditeur, *de faire raison au mandant d'une chose reçue à l'occasion du mandat* (art. 1993), l'expéditeur, qui est un mandataire, doit répondre de sa faute légère *in abstracto*. Pour savoir s'il est en faute, il faut comparer sa conduite à celle qu'aurait tenue un bon père de famille, c'est-à-dire un homme diligent (art. 1137). Or, un homme diligent n'aurait pas commis la faute de confier à la poste, pour le compte d'autrui, une somme d'une certaine importance sans prendre les précautions ordinaires, indiquées d'ailleurs par l'usage pour la sûreté de l'envoi. L'expéditeur mandataire sera donc responsable de la perte de la lettre (1).

Il pourra en être autrement de l'expéditeur-dépositaire qui, en exécution de la convention (art. 1942), ou sur la prière du déposant, veut faire arriver entre les mains de ce dernier, par la voie de la poste, la somme déposée. Si la lettre contenant les valeurs vient à être perdue, sans garantie utile contre l'administration, faute par l'expéditeur d'avoir recommandé ou fait charger la lettre, ce sera tant pis pour le destinataire déposant, car, d'une part, le dépositaire n'est pas obligé d'apporter à la garde de la chose plus de

(1) Cass. 10 août 1870, S. 72, 1, 229; Dijon, 17 avr. 1873, S. 74, 2, 112; LAURENT, t. XXVII, n° 479; GUILLOUARD, n° 165.

soins qu'à la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927), et à ce point de vue il a rempli ses obligations, et d'autre part il s'est strictement conformé, pour la restitution, aux instructions données par le déposant (1).

40. Le mandataire est donc obligé de garder en sa qualité de mandataire les choses qu'il a reçues en exécution du mandat, et de veiller à leur conservation en bon père de famille, afin de pouvoir les remettre au mandant.

ART. 1993. Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant (*).

Il y a certaines précisions à faire pour le cas où le mandataire a reçu des objets déterminés dans leur individualité c'est-à-dire des corps certains, et les cas où il a reçu des objets n'ayant pas ce caractère, principalement des sommes d'argent.

Pour les corps certains, le mandataire devra les restituer tels qu'il les a reçus, non détériorés par son dol ou sa faute; mais il sera libéré par leur perte résultant d'un cas fortuit où d'une force majeure.

On sait que le débiteur d'un corps certain peut, en général, se charger des cas fortuits (art. 1302, § 2), en vertu d'une clause formelle insérée dans la convention. On peut facilement comprendre l'insertion d'une clause semblable dans certains contrats, notamment dans le *commodat*. Mais on peut se demander si elle serait compatible avec la nature juridique du mandat. Une telle clause, sans doute, serait parfaitement valable; on peut seulement se demander si elle n'aurait pas pour effet d'altérer le caractère de l'opération, qui cesserait d'être un mandat pour devenir un contrat innomé.

(*) Art. 1993. — L. 10 § 8; L. 2° pr., D. 17, 1, *Mandati*.
(1) Paris, 18 mai 1850, S. 50, 2, 397.

Nous n'hésitons pas à penser que le caractère du contrat ne sera pas changé, quoique le mandataire ait consenti à prendre à sa charge tous les cas fortuits. Il n'est pas, en effet, difficile de se rendre compte des circonstances qui peuvent expliquer l'emploi d'une clause paraissant au premier abord insolite dans une procuration. Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, le mandat peut quelquefois être la conséquence d'un simple conseil que le mandataire a commencé par donner au mandant. Il a pu l'engager d'abord à se rendre acquéreur de certains objets déterminés mis en vente dans un lieu éloigné. Le conseil est accepté, mais le mandant hésite à cause des dangers du transport, etc. Le mandataire, se croyant assuré du succès, déclare alors, pour faire cesser l'hésitation du mandant, qu'il est disposé à prendre les cas fortuits à sa charge. Nous ne voyons pas en quoi cette circonstance changerait la nature de l'opération (1).

Sauf ce cas, assez rare d'ailleurs, le mandataire sera libéré, quant aux corps certains, par tout événement constituant un cas fortuit ou de force majeure.

Néanmoins, dans cette même hypothèse, il demeurera tenu :

1° S'il se trouvait déjà en demeure au moment où l'événement s'est produit (art. 1302);

2° Si l'accident a été précédé d'une faute à lui imputable, et sans laquelle le dommage n'aurait pas eu lieu, par exemple, si la chose a péri parce que le mandataire l'a employée à son usage personnel.

Si la chose du mandant et celle du mandataire se trouvent exposées à un danger commun, de telle manière qu'il ne soit possible d'en sauver qu'une, le mandataire, même salarié, ne sera pas obligé de sacrifier la sienne, quelle que soit la valeur comparée des deux choses. L'art. 1882 ne saurait être

(1) Comp. GUILLOUARD, n° 110.

étendu au mandat, pour les mêmes motifs qui ne nous ont pas permis de l'étendre au dépôt (Voy. t. XI, n° 239) (1).

41. Parlons maintenant de l'hypothèse où ce sont des valeurs ne constituant pas des corps certains qui ont été reçues en vertu d'un mandat. Il s'agira, par exemple, d'un recouvrement opéré sur un débiteur. Le premier soin du mandataire sera d'en prévenir le mandant pour éviter que celui-ci fasse de son côté des frais de poursuite désormais inutiles (2).

Le mandataire devenu, par la réception de ces valeurs, débiteur d'un genre, ne pourra jamais alléguer, pour se prétendre libéré envers le mandant, d'une perte résultant d'un cas quelconque de force majeure.

Ainsi, dans une colonie soumise à l'Espagne, un négociant français avait donné mandat à un colon espagnol de recevoir pour son compte une somme importante. La somme venait d'être reçue lorsqu'une révolution éclata dans la colonie; le nouveau gouvernement confisqua les deniers dont il s'agit, trouvés chez le mandataire, dans des conditions où leur origine et leur identité auraient pu être établies. Plus tard, un traité intervenu entre la France et l'Espagne mettait à la charge de cette dernière puissance le paiement d'une indemnité à distribuer entre les négociants français qui avaient éprouvé des pertes quelconques par suite de la révolution locale dont il vient d'être parlé. Une commission siégeant à Paris devait procéder à la répartition entre les intéressés et apprécier leurs réclamations. Le négociant français produisit sa demande, prétendant que les deniers saisis et confisqués sur la tête de son mandataire lui appartenaient en réalité, puisqu'ils avaient été perçus en son nom et pour son compte, et que leur identité pouvait être établie. Mais sa demande fut

(1) GUILLOUARD, n° 107; Comp. PONT, *loc. cit.*, n° 938.
(2) Voy. Cass. 30 oct. 1893, S. 94, 1, 326.

repoussée, attendu qu'il n'avait jamais eu contre son mandataire qu'un simple droit de créance, et qu'il ne pouvait être considéré comme propriétaire des espèces confisquées au préjudice du mandataire seul, que, par suite, il n'avait été personnellement l'objet d'aucune mesure de spoliation de la part du gouvernement insurrectionnel, et qu'il était dès lors sans qualité pour participer à l'indemnité mise en distribution entre les seuls intéressés.

La conséquence de cette décision, tout à fait conforme aux principes, était que le mandataire devait être considéré comme ayant été privé, par l'effet de la confiscation, de deniers à lui appartenant, et que, dès lors, il ne pouvait opposer au mandant, pour se prétendre libéré, le fait même de la confiscation dont il avait été victime. Mais nous aurons à vérifier s'il ne pourrait pas invoquer de son côté, l'art. 2000.

42. Les obligations du mandataire, par rapport aux sommes par lui reçues en exécution du mandat, sont plus ou moins étendues suivant les circonstances.

Il faut d'abord faire une première distinction :

1° Les termes du mandat déterminent avec précision l'emploi que doit faire le mandataire de toute somme par lui reçue ;

2° Les termes du mandat ne contiennent aucune indication à cet égard.

Dans le premier cas, le mandataire doit se conformer en temps utile aux prescriptions du mandat. S'il négligeait de réaliser l'emploi imposé ou s'il faisait un placement autre que celui qui a été indiqué (1), ce serait un cas ordinaire d'inexécution, et il encourrait les dommages-intérêts pouvant en résulter. Nous verrons plus loin quelle peut être l'étendue de ces dommages.

(1) Comp. Cass. 24 mai 1892, D. 92, 1, 352.

Dans le deuxième cas, c'est-à-dire lorsque le mandat ne contient aucune prescription relative à l'emploi des sommes reçues, le mandataire doit tenir les sommes dont il s'agit à la disposition du mandant ; il n'a pas le droit d'en disposer à sa guise, même pour les besoins du mandant (1) ; il en devra donc les intérêts, comme nous le verrons, à partir de sa mise en demeure (art. 1996).

43. Après avoir décidé que le mandataire doit faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, l'art. 1993 ajoute : *quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.*

Donc, quand même il paraîtrait manifeste que les choses reçues par le mandataire pour le compte du mandant appartiendraient en réalité à un tiers, le mandataire ne pourrait pas, sous ce prétexte, se refuser à remettre ces objets au mandant lui-même. La véritable portée d'une semblable disposition n'a pas toujours été comprise. Elle signifie seulement que le mandataire n'a pas qualité pour contester au mandant le droit de recevoir les choses obtenues en exécution du mandat. Il fallait éviter, en effet, qu'un mandataire peu délicat pût, en soulevant certaines difficultés, se dérober à l'obligation de restituer immédiatement les choses par lui reçues. Les tiers victimes de l'erreur commise ont directement contre le mandant lui-même l'action en répétition, sans préjudice de l'action de dol contre le mandataire, si ce dernier avait employé des manœuvres frauduleuses pour se faire remettre des sommes ou objets auxquels le mandant n'avait aucun droit. Ils pourraient aussi, le cas échéant, faire opposition à la remise de ces objets entre les mains du mandant et faire statuer par le juge compétent sur le bien fondé de leur réclamation.

44. D'après la Cour de cassation, si le mandataire a reçu,

(1) Angers, 9 avr. 1892, D. 93, 2, 50.

dans l'accomplissement de son mandat, et, par suite, d'une erreur purement matérielle, d'une erreur de compte, par exemple, une somme qui n'était pas due au mandant, il n'en devra pas compte à celui-ci (1). « Ce n'est pas, dit-on, au nom du mandant que ce versement lui a été fait, comme le serait le versement provoqué par une erreur de droit; son mandat a été l'occasion non la cause de cet encaissement, et la Cour de cassation a dit avec vérité que le mandant n'y a pas plus de droits qu'à une chose que le mandataire aurait trouvée sur la voie publique, alors qu'il va accomplir le mandat dont il est chargé (2). » On voit, tout de suite, par la singularité du motif, ce que peut valoir la décision. Celui qui, par l'effet d'une erreur matérielle, d'un double emploi, etc., a reçu au nom du mandant une somme supérieure à celle qui était due à ce dernier, l'a, en réalité, encaissée au nom du mandant. Sans doute, il pourra être reconnu que celui-ci n'avait aucun droit à la fraction versée en trop, mais la question de savoir s'il y a eu réellement erreur matérielle, double emploi, etc., ne peut être discutée qu'avec le mandant lui-même, et, en attendant, le mandataire doit faire figurer dans son compte des recettes la totalité de la somme reçue.

45. Nous rattachons à la question qui précède celle de savoir si un mandataire chargé de percevoir et ensuite de faire valoir des fonds pour le compte du mandant, est obligé de restituer à celui-ci les intérêts usuraires ou, plus généralement, les profits illicites qu'il pourrait avoir perçus. Il faut appliquer purement et simplement l'art. 1993. Le mandataire doit restituer au mandant tout ce qu'il a reçu en son nom, *même ce qui ne lui était pas dû*. De même qu'il n'a pas qualité, comme nous venons de le voir, pour contester les

(1) Cass. 10 juin 1868, D. 69, 1, 318.
(2) GUILLOUARD, n° 135.

droits du mandant, sous prétexte d'une erreur matérielle, commise à l'avantage de celui-ci, de même il n'a pas qualité pour soulever la question d'usure. Les deux questions sont connexes et doivent recevoir la même solution. Le mandant se borne à réclamer la restitution de tout ce qui a été reçu pour son compte; le mandataire doit restituer tout ce qu'il a reçu *à ce titre*. C'est au tiers intéressé à soulever, s'il y a lieu, la question d'usure ou plutôt la question de restitution.

46. Lorsque le mandataire a complètement terminé sa gestion, il doit en rendre compte au mandant. Il doit pareillement rendre compte de ce qu'il a fait pour l'exécution du mandat, quand même le mandat ne serait pas encore complètement rempli, dans le cas de révocation de la part du mandant, comme aussi dans le cas où il aurait lui-même renoncé à la continuation du mandat.

L'obligation de rendre compte termine et résume en quelque sorte les obligations diverses du mandataire dont nous venons de parler. Cette obligation semble tellement inhérente au mandat, qu'on ne comprendrait pas que le mandataire pût en être affranchi. Sans doute, quand le mandat a été accompli, il n'y a aucune difficulté à admettre que le mandant pourra alors dispenser le mandataire de toute reddition de compte. Cette dispense pourra quelquefois présenter les caractères d'une simple libéralité n'altérant en aucune manière la nature juridique du contrat de mandat. Mais la question est de savoir si, au moment même où le contrat se forme entre le mandant et le mandataire, il ne pourrait pas être formellement stipulé que le mandataire n'aura aucun compte à rendre.

La raison de douter de la validité d'une pareille clause tient à ce qu'elle semble exonérer par anticipation le mandataire de toute responsabilité, non seulement quant à une faute, mais encore quant au dol qu'il pourrait commettre

dans sa gestion (1). Une telle clause paraît en outre changer complètement la nature du mandat, puisque, désormais, le mandataire se trouve autorisé à consulter plutôt son intérêt personnel que l'intérêt du mandant et à agir en quelque sorte comme *procurator in rem suam*.

Malgré ces considérations, nous pensons qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour déroger au principe de la liberté des conventions et annuler la clause qui dispense le mandataire de rendre compte, alors surtout qu'on admet sans difficulté la validité d'une clause équivalente portant que le mandant devra se contenter des déclarations faites par le mandataire sur le résultat de sa gestion (2).

Il faut d'abord ne pas perdre de vue quel est le véritable intérêt de la question : il s'agit uniquement de savoir si le mandataire, *qui a exécuté le mandat*, peut se prévaloir vis-à-vis du mandant, qui réclame la reddition de compte, de la clause qui l'en dispense. Nous pensons qu'il le peut, sauf dans le cas où il voudrait l'invoquer pour échapper aux conséquences d'un dol qu'il aurait commis. Ainsi une personne donne mandat à une autre d'acheter pour son compte une maison déterminée, dont le prix doit être payé comptant, sans pouvoir, avec ses accessoires, dépasser une certaine somme remise à cet effet au mandataire, avec la clause expresse que ce dernier sera dispensé de rendre compte. Il est manifeste que si le mandataire a acheté la maison *pour son propre compte*, et l'a payée avec les fonds du mandant, il n'a pas exécuté le mandat puisqu'il a agi en son nom personnel, de plus il a commis un dol. Il est certain qu'il ne pourra pas invoquer la dispense de rendre compte pour éluder la juste réclamation du mandant.

Mais s'il a au contraire acheté la maison au nom du man-

(1) Voy. LAURENT, n° 496; ARNTZ, t. IV, n° 1474.
(2) ARNTZ, *loc. cit.*

dant, il ne sera pas tenu de justifier de l'emploi qu'il a fait des deniers représentant la différence entre le prix d'acquisition avec ses accessoires, et la somme qu'il avait en mains. La dispense de rendre compte doit, en pareil cas, être considérée comme autorisant le mandataire à faire son profit des économies qu'il aura pu réaliser tout en exécutant le mandat. C'est une manière indirecte d'accorder un salaire au mandataire, et il n'y a pas de raison sérieuse pour annuler une semblable stipulation.

Il faut encore admettre la même solution dans certains autres cas où la dispense de rendre compte paraîtra n'avoir eu d'autre but que d'indemniser le mandataire de ses soins personnels. Un propriétaire, par exemple, donne mandat à un ami d'administrer un domaine éloigné avec dispense de rendre compte de son administration. On peut rationnellement expliquer une semblable dispense, s'il s'agit d'une exploitation délaissée depuis longtemps, qu'il faut relever à grands frais, ou tout au moins en y consacrant annuellement les revenus qu'elle peut produire. Le mandant a confiance dans le mandataire; il ne veut pas l'obliger à fournir des justifications de détail, il entend lui donner comme gratification l'excédent des recettes sur les dépenses.

47. Que faut-il décider cependant dans le cas où la dispense de rendre compte n'est en réalité qu'une libéralité bien caractérisée? Mandat a été donné au mandataire de recouvrer certaines créances avec dispense de rendre compte. Il est certain que, dans ce cas, le mandataire est autorisé à garder pour lui les créances qu'il aura pu recouvrer; il aura donc agi en qualité de *procurator in rem suam*, plutôt que comme un véritable mandataire. Même en pareille hypothèse, la convention doit être maintenue, quoiqu'elle sorte de la catégorie des mandats proprement dits (1). En d'autres termes,

(1) Comp. Cass. 24 août 1831, S. 31, 1, 316; LAURENT, t. XXVII, n° 496; GUILLOUARD, n° 133.

la convention ne pourra pas être annulée à cause de la dispense de rendre compte qu'elle contient. Pourra-t-elle être annulée par application des règles concernant les libéralités entre-vifs? C'est possible, mais c'est là une tout autre question.

48. L'obligation de rendre compte existe même pour les mandats qui, par leur nature, sont l'objet d'un contrôle immédiat de la part du mandant. C'est à tort qu'on a soutenu le contraire (1).

Seulement, le compte est censé rendu jour par jour. C'est ce qui a lieu pour les fils de famille collaborant avec leurs parents, pour les domestiques, les clercs de notaire, etc. Il n'y a donc pas lieu, de leur part, à la reddition ultérieure d'un compte de gestion. Ce qui n'empêche pas qu'ils pourront être plus tard, s'il y échet, déclarés responsables des erreurs ou des détournements dont la preuve serait faite contre eux (2).

49. Le compte doit être rendu au mandant ou à ses héritiers par le mandataire ou ceux qui lui ont été substitués, ou par leurs héritiers. Le compte peut être rendu soit judiciairement, soit à l'amiable, et l'action en reddition dure trente ans.

Le compte présenté par le mandataire doit comprendre absolument tout ce qu'il a reçu en cette qualité, qu'il s'agisse de sommes d'argent ou de corps certains. Le mandataire peut compenser avec les sommes qu'il a reçues, celles qu'il a déboursées pour l'exécution du mandat (3). Mais il ne serait pas admis à compenser avec les pertes qu'il a fait éprouver au mandant, les profits que, d'autre part, il pourrait lui avoir procurés (4).

(1) Voy. GUILLOUARD, n° 132.
(2) Trib. Arlon, 11 août 1886, *Cl. et B.*, 88, 107.
(3) LAURENT, t. XXVII, n° 523.
(4) POTHIER, *Mandat*, n° 52; DURANTON, t. XVIII, n° 244; AUBRY et RAU, § 413, texte et note 3; GUILLOUARD, n° 108.

Le mandataire doit dans tous les cas, nous l'avons déjà dit, restituer *in specie* les objets mobiliers et les immeubles. Mais s'il est devenu créancier du mandant, à l'occasion de l'administration de meubles, il pourra user du droit de rétention (V. t. VII, n° 169).

Si le compte présenté par le mandataire est finalement admis dans toutes ses parties et suivi de la remise des choses dues, le mandant devra donner décharge au mandataire. La décharge par laquelle un mandataire est tenu quitte, sans aucune réserve, de toutes choses relatives à l'exécution de son mandat, implique l'existence d'un compte antérieurement rendu et exclut par suite la révision de ce compte, sauf les cas d'erreur, omission, etc. (1).

N° 2. — *De la substitution faite par le mandataire.*

50. — Notion de cette substitution, art. 1994.
51. — Quand y a-t-il substitution?
52. — Tout mandataire peut-il se substituer une tierce personne? Position de la question.
53. — Cas où le mandataire est autorisé à se substituer un tiers.
54. — Cas où le mandataire n'y est pas autorisé.
55. — Conclusions résultant des constatations qui précèdent.
56. — Applications aux cas où la procuration ne donne pas pouvoir de substituer.
57. — Critique de la jurisprudence sur ce point.
58. — Suite.
59. — Le pouvoir de substituer peut être implicite.
60. — De la prohibition de substituer.
61. — Effets de la substitution entre le mandant et le mandataire, entre la mandataire et le substitué.

50. Il peut arriver que le mandataire juge à propos de se *substituer* un tiers pour rendre plus facile ou plus commode l'entier accomplissement du mandat. Quelle sera dans ce cas la situation du mandant? Quelles seront aussi les obligations du mandataire et l'étendue de sa responsabilité?

(1) Trib. civ. Douai, 31 déc. 1893, D. 94, 2, 182.

Trois solutions différentes paraissent possibles :

1° Le mandant étant demeuré étranger à l'opération, il semblerait tout d'abord logique de décider qu'il a seulement action contre son mandataire direct, sauf le recours de ce dernier contre celui qu'il s'est substitué; en réalité, il n'y a pas eu substitution.

2° Mais s'il y a eu véritablement substitution, c'est-à-dire remplacement de la personne du mandataire substituant, par la personne du mandataire substitué, il semble également logique, si une telle substitution est possible et permise, de n'accorder d'action au mandant que contre le substitué;

3° Enfin, on peut encore admettre en pareille hypothèse que le mandant aura à la fois action contre le mandataire substituant et contre le mandataire substitué.

La loi n'adopte aucune de ces solutions d'une manière exclusive et absolue; mais nous verrons que chacune des trois peut recevoir application suivant les circonstances particulières de l'affaire envisagée.

Voici en effet le texte qu'il s'agit d'élucider :

ART. 1994. Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion, 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. — Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.

Les auteurs n'ont pas nettement dégagé la véritable notion de la substitution. Il paraissent en effet, du moins en général, considérer comme constituant une substitution tout acte par lequel le mandataire a chargé un tiers de faire, pour l'exécution du mandat, une chose qu'il aurait pu faire lui-même; et c'est à la substitution ainsi envisagée qu'ils s'efforcent d'appliquer les règles formulées dans l'art. 1994 (1).

(1) LOCRÉ, *Législ.*, t. XV, p. 223, n° 7; AUBRY et RAU, § 413, texte et note 14; MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 1698; LAURENT, t. XXVII,

Un tel aperçu est entaché d'une grave erreur, car il tend à confondre un simple acte d'exécution du mandat avec la véritable substitution.

Si une personne ayant reçu mandat d'acheter un immeuble juge à propos, pour mieux remplir sa mission, de donner à son tour mandat à une autre d'acheter le même immeuble, il n'y aura pas substitution, mais simplement adoption d'un moyen détourné que le mandataire a jugé plus convenable pour assurer la complète exécution du mandat.

La substitution, en matière de mandat, consiste dans une opération par laquelle le mandataire charge une tierce personne d'accomplir *au nom du mandant originaire* les actes qu'il était chargé de faire lui-même.

51. Il n'y a pas, il ne peut y avoir substitution lorsque le tiers chargé par le mandataire d'accomplir un acte intéressant l'exécution du mandat, ne doit pas agir au nom du mandant.

Par conséquent lorsqu'un mandataire charge un tiers de coopérer à l'exécution du mandat, il faut distinguer suivant la manière dont ce tiers doit procéder.

Si le tiers doit agir au nom du mandataire seul, il n'y a rien de changé aux rapports primitivement établis par le contrat. C'est comme si le mandataire avait agi lui-même; il n'y aura pas eu substitution. Le mandant n'aura d'action directe que contre le mandataire seul. Il ne pourra, le cas échéant, agir contre le tiers que du chef de son mandataire, en vertu de l'art. 1166. Par conséquent il sera passible de toutes les exceptions opposables au mandataire et il sera obligé de subir sur le produit de son action le concours des autres créanciers de celui-ci. Il faudra appliquer dans cette

n[os] 482 et suiv.; Guillouard, n° 119; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 920.

hypothèse la première des trois solutions plus haut indiquées.

Il en sera autrement si le tiers doit agir *au nom du mandant*, c'est-à-dire si le mandataire délègue à un tiers tout ou partie des pouvoirs qu'il a reçus *d'agir au nom du mandant*. Alors il se fait véritablement remplacer. C'est dans ce cas, et seulement dans ce cas qu'il y a substitution.

52. Nous pouvons maintenant nous demander si une telle faculté appartient au mandataire, si celui-ci peut réellement se faire ainsi remplacer par un autre.

Nous devons d'abord faire remarquer qu'une telle question ne peut se poser que dans une législation admettant la représentation du mandant par le mandataire.

Dans une législation telle que la législation romaine suivant laquelle le mandataire ne représentait pas le mandant, il n'y avait pas de place pour une théorie de la substitution (1). Le mandataire pouvait, sans doute, donner mandat à un tiers pour assurer l'exécution du mandat principal (2), mais il ne pouvait résulter de ce second mandat aucun lien ou rapport d'obligation entre ce tiers et le mandant principal (3).

Lorsque la théorie du mandat s'est développée et perfectionnée dans la période moderne, quand il a été admis sans difficulté que le mandataire représentait véritablement le mandant, on a pu se demander si le mandataire n'avait pas la faculté de transporter à un autre le pouvoir de *représenter le mandant*, et par conséquent de s'effacer en quelque sorte lui-même pour disparaître complètement de la scène du contrat. C'est précisément cette question que les rédacteurs du Code civil ont résolue dans l'art. 1994.

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 120.

(2) L. 8 § 2, D. 17, 1, *Mandati;* L. 28, D. 3, 5, *De neg. gest.;* L. 2, D. 11, 6, *Si mensor.*

(3) HEINECCIUS, *Antiq. rom.*, t. II, p. 277; MAYNZ, *Elém. de Dr. rom.*, t. II, p. 216.

53. Il résulte d'abord de ce texte qu'il ne peut y avoir aucune difficulté lorsque le mandataire aura été autorisé, par les termes mêmes du contrat, à substituer quelqu'un à ses lieu et place. Dans ce cas, il y a substitution complète; le substitué prend tout à fait la place du mandataire originaire qui est, désormais, dégagé des suites du contrat. Le mandant n'aura d'action que contre le substitué; on appliquera la deuxième des solutions plus haut indiquées.

Cette faculté de substituer peut être donnée au mandataire de deux manières différentes, prévues par l'art. 1994. Le mandataire peut être autorisé à se substituer une personne spécialement désignée; il peut au contraire être autorisé à se substituer une personne quelconque.

Dans le premier cas, s'il contrevient à la loi du contrat en se substituant une personne autre que celle qui lui a été désignée, il n'y a pas substitution complète en ce sens qu'il n'a pas pu se dégager ainsi des liens du contrat. Il demeure donc assujetti et responsable de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion.

Dans le second cas, c'est-à-dire quand il a été autorisé à se substituer une personne quelconque, le mandataire est responsable de son choix. S'il a fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable, dit l'art. 1994, il sera responsable de ses actes; c'est-à-dire qu'il n'y aura pas substitution complète, il ne sera pas dégagé des liens du contrat. Si au contraire, dans cette même hypothèse, aucune objection ne peut être soulevée quant à la capacité ou la solvabilité du substitué, alors il y aura eu substitution complète, et le mandataire primitif sera dégagé.

54. Enfin, l'art. 1994 ajoute : le mandant, *dans tous les cas*, c'est-à-dire qu'il ait conféré ou non au mandataire le droit de se substituer un tiers, *peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.*

Si donc il n'a pas donné pouvoir de substituer, le mandant

aura à la fois action contre le mandataire substituant, et contre le mandataire substitué. On appliquera la troisième des solutions que nous avons prévues.

55. Telle est la théorie de la loi en matière de substitution dans les mandats. L'exactitude de cette théorie résulte avec une évidence palpable des déductions que nous venons de suivre. Nous nous bornerons à faire remarquer que, dans tous les cas de substitution, il faut nécessairement que le substitué ait eu connaissance du mandat principal puisqu'il doit agir *au nom du mandant*. Si, au contraire, le tiers devait agir *au nom du mandataire* c'est qu'il aurait ignoré l'existence du mandat, ou du moins devrait être considéré et traité comme l'ayant ignoré; il ne serait pas substitué.

56. Voyons donc quelles seront les principales conséquences pratiques de cette théorie, pour le cas notamment où la procuration ne contient pas pouvoir de substituer, car il ne saurait y avoir de difficulté dans l'autre cas.

Puisque l'art. 1994 accorde au mandant une action directe contre le mandataire substitué, c'est que celui-ci est devenu l'obligé direct du mandant principal, ce qui est tout naturel puisqu'il a agi au nom de ce dernier. Il n'est pas l'obligé du premier mandataire et ne peut, dès lors, valablement se libérer entre ses mains. Si donc il a mal à propos payé le premier mandataire, lequel n'a pas désintéressé le mandant, le substitué sera obligé de subir les réclamations du mandant, sans pouvoir lui opposer le paiement irrégulièrement effectué entre les mains du premier mandataire. Par la même raison, il ne pourra pas compenser la somme qu'il a reçue pour le compte du mandant avec celle que lui devrait le mandataire.

La jurisprudence se prononce dans ce sens d'une manière unanime (1). Elle admet seulement que le mandant ne peut

(1) Cass. 22 mars 1875, S. 75, 1, 302; Cass. 20 avr. 1859, 1, 298; Orléans, 9 juin 1870, S. 70, 2, 87, etc.

plus agir contre le substitué, quand il a reçu sans protestation le compte du mandataire dans lequel se trouve mentionnée l'opération faite par le substitué (1).

Les arrêts à consulter sur ce point ont, presque tous, été rendus sur des espèces à peu près semblables. Il s'agissait d'une personne, d'Amiens par exemple, ayant chargé un agent de change de cette ville d'opérer à la bourse la vente d'un certain nombre d'actions nominatives. Cet agent transmet ces titres à un agent de change de Paris qui les vend, en reçoit le prix, et règle l'opération avec son confrère d'Amiens, en créditant le compte-courant de ce dernier du montant du prix reçu. Quelque temps après, l'agent de change d'Amiens disparaît. Le propriétaire des titres n'ayant pu obtenir de lui le prix pour lequel ils ont été vendus, actionne en paiement de ce prix l'agent de change de Paris, et invoque contre lui la disposition finale de l'art. 1994. Celui-ci invoque le paiement par lui effectué entre les mains du confrère qui lui avait transmis les titres. La Cour de Paris a repoussé ce système de défense, par le motif que l'agent de change actionné *ayant su quel était le véritable propriétaire des titres qu'il avait vendus*, était obligé de verser le prix entre les mains de ce propriétaire, et ne s'était pas libéré en payant ce prix entre les mains d'une autre personne. Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par la Cour de cassation le 22 mars 1875. Les autres arrêts intervenus sur la même question sont conçus dans le même esprit.

Les résultats consacrés par la jurisprudence sont donc tout à fait conformes à la doctrine que nous venons de développer. Nous devons, cependant, faire une observation sur les motifs mis en avant par la Cour de Paris et consacrés par la Cour de cassation. Il est manifeste que les diverses Cours

(1) Cass. 4 août 1879, D. 80, 1, 59; Trib. civ. Douai, 31 déc. 1892, D. 94, 2, 182; Comp. Cass. 8 fév. 1872, D. 92, 1, 294.

sont encore sous l'influence de cette confusion qui s'est établie entre les cas de véritable substitution et les cas bien différents ne constituant que des moyens d'exécution par le mandataire lui-même. Pour la jurisprudence, comme pour les auteurs, il y a donc substitution dans le sens de l'art. 1994, chaque fois que le mandataire a chargé un tiers de coopérer à l'exécution du mandat, sans distinction entre les cas où le tiers devait agir au nom du mandant, et les cas où il devait agir au nom du mandataire. C'est là une erreur capitale rendue évidente par la démonstration qui précède.

57. Mais le bon sens pratique des magistrats a empêché que cette erreur produise toutes les conséquences qui semblaient devoir en découler naturellement. Après avoir, en effet, admis comme point de départ l'aperçu absolument inexact que nous venons de mettre en relief, les Cours d'appel et même la Cour de cassation ont immédiatement introduit une distinction qui est, heureusement, la négation même de cet aperçu. On a décidé, en effet, comme on vient de le voir, qu'il fallait distinguer entre les cas où le mandataire substitué avait eu connaissance du mandat originaire, et par conséquent des droits du mandant, et les cas où il n'avait pas eu cette connaissance. Or, nous avons établi qu'il n'y a véritablement substitution que lorsque le second mandataire a été mis en situation d'agir à la place du premier au nom du mandant lui-même, ce qui implique nécessairement qu'il a eu connaissance du mandat originaire, alors que, au contraire, on ne peut pas dire qu'il y a eu substitution si le second mandataire n'a pas agi au nom du mandant. Donc, au fond des choses, et malgré l'impropriété des motifs allégués, il y a en réalité concordance quant au résultat entre notre doctrine et la jurisprudence.

Cette impropriété de motifs en faisant dépendre la substitution de la connaissance du mandat principal acquise par le second mandataire, c'est-à-dire d'un fait spécial à celui-ci,

risquait de fausser, à un autre point de vue, la notion de la substitution, en accréditant l'idée qu'elle était la conséquence unique de la volonté initiale de ce dernier. De sorte que la substitution ne serait plus le fait d'un mandataire substituant à lui-même un tiers qui accepte, mais le fait de ce tiers *se substituant lui-même* au mandataire par tout acte de sa part impliquant que le nom du mandant principal et l'objet du mandat a été connu de lui; c'est, en effet, ce qui a été jugé (1).

58. La jurisprudence que nous venons d'analyser a été combattue. On a soutenu que le second mandataire n'était l'obligé direct du mandant principal que tout autant qu'il avait encore entre les mains le produit de l'affaire ayant fait l'objet du mandat, mais qu'il pouvait d'ailleurs se libérer entre les mains du premier mandataire considéré tout au moins comme possesseur de la créance en vertu de l'art. 1260 (!), et qu'il se trouvait dès lors dégagé à l'égard du mandat (2).

Cette opinion, amplement réfutée par ce qui précède, consiste simplement dans une affirmation plus développée de la confusion dont nous avons parlé. Remarquons d'ailleurs que quand même le paragraphe final de l'art. 1994 n'existerait pas, la raison juridique commanderait d'accorder au mandant une action directe contre le mandataire substitué. Il serait absurde qu'il en fût autrement puisque le substitué *a agi au nom du mandant...* Il serait vraiment singulier qu'on pût agir au nom de quelqu'un sans être directement soumis à l'obligation de lui rendre compte.

59. Le pouvoir de substituer n'a pas besoin d'être textuellement inséré dans la procuration (3); il peut être implicite et

(1) Bordeaux, 24 juill. 1893, D. 95, 2, 89.
(2) DRUJON, *Rev. crit.*, 1877, p. 628 et suiv.
(3) *Contrà*, Conseil d'Etat, 8 fév. 1890, D. 91, 3, 71.

résulter notamment de la nature de l'opération formant l'objet du mandat (1). Ainsi, dans une espèce jugée par la Cour de cassation, il s'agissait d'un agent de change de Saint-Etienne qui avait été chargé de faire opérer une vente à la Bourse de Lyon; il est manifeste qu'un pareil mandat contenait implicitement l'autorisation de substituer, puisque le mandataire primitif ne pouvait accomplir lui-même l'opération formant l'objet du mandat (2).

Il faut même décider que le pouvoir général d'administration, par exemple celui qui est conféré par la loi au tuteur, comprend la faculté de se substituer des mandataires spéciaux (3).

60. La théorie qui vient d'être exposée doit encore être appliquée dans le cas où la procuration contient défense formelle au mandataire de se substituer une autre personne. L'action directe contre le substitué se justifie d'autant plus qu'il est présumé avoir eu connaissance du mandat, et qu'il a eu le tort de ne pas tenir compte de la volonté du mandant et d'avoir voulu le représenter en quelque sorte malgré lui. S'il n'a pas pris connaissance suffisante de la procuration, il a à se reprocher d'avoir agi avec légèreté.

Mais que décider à l'égard du mandataire primitif qui a contrevenu à la prohibition formelle de substituer contenue dans la procuration.

« Le mandataire qui ne tient pas compte de cette défense, a-t-on dit, commet un dol qui l'engage bien plus sévèrement que lorsque la procuration ne contient ni pouvoir, ni défense de se substituer quelqu'un (4). »

Cela pourra être vrai quelquefois; quelquefois cela ne sera

(1) GUILLOUARD, n° 124.
(2) Cass. 20 avr. 1859, S. 59, 1. 298.
(3) Caen, 11 fév. 1888, D. 88, 2, 315.
(4) MOURLON, 3e exam., n° 1098; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 920.

pas vrai; car il peut arriver que le mandataire n'ait eu, en agissant ainsi, aucune intention frauduleuse, et qu'en fait la substitution n'ait porté absolument aucun préjudice au mandant. Il ne s'agit que d'une question de responsabilité. Mais s'il déplaît au mandant, ce qui est possible, d'entrer en relation juridique avec le substitué, il peut se considérer comme étranger à tout ce qui a été fait par celui-ci (1).

61. En résumé, dans les cas de substitution véritable, les rapports qui existent entre le mandant et le tiers substitué, sont des rapports du mandant à mandataire. Par conséquent les actions dérivant du mandat pourront être exercées par l'une ou par l'autre des parties (2). Quant au mandataire substituant il disparaît du contrat.

Néanmoins comme il peut arriver que le tiers substitué, tout en consentant à devenir le mandataire du mandant originaire, n'ait pas voulu dégager le premier mandataire qui, vis-à-vis de lui, a joué le rôle de mandant, la jurisprudence a fini par décider que les tribunaux devront examiner, en fait, quelle a été la volonté du mandataire et du tiers substitué, et dégager la responsabilité du mandataire si telle a été la volonté commune des parties (3). Cette solution est en opposition avec le principe qui sert de base à la substitution. Il faut décider, au contraire, qu'en principe le mandataire substituant est dégagé, sauf dans le cas où il est établi que la volonté commune des parties a été différente.

S'il n'y a pas eu véritable substitution, si le tiers a agi au nom du premier mandataire son mandant, il n'a pour créancier que celui-ci, et pourra lui opposer la compensation des

(1) GUILLOUARD, n° 125.

(2) AUBRY et RAU, § 413, texte et note 17; GUILLOUARD, n° 128.

(3) GUILLOUARD, n° 129; Comp. Cass. 1er déc. 1891, *Pand. franç.*, 92, 1, 289.

sommes qu'il doit en vertu du mandat avec celles dont il est créancier personnel vis-à-vis de lui (1).

N° 3. — *Pluralité de mandataires.*

62. — Cas de plusieurs mandataires constitués par le même acte, art. 1995.
63. — Ils ne sont pas solidaires.
64. — Suite.
65. — La solidarité n'existe que si elle a été stipulée; jurisprudence arbitraire sur ce point.

62. Celui qui veut assurer l'exécution d'un mandat pour l'accomplissement duquel il prévoit certaines difficultés, n'est pas réduit à la seule ressource de conférer au mandataire le pouvoir de se substituer, le cas échéant, une ou plusieurs personnes. Il peut lui-même constituer directement plusieurs mandataires.

La constitution de plusieurs mandataires peut se faire de deux manières différentes :

D'abord les divers mandataires, *pour une même affaire*, peuvent être constitués par des actes séparés. Ainsi le mandant qui a le vif désir de réaliser une acquisition, donne à cet effet, par actes séparés, mandat à plusieurs personnes; il espère que l'une, au moins, pourra réussir, si les autres échouent. Il est certain qu'il ne peut, en pareil cas, être question de solidarité entre les divers mandataires qui ne se connaissent pas, et qui tiennent leurs pouvoirs de procurations distinctes.

Mais il peut arriver que les divers mandataires, choisis toujours pour la même affaire, soient constitués par le même acte. Dans cette hypothèse, il est naturel de se demander si

(1) Cass. 23 fév. 1874, S. 75, 1, 363; Rouen, 13 avr. 1870, S. 71, 2, 17.

les divers mandataires ne doivent pas être considérés comme solidaires.

C'est précisément cette hypothèse qui est prévue par le texte suivant :

ART. 1995. Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée.

63. Or, d'après le droit commun, la solidarité n'existe que si elle a été stipulée (art. 1202), l'art. 1995 était donc inutile. Cependant, comme le droit romain, suivant une opinion générale des interprètes, opinion d'ailleurs injustifiable et reposant sur un texte mal compris où il était question d'obligation *in solidum* et non d'obligation corréale (1), semblait avoir admis la solidarité entre plusieurs co-mandataires, et comme le législateur, avec raison, ne voulait pas consacrer cette décision, on jugea nécessaire d'édicter à cet égard une disposition formelle.

Les motifs pour lesquels le Code n'a pas voulu établir de plein droit la solidarité entre les mandataires sont faciles à comprendre.

Si les mandataires eussent été déclarés solidaires de plein droit, il en serait résulté que chacun aurait été en quelque sorte le garant et le représentant des autres. Par conséquent l'assignation lancée contre l'un deux aurait interrompu la prescription à l'égard des autres (art. 1206), et aurait fait courir les intérêts contre tous (art. 1207). Ces conséquences à l'égard de personnes qui rendent un service gratuit paraissaient trop rigoureuses. C'est pour éviter qu'elles fussent produites de plein droit que l'art. 1995 a été rédigé.

64. Il résulte maintenant de ce même article que, dans le cas d'inexécution du mandat, l'action en dommages-intérêts ne peut être exercée que divisément contre chacun des

(1) L. 60 § 2, D. 17, 1, *Mandati ;* Voy. MAYNZ, *loc. cit.*, t. II, p. 217, note 11.

mandataires. Or c'est ce qui nous paraît contraire à l'intention commune des parties contractantes. N'est-il pas vrai que le mandant a considéré l'acte juridique formant l'objet du mandat comme constituant une opération en quelque sorte indivisible que chaque mandataire s'obligeait à accomplir en totalité? N'est-il pas vrai que chaque mandataire a envisagé l'objet du mandat sous le même point de vue? Or, s'il en est ainsi, il fallait décider que l'action en dommages-intérêts, en cas d'inexécution, devait être donnée pour le tout contre chacun des mandataires, tout en reconnaissant que l'action dirigée contre l'un d'eux ne ferait pas courir les intérêts et n'interromprait pas la prescription à l'égard des autres. Il fallait décider, en un mot, pour employer une terminologie acceptée, que les co-mandataires seraient tenus *in solidum*, mais ne seraient pas solidaires entre eux. C'était là, du reste, le véritable sens de la décision romaine qui a été l'occasion de l'art. 1995.

Nous devons faire encore observer que l'art. 1995 ne met pas obstacle à ce que l'action en dommages soit dirigée pour le tout contre celui des mandataires qui, par son fait personnel, aurait empêché l'exécution du mandat, ou qui aurait perçu des valeurs non restituées par lui.

Par exception, les exécuteurs testamentaires, qui d'ailleurs ne sont pas de véritables mandataires, sont déclarés solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié (art. 1033). Comme ils n'ont pas été choisis par l'héritier, il a paru juste d'accorder à ce dernier la garantie résultant de la solidarité. Mais aussi il pourra arriver que la considération résultant de cette solidarité produise ce résultat de faire décliner, par ceux à qui il est offert, le mandat d'assurer l'exécution du testament.

65. La solidarité existera entre tous les mandataires quand elle aura été formellement stipulée dans la convention de mandat. C'est ce que déclare l'art. 1995. D'après l'art. 1202,

la clause doit être expresse, et il n'est pas permis de la présumer. Cependant une jurisprudence, *que rien ne semble pouvoir modérer* (Voy. t. VII, n° 309) décide souvent le contraire. Ainsi on a décidé, contrairement aux textes les plus clairs, que les agents ayant reçu d'une compagnie d'assurances un mandat collectif, sans division d'attributions, ni partage des responsabilités, sont solidairement obligés envers la compagnie à raison de leur gestion, et que cette solidarité n'a pas besoin d'être formulée expressément dans les actes, lorsque le concours de toutes les circonstances démontre que la commune intention des parties a été de l'établir (1).

La même jurisprudence absolument arbitraire consacre la solidarité entre les divers mandataires, quand l'exécution du contrat est le résultat d'une faute commune (2).

On décide encore qu'en matière commerciale, la solidarité existe de plein droit entre les mandataires (3).

Lorsque la solidarité a été stipulée, ses effets seront réglés par le droit commun. Les mandataires seront tous responsables, si l'un d'eux est en faute, dans les limites de l'exécution du mandat (art. 1205). Si l'un des mandataires ne peut agir sans le concours des autres, celui qui, par son refus d'exécuter le mandat, a causé le dommage au mandant, est seul passible des dommages-intérêts (4).

La circonstance que l'un de ces mandataires est salarié, tandis que l'autre agit gratuitement, ne peut exercer aucune influence sur les solutions diverses qui précèdent. Quand

(1) Paris, 14 déc. 1889, D. 90, 2, 348.

(2) Cass. 3 mai 1865, D. 65, 1, 379; Conf. GUILLOUARD, n° 114; Comp. AUBRY et RAU, § 413, texte et note 9.

(3) Paris, 28 avr. 1836, S. 36, 2, 263; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Dr. comm.*, t. III, n° 511; GUILLOUARD, n° 116; *Contrà*, BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Traité de Dr. comm.*, t. II, p. 255.

(4) Voy. LAURENT, t. XXVII, n°s 473, 474; ARNTZ, t. IV, n° 1476; Comp. GUILLOUARD, n° 118.

la condamnation est de nature à être divisée, les juges peuvent condamner deux mandataires à des parts égales de réparations civiles, quoique le mandat de l'un soit gratuit et celui de l'autre salarié (1).

N° 4. — *Intérêts à la charge du mandataire.*

66. — Dans quels cas ils sont dus, art. 1996; d'abord quant au reliquat de son compte.
67. — Ensuite quant aux sommes par lui employées à son usage.
68. — Taux de ces intérêts.

66. Nous avons vu que les obligations du mandataire, quant aux sommes par lui reçues en exécution du mandat, sont plus ou moins étendues suivant les circonstances.

Dans tous les cas,

ART. 1996. Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure (*).

La mise en demeure, dans ce dernier cas, pourra résulter d'une simple sommation, conformément à la règle générale de l'art. 1139, sans qu'une demande en justice soit nécessaire (2). Elle pourra même résulter, en matière civile comme en matière commerciale, des lettres adressées par le mandant au mandataire (3).

Tout cela suppose que le chiffre du reliquat ayant été arrêté est connu. Le mandant, néanmoins, pourrait, au moyen d'une demande en justice en reddition de compte, appuyé de conclusions spéciales, obtenir une condamnation éventuelle au paiement des intérêts du reliquat à provenir

(*) Art. 1996. — L. 10 § 3, D. 17, 1, *Mandati*.

(1) Cass. 2 mars 1891, D. 92, 1, 31.

(2) Bourges, 13 avr. 1840, S. 40, 2, 527; AUBRY et RAU, § 413, texte et note 8; LAURENT, t. XXVII, n° 512; GUILLOUARD, n° 145; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 922.

(3) Cass. 24 janv. 1895, D. 96, 1, 61; Gand, 29 juill. 1875, *Pas.*, 75, 2, 368; ARNTZ, t. IV, n° 1475.

du compte (1). Une simple demande en reddition de compte ou une saisie-arrêt seraient inopérantes au point de vue du cours de ces intérêts (2). Il est certain que la condamnation éventuelle obtenue par le mandant deviendrait sans objet si, par l'effet de l'apuration ultérieure du compte, le mandataire était reconnu créancier, au lieu d'être reliquataire d'une somme quelconque (3).

67. En ce qui touche les sommes perçues par le mandataire en vertu du mandat et qu'il a employées à son usage, les intérêts en sont dus à dater du jour où le mandataire a commis cette indélicatesse. L'art. 1996 n'exige donc pas que le mandant pose un acte de mise en demeure. En effet, dans les obligations de faire ou de ne pas faire, toute contravention imputable au débiteur met *ipso facto* ce dernier en demeure (art. 1145 et 1146). Or, il s'agit dans le mandat d'une obligation de faire (4). Le mandataire est en quelque sorte mis en demeure par l'acte qui lui est reproché, acte que le mandant doit prouver quant à sa réalité et quant à sa date simplement approximative. La preuve pourra être faite par témoins ou par présomption (art. 1348), car le demandeur n'a pu se procurer une preuve écrite des faits dont il se plaint (5).

Les présomptions seront, dans cet ordre d'idées, le mode de preuve le plus habituel. La plus forte des présomptions est celle qui résulte d'une mise en demeure non suivie d'effet. Ainsi un mandataire est mis en demeure de restituer les sommes par lui reçues pour le compte du mandant. Au

(1) Cass. 25 nov. 1873, S. 74, 1, 105; LAURENT, t. XXVII, n° 513; GUILLOUARD, n° 145.

(2) Cass. 20 avr. 1863, S. 63, 1, 416; Cass. 21 août 1873, D. 73, 1, 113; AUBRY et RAU, § 413, texte et note 8; LAURENT, t. XXVII, n^{os} 515, 516.

(3) Cass. 18 mars 1889, D. 89, 1, 308.

(4) LAURENT, t. XXVII, n° 510.

(5) Cass. 27 fév. 1884, S. 84, 1, 213.

lieu de restituer immédiatement une somme qu'il devrait avoir en main, le mandataire demande un délai; c'est donc qu'il a employé cette somme à son usage personnel puisqu'il se trouve dans l'impossibilité de la représenter (1). Il est permis d'admettre la même supposition quand le mandataire a omis de porter une somme en recette, et surtout quand il l'a portée fictivement en dépense (2). Il pourrait même y avoir en ces deux cas abus de confiance, à raison de la dissimulation frauduleuse commise (3). Le fait seul d'avoir conservé pour l'employer à ses besoins personnels le prix d'une vente effectuée par son intermédiaire pourrait constituer un abus de confiance de la part du mandataire (4). Mais pour si déloyales que puissent être les intentions du mandataire, le délit d'abus de confiance n'existera pas lorsque, avant toute réclamation, il remet à son mandant la chose dont il doit lui rendre compte (5).

68. Les intérêts que l'art. 1996 fait courir contre le mandataire sont les intérêts au taux légal fixé soit pour les matières civiles, soit, selon les cas, pour les matières commerciales (6). Ce taux ne pourrait être abaissé sous prétexte d'équité (7).

Mais d'après quel taux ces intérêts seront-ils dus, quand le mandant et le mandataire ne résidant pas dans la même région il y a entre les deux régions une différence sensible dans le taux de l'intérêt légal?

Ainsi, le mandant domicilié à Paris donne mandat à un ami domicilié à Alger de recouvrer pour son compte certaines sommes qui lui sont dues dans cette colonie. Le man-

(1) Gand, 29 juill. 1875, *Pas.*, 75, 2, 368.
(2) Cass. 25 nov. 1873, S. 74, 1, 105.
(3) Bordeaux, 26 oct. 1893, D. 94, 2, 277.
(4) Orléans, 24 avr. 1876, Aix, 9 nov. 1877, D. 78, 5, 6.
(5) Arrêt précité de Bordeaux du 26 oct. 1893.
(6) Cass. 7 mai 1845, S. 45, 1, 644.
(7) Cass. 11 juill. 1883, S. 84, 1, 323.

dataire emploie pour son compte les sommes recouvrées. Il semble résulter de certains textes du droit romain que le mandataire devra les intérêts d'après le taux de la région qu'il habite (1). Nous admettons sans difficulté cette solution pour le cas où le taux de l'intérêt est plus élevé dans cette région que dans l'autre, car autrement le mandataire s'enrichirait aux dépens du mandant à concurrence de la différence entre les deux taux d'intérêts.

Retournons maintenant l'hypothèse, et supposons que le mandant habite l'Algérie et que le mandataire ait recouvré à Paris des sommes qu'il aurait dû immédiatement envoyer à son mandant, mais qu'il a, au contraire, employées à son profit. Il est manifeste que le mandant ne sera pas suffisamment indemnisé par le paiement des intérêts d'après le taux en vigueur à Paris, car s'il avait reçu ses fonds immédiatement il aurait pu les placer au taux supérieur en vigueur en Algérie, ou les employer à éteindre des dettes productives d'intérêts de même importance.

Il faut donc conclure que s'il y a une différence entre les taux d'intérêts dans les diverses régions, le mandataire qui se trouve dans les cas prévus par l'art. 1996 doit payer les intérêts d'après le taux le plus élevé.

Il faudra étendre cette solution même à l'hypothèse où le mandant aurait indiqué au mandataire un emploi spécial des fonds impliquant l'intérêt le plus faible. Ainsi le mandant habitant l'Algérie avait chargé le mandataire d'employer les sommes recouvrées à payer certaines dettes à Paris ne donnant lieu qu'à 5 0/0 d'intérêt. Le mandataire pourra cependant être tenu de payer les intérêts au taux d'Alger, si le mandant pour payer les dettes indiquées avait été dans la nécessité d'emprunter en Algérie au taux spécial de cette région ou de déplacer des capitaux placés à ce même taux.

(1) L. 10 § 3, D. 17, 1, *Mandati*.

Il a même été jugé qu'un mandataire chargé de recevoir des fonds et de les déposer ensuite à la Caisse des dépôts et consignations, est tenu, s'il les a employés à son usage, d'en payer les intérêts non au taux servi par la Caisse, mais au taux supérieur de 5 0/0 (1).

Toutes ces solutions se justifient par cette considération que le mandat engendrant, ainsi que nous l'avons dit, une obligation de faire, peut donner lieu à des dommages-intérêts supérieurs au taux légal ordinaire, si le mandataire a causé au mandant un préjudice spécial (2).

N° 5. — *Rapports du mandataire avec les tiers.*

69. — Distinction à faire entre le cas où le mandataire a agi en son nom, et celui où il a agi au nom du mandant.
70. — De la maxime : nul en France ne plaide par procureur.
71. — Signification actuelle de cette maxime d'après certaines décisions de la jurisprudence.
72. — Exemples.
73. — Décisions en sens contraire.
74. — Conclusion.
75. — Quand le mandataire doit-il agir en son nom, quand doit-il agir au nom du mandant?
76. — Condition du mandataire traitant au nom du mandant lorsqu'il a donné connaissance de ses pouvoirs, art. 1997.
77. — Quand cette connaissance donnée est-elle suffisante?
78. — Cas où les tiers ont exigé l'engagement du mandataire.
79. — Recours pouvant alors appartenir au mandataire contre le mandant.
80. — Cas où il n'a pas été donné connaissance suffisante du mandat.
81. — Condition du mandataire ayant traité en son nom personnel. Des actes du prête-nom.

69. Après avoir indiqué l'étendue et la base des obliga-

(1) Caen, 16 fév. 1842.

(2) Cass. 18 déc. 1862, D. 63, 5, 124; AUBRY et RAU, § 413, texte et note 7; LAURENT, t. XXVII, n° 510; ARNTZ, t. IV, n° 1458; GUILLOUARD, n° 144.

tions contractées par le mandataire à l'égard du mandant, le Code va s'occuper, dans l'art. 1997, du point de savoir dans quels cas le mandataire peut se trouver obligé envers les tiers avec qui il a traité.

L'utilité du mandat réside principalement dans la mise en communication du mandant avec les tiers, par l'intermédiaire du mandataire. — Mais, suivant la manière dont l'intermédiaire aura joué son rôle, il pourra en résulter à sa charge des obligations plus ou moins étendues vis-à-vis des tiers.

La première question à vérifier est celle de savoir comment devra agir le mandataire?

Nous rappelons que la conception moderne du mandat comprend deux éléments :

1° Le pouvoir d'agir *pour le compte* du mandant;

2° Le pouvoir d'agir *au nom* du mandant.

Ces deux éléments sont le plus souvent réunis, ainsi que cela résulte de la définition même donnée par la loi dans l'art. 1984; mais ils peuvent être séparés. Nous savons qu'ils le sont normalement dans le mandat *commercial;* ils peuvent l'être aussi dans le mandat *civil.* En d'autres termes, quoique le mandat confère régulièrement au mandataire le pouvoir d'agir au nom du mandant, il pourra se faire, sans que le caractère juridique du contrat soit modifié, que le mandataire soit tenu d'agir en son nom personnel pour le compte du mandant. — On comprend, en effet, que dans l'ordre des relations non commerciales, des considérations analogues à celles qui ont présidé à la réglementation du contrat commercial, de la commission, créent, pour le mandant, un véritable intérêt à n'être pas connu. Dans ce cas, le mandataire traite l'affaire comme s'il était seul intéressé. Les tiers ne connaîtront que lui, et les actes par lui posés auront leur effet pour et contre lui.

Si, au contraire, la procuration donne pouvoir de repré-

senter le mandant, le mandataire devra agir au nom du mandant pour l'acte juridique qui forme l'objet principal et direct de la procuration. Il va sans dire, néanmoins, que pour les faits préparatoires et secondaires qui doivent précéder l'acte définitif, il pourra agir en son nom personnel, par exemple, commander des écritures, faire opérer des vérifications, etc.

Quand il a ainsi agi au nom du mandant et dans les limites du mandat, il ne saurait être tenu personnellement s'il a fait connaître au tiers avec qui il a traité les termes de son mandat. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur toutes ces questions (*infrà*, n° 107).

Telles sont, en résumé, les règles générales qui laissent néanmoins subsister quelques questions particulières.

70. On s'est d'abord demandé quelle devait être la conduite d'un mandataire chargé de soutenir un procès pour le compte de son mandant, et alors a surgi la difficulté apparente, tirée de la vieille maxime, aujourd'hui sans signification, que : *Nul en France ne plaide par procureur*. La question est de savoir si, dans l'état actuel de la législation, le mandataire est tenu de faire engager le procès, ou de le soutenir, au nom de son mandant, ou bien, s'il n'a pas la faculté de l'engager ou de le soutenir en son propre nom. Dans ce dernier cas est-il tenu de révéler le nom de son mandant, ou pourra-t-il figurer seul dans les actes du procès? La question est absurde, mais c'est ainsi qu'on la pose.

Nous n'avons pas à rechercher ici l'origine de la maxime : *Nul en France ne plaide par procureur*. D'après nous, elle n'a jamais visé que les êtres de raison, et signifie qu'en France les simples particuliers ne peuvent attribuer à tout ou partie de leur patrimoine une sorte de personnalité civile, de façon que l'agent ou intendant chargé de l'administrer puisse, en cette qualité, soutenir un procès, soit en demandant, soit en défendant. Ainsi entendue, la

maxime se rattache au droit public et est toujours vraie.

Mais il faut se placer au point de vue du droit privé et voir si cette maxime peut, aujourd'hui encore, être considérée comme étant en vigueur. Or, à cet égard, les arrêts reconnaissent généralement que la maxime n'est écrite dans aucune disposition de nos lois, qu'elle ne résulte d'aucun texte, mais que son application est néanmoins commandée par une tradition constante (1)!

La jurisprudence, cependant, a voulu donner à cette maxime une signification spéciale.

71. D'après certaines décisions, la maxime signifierait que personne ne peut agir en justice pour les intérêts d'autrui en qualité de *negotiorum gestor*, et que pour poursuivre en justice la reconnaissance du droit d'un tiers, il faut y être autorisé par une procuration expresse ou implicite (2).

Or il n'y a aucun rapport entre une telle solution, résultant uniquement des principes du mandat, et la maxime : *Nul en France...* (3).

Aussi est-on plus généralement d'accord pour reconnaître que la maxime signifie simplement que nul ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul, en nom, dans l'instance. Après quelques difficultés pour savoir comment les exploits doivent être rédigés, si le nom du mandataire pouvait précéder ou devait suivre celui du mandant, et autres semblables, les auteurs et un grand nombre d'arrêts ont fini par admettre que cela était sans intérêt, pourvu que le nom du mandant figurât dans l'instance (4).

(1) Cass. 6 avr. 1831, D. 31, 1, 137; Bordeaux, 21 fév. 1851, D. 51, 2, 191, etc.; Comp. Guillouard, n° 20.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Plaider par proc.*, et les arrêts cités en la note précédente.

(3) Nîmes, 23 déc. 1830, D. 31, 2, 631; Naquet, *De la maxime : nul ne peut plaider... Revue crit.*, 1875, p. 674 et suiv.

(4) Cass. 25 juin 1866, D. 66, 1, 334; Bongenne, 1837, t. II, p. 125 et suiv.; Boitard, t. I, n° 149; Rodière, 4e édit., t. I, p. 190.

La maxime *Nul en France...* ne mettrait donc pas obstacle à ce qu'un procès fût soutenu au nom d'un mandataire, pourvu, d'ailleurs, que le mandant fût connu.

Quand donc y aurait-il lieu d'appliquer la prohibition résultant de la maxime?

« L'hypothèse pratique, a-t-on répondu, est celle où plusieurs personnes ayant des intérêts communs, sans que, d'ailleurs, la réunion de ces intérêts constitue une personne morale, l'une d'elles peut actionner ou être actionnée au nom de toutes. Il faudra alors faire intervenir toutes les parties dans la procédure et, par suite, signifier autant d'exploits qu'il y a de parties en cause. Il faudra que le jugement soit rendu contre chacune d'elles. C'est ainsi que, s'il y a plusieurs demandeurs, l'assignation ne peut être donnée à la requête de l'un d'eux, en indiquant les autres par l'expression vague *et consorto* (*Sic*, Favard de Langlade, t. I, p. 136; Mourlon, *Proc. civile*, n° 118) (1). »

72. Conformément à cette doctrine, il a été jugé :

1° Que des syndics n'ont pas le droit de représenter collectivement une masse de propriétaires sans les désigner tous d'une manière individuelle (2);

2° Que les individus investis d'un droit d'usage dans un bois ne peuvent se constituer en syndicat et faire agir les syndics sans paraître en nom (3);

3° Que des médecins ne peuvent représenter une société de secours qui n'a pas d'existence juridique, et demander à ce titre des dommages-intérêts (4);

4° Que la liquidation d'une société en participation ne peut actionner en son nom les débiteurs de la société, parce

(1) NAQUET, *loc. cit.*
(2) Cass. 11 déc. 1829, D. 29, 1, 380.
(3) Cass. 6 mai 1850, D. 50, 1, 291.
(4) Aix, 13 mars 1861, D. 61, 2, 208.

que ce serait plaider pour les autres associés sans que leur nom paraisse (1);

5° Que la requête civile ne peut être dirigée contre le président d'un syndicat formé par une union de propriétaires arrosants (2);

6° Que lorsqu'il y a plusieurs héritiers bénéficiaires, l'un d'eux ne peut actionner ou être actionné tant en son nom qu'en celui de ses cohéritiers (3);

7° Que le porteur d'un billet à ordre revêtu d'un endossement en blanc n'étant que mandataire, à l'effet de recevoir le paiement, ne peut agir en son nom contre le souscripteur (4).

Il résulte donc des arrêts qui viennent d'être signalés que le mandat qui aurait en quelque sorte pour objet d'effacer, dans les procès, la personnalité du mandant serait prohibé par application de la maxime que *nul en* France ne peut plaider par procureur.

73. Mais on peut, d'un autre côté, citer des arrêts consacrant des décisions différentes dans des espèces analogues, à l'occasion desquelles ne paraît pas avoir été soulevée la difficulté tirée de l'existence et du sens de la maxime.

Ainsi il a été jugé :

1° Que les commissaires d'un cercle agissant en cette qualité et au nom du cercle sont recevables, bien que le cercle ne constitue pas une personne morale (5);

2° Que le sociétaire, membre d'une société de secours mutuels n'ayant pas de personnalité juridique, peut agir en

(1) Aix, 2 mars 1871, S. 71, 2, 261.

(2) Grenoble, 11 janv. 1864, D. 64, 5, 316 et 317.

(3) Poitiers, 22 mai 1856, D. 56, 2, 191; Cass. 16 fév. 1858, D. 58, 1, 128.

(4) Cass. 25 juin 1845, D. 45, 1, 345; Cass. 20 août 1845, D. 45, 1, 418.

(5) Cass. 25 juin 1866, D. 66, 1, 334.

appel dans l'intérêt commun, sans que les co-intéressés figurent en nom (1);

3° Que le porteur d'un billet revêtu d'un endossement en blanc a qualité pour actionner le souscripteur (2).

Enfin, la Cour de cassation a supprimé la difficulté pour certaines sociétés paraissant avoir un but d'intérêt général, en leur reconnaissant, fort arbitrairement, une sorte d'individualité. (Voy. t. XI, n° 4).

Nous ajouterons que ceux qui croient à la persistance légale de la maxime : *Nul ne peut...* sont d'accord pour admettre que la maxime ne s'applique pas au mandataire légal, ni au mandataire judiciaire, ni au commissionnaire de commerce, ni en matière maritime (3).

74. Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'il conviendrait de ne plus argumenter en aucun sens d'une règle qui n'a été sanctionnée par aucun texte, et qui ne doit son autorité qu'à une pure équivoque de la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Bordeaux est bien démonstratif à cet égard :

« Attendu, y est-il dit, que la vieille maxime *n'ayant pas été convertie en loi*, son observation n'est pas d'ordre public; mais qu'aux termes d'une jurisprudence incontestée, la maxime peut être invoquée par ceux qui prétendent qu'un adversaire peu loyal a emprunté pour les traîner en justice le nom et l'activité d'un tiers; qu'en pareille circonstance, le devoir du tribunal est de rechercher avec soin si les faits rendent la maxime applicable (4). »

Comment ne pas voir que si la *vieille maxime* n'a pas

(1) Grenoble, 25 nov. 1852, D. 54, 2, 168.

(2) Bordeaux, 6 août 1844, D. 45, 4, 175; Cass. 8 avr. 1856, D. 56, 1, 201; Cass. 20 juill. 1861, D. 64, 1, 415.

(3) Cass. 3 mars 1852, D. 52, 1, 91; Cass. 26 mars 1849, D. 50, 2, 154; Bordeaux, 21 fév. 1851, S. 51, 2, 245; PARDESSUS, *Dr. comm.*, n° 1362; RODIÈRE, t. I, p. 191; DALLOZ, *J. G.*, v° *Commerçant*, n° 260; v° *Mandat*, n° 49; v° *Action*, n° 267; NAQUET, *loc. cit.*

(4) Arrêt précité du 21 fév. 1851.

été convertie en loi, c'est qu'elle n'existe pas, et que la jurisprudence *incontestée* dont on parle ne repose sur rien. On n'a pas besoin de la maxime pour protéger ceux qui prétendent qu'un adversaire *peu loyal* a emprunté le nom et l'activité d'un tiers.

Les auteurs et les arrêts qui croient à la nécessité de la maxime pour empêcher que le nom du mandataire figure seul dans la procédure, paraissent se préoccuper d'une difficulté tout à fait chimérique : « Je ne comprends pas, dit avec raison M. Félix Berriat-Saint-Prix, comment *Tertius*, mandataire, pourrait soumettre au juge la question de savoir si *Primus* est (ou n'est pas) créancier de *Secundus*, sans nommer *Primus* et *Secundus* (1). »

L'intervention d'un mandataire, comme le fait observer le même auteur, ne peut rien changer à la *question de fait et de droit*. Il s'agira toujours de savoir si le *dominus litis* a prêté et se trouve créancier; s'il a emprunté et se trouve débiteur; s'il est propriétaire du bien litigieux dont il exige la restitution; s'il est simple détenteur et tenu de délaisser. Le juge ne peut résoudre la question que dans les mêmes termes. Mais cela implique forcément que le *dominus litis* est connu, et il ne peut pas se faire qu'il demeure inconnu.

Il faut de plus que le mandataire justifie des pouvoirs qui lui ont été donnés de plaider au nom du mandant pour que la sentence puisse obliger ce dernier.

La question de savoir si la sentence rendue contre le mandataire est opposable au mandant doit être décidée par application des principes ordinaires sur les actes du mandataire. Il s'agira uniquement de savoir si celui qui a plaidé au nom du mandant avait réellement reçu mandat de plaider, et s'il est demeuré dans les limites du mandat.

Comme il n'y a pas de texte qui établisse une présomption

(1) *De la qualité juridique*, *Rev. crit.*, 1876, p. 853.

légale de mandat pour plaider entre co-propriétaires et co-créanciers, il en résulte que chaque co-propriétaire ou co-créancier peut plaider pour sa part, mais non pour la part des autres. Si, en plaidant, il émet la prétention de plaider, sans mandat formel, pour les autres, la sentence sera sans effet à l'égard des consorts, non pas par application de la maxime que *nul ne peut plaider par procureur*, mais, tout simplement, par application des règles générales. La sentence ne vaudra qu'à l'égard de celui qui a plaidé, excepté s'il avait manifesté clairement l'intention de ne plaider qu'au nom de la collectivité entière, auquel cas la sentence ne vaudrait pas même contre lui (1).

75. La discussion qui précède nous conduit à formuler une observation qui n'est pas sans importance touchant la manière dont se doit comporter le mandataire.

Dans certains cas, par exemple, s'il s'agit de remplir le mandat de plaider, de vendre un immeuble du mandant, de céder une créance dont il serait titulaire, etc., le mandataire est nécessairement obligé, par la nature même de l'acte qu'il a reçu mission d'accomplir, d'agir au nom du mandant, et par conséquent de donner aux tiers connaissance de ses pouvoirs. Il y a impossibilité juridique à ce qu'il puisse agir en son propre nom.

Dans d'autres cas où il s'agira, au contraire, du mandat d'acheter, de louer, d'emprunter, etc., on peut concevoir, pour le mandataire, la possibilité d'agir en son nom comme d'agir au nom du mandant.

On pourrait donc adopter la formule suivante :

Chaque fois que le mandataire sera chargé de traiter à l'occasion d'un droit dont le mandant serait déjà personnellement investi, le mandataire, par la force des choses, ne pourra agir qu'au nom du mandant.

(1) Voy. F. Berriat-Saint-Prix, *loc. cit.*

Au contraire, chaque fois que le mandataire sera chargé de procurer au mandant un avantage dont celui-ci ne serait pas encore investi, on pourra concevoir que le mandataire agisse soit en son propre nom, soit au nom du mandant.

76. Quelle sera maintenant la situation du mandataire vis-à-vis des tiers avec qui il aura traité?

Le mandataire, traitant au nom du mandant qui s'est rigoureusement renfermé dans les bornes du mandat, n'est tenu, à aucun point de vue, à l'égard des tiers. Dans notre droit, en effet, le mandataire n'est qu'un instrument, instrument intelligent, de la volonté du mandant qu'il représente, lequel est considéré, par suite, comme ayant agi lui-même. La personnalité juridique du mandataire disparaît absorbée par celle du mandant, seul obligé, et dont l'obligation passe à ses héritiers (1).

Le mandant ne peut donc être considéré comme un tiers à l'égard du mandataire. Il suit de là que l'acte sous seing privé souscrit par un mandataire fait foi de sa date à l'égard du mandant, bien qu'il n'ait acquis date certaine dans les conditions de l'art. 1328 que depuis la révocation du mandat (2).

Si les limites du mandat ont été dépassées,

ART. 1997. Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.

Pour donner connaissance suffisante de ses pouvoirs, le mandataire n'a, en général, rien autre chose à faire qu'à produire le texte de la *procuration* dont il est porteur (3). Par procuration nous entendons ici l'ensemble des diverses pièces établissant les pouvoirs du mandataire. Il peut arriver, en effet, qu'après avoir donné une première procuration, le

(1) Cass. 23 oct. 1894, D. 95, 1, 226.
(2) Cass. 7 mars 1893, D. 93, 1. 255.
(3) Cass. 3 déc. 1890, S. 94, 1, 389.

mandant ait jugé à propos d'étendre les pouvoirs du mandataire ou de les modifier par une procuration nouvelle laissant, néanmoins, subsister la première. Le mandataire d'ailleurs, pour échapper à toute responsabilité, n'est tenu de donner connaissance que de la partie de ses pouvoirs relative à l'affaire qu'il traite. S'il a été chargé, par exemple, d'aliéner un certain bien, et, en outre, de faire du prix un emploi spécifié, il n'a pas besoin de faire connaître à l'acquéurer la partie de la procuration relative à l'emploi à effectuer. L'acquéreur, d'autre part, ne commet aucune faute en ne demandant pas communication de la teneur entière de la procuration, alors même que les termes de la première partie, dont il a eu connaissance, l'avertissaient qu'il y avait une suite. L'aliénation faite dans ces conditions est donc valable et opposable au mandant. L'acquéreur qui n'est pas astreint à surveiller l'emploi du prix n'est pas responsable du changement d'affectation opéré sans le consentement du mandant, lequel n'a de recours que contre son mandataire (1).

77. La question de savoir si la connaissance procurée aux tiers a été suffisante ou non est une pure question de fait. En cas de difficulté, il semble naturel de décider que c'est aux tiers de prouver que le mandataire ne leur a pas donné connaissance suffisante de son mandat. Du moment, en effet, qu'ils ont traité avec une personne prenant la qualité de mandataire, il y a présomption qu'ils ont connu la procuration. C'est à eux qu'il appartient de détruire cette présomption (2). La procuration communiquée aux tiers peut quelquefois les induire en erreur sur la véritable portée des pouvoirs qu'elle contient. C'est au mandant de rédiger la procuration dans des termes qui ne permettent pas l'équi-

(1) Cass. 5 nov. 1894, D. 96, 1, 33.

(2) LAURENT, t. XXVII, n° 47; GUILLOUARD, n° 209; Comp. AUBRY et RAU, § 415, texte et note 11; *Contrà*, Douai, 12 nov. 1840, D. *Répert.*, v° *Mandat*, n° 305.

voque ou l'erreur, et de surveiller l'emploi qu'en fait le mandataire (1). C'est d'ailleurs le juge du fait qui décidera si les actes du mandataire rentraient dans les pouvoirs révélés par la procuration (2).

Les tiers qui, ayant pris connaissance des pouvoirs du mandataire, ont cependant accepté de conclure avec lui une opération pour laquelle ils savaient qu'il n'était pas suffisamment autorisé, ont agi à leurs périls et risques; tant pis pour eux si le mandant refuse de ratifier ce qui a été fait.

78. Dans les deux cas ci-dessus examinés, c'est-à-dire quand le mandataire a dépassé ou n'a pas dépassé les limites de son mandat, il peut arriver que les tiers exigent son engagement personnel, soit pour l'opération entière, soit pour ce qui excèderait les bornes du mandat. Le mandataire est alors tenu à l'égard des tiers dans la mesure de l'engagement par lui contracté.

79. S'il n'est pas sorti des limites du mandat, il aura son recours contre le mandant. S'il a, au contraire, dépassé ces mêmes limites, il n'aura de recours qu'en cas de ratification de la part du maître. Dans ces deux cas, quoique son recours ait pour cause juridique l'engagement personnel qu'il a contracté avec les tiers, plutôt que l'exécution stricte du mandat, il faudra considérer la créance contre le mandant comme née à l'occasion du mandat, et par conséquent comme pouvant être admise en compensation dans le compte rendu par le mandataire, et comme pouvant aussi autoriser l'exercice du droit de rétention.

80. Enfin, quand le mandataire n'a pas donné aux tiers connaissance suffisante de son mandat, on peut dire qu'il y a eu réticence de sa part, et qu'il les a trompés sur la véritable étendue de ses pouvoirs. Il sera, dans ce cas, person-

(1) Paris, 25 mars 1892, D. 92, 2, 263.
(2) Cass. 5 mars 1888, D. 88, 1, 366.

nellement garant vis-à-vis des tiers de toutes les suites de l'opération.

81. Passons maintenant au cas où le mandataire chargé de procurer au mandant un droit ou avantage dont ce dernier n'est pas encore investi, a traité avec des tiers en son nom personnel.

Il est évident que, dans ce cas, le mandataire, seul connu des tiers, sera directement tenu à leur égard sauf recours contre le mandant (1), ou deviendra leur créancier personnel. En un mot, tous les effets légaux du contrat par lui passé se produiront activement et passivement dans sa personne. « Par conséquent, dit Mourlon, résumant sur ce point l'opinion commune, si une maison est achetée par un mandataire *parlant en son propre nom*, la propriété passe du vendeur au mandataire, et passera ensuite du mandataire au mandant. Il y aura donc deux mutations. De là deux conséquences : 1° l'Etat perçoit deux fois le droit de mutation; 2° la propriété passe au mandant grevée de l'hypothèque légale ou judiciaire qui pèse sur les biens du mandataire (2). »

Cette double solution, qui n'a jamais été contestée, demande cependant à être expliquée en ce qui touche les hypothèques générales pouvant exister du chef du mandataire.

Il est, en effet, reconnu que ces hypothèques générales frappent tous les immeubles qui appartiennent réellement au débiteur, quand même ce dernier aurait cherché à dissimuler son droit de propriété en le faisant fictivement reposer sur la tête d'un autre. Il semblerait, au premier abord, résulter de cette solution, que ces mêmes immeubles ne peuvent être en même temps atteints par les hypothèques générales existant du chef du propriétaire apparent. Si les créanciers de *Primus* ayant une hypothèque générale, peuvent soute-

(1) Cass. 29 mars 1893, D. 93, 1, 567.
(2) MOURLON-DEMANGEAT, 3e exam., n° 1085.

nir avec raison, que leur hypothèque frappe les immeubles appartenant en réalité à *Primus*, mais dont la propriété repose fictivement sur la tête d'un *prête-nom*, *Secundus*, n'en résulte-t-il pas forcément que les créanciers personnels de *Secundus* ayant une hypothèque générale ne peuvent faire valoir ces hypothèques sur ces mêmes immeubles?

Non, c'est le contraire qui est vrai. Le mandant en créant la situation apparente d'un prête-nom, ne peut opposer aux tiers créanciers du prête-nom, son droit occulte. L'immeuble ne pourra donc entrer dans son patrimoine que grevé des hypothèques générales provenant du chef du prête-nom, et ces hypothèques passeront avant celles qui pourront provenir de son chef.

La Cour de cassation a jugé avec raison que celui qui a acquis un immeuble en qualité de prête-nom ne peut opposer aux tiers, pour se soustraire aux obligations qui lui incombent comme propriétaire, l'existence du mandat dissimulé (1). Cela est évident, mais la Cour donne pour motif que la simulation ayant pour but de couvrir une fraude à la loi ne peut être opposée aux tiers qui y sont demeurés étrangers; le motif paraît superflu, et la solution doit être maintenue quelle que soit la cause qui a déterminé l'emploi d'un prête-nom.

Dans tous les cas où le mandataire, quoique opérant pour le compte du mandant, a cependant agi en son nom personnel, les tiers avec qui il a traité pourront, d'après une formule adoptée, se faire céder par lui les actions qu'il a contre le mandant (2). Une cession proprement dite est inutile; ils agiront contre le mandant du chef du mandataire, non pas seulement par l'action *de in rem verso* (3), mais pour l'intégralité des engagements pris à leur profit.

(1) Cass. 11 mars 1890, D. 93, 1, 369.
(2) Laurent, t. XXVIII, n° 63; Guillouard, n° 192 I.
(3) Paris, 6 août 1850, D. 54, 5, 483.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

N° 1. — *Condition du mandant vis-à-vis des tiers.*

82. — Le fait du mandataire est le fait du mandant, conséquence, art. 1998.
83. — Condition du mandant représenté par un mandataire qui n'a pas dépassé ses pouvoirs.
84. — Condition du mandant représenté par un mandataire qui a dépassé ses pouvoirs. *Quid* si le mandataire a acheté pour une somme supérieure ou inférieure à celle qui avait été fixée?
85. — Suite.
86. — Les tiers en traitant avec le mandataire doivent vérifier sa procuration. Sont-ils tenus, sous leur responsabilité, d'en exiger la remise? Adoption de la négative.

82. Sauf en matière de délits (1) et encore en tenant compte de certaines exceptions indiquées plus loin (*infrà*, n^os^ 148 et suiv.), le fait du mandataire est le fait du mandant; celui-ci ne devra donc jamais profiter du dol commis par le mandataire, mais sera au contraire obligé de réparer le préjudice pouvant en résulter à l'égard des tiers de bonne foi (2). On a appliqué cette règle aux communes déclarées responsables des fautes commises par leur maire qui est leur mandataire (3).

De plus,

ART. 1998. Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. — Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement (*).

Or, le mandataire tout en demeurant dans les limites de

(*) Art. 1998. — L. 12 § 1, D. 46, 8, *Ratam rem;* L. 152 § 2, D. 50, 17, *De div. reg. juris.*

(1) Cass. 25 juin 1889, S. 91, 1, 123; Chambéry, 8 fév. 1892, D. 93, 2, 522.

(2) Cass. 30 juill. 1895, S. 96, 1, 288.

(3) Cass. 14 avr. 1894, S. 95, 1, 273; Dijon, 12 avr. 1894, S. 96, 2, 137.

ses pouvoirs, peut avoir agi de deux manières distinctes.

D'abord, il a pu directement engager le mandant à l'égard des tiers en traitant en son nom.

En second lieu, il peut avoir contracté des engagements personnels en vue de l'exécution du mandat. L'obligation du mandant consiste, en ce cas, à procurer au mandataire sa décharge ou libération à l'égard des tiers (1).

Le mandant a deux moyens pour procurer au mandataire sa libération. Le plus simple consiste à payer directement aux créanciers ce qui leur est dû par le mandataire. Le mandant pourra aussi verser entre les mains du mandataire la somme suffisante pour désintéresser ces mêmes créanciers.

83. La condition du mandant vis-à-vis des tiers, change donc suivant que le mandataire a agi en cette qualité et, par conséquent, a représenté le mandant, ou qu'il a agi en son nom personnel.

Dans le premier cas, si le mandataire s'est renfermé dans l'exécution du mandat, le mandant est lié par ses actes envers les tiers et a contre eux une action directe. Il est, de plus, responsable des conséquences préjudiciables des manœuvres du mandataire agissant dans les limites du mandat (2). Il faut, pour qu'il en soit ainsi, que le mandat soi reconnu ou établi. En cas de contestation sur ce point, les tiers qui voudraient se prévaloir vis-à-vis du mandant des actes de son mandataire, devront prouver, en se conformant aux règles du droit commun, l'existence du mandat. Remarquons qu'ils auront toujours eu la possibilité, en traitant avec le mandataire porteur d'une procuration sous seing privé ou en brevet, de se procurer une preuve écrite du mandat, en exigeant la remise de cette même procuration ou son dépôt chez un notaire.

(1) POTHIER, *Du mandat*, n° 67.

(2) Cass. 30 juill. 1895, D. 96, 1, 132.

Si les tiers ont traité avec un mandataire agissant au nom du mandant en vertu d'un contrat purement verbal à l'occasion d'une opération juridique n'admettant pas l'emploi de la preuve testimoniale, ils n'auront de ressource, en cas de dénégation du mandat, que dans *l'audition catégorique* de ce dernier pour obtenir son aveu ou dans le serment décisoire. Ceux qui, sans avoir traité avec un mandataire, ont intérêt à opposer à leur adversaire les actes d'un prétendu mandataire ne sont pas dans la même situation, car ils n'ont pas eu la possibilité de se procurer une preuve écrite du mandat.

Les demandeurs, s'ils succombent dans leur action contre le prétendu mandant, faute par eux d'avoir pu établir l'existence du mandat, pourront-ils, du moins, agir contre le mandataire?

D'abord, le jugement rendu entre les tiers et le prétendu mandant, sur l'existence même du mandat, ne saurait être opposé à celui qui a agi en qualité de mandataire, s'il a été laissé en dehors de l'instance. Il se peut, en effet, qu'il soit en mesure de démontrer l'existence du mandat que les tiers ont été impuissants à prouver. Aussi, dans toutes les contestations de ce genre, les intéressés ne doivent pas se borner à agir contre le prétendu mandant, ils devront aussi mettre en cause le mandataire.

Mais la question est de savoir, d'une manière générale, si le relaxe du prétendu mandant, motivé par cette raison que le mandat n'est pas prouvé, doit nécessairement entraîner la condamnation du mandataire qui aurait alors commis un dol en alléguant un mandat non existant? Il est certain que non, il faudra toujours tenir grand compte des circonstances. Le prétendu mandataire peut avoir agi de bonne foi, et avoir été accepté en cette qualité par les tiers à leurs périls et risques. Ces derniers ont toujours à s'imputer de n'avoir pris aucune précaution pour s'assurer de la vérité

du mandat verbal. Il faudrait donc un dol caractérisé de la part du prétendu mandataire pour que celui-ci fût tenu.

84. Quand le mandataire agissant toujours au nom du mandant a dépassé ses pouvoirs, le mandant n'est tenu, pour tout ce qui a été fait au delà, que tout autant qu'il l'a ratifié. Telle est la décision de l'art. 1998.

L'application du principe que le mandant obligé d'exécuter les engagements contractés par le mandataire dans la limite de son mandat, a le droit de décliner ceux qui ont été contractés en dehors de ces mêmes limites, a soulevé quelques difficultés, notamment lorsque le mandataire a acheté pour une somme plus forte ou plus faible que celle qui lui avait été fixée.

Ce point avait donné lieu en droit romain à certaines controverses, ainsi que cela résulte de textes qui, pour les modernes, doivent généralement demeurer étrangers à la question. C'est que, en effet, le point de vue du Code civil n'est pas le même que celui du droit romain. On sait que, d'après la législation romaine, le mandataire ne représentait pas le mandant, mais agissait en son nom personnel et comme pour lui-même. Donc, lorsqu'il avait acheté pour une somme supérieure ou inférieure à celle qui avait été déterminée par le mandat, il pouvait y avoir très souvent d'inextricables difficultés pour savoir si, en agissant ainsi, le mandataire avait eu l'intention d'agir pour lui-même ou pour le compte du mandant.

Le droit moderne en admettant que le mandataire a le pouvoir de représenter le mandant, a supprimé la plupart de ces difficultés de fait. Il faudra désormais rechercher avant tout si le mandataire a réalisé l'opération *au nom du mandant*, ou bien s'il l'a réalisé en son nom personnel.

85. Prenons d'abord le cas où il a agi au nom du mandant. S'il a acheté pour une somme inférieure à celle qui avait été indiquée, le mandataire a exécuté le mandat au mieux des

intérêts du mandant, et ne peut soulever la prétention d'avoir acheté pour lui-même.

S'il a acheté, toujours au nom du mandant, pour une somme supérieure, celui-ci n'est pas tenu d'exécuter le contrat, mais il peut le faire sien en ratifiant l'opération de son mandataire.

Si, au contraire, le mandataire a réalisé l'opération en son nom personnel alors que le mandat aurait dû être exécuté au nom du mandant, il importe peu que ce soit pour un prix supérieur ou inférieur au prix convenu. Le mandataire n'a pas exécuté le contrat, et le mandant peut agir contre lui en dommages-intérêts.

Ce qui revient à dire, en définitive, que le mandant, sauf les cas de ratification, ne peut être obligé que dans la mesure des pouvoirs conférés au mandataire. Cela ne veut pas dire que le mandat doit être exécuté strictement à la lettre; on peut admettre des équipollents, et les tribunaux pourront décider, suivant les circonstances, qu'un changement insignifiant dans le mode d'exécution, n'empêche pas le mandat d'être bien accompli (1).

Nous devons dire, cependant, qu'aujourd'hui encore quelques auteurs discutent la question qui précède comme on la discutait en droit romain, et se demandent si c'est l'opinion des Proculiens ou plutôt celle des Sabiniens qui doit l'emporter (2).

86. Pour savoir dans quelle mesure le mandataire est autorisé à faire l'acte juridique qu'il doit passer, on n'hésite pas à déclarer que les tiers ont, en principe, l'obligation de se faire représenter la procuration en vertu de laquelle il agit. L'imprudence qu'ils auraient eue de traiter avec lui sur la

(1) GUILLOUARD, n° 74.

(2) BUGNET, sur POTHIER, *Du contrat de mandat*, n° 94; PONT, *Des petits contrats*, t. I, n° 982; GUILLOUARD, *loc. cit.*

foi des indications qu'il leur a données, sans vérifier par eux-même l'étendue de ses pouvoirs, *les rendrait non recevables* à agir contre le mandant en vertu de l'acte qu'ils auraient fait avec cette témérité (1). C'est aussi notre avis, mais ne faut-il pas aller plus loin? Est-ce un devoir pour les tiers d'exiger, sous peine d'engager leur responsabilité, la remise entre leurs mains, ou le dépôt chez un notaire, de la procuration sous seing privé ou en brevet en vertu de laquelle prétend agir le mandataire? Quelques précisions sont nécessaires.

En effet, les actes juridiques autorisés par une procuration sont tantôt de nature à ne pouvoir se produire qu'une fois, et tantôt de nature à pouvoir être réitérés indéfiniment.

Dans le premier cas, s'il s'agit, par exemple, du mandat d'acheter un immeuble déterminé, le vendeur qui a consenti à passer l'acte sur le vu de la procuration, sans en exiger la remise ou le dépôt, se trouvera exposé à toutes les difficultés de la preuve du mandat, si le mandant conteste l'existence des pouvoirs donnés au mandataire, et que celui-ci, complice de la fraude, n'en produise pas le texte. Il n'y a pas à craindre cependant que la procuration dont il s'agit puisse servir une seconde fois vis-à-vis d'une autre personne.

Mais il en sera autrement s'il s'agit de la procuration à l'effet d'emprunter une somme d'argent. Si le mandataire emprunte une première fois la somme indiquée, 10,000 francs par exemple, et puis, s'il s'adresse à un nouveau capitaliste et lui emprunte encore 10,000 francs, quelques auteurs s'autorisant d'une prétendue décision de Pothier, enseignent que le mandant devra les 20,000 francs, car c'était à lui à prévoir et à empêcher l'abus qui pouvait être fait de sa procuration (2).

(1) Pont, *loc. cit.*, t. I, n° 1067; Guillouard, n° 188.

(2) Pothier, *Mandat*, n° 89; Guillouard, n° 186; Comp. Aubry et Rau, § 415, texte et note 2; Pont, *loc. cit.*, t. I, n° 1064; Laurent, t. XXVIII, n° 56.

Cela paraît d'abord contestable. Pothier, en effet, se borne à dire que le mandant est engagé envers le second prêteur qui ne savait pas que le mandataire eût déjà emprunté une somme égale à un premier prêteur, mais il ne s'explique pas sur la situation du mandant vis-à-vis du premier prêteur. Or, il est certain que celui-ci a commis une faute lourde en laissant la procuration entre les mains du mandataire, ce qui donnait à ce dernier la possibilité de réitérer le même emprunt à l'égard d'un autre prêteur de bonne foi. Le mandant ne saurait, ce semble, être responsable de cette faute qui se combine avec un dol du mandataire. Autrement il faudrait décider que si le mandataire a réitéré son opération frauduleuse avec une série indéfinie de prêteurs successifs, ayant tous commis la même faute, le mandant serait tenu indéfiniment?

Mais précisément nous pensons qu'il faut aller jusque-là. Le premier prêteur n'était, en effet, obligé par aucun principe de droit à exiger la remise entre ses mains de la procuration. En négligeant de la réclamer il n'a commis aucune faute contractuelle, ni même aucun fait directement dommageable. Le dommage causé au mandant provient unique-

curation à eux soumise était bien conforme à l'original (1).

Mais si le mandat primitif a été modifié, restreint ou même révoqué, sans que les tiers aient pu connaître les modifications apportées ou la révocation faite, le mandant demeurera tenu (2).

N° 2. — *Ratification par le mandant des actes du mandataire.*

87. — Effet de la ratification vis-à-vis des tiers et vis-à-vis du mandataire.
88. — Conditions de validité de la ratification.
89. — L'acte du mandataire entaché d'excès de pouvoir n'est pas inexistant à l'égard des tiers.
90. — Preuve de l'intention de ratifier.
91. — La ratification a-t-elle, entre les parties, un effet rétroactif? Adoption de la négative.
92. — Cas où le mandataire a agi en son nom personnel. Exemple tiré de la pratique notariale.
93. — Des actes d'un prête-nom.

87. Le mandant, avons-nous dit, peut ratifier les actes faits par le mandataire en dehors de ses pouvoirs.

Il est, en effet, de principe que la ratification équivaut au mandat : *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Il importe toutefois de bien remarquer que, dans le cas de ratification, les obligations du mandant ont pour mesure non les actes du mandataire mais la ratification elle-même. Ce n'est que dans les termes et les limites de la ratification que le mandant est tenu à l'égard des tiers. Vis-à-vis du mandataire, la ratification constitue, sauf réserves formelles, une approbation complète de ses actes (3).

Mais quand pourra-t-on dire, dans les rapports du man-

(1) Voy. Amiens, 1854, S. 55, 2, 186; Aubry et Rau, § 415, texte et note 3; Laurent, t. XXVIII, n° 59; Guillouard, n° 189.

(2) Cass. 4 avr. 1879, S. 79, 1, 292.

(3) Cass. 9 mai 1853, S. 54, 1, 30; Aubry et Rau, § 415, texte et note 8; Guillouard, n° 200.

dant avec les tiers, qu'il y a eu réellement excès de pouvoir de la part du mandataire? C'est lorsque les tiers voudront se prévaloir vis-à-vis du mandant des engagements contractés en son nom par le mandataire, et que ce dernier n'avait pas le droit de prendre. Il ne suffit donc pas qu'il y ait eu en réalité *excès de pouvoir*, par application des règles plus haut exposées, il faut encore que les tiers manifestent l'intention d'en profiter contre le mandant. Si les tiers ne formulaient leurs réclamations contre le mandant que dans les termes et les limites du mandat, il est certain que le mandant ne pourrait soulever aucune exception.

Lorsqu'il y a eu excès de pouvoir dans le double sens qui vient d'être indiqué et que le mandant est disposé à ratifier les actes du mandataire, celui-ci, qui a agi au nom du mandant, ne saurait évidemment avoir la prétention de s'approprier l'affaire et d'empêcher ainsi la ratification.

88. La ratification n'est soumise à aucune forme déterminée; elle peut être expresse ou tacite et résulter des circonstances, faits ou actes manifestant de la part du mandant la volonté certaine de ratifier, et dont l'appréciation, à ce point de vue, appartient souverainement aux juges du fait (1).

Dans tous les cas, cette ratification doit être faite en connaissance de cause, mais ne doit pas être confondue avec celle dont il est question dans l'art. 1338. Dans ce dernier texte, il s'agit de la confirmation, improprement appelée ratification, d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision (Voy. t. VIII, n° 276). Dans notre hypothèse, il n'est pas le moins du monde question d'une action en nullité ou en rescision. Le mandant n'a

(1) Cass, 4 fév. 1893, D. 93, 1, 352; Lyon, 6 juill. 1889, D. 90, 2, 113, *Adde*, Cass. 6 août 1888, S. 90, 1, 117; Comp. Cass. 13 déc. 1894, D. 95, 1, 193.

pas besoin de faire annuler les actes de son mandataire faits en dehors du mandat; ces actes lui demeurent étrangers (1).

89. Si l'opération ainsi envisagée est *res inter alios acta*, vis-à-vis du mandant, qu'est-elle vis-à-vis du tiers avec qui le mandataire a traité? On a soutenu que, en réalité, il n'y avait pas eu échange de consentement, et que, par suite, l'acte était inexistant à l'égard des deux parties (2). Cela est absolument insoutenable, la situation des deux parties n'est pas la même. L'art. 1998 domine la question. Celui qui reçoit un mandat limité sait néanmoins que le mandant a la faculté de ratifier ce qui sera fait au delà. Il donne connaissance de ses pouvoirs limités au tiers avec qui il veut traiter, et néanmoins il croit bien faire en allant au delà. Le tiers parfaitement renseigné sur l'étendue des pouvoirs du mandant traite avec le mandataire à des conditions dépassant les limites du mandat, mais lui aussi a compté sur la probabilité d'une ratification de la part du mandant. L'hypothèse n'a rien de chimérique; c'est, par exemple, un commis-voyageur chargé de vendre, à prix d'argent, une certaine marchandise. Il vend cette marchandise à condition que l'acheteur pourra se libérer en fournissant d'autres marchandises, et que le maître ratifiera l'opération. Il est certain que, vis-à-vis de celui-ci, l'opération ainsi conclue est *res inter alios acta*. L'acheteur ne peut contraindre le vendeur qui ne veut pas ratifier à exécuter le marché. Si donc le vendeur n'a connaissance de la condition qu'après l'expédition des marchandises, il pourra en réclamer le retour. L'acheteur qui persistera à la conserver devra en payer le prix en argent (3). Si le vendeur ratifie l'opération, le tiers

(1) Aubry et Rau, § 415, texte et note 5; Laurent, t. XXVIII, n° 64; Guillouard, n° 194; Comp. Arntz, t. IV, n° 1482.

(2) Laurent, t. XXVII, n° 434; Guillouard, n° 195.

(3) Trib. Arlon, 12 avr. 1883, *Cl. et B.*, 85, 929.

avec qui le mandataire a traité devra exécuter la convention; il serait absurde qu'il pût objecter que l'opération est *inexistante* à l'égard des deux parties. Comment une opération dont la loi prévoit expressément la ratification possible peut-elle être traitée comme étant inexistante? C'est donc avec raison qu'il a été décidé, dans une espèce soulevant la même difficulté, que le tiers n'avait pas le droit de se prévaloir de la nullité (ou inexistence) de l'opération, que c'est au mandant seul, représenté par un mandataire *incapable* qu'il appartient de se prévaloir de cette nullité (1). Il est certain qu'un tel motif appliquant à l'hypothèse l'art. 1125 était erronné, mais au fond la décision était bonne.

90. La ratification dont parle l'art. 1998 n'étant pas la même que la confirmation dont s'occupe l'art. 1338, il n'y aura pas lieu de lui appliquer les règles de ce dernier article. Il suffira donc que l'acte ou le fait duquel on voudra faire résulter cette ratification ait eu lieu en connaissance de cause et avec l'intention de ratifier. La preuve de l'intention sera cherchée dans les circonstances appréciées par les juges du fait.

Supposons, par exemple, le mandat donné de vendre un immeuble moyennant un prix déterminé. Nous avons soutenu qu'un tel mandat ne donne pas nécessairement pouvoir au mandataire de toucher le prix (*suprà*, n° 28). Par conséquent si l'acheteur compte le prix à ce mandataire, il paie entre les mains de quelqu'un qui n'a pas qualité pour recevoir au nom du vendeur, il n'est donc pas libéré vis-à-vis de ce dernier.

Mais le mandant ayant reçu avis de la réception du prix par le mandataire, donne à ce dernier un nouveau mandat ayant pour objet l'emploi des deniers. Dans ce cas, il y a évidemment ratification, et si le mandataire néglige de rem-

(1) Paris. 28 juin 1851, D. 53, 2, 78.

plir le second mandat et devient insolvable, le mandant n'aura plus d'action contre son acheteur.

Si le mandataire qui a reçu le prix sans pouvoir spécial à cet égard, fait tenir *une partie* seulement de ce prix au mandant qui se borne à la recevoir, qu'adviendra-t-il si plus tard le mandataire tombe en déconfiture? Le mandant pourra-t-il agir contre l'acheteur pour obtenir le paiement du solde? Ce dernier ne pourra-t-il pas, au contraire, opposer au mandant qu'il a ratifié l'acte de son mandataire en recevant de lui une partie du prix? Nous ne le pensons pas; rien ne prouve que le mandant, en agissant ainsi, ait eu l'intention de libérer vis-à-vis de lui l'acheteur pour le tout. Il n'a pu rendre sa condition pire en recevant, de la part de *n'importe qui*, une partie de ce qui lui était dû, et, en agissant de la sorte, il a fait l'affaire de l'acheteur lui-même qui se trouve débiteur d'une somme moindre.

91. Dans tous les cas, les actes d'un mandataire peuvent être ratifiés, et c'est le fait de la ratification qui donnera toute leur validité aux actes passés par ce mandataire (1). Pour que la ratification produise ses effets, il n'est pas nécessaire que le tiers qui a traité avec le mandataire y intervienne; il suffit du concours du mandataire ayant cause du tiers, pour que la ratification soit valable et produise ses effets *erga omnes* (2).

Cette ratification, considérée en soi, entre les parties contractantes, engendre la convention qui, jusque-là, n'existait pas, puisqu'on suppose que le mandataire a dépassé ses pouvoirs, c'est-à-dire a agi sans pouvoirs (3). C'est par conséquent le fait même de la ratification qui donnera toute leur validité aux actes passés par le mandataire, et non le man-

(1) Angers, 26 janv. 1849, S. 50, 2, 29.

(2) Cass. 21 déc. 1859, S. 60, 1, 449; Aubry et Rau, § 415, texte et note 9; Guillouard, n° 200.

(3) Laurent, t. XXVIII, n° 74.

dat originaire lequel était inexistant quant à l'acte envisagé (1).

Il suit de là que la ratification faite par le maître ne change pas la nature des rapports établis par les affaires gérées antérieurement; elle ne donne le caractère de mandat qu'à ce qui se fait après. Tel est le sens de la maxime : *Ratihabitio mandato æquiparatur;* la ratification influe sur le passé en ce sens seulement que le maître qui a ratifié la gestion, n'est plus recevable à impugner les actes posés par le gérant, et qu'il est tenu, sans restriction, d'indemniser ce dernier (2).

L'opinion générale admet, cependant, que la ratification des actes d'un prétendu mandataire rétroagit au jour où l'acte a été passé, du moins entre les parties contractantes. La question a, dit-on, de l'importance, d'abord, au point de vue de la perte des objets acquis pour le compte du mandant, perte qui sera à la charge de ce dernier si on décide que la ratification doit rétroagir, ensuite, au point de vue des intérêts dus au mandataire qui devront courir à partir du jour de la naissance de la créance, dans le système de la rétroactivité (3).

Cette observation suffit pour enlever à la question tout intérêt pratique. Comment peut-on admettre qu'une personne ayant son bon sens, voudra, quand rien ne l'y oblige, ratifier les actes d'un prétendu mandataire, uniquement pour se charger de la perte d'une chose qui n'est jamais entrée dans son patrimoine, ou pour payer des intérêts qu'elle ne doit pas?...

Aussi la question ne paraît pas s'être présentée en juris-

(1) Angers, 26 janv. 1849, S. 50, 2, 29.

(2) L. 6 § 9, 10; L. 9, D. 3, 5, *De neg. gest.;* L. 50 pr., D. 17, 1, *Mandati*, etc.; *Nec obst.*, L. 60, D. 50, 17, *De reg. jur.;* Voy. MAYNZ, t. II, § 356, note 9.

(3) GUILLOUARD, n° 198; Comp. PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 1075; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 926.

prudence, elle n'a jamais été soulevée qu'à l'égard des tiers, et c'est à l'occasion des tiers que les Cours ont été amenées à trancher, incidemment et sans grande réflexion, une difficulté qui ne leur était pas soumise (1).

On insiste toutefois, et après avoir soutenu que l'opérations envisagée était inexistante tant au regard du mandant qu'au regard du mandataire, on décide, ce qui semble contradictoire, que le mandataire doit être assimilé à celui qui se porte fort pour autrui en ce sens qu'il serait obligé à procurer la ratification du maître, d'où l'on conclut que la ratification rétroagira entre les parties (2). Mais il est assez difficile de comprendre cet argument qui vise les rapports du mandataire avec les tiers (Voy. t. VII, n° 43), alors qu'il s'agit des rapports du mandant avec le mandataire. Il est arrivé à la Cour de cassation de commettre la même équivoque (3).

En ce qui concerne les tiers qui auraient acquis des droits entre la date de l'acte passé par le mandataire ou gérant et celle de la ratification donnée par le maître, il faut décider que leurs droits seront respectés et que la ratification ne peut leur nuire. On a encore décidé que si, en principe, la ratification des actes d'un *porté-fort* a un effet rétroactif au jour où remonte l'acte ratifié, cet effet rétroactif ne peut être opposé aux tiers qu'autant que l'existence de l'acte ratifié leur a été révélée, soit par une inscription, soit par une transcription suivant la nature de l'acte (4).

Enfin, il est manifeste qu'il ne saurait être question que d'une ratification émanée du maître lui-même. S'il s'agissait par exemple d'une vente qui, d'après les termes du mandat, ne pouvait être consentie que collectivement par deux mandataires et qui cependant aurait été conclue par un seul,

(1) Voy. Cass. 4 mars 1891, S. 94, 1, 411.
(2) Guillouard, *loc. cit.*
(3) Arrêt précité du 4 mars 1891.
(4) *Ibid.*

l'approbation donnée ultérieurement par l'autre mandataire la rendrait valable mais sans effet rétroactif (1).

92. Nous arrivons au cas où le mandataire a agi en son nom personnel. Le mandant étant alors demeuré juridiquement étranger aux actes du mandataire, les tiers n'ont aucune action directe contre lui, et lui-même n'en a aucune contre eux. Il ne saurait en pareil cas être question d'une ratification proprement dite. Il y a eu une simulation; tout ce que l'on peut concevoir c'est un acte rétablissant la vérité des situations, soit par le concours amiable de tous les intéressés, soit par l'effet d'une action dirigée par les tiers contre le mandant et le mandataire.

Il faut remarquer encore que les tiers pourront agir indirectement contre le mandant du chef du mandataire, en exerçant les droits et actions de ce dernier en vertu de l'art. 1166, et que pareillement le mandant pourra agir contre les tiers du chef de son mandataire. Par conséquent, si une maison a été achetée par un mandataire parlant en son propre nom, la faillite de celui-ci pourra être préjudiciable au vendeur si la maison sur laquelle il a un privilège a péri ou s'est détériorée. A la vérité, il pourra réclamer le prix de vente au mandant qui, en définitive, devra le payer; mais comme il ne l'obtiendra qu'en exerçant contre lui le droit du mandataire, la somme obtenue devra être rapportée à la faillite de ce dernier pour être distribuée au marc le franc entre tous ses créanciers (2).

Il faut reconnaître cependant que l'hypothèse d'un mandat donné à une personne d'acheter en son propre nom un immeuble pour en transférer ultérieurement la propriété au mandant est à peu près chimérique. Mais quand une personne se trouve dans l'impossibilité, à raison de sa situation

(1) Cass. 14 avr. 1886, S. 89, 1, 426.
(2) MOURLON-DEMANGEAT, 3e exam., n° 1085.

spéciale, de réaliser régulièrement une acquisition pour son compte, on peut concevoir qu'elle s'adresse à un *prête-nom* qui sera chargé d'acheter en apparence pour lui-même. Dans ces hypothèses, le mandataire ne doit pas transférer la propriété à son mandant, il doit au contraire demeurer propriétaire apparent de l'immeuble jusqu'à ce qu'il reçoive l'ordre de le revendre pour en remettre le prix au mandant.

Certains notaires ont eu quelquefois recours à ce moyen, et voici dans quelles circonstances :

Un notaire est responsable d'un placement opéré par ses soins; l'immeuble servant de garantie à la créance est vendu sur expropriation forcée, dans des conditions ne permettant pas d'espérer un prix suffisant pour désintéresser tous les créanciers inscrits, notamment le client du notaire. Celui-ci aurait donc intérêt à se porter lui-même adjudicataire de l'immeuble pour le revendre plus tard, dans un moment plus favorable, quand un prix plus élevé pourra en être espéré.

Mais l'art. 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 « interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement, soit indirectement... 3° de faire des spéculations relatives à l'acquisition et à la revente des immeubles, à la cession des créances, droits successifs, actions industrielles et autres droits incorporels ; 4° de s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère...; 7° de se servir de prête-noms en aucune circonstance, même pour des actes autres que ceux désignés ci-dessus ».

Le notaire dont nous parlons ne peut donc acheter ni en son nom personnel ni sous le nom d'un tiers. Mais, en fait, il est arrivé que des notaires se trouvant dans la situation que nous venons de décrire, ont acheté sous le nom d'un clerc des immeubles sur le point d'être adjugés à vil prix.

Cette opération constitue d'abord une faute professionnelle

assez grave, même quand elle est exempte de fraude. Elle est de plus une imprudence dont les conséquences peuvent être désastreuses. Un notaire, à notre connaissance, avait ainsi acquis deux immeubles considérables au nom de deux de ses clercs. L'un de ces derniers mourut, l'autre fut frappé d'une condamnation entraînant l'interdiction légale; le mandat en vertu duquel chacun des deux clercs était devenu acquéreur apparent ne pouvait être établi par aucun document. Si une preuve écrite de ce mandat eût existé entre les mains du notaire, il n'aurait pu la produire qu'en avouant l'infraction par lui commise à ses devoirs.

Dans le cas qui vient d'être examiné, le mandat donné au mandataire d'agir en son nom personnel, quoique prohibé par une loi spéciale, ne pouvait être considéré comme inspiré par une pensée de fraude.

93. Il n'en sera pas toujours ainsi, et quelquefois le mandant en recourant à l'intervention d'un prête-nom aura eu pour but de frustrer ses créanciers. Ce genre de fraude n'est pas rare dans les procédures d'*ordre* et surtout de *distribution par contribution*. Des créanciers apparents porteurs de titres simulés, autrefois sincères, mais en réalité soldés, se présentent pour obtenir, au préjudice de la masse, une collocation dont ils remettront le montant au débiteur discuté. Les créanciers auront la ressource du *contredit* pour faire apparaître la véritable personnalité du mandant et écarter les prête-noms.

L'emploi d'un prête-nom pourra cependant, malgré les observations que nous venons de faire, avoir lieu quelquefois loyalement. Ainsi une personne créancière d'un ouvrier ou entrepreneur aurait un travail urgent à faire exécuter par le débiteur. Il est à craindre que celui-ci sachant que le salaire qui lui sera dû sera imputé sur ce qu'il doit lui-même, ne soit porté à refuser le travail demandé, ou tout au moins à en retarder indéfiniment l'exécution. On comprend

que pour éviter ces éventualités le créancier ait recours à un mandataire qui fera la commande en son nom personnel.

La ratification proprement dite demeure étrangère aux actes d'un prête-nom; mais ces actes peuvent devenir l'objet de conventions nouvelles entre le véritable intéressé et les tiers.

N° 3. — *Remboursements et indemnités dûs au mandataire.*

94. — Avances faites par le mandataire, art. 1999.
95. — De la preuve en cette matière.
96. — Les frais et avances sont-ils réductibles?
97. — Nécessité de distinguer entre les frais tarifés par la loi et ceux qui sont susceptibles d'être fixés par le juge. Honoraires payés à un notaire.
98. — Indemnités dues au mandataire du chef des pertes subies, art. 2000.
99. — Difficulté résultant de ce que le mandataire est débiteur d'un genre.
100. — Quand y a-t-il imprudence imputable au mandataire?
101. — Intérêts des avances, art. 2001.
102. — Avances pour droits d'enregistrement faites par un notaire.
103. — *Quid* des avances faites par les avoués et gérants d'affaires?
104. — Taux de ces intérêts, leur mode d'imputation; prescription.
105. — Droit de rétention appartenant au mandataire.

94. Non seulement le mandataire doit être relevé des obligations par lui contractées envers les tiers et recevoir le paiement du salaire convenu, mais il doit encore être rendu indemne de tout ce que l'accomplissement du mandat a fait sortir de son patrimoine.

ART. 1999. Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. — S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres (*).

Les frais et avances à rembourser ont pour mesure l'importance et le quantum de ces avances elles-mêmes.

(*) Art. 1999. — L. 10 § 9, 10, 11; L. 56 § 4, D. 17, 1, *Mandati*.

Ce remboursement doit être effectué par le mandant *encore que l'affaire n'ait pas réussi*, dit le texte qui précède. C'est une des différences qui existent entre le mandat et le quasi-contrat de gestion d'affaires. Le gérant d'affaires ne peut, en effet, réclamer que le remboursement des dépenses utiles (art. 1375). Cette différence est toute naturelle, car le mandataire n'ayant fait que se conformer aux instructions par lui reçues n'a pas à se préoccuper des suites de sa gestion, et son droit au remboursement des avances ne saurait être subordonné à la réussite de l'affaire.

Il est bien entendu que la solution serait différente, si la non-réussite de l'affaire tenait à une faute imputable au mandataire.

95. C'est au mandataire à fournir la preuve des avances dont il demande le remboursement, et c'est au mandant de prouver, lorsqu'il le prétend, que ces avances ne sont pas dues, par exemple, parce qu'elles ont été faites avec des fonds lui appartenant, ou que le mandataire en a déjà reçu le remboursement (1). Mais les héritiers du mandant ne pourraient opposer au mandataire que les frais et avances dont il demande le remboursement ont été exposés par lui postérieurement au décès du mandant, si d'ailleurs il est établi que ces avances ont eu lieu dans l'intérêt du mandant et comme une suite nécessaire du mandat dont l'exécution avait commencé avant le décès (2).

96. Quand le chiffre des avances réellement effectuées est établi, le mandant ne pourra en obtenir la réduction en prétendant que les frais auraient pu être moindres. C'est ce que décide l'art. 1999 *in fine*. Cette solution est toute naturelle; en vain, le mandant alléguerait qu'il aurait pu lui-même accomplir l'affaire en dépensant trois fois moins, par exemple,

(1) Cass. 12 mai 1886, S. 90, 1, 326.
(2) Cass. 6 août 1889, S. 91, 1, 518.

en voyageant plus économiquement, etc. La réponse serait bien simple : il n'avait qu'à agir lui-même; en vain, dirait-il, qu'un autre mandataire aurait bien moins dépensé, on lui répondrait qu'il n'avait qu'à choisir un autre mandataire.

Mais le texte ne veut pas dire que le mandant n'a pas le droit de faire réduire les avances qui sont manifestement excessives; il suppose que sa demande de réduction est mal fondée en ce sens que l'excès dont il se plaint n'est qu'un prétexte, qu'il ne fait en réalité que chicaner sur des dépenses qui auraient pu être moindres (1). Mais il y aurait faute donnant lieu à réduction, si le mandataire payait des droits fiscaux plus élevés que ceux qu'il aurait dû payer (2).

Le mandant ne devra aucun remboursement quand la dépense a été faite précisément à cause de la faute qui est imputable au mandataire (3), par exemple, quand celui-ci chargé du recouvremeut d'une créance, a exposé, sans prendre de renseignements sur la solvabilité du débiteur, des frais dépassant le montant de la créance (4).

97. Nous venons de dire qu'il y aurait faute de la part du mandataire qui aurait payé des droits fiscaux supérieurs à ceux qui étaient réellement dus. Il faut, en effet, à l'égard des frais dont le mandataire peut avoir à faire l'avance, distinguer suivant qu'il s'agit ou non de frais tarifés par la loi elle-même ou susceptibles d'être taxés par le juge.

En ce qui touche les frais tarifés par la loi, le mandant ne doit être tenu de rembourser que les avances faites dans les limites du tarif, car le mandataire est censé n'avoir eu le pouvoir de payer ces frais que dans cette limite.

(1) Cass. 25 nov. 1873, D. 74, 1, 67; LAURENT, t. XXVIII, n° 9; GUILLOUARD, n° 154.

(2) Cass. 19 janv. 1831; Amiens, 22 nov. 1823, D. v° *Mandat*, n° 327.

(3) Cass. 15 mars 1821, D. v° *Mandat*, n° 330; DURANTON, t. XVIII, n° 266; LAURENT, t. XXVIII, n° 8; ARNTZ, t. IV, n° 1478.

(4) Trib. comm. Liège, 10 avr. 1891, *Cl. et B.*, 91, 256.

Il suit de là que la responsabilité du mandataire qui aurait payé une note de frais dus à un avoué ou à un huissier, sans réclamer la taxe, pourrait se trouver engagée dans la cas où la taxe aurait dû procurer une réduction.

En serait-il de même à l'égard des honoraires payés à un notaire?

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'adopter à cet égard une décision absolue et voici pourquoi :

Dans certains cas seulement le législateur a fixé le montant des honoraires ou vacations dus aux notaires. Pour les autres cas, il a simplement admis la taxe par le juge s'il y a discord entre un notaire et son client. Aussi pour assurer en cette matière une uniformité désirable, les Compagnies de notaires ont adopté une tarification qui n'est pas d'ailleurs légalement obligatoire, mais qui, généralement, ne présente rien d'excessif. Si donc un mandataire avait acquitté de bonne foi entre les mains d'un notaire, d'après le tarif officieux dont nous venons de parler, des honoraires supérieurs à ceux qui auraient, peut-être, été arbitrés par le juge, il faudrait sans difficulté admettre ce mandataire à en obtenir le remboursement intégral en vertu de l'art. 1999.

98. Il peut encore exister au profit du mandataire un autre chef de réclamation :

ART. 2000. Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (*).

Ainsi il peut arriver que dans un voyage entrepris pour l'exécution du mandat, le mandataire ait éprouvé des pertes réelles dans sa personne ou sa chose par l'effet d'accident, vol, maladie, etc. Les pertes dont il s'agit ne résultent pas *directement* de l'exécution même du mandat comme les frais et avances dont parle l'art. 1999, elles ont été essuyées *à l'occasion* seulement de la gestion du mandataire, sans impru-

(*) Art. 2000. — L. 26 § 6, D. 17, 1, *Mandati*.

dence qui lui soit imputable. Il était donc nécessaire que le législateur s'expliquât à cet égard. Cela semblait d'autant plus nécessaire que, suivant la décision différente du droit romain, les pertes dont il s'agit étaient considérées comme résultant de faits exceptionnels que le mandant ne pouvait pas prévoir, qui s'étaient produits en dehors du mandat, et dont il ne devait pas porter la responsabilité. Mais cette décision rigoureuse avait donné lieu à de notables divergences dans notre ancienne jurisprudence. Accurse et les glossateurs enseignaient qu'un mandant honnête ne devait pas s'en prévaloir vis-à-vis du mandataire, et le Code a consacré ce point de vue, sans distinction entre le mandat gratuit et le mandat salarié.

Les auteurs approuvent, en général, cette solution de l'art. 2000 et donnent comme exemples de pertes dont le mandant devra indemniser le mandataire, le cas de vol commis au préjudice de celui-ci au cours d'un voyage qu'il faisait pour exécuter son mandat, le naufrage dont il aurait été victime dans les mêmes circonstances, l'accident qui lui serait arrivé en dirigeant des travaux pour le compte du mandant (1).

99. On ne remarque pas que l'application de l'art. 2000 pourra quelquefois apporter, en fait, une grave dérogation à la règle que le mandataire comptable des sommes par lui reçues au nom du mandant, étant débiteur d'un genre et non d'un corps certain, ne sera pas libéré quand même il aurait perdu par cas fortuit ou force majeure la possession des deniers à lui comptés (*Suprà*, n° 141; t. VIII, n° 180). Il demeurera donc tenu de faire raison au mandataire de cette somme en vertu de l'art. 1993. Mais comme il pourra obtenir à titre d'indemnité une somme égale en vertu de l'art. 2000,

(1) Paris, 14 août 1852, D. 53, 2, 75; LAURENT, t. XXVIII, nos 31 et 32; ARNTZ, t. IV, n° 1479; GUILLOUARD, nos 173 et 174.

il se trouvera, en réalité, libéré par l'effet de la compensation. S'il devait toujours en être ainsi, il y aurait là une subtilité puérile, et il aurait mieux valu déclarer purement et simplement que le mandataire devait être libéré.

Cependant ce résultat ne se produira pas toujours, et il était préférable de maintenir les deux règles, quoique, dans certains cas particuliers, l'application de la seconde puisse neutraliser les effets de la première. D'abord, il peut arriver que le cas fortuit qui a dépouillé le mandataire ne se produise pas à l'occasion de sa gestion. En second lieu, même à l'égard des pertes éprouvées à l'occasion de sa gestion, le mandataire ne sera pas toujours fondé à réclamer une indemnité au mandant. L'art. 2000, en effet, excepte les cas dans lesquels il y a eu *imprudence imputable au mandataire.*

100. Quand y aura-t-il imprudence imputable au mandataire? Ce sera là une question de fait. Les juges auront à apprécier si le mandataire s'est conduit comme l'aurait fait un homme diligent. Ainsi le mandataire a été dépouillé d'une forte somme dont il était porteur; on pourra décider que le fait de conserver avec soi, en voyage, une valeur de cette importance, constitue une imprudence. Si c'était la somme même qu'il avait pour mission de recouvrer et qui lui avait été payée dans des conditions où il lui était impossible de la confier soit à la poste, soit à un banquier, on pourrait admettre qu'il n'y a pas eu imprudence de sa part, et que par conséquent le mandat est tenu de payer une indemnité égale à la perte subie.

L'application de la règle formulée dans l'art. 2000 a donné lieu à quelques décisions singulières. Ainsi un individu préposé à la surveillance du chargement d'un navire fut blessé en voulant sauver un homme placé sous ses ordres et qui allait être victime de sa propre imprudence; il fut décidé que le blessé était recevable à se prévaloir, pour

réclamer des dommages-intérêts, du contrat de mandat intervenu entre lui et son commettant, l'acte de dévouement par lui accompli se rattachant à ce mandat, et pouvant devenir par suite le principe d'une obligation (1). Mais comment le fait de préposer quelqu'un à la surveillance d'un chargement peut-il constituer un mandat?

Il a été jugé plus exactement que la veuve d'un garde-champêtre tué, dans l'exercice de ses fonctions d'agent de la police municipale, ne pouvait réclamer d'indemnité à la commune en vertu de l'art. 2000, attendu que le service à l'occasion duquel l'événement s'était produit ne pouvait, au regard de la commune, être assimilé à un mandat (2).

101. Les indemnités pour pertes éprouvées par le mandataire ne portent pas intérêt de plein droit à partir du jour où leur cause a été constatée, ce ne sont pas des avances.

Au contraire,

ART. 2001. L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées (*);

C'est-à-dire, à partir du jour des avances faites, lesquelles doivent être prouvées par le mandataire (3).

On entend par avances, toute somme réellement dépensée par le mandataire, et même celle qu'il tient, sur les ordres du mandant, à la disposition de celui-ci pour l'emploi qui a été indiqué, alors qu'il n'aurait pas encore effectué cet emploi (4). Les intérêts produits par les avances sont des intérêts compensatoires :

Mais les salaires ou émoluments d'un mandataire ne peuvent rentrer dans les avances dont parle l'art. 2001, et par

(*) Art. 2001. — L. 19 § 4, D. 3, 5, *De neg. gestis.*

(1) Aix, 23 oct. 1889, D. 90, 2, 301.

(2) Nancy, 29 avr. 1893, D. 93, 2, 527.

(3) LAURENT, t. XXVIII, n° 12; ARNTZ, t. IV, n° 1478; GUILLOUARD, n° 156; Bruxelles, 13 mai 1878, *Pas.*, 78, 2, 309.

(4) Cass. 31 déc. 1845, S. 46, 1, 616; LAURENT, t. XXVIII, n° 12 *bis;* GUILLOUARD, n° 157.

suite les intérêts n'en devront courir qu'à partir du jour de la demande en justice (1). Ce seront des intérêts moratoires.

Même solution, mais pour d'autres motifs, lorsqu'il s'agit des honoraires d'un notaire. En effet, quand le notaire fait acte de son ministère, il n'est pas le mandataire des parties, puisque ces dernières sont présentes (Comp. t. VIII, n° 417). Les honoraires ne peuvent donc pas porter intérêt de plein droit.

102. Que faut-il décider en ce qui touche les avances faites par les notaires des droits d'enregistrement dus sur un acte de leur ministère?

Il est certain qu'il ne se forme pas de contrat de mandat entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère (2). Donc, lorsque les notaires paient les droits d'enregistrement de leurs actes, ce n'est pas comme mandataires qu'ils agissent, mais en vertu de l'obligation personnelle qui leur est imposée par l'art. 29 de la loi du 22 frimaire an VII. La jurisprudence est formelle en ce sens (3).

Cette décision peut être légale, mais elle est certainement contraire à l'équité ; aussi est-elle critiquée par la majorité des auteurs (4). On fait remarquer que la loi de frimaire n'a d'autre but que d'assurer au trésor le paiement des droits qui lui sont dus, et que le notaire, obligé d'acquitter une dette de son client, ne peut avoir agi qu'en vertu d'un mandat tacite de celui-ci.

Nous trouvons qu'on abuse beaucoup trop du mandat

(1) Cass. 21 nov. 1893, D. 94, 1, 269; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 924.

(2) AUBRY et RAU, § 414, note 3; BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

(3) Cass. 24 janv. 1853, S. 53, 1, 180; Cass. 18 mars 1850, S. 50, 1, 381 ; Grenoble, 17 déc. 1858, S. 59, 2, 433.

(4) PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 1096; LAURENT, t. XXVIII, n° 17; GUILLOUARD, n° 160; Conf. Riom, 18 déc. 1838, S. 39, 2, 419, Grenoble, 14 juill. 1838, S. 39, 2, 134.

tacite, et dans le cas envisagé, il ne sera pas toujours légitime d'en supposer l'existence. Le plus souvent, en effet, les notaires insistent pour que les clients remettent d'avance les fonds nécessaires afin de payer les frais d'enregistrement. Les clients promettent de les fournir en temps utile; ils ne donnent donc pas mandat au notaire d'en faire l'avance. Tout cela peut nettement résulter d'une correspondance ou être avoué. Les délais légaux étant sur le point d'expirer, le notaire se trouve obligé de payer de ses deniers pour obéir à la loi de frimaire. Peut-on dire, en pareil cas, qu'il a payé en vertu d'un mandat tacite de son client? Evidemment non; aussi croyons-nous qu'il faut décider que le notaire ne pourra réclamer les intérêts du jour du paiement par lui effectué que lorsqu'il aura reçu un mandat formel à cet égard.

103. La jurisprudence plus haut signalée applique aux avoués la même solution qu'aux notaires (1). Cette extension est critiquée : à la différence du notaire, dit-on, l'avoué est le mandataire de ses clients, mandataire *ad litem;* il les représente en justice, et on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas invoquer l'art. 2001 pour les frais de procédure, de même qu'il peut invoquer ce texte pour les sommes déboursées par lui à titre de *procurator ad negotia* (2). Mais on voit, au contraire, facilement pourquoi le montant d'un état de frais dû à un avoué mandataire *ad litem*, ne peut produire que des intérêts moratoires à partir de la demande judiciaire; c'est que presque tous les articles de cet état de frais se décomposent en déboursés et honoraires, et en outre se réfèrent tous à des dates différentes. Aussi se traduisent-ils en un chiffre fixé à forfait par un tarif légal. Le propre d'un

(1) Cass. 14 janv. 1868, S. 68, 1, 179; Cass. 8 nov. 1860, S. 61, 1, 15; Cass. belge, 25 avr. 1845, *Pas.*, 45, 1, 275.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.;* PONT, n° 1111; LAURENT, t. XXVIII, n° 16.

tarif légal est de ne pas comporter d'allocation d'intérêts qu'il faudrait calculer pour chaque article, sur des sommes différentes et ordinairement fort restreintes (1).

« Mais, dit-on, à partir du moment où les intérêts ont couru au profit du client lui-même, *en résultance* (!) de poursuites dirigées contre l'adversaire, il en devra tenir compte à l'avoué, sans quoi il s'enrichirait aux dépens de celui-ci, en touchant les intérêts de sommes avancées par lui (2). » Il y a un arrêt dans ce sens (3).

C'est là une erreur : on a perdu de vue qu'il s'agissait d'intérêts moratoires et non d'intérêts compensatoires. La partie condamnée aux dépens doit payer sans retard le montant des frais; si elle se laisse poursuivre, elle doit payer les intérêts moratoires à partir du jour où elle a été mise en demeure, intérêts qui représentent, pour la partie qui a triomphé, le dommage résultant de la demeure. Cette dernière doit, à son tour, rembourser à son avoué les frais dont celui-ci a fait l'avance; si elle opère le remboursement avant d'être mise en demeure, elle ne devra aucun intérêt; si elle se laisse mettre en demeure, elle devra à son avoué les intérêts à partir de la date de sa mise en demeure. Toutes ces difficultés seront évitées si l'avoué demande et obtient la distraction des dépens.

Enfin, nous avons décidé (Voy. t. VIII, n° 383) que l'art. 2001 ne devait pas être appliqué au gérant d'affaires, sauf le cas de ratification ultérieure par le maître (4).

104. L'intérêt sera fixé d'après le taux légal fixé pour la France ou pour l'Algérie, soit en matière civile, soit en matière commerciale. On décide que si le mandat est commercial par son objet, l'intérêt doit être calculé comme en

(1) Comp. GUILLOUARD, n° 161.
(2) GUILLOUARD, n° 161.
(3) Nîmes, 23 fév. 1832, S. 33, 2, 103.
(4) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 162.

matière de commerce quoique le mandant ne soit pas commerçant (1).

Le mandataire, qui a droit aux intérêts de ses avances, est admis à imputer d'abord sur ces intérêts, et ensuite sur le capital, c'est-à-dire à compenser par échelette, suivant le mode ordinaire de ce calcul, les sommes par lui reçues pour le compte de son mandant, au fur et à mesure des recouvrements effectués (2).

L'intérêt des avances faites par le mandataire est soumis à la prescription de cinq ans de l'art. 2277. Cette prescription ne commence à courir que du jour où les avances sont constatés, soit par un règlement de compte (3), soit par tout acte connu du mandant, établissant avec certitude le chiffre de l'avance (4).

105. Pour le paiement de ce qui lui est dû, en capital ou intérêts, le mandataire a un droit de rétention sur les objets qui lui ont été confiés pour l'exécution du mandat. On a voulu appliquer cet aperçu au notaire chargé de rédiger le certificat de propriété nécessaire, pour faire opérer le transfert d'un titre de rente sur l'État, en lui donnant le droit de retenir ce titre jusqu'au paiement intégral de ses honoraires (5). La décision est mal motivée; nous savons que le notaire qui fait un acte de son ministère n'agit pas comme mandataire. Dans l'espèce envisagée, il pouvait retenir le titre, en vertu des principes ordinaires sur le droit de rétention.

(1) Cass. 18 fév. 1836, D. *Répert.*, v° *Prêt à intérêts*, n° 136; LAURENT, t. XXVIII, n° 13,

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 21; GUILLOUARD, n° 179.

(3) Cass. 12 mars 1878, S. 81, 1, 71.

(4) Amiens, 14 juin 1871, S. 71, 2, 217; Voy. AUBRY et RAU, § 414, texte et note 2; LAURENT, t. XXVII, n°s 453, 468, 469; ARNTZ, t. IV, n° 2069; GUILLOUARD, n° 158; Trib. Bruxelles, 24 avr. 1886, *Pas.*, 87, 3, 38.

(5) Dijon, 27 janv. 1877, D. 77, 2, 166.

L'agent révoqué d'une compagnie d'assurance ne pourrait retenir, jusqu'au paiement de ce qui lui est dû, les archives de la succursale à la direction de laquelle il avait été préposé (1); c'est, en effet, un employé ordinaire, et le mandat dont il est investi n'a pour but que de lui faciliter l'exercice de son emploi. Ces archives, d'ailleurs, ne peuvent être le gage de sa créance, puisqu'elles ne pourraient être vendues pour lui en procurer le paiement.

N° 4. — *Pluralité de mandants.*

106. — Solidarité dans le cas de plusieurs mandants, art. 2002.
107. — L'affaire doit être commune.
108. — La jurisprudence attribue la qualité de mandants aux arbitres et experts.
109. — Précisions à faire en ce qui concerne les notaires.
110. — *Quid*, en ce qui touche les syndics de faillite vis-à-vis des créanciers?

106. Quand le mandat a été donné par plusieurs intéressés, quelle sera la position, au point de vue de leurs obligations, des divers co-mandants?

A l'inverse de ce qui a été décidé par l'art. 1995 pour les co-mandataires,

ART. 2002. Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (*).

La loi ne distingue pas entre le mandat gratuit et le mandat salarié. C'est, dit-on, parce que la loi considère que, dans le mandat, même salarié, c'est toujours le mandant qui reçoit un service. Il paraissait donc convenable, pour rendre plus facile l'acceptation des mandats, d'accorder au mandataire la garantie d'une action solidaire contre les divers co-mandants (2). C'est se contenter de peu pour con-

(*) Art. 2002. — L. 59 § 3, D. 17, 1, *Mandati*.
(1) Toulouse, 16 nov. 1887, S. 88, 2, 28.
(2) Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 33; ARNTZ, t. IV, n° 1480; GUILLOUARD, n°s 176, 177.

sacrer une aussi grave dérogation au droit commun. Aussi faudra-t-il l'interpréter et l'appliquer d'une manière restrictive. Le texte n'a eu en vue que le mandat conventionnel, puisqu'il parle uniquement d'un mandataire constitué. Il n'est pas dès lors applicable aux mandataires légaux. Ainsi, le tuteur qui gérerait les intérêts communs de plusieurs pupilles ne les aurait pas pour co-obligés solidaires (1).

107. Pour qu'il y ait solidarité, il faut, d'après notre art. 2002, que le mandataire ait été constitué par plusieurs personnes *pour une affaire commune*. On pourrait croire, d'après cette précision, qu'il peut y avoir des cas où plusieurs personnes se réuniront à l'effet de donner un même mandat pour une affaire qui ne serait pas commune. Cela ne paraît pas possible. Lorsque plusieurs personnes s'entendent pour donner un mandat unique, elles rendent l'affaire commune, au moins quant au mandat. Cependant, la précision était nécessaire, parce qu'il y a des hypothèses où, malgré les apparences, il n'y aura ni mandat unique, ni solidarité. Ainsi, plusieurs défendeurs simplement conjoints, assignés, chacun à raison de sa part virile dans une prétendue dette, devant un juge de paix ou un tribunal de commerce, donnent mandat, par le même acte, à la même personne, de les représenter, pour faire valoir divisément les moyens de défense de chacune d'elles. Il y aura, dans ce cas, autant de mandats distincts qu'il y aura de mandants. L'affaire n'est pas commune; et les mandants, quoique réunis dans la même procuration, ne seront pas tenus solidairement. Il en sera de même si le mandat, malgré l'intérêt commun des mandants, n'a pas été, par eux, donné dans le même acte (2).

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 41; RODIÈRE, *Solidarité*, n° 220; GUILLOUARD, n° 178; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 929.

(2) RODIÈRE, *loc cit.*, n° 217; PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 425; LAURENT, t. XXVIII, n° 35; GUILLOUARD, n° 179.

La solidarité, quand l'affaire est commune, existe pour *tous les effets du mandat*, d'après l'art. 2002, c'est-à-dire tant pour les salaires que pour les frais et avances, et aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard du mandataire.

108. Il semblerait superflu d'insister sur ce point que la solidarité dont il s'agit ne peut être invoquée qu'à l'encontre de ceux qui ont agi en qualité de mandants, c'est-à-dire qui sont devenus débiteurs de quelqu'un par l'effet du pouvoir qu'ils lui avaient donné de les représenter dans un acte juridique. Mais la jurisprudence et même quelques auteurs méconnaissent ouvertement ce point élémentaire. Ainsi les arbitres, les experts et les notaires, quand ils passent un acte de leur ministère, ne sont pas des mandataires; ils ne représentent personne, et cependant, il y a des décisions qui accordent, en vertu de l'art. 2002, aux arbitres (1), aux experts (2) et aux notaires (3), une action solidaire contre les parties dans l'intérêt de qui ils ont procédé.

Ainsi donc, les arbitres seraient des mandataires!... « Conçoit-on que les mandants jugent leurs différends par l'intermédiaire de mandataires! Cela n'a pas de sens », dit Laurent avec raison (4).

Même observation pour les experts; est-ce qu'ils posent un acte juridique au nom de quelqu'un? Ils agissent parce qu'ils ont été requis. Voilà pourquoi ils peuvent obtenir un exécutoire contre la partie qui a requis l'expertise (art. 319, C. pr. civ.).

109. Mais c'est surtout à l'égard des notaires que la question présente de l'intérêt, parce qu'elle est de nature à se présenter souvent.

(1) Cass. 17 nov. 1830, S. 31, 1, 28.

(2) Montpellier, 10 fév. 1890, D. 91, 2, 50; Rennes, 25 janv. 1844, S. 45, 2, 17.

(3) Cass. 19 juin. 1890, S. 90, 1, 416; Cass. 22 et 29 oct. 1889, S. 89, 1, 492; Bordeaux, 8 mars 1889, S. 91, 2, 158; GUILLOUARD, n° 177.

(4) T. XXVIII, n° 38.

Si le notaire, à raison des actes juridiques auxquels il procède *au nom de ses clients*, en dehors de son ministère officiel, peut avoir, en vertu de l'art. 2002, une action solidaire contre ceux qui l'ont employé, il en est autrement quand il s'agit d'un acte de son ministère. Il n'est alors le mandataire d'aucune des parties, il ne représente ni l'une ni l'autre, et il serait absurde qu'on le considérât comme représentant les parties qui comparaissent devant lui (1). Il ne peut donc être question de lui accorder en ce cas une action solidaire contre les parties.

Mais alors quelle est l'action qu'il faudra lui permettre d'exercer, d'après les principes applicables à la situation? On ne saurait l'obliger à diviser son action en parts viriles ou en parts proportionnelles à chaque intérêt distinct; une telle division n'a été envisagée ni par lui, ni par les parties. Ce qui est vrai, c'est qu'il a été requis, en sa qualité d'officier public, de procéder à un certain acte de son ministère dont le salaire doit lui être payé en entier. C'est un cas d'indivisibilité conventionnelle (*solutione*) (Voy. t. VII, n° 345). Quant à l'*obligation*, tous les contractants sont tenus au paiement intégral d'une manière indivisible, mais non solidaire; quant à la *contribution* à la dette, il peut se faire qu'ils ne soient pas tous tenus (2).

L'erreur de la jurisprudence, ainsi qu'il est facile de le voir par la teneur des derniers arrêts rendus sur la question, vient de ce que on a cru devoir combiner, avec l'application de l'art. 2002, l'application de l'art. 30 de la loi de frimaire. D'après l'art. 30, le notaire qui a fait l'avance des droits d'enregistrement peut prendre exécutoire du juge de paix pour son remboursement (intégral). Il s'agissait d'un paie-

(1) AUBRY et RAU, § 414, texte et note 12; LAURENT, t. XXVIII, n° 37.

(2) Voy. A. MATON, *Traité des honoraires des notaires*, p. 305, n°s 1 et suiv.

ment indivisible à réclamer à l'une ou à l'autre des parties; on a cru qu'il s'agissait d'un paiement solidaire.

110. Enfin, on reconnaît que les syndics de faillite ne peuvent avoir d'action solidaire contre chacun des créanciers de la faillite, *parce qu'ils ne représentent* pas chacun des créanciers pris individuellement, mais seulement *la masse* des créanciers (1). Mais si la raison est bonne à l'encontre des syndics, comment se fait-il qu'elle ne vaille rien à l'égard des arbitres, des experts et des notaires? Est-ce que les notaires, experts ou arbitres, représentent quelqu'un?

Pour les avoués, il ne peut y avoir de difficulté, puisqu'ils représentent les divers clients pour qui ils occupent dans une affaire commune (2).

(1) GUILLOUARD, n° 178; Cass. 23 mai 1837, S. 37, 1, 839.

(2) Bordeaux, 28 nov. 1840, S. 41, 2, 144; Liège, 21 mars 1864, *Pas.*, 65, 2, 161.

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

N° 1. — *Aperçus généraux.*

111. — Modes de cessation du mandat. Enumération de l'art. 2003.
112. — *Quid* de la nullité et de la prescription?
113. — Une procuration peut-elle être utilisée, quelle que soit l'antiquité de sa date?

111. Il ne faut pas confondre la cessation des rapports contractuels dérivant du mandat, avec l'extinction des obligations diverses nées à son occasion, extinction qui demeure régie par le droit commun (art. 1234).

ART. 2003. Le mandat finit, — Par la révocation du mandataire, — Par la renonciation de celui-ci au mandat, — Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

A ces modes d'extinction il convient d'ajouter :

La consommation de l'affaire formant l'objet du mandat;

L'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné;

L'arrivée de la condition résolutoire affectant le mandat.

112. On remarquera qu'au nombre des événements ci-dessus énumérés ne figure ni la nullité, ni la prescription.

L'action en nullité, considérée comme pouvant mettre fin à des rapports contractuels, n'a pas, en effet, d'application utile au mandat envisagé en lui-même. Sans doute le mandat, comme tout autre contrat, peut être entaché de violence ou de dol. Mais la faculté appartenant au mandant de révoquer le mandat et au mandataire d'y renoncer, enlève tout intérêt à l'action en nullité, *tant que les choses demeurent entières*. L'introduction d'une telle action vaudrait d'ailleurs par le fait comme révocation ou renonciation, et ne laisserait plus à juger que la question des dommages. Ce n'est que dans le cas d'exécution totale ou partielle du

mandat que l'action en nullité serait utile, non pour mettre fin aux rapports contractuels, mais pour restituer le mandant contre les effets des actes accomplis par le mandataire.

En ce qui concerne la prescription, il est facile de se rendre compte du motif pour lequel il n'y a pas lieu de s'en occuper, motif qui, du reste, n'a rien de particulier au mandat. C'est que la prescription peut bien avoir pour résultat l'extinction d'une obligation, mais jamais la cessation de rapports contractuels, en d'autres termes la fin d'un contrat. Si donc une procuration était donnée sans limitation à un certain laps de temps, elle vaudrait indéfiniment, c'est-à-dire pour toute la durée de la vie du mandant, pourvu que ce dernier ne la révoque pas et que le mandataire vive.

C'est donc avec raison qu'une Cour a décidé qu'une procuration dont la date remonte à plus de dix ans, ne doit pas pour cela être réputée surannée et demeure toujours valable. Mais la Cour s'est trompée en motivant sa décision par cette considération que l'art. 2003 n'admet comme cause de cessation du mandat que les événements qu'il énumère (1). L'art. 2003 n'est pas en effet limitatif, car il est manifeste que le mandat doit prendre fin par l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition.

113. Une procuration peut donc être utilisée par le mandataire quelle que soit l'antiquité de sa date, si le mandant vit encore et ne l'a pas révoquée. Par conséquent, si un homme âgé de 25 ans donne procuration à un ami pour vendre sa maison, et que ce mandat demeure inexécuté pendant 40, 50 ans, la vente pourra encore avoir lieu valablement, et le mandant devenu octogénaire, et qui a complètement oublié l'existence de cette procuration se verra obligé d'abandonner sa maison!... Ce résultat n'est bizarre qu'en apparence; dans ce cas il y a eu évidemment révocation

(1) Montpellier, 22 juill. 1822.

tacite, et le mandant a à s'imputer d'avoir laissé la procuration entre les mains du mandataire. Le cas, d'ailleurs, n'est pas de nature à se présenter, car les tiers de bonne foi ne voudront pas traiter avec un mandataire dont les pouvoirs ayant 50 ans de date, paraissent avoir été tacitement révoqués.

Il faut noter toutefois, que les procurations ayant pour objet un transfert de rentes nominatives sur l'État, conservent leur effet pendant 30 ans seulement, pourvu, bien entendu, qu'il ne se soit d'ailleurs produit aucune cause légale d'extinction du mandat (1). Cette décision n'est qu'une application du principe, d'après lequel les tiers sont seuls juges de la suffisance des pouvoirs du mandataire; le Trésor n'accepte pas de procuration ayant 30 ans de date.

N° 2. — *Révocation du mandat.*

114. — Faculté pour le mandant de révoquer le mandat, art. 2004.
115. — Le droit de révoquer implique le droit de modifier le mandat, et le pouvoir de modifier le mandat n'appartient qu'à celui qui pourrait le révoquer.
116. — Application à la vente de titres nominatifs de rente sur l'Etat.
117. — Le mandant peut-il renoncer à la faculté de révoquer ou de modifier le mandat?
118. — Exceptions apparentes à la révocabilité du mandat.
119. — Nécessité de porter la révocation à la connaissance des tiers.
120. — Droit reconnu au mandant d'exiger du mandataire révoqué la remise de la procuration.
121. — Autres moyens que peut prendre le mandant pour assurer l'efficacité de la révocation.
122. — Suite.
123. — Exceptions que peut opposer le mandataire. Portée générale du dernier paragraphe de l'art. 2004.
124. — La révocation n'a pas d'effet à l'égard des tiers qui l'ont ignorée, art. 2005.
125. — Révocation tacite résultant de la constitution d'un nouveau mandataire, art. 2006.

114. De tout ce qui précède, il suit que les causes de

(1) MOLLOT, *Bourses de comm.*, n° 210; *Décis. min.*, 5 nov. 1810, 13 mars 1817; *Instr. min.*, 1er mai 1819, art. 24 et 25.

cessation du mandat doivent être restreintes d'après l'énumération que nous avons déjà faite.

Parmi ces causes, les unes ont leur principe dans la personne du mandant, les autres dans la personne du mandataire; quelques-unes enfin sont inhérentes à l'affaire elle-même.

Le mandat est essentiellement révocable, du moins le mandat proprement dit, distinct de la simple procuration, laquelle peut quelquefois être irrévocable.

ART. 2004. Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition s'il en a été gardé minute (*).

Ce n'est pas là une véritable dérogation à la règle de l'art. 1134, car les contrats sont irrévocables en ce sens seulement que l'émolument devant en résulter ne peut être enlevé à celui qui doit en profiter (Voy. t. VII, n° 89; t. X, n° 430). Or, le mandat n'est attributif de droits qu'à l'égard du mandant, et n'impose au mandataire gratuit ou salarié que des devoirs spéciaux. Le mandant peut donc renoncer, par une révocation, au droit résultant pour lui du mandat, sauf, quand il y a lieu, à indemniser le mandataire (1).

La révocation peut être *totale* ou *partielle*, c'est-à-dire qu'elle peut porter sur tous les actes rentrant dans l'exécution du mandat donné, comme aussi sur quelques-uns seulement de ces mêmes actes. Dans ce dernier cas, le mandat est plutôt modifié que révoqué.

115. Le droit de révoquer le mandat implique donc celui de le modifier.

Le droit de révoquer un mandat ou de le modifier n'appartient qu'au mandant. Mais on comprend que le mandant puisse confier l'exercice de ce droit de révocation ou modi-

(*) Art. 2004. — L. 12 § 16, D. 17, 1, *Mandati*.
(1) Douai, 20 avr. 1890, D. 92, 2, 51.

fication à un autre mandataire suffisamment autorisé.

Ainsi, après avoir constitué un mandataire spécial pour une affaire déterminée, le mandant pourra constituer un mandataire général investi du pouvoir de révoquer ou modifier les mandats spéciaux donnés antérieurement. Il pourrait aussi donner ce droit à un mandataire spécialement choisi dans ce but.

La règle que nous venons d'établir ne présente en elle-même aucune espèce de difficulté. Mais, à raison même de sa simplicité, on ne paraît pas lui reconnaître dans la pratique une importance suffisante, et nous avons vu quelquefois s'élever des contestations, délicates en apparence, dont le principe de solution devait être uniquement cherché dans l'application de cette règle, à laquelle on ne songeait pas, que celui-là seul qui a donné un mandat a qualité pour le modifier.

116. Ceci nous conduit à examiner une espèce de nature à se présenter fort souvent dans la pratique et offrant pour les notaires un très grand intérêt. Il s'agit de savoir si un notaire peut être déclaré responsable de ce que son clerc a déclaré au trésorier-payeur général qu'un titre nominatif de rente sur l'État devait être vendu à un taux moyen, alors que le titulaire de ce titre, dans la procuration par lui donnée pour arriver au transfert, avait indiqué un taux déterminé.

Voici comment les choses se passent :

Celui qui veut aliéner un titre de rente nominatif donne procuration, conformément à l'ordonnance du 5 mars 1823, au syndic des agents de change ou à son adjoint ou associé, pour vendre et transférer le titre dont il s'agit, soit à un cours moyen, soit à un cours déterminé.

Cette procuration est ensuite remise avec le titre au trésorier-payeur général du département (représenté dans les arrondissements par celui qui remplit les fonctions de

receveur particulier). Dans les bureaux du trésorier-payeur, on fait signer au demandeur un bordereau, sur une formule imprimée, ainsi conçu :

« Bordereau de la demande faite par moi soussigné à M..., trésorier-payeur général du département de..., pour la vente de... fr... de rente... pour 100, à opérer pour mon compte par l'entremise du Trésor public, et par le ministère de M. le syndic des agents de change de Paris, ou de son adjoint ou associé, que je désigne à cet effet, après avoir pris connaissance de l'art. 21 de la loi du 14 avril 1819 et de l'art. 6 de l'ordonnance du 8 octobre 1832, confirmé par l'art. 3 de la loi du 24 avril 1833, et de la circulaire de M. le directeur du mouvement général des fonds du 21 août 1862, n° 20, — savoir... »

Vient ensuite un tableau sur huit colonnes contenant le montant, le numéro, la nature des inscriptions, les noms des titulaires, les jours et taux fixés pour la vente.

Ce bordereau est signé par le demandeur. Au bas, le trésorier-payeur général certifie le présent bordereau véritable.

Théoriquement, c'est le titulaire lui-même qui devrait garnir le bordereau. Dans la pratique, c'est un employé du trésorier-payeur qui remplit cette formalité, et le demandeur se borne à signer.

Théoriquement, c'est aussi le demandeur lui-même, c'est-à-dire celui à qui appartiennent les titres, qui devrait signer ce bordereau de demande; mais dans la pratique, on a admis que *le premier venu* pouvait signer cette demande. Il résulte de cet usage que souvent le notaire rédacteur de la procuration fait déposer par son clerc, dans les bureaux de la recette, les titres en même temps que la procuration. C'est alors le clerc qui signe le bordereau dont nous avons parlé.

Or, voici ce qui peut arriver et ce qui est arrivé en effet. Dans la procuration notariée, mandat a été donné au syndic

des agents de change d'opérer la vente des titres à un cours déterminé et non à un cours inférieur; mais, par suite d'une erreur, il peut avoir été indiqué au tableau dressé dans le bordereau de demande, à la colonne relative au *taux fixé pour la vente*, que la vente aurait lieu au *cours moyen*.

Cette hypothèse se réalisant, qu'adviendra-t-il si le syndic vend au cours moyen et que ce cours moyen soit inférieur au taux qui avait été fixé dans la procuration? Qui supportera la différence?

Le syndic des agents de change de Paris a soutenu qu'en pareille hypothèse le mandat contenu dans la procuration notariée devait être considéré comme modifié par le bordereau de demande qui, en fait, se trouvait signé, pour le compte du titulaire, par le clerc de notaire, rédacteur de la procuration, et que, s'il était déclaré que le clerc avait agi sans mandat ni autorisation du titulaire, le notaire devait être considéré comme civilement responsable du fait de son clerc.

Il semble que, dans l'espèce ci-dessus, le syndic des agents de change n'est pas exempt de faute : en effet, rien ne constatait pour lui que le clerc, signataire du bordereau de demande, fût régulièrement autorisé par le titulaire des titres à modifier le mandat contenu dans la procuration rédigée par le notaire. La prudence lui commandait, dans tous les cas, de réclamer des instructions plus claires.

D'un autre côté, le trésorier-payeur général certifie le bordereau *véritable*. En quoi véritable? Il certifie la vérité du bordereau en ce qui touche tous les éléments qui le constituent, en ce qui touche notamment la conformité du taux fixé pour la vente dans le bordereau de demande avec le taux fixé pour cette même vente dans la procuration. S'il n'en était pas ainsi, la certification du trésorier-payeur n'aurait aucun sens. Le clerc n'a joué que le rôle de commissionnaire; c'était au trésorier-payeur d'abord à vérifier

si les énonciations insérées dans le bordereau étaient conformes aux énonciations insérées dans la procuration; c'était ensuite au syndic des agents de change à faire cette même vérification. Dégager de toute responsabilité le trésorier-payeur et le syndic, ce serait admettre que le premier venu peut valablement modifier les termes d'un mandat.

117. Le mandant ne peut renoncer à la faculté de modifier, avant toute exécution, un mandat par lui donné dans son intérêt exclusif. Il serait absurde de décider que le mandant, par une clause de renonciation à cette faculté, se trouve lié vis-à-vis d'un mandataire qui n'a aucune espèce d'intérêt à l'insertion d'une telle clause. Celui qui a donné procuration pour vendre, à la bourse de tel jour, certaines valeurs à un taux déterminé, pourra donc, s'il le fait en temps utile, modifier ses instructions et donner ordre de vendre au taux moyen, nonobstant toute clause de la procuration tendant à lui interdire cette faculté.

Il faut en dire autant de la faculté de révoquer. Le droit de révoquer est de l'essence d'un mandat donné dans l'intérêt exclusif du mandant, et ce droit continuerait à appartenir au mandant, nonobstant toute clause ou convention contraire.

Il est difficile, sans doute, et même absurde de concevoir la présence d'une semblable clause dans un contrat gratuit, car on ne voit pas quel intérêt pourrait avoir le mandataire à en demander l'insertion. Mais il en est autrement d'un mandat salarié. Il est évident que le mandataire a intérêt, pour gagner le salaire promis, à ce que le mandat soit maintenu et on conçoit, à ce point de vue, une stipulation de non-révocabilité du mandat.

Il a été jugé, à cet égard, qu'une telle stipulation est licite et obligatoire : « Qu'à la vérité le mandant peut, aux termes de l'art. 2004, révoquer sa procuration quand bon lui semble, mais qu'aucune loi ne lui interdit de renoncer

à cette faculté qui n'est nullement de l'essence du contrat de mandat (1). »

Ce n'est là qu'une affirmation non justifiée. Nous pensons que la question doit être résolue par la détermination de la véritable nature de la convention intervenue entre les parties. Cette convention peut, en réalité, constituer un véritable louage de services, décrit par les parties sous la dénomination impropre de mandat. Il peut se faire encore que le mandat ne soit pas donné uniquement dans l'intérêt du mandant, mais se présente comme étant la condition d'un autre contrat intéressant les deux parties.

Ainsi, dans l'espèce qui a donné lieu à la décision précitée, le mandat était la condition d'un prêt consenti entre les parties, avec stipulation que ce mandat serait salarié et irrévocable et qu'une indemnité serait due par le mandant en cas d'inexécution. Il est évident qu'il ne s'agissait pas d'un contrat ordinaire de mandat. Dans toutes les hypothèses analogues ou quand le prétendu mandat cache un louage de services ou est l'accessoire d'un louage de services (Comp., t. X, n° 384), la clause envisagée est licite et obligatoire uniquement parce qu'il ne s'agit pas d'un véritable mandat donné dans l'intérêt exclusif du mandant. Les arrêts rendus dans ce sens ont le tort de traiter la question comme s'il s'agissait d'un mandat ordinaire. Mais, s'il s'agissait d'un véritable mandat, la clause dont il s'agit ne pourrait produire aucun effet en tant qu'elle tendrait à diminuer chez le mandant la faculté de révoquer. En vain objecterait-on qu'aucune loi n'interdit au mandant de renoncer à cette faculté. Une loi n'est pas nécessaire pour

(1) Cass. belge, 26 fév. 1885, S. 89, 4, 22; Comp. Cass. (motifs), 9 juill. 1885, S. 87, 1, 478; Conf. GUILLOUARD, n° 217; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 931; Douai, 20 avr. 1890, D. 92, 2, 51.

(2) Comp. Cass. 10 nov. 1891, D. 92, 1, 406; Cass. 19 nov. 1889, D. 90, 1, 295; Lyon, 6 avr. 1895, D. 95, 2, 431, etc.

empêcher de naître une action en nullité au profit d'un mandataire qui n'a aucun intérêt à l'exercer.

118. La règle que le mandant peut toujours révoquer le mandat ordinaire donné par lui dans son intérêt exclusif, ne comporte aucune exception.

Mais il en est autrement quand on sort de l'hypothèse pour envisager un mandat accessoire donné *dans un contrat quelconque* à l'une des parties et formant ainsi la loi de ce contrat. Le mandat est alors irrévocable de la part du mandant seul.

Nous parlons d'un mandat accessoire donné dans un contrat *quelconque*, parce que certains auteurs et arrêts ne parlent, à cet égard, que des contracts synallagmatiques (1), ce qui n'est pas exact. Ainsi, dans un contrat de prêt à intérêt, il aura été convenu que le remboursement pourrait être effectué entre les mains d'un tiers *adjectus solutionis gratia;* le créancier ne pourra révoquer seul le mandat résultant d'une telle clause.

Nous avons déjà vu que l'art. 1856 contient encore un exemple d'un contrat irrévocable, parce qu'il résulte d'un autre contrat dont il constitue l'une des conditions (Voy. t. XI, n° 88).

Le cas de la *procuratio in rem suam* semble également constituer une dérogation au principe de la révocabilité du mandat. Mais, dans cette hypothèse, il y a, comme nous nous l'avons vu, plutôt simulation que mandat.

119. Entre le mandant et le mandataire, le mandat prend fin par la révocation; le mandataire est désormais sans pouvoirs. Mais il importe de savoir à partir de quel moment le mandat cessera à l'égard des tiers.

La règle est invariable; le mandat durera à l'égard des tiers, tant que ceux-ci n'auront pas eu connaissance, d'une

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

manière quelconque, de l'événement qui le fait cesser, notamment de la révocation. Le moyen le plus sûr d'informer les tiers consistera naturellement dans une notification par huissier à la requête du mandant. Mais l'emploi de ce moyen ne sera pas toujours possible. Il faut, en effet, distinguer :

Si le mandat donne pouvoir au mandataire de représenter le mandant auprès d'un tiers déterminé; par exemple, d'un débiteur, avec mission de recevoir de lui le paiement des sommes qu'il doit, il sera très facile au mandant de faire notifier à ce débiteur, qui est la seule personne avec qui puisse traiter le mandataire, *le fait de la révocation du mandat* avec défense de payer entre les mains de ce ci-devant mandataire (1). Nous disons simplement *révocation*, parce que, quand même il s'agirait d'un cas d'interdiction, de faillite ou de déconfiture, la circonstance que cet événement est notifié au tiers par celui qui a qualité pour agir ainsi, équivaut à la révocation proprement dite.

Cette notification ne peut avoir lieu quand le mandataire est chargé de représenter le mandant auprès d'une catégorie indéterminée de personnes, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'acheter pour le mandant une maison dans une certaine ville, sans désignation d'emplacement précis. Une notification aux tiers, toujours nécessaire *théoriquement,* est ici *pratiquement* impossible, et ne serait pas valablement remplacée par une annonce dans les journaux (2),

120. L'art. 2004 donne le moyen d'obtenir le résultat voulu. Le mandant peut, en effet, contraindre le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous-seing privé qui contient la procuration, soit l'original de cette procuration si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition s'il en a été gardé minute.

(1) Nancy, 31 mai 1895, D. 96, 2, 346.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 103.

L'ex-mandataire se trouvera ainsi dans l'impossibilité d'établir vis-à-vis des tiers la qualité qui lui a été retirée.

L'efficacité de ce moyen est manifestement contestable. Un mandataire réellement honnête n'hésitera pas à remettre au mandant la procuration dont il était porteur, et même le mandant pourrait sans danger négliger d'en demander la remise.

Il en sera autrement si la probité du mandataire est douteuse. Le mandant ne peut avoir aucun moyen coercitif direct pour le *contraindre*, comme dit l'art. 2004, à opérer la remise dont il s'agit, de sorte que le droit de l'exiger pourra être inefficace précisément dans le seul cas où le mandant aurait intérêt à l'invoquer.

En cas de résistance du mandataire, le mandant ne pourra donc obtenir qu'une réparation pécuniaire égale au dommage que peut lui causer la conservation illicite par le mandataire de la procuration qu'il lui a imprudemment confiée; sans préjudice, d'ailleurs, des peines correctionnelles que pourrait encourir celui qui ferait sciemment usage d'une procuration révoquée. Le mandant resterait toujours lié envers les tiers qui, dans l'ignorance de la révocation, auraient de bonne foi traité avec le mandataire.

Cela prouve que le mandat peut toujours présenter quelque danger. C'est au mandant à bien choisir son mandataire. La loi ne pouvait faire autrement, ni mieux; elle ne peut protéger les citoyens contre les délits ou quasi-délits que par l'action en dommages ou la menace d'une peine.

121. Il faut cependant entrer dans quelques détails sur les moyens que peut employer le mandant pour rendre sa révocation aussi efficace que possible à l'égard des tiers.

Supposons qu'il s'agisse d'une procuration authentique dont il a été gardé minute. Le mandataire a été nanti d'une expédition pour l'exécution du mandat. En cas de révocation, l'art. 2004 permet d'exiger de lui la restitution de cette

expédition. La restitution de cette expédition ne donnera aucune sécurité au mandant, si le mandataire peut se faire délivrer une deuxième expédition par le notaire détenteur de la minute. Or, le mandataire a-t-il ce droit?

Il résulte de l'art. 839, C. pr. civ., que le notaire détenteur de la minute d'un acte est obligé d'en délivrer expédition *aux parties intéressées en nom direct dans cet acte*. Le mandataire doit-il être considéré comme partie intéressée? Il serait difficile de le contester, même quand il ne s'agirait pas d'un mandataire salarié. L'expédition de la procuration peut lui être nécessaire pour établir l'existence du mandat et lui permettre de réclamer les frais et avances par lui exposés avant la révocation. Le notaire, d'ailleurs, n'a pas à apprécier les motifs pour lesquels une nouvelle expédition lui est réclamée, et il a été jugé par un arrêt ancien de la Cour de Paris (2 mai 1808), qu'il ne pouvait pas la refuser. Le mandant devra donc notifier aussi la révocation au notaire détenteur de la minute et faire opposition à toute délivrance d'expédition nouvelle. Les juges, en cas de difficulté, auront à apprécier le bien fondé de cette opposition (1).

122. Le retrait de la procuration, effectué comme il vient d'être dit, sera suffisant pour empêcher les tiers de traiter avec le mandataire, dans tous les cas où le mandat avait pour objet un acte unique devant être accompli au nom du mandant. Mais lorsque le mandat se rapportait à une série indéfinie d'actes semblables, de nature à être réitérés tous les jours, il pourra se faire que le retrait de la procuration ne soit pas suffisant pour sauvegarder la bonne foi des tiers. Ainsi dans certaines maisons de banque, dans les bureaux de certains comptables de deniers publics, il y a des procureurs fondés chargés de procéder, dans l'intérieur des

(1) AUBRY et RAU, § 416, texte et note 8; PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 1163; GUILLOUARD, n° 222.

bureaux, à certains actes au nom et pour le compte de leur chef. Si la procuration leur est retirée et qu'ils soient en même temps congédiés, les tiers seront suffisamment avertis. Mais si les préposés dont il s'agit ne sont pas congédiés, les tiers qui n'ont pas l'habitude d'exiger pour chaque opération la représentation de la procuration de l'agent, pourront traiter de bonne foi avec celui-ci, et on ne saurait leur reprocher d'avoir négligé de se faire représenter la procuration. Ainsi pourra être libératoire le paiement fait sans faute par le débiteur à un ancien employé de son créancier, dans l'ignorance de la révocation de cet employé; et sur présentation d'une quittance extraite d'un livre à souche du créancier, et portant la fausse signature de celui-ci (1). Quand le mandat est commercial, il est d'usage de porter la révocation à la connaissance des personnes avec lesquelles le mandataire avait des relations, non seulement par annonces dans les journaux, lesquelles, en thèse générale, sont juridiquement inopérantes, mais aussi par des avis particuliers adressés à chaque client (2). Il faut cependant reconnaître que l'emploi d'un pareil moyen peut être dangereux, car il sera souvent dommageable pour l'employé congédié.

123. Le mandataire révoqué à qui la remise de la procuration est réclamée, ne peut se soustraire à cette remise par aucune exception, pas même en alléguant que les frais et avances qu'il a pu faire lui sont encore dus. Son droit de rétention ne saurait porter en effet sur un document qui n'est pas un gage de sa créance, et ne pourrait être vendu pour lui procurer le paiement de ce qui lui est dû.

D'un autre côté, la remise, sans protestation, de la procu-

(1) Trib. Bruxelles, 15 janv. 1890, *B. J.*, 1890, 156.
(2) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 102.

ration réclamée par le mandant ne pourra être considérée comme une *remise* de titre faisant présumer la libération, à cet égard, du mandant.

Le mandataire pourra cependant répondre à la demande de la procuration, qu'ayant déjà commencé l'affaire, il a déposé la procuration entre les mains de celui auprès de qui il était accrédité. Mais ce ne serait pas une véritable exception, car, dans ce cas, il a valablement effectué par anticipation la remise dont il était tenu.

L'art. 2004 ne parle du droit qui appartient au mandant de contraindre le mandataire à la remise de la procuration qu'à l'occasion de la révocation proprement dite. Mais il faut étendre cette faculté à tous les événements qui entraînent la cessation du mandat, soit du chef du mandant, soit du chef du mandataire, comme la renonciation ou la faillite de ce dernier.

Cette solution doit encore être appliquée aux causes d'extinction inhérentes au mandat lui-même, telles que l'arrivée du terme, la défaillance de la condition, la terminaison de l'affaire.

124. Il faut encore étendre à tous les événements entraînant la cessation du mandat, la règle suivante, résumant les explications qui précèdent, quoiqu'elle ne soit formulée qu'à l'occasion de la révocation :

ART. 2005. La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire (*).

Ainsi, la vente faite par un notaire, malgré l'opposition que lui notifie le vendeur en lui retirant tout mandat pour vendre, est valable a l'égard de l'acquéreur de bonne foi qui ignorait la notification (1).

C'est au mandant qu'il appartient de prouver le fait de la

(*) Art. 2005. — L. 12 § 16, D. 17, 1, *Mandati.*
(1) Bruxelles, 21 juin 1843, *B. J.*, 43, 1331.

révocation (1), et de la connaissance acquise en temps utile par le tiers.

125. La révocation peut être expresse ou tacite. La révocation expresse sera faite dans n'importe quelle forme, pourvu qu'elle soit portée à la connaissance du mandataire, notamment par exploit d'huissier.

La révocation tacite est celle qui résulte de certaines circonstances de nature à faire présumer la révocation.

Ainsi :

ART. 2006. La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire, vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci (*).

Ce n'est là cependant qu'une présomption, car on peut avoir plusieurs mandataires pour la même affaire. Par conséquent, lorsqu'il sera établi, en fait, que le nouveau mandat n'a pas été donné pour révoquer le premier, que le mandataire connaissant cette nouvelle constitution, loin de se considérer comme révoqué de son mandat spécial, a continué l'exécution de ce mandat, conformément à l'intention du mandant, il n'y aura pas lieu d'appliquer l'art. 2006 (2). Mais, dans le doute, il faudra présumer chez le mandant l'intention de révoquer le premier mandat. Telle est l'unique signification de l'art. 2006.

Du reste, pour savoir si un second mandat emporte révocation du premier, il faudra vérifier l'objet précis et déterminé de chacun des deux mandats, Si, pour les deux, il y a identité d'objet, la présomption de l'art. 2006 sera applicable. Il n'y aura pas de difficulté quand cette identité se retrouvera dans deux mandats également spéciaux ou également généraux.

Si le premier mandat est général pour toute une certaine

(*) Art. 2006. — L. 31 § 2, D. 3, 3, *De procur.*
(1) Cass. 10 nov. 1886, S. 88, 1, 207.
(2) Cass. 2 mars 1891, D. 92, 1, 31.

catégorie d'affaires, par exemple pour tout ce qui concerne l'exploitation et l'administration d'un domaine, et que le second soit spécial et relatif à un seul des actes auxquels s'appliquait le premier, par exemple à la vente d'une coupe de bois taillis dépendant du même domaine, le premier mandat général ne sera révoqué qu'en ce qui concerne l'affaire formant l'objet du second. Ce sera plutôt un cas de modification que de révocation proprement dite.

Dans l'hypothèse inverse, quand le premier mandat est spécial et le second général, on peut raisonner comme dans le cas où il y aura conflit entre deux lois. Il est admis qu'une loi générale ne déroge pas, sauf précision contraire, à une loi spéciale antérieure (Voy. t. I, n° 47). Il doit en être ainsi de la loi du mandat. Il faudra donc décider que, dans le mandat général ne se trouvera pas comprise l'affaire formant l'objet du premier mandat spécial. En réalité il n'y a pas identité d'objet dans les deux mandats.

Nous verrons plus loin que la déclaration d'absence peut encore donner lieu à une application de l'art. 2006 (*Infrà*, n° 135).

Dans tous les cas où la constitution d'un nouveau mandataire doit mettre fin au premier mandat, la révocation résulte non du fait matériel de la constitution d'un nouveau mandataire, mais, comme nous l'avons fait remarquer, de la volonté de révoquer le premier mandat, volonté que cette constitution permet de supposer.

Il est également permis de supposer que le mandant n'a pas voulu rester sans mandataire, puisqu'il a pris soin d'en désigner un autre en révoquant l'ancien. Il est donc probable qu'il a entendu, sauf précision contraire, subordonner la révocation du premier mandat à l'efficacité du second. Par conséquent, si le second mandat est nul ou est refusé par le nouveau mandataire, la volonté de révoquer quand même le premier mandat n'est plus certaine, et cela

suffit pour maintenir ce mandat (1). Nous avons déjà rencontré, en matière de novation, une semblable difficulté quant à l'appréciation de la volonté du créancier. Suivant l'opinion générale l'annulation de la nouvelle obligation fera tomber la novation, et la première obligation ne sera pas éteinte (Voy. t. VIII, n° 106).

La révocation soit tacite, soit expresse peut avoir lieu en tout état de cause. Elle peut donc intervenir alors que les choses sont encore entières, avant que l'exécution du mandat ait commencé. Elle peut aussi être faite après que l'exécution du mandat a déjà été entreprise par le mandataire.

Dans le premier cas le mandat est à considérer comme n'ayant jamais existé. Dans le second cas le mandat ne prend fin que pour les actes restant encore à accomplir. Les actes déjà consommés ne reçoivent aucune atteinte.

N° 3. — *Renonciation du mandataire.*

126. — Faculté pour le mandataire de renoncer au mandat, art. 2007.
127. — Le mandataire peut-il s'interdire l'exercice de cette faculté?
128. — La renonciation ne doit pas être inopportune.

126. Au droit qui appartient au mandant de révoquer la procuration, correspond chez le mandataire la faculté de renoncer au mandat.

Il y a néanmoins une importante nuance entre les deux situations. En acceptant le mandat offert le mandataire, gratuit ou salarié, peu importe, contracte volontairement l'obligation d'accomplir le mandat. Il semble donc qu'il ne devrait pas avoir le droit de se dégager unilatéralement d'une telle obligation. Mais, d'un autre côté, il rend un bon office, et les circonstances peuvent l'empêcher de persister dans ses intentions bienveillantes envers le mandant. La loi a concilié tous les intérêts en permettant au mandataire de

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 219, et les auteurs cités en note.

renoncer au mandat, pourvu que sa renonciation ne soit pas *inopportune*, c'est-à-dire pourvu que le mandant ait encore la possibilité de faire par lui-même, ou par un autre mandataire, l'opération envisagée. Différemment, il y aurait de la part du mandataire simple inexécution du mandat, et sa responsabilité se trouverait engagée.

ART. 2007. Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. — Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

Il suit des observations faites ci-dessus que la renonciation du mandataire, à l'inverse de la révocation émanée du mandant, ne peut jamais être tacite, et doit nécessairement être formelle. Si elle pouvait avoir lieu tacitement, elle résulterait de tout acte impliquant de la part du mandataire la volonté de ne pas remplir le mandat; ce serait encore un simple cas d'inexécution. Pour ce motif l'art. 2007, en déclarant que le mandataire peut renoncer au mandat, *en notifiant au mandant sa renonciation*, ne peut s'entendre que comme se référant à une renonciation expresse.

127. On peut se poser, pour la renonciation, la même question que pour la révocation, celle de savoir si le mandataire pourrait, par une clause formelle, s'interdire la faculté de renoncer à accomplir le mandat. — Il est indubitable qu'une personne peut contracter l'obligation de faire gratuitement quelque chose. Or l'objet d'une telle obligation peut consister aussi bien dans le fait d'agir *au nom et pour le compte d'un autre*, que dans toute autre prestation, et alors l'obligation ainsi contractée ne peut être éteinte que par le paiement ou les autres causes admises par la loi. La convention que nous venons de décrire présente précisément les caractères du mandat. Il faut donc reconnaître que le mandat implique, par sa nature, la liberté pour le mandataire de se dégager en temps opportun, mais que le con-

traire peut résulter d'une clause formelle ou même des circonstances. C'est ce qui arrivera chaque fois que le mandat aura été employé comme moyen destiné à faciliter ou assurer l'exécution d'un autre contrat.

Ainsi, un architecte s'est chargé de la construction d'un bâtiment avec les matériaux que le maître doit tenir à sa disposition. Mais, en même temps, et pour plus de sûreté, il a été convenu que l'architecte se procurerait lui-même les matériaux convenables en traitant avec les fournisseurs, au nom et pour le compte du maître. Le mandataire, évidemment, ne peut, dans ce cas, renoncer au mandat, ou, ce qui revient au même, il ne pourrait y renoncer qu'en violant le contrat principal.

De même le *prête-nom*, celui qui est demeuré en apparence investi d'un droit appartenant en réalité au mandant, et qu'il s'est obligé à faire valoir pour le compte de celui-ci, ne pourrait renoncer purement et simplement au mandat qu'il a accepté. Ainsi une cession de créance a eu lieu, mais la cession n'a pas été régularisée et il a été convenu que le cédant, demeuré titulaire apparent de la créance, agirait, le cas échéant, pour le compte du cessionnaire. Dans ce cas, le cédant ne pourrait pas renoncer purement et simplement au mandat, c'est-à-dire qu'il ne pourrait se soustraire à la nécessité de jouer le rôle qu'il a accepté, qu'à la condition de procurer effectivement au cessionnaire l'équivalent du droit cédé ou le droit cédé lui-même.

128. La renonciation, avons-nous dit, ne doit pas être inopportune. Il est facile néanmoins de comprendre que le mandataire peut se trouver dans l'impossibilité de continuer l'exécution du mandat ou de la commencer, suivant les cas, *sans en éprouver lui-même un préjudice considérable*. Dans cette hypothèse, l'art. 2007 l'autorise à renoncer, quand même la renonciation serait préjudiciable aux intérêts du mandant. Le mandataire, en acceptant le mandat, n'a pas,

en effet, entendu sacrifier ses propres intérêts. On donne en général comme exemples de justes causes de renonciation, la maladie, l'absence, etc. (1).

N° 4. — *Interdiction du mandant ou du mandataire; faillite, déconfiture.*

129. — Le mauvais état des affaires du mandant, ou le dérangement de ses facultés mentales, ne mettent pas fin au mandat.
130. — Il en est autrement de l'interdiction du mandant ou du mandataire.
131. — De la nomination du conseil judiciaire, de la déconfiture et de la faillite.

129. Faudrait-il ajouter aux causes de cessation du mandat, comme le font quelques auteurs, le dérangement des affaires du mandant, qui ne permettrait pas au mandataire de rentrer dans ses avances? Nous ne le pensons pas; en pareille hypothèse, le mandataire n'aurait qu'à réclamer au mandant des sûretés préalables. S'il les obtenait ou s'il avait les mains garnies, il ne pourrait pas renoncer.

Le dérangement des facultés mentales chez le mandant, tant qu'il n'y a pas d'interdiction prononcée, ne met pas fin au mandat (2). Il ne saurait y avoir de difficulté; les principes généraux et le texte de l'art. 2003, qui parle seulement de l'interdiction, veulent qu'il en soit ainsi. La solution ne peut, d'ailleurs, nuire au mandataire, qui a toujours la faculté de renoncer au mandat. Mais elle intéresse surtout les tiers qui, mis en rapport avec un mandataire pour traiter une affaire déterminée, ne peuvent, à ce moment, vérifier l'état mental du mandant qui est peut-être dans un lieu éloigné. Cependant, pour expliquer cette décision, on a donné les motifs les plus erronés; on a dit : « Que, par rapport aux tiers qui contractent avec des mandataires, la

(1) Cass. 7 juill. 1870, D. 71, 1, 168.
(2) Aix, 19 nov. 1889, D. 90, 2, 156.

personnalité des mandants recule au second plan; que c'est *la capacité des mandataires* qui sollicite les investigations, parce qu'elle seule s'annonce, se produit, est susceptible de contrôle; que les mandants s'effacent, disparaissent pour ainsi dire derrière ceux qui les représentent, qui jouent leur rôle, qu'ils ont eux-mêmes substitué en leur lieu et place (1). » Ces motifs sont absolument faux; jamais les tiers n'ont à se préoccuper de *la capacité du mandataire*, lequel, d'ailleurs, peut être incapable. Aussi, d'après les propres paroles de Tarrible dans son rapport au Tribunat, « il est absolument indifférent à la tierce personne avec laquelle on doit traiter que le mandataire ait ou n'ait pas *la capacité de contracter*... La personne du mandataire disparait comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice, etc. (2). »

130. C'est donc seulement l'interdiction du mandant qui, d'après l'art. 2003, doit entraîner la cessation du mandat. Le même texte déclare qu'il en est de même de l'interdiction du mandataire. Mais le motif est différent.

En effet, il est facile de comprendre que l'interdiction du mandant met fin au mandat, puisqu'il n'est plus possible d'agir au nom d'un homme *à qui la loi ne permet plus de stipuler pour lui-même* (3) et dont la personnalité, bien loin de reculer au second plan, comme on l'a dit, demeure seule sur la scène juridique.

Pour l'interdiction du mandataire, le point de vue change. Si son interdiction met fin au mandat, ce n'est pas, comme on le dit souvent, parce que le mandataire devenant incapable de gérer ses propres affaires, il serait peu logique de le laisser gérer celles des autres. Nous savons, en effet, que

(1) Motifs de l'arrêt précité.
(2) FENET, t. XIV, p. 595.
(3) *Discours au Corps législatif* (O. GREUILLE), FENET, t. XIV, p. 613.

les incapables peuvent être choisis pour mandataires. Mais il s'agit de l'interprétation de la volonté probable du mandant. Quand un mandat est donné à une personne capable et que cette personne devient plus tard incapable, avant l'accomplissement du mandat, la situation change. Il est permis de supposer que le mandant voudra révoquer le mandat, puisque désormais le mandataire ne peut plus s'obliger en cette qualité. Or la loi fait précisément ce que le mandant aurait fait lui-même, elle révoque immédiatement le mandat.

131. L'art. 2003 ne parle que de l'interdiction du mandant ou du mandataire, mais il faut, par parité de motifs, étendre la solution qui précède au cas où soit le mandant, soit le mandataire, a été pourvu d'un conseil judiciaire et aussi à l'hypothèse où la femme non mariée, mandante ou mandataire, vient à contracter mariage avant l'accomplissement du mandat (1). Dans tous les cas, il s'est produit dans la condition et la capacité du mandataire une modification assez grave pour faire admettre que le mandant n'aurait pas hésité à révoquer immédiatement le mandat. Si le changement s'est produit dans la personne du mandant lui-même, on doit reconnaitre que ce dernier n'a plus la capacité de persister dans le mandat par lui donné.

La déconfiture du mandant ou du mandataire met fin au mandat, d'après l'art. 2003. A plus forte raison doit-il en être de même de leur faillite, ou de leur mise en liquidation judiciaire (2). On comprend sans difficulté qu'il en soit ainsi quand ces événements se produisent dans la personne du

(1) Trib. Liège, 7 nov. 1883, *Pas.*, 85, 3, 32; DURANTON, t. XVIII, nos 285, 286; GUILLOUARD, no 241; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, nos 936; *Contrà*, LAURENT, t. XXVIII, no 91.

(2) Amiens, 21 mars 1891, D. 92, 2, 305 (Voy. toutefois la note); AUBRY et RAU, § 417, texte et note 14; LAURENT, t. XXVIII, no 92; GUILLOUARD, no 243; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, no 937.

mandataire et qu'il s'agit d'un mandat donné uniquement dans l'intérêt du mandant lui-même. Mais le mandat donné dans l'intérêt du failli continuera de subsister, sauf au syndic à veiller à ce que le mandat soit exécuté d'après les termes du contrat (1).

De même, la déconfiture du mandataire ne met pas fin au mandat donné *in rem suam*, ou comme condition d'exécution d'un autre contrat (2).

Quant à la faillite du mandant, elle ne révoque le mandat que pour les actes que ce dernier ne peut plus faire lui-même. Il en est autrement pour les actes que le failli conserve la capacité de faire, et pour lesquels le syndic n'a pas mandat de le remplacer (3).

N° 5. — *Mort du mandant ou du mandataire. Autres causes d'extinction du mandat.*

132. — Mort du mandant.
133. — *Quid* dans le cas de mandat *in rem suam*, de prête-nom,
134. — De substitution?
135. — Absence du mandant.
136. — Obligations du mandataire en cas de décès du mandant; cas où il a ignoré ce décès, art. 2008.
137. — Conséquences à l'égard des tiers, art. 2009.
138. — Mort du mandataire; obligations de ses héritiers, art. 2010.
139. — Echéance du terme.
140. — Arrivée de la condition.
141. — Terminaison de l'affaire objet du mandat.

132. D'après l'art. 2003, la mort du mandant et du mandataire mettent également fin au mandat.

D'abord, la mort du mandant doit mettre fin au mandat, aussi bien au point de vue du mandataire qu'à celui où s'est placé le mandant lui-même. Le mandataire, en effet, avait

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 95.
(2) Liège, 4 mai 1844, *Pas.*, 4, 1, 82.
(3) Gand, 27 janv. 1876, *Pas.*, 76, 2, 154.

eu l'intention de rendre service seulement au mandant, sans envisager la personne des héritiers de celui-ci. Quant au mandant, il a été déterminé à s'adresser au mandataire à raison de la confiance qu'il avait dans la personne de ce dernier. En offrant le mandat, il a, par dérogation à la règle générale, stipulé pour lui seul et non pour ses héritiers.

Il pourrait rentrer dans la règle générale en donnant un mandat dont l'exécution ne commencerait qu'après sa mort. Il y a eu sur ce point quelques difficultés (1). Mais la doctrine en général et la jurisprudence sont d'accord pour valider les mandats de cette nature (2) celui, par exemple, ayant pour objet de payer certaines dettes après la mort du mandant (3). On décide de même pour le cas où une personne chargerait un ami de publier certains documents après sa mort (4). Mais le fait de publier des documents, considéré en soi, n'est pas un acte juridique, et n'implique pas d'ailleurs la représentation d'une personne par une autre. L'hypothèse est donc en dehors de la théorie du mandat. Il en est de même de la mission donnée par une personne à une autre de lui faire élever un tombeau ou de veiller à ses funérailles, — mais nous savons que depuis la loi du 18 novembre 1887 toute déclaration relative aux funérailles sera valable et obligatoire si elle s'est produite dans la forme testamentaire, quoique ne contenant aucune disposition quant aux biens (Voy. t. I, n° 348; t. VI, n° 311).

Enfin, nous avons vu que la mission donnée à un exécuteur testamentaire ne constitue pas un véritable mandat (5).

(1) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 88.

(2) AUBRY et RAU, § 416, texte et note 12; GUILLOUARD, n° 232; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 935.

(3) Cass. Belgique, 2 juin 1887, D. 89, 2, 39.

(4) Paris, 10 déc. 1850, S. 50, 2, 625.

(5) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 232.

L'exécuteur testamentaire n'est qu'un agent d'exécution (Voy. t. VI, n° 357).

La cessation du mandat par la mort du mandant s'applique d'ailleurs à toute espèce de mandat reconnu ou supposé par la loi, même au mandat qui résulte pour le porteur d'une lettre de change d'un endossement irrégulier (1).

De même, la dissolution votée par l'assemblée générale des actionnaires d'une société, mettant fin à la vie commerciale de cette société, entraîne comme conséquence naturelle et forcée, la cessation du mandat non statutaire donné par la société à un tiers (2).

133. La règle dont nous parlons ne concerne que les mandats donnés uniquement dans l'intérêt du mandant.

Par conséquent, sont en dehors de la règle et ne constituent pas des exceptions comme le déclarent à tort quelques auteurs :

Les mandats donnés dans l'intérêt du mandant et du mandataire ou d'un tiers; et, par conséquent, les mandats qui sont la condition de l'exécution d'un autre contrat (3);

Les mandats apparents qui se traduisent en réalité par une *procuratio in rem suam*. Néanmoins, en cas de décès du prétendu mandant, le mandataire *in rem suam* devra faire établir ou reconnaître en cas de difficulté, qu'il est seul réellement investi du droit formant l'objet de la procuration;

Enfin, les mandats donnés sous la forme de *prête-noms*; ils ne sauraient prendre fin par la mort du mandant (4); quand même, les tiers auraient connu à la fois la qualité du

(1) Cass. 12 nov. 1890, D. 91, 1, 408.
(2) Cass. 26 nov. 1891, D. 92, 1, 411.
(3) Cass. 16 mai 1882, S. 84, 1, 154; Rouen, 1er avr. 1892, D. 94, 2, 134; DURANTON, t. XVIII, n° 284; AUBRY et RAU, § 416; PONT, *loc. cit.*, t. I, n° 1140; LAURENT, t. XXVIII, n° 86; GUILLOUARD, n° 233.
(4) Cass. 25 janv. 1864, S. 64, 1, 105; LAURENT, t. XXVIII, n° 87.

prête-nom et le décès du mandant (1). Nous ne comprenons pas comment on a pu contester cette solution : on reconnaît que le mandat ne finit pas par la mort du mandant, lorsque celui-ci a exprimé d'une manière formelle, *ou d'une manière implicite*, la volonté que le mandataire continue sa gestion après le décès de lui, mandant (2). Or, le principal avantage que présente l'emploi d'un prête-nom, c'est de permettre l'exécution du mandat après la mort du mandant, sans même parler du mandat... Cette observation semble décisive, alors surtout qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si les parties n'ont pas eu la volonté de prolonger le mandat au-delà de la mort du mandant (3).

134. Quand il y a eu substitution, les pouvoirs du mandataire substitué sont-ils anéantis par le décès du mandataire substituant, ou seulement par le décès du mandant?

Il faut d'abord faire une distinction : si le mandataire substituant n'a pas donné pouvoir au tiers à qui il a délégué l'exécution du mandat, d'agir lui-même *au nom du mandant*, si ce tiers a agi au nom du mandataire, il n'y a pas eu véritablement substitution, ainsi que nous l'avons fait remarquer. Il est manifeste qu'à l'égard de ce tiers ne connaissant que le mandataire, lequel était pour lui un mandant, le mandat doit finir par la mort de ce mandataire. Le décès du mandant originaire serait pour le second mandataire, qui ne le connaît pas, ou est censé ne pas le connaître, un événement sans conséquence juridique. Sauf au mandataire, s'il veut éviter des difficultés, à révoquer immédiatement les pouvoirs par lui donnés au tiers.

Si, au contraire, le mandataire originaire s'est réellement substitué un tiers, à qui il aurait donné mandat d'agir *au*

(1) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 410, texte et note 11; PONT, *loc. cit.*, nº 1143; GUILLOUARD, nº 235.

(2) GUILLOUARD, nº 232.

(3) Cass. belge, 2 juin 1887, *Pas.*, 87, 1, 285.

nom du mandant, seul cas dans lequel il y a véritablement substitution, il faut logiquement décider que les pouvoirs du mandataire substitué seront dans tous les cas révoqués par le décès du mandant. Nous disons *dans tous les cas*, c'est-à-dire que le mandataire ait été, ou non, autorisé à se substituer quelqu'un. Il serait, en effet, inadmissible que le substitué, qui a accepté la mission d'agir *au nom du mandant*, pût être considéré comme ayant encore le pouvoir d'agir quand celui qu'il prétend représenter est décédé.

Quelle sera donc l'influence du décès du mandataire substituant lui-même?

Il faut ne pas perdre de vue que, chaque fois qu'il y a eu véritable substitution, le substitué a eu forcément connaissance du mandat originaire, puisqu'il acceptait la mission d'agir au nom du premier mandant. Il devait donc se faire exhiber les pouvoirs de son substituant.

Si, d'après ces pouvoirs, le substituant était autorisé à se faire remplacer par un tiers dans l'exécution du mandat, le décès du mandataire substituant ne peut rien changer à la situation du substitué; le mandat continue d'exister.

Si, au contraire, le substituant n'était pas autorisé à se faire remplacer par un tiers, il est manifeste que les pouvoirs du substitué sont subordonnés à la persistance des pouvoirs du substituant. Or, le décès du mandataire substituant met fin au mandat convenu entre lui et le mandant principal; il s'ensuit que le substitué doit se considérer comme révoqué par le décès de celui de qui il tenait le pouvoir d'agir *au nom du mandant*, sans que le mandant y ait consenti.

135. Le mandat, d'une manière générale, sera donc révoqué par la mort du mandant, quelles que soient les circonstances qui l'auront entourée, quand même il s'agirait d'un suicide qui viendrait inopinément mettre fin à un mandat salarié, et enlever ainsi au mandataire l'espérance de pouvoir bénéficier du salaire promis.

On fait remarquer que l'absence du mandant ne peut être assimilée au décès et ne met pas fin au mandat (1). Cela est évident, et il était presque inutile de le dire. La question n'est pas là; il s'agit de savoir si la déclaration d'absence peut avoir pour résultat la fin du mandat, non par application de ce qui vient d'être dit par rapport au décès du mandant, mais par application de la règle formulée dans l'art. 2006 sur la révocation d'un mandat par un mandat nouveau ayant le même objet.

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

Si le présumé absent a laissé une procuration générale à un mandataire chargé de le représenter, et que les héritiers présomptifs soient envoyés en possession provisoire, le mandat général d'administrer que comporte cet envoi en possession mettra fin au mandat général donné par l'absent lui-même.

Si celui-ci avait simplement donné un mandat spécial concernant la gestion de certains biens ou de certains intérêts particularisés, l'envoi en possession des héritiers présomptifs laisserait subsister ce mandat spécial.

Si la déclaration d'absence était poursuivie par des intéressés ayant sur certains biens de l'absent des droits subordonnés à son décès, ces intéréssés devraient être envoyés en possession provisoire des biens dont il s'agit, et par conséquent le pouvoir de les administrer leur appartiendrait, le mandat spécial donné pour ces mêmes biens devant s'évanouir.

Dans la même hypothèse, si le présumé absent avait donné un mandat général pour l'administration de tout son patrimoine, l'administration spéciale appartenant aux intéressés, qui auraient obtenu l'envoi en possession de certains biens seulement, laisserait subsister le mandat général pour le

(1) Laurent, t. XXVIII, n° 82; Guillouard, n° 237.

restant du patrimoine, pourvu, bien entendu, que les héritiers présomptifs ne demandent pas, de leur côté, l'envoi en possession auquel ils ont droit (Voy. t. Ier, nos 411 et 420).

136. Le décès du mandant, quoique mettant fin théoriquement au mandat, ne peut pas néanmoins, dans l'évolution pratique du droit, avoir pour résultat immédiat et absolu de dégager le mandataire de toutes ses obligations relatives à l'exécution du mandat. Voilà pourquoi l'art. 1991 § 2 dispose que le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, *s'il y a péril en la demeure.* C'est donc au mandataire, quand survient le décès du mandant, à apprécier, d'après les circonstances, s'il doit ou non continuer l'affaire commencée. Il devra s'abstenir s'il n'y a pas urgence (1). La disposition de l'art. 1991 s'applique aussi bien aux actes judiciaires qu'aux actes extrajudiciaires (2).

Mais ne s'applique-t-elle qu'à la continuation d'une gestion déjà commencée, ou peut-on l'étendre au cas où l'exécution n'est pas encore commencée? On a soutenu l'affirmative en donnant comme exemple le cas où le mandataire vient d'apprendre qu'une maison du mandant menace ruine et où le premier acte de son administration allait être de faire étayer cette maison. « Il devra le faire, dit-on, malgré la révocation, *si le mandant est éloigné* et qu'il y ait péril en la demeure (3). »

Pourquoi *si le mandant est éloigné?* Qu'est-ce que cela fait, puisqu'on suppose qu'il est mort? D'un autre côté, étayer une maison n'est pas un acte juridique impliquant la représentation d'une personne. Si le mandataire connaît la mort de son mandant, il devra s'abstenir, d'autant que les héritiers de celui-ci peuvent avoir intérêt

(1) Voy. Bruxelles, 9 janv. 1892, *Pas.*, 92, 2, 210.
(2) Paris, 22 fév. 1870, D. 71, 2, 164.
(3) Guillouard, n° 234.

à laisser tomber, ou plutôt à faire démolir la maison.

Si le mandataire ignore le décès du mandant, il pourra non seulement faire étayer la maison, mais même passer des traités avec un entrepreneur pour faire les travaux confortatifs réclamés par l'urgence;

Car :

ART. 2008. Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide (*).

Du reste, l'obligation imposée au mandataire d'achever, après le décès du mandant, l'affaire commencée antérieurement, ne doit s'entendre que d'une affaire spéciale et déterminée. Il serait abusif de l'étendre aux opérations multiples et complexes que comporte, par exemple, la liquidation d'une grande maison de commerce (1).

L'art. 2008, en validant les actes faits par le mandataire dans l'ignorance d'une des causes qui a fait cesser le mandat, a trait aux rapports qui existent entre le mandant et le mandataire. Le mandant doit, en effet, indemniser le mandataire de tout ce qui lui en coûte pour s'être chargé du mandat et pour l'avoir exécuté de bonne foi dans l'ignorance de sa cessation (2). Le mandant restera donc tenu du chef des indemnités qu'il doit au mandataire de bonne foi, quand même les tiers avec qui le mandataire a traité seraient, eux, de mauvaise foi. Dans cette hypothèse, le mandant, lié envers le mandataire pour rembourser à celui-ci ce qui lui est dû, ne sera pas lié envers les tiers.

137. Au contraire,

ART. 2009. Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi (**),

sans qu'il y ait à distinguer si le mandataire a été de bonne

(*) Art. 2008. — L. 26 pr., D. 17, 1, *Mandati.*

(**) Art. 2009. — L. 26 § 1; L. 58, D. 17, 1, *Mandati.*

(1) Lyon, 28 mars 1895, D. 96, 2, 347.

(2) POTHIER, *Du mandat*, n° 106.

ou de mauvaise foi, sauf, dans ce dernier cas, le recours du mandant contre le mandataire (1).

Sur le point de savoir si un acte passé avec un tiers par le mandataire est antérieur ou postérieur à la cessation du mandat, il faut décider que l'acte fait foi de sa date vis-à-vis du mandant qui n'est pas un tiers, comme nous l'avons déjà fait remarquer, sauf à celui-ci à faire, le cas échéant, la preuve de l'antidate suivant le droit commun (2).

138. La mort du mandataire, dont la considération personnelle avait déterminé le choix, met fin également aux pouvoirs dont il avait été investi, lesquels ne peuvent évidemment passer à ses héritiers.

Néanmoins,

ART. 2010. En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci.

Cela ne veut pas dire que les héritiers du mandataire peuvent *continuer* la gestion commencée. L'injonction légale qui leur est adressée est strictement limitée à ce qui est indispensable pour empêcher les intérêts du mandant de péricliter. Ils doivent seulement y *pourvoir en attendant.* Cette injonction étant une suite ou conséquence d'un mandat, les héritiers devront être indemnisés des dépenses qu'ils feront à cette occasion (3). Mais comme le mandat dont il s'agit était éteint, la loi n'a pu leur donner la qualité de mandataires et, par conséquent, les actes postérieurs au décès du mandant ne pourraient donner lieu à des poursuites pour abus de confiance, surtout contre la veuve du mandataire, qui n'est pas héritière (4).

Si, en fait, les héritiers avaient continué la gestion com-

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 115; ARNTZ, t. IV, n° 1487.

(2) Cass. 19 nov. 1834, S. 35, 2, 666; AUBRY et RAU, § 416, texte et note 17; GUILLOUARD, n° 213.

(3) Comp. GUILLOUARD, n° 238.

(4) Cass. 2 janv. 1895, D. 95, 1, 401.

mencée par leur auteur, et cela d'une manière *utile* aux intérêts du mandant, ils pourraient avoir contre ce dernier l'action de gestion d'affaires.

Lorsqu'il y a plusieurs mandataires appelés conjointement à exécuter le même mandat, la mort d'un seul d'entre eux éteint le mandat à l'égard des autres. Il est, en effet, permis de supposer que si le mandant a choisi plusieurs personnes pour mandataires, c'est qu'il a entendu qu'elles agiraient ensemble, qu'elles se contrôleraient mutuellement, et c'est peut-être la considération de la personne du mandataire décédé qui a déterminé le choix des autres.

Si, néanmoins, les co-mandataires n'avaient pas été appelés à agir conjointement; s'il paraissait, d'après les circonstances, que le mandant n'a choisi plusieurs mandataires que pour mieux assurer l'accomplissement du mandat par le survivant, en cas de décès de l'un d'eux, il est certain que ce décès laisserait intact les pouvoirs des autres.

Disons enfin que, dans le cas de *procuratio in rem suam*, la mort du mandataire apparent investira ses héritiers de la même qualité vis-à-vis du mandant, sauf à eux à justifier de leur droit, en cas de difficulté.

L'art. 2010 est applicable, dans son esprit, au cas où le mandataire est interdit ou tombe en faillite. Le tuteur et les syndics doivent donner avis au mandant de l'interdiction ou de la déclaration de faillite. Toutefois, s'ils négligent de donner cet avis, ils ne seront pas responsables, car la lettre de la loi ne leur impose aucune obligation spéciale, sauf à appliquer, s'il y a lieu, les art. 1382 et 1383 (1).

139. Le mandat peut être conféré à terme. Dans ce cas, l'arrivée du terme a pour effet d'anéantir les pouvoirs du mandataire, et de dispenser le mandant d'une révocation spéciale.

(1) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 116.

Le terme assigné à l'exécution du mandat peut être certain ou incertain, explicite ou implicite.

Le terme incertain sera presque toujours implicite, et résultera, le plus souvent, de cette circonstance qu'il a été donné par une personne agissant en une qualité qui peut disparaître dans l'avenir. Ainsi le mandat donné par un tuteur, en sa qualité de tuteur, prendra fin naturellement par la cessation des fonctions de tuteur dont il était investi au moment où le mandat a été donné. Il en sera de même du mandat donné à un de ses préposés par un trésorier-payeur général. Dans ces hypothèses et autres semblables, il a été entendu implicitement que le mandat cesserait quand cesseraient les fonctions du mandant.

Mais il faut observer que, dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un terme certain résultant d'une clause formelle, ou d'un terme incertain résultant des circonstances, le mandant n'est jamais lié, et demeure toujours libre de révoquer, à sa convenance, sans attendre l'expiration du terme, le mandat qu'il a donné.

140. Le mandat peut encore être donné sous une condition résolutoire. — Il peut être convenu que si tel événement futur et incertain se réalise, le mandat cessera de plein droit.

Dans le cas précédemment examiné où le mandat a été donné en vertu d'une certaine qualité pouvant disparaître un jour, on peut dire aussi que le mandat prend fin par la réalisation d'une condition résolutoire implicitement admise par les parties, et cette cause d'extinction ne fait qu'un avec l'arrivée du terme incertain.

Si au lieu de l'arrivée d'une condition résolutoire, il s'agissait de la défaillance d'une condition suspensive, à la réalisation de laquelle le mandat aurait été subordonné, il ne serait pas exact de dire que la défaillance d'une telle condition mettrait fin au mandat. La vérité est qu'il n'y aurait jamais eu mandat.

141. Enfin le mandat doit cesser par la terminaison complète de l'affaire pour laquelle il a été donné. Quand le but est atteint, tout effort nouveau est inutile.

Pour savoir quand l'affaire formant l'objet du mandat doit être considérée comme terminée, il faut apprécier l'étendue des pouvoirs qui ont été conférés au mandataire, et tenir compte non seulement de l'affaire envisagée en elle-même, mais encore des suites naturelles et immédiates qu'elle comporte, et qui forment avec elle un tout en quelque sorte indivisible.

Aperçus complémentaires sur la responsabilité pénale du mandant et du mandataire.

142. — Responsabilité pénale du mandataire; abus de confiance.
143. — Cas où le mandataire a agi en son propre nom.
144. — Cas où le mandataire a agi au nom du mandant.
145. — Règles communes aux deux cas précédents.
146. — Responsabilité pénale du mandant. Le mandant peut-il être considéré comme complice, par provocation, des faits punissables formant l'objet du mandat?
147. — Solution négative.
148. — Mais il existe des infractions punissables de nature à être commises par mandataire.
149. — Exemples : délit d'habitude d'usure,
150. — Fausses affirmations, ou stipulations d'avantages particuliers dans les faillites,
151. — Obstacles à la liberté des enchères.
152. — Conclusion.

142. Nous n'avons eu jusqu'ici à étudier que les conséquences civiles du mandat soit entre les parties contractantes, soit entre elles et les tiers. Il importe néanmoins pour compléter notre examen de rechercher quelle responsabilité le mandataire ou le mandant lui-même peuvent encourir au point de vue pénal.

On comprend *a priori*, pour le mandataire, la possibilité de tomber sous le coup de la loi répressive, s'il abuse du mandat qui lui a été donné pour porter atteinte à la fortune

d'autrui, en faisant tourner à son profit personnel les sommes ou valeurs reçues pour le compte du mandant. C'est un cas d'abus de confiance prévu par l'art. 408, C. P., et puni d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts dus aux parties lésées, ni être moindre de 25 francs.

L'art. 408, C. P., avec la rédaction résultant de la loi du 13 mai 1863, dit en effet : « Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié... sera puni des peines portées par l'art. 406. Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel, ou par un domestique, homme de service à gage, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion. »

Il importe peu que les sommes ou effets aient été remis au mandataire par le mandant lui-même ou par les tiers avec qui il traitait au nom du mandant. L'essentiel c'est que le mandataire les ait reçus en cette qualité.

Il faut, à cet égard, rappeler la distinction que nous avons faite entre le cas où le mandataire a agi ou doit agir en son propre nom et le cas où il doit agir et où il agit au nom du mandant.

143. Quand le mandataire agit en son propre nom, il ne peut abuser du mandat qu'en détournant ou dissipant les effets qui lui ont été remis par le mandant pour l'exécution du mandat. Mais il est impossible de concevoir comment il pourrait se rendre coupable d'abus de confiance en disposant pour son propre compte des effets que les tiers lui ont

personnellement remis sans qu'il ait pris vis-à-vis d'eux la qualité de mandataire.

Ainsi une personne a reçu mandat d'acheter un cheval déterminé. Le mandant ne lui a remis pour cela aucune somme. Le mandataire réussit à acheter le cheval pour un prix bien inférieur à celui qui lui avait été indiqué. Il réalise l'acquisition pour son compte, et revend ensuite le cheval à un tiers pour une somme supérieure au prix d'acquisition. Il n'a commis d'abus de confiance ni vis-à-vis du tiers avec qui il a traité, ni vis-à-vis du mandant. Mais ce dernier aura recours contre lui à raison de l'inexécution du mandat.

144. Quand le mandataire agit au nom du mandant il peut se rendre coupable d'abus de confiance, soit en détournant de leur destination les objets, sommes ou valeurs qu'il a reçus du mandant lui-même pour exécuter le mandat, soit en appliquant à son profit les valeurs à lui remises par les tiers en sa qualité de mandataire.

145. C'est le plus souvent quand il s'agira de rendre compte que la fraude du mandataire infidèle apparaîtra, et il a été décidé avec raison que le mandataire qui a reçu certaines sommes au nom du mandant, mais qui s'efforce d'éluder l'obligation de rendre compte en invoquant des obstacles supposés, commet un véritable abus de confiance.

Si le délit a été commis de concert par plusieurs mandataires condamnés pour ce fait à des dommages-intérêts en faveur du mandant, il y aura solidarité entre eux, conformément à l'art. 55, C. P.

Pour que l'abus de mandat puisse être puni en vertu de l'art. 408, C. P., il faut évidemment que le fait du mandat donné et accepté soit au préalable établi. Nous rappelons que la preuve de ce fait sera administrée devant les tribunaux de répression conformément au droit commun (Voy. t. VIII, n° 280). Un arrêt détermine suffisamment le contrat dont la violation constitue le délit d'abus de confiance, bien

qu'il ne le dénomme pas expressément, lorsqu'il résulte nettement de ses termes qu'il s'agit d'un contrat de mandat (1), mais c'est à tort que, par l'emploi d'expressions alternatives, non précisées par des constatations de fait, un arrêt laisse indécis, en matière d'abus de confiance, le point de savoir si la remise de la chose a eu lieu à titre de dépôt ou de mandat (2).

Les termes de l'art. 408, C. P., ne peuvent s'appliquer qu'au détournement par un mandataire de valeurs *mobilières*. Il n'est pas possible, en effet, de concevoir le détournement d'un immeuble. Cependant il peut arriver qu'à l'occasion d'un mandat ayant pour objet l'acquisition d'un immeuble au nom du mandant et la prise de possession de cet immeuble, le mandataire abuse de son mandat, et détourne à son profit des valeurs qui seraient réellement mobilières à partir de ce moment, par exemple : des outils aratoires, cabaux, matériaux, etc.

Enfin le délit d'abus de confiance ne saurait être relevé à la charge du mandataire quand les obligations dérivant du mandat ont disparu par l'effet d'une novation. C'est un point qui a déjà été examiné (Voy. t. VIII, nos 110 et 113) (3).

146. La responsabilité pénale du mandant est plus difficile à concevoir que celle du mandataire. Elle ne saurait être engagée par le fait d'un abus de mandat. Le délit d'abus de confiance n'est évidemment possible que de la part du mandataire.

Mais on s'est demandé si le mandant ne pouvait pas engager sa responsabilité au point de vue pénal par le fait même d'un mandat par lui donné. L'affirmative adoptée par les anciens criminalistes a conduit à admettre ce qu'on appelle la *complicité par mandat*. Le mandat de commettre

(1) Cass. 12 fév. 1881, D. 82, 1, 187.
(2) Cass. 5 janv. 1883. D. 83, 1, 366.
(3) Cass. 17 déc. 1880, D. 81, 1, 187.

un fait punissable serait, en effet, selon une réflexion de Rossi, une espèce de provocation au délit.

On a prétendu en conséquence que le mandat d'accomplir un fait punissable tombe sous le coup de l'art. 60, C. P., ainsi conçu :

« Seront considérés comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour le commettre. »

Or, il ressort de ce texte qu'il faut, pour qu'il y ait complicité : 1° Le fait de la provocation; 2° que la volonté de l'agent ait été déterminée par un abus d'autorité, des dons, etc.

D'un autre côté, le conseil de commettre un fait délictueux ne constituant pas un fait de complicité, il en résulterait que le simple mandat qui ne serait accompagné d'aucune des circonstances indiquées dans l'art. 60, ne rentrerait dans les prévisions d'aucune loi pénale.

Quoi qu'il en soit, on a admis que le complice par mandat devait être puni de la peine prononcée par la loi pour le fait auquel se rattache sa complicité. Cela a donné lieu, néanmoins, à quelques difficultés théoriques qui témoignent contre la solution adoptée. Si le mandataire a dépassé les limites du mandat qui lui a été donné, faudra-t-il appliquer la peine édictée pour le crime ordonné ou celle qui réprime le crime commis? La question est controversée chez les criminalistes; quelques-uns proposent une distinction reposant, ou plutôt paraissant reposer sur quelques textes du droit romain. Si le mandant avait pu prévoir la possibilité de la perpétration d'un crime plus grave, il serait responsable de cette aggravation; dans le cas contraire, il ne le serait pas. Si le crime commis était moins grave que le crime ordonné, on admet sans difficulté que le complice par

mandat ne doit être puni que pour le crime commis.

147. Ces solutions ne résistent pas à l'examen. Il nous est impossible de comprendre en quoi peut consister la complicité par mandat, et comment la notion du mandat pourrait se combiner avec la perpétration d'un crime.

Le mandat n'est et ne peut être que l'opération définie par l'art. 1984 : un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour son compte et en son nom. Le mandat a nécessairement pour objet une *opération juridique* à accomplir, et il est inadmissible qu'on puisse sérieusement appliquer la dénomination de mandat à la *provocation* à commettre un crime. Les mots ne font rien au fond de la question. Celui qui dit à un autre : Je vous promets telle somme si vous commettez tel crime; je vous donne l'ordre de commettre tel crime, sinon vous périrez de ma main, se rend évidemment coupable de provocation au crime, sans que l'idée de mandat entre pour quelque chose dans les éléments de cette provocation. Si, au lieu de se servir d'expressions semblables, il a dit : Je vous donne mandat de commettre tel crime dans mon intérêt et je vous donnerai telle somme d'argent, sinon vous périrez de ma main, il y a encore provocation, mais, malgré les expressions employées, l'idée juridique de mandat est aussi étrangère à cette espèce qu'à l'espèce précédente. Les textes donnent raison à notre aperçu.

L'art. 349, C. P., porte : ceux qui auront exposé et délaissé en un lieu solitaire un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, ceux qui auront *donné l'ordre* de l'exposer ainsi, *si cet ordre a été exécuté*, seront, pour ce seul fait, condamnés, etc. Or, supposons qu'au lieu d'un ordre on ait donné un mandat, qu'on ait dit à une personne : je vous donne mandat d'aller retirer cet enfant de telle maison où je l'ai placé, de le transporter dans tel lieu déterminé et de l'y abandonner, est-ce qu'il pourra y avoir le moindre doute sur

le caractère punissable de ce prétendu mandat? Pourquoi? Parce que, en réalité, il ne s'agit que d'un *modus loquendi*, d'une façon de parler qui ne doit avoir aucune conséquence juridique, et pas du tout du contrat de mandat tel qu'il est réglé par le Code.

Or, c'est la théorie de la responsabilité pénale du mandant qu'il s'agit de construire, c'est-à-dire du mandat en donnant à cette dénomination son sens technique juridique. Il faut donc en établir les bases tout à fait en dehors de la complicité pénale ordinaire qui doit demeurer étrangère à la question.

148. Pour que la responsabilité pénale d'un mandant puisse se trouver engagée uniquement à raison du mandat, il faut : 1° que l'objet du mandat consiste dans une véritable opération juridique devant être accomplie au nom et pour le compte du mandant; 2° que cette opération juridique contienne en même temps une contravention à une disposition de la loi répressive.

Chaque fois que ce double caractère se rencontrera, il sera vrai de dire que le mandant a commis un fait punissable, et comme il a été représenté par son mandataire, il devra être puni non comme complice mais comme auteur. Nous disons qu'il devra être puni comme auteur et non comme co-auteur, parce que, dans la plupart des cas, le mandataire ne sera punissable à aucun point de vue.

Pour rendre notre pensée d'une autre manière, nous dirons qu'il existe certaines catégories d'infractions punissables qui peuvent être commises par l'intermédiaire d'un mandataire. C'est ce point de vue qui a échappé aux criminalistes. Il s'agit donc, tout simplement, de dresser, en quelque sorte, le catalogue des infractions qui présentent ce caractère particulier.

149. Le premier délit qui paraît de nature à pouvoir être commis par mandataire est le délit d'habitude d'usure

réprimé par la loi du 19 décembre 1850. Un individu peut donner mandat à un autre de prêter à un taux supérieur au taux légal, les capitaux qu'il lui aura confiés à cet effet. Plusieurs prêts de ce genre effectués soit directement, soit par mandataire, pourront constituer le délit d'usure. L'hypothèse envisagée n'a rien de chimérique. Les usuriers ont souvent recours pour l'exploitation illicite de leurs capitaux à des intermédiaires qui ne dévoilent qu'au dernier moment le nom de celui dont ils sont les mandataires. Quelquefois même, les usuriers se présentent comme simples intermédiaires, alors qu'ils sont en réalité les prêteurs directs. Cette dissimulation ne saurait actuellement les soustraire à l'application de la loi (1). L'intermédiaire qui sortirait de son rôle pour percevoir une commission en sus du taux légal, serait également punissable (2).

150. Le Code de commerce prévoit plusieurs infractions qui peuvent encore être commises par mandataire.

Ainsi, l'art. 593, C. com,, soumet aux peines de la banqueroute frauduleuse : « ... 2° Les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté et affirmé dans la faillite, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées; »

Or, il est facile de comprendre qu'un mandataire, même de bonne foi, puisse être chargé de faire l'affirmation de créance mensongère que la loi a pour but de réprimer.

Le délit prévu par l'art. 597, C. com., peut encore être commis par l'intermédiaire d'un mandataire, même de bonne foi : « Le créancier, dit ce texte, qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toute autre personne, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou *qui aura fait un traité particulier duquel résul-*

(1) Cass. 25 juill. 1879, D. 79, 2, 211.
(2) Trib. corr. Nantes, 31 mars 1879, D. 79, 2, 211.

terait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, sera puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année et d'une amende qui ne pourra être au-dessus de 2000 francs. »

Il est facile de concevoir que, les bases de ce traité frauduleux étant arrêtées, le créancier, à raison d'un empêchement personnel quelconque, donne sa procuration à un tiers pour signer le traité en son nom, sans que le mandataire ait à se préoccuper de la véritable signification des clauses de ce traité.

151. Nous trouvons enfin, dans l'art. 412, C. P., qui punit les entraves apportées à la liberté des enchères, un autre délit qui peut être commis par l'intermédiaire d'un mandataire. Le § 2 de cet article prononce un emprisonnement de quinze jours à trois mois, avec une amende de 100 francs à 5000 francs, contre ceux qui, par dons ou promesses, auront écarté les enchérisseurs. Or un individu qui a intérêt à écarter un concurrent, dans des enchères publiques, peut donner mandat à son banquier de payer pour lui une somme déterminée à ce concurrent, sous la condition qu'il ne se sera pas rendu adjudicataire. Il serait facile, en modifiant l'espèce, de trouver une combinaison dans laquelle le mandataire serait de bonne foi.

152. Y a-t-il encore d'autres hypothèses dans lesquelles un fait punissable dans la personne du mandant pourrait être perpétré, sous sa seule responsabilité, par l'intermédiaire d'un mandataire? On pourrait peut-être en trouver d'autres, mais celles que nous venons d'examiner suffisent pour faire comprendre notre théorie.

Ce qu'il y a de commun dans les divers cas ci-dessus rapportés, c'est que, dans tous, le mandat a pour objet une opération juridique dans laquelle le mandataire agit au nom du mandant. De plus, le mandataire peut toujours avoir été de bonne foi, c'est-à-dire avoir ignoré le caractère délictueux

de l'opération dont il s'était chargé. Aussi, et à raison de cette bonne foi, faudra-t-il admettre le mandataire à réclamer le remboursement de ses frais et avances, sans qu'on puisse lui opposer son concours à un acte illicite.

APPENDICE AU TITRE TREIZIÈME

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

153. — Questions de forme.
154. — Questions tenant au fond. Principes de solution entre les parties, en cas de conflt de lois.
155. — Rapports avec les tiers.

153. Un étranger peut figurer dans un contrat de mandat, soit comme mandant, soit comme mandataire.

Sous le rapport de la forme, le mandat est régi par la règle générale résumée dans l'adage : *locus regit actum*, la loi en vigueur au lieu de la rédaction de l'acte sera appliquée. Il faudra donc distinguer suivant le cas où la procuration est l'unique instrument du contrat et celui où elle s'en détache pour être l'objet d'une rédaction séparée.

La procuration sera authentique ou sous seing privé, suivant la loi du pays où elle a été rédigée. Elle devra être authentique, suivant les formes de ce pays, dans les cas où la loi française exige que la procuration soit authentique pour recevoir exécution en France (1).

154. Sous le rapport du fond, le mandat est régi par la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre, sinon par la *lex loci contractus*, c'est-à-dire la loi du lieu où la convention a été conclue.

Il n'y a pas de difficulté lorsque le mandant et le mandataire se trouvent dans le même pays.

Mais quand le mandant et le mandataire se trouvent dans des pays différents, il y a dissidence entre les auteurs. En pareil cas, la convention ne pouvant être conclue que par correspondance, il faudra s'en tenir à ce que nous avons

(1) Cass. 5 juill. 1827, S. 28, 1, 105.

déjà dit concernant les contrats qui se forment par correspondance (Voy. t. VII, n° 382).

Il peut, d'ailleurs, résulter des circonstances que les parties ont entendu se référer à une autre loi. Ainsi, quoique ayant leur résidence en des pays différents, les parties peuvent avoir la même nationalité. Dans ce cas, quelques auteurs proposent d'appliquer leur loi personnelle commune (1). Cette solution sera souvent exacte, mais ne saurait être érigée en règle générale. Ce sera une question de fait à résoudre d'après les circonstances.

Même dans le cas où les parties sont de nationalité différente, les circonstances peuvent commander d'appliquer la loi personnelle du mandant. Ainsi il a été jugé entre commerçant et commis-voyageur que l'étendue des pouvoirs de ce dernier devait être réglée par la loi personnelle du mandant (2).

155. Quant au contrat qui intervient, en exécution du mandat, entre le mandataire et les tiers, il est également soumis aux mêmes règles que les autres conventions, c'est-à-dire qu'on doit appliquer la *lex loci contractus*, ou, selon la plupart des auteurs, la loi personnelle des parties quand elles ont la même nationalité.

Le mandant étant représenté par le mandataire, le lieu du contrat, lorsqu'on doit appliquer la *lex loci contractus*, est celui où l'accord intervient entre le mandataire et le tiers (3).

Il a été cependant jugé que lorsqu'un individu traite en France avec un intermédiaire chargé de représenter une personne domiciliée à l'étranger, la convention doit être réputée formée en pays étranger (4).

(1) Weiss, p. 798; Despagnet, p. 396.

(2) Trib. Leipzig, *J. Dr. int. pr.*, 1874, p. 81; Comp. Venise, 20 janv. 1875, *J. Dr. int. pr.*, 1875, p. 232.

(3) Trib. comm. Marseille, 21 janv. 1851, *J. Mars.*, 51, 1, 141.

(4) Trib. Lille, 7 juill. 1886, *R. int. de Dr. marit.*, 86-87, p. 159.

N° 2. — *Règles fiscales.*

156. — Droit fixe à percevoir sur les procurations contenant simple pouvoir d'agir.
157. — Même droit en cas de substitution, dépôt pour minute ou révocation.
158. — Droits proportionnels sur les autres clauses de la procuration.
159. — Procurations dissimulant une transmission de droits.
160. — Créances du mandant contre le mandataire. Les héritiers de ce dernier peuvent distraire de l'actif à déclarer les valeurs perçues en vertu du mandat, et trouvées dans la succession.

156. Les mandats et procurations, qu'il ne faut pas confondre avec les *mandats de paiement*, donnent lieu à la perception de droits fixes et de droits proportionnels.

Les procurations et pouvoirs ne contenant aucune stipulation ni clause pouvant donner lieu à un droit proportionnel sont soumis à un droit fixe de 3 francs avec décimes en sus (1).

Dans le cas de procuration collective, il n'est dû qu'un seul droit quand les mandants ont un intérêt commun indivis, comme les copropriétaires, cohéritiers, cocréanciers ou codébiteurs solidaires (2).

Il en est de même de la procuration donnée conjointement par le mari et la femme (3).

Quand les mandants n'ont pas d'intérêt commun, il est perçu autant de droits distincts qu'il y a de dispositions indépendantes.

Si la procuration est donnée à plusieurs mandataires pour agir conjointement, il n'y a qu'un seul mandat, et, par conséquent, un seul droit est dû, quand même la solidarité

(1) L. 28 fév. 1872, art. 4; Voy. DEMANTE, *Principes de l'Enreg.*, t. I, n° 407.
(2) Instr. Régie, 39 mars 1844.
(3) Sol. 16 mai 1864, D. 65, 3, 85.

n'aurait pas été stipulée entre les divers mandataires (1).

Si les mandataires sont constitués pour agir séparément, ou pour exécuter chacun une partie distincte du mandat, il est dû autant de droits qu'il y a de mandataires nommés (2).

La procuration donnée par plusieurs mandants à des dates différentes sera enregistrée dans le délai courant à partir de la première date, à moins que l'acte ne doive acquérir sa perfection que par le concours de toutes les personnes appelées à y figurer (3).

La procuration annexée à la minute d'un acte notarié pourra n'être soumise à la formalité du timbre et de l'enregistrement qu'au moment seulement de l'enregistrement de l'acte. C'est ce qui fut reconnu lors de la discussion de la loi du 16 juin 1824 (art. 13).

Si la procuration résulte d'une lettre missive ou d'un télégramme, ces pièces seront enregistrées quand on voudra en faire usage en justice ou dans un acte public et timbrées à l'extraordinaire sans amende.

La procuration passée et enregistrée dans les colonies où l'enregistrement est établi, notamment en Algérie, doit être soumise au complément du droit exigible en France avant tout usage dans un acte notarié.

157. Dans les cas de substitution, l'acte de substitution est soumis au droit fixe de 3 francs, décimes en sus. Il faudra, d'ailleurs, appliquer les règles ci-dessus pour l'appréciation des intérêts distincts ou communs.

Le droit fixe de 3 francs est également applicable aux dépôts de procuration pour minute et aux actes de révocation. Il faudra aussi, dans ces deux hypothèses, appliquer par analogie les règles ci-dessus touchant l'appréciation des intérêts distincts ou communs.

(1) *Dict. d'Enreg.*, v° *Mandat*, n° 65.
(2) Trib. Lectoure, 22 fév. 1889, *J. E.*, n° 23294.
(3) *Dict. du notar.*, v° *Procuration*, n° 14.

158. Les droits fixes dont nous venons de parler concernent uniquement les pouvoirs donnés pour agir. Mais s'il ressort de l'acte l'existence de conventions intervenues entre le mandant et le mandataire, ou la reconnaissance de contrats préexistants et parfaits, devenus définitifs entre le mandant et des tiers, le droit de titre sera perçu selon la nature de ces contrats. Entre le mandant et le mandataire, la convention n'offre le caractère d'un contrat que s'ils sont intervenus l'un et l'autre à la procuration (1).

159. Nous savons encore que certaines combinaisons ont été imaginées pour dissimuler, sous la forme d'un mandat, des acquisitions d'immeubles destinés à être revendus (V. *Suprà*, n° 4). Toutes les fois que le caractère ou la présomption de la vente préalable a pu ressortir des circonstances et du rapprochement des faits, les actes qualifiés de procuration ont été imposés au droit ordinaire de mutation (2).

160. Lorsque le mandat prend fin par le décès du mandant, les créances qui pouvaient en résulter au profit de celui-ci font partie de l'actif de sa succession et doivent être déclarées.

Quand le mandat est éteint par la mort du mandataire, les diverses obligations dont ce dernier était tenu envers le mandant passent à ses héritiers. Ceux-ci, obligés de rendre compte de la gestion de leur auteur, doivent donc remettre au mandant les objets, sommes ou valeurs, perçus à l'occasion du mandat.

Quelle va donc être, vis-à-vis de la régie, la position de ces héritiers en ce qui touche les sommes ou valeurs perçues par le défunt en vertu du mandat?

Si l'on appliquait les principes ordinaires du droit civil, il

(1) Voy. AMIAUD, *Traité form. du notar.*, v° *Procuration*, n° 315.
(2) AMIAUD, *loc. cit.*, n° 321.

faudrait dire que le mandant ayant seulement un droit de créance à faire valoir contre le mandataire, les héritiers de ce dernier sont tenus d'opérer les restitutions résultant du mandat, comme ils sont tenus de payer les autres dettes du défunt. Or, comme les droits de mutation par décès sont dus *sans distraction des charges* (V. t. V, n° 276 *bis*), il en résulterait que les héritiers du mandataire devraient acquitter ces droits sur toutes les valeurs reçues en exécution du mandat.

Mais la jurisprudence et l'administration de l'enregistrement ont admis que, lorsqu'on trouve dans une succession des valeurs de *même nature* que celles reçues par le *de cujus*, de son vivant, en vertu du mandat, ces valeurs devaient être considérées comme n'ayant jamais appartenu au mandataire et devraient, dès lors, être déduites pour la perception des droits.

Cette solution ne devrait pas, évidemment, recevoir d'application, si le mandataire, dans l'impossibilité de rembourser immédiatement le mandant, avait obtenu de lui un délai ou s'était laissé condamner. Il serait alors devenu un débiteur ordinaire, et ses héritiers devraient subir l'application du principe de la non-distraction des charges.

TITRE QUATORZIÈME

DU CAUTIONNEMENT

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

N° 1. — *Nature du cautionnement.*

161. — Notion du cautionnement; diverses espèces de cautionnement.
162. — Définition, art. 2011 ; c'est un contrat consensuel.
163. — Il est unilatéral, mais peut devenir bilatéral.
164. — Le cautionnement qui peut être gratuit à l'égard du débiteur, est à titre onéreux à l'égard du créancier.
165. — *Quid* si le cautionnement intervient après la naissance de la créance garantie?
166. — Caractère accessoire du cautionnement; il suppose l'existence d'une obligation principale, art. 2012.
167. — Cette obligation doit être valable.
168. — Dérogation quant aux obligations annulables à raison d'une exception personnelle à l'obligé.
169. — *Quid* de l'obligation annulable à raison d'un vice du consentement?
170. — De la dette cautionnée envisagée quant à son objet.
171. — Modalités du cautionnement.
172. — Comparaison de la caution personnelle avec la caution réelle.
173. — Comparaison avec les cas d'expromission, de plusieurs débiteurs solidaires. — De la caution solidaire.
174. — Comparaison avec les porte-fort.
175. — Avec la recommandation ou conseil.

161. Nous avons rencontré certaines clauses spéciales qui ont pour but d'assurer indirectement l'efficacité ou l'exécution des obligations conventionnelles, par exemple la clause pénale et celle qui est relative aux arrhes.

Il est d'autres moyens tendant plus directement au même but, et qui se traduisent par l'accession d'une tierce personne se chargeant volontairement de l'obligation d'autrui.

D'abord on peut s'engager, comme co-débiteur solidaire, pour une dette à laquelle on est personnellement étranger. On est alors placé, vis-à-vis du créancier, sur la même ligne que le débiteur pour lequel on est intervenu. A l'égard du créancier, il n'y a que des co-débiteurs solidaires, tenus tous principalement. C'est une situation que nous avons déjà étudiée.

Il est des cas, au contraire, où l'accession d'une tierce personne qui consent à se charger de l'obligation d'autrui aura pour résultat la libération du débiteur originaire. Il y aura alors ce qu'on appelle *expromissio*, c'est-à-dire novation par la substitution d'un débiteur nouveau à l'ancien (Voy. t. VIII, nos 116 et suiv.).

Enfin, il y a une situation en quelque sorte intermédiaire, celle où l'obligation assumée par le tiers qui intervient est subsidiaire et seulement accessoire par rapport à l'obligation du débiteur originaire qui demeure principale.

C'est le cas du cautionnement conventionnel ou fidéjussion.

Le cautionnement peut d'ailleurs être légal, judiciaire ou conventionnel.

La caution conventionnelle est aussi bien celle que le débiteur donne au créancier au moment où il contracte l'obligation, que celle qu'il promet au créancier de lui fournir.

La caution légale est celle qui doit être fournie en exécution d'une obligation écrite dans la loi.

La caution judiciaire est celle qui doit être fournie en exécution d'une sentence judiciaire.

Notre titre du cautionnement contient un chapitre spécial, le quatrième, sur les cautions légales et les cautions judiciaires.

L'intérêt de la distinction consiste, comme nous le verrons plus loin, en ce que la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal, et en ce que, dans les cas de caution légale et de caution judiciaire, le débiteur qui ne trouve pas de caution peut donner en place un gage ou nantissement suffisant.

162. Le cautionnement conventionnel est, d'après les indications qui précèdent, un contrat accessoire par lequel on s'engage personnellement et par voie de suite sur tous ses biens, envers le titulaire d'une créance sur un tiers à exécuter subsidiairement l'obligation de ce tiers.

Par conséquent,

ART. 2011. Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (*).

Le contrat de cautionnement ou de fidéjussion peut procéder spontanément de la volonté libre des parties. Souvent aussi, il peut avoir lieu en exécution d'une obligation de fournir caution.

Dans tous les cas, le contrat de fidéjussion, envisagé en lui-même, indépendamment des circonstances qui l'ont provoqué, est purement consensuel, en ce sens que le consentement des parties n'est assujetti à aucune forme. Il suffit qu'il soit exprimé, n'importe comment, mais ne saurait être présumé (art. 2015). Il est d'ailleurs, comme tous les contrats, régi par les art. 1109 et suiv., et peut, dès lors, être annulé en tout ou en partie lorsqu'il a été consenti par suite d'une erreur sur la substance ou les qualités substantielles (1), par l'effet d'un dol ou de la violence, ou lorsqu'il a été subordonné à une condition jugée impossible (2).

163. Le même contrat est en principe unilatéral puisqu'au

(*) L. 1 § 8, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

(1) Cass. 30 juill. 1894, S. 95, 1, 72; Comp. Trib. fédéral suisse, 5 juill. 1895, S. 96, 4, 22.

(2) Cass. 8 janv. 1894, S. 95, 1, 279.

moment de sa date il n'engendre d'obligation qu'à la charge de la caution. L'acte qui le constate n'est donc pas soumis à la règle de l'art. 1325 et ne doit pas être fait en double original. Le même acte devra, au contraire, satisfaire aux exigences de l'art. 1326 en ce qui touche les formalités du *bon* ou *approuvé*. même dans le cas où il s'applique à la promesse de payer une valeur non déterminée dans son *quantum* (Voy. t. VIII, n° 245) (1).

Le contrat deviendrait bi-latéral s'il contenait une obligation à la charge du créancier au profit de la caution elle-même. L'art. 1325 deviendrait alors applicable. Mais les clauses ayant uniquement pour but de rendre l'engagement de la caution moins étendu que celui du débiteur principal, ne sauraient être considérées comme ayant le caractère d'obligations à la charge du créancier (2).

164. Le fait de se constituer caution pour un autre est, en général, un acte gratuit vis-à-vis du débiteur cautionné. Mais si la caution se fait payer son intervention par le débiteur, l'acte devient alors à titre onéreux vis-à-vis de celui-ci.

Si celui qui intervient stipulait une rémunération de la part du créancier, l'opération perdrait son caractère de cautionnement pour revêtir celui d'une sorte d'assurance. La caution serait l'assureur, le créancier deviendrait l'assuré, et la rémunération convenue serait la prime. C'est ce qu arrive, dans l'opération commerciale appelée le *Du croire*, par laquelle un commissionnaire se porte garant de la solvabilité des deux commerçants entre lesquels il sert d'intermédiaire (3).

L'intérêt qui s'attache à considérer le commissionnaire soumis au *Du croire* plutôt comme assureur que comme

(1) Cass. 16 fév. 1892, S. 93, 1, 409; GUILLOUARD, *Traité du cautionnement*, n° 10; *Contrà*, Cass. belge, 1er juin 1850, *Pas.*, 50, 1, 301.
(2) Alger, 22 mai 1878, S. 78, 2, 333.
(3) LAURENT, t. XXVIII, n° 124; GUILLOUARD, n° 22.

caution, consiste en ce qu'il ne pourra invoquer le bénéfice de discussion.

Le cautionnement, d'ailleurs, a toujours, vis-à-vis du créancier, le caractère d'un contrat à titre onéreux.

Ce contrat, disait Pothier, « n'est pas de la classe des contrats bienfaisants, car le créancier ne reçoit par ce conrat rien au-delà de ce qui lui est dû. Il ne se procure qu'une sûreté pour ce qui lui est dû, sans laquelle il n'aurait pas contracté avec le débiteur principal ou ne lui aurait pas accordé le terme qu'il lui accorde. Mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige (1). »

Qu'est-ce à dire? C'est que, pour le créancier le cautionnement n'est qu'une condition du contrat principal ou du sursis accordé au débiteur. Sans doute, en fait, le cautionnement peut procurer un certain avantage au créancier en rendant moins douteux le remboursement de la créance, mais de là à voir dans le cautionnement une véritable libéralité à l'adresse du créancier, il y a loin. L'intérêt de cette remarque consiste en ce que si l'engagement de la caution est attaqué par ses créanciers propres, en vertu de l'action paulienne (art. 1167); il ne sera révoqué que s'il est établi que le créancier a été complice de la caution pour frustrer les créanciers de celle-ci (2). Nous avons rencontré une difficulté analogue en matière de constitution de dot. Mais nous avons soutenu, contrairement à la jurisprudence, que la constitution de dot était toujours un acte gratuit même à l'égard du doté et de son conjoint (Voy. t. VII, n° 222, et t. IX, n° 9). Or, on ne saurait assimiler au doté et à son conjoint un créancier qui n'entend recevoir aucune libéralité, mais qui cherche seulement à obtenir le paiement qui lui est dû.

(1) *Des obligations*, n° 365; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 19.

(2) Cass. 13 mars 1854, D. 54, 1, 248; Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 125.

165. On soutient que la solution par nous adoptée doit subir une restriction dans le cas où le cautionnement est intervenu après la naissance de la créance, parce qu'alors il n'aurait pas été la condition du contrat principal. Mais on reconnaît qu'il a rendu service au débiteur : « *en empêchant que des poursuites soient dirigées contre lui* (1) ». C'est donc un simple déplacement de la question; le contrat principal, par rapport au cautionnement, est alors celui par lequel le créancier, en considération du cautionnement, accorde un sursis au débiteur.

Il faudrait, cependant, admettre une restriction pour le cas où le cautionnement est intervenu au moment de la formation de l'obligation principale, afin de garantir l'exécution d'une libéralité. Mais cette restriction ne devrait pas avoir lieu, si le cautionnement n'intervenait que postérieurement à la perfection de la libéralité. Il n'y aurait pas à rechercher si celui qui accepte le cautionnement était antérieurement devenu créancier à titre gratuit ou à titre onéreux. Il est, en effet, certain qu'il n'a pas eu l'intention de recevoir une nouvelle libéralité en acceptant l'engagement d'une caution au prix d'un sursis accordé à celui qui doit payer.

Le cautionnement n'est donc un acte gratuit que vis-à-vis du débiteur cautionné. Sera-t-il sujet au rapport et à la réduction si le débiteur était successible de la caution? Tout acte gratuit ne constitue pas une donation au sens de la loi. Il faut pour qu'il y ait donation un dessaisissement actuel et irrévocable portant sur un élément de l'actif du donateur. Le recours qui appartient à la caution quand elle a payé pour le débiteur, empêche ce dessaisissement quel qu'en soit d'ailleurs le résultat. Il en sera autrement si la caution s'est engagée avec l'intention de n'exercer aucun recours contre le débiteur (2). Ce sera là une question de fait à apprécier

(1) GUILLOUARD, *loc. cit.*

(2) Cass. 29 déc. 1858, S. 59, 1, 209.

d'après les circonstances (1); mais la réduction, si elle est prononcée, n'aura aucun effet contre le créancier.

166. L'engagement de la caution ne saurait se suffire à lui-même; c'est, essentiellement, une obligation accessoire.

Par conséquent,

ART. 2012. Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. — On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité (*).

Le cautionnement, pour exister, doit d'abord avoir pour support une obligation principale existant elle-même. Donc une prétendue obligation à laquelle ferait défaut l'un des éléments requis pour son existence, ne pourrait être cautionnée. C'est ce qui a lieu pour les obligations qui, suivant la formule courante, sont sans cause, ou sur fausse cause, ou sur cause illicite, comme le serait une dette de jeu (2). (Voy. t. XI, nos 308 et 309); ou bien la promesse de payer des intérêts usuraires (3), la contre-lettre augmentant le prix du traité ostensible d'un office ministériel, ou portant que le prix en sera payable avant la prestation de serment du nouveau titulaire (4); le traité par lequel un failli assure des avantages particuliers à l'un de ses créanciers (5), la convention puisant sa cause dans une présomption d'adultériorité (6), etc.

167. Il ne suffit pas que l'obligation cautionnée existe; il faut de plus qu'elle soit valable, sinon le sort du cautionnement est en suspens comme le sort de l'obligation elle-même,

(*) Art. 2012. — L. 178, D. 50, 17, *De div. reg. juris*, L. 25, 29, D. 46, 1, *De fidejussor.*

(1) GUILLOUARD, n° 21; Comp. sur tous ces points, LAURENT, t. X, n° 612; t. XII, n° 172.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 133; ARNTZ, t. IV, n° 1495; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 950.

(3) Caen, 17 mars 1874, *R. des arrêts de Caen*, 74, 178.

(4) Cass. 8 mars 1887, *Pand. franç.*, 87, 1, 154.

(5) Bordeaux, 11 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 82, 2, 107.

(6) Caen, 17 juin 1863, *R. des arrêts de Caen*, 63, 184.

Sans doute la caution d'une obligation annulable existe tant que l'obligation n'est pas annulée, comme lorsqu'il s'agit d'une obligation entachée d'erreur, de violence ou de dol. Par conséquent lorsque la nullité de l'obligation principale sera couverte, par exemple, par une ratification expresse, le cautionnement deviendra définitivement valable. Si, au contraire, l'obligation est annulée sur la poursuite du débiteur, le cautionnement sera annulée également (1), il faut même admettre, par argument tiré de l'art. 2036, expliqué plus loin que la caution pourrait invoquer la nullité si le débiteur principal ne l'invoquait pas.

168. Cependant le deuxième paragraphe de notre art. 2012 consacre une dérogation à la règle que l'annulation d'une obligation entachée d'un vice qui la rend annulable entraîne la nullité du cautionnement qui la garantit. Il admet qu'on peut valablement cautionner une obligation, *encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple dans le cas de minorité.*

Cette dérogation s'applique à tous les incapables, non seulement aux mineurs, mais encore aux femmes mariées non autorisées (2), aux interdits (3), aux individus pourvus d'un conseil judiciaire (4). Dans les hypothèses auxquelles doit s'appliquer l'art. 2012 § 2, la caution ne pourrait se prévaloir de l'exception appartenant au débiteur principal, et elle demeurerait obligée si celui-ci faisait annuler son engagement.

Pourquoi cette différence entre les cas d'obligations annulables à raison d'un vice du consentement émané de l'obligé

(1) LAURENT, t. XXVIII, nos 134 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, no 950.

(2) Paris, 13 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 90, 1, 139; AUBRY et RAU, § 424, texte et note 7; LAURENT, t. XXVIII, nos 140 et 147; GUILLOUARD, no 57.

(3) AUBRY et RAU, § 424, texte et note 6; LAURENT, t. XXVIII, no 148; GUILLOUARD, no 57.

(4) Paris, 16 nov. 1892, D. 93, 2, 227.

et les cas d'obligations annulables à cause de l'incapacité de ce dernier?

La différence s'explique facilement :

L'annulation d'une obligation prononcée pour cause de violence, de dol ou d'erreur ne laisse subsister aucune obligation naturelle. C'est un point que nous avons déjà constaté (Voy. t. VII, n° 236). Au contraire, l'annulation d'une obligation prononcée pour cause d'incapacité du débiteur, laisse subsister une obligation naturelle (Voy. t. VII, n° 235). Le cautionnement a, par conséquent, dans cette dernière hypothèse, un support juridique qui lui fait défaut dans l'autre, et nous ne voyons là rien de contradictoire ni de difficile à concilier (1). Nous supposons, bien entendu, que le cautionnement a été donné en connaissance de cause, c'est-à-dire que la caution connaissait l'incapacité du débiteur.

169. Suivant quelques auteurs, une dette annulable pour cause de violence, de dol ou d'erreur pourrait être valablement cautionnée, par le motif qu'elle peut être ratifiée (2). Si l'on veut dire que la ratification de l'obligation faisant disparaître le vice de la dette, rien ne s'oppose désormais à la validité du cautionnement, on affirme une vérité évidemment incontestable. Si l'on veut, au contraire, faire entendre que le cautionnement doit persister, même après l'annulation de la dette prononcée pour cause de violence, d'erreur ou de dol, on se trompe. D'abord il faudrait restreindre cette solution au cas où la caution a eu connaissance, au moment où elle s'est engagée, de la cause de nullité qui viciait l'obligation du débiteur. Car si elle a ignoré ce vice, si elle a cru cautionner une dette valable dont le paiement lui donnerait un recours efficace contre le débiteur, elle pourrait se dégager en prouvant son erreur.

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 58, I; Comp. AUBRY et RAU, § 424, notes 6 et 7; LAURENT, t. XXVIII, n°s 138 et suiv.

(2) MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 1125.

Voyons donc quelle est sa situation quand elle a eu connaissance du vice de la dette au moment où elle a pris l'engagement de la payer. En cas pareil, elle est évidemment censée intervenir pour consolider l'obligation et en vue du vice qui l'affecte ou plutôt pour assurer un paiement au créancier. Mais pour que la difficulté envisagée puisse apparaître, il faut supposer que le débiteur a fait prononcer la nullité de son obligation pour cause de violence, d'erreur ou de dol. Nous pensons que, dans ce cas, l'engagement contracté en connaissance de cause par l'intervenant doit être maintenu; cela est conforme à l'intention des parties. Mais il ne peut être maintenu à titre de cautionnement, puisque l'annulation de l'obligation a fait disparaître toute obligation civile et même toute obligation naturelle. Où trouverait-on, dans ces conditions, le support juridique du cautionnement? Il faut donc reconnaître que l'engagement de l'intervenant ne peut être maintenu qu'à titre d'engagement principal, contracté conditionnellement en vue d'un certain événement. Par conséquent, si plusieurs personnes se sont engagées dans les mêmes conditions, il ne saurait être question entre elles du recours dont parle l'art. 2033, ni, vis-à-vis du créancier, du bénéfice de division résultant de l'art. 2026.

170. La dette valable nécessaire pour qu'un cautionnement puisse intervenir consistera indifféremment, soit dans le paiement d'une somme d'argent dont le chiffre sera déterminé ou indéterminé, soit dans l'obligation d'accomplir un fait ou une prestation quelconque; elle pourra encore être future ou conditionnelle (1). On peut cautionner, par exemple, l'obligation éventuelle devant résulter d'une ouverture de crédit (2). Dans ce cas, la caution pourra retirer son engagement avant le versement des deniers, si le prêteur futur n'a pas pris l'engagement positif de fournir la somme

(1) Cass. 13 nov. 1867, D. *Supplément*, v° *Cautionnement*, n° 19.
(2) Bruxelles, 2 fév. 1863, *Pas.*, 65, 2, 333.

nécessaire à l'emprunt (1). Mais non dans le cas contraire où le prêteur devait chercher à se procurer la somme nécessaire pour réaliser l'emprunt (2). La caution qui a garanti un ouverture de crédit au débiteur principal est en droit d'exiger que le créancier justifie que sa créance existe réellement et qu'elle rentre dans les termes du cautionnement (3).

171. Le fidéjusseur peut s'obliger sous des modalités différentes de celles de l'obligation principale, mais dans les limites de celle-ci. Son engagement constitue en principe une obligation civile, même quand il accède solidairement à une obligation commerciale (4), excepté s'il a été pris dans un intérêt commercial ou sous une forme commerciale (5). La question présentait autrefois un grand intérêt à cause de la contrainte par corps. Elle en présente encore au point de vue de la compétence. Ce qui pouvait faire hésiter, ce sont les dispositions de l'art. 637, C. com., qui attribuent compétence aux tribunaux de commerce quand des lettres de change ou des billets à ordre portent, à la fois, des signatures de commerçants et de non-commerçants. Mais on ne saurait étendre ce texte au cautionnement de toutes les dettes commerciales.

172. Ce que nous venons de dire sur l'objet et la nature du cautionnement, va maintenant nous permettre de comparer le cautionnement avec certaines opérations analogues.

Entre le fidéjusseur et le créancier il existe toujours un lien d'obligation personnelle. Un semblable lien n'existe pas quand une personne se borne à affecter un gage ou une

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 399.

(2) LAURENT, t. XXVIII, nos 130-131; ARNTZ, t. IV, n° 1495; GUILLOUARD, n° 53; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 951.

(3) Liège, 11 mars 1871, *Pas.*, 71, 2, 277.

(4) Cass. 13 août 1872, S. 73, 1, 56; Besançon, 20 nov. 1884, S. 86, 2, 206; Liège, 15 janv. 1885, *Pas.*, 85, 2, 207; *Adde*, Cass. 16 mai 1866, D. 66, 1, 209; LAURENT, t. XXVIII, n° 165; GUILLOUARD, nos 15 et 16.

(5) Cass. 27 juin 1888, S. 88, 1, 462.

hypothèque à la dette d'autrui. La situation de celui que l'on qualifie quelquefois, fort improprement, de *caution réelle*, se rapproche plutôt de celle d'un tiers détenteur dont elle diffère cependant par l'impossibilité d'user de certains bénéfices, par exemple de la faculté de purger. Celui qui a affecté une chose au paiement de la dette d'autrui, est seulement tenu *propter rem*. Il est quitte, par conséquent, en abandonnant cette chose au créancier, il est quitte également s'il perd la possession de cette chose. La caution personnelle s'oblige au contraire sur tous ses biens (1).

173. Nous avons déjà parlé de l'*expromissio* ou novation par changement de débiteur. Dans cette hypothèse, le tiers qui intervient n'accède pas à la dette d'autrui; il l'éteint et en contracte une nouvelle; il ne pourrait donc invoquer le bénéfice de discussion.

Nous avons également parlé du cas où, parmi plusieurs débiteurs solidaires, un seul est véritablement intéressé dans la dette. Les autres, qui sont en réalité des cautions, seront, vis-à-vis du créancier, traités comme des co-débiteurs solidaires. Leur qualité de caution n'apparaîtra que dans leurs rapports avec le débiteur intéressé.

Il se peut que la caution se soit engagée solidairement avec le débiteur, mais *à titre de caution*. La question est alors de savoir si la caution solidaire doit être traitée, dans ses rapports avec le créancier, comme un débiteur solidaire? Nous l'examinerons sous l'art. 2021.

174. La clause de *porte-fort*, prévue par l'art. 1120 (Voy. t. VII, n° 43), présente une certaine analogie avec le cautionnement à ce point que, quelquefois, elle est improprement désignée par cette expression. Mais elle en diffère en ce que l'engagement qui peut en résulter est principal, tandis que l'engagement de la caution est toujours accessoire.

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 151; Comp. GUILLOUARD, n° 34.

Le porte-fort, en effet, ne garantit pas l'exécution d'une obligation, il se borne à en promettre l'existence. Ainsi celui qui s'est porté fort vis-à-vis d'un propriétaire qu'un tiers achètera sa maison sera dégagé par le fait de l'achat réalisé, mais ne garantira pas le paiement.

Un porté fort peut intervenir même après la conclusion d'un contrat déterminé. On peut, par exemple, se porter fort qu'un mineur ratifiera, quand il sera devenu majeur, un acte par lui passé en état de minorité. C'est ce qui a lieu souvent dans les actes de partage. Quand les ratifications promises ont été données, le porté fort est libéré (1).

Nous devons faire une observation au sujet de l'aliénation faite par la femme de son immeuble dotal, en dehors des cas où cette aliénation est permise. Si l'on considère cette aliénation comme entachée d'une nullité absolue, un tiers ne pourrait intervenir à la vente, comme caution, pour garantir l'acquéreur contre l'action de la femme tendant à faire révoquer l'aliénation. Mais il pourra se porter fort que cette action ne sera pas intentée par la femme.

Si l'on pense, au contraire, suivant le système que nous avons cru devoir adopter, que l'aliénation dont il s'agit, est entachée d'une nullité simplement relative, on devra décider que l'efficacité de la vente faite par la femme pourra être garantie au moyen d'un cautionnement. (Voy. t. IX, n° 488 (2).

175. Enfin remarquons qu'il ne saurait y avoir aucune analogie, même apparente, entre le cautionnement, impliquant l'intention de s'obliger et la recommandation ou le conseil qui sont exclusifs de cette même intention. S'il y avait doute sur la véritable intention des parties, il appartiendrait aux juges du fait de la rechercher et de décider en

(1) Bruxelles, 18 mai 1880, *Pas.*, 80, 2, 353.
(2) GUILLOUARD, n° 57.

conséquence (1). Leur décision sur ce point est souveraine, comme dans tous les autres cas où il s'agirait de constater l'existence d'un cautionnement, sauf l'hypothèse où cette décision dénaturerait la convention réellement intervenue entre les parties (2).

Lorsque la validité d'un engagement litigieux n'a pas été contestée devant les juges du fond, on ne peut présenter, pour la première fois, devant la Cour de cassation, le moyen tiré de ce que les juges du fait auraient dénaturé les termes de la convention en en faisant ressortir un prétendu cautionnement (3).

N° 2. — *Étendue du cautionnement. — Preuve.*

176. — Limites de l'obligation résultant du cautionnement, art. 2013.
177. — L'obligation de la caution ne peut être plus onéreuse que celle du débiteur principal, application.
178. — Sanction. Quand elle est plus onéreuse elle est seulement réductible.
179. — Comment s'opère la réduction.
180. — La partie cautionnée demeure étrangère au cautionnement, art. 2014.
181. — Preuve du cautionnement, art. 2015.
182. — Du cautionnement limité; règles d'interprétation; jusqu'où il s'étend.
183. — Du cautionnement non limité; jusqu'où il s'étend, art. 2016.
184. — Cautionnement d'un bail.
185. — Cautionnement de l'obligation de livrer un corps certain.
186. — Des frais de la première demande dont parle l'art. 2016.
187. — Cessibilité du cautionnement; transmissibilité des droits et obligations qui en dérivent, art. 2017.

176. Il s'agit maintenant de savoir ce que contient l'engagement de la caution, et jusqu'où il peut s'étendre.

La réponse est fournie par la formule que nous avons

(1) Toulouse, 1er fév. 1889, D. 90, 2, 53; Nancy, 9 avr. 1870, D. 72, 2, 193.
(2) Cass. 8 fév. 1886, D. 86, 1, 469.
(3) Cass. 29 oct. 1894, S. 96, 1, 124.

déjà trouvée dans l'art. 2011 : *La caution s'est soumise envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même.*

C'est-à-dire que l'obligation du débiteur doit, en principe, servir de mesure à l'obligation de la caution quand il s'agit de déterminer la limite *maxima* que celle-ci ne doit pas dépasser, sans qu'il soit néanmoins nécessaire qu'elle l'atteigne.

En d'autres termes :

ART. 2013. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. — Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses. — Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (*).

Nous savons qu'en matière de solidarité, chacun des co-débiteurs peut être tenu différemment (art. 1201). Il n'en est pas de même pour la caution qui s'est obligée solidairement avec le débiteur principal. Il faudra appliquer à cette situation notre art. 2013 et non l'art. 1201.

177. La prestation ou la chose considérée dans son ensemble (*causa*), que la caution est obligée de fournir, doit être la même que celle qui est à la charge du débiteur principal. Sous prétexte que l'argent est l'estimation commune de toutes les choses, la caution ne serait pas admise à se libérer, par le paiement d'une somme d'argent, de l'obligation de livrer une autre chose, sauf en ce qui concerne les denrées dont le prix est réglé par les mercuriales (1).

Si la chose à payer par l'intervenant était autre que celle due par le débiteur principal, il n'y aurait pas cautionnement, mais un contrat innomé créant une obligation principale subordonnée à la condition que le débiteur n'exécutera pas son obligation. Pour que la convention constitue

(*) Art. 2013. — L. 8 § 7, 8, 9, 10 et 11, D. 46, 1, *De fidejuss. et mand.*

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 368; GUILLOUARD, n° 65.

un cautionnement, il faut que la chose promise soit la même.

Il suit de là que l'obligation de la caution ne peut pas être plus grande ou plus onéreuse (*durior*) que l'obligation du débiteur principal, mais elle peut être moins onéreuse (*levior*) (1), c'est-à-dire restreinte ou plutôt *limitée*, de manière à contenir moins que l'obligation principale.

Cette règle concerne uniquement la prestation à accomplir, considérée objectivement, et non le lien juridique formé entre la caution et le créancier. Ainsi la caution peut être tenue plus strictement (*arctius*), comme cela a lieu quand elle garantit civilement une obligation naturelle. Elle peut aussi renforcer le lien personnel qui l'oblige en créant un lien réel au moyen d'une constitution d'hypothèque. Elle n'est pas pour cela obligée plus durement, puisque déjà, en vertu du lien personnel, le créancier avait action sur ses biens (2).

Le point de savoir si l'engagement contracté par la caution est *durior* par rapport à l'obligation principale doit s'estimer d'après Pothier, non seulement *quantitate*, mais aussi *die*, *loco*, *conditione*, *modo* (3).

a). *Quantitate.* Ainsi la caution ne peut s'obliger à subir une capitalisation d'intérêts quand le débiteur n'est tenu qu'au paiement des intérêts simples (4). Si on suppose que des intérêts non dus par le débiteur sont promis par la caution en échange d'un avantage concédé par le créancier au débiteur, par exemple d'un délai plus long pour le paiement, on sort de l'hypothèse, puisque cette dernière clause constitue une convention distincte du cautionnement lui-même (5). L'engagement de la caution sera inefficace

(1) L. 8 § 7, D. 46, 1, *De fidejuss.*

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 162; ARNTZ, t. IV, n° 1495; Comp. GUILLOUARD, n° 64.

(3) *Des oblig.*, n° 370.

(4) Cass. 2 fév. 1886, D. 86, 1, 233.

(5) Comp. GUILLOUARD, n° 62.

comme étant plus onéreux que celui du débiteur principal.

Il devra encore être considéré comme étant *durior :*

b). *Die*, quand elle a promis de payer à un terme plus court que celui dont jouissait le débiteur. La caution profitera, en fait, du délai de grâce ou de sursis accordé au débiteur principal, en ce sens qu'elle ne pourra être poursuivie pendant la durée de ce délai, puisque la discussion du débiteur se trouve suspendue (1);

c). *Loco*, lorsqu'elle a promis de payer dans un lieu moins commode pour le paiement que celui où le débiteur doit payer;

d). *Conditione*, quand elle a promis de payer purement ou à terme ce que le débiteur doit sous condition suspensive;

e). *Modo*, lorsqu'elle a promis conjointement deux choses que le débiteur doit sous une alternative ou lorsqu'elle a promis sous une alternative, au choix du créancier, ce que le débiteur doit sous une alternative à son choix.

178. Les solutions que nous venons d'indiquer sont, en général, conformes à celles qui étaient admises en droit romain.

On fait cependant observer que la sanction n'était pas la même en droit romain qu'en droit français. D'après notre article 2013, le cautionnement contracté *in duriorem causam* n'est pas nul, mais seulement réductible, tandis que, en droit romain, il aurait été absolument nul (2). Cette dernière décision est critiquée par le motif que : « La caution qui s'est obligée à plus que le débiteur principal a du moins voulu s'obliger à payer autant, et aucun principe ne s'oppose à ce que son obligation produise effet dans cette limite (3). » Mais les Romains n'ont jamais méconnu ce point de vue et

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 163.

(2) L. 8 § 6, D. 46, 1, *De fidejuss.*

(3) GUILLOUARD, n° 39; Comp. POTHIER, *Oblig.*, n° 375; Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 164.

ils y sont demeurés fidèles chaque fois que le cautionnement se produisait dans une forme permettant de rechercher, pour s'y conformer, la véritable intention des parties. Ainsi, dans le pacte de constitut (*debiti alieni*), bien que le constituant ne pût s'obliger *in duriorem causam*, l'engagement établi au mépris de cette règle n'était pas nul, mais seulement sujet à réduction (1). S'il en était autrement quand le cautionnement se produisait dans la forme de la fidéjussion, c'est que la fidéjussion était un contrat de droit strict.

C'est naturellement la règle reçue pour le pacte de constitut qui a prévalu dans notre ancienne jurisprudence et a, finalement, été consacrée par l'art. 2012.

179. Le cautionnement *in duriorem causam* est donc aujourd'hui simplement réductible.

La réduction sera facile à opérer si l'excès du cautionnement porte seulement sur la quantité, par exemple sur le chiffre de la somme promise. Mais cette hypothèse n'est pas la seule, et les juges sont investis du droit de faire la réduction, même lorsque la *durior causa* se manifeste d'une autre manière.

Ainsi, quand l'obligation cautionnée est à terme, on décide que la caution profitera du terme, quand même elle se serait obligée pour un terme plus court. De même, si la caution a promis purement et simplement ce que le débiteur doit seulement sous condition, on admet que l'obligation de la caution sera soumise à la même condition que celle du débiteur principal.

Ces solutions ne peuvent évidemment soulever aucune objection. Mais il n'en est pas de même pour celles qui ont été proposées dans les hypothèses où la réduction à opérer ne peut avoir lieu qu'en dénaturant ou transformant la convention originaire.

(1) L. 1 § 8, L. 11 § 1, L. 12, D. 13, 5, *De const. pec.*

Le débiteur, par exemple, devant une seule chose, on suppose que la caution a promis cette chose ou une autre sous une alternative. Dans ce cas, dit-on, il faudra ramener l'obligation de la caution à une obligation pure et simple; on évitera que l'obligation de la caution soit plus onéreuse que celle du débiteur principal, en convertissant l'obligation alternative en une obligation facultative.

Si, au contraire, le débiteur doit deux choses sous l'alternative, et la caution une de ces choses seulement, il y aura lieu, dit-on, de rendre alternative l'obligation de la caution, en attribuant à celle-ci la faculté de payer la seconde chose comprise dans l'alternative existant à la charge du débiteur principal...

Tout cela s'appelle : *opérer la réduction de l'obligation de la caution*, par application de cette vérité que la caution qui s'est obligée à plus que le débiteur principal, a du moins voulu s'obliger à payer autant! Heureusement que ces fantaisies n'ont qu'une valeur théorique, et que la pratique n'en a jamais entendu parler.

180. Le contrat de cautionnement intervient seulement entre le créancier et la caution. Le débiteur y reste étranger.

Donc,

ART. 2014. On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. — On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné (*).

La caution de la caution prend le nom de certificateur de caution.

Quand la dette est cautionnée par ordre du débiteur, il se forme alors un contrat de mandat entre celui-ci et la caution.

Si la dette est cautionnée sans ordre du débiteur, mais à sa connaissance et sans opposition de sa part, le mandat intervenu entre lui et la caution sera tacite.

(*) Art. 2014. — L. 30, L. 8 § 10, D. 46, 1, *De fidejussor. et mand.*

Le cautionnement pourra avoir lieu à l'insu du débiteur, car le créancier n'a pas de communication à lui faire pour prendre ses sûretés. Dans ce cas, il pourra y avoir entre le débiteur et la caution quasi-contrat de gestion d'affaires. Si le cautionnement a été donné malgré le débiteur, il n'y a ni mandat, ni gestion d'affaires, ni rapport juridique quelconque; il n'y a qu'un fait anormal à raison duquel la loi ne donne pas d'action (1); quelques auteurs cependant accordent l'action *de in rem verso* (2).

181. Nous avons déjà vu que le contrat de fidéjussion n'est soumis à aucune forme spéciale. Il n'est donc pas nécessaire de le constater par écrit (3).

Cependant,

ART. 2015. Le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté (*).

Cela veut dire que le contrat de cautionnement ne peut être tacite, ni être admis par voie d'induction, ni résulter, comme nous l'avons déjà dit, d'un simple conseil ou d'une recommandation (4). Il faut une déclaration expresse, soit verbale, soit par écrit, et dans ce cas, par acte authentique ou sous seing privé, ou même par correspondance.

C'est d'ailleurs la volonté de celui qui se porte caution qui doit seule être manifestée expressément. Le consentement du créancier envers qui le cautionnement est contracté peut n'être que tacite conformément aux règles du droit commun (5).

Tout cela s'applique aux promesses de cautionnement. La

(*) Art. 2015. — L. 6, C. 8, 41, *De fidejussor. et mand.*

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 236; Comp. AUBRY et RAU, § 427, notes 14 et 15, et les autorités citées.

(2) Voy. notamm. ARNTZ, t. IV, n°s 1523-1525.

(3) 23 oct. 1894, D. 95, 1, 226.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 946; Voy. cep. Chambéry, 2 déc. 1878, S. 79, 2, 53.

(5) LAURENT, t. XXVIII, n° 157; Comp. GUILLOUARD, n° 43.

promesse acceptée d'un cautionnement équivaut au cautionnement lui-même (1).

Lorsque le cautionnement est donné verbalement, la preuve testimoniale n'en est admise que conformément aux art. 1341 et suiv.

Une simple signature ajoutée par un tiers au bas d'un acte portant reconnaissance de dette pourrait être considérée comme un commencement de preuve par écrit du cautionnement de la dette par ce tiers (2).

182. Le cautionnement étant prouvé ou n'étant pas contesté, il pourra y avoir lieu de l'interpréter.

Il faut alors distinguer :

Si la caution a déclaré *cautionner la dette*, purement et simplement, sans indication d'aucune limite qui vienne restreindre l'étendue de la garantie promise, on dit que le cautionnement est *illimité* par rapport à l'obligation principale envisagée. C'est aux juges du fait qu'il appartient de constater le caractère illimité ou indéfini du cautionnement (3).

Mais si la caution s'est engagée *in leviorem causam*, si elle n'a garanti qu'une partie de la dette, si elle s'est obligée sous condition quoique la dette fût pure et simple, si elle a stipulé un terme plus long que celui appartenant au débiteur, ou un lieu plus commode pour le paiement que celui où le débiteur a promis de payer, on dit alors que le cautionnement est *limité*.

Le cautionnement ainsi limité doit être interprété restrictivement. Il faudra, s'il y a doute, interpréter la convention dans le sens le plus favorable à la caution. C'est ce que notre art. 2015 veut exprimer en disant qu'on ne peut éten-

(1) GUILLOUARD, n° 28.
(2) Gand, 20 juill. 1889, *Pas.*, 90, 2, 77.
(3) Cass. 22 juill. 1891, D. 93, 1, 259.

dre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté (1).

La règle en pareille matière a été ainsi formulée : *non extenditur de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus.*

La prohibition d'étendre un cautionnement *de re ad rem* trouve une application intéressante en matière de bail dans l'art. 1740 portant que la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation du bail dans les cas de tacite réconduction (Voy. t. X, n° 336); de même la caution donnée pour le paiement du loyer ne serait pas tenue en cas d'incendie, ni pour les abus de jouissance et dégradation à la chose louée (2). Le cautionnement pour le capital ne s'étend pas aux intérêts (3); celui qui est donné pour les intérêts simples ne s'applique pas à la capitalisation des intérêts (4), celui qui concerne des sommes *à prêter* ne garantira pas les reconnaissances de dettes faites par le débiteur pour des sommes prêtées antérieurement (5), etc. Mais si des fonds envoyés par un banquier dont la créance était cautionnée ont été reçus par un représentant du destinataire, la caution sera tenue si ce représentant ou mandataire détourne les fonds, car le fait du mandataire qui a reçu est le fait du mandant (6).

Du reste dans toutes ces questions il s'agit, avant tout, de rechercher quelle a été la véritable intention des parties. Ainsi ce ne serait pas violer la loi qui défend d'étendre le cautionnement que d'interpréter, par l'intention des parties,

(1) Trib. Bruxelles, 5 mai 1886, *Pas.*, 86, 3, 169.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 175; GUILLOUARD, n° 69.
(3) Cass. 12 janv. 1842, S. 42, 1, 138.
(4) Cass. 2 fév. 1886, S. 87, 1, 5.
(5) Cass. 14 juill. 1845, S. 45, 1, 484.
(6) Cass. 18 fév. 1861, S. 61, 1, 417; Conf. GUILLOUARD, n° 70; *Contrà*, LAURENT, t. XXVIII, n° 173.

l'acte qui le constate, de manière à y comprendre une dette antérieure en date au crédit *à ouvrir* pour sûreté duquel le cautionnement a été donné (1).

Le cautionnement ne peut être étendu *de personâ ad personam*. Ainsi en cas de novation par changement de débiteur, la caution ne garantit pas la dette du nouveau débiteur, art. 1281 (Voy. t. VIII, n° 125).

En cas de cession, ou plutôt en cas de vente de l'usufruit, il faut décider, en vertu du même principe, que la caution de l'usufruitier vendeur ne répond pas des obligations de celui qu'on appelle l'usufruitier cessionnaire. Dans notre doctrine, en effet, le ci-devant usufruitier ne répond pas de la gestion de son cessionnaire (Voy. t. IV, n° 208). La caution est donc déchargée, sauf au nu-propriétaire à exiger une nouvelle caution (2). De même le cautionnement d'une ouverture de crédit au profit d'une société, ne s'étend pas aux dettes contractées par un des associés après la dissolution de la société (3).

Enfin l'engagement de la caution ne peut être étendu *de tempore ad tempus*. Si, par exemple, une caution s'engage à garantir, pour une période déterminée, un crédit ouvert, elle ne peut être déclarée responsable des avances que le créditeur a faites après l'expiration de la période envisagée (4).

On prétend que notre règle signifie : « Que le créancier et le débiteur principal ne peuvent, *par un nouvel accord* reculant l'exigibilité de la dette, obliger la caution au-delà du terme *pour lequel elle a voulu s'engager* (5). » C'est là une erreur ; ce cas est prévu et régi par l'art. 2039. Dans notre hypothèse il s'agit uniquement d'interpréter l'intention com-

(1) Cass. belge, 27 déc. 1849, *Pas.*, 50, 1, 53.
(2) GUILLOUARD, n° 71 ; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 426, texte et note 1.
(3) Trib. Verviers, 6 janv. 1876, *Pas.*, 76, 3, 43.
(4) Trib. Liège, 15 déc. 1883, *Pas.*, 85, 3, 29.
(5) GUILLOUARD, n° 73.

mune du créancier et du débiteur, quant à la durée de la période pendant laquelle le cautionnement doit fonctionner. Il ne saurait être question de l'influence exercée par une convention postérieure à l'acte de cautionnement et à laquelle la caution est demeurée étrangère.

183. Le cautionnement limité dont nous venons de parler, ne comprend pas les accessoires de la dette ; il en est autrement du cautionnement qui est *indéfini* ou *illimité*, dans le sens relatif qui est donné à cette expression ;

ART. 2016. Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution (*).

Le juge appréciera, en fait, si le cautionnement était limité ou illimité. Quand le cautionnement est reconnu illimité, il doit s'étendre à l'ensemble des opérations qui ont pour résultat de rendre le cautionné comptable vis-à-vis du créancier dans l'ordre d'idées envisagé par les parties (1).

Les intérêts soit légaux, soit conventionnels, soit même moratoires, apparaissent tout d'abord comme formant les accessoires d'une obligation de payer un capital (2). On a cependant soulevé quelques difficultés en ce qui touche les intérêts moratoires. Le retard pourrait, en effet, être considéré comme un fait personnel au débiteur, et par suite, l'obligation de payer les intérêts moratoires ne serait pas un effet direct de la convention. Une mise en demeure adressée au débiteur principal ne serait donc pas suffisante pour faire courir les intérêts vis-à-vis de la caution; il faudrait à l'égard de celle-ci une assignation en justice. Quoique une telle observation présente quelque chose de fondé, il n'en est pas moins vrai que les intérêts moratoires résultent du con-

(*) Art. 2016. — L. 50 § 2, L. 58, D. 46, 1, *De fidejussor. et mand.*
(1) Cass. 22 juill. 1891, S. 93, 1, 310.
(2) Cass. 22 juill. 1891, D. 93, 1, 259; AUBRY et RAU, § 426, texte et note 3; LAURENT, t. XXVIII, n° 178; GUILLOUARD, n° 25.

trat qui a permis de mettre le débiteur en demeure, ce sont donc des accessoires de l'obligation principale.

184. Le cautionnemeet donné pour l'exécution d'un bail, sans autre précision, et par conséquent sans autre restriction, est incontestablement indéfini ou illimité. La caution devra donc répondre non seulement du paiement des fermages, mais encore des dégradations, du remboursement des dettes existant, en vertu du bail, au profit du bailleur, des dommages-intérêts auquel ce dernier aurait droit, etc.

Répondra-t-elle de l'indemnité due par le preneur à raison de l'incendie des bâtiments loués? On ne voit pas d'où pourrait venir la difficulté. Il n'y a pas de raison pour modifier en cas d'incendie, les solutions qui précèdent pour les dégradations survenues pendant la durée du bail à la chose louée (Voy. t. X, n° 315). Le preneur, débiteur d'un corps certain, est tenu de le restituer, à la fin du bail, non détérioré par suite d'un événement dont il est responsable. La caution doit garantir cette obligation comme elle garantit l'exécution de toutes les autres (1). Cependant la jurisprudence admet en général une solution différente (2). Mais la plupart de ses décisions paraissent se rapporter à des espèces où d'après l'intention des parties, interprétée par les juges du fait, l'engagement de la caution se trouvait restreint aux faits qui étaient entrés dans les prévisions de cette dernière (3), de sorte qu'il ne s'agissait plus d'un cautionnement illimité, mais au contraire d'un cautionnement limité.

185. Le cautionnement indéfini de l'obligation de livrer un corps certain comprend donc les indemnités qui peuvent être dues soit par la faute du débiteur, soit à cause de la

(1) Chambéry, 10 avr. 1867, S. 67, 2, 212; Aubry et Rau, § 426, texte et note 5; Guillouard, n° 76.

(2) Cass. 3 juill. 1872, S. 72, 1, 294; Douai, 12 déc. 1854, D. 55, 2, 138.

(3) Laurent, t. XXVIII, n°s 176-177.

perte de la chose survenue pendant la *mora* de ce dernier. La caution répond même des dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution du débiteur. Ce point est digne de remarque. En effet, en matière de solidarité, l'art. 2105 dispose que si la chose a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, les autres ne sont pas déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ne sont pas tenus des dommages-intérêts. Or, nous avons vu qu'il aurait mieux valu adopter pour les dommages-intérêts la même solution que pour l'estimation de la chose (Voy. t. VII, nos 317 et 318). Quoi qu'il en soit, la caution, dans le cas envisagé, se trouve traitée plus rigoureusement qu'un débiteur solidaire, et c'est l'art. 2016, et non l'art. 1205 qui devra être appliqué à la caution solidaire. Pour les intérêts moratoires, au contraire, la situation de la caution est la même que celle des débiteurs solidaires, car, d'après l'art. 1207, la mise en demeure d'un seul fait courir les intérêts à l'égard de tous. Nous avons déjà fourni l'explication de toutes ces particularités (Voy. t. VII, nos précités, et no 320).

186. Notre art. 2016 met au nombre des accessoires dont la caution indéfinie est tenue, les frais de la *première demande*, ou plutôt *les premiers frais* de la demande exposés par le créancier pour obtenir le paiement, c'est-à-dire les frais de commandement ou d'ajournement, selon les cas. Pour les autres frais, la caution ne sera tenue qu'à l'égard de ceux postérieurs à la dénonciation qui lui en sera faite; elle peut, en effet, avoir intérêt à empêcher des poursuites, peut-être inutiles, en payant elle-même.

L'art. 2016 suppose que le créancier est demandeur dans l'instance ou dans les poursuites dirigées contre le débiteur. Il faut évidemment étendre sa décision aux frais qui seraient rendus nécessaires par la résistance ou les défenses opposées par le débiteur aux poursuites dirigées contre lui.

Que faudrait-il décider s'il s'agissait d'une véritable demande introduite contre le créancier par le débiteur lui-même, pour faire juger que le créancier ne remplit pas, de son côté, les obligations dont il est tenu vis-à-vis du débiteur? On a jugé que, si le débiteur succombe, la caution sera tenue de tous les frais, considérés comme accessoires de la dette, alors même que la dénonciation ne lui aurait pas été faite (1). On a critiqué cette décision, parce qu'il paraît injuste de faire supporter certains frais à la caution *qui n'a pas été mise à même, par une dénonciation faite en temps utile, d'arrêter l'instance commencée* (2). Mais comment s'y prendra la caution pour arrêter cette instance? Voudrait-on faire allusion à une intervention amiable de sa part auprès du débiteur principal? Cela serait assez puéril. En réalité, il n'y a qu'un moyen pour une caution d'arrêter l'instance dont on parle, c'est de payer elle-même le créancier en enlevant ainsi au débiteur tout intérêt à continuer le procès, mais aussi en renonçant, par le fait, au bénéfice de discussion, et encore ce moyen ne sera pas toujours efficace si le débiteur, qui ne conteste pas la dette dont il est tenu, soutient seulement que le créancier n'exécute pas les obligations existant à sa charge. Aussi croyons-nous qu'il faut rejeter les deux solutions que nous venons d'exposer et qu'il y a lieu de faire la distinction suivante :

Le procès intenté par le débiteur contre le créancier peut n'être qu'un moyen de se soustraire à l'exécution de ses engagements; c'est véritablement un cas d'inexécution. Le débiteur n'est demandeur qu'en apparence; il n'a pris l'offensive que pour mieux résister à une juste réclamation. En pareille hypothèse, les frais doivent être considérés

(1) Bordeaux, 19 juill. 1849, D. 50, 2, 59; Conf. LAURENT, t. XXVIII, n° 179.

(2) GUILLOUARD, n° 78.

comme accessoires de la dette, sans qu'une dénonciation quelconque soit nécessaire à l'égard de la caution. Si le procès est au contraire sérieux et tend uniquement à faire déterminer l'étendue des obligations dont le créancier peut être tenu de son côté, il faut reconnaître qu'on se trouve en dehors des prévisions de l'art. 2016, que le débiteur est véritablement demandeur et que les frais du procès ne peuvent être considérés comme étant l'accessoire d'une dette dont le sort n'est pas en jeu. Les juges du fait auront à apprécier quel est le véritable caractère du procès.

187. Le cautionnement étant une sûreté accessoire de la créance garantie, peut être cédé avec la créance elle-même; il peut être exercé, comme le droit de créance, par les créanciers de celui qui en est investi; enfin, il est transmissible aux héritiers de ce dernier.

D'un autre côté,

ART. 2017. Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée.

Cela était inutile à dire, car il n'y avait pas à craindre que l'on voulût appliquer les règles qui étaient en vigueur à l'époque où le cautionnement se faisait sous forme de *spontio* ou de *fidepromissio*. Contracté sous cette forme, l'engagement des cautions ne passait pas à leurs héritiers (1). Il en fut autrement quand la fidéjussion prévalut (2).

La loi du 22 juillet 1867 a rendu sans objet l'exception relative à la contrainte par corps.

Si le cautionnement a été contracté pour une dette future et éventuelle, les engagements de la caution passent à ses héritiers, lors même qu'au moment du décès de la caution la dette n'existerait pas encore.

(1) GAIUS, § 190, tit. II.
(2) JUST., § 2, lib. 3, tit. XX.

N° 3. — *Conditions que doit remplir la caution.*

188. — Capacité et domicile de la caution, art. 2018.
189. — Solvabilité de la caution, art. 2019.
190. — Des biens suffisants que doit posséder la caution.
191. — Du cas où la caution devient insolvable, art. 2020.

188. Lorsque la caution est indiquée dans la convention, qu'elle intervient dans l'acte même et qu'elle accepte, il va de soi qu'aucune discussion n'est possible sur le point de savoir si elle peut être agréée ou refusée.

Mais dans tous les autres cas, même lorsqu'il s'agit d'un cautionnement légal ou judiciaire, il faut voir si la caution offerte remplit les conditions nécessaires pour que le créancier soit tenu de l'accepter.

ART. 2018. Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée (*).

La première condition que doit remplir la caution offerte est d'avoir la capacité de s'obliger comme caution. Nous avons déjà vu en quoi consiste cette capacité, nous n'avons pas à y revenir.

La loi exige en outre que la caution soit domiciliée dans le ressort de la Cour d'appel où elle doit être donnée. Mais la loi a négligé d'indiquer dans quel lieu elle doit être donnée. De là un certain doute qui a soulevé une controverse. Comme c'est surtout dans l'intérêt du créancier que sont prescrites les conditions indiquées par l'art. 2018, on décide généralement que le doute résultant du silence de la loi doit se résoudre en faveur du créancier, et que la caution doit être fournie au domicile du créancier (1).

(*) Art. 2018. — L. 3, D. 46, 1, *De fidejussor. et mandat.*; L. 2, L. 6, 7, D. 2, 8, *Qui satisdare cog.*

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 193; GUILLOUARD, n° 107; *Contrà*, PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 131.

Cette disposition de l'art. 2018 paraît d'ailleurs peu réfléchie. Ce qui importe au créancier, c'est la solvabilité de la caution. Or, nous verrons que, d'après les termes de l'art. 2019, *la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières...* Dans ces conditions, qu'est-ce que cela fait au créancier d'avoir sa créance garantie par une caution domiciliée dans le même ressort que lui, si les immeubles de cette caution sont situés dans un autre ressort? C'est dans ce ressort, si cela devient nécessaire, que les immeubles de la caution devront être saisis et vendus, et qu'il faudra plaider sur tous les incidents de la poursuite.

La difficulté, du reste, est bien amoindrie, si on admet que le domicile exigé de la caution peut être aussi bien un domicile élu qu'un domicile réel. Le domicile d'élection permet en effet d'atteindre le même but que le domicile réel, puisqu'il place la caution sous la main du créancier et détermine la compétence judiciaire pour l'action personnelle (1).

Quoi qu'il en soit, l'opinion d'après laquelle la caution doit être donnée au domicile du créancier peut quelquefois donner lieu à des solutions absolument arbitraires. Ainsi, quand il y a plusieurs créanciers domiciliés dans différents ressorts de Cour d'appel, on décide que le juge doit apprécier, d'après les circonstances, quel est le domicile dont le choix sera le plus favorable à l'ensemble des créanciers. Une difficulté analogue se présente encore à l'égard du légataire d'un usufruit (art. 601) et de l'héritier bénéficiaire (art. 607). Quelques auteurs décident en ce qui les concerne, *parce que tel est l'intérêt du créancier*, qu'ils doivent présenter caution dans le ressort de la cour où la succession est ouverte (2).

(1) DURANTON, t. XVIII, n° 325; GUILLOUARD, n° 105.
(2) *Pandectes belges*, v° *Cautionnement*, n°s 131 et suiv.

Quant à la caution *judicatum solvi*, elle doit avoir son domicile dans le ressort où se trouve le tribunal saisi du procès. C'est en effet au greffe de ce tribunal que la caution doit être présentée.

Il ne suffit pas que les conditions de domicile exigées de la caution soient par elle remplies au moment où elle a été reçue. Ces conditions doivent encore persister tant que dure l'engagement de la caution. Si donc celle-ci vient à transporter son domicile dans un autre ressort, le créancier est fondé à demander au débiteur principal une autre caution, celle qui avait d'abord été donnée n'ayant plus la qualité qu'elle devait avoir (1).

189. La caution doit satisfaire encore à d'autres exigences, il faut, d'après notre art. 2018, qu'elle ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, c'est-à-dire qu'elle doit être solvable.

ART. 2019. La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique.

— On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation (*).

La fortune mobilière a paru trop fugitive pour pouvoir être prise en considération; c'est ce que pensait Treilhard (2).

Mais le code, en admettant cet aperçu tout à fait en rapport avec les préjugés de l'époque, déclare faire une exception *en matière de commerce*, Pourquoi?

C'est, dit-on, parce que : « Dans le commerce, on possède rarement des immeubles; la fortune du commerçant est surtout en capitaux....., et si l'on exigeait en cette matière la solvabilité immobilière de la caution, on rendrait souvent

(*) Art. 2019. — L. 25, D. 50, 17, *De div. reg. juris.*

(1) AUBRY et RAU, § 425; LAURENT, t. XXVIII, n° 198; GUILLOUARD, n° 106.

(2) FENET, t. XV, p. 39.

impossible aux commerçants les plus riches d'accepter le rôle de caution (1). » Cette raison n'est pas bien sûre, car on n'a pas hésité, en matière civile, à rendre impossible aux particuliers non commerçants les plus riches d'accepter le rôle de caution. Il importe peu d'ailleurs que la caution soit commerçante ou non, c'est la dette qui doit être commerciale (2). Ce qui est plus vrai, c'est que, lorsqu'il s'agit de cautionner une dette commerciale, l'affaire demande une célérité incompatible avec l'examen de la solvabilité immobilière de la caution (3).

Quoi qu'il en soit, l'exception visée par le texte n'est pas de nature à recevoir une application fréquente, car, en matière commerciale, des cautionnements ostensibles et directs ne sont guère en usage.

L'art. 2019 indique une autre exception pour les cas où il s'agit d'une dette modique. C'est un point laissé à l'appréciation des juges.

190. Sauf dans les deux cas exceptés dont il vient d'être parlé, il faut que la caution possède *un bien suffisant.*

Par le mot *bien,* la loi n'entend pas que la caution soit tenue de fournir une hypothèque; elle se contente du gage général résultant, d'après l'art. 2092, de tout engagement personnel. Le créancier ne saurait donc avoir la prétention de faire inscrire une hypothèque en vertu du jugement qui reçoit la caution.

Le bien doit être suffisant, ce qui sera apprécié par le juge. Un immeuble grevé d'hypothèques ou de droits réels quelconques absorbant sa valeur entière ne pourrait être accepté. Si la valeur entière n'est pas absorbée, on en défalquera l'estimation du droit réel ou l'importance de

(1) GUILLOUARD, n° 87.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 190; GUILLOUARD, n° 88.
(3) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 119.

l'hypothèque, et le surplus seulement entrera dans l'appréciation à faire (1). Une hypothèque légale, quand il n'est encore justifié d'aucune cause certaine de créance, ne pourrait motiver un refus de la caution (2).

On n'aura point égard aux immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Mais il n'est pas nécessaire que les immeubles soient situés dans le ressort de la Cour d'appel où la caution doit être donnée. Treilhard qui, dans son *exposé des motifs*, déclare le contraire, s'est trompé en fait.

On n'aura pas égard davantage aux immeubles litigieux. Mais la loi n'exige pas, pour que l'immeuble soit réputé litigieux, qu'il y ait procès comme dans le cas de l'art. 1700. Les juges apprécieront (3).

Le créancier demeure toujours libre d'accepter une caution qui ne réunit pas les conditions légales. S'il la refuse, ce sera au débiteur à prouver qu'elle possède des biens suffisants, qu'elle est domiciliée dans le ressort de la Cour d'appel. Si le créancier objecte seulement que les immeubles possédés par la caution sont litigieux, c'est à lui de faire la preuve de ce fait (4).

191. Lorsque la caution donnée devient insolvable qui, du créancier ou du débiteur, doit supporter les suites de cette insolvabilité?

C'est toujours le débiteur, peu importe qu'il s'agisse d'une caution légale, conventionnelle ou judiciaire.

Par conséquent,

(1) AUBRY et RAU, § 425; LAURENT, t. XXVIII, n° 191; GUILLOUARD, n° 92.

(2) Riom, 11 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92, 2, 39; Rouen, 10 mars 1870, D. 71, 2, 190.

(3) AUBRY et RAU, § 425, texte et note 7; LAURENT, t. XXVIII, n° 190; GUILLOUARD, n° 91.

(4) LAURENT, t. XXVIII, n° 194; GUILLOUARD, n° 93.

ART. 2020. Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. — Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution (*).

Dans ce dernier cas, en effet, la caution a été choisie par le créancier lui-même, à ses périls et risques. L'art. 2020 ne consacre que cette seule exception pour le cas où le cautionnement a été une condition de l'obligation. Si la caution est volontairement intervenue au contrat, ou a été offerte par le débiteur, sans que le créancier l'ait demandée, le remplacement de la caution ne saurait être réclamé, car on est alors en dehors de l'hypothèse prévue par le texte (1). La solvabilité de la caution devra d'ailleurs être appréciée, quand il y aura lieu, après sa réception, comme le veut l'art. 2018, et le créancier pourra en demander une autre toutes les fois que la situation de celle-ci sera devenue telle qu'il aurait pu refuser de l'accepter si cette situation eût existé au moment où la caution lui a été offerte (2). Il ne s'agit donc pas de l'insolvabilité ordinaire résultant de la faillite ou de la déconfiture. Si la solvabilité du débiteur est seulement diminuée, celui-ci sera autorisé à fournir une caution supplémentaire, par analogie avec la solution donnée par l'art. 2131 (3).

Le créancier de plusieurs débiteurs solidaires ne peut exiger un supplément de garanties si l'un de ceux-ci devient insolvable, quand bien même l'insolvable ne serait, au fond, qu'une caution. Au contraire, dans le cas où il y a plusieurs cautions le créancier pourra invoquer l'art. 2020 si l'une d'elles devient insolvable, même dans le cas de cautions solidaires, car la caution solidaire demeure toujours soumise aux

(*) Art. 2020. — L. 3 *in fine*, D. 46, 1, *De fidejussor. et mand.*
(1) GUILLOUARD, n° 95.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 196; GUILLOUARD, n° 98.
(3) LAURENT, t. XXVIII, n° 197; GUILLOUARD, n° 99.

règles du cautionnement, et l'art. 2021, expliqué plus loin, ne s'oppose pas à cette solution.

Si la caution succède au débiteur ou le débiteur à la caution, nous savons que cette dernière est libérée, mais le débiteur ne l'est pas, ni le certificateur de la caution (Voy. t. VIII, n° 177). Les hypothèques données par la caution doivent continuer de subsister, car l'impossibilité d'agir résultant de la confusion ne concerne que l'action personnelle. Malgré cette impossibilité, il n'y aura pas lieu au remplacement de la caution (1). Il a été jugé à cet égard que lorsque la convention originaire n'oblige pas le débiteur principal à fournir un cautionnement, et que postérieurement et sans son intervention, un tiers se porte garant de l'exécution de cette convention, le débiteur devenu héritier de la caution ne peut être tenu de donner une nouvelle caution (2). Il semblerait résulter de cette décision que dans les cas où il y aurait eu obligation de fournir caution, la confusion qui viendrait à se produire donnerait au créancier le droit de réclamer une nouvelle caution. Sans doute, la confusion expose le créancier au concours des créanciers personnels du débiteur principal sur les biens de la caution; mais la séparation des patrimoines résultant soit d'une demande des créanciers de la succession (art. 878), soit d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire pourra mettre obstacle à la confusion (t. VIII, n° 175).

Si le débiteur tenu par la convention de fournir une caution n'en trouve pas qui présente les qualités requises par la loi, il ne sera pas admis à la remplacer par une garantie réelle, car ce serait déroger à une clause précise de la convention (3). Nous verrons qu'il en est autrement en matière de cautionnement légal ou judiciaire (art. 2041).

(1) GUILLOUARD, n° 101.

(2) Trib. Anvers, 13 nov. 1868, *B. J.*, 69, 715.

(3) AUBRY et RAU, § 425; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 150; LAURENT, t. XXVIII, n° 199; Comp. Cass. 19 mai 1890, S. 90, 1, 329.

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION PREMIÈRE.

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

N° 1. — *Du bénéfice de discussion.*

192. — Obligation subsidiaire de la caution; bénéfice de discussion, art. 2021.
193. — Le créancier peut agir en cas d'expiration ou de déchéance du terme, de paiement partiel, etc.
194. — Renonciation au bénéfice de discussion.
195. — La caution solidaire doit-elle être assimilée à un codébiteur solidaire?
196. — Autres cas où la caution ne peut recourir au bénéfice de discussion.
197. — Cas où il y a plusieurs codébiteurs solidaires.
198. — Quand doit être opposé le bénéfice de discussion, art. 2022.
199. — Dans quelle forme et à la charge de quelles indications, art. 2023.
200. — Biens dont la discussion ne peut être proposée.
201. — Cas où le créancier a d'abord agi contre le débiteur principal.
202. — Responsabilité du créancier quand la caution s'est conformée aux prescriptions de l'art. 2023, art. 2024.

192. Il résulte de la définition que nous avons donnée du cautionnement, que l'obligation de la caution n'est pas seulement accessoire, mais qu'elle est aussi *subsidiaire,* au moins dans le droit pratique. La caution n'est obligé à payer qu'à défaut du débiteur principal. Elle est donc libérée si le débiteur principal se trouve libéré lui-même par l'une des causes d'extinction du cautionnement dont nous parlerons plus loin.

Mais par la même raison le créancier peut poursuivre la caution par cela seul que le débiteur principal n'a pas exécuté son obligation, sans avoir à établir que ce dernier est dans

l'impossibilité de l'exécuter, sans avoir même à faire constater le retard dans l'exécution par une mise en demeure préalable du débiteur principal (1). Le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution se manifestera dans le droit au *bénéfice de discussion* qu'elle peut exercer dans les conditions suivantes :

ART. 2021. La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires (*).

Dans le droit romain classique, l'effet extinctif de la *litis-contestatio* rendait impossible l'existence d'un procédé tel que le bénéfice de discussion. Mais dans la pratique on avait trouvé le moyen de tourner la loi par l'usage de la *fidejussio indemnitatis* ainsi conçue : *Quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes*, ou *fide promitis*, ou *fide tua jubes* (2)? Cette *adpromissio* fut complétée par l'habitude, de la part de la caution interpellée, de donner à ses périls et risques, mandat au créancier de poursuivre le débiteur principal. Aussi Justinien, en instituant le bénéfice de discussion, ne fit-il, comme il le déclare lui-même, que consacrer ce qui existait déjà (3), et on a pu dire que, dans le droit nouveau, tout cautionnement est, de droit, une *fidejussio indemnitatis* (4). Ce bénéfice a passé dans notre ancien droit et de là dans le Code civil. Il ne peut être invoqué que par celui qui est véritablement tenu comme caution et non par ceux qui sont poursuivis, sauf recours contre qui de droit, à raison

(*) Art. 2021. — L. 3 et 5, C. 8, 41, *De fidejussor. et mand.*

(1) AUBRY et RAU, § 426, texte et note 6; LAURENT, t. XXVIII, n° 203; GUILLOUARD, n° 117; Bordeaux, 18 août 1841, D. *Répert. alph.*, v° *Cautionnement*, n° 160.

(2) Voy. L. 116, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(3) Nov. 4, C. I.

(4) Voy. MAYNZ, t. II, § 345, note 15.

d'une certaine responsabilité. Ainsi un notaire, responsable d'un mauvais placement, ne pourrait opposer au prêteur qui le poursuit la discussion préalable des biens de l'emprunteur (1).

193. Le créancier n'est pas obligé d'agir contre le débiteur principal avant d'agir contre la caution. Il peut s'adresser à cette dernière, aussitôt que la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle a été contractée ou par la déchéance du terme résultant de la faillite ou de la déconfiture du débiteur (Voy. t. VII, n° 289). Si la caution veut se soustraire aux effets d'une telle éventualité, elle doit stipuler, en s'obligeant, des conditions spéciales d'exigibilité; ces conditions devront alors être observées par le créancier (2). En l'absence de clauses de cette nature, la déchéance du terme, en cas de faillite ou de déconfiture, devra donc produire, au point de vue qui nous occupe, les mêmes effets que l'exigibilité réelle. Il doit en être ainsi, non pas seulement parce que l'obligation de la caution étant accessoire doit suivre le sort de l'obligation principale, mais parce que, en l'absence de clauses dérogatoires, l'accession de la caution a été surtout exigée pour que le créancier puisse agir utilement contre quelqu'un lorsque la condition du débiteur principal se trouve modifiée (3).

Il suit de là que s'il avait été convenu que la caution ne pourrait être poursuivie que *conjointement avec le débiteur*, la faillite de ce dernier mettant obstacle aux poursuites individuelles contre lui, enlèverait à la clause son utilité. L'exigibilité dérivant de la faillite produirait son effet contre la caution. Le créancier serait dispensé d'agir contre le débi-

(1) Cass. 5 déc. 1893, D. 94, 1, 343.

(2) Bourges, 12 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 2, 596; Trib. Nevers, 25 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 642.

(3) AUBRY et RAU, § 303, texte et note 18; *Contrà*, Cass. 3 juill. 1890, D. 91, 1, 5; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 707; GUILLOUARD, n° 118.

teur, et à la charge de produire dans la faillite, il pourrait actionner la caution (1).

Le paiement partiel d'une dette cautionnée seulement pour partie devra être imputé sur la partie non cautionnée de la dette (2). (Voy. t. VIII, n° 82).

194. Dans toutes les hypothèses ci-dessus, la dette n'a pas été éteinte, le créancier pourrait agir contre le débiteur principal, donc il peut agir contre la caution.

Celle-ci pourra lui opposer le bénéfice de discussion si elle n'y a pas renoncé, car ce bénéfice n'est pas de l'essence du cautionnement.

La renonciation par la caution au bénéfice de discussion peut être expresse ou tacite (3).

La renonciation expresse peut être insérée dans l'acte de cautionnement lui-même, ou dans un acte postérieur. Elle n'emporte pas la renonciation au bénéfice de division (4).

La renonciation sera tacite, ainsi que nous le verrons plus loin, quand la caution poursuivie par le créancier met un certain retard à opposer le bénéfice de discussion.

On admet encore qu'il y a renonciation tacite lorsque le fidéjusseur a déclaré s'obliger comme débiteur principal (5).

Le mode le plus fréquent de renonciation tacite est celui qui est prévu par notre art. 2021 et résulte de ce que la caution s'est obligée *solidairement* avec le débiteur principal.

En pareil cas, dit l'art. 2021, *l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.*

195. Ces derniers mots du texte ont fait conclure qu'il

(1) Dijon, 26 avril 1866, S. 66, 2, 347.

(2) Poitiers, 8 mai 1891, S. 92, 2, 3; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 1; LAURENT, t. XXVIII, n° 275; GUILLOUARD, n° 119.

(3) Cass. 16 mars 1852, S. 52, 1, 636.

(4) ARNTZ, t. IV, n° 1514.

(5) *Pand. belges*, v° *Cautionnement*, n° 2212.

devait y avoir assimilation complète entre la caution solidaire et un co-débiteur solidaire (1). Mais le caractère accessoire de la caution ne saurait être méconnu, même quand elle est solidaire. Il en résulte notamment que la caution a toujours le droit d'invoquer la compensation opérée entre le débiteur principal et le créancier, tandis que le co-débiteur solidaire n'a pas ce droit. — D'un autre côté, la caution solidaire peut, après qu'elle a payé, recourir pour le tout contre le débiteur sans être obligée de prouver préalablement qu'elle n'avait aucun intérêt dans la dette, tandis que le co-débiteur solidaire ne peut recourir pour le tout qu'autant qu'il prouve que la dette avait été contractée dans le seul intérêt de l'autre partie. Suivant une opinion, que d'ailleurs nous n'avons pas admise, on trouverait une importante application de cet aperçu dans l'art. 1431 (Voy. t. IX, n° 194) (2).

Nous avons déjà dit que le créancier de plusieurs débiteurs solidaires ne pouvait exiger un supplément de garanties en cas d'insolvabilité de l'un d'eux, et que sa condition est différente vis-à-vis d'une caution solidaire (*Suprà*, n° 191);

Que l'art. 1201 ne doit pas être appliqué au cas d'une caution solidaire (*Suprà*, n° 176);

Que dans le cas de faillite du débiteur principal, la déchéance encourue par celui-ci pouvait être invoquée contre la caution et non contre un co-débiteur solidaire (t. VII, n° 289), car le créancier ne peut agir que contre ceux à l'égard desquels la dette est exigible (t. VII, n° 319).

Toutes ces différences, et d'autres encore qui peuvent exister, devraient disparaître si la jurisprudence dont nous avons parlé était fondée.

Cette jurisprudence aboutirait, en pratique, à la suppres-

(1) Cass. 7 juin 1882 (motifs), D. 82, 1, 441.
(2) Voy. MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 93.

sion du bénéfice de discussion, car lorsqu'il s'agit d'une caution conventionnelle la solidarité est toujours stipulée, et comme la caution judiciaire ne peut l'invoquer, il n'aurait plus d'application que pour les cautions légales.

L'art. 2021 qui sert de base à la jurisprudence nous paraît insuffisant pour justifier de tels résultats. Il a bien moins pour but de formuler une règle nouvelle, que d'expliquer le refus du bénéfice de discussion à la caution solidaire. Il a voulu dire que la caution solidaire était assimilée au débiteur solidaire, que par suite *son engagement*, sous ce rapport, c'est-à-dire *secundum subjectam materiam*, était régi *par les principes établis pour les dettes solidaires* (1).

196. Indépendamment du cas de solidarité, il y a encore d'autres hypothèses dans lesquelles la caution ne peut invoquer le bénéfice de discussion par application des principes généraux du droit.

Ainsi la caution avait garanti la dette d'un mineur qui s'est fait relever de son obligation, elle ne pourra opposer le bénéfice de discussion au créancier, car celui-ci n'a plus aucune action contre le mineur.

Il en sera de même si la caution succède au débiteur principal et si elle est poursuivie par le créancier. Le cautionnement dans ce cas est paralysé par la confusion des qualités de débiteur et de caution dans la même personne (1).

Mais, dans le même ordre d'idées, si une créance est garantie par deux hypothèques, l'une en ordre principal, l'autre en ordre subsidiaire, sur un bien appartenant à des tiers qui se sont portés cautions, la circonstance que ceux-ci sont décédés et que le débiteur principal a recueilli leur succession ne confère pas au créancier le droit de poursuivre le recouvrement de sa créance indistinctement sur l'un ou

(1) AUBRY, note D. 82, 1, 441; GUILLOUARD, n° 125.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 208; GUILLOUARD, n° 127.

sur l'autre immeuble. Il n'est recevable à exercer des poursuites sur le bien hypothéqué subsidiairement que si la valeur de l'immeuble hypothéqué en ordre principal ne suffit pas pour couvrir le montant intégral de sa créance (1).

Le bénéfice de discussion ne pourra pas encore être invoqué si le créancier se trouvant en même temps débiteur du fidéjusseur pour d'autres causes et étant poursuivi pour payer offrait la compensation. Dans ce cas, le fidéjusseur ne pourrait empêcher l'effet de la compensation en opposant le bénéfice de discussion.

Il en est de même dans les cas où la caution seule peut procurer l'exécution effective de l'obligation principale, par exemple, si elle a cautionné une obligation de garantie à la charge d'un vendeur. Si elle intente contre l'acheteur une action en revendication, elle ne pourra opposer le bénéfice de discussion à l'acheteur qui la repousse par l'exception de garantie (2).

La caution ne peut pas davantage opposer au créancier le bénéfice de discussion quand l'insolvabilité du débiteur est notoire.

Mais comme on ne saurait admettre d'exception à un principe qu'en vertu d'une loi, il faut reconnaître que la caution a droit au bénéfice de discussion en matière commerciale comme en matière civile (3), sauf le cas d'aval régi par l'art. 142, C. com. (4).

197. Quand il y a plusieurs débiteurs solidaires, la caution, si elle les a tous cautionnés, peut invoquer contre chacun d'eux le bénéfice de discussion. Si elle n'en a cautionné qu'un seul, il est logique d'admettre que le recours

(1) Gand, 3 juin 1882, *Pas.*, 82, 2, 276.

(2) POTHIER. *Vente*, n° 177; GUILLOUARD, n° 127; *Pand. belges*, v° *Cautionnement*, n° 224.

(3) LAURENT, t. XXVIII, n° 209; GUILLOUARD, n° 126; Cass. 4 mars 1851, S. 51, 1, 389.

(4) Trib. Seine, 15 janv. 1843, *Droit* du 19 janv. 1843.

ne peut être accordé que contre celui qui a été cautionné. La caution, en effet, qui n'a cautionné qu'un débiteur, doit être subrogée, pour le tout, aux droits du créancier contre ce débiteur, et seulement pour sa part contre les autres. Or, s'il n'y avait pas de caution, le co-débiteur solidaire poursuivi ne pourrait pas invoquer le bénéfice de discussion contre les autres. La situation des débiteurs ne doit pas être aggravée par ce fait que l'un d'entre eux a une caution, et on ne peut pas soutenir sérieusement que celui qui a cautionné l'un des débiteurs solidaires est censé avoir cautionné tous les autres (1).

Enfin, en ce qui concerne les recours que les cautions peuvent exercer l'une envers l'autre, il n'y a pas de loi qui oblige le demandeur à faire discuter préalablement le débiteur (2).

198. L'action dirigée contre la caution est toujours recevable en soi;

ART. 2022. Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle.

Ce n'est pas que la faculté de proposer le bénéfice de discussion constitue une exception dilatoire, dans le sens rigoureux de l'expression (3). Le texte veut dire simplement que la caution sera déchue de ce bénéfice si ses actes font présumer qu'elle y a renoncé. Ainsi elle pourrait être déchue, comme nous l'avons déjà vu, avant qu'une demande en justice fût introduite contre elle. Elle ne le serait pas, au contraire, si, par exemple, elle avait commencé par opposer de véritables exceptions dilatoires, des exceptions d'incompétence ou de nullité, si elle avait commencé par nier la dette ou le cautionnement, si elle avait opposé au créancier

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 216; GUILLOUARD, n° 138; *Contrà*, POTHIER, *Des oblig.*, n° 412.

(2) Liège, 3 mars 1886, *Pas.*, 86, 2, 216.

(3) Voy. cep. POTHIER, *Des oblig.*, n° 410.

son défaut de qualité ou la nullité de l'assignation. Elle serait au contraire déchue si elle avait d'abord discuté le *quantum* de la dette. Les juges auront d'ailleurs à apprécier si l'exception est proposée tardivement ou non (1).

La caution qui aurait laissé prononcer contre elle la validité d'une saisie-arrêt, ou qui sur une saisie de biens-fonds aurait laissé faire la notification, qui sur saisie-exécution ou sur saisie-brandon aurait laissé vendre les meubles, serait certainement présumée avoir renoncé au bénéfice de discussion.

199. Quand c'est sur une demande judiciaire que le bénéfice de discussion est requis, il doit l'être par acte d'avoué à avoué contenant l'indication et les offres prescrites par l'art. 2023 ci-après. Quand il n'y a pas eu demande en justice parce que le créancier a agi en vertu d'un titre exécutoire, le bénéfice de discussion sera opposé par la caution, soit sur les commandements, saisies et autres actes d'exécution, au moment où ils lui sont signifiés, soit ultérieurement, mais alors par exploit signifié au créancier, et dans les deux cas avec la désignation des biens à discuter et l'offre des frais.

Car,

ART. 2023. La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion. — Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

La caution peut indiquer des biens meubles, des créances, comme des biens immeubles. Elle n'est pas tenue d'indiquer tous les biens du débiteur qu'elle connaît.

Il n'est pas nécessaire que les biens indiqués suffisent au paiement de la dette. Si le créancier veut éviter un paiement

(1) AUBRY et RAU, texte et notes 7 et 8; LAURENT, t. XXVIII, n° 214; ARNTZ, t. IV, n° 1512; GUILLOUARD, n° 130.

partiel de la dette, il peut requérir le dépôt du prix provenant de la discussion jusqu'à l'acquittement du surplus par la caution (1).

L'indication des biens doit généralement se faire en une fois, car la discussion n'en doit pas être longue ni difficile. Néanmoins, si l'indication était incomplète, la caution ne serait pas déchue de son bénéfice, car la loi ne prononce pour ce cas aucune déchéance. Elle pourrait donc compléter au besoin son indication, sauf à subir une condamnation à des dommages-intérêts si le créancier éprouvait un préjudice (2).

Il y a même des cas où, par la force des choses, la caution doit être admise à compléter une première indication par elle donnée. C'est d'abord quand elle a eu de justes motifs d'ignorer que certains biens non indiqués appartenaient au débiteur, et quand il s'agit de biens survenus au débiteur depuis cette première indication, par exemple, à suite de l'ouverture d'une succession au profit de ce dernier. Le silence forcé de la caution à l'égard de ces biens ne saurait être interprété contre elle, car il ne s'agit pas d'appliquer ici les règles étroites des exceptions dilatoires.

200. L'art. 2023 excepte de la règle qu'il édicte trois catégories de biens dont la caution ne peut proposer la discussion préalable au créancier. Nous insisterons seulement sur les biens litigieux.

On dit que, dans cet art. 2023, le sens des expressions *biens litigieux* n'est pas aussi étroit que dans l'art. 1700, mais qu'il est néanmoins plus restreint que dans l'art. 2019 (3). En définitive, les juges auront une appréciation à faire pour

(1) Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 963.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 214; ARNTZ, t. IV, n° 1512; Comp. GUILLOUARD, n° 134.

(3) Comp. AUBRY et RAU, § 426, texte et note 10; GUILLOUARD, n° 136.

savoir si les biens offerts peuvent donner des inquiétudes sérieuses de litige avant d'arriver à leur expropriation.

A ce point de vue les biens indivis doivent être considérés comme litigeux, puisque leur expropriation doit être précédée d'une instance en partage. Il y a cependant des cas où cette circonstance sera indifférente, et n'empêchera pas d'en proposer la discussion préalable, par exemple, si les biens de la caution font partie de la même indivision (1).

201. Le créancier au lieu de commencer par attaquer la caution peut, s'il le préfère, agir directement contre le débiteur, saisir les immeubles de celui-ci, etc. Cela ne l'empêchera pas de revenir, quand il le voudra, contre la caution. Mais celle-ci, dont les droits sont entiers, pourra alors invoquer le bénéfice de discussion, c'est-à-dire exiger, dans l'espèce, que le créancier achève la discussion des biens du débiteur principal. Le tribunal doit alors, non pas déclarer l'action contre la caution non recevable, mais surseoir au jugement de cette action jusqu'à ce que la procédure en expropriation dirigée par le créancier contre le débiteur principal soit entièrement terminée (2). Mais si, en pareille hypothèse, la caution n'avance pas ou ne fait pas l'offre d'avancer les deniers suffisants pour la discussion du débiteur principal, elle devra être déclarée non recevable dans son exception (3).

Quand la caution a fourni les indications voulues et fait des offres suffisantes pour les frais de discussion, offres suivies de consignation si le créancier ne les accepte pas, les poursuites dont elle était l'objet sont immédiatement arrêtées, et le créancier est obligé de poursuivre le débiteur.

202. Qu'arrivera-t-il si le créancier négligent tarde à exercer les poursuites? Sa situation n'est plus la même que

(1) Trib. Anvers, 12 juill. 1885, *Pas.*, 85, 3, 147.
(2) Trib. Verviers, 12 mai 1880, *Pas.*, 82, 3, 135.
(3) Liège, 16 déc. 1880, *Pas.*, 81, 2, 44.

lorsqu'il n'a pas encore placé la caution dans le cas d'opposer le bénéfice de discussion.

Le créancier, en principe, n'est pas obligé d'agir contre le débiteur pricipal, pourvu qu'il n'inquiète pas la caution. Si le débiteur principal, solvable au moment de l'échéance de la dette, devient insolvable plus tard, la négligence du créancier qui n'a pas exercé de poursuites en temps utile, ne permet pas à la caution de se dire libérée, sous prétexte que, par le fait du créancier, il ne peut plus lui être accordé une subrogation utile. Nous reviendrons sur ce point en étudiant l'art. 2037. Mais il doit en être autrement quand le créancier ayant interpellé la caution, se trouve renvoyé, par l'effet du bénéfice de discussion, à agir contre le débiteur principal :

ART. 2024. Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites.

C'est la sanction nécessaire du droit reconnu à la caution de réclamer le bénéfice de discussion, autrement ce droit pourrait être rendu illusoire.

Notre article doit être appliqué même au cas où, au nombre des biens indiqués, il s'en trouve qui sont hypothéqués à la créance, et d'autres qui ne le sont pas. Dans ce cas, le créancier ne peut pas échapper aux conséquences du défaut de poursuites simultanées sur tous les biens du débiteur en invoquant l'art. 2209 qui n'autorise de la part du créancier hypothécaire la saisie des biens non hypothéqués qu'en cas d'insuffisance de ceux qui lui sont affectés. Il ne faut pas, en effet, confondre le créancier qui ne poursuit qu'en vertu du cautionnement avec celui qui exproprie en vertu de l'hypothèque (1).

(1) Cass. 8 avr. 1835, S. 35, 1, 717; AUBRY et RAU, § 426, texte et note 16; LAURENT, t. XXVIII, n° 218; GUILLOUARD, n° 144.

Le créancier qui ne fait pas les poursuites nécessaires est responsable jusqu'à concurrence des biens indiqués, ou plutôt de la valeur libre de ces biens et déduction faite des frais de poursuite. La caution ne doit être indemnisée que dans la mesure du préjudice par elle souffert. C'est à elle de prouver ce préjudice, c'est-à-dire d'établir la valeur que la discussion des biens aurait produite.

N° 2. — *Du bénéfice de division.*

203. — Pluralité de cautions, art. 2025; application de l'indivisibilité *solutione*.
204. — Bénéfice de division, art. 2026; critiques peu justifiées dont il est l'objet.
205. — L'art. 2025 n'édicte pas la solidarité entre les cautions; conséquences.
206. — La division n'a lieu que si elle est demandée dans la forme d'une exception.
207. — Quelles sont les cautions à qui appartient le bénéfice de division?
208. — *Quid* des cautions engagées par actes séparés;
209. — Ou dont l'engagement serait annulable ou soumis à des modalités spéciales?
210. — La division n'a lieu qu'entre les cautions solvables.
211. — De la part demeurant à la charge de la caution qui oppose la division.
212. — Renonciation au bénéfice de division.
213. — Renonciation par le créancier au droit de demander la totalité de la dette, art. 2027.

203. Lorsque plusieurs personnes s'engagent par des actes distincts, vis-à-vis du créancier, comme cautions de la même dette, chacune d'elles doit la totalité; le créancier peut agir pour le tout, à son choix, contre l'une ou contre l'autre. C'est un cas d'obligation *in solidum* (Voy. t. VII, n° 314).

Au contraire, si plusieurs personnes s'engagent par un seul et même acte, c'est-à dire conjointement, comme cautions de la même dette, il faudrait décider, ce semble, con-

formément au droit commun, que leur obligation se divise de plein droit, entre elles, et que chacune n'est tenue que pour sa part (Voy. t. VII, n° 295). Mais il est évident qu'en pareille hypothèse il résulte de la prestation qui fait l'objet de l'engagement des cautions et de la fin que les parties se sont proposée dans le contrat que l'intention des contractants, comme le dit l'art. 1221, a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

Il était donc logique de décider que :

ART. 2025. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues caution d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette (*).

C'est un cas d'indivisibilité *solutione* (Voy. t. VII, n° 351).

204. Mais en matière d'indivisibilité, le co-débiteur assigné pour le tout, a le droit d'obtenir un délai pour appeler en cause ses co-débiteurs afin de faire diviser entre tous la condamnation à intervenir (art. 1225). Il fallait donc reconnaître, aux cautions qui se sont engagées ensemble pour le même débiteur, la faculté de recourir à un bénéfice analogue.

Il a donc été décidé que :

ART. 2026. Néanmoins, chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution. — Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division (**).

La caution assignée pour le tout ne se trouvera donc, en définitive, tenue pour le tout que dans le cas où elle aura renoncé à user du bénéfice de division. (Comp. t. VII, n° 363.)

Tel est, en résumé, le système adopté, en fait, par le Code sous la dénomination de *bénéfice de division*, et nous ne

(*) Art. 2025. — L. 3, C. 8, 41, *De fidejussor. et mandat.*

(**) Art. 2026. — L. 10, pr. L. 26, L. 51 § 4, L. 48, L. 50, D. 46, 1, *De fidejussor. et mand.*

voyons pas en quoi il mérite les critiques dont il a été l'objet (1).

Ces critiques ont été résumées de la manière suivante :

« On a remarqué avec raison que si l'équité exige la division de la dette entre les cautions, il aurait été beaucoup plus simple que la loi opérât cette division de plein droit, comme elle l'a fait entre co-débiteurs. Le système du législateur est on ne peut plus bizarre. Il commence par déroger au droit commun, en décidant que la dette ne se divisera pas de plein droit entre les cautions; puis il déroge à cette dérogation en leur accordant le bénéfice de division. Ce n'est pas le *simplicitas legibus amica* (2). » Il fallait donc opérer la division de plein droit, *car il est difficile de trouver à l'art.* 2025 *une raison satisfaisante; on n'en voit guère d'autre que la tradition* (3). »

Mais non; il ne s'agit pas d'une vague tradition ne reposant sur rien. Chaque fois que plusieurs personnes s'étaient, par le même acte, rendues cautions de la même dette, leur obligation était de plein droit corréale à raison de l'indivisibilité conventionnelle de la prestation à effectuer (4). C'est dans ce sens que les textes disent qu'elles étaient tenues *in solidum*, et on trouve même une décision de la Cour de cassation qui paraît adopter la même solution, ce qui n'est pas conforme à la terminologie moderne (5).

La loi qui, en pareil cas, opérerait, *ab initio* et de plein droit, la division de la dette entre les co-fidéjusseurs, méconnaîtrait ouvertement le caractère de cette co-fidéjussion.

(1) Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 221; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 966; GUILLOUARD, n° 146.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

(3) *Ibid.*

(4) GAIUS, III, § 121, 122; PAUL, I, § 20; L. 10 pr. § 1; L. 26, 27, 40, 48, 49 § 1; L. 51, D. 46, 1, *De fidejussor.*; L. 3, 16, etc., C. 8, 41, *De fidejussor.*

(5) Cass. 22 juill. 1891, D. 92, 1, 259.

Cela est si vrai qu'un auteur qui pense, également, que le système adopté par le Code *manque de logique* (1) n'a pu aller jusqu'à admettre la division initiale de l'obligation des cautions;

« Si le créancier, dit-il avec raison, a demandé plusieurs cautions, et si celles-ci ont consenti à accéder à la dette, c'est dans le but évident d'augmenter les garanties de paiement, et d'arriver à ce que la solvabilité de l'une réponde de l'insolvabilité des autres. Or, ce résultat n'est pas atteint par la division de la dette entre les cautions, division qui va même à l'encontre du but poursuivi par le créancier, puisqu'il ne pourra demander à chaque caution que sa part dans la dette, au lieu de trouver dans cette pluralité de débiteurs le supplément de garanties qu'il a eu en vue (1). »

On ne saurait mieux dire; mais c'est là une description aussi exacte au fond que bien exprimée en la forme, d'un cas d'indivisibilité *solutione*. Le même auteur, à notre avis du moins, se trompe donc lorsqu'il fait appel à l'intervention du législateur pour décider qu'une telle convention emportera de plein droit solidarité. Cette intervention est inutile; il n'y a pas à modifier la loi actuelle; il suffit de reconnaître qu'elle consacre simplement les effets ordinaires d'une clause d'indivisibilité *solutione*, ce qui est tout à fait conforme au genre de *simplicitas* désiré dans les lois.

205. C'est donc avec raison que l'art. 2025 oblige les co-fidéjusseurs à payer toute la dette sans les déclarer solidaires. L'art. 1222 avait déjà déclaré que chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le tout encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.

Les auteurs ont tiré de là cette conclusion que les art. 1205, 1206 et 1207 ne sont pas applicables aux diverses

(1) GUILLOUARD, n° 146.

cautions d'une même dette (1). Cela est insoutenable sans distinction dans l'opinion par eux adoptée que les co-fidéjusseurs sont des débiteurs simplement conjoints. Mais dans notre opinion qui reconnait entre eux l'existence d'un lien d'obligation indivisible *solutione*, il faut admettre des distinctions :

D'abord, l'interruption de la prescription opérée contre l'un des débiteurs suffira pour conserver les droits du créancier contre tous les autres, car, sous ce rapport, la solution, en cas d'indivisibilité, est la même que pour la solidarité (art. 1206).

Au contraire, la mise en demeure de l'un des co-fidéjusseurs ne constituera pas les autres en demeure, par conséquent la perte de la chose causée par l'un des débiteurs ou pendant la demeure de l'un des débiteurs, opérera à l'égard des autres comme le ferait un cas fortuit, et la demande d'intérêts formée contre l'un d'entre eux ne les fera pas courir à l'égard des autres (Voy. t. VII, n° 365).

206. Le créancier qui veut agir contre l'un des co-fidéjusseurs n'est pas, de plein droit, tenu de diviser son action. La division n'aura lieu que sur la demande de la caution poursuivie, et celle-ci demeure tenue pour le tout, tant que l'exception de division n'a pas été par elle opposée, de même qu'elle était tenue pour le tout avant la poursuite dirigée contre elle. Par conséquent, la caution non poursuivie ne pourrait pas faire sommation au créancier de recevoir sa part, si mieux il n'aime la décharger (2). Ce point a été encore critiqué : « Du moment, a-t-on dit, où la loi admet que les cautions ne sont pas solidaires, c'est de plein droit, et non par voie d'exception, que la division devrait s'opérer entre elles (3). » Oui, si elles étaient, comme on le soutient contre toute évidence, des co-débiteurs simplement con-

(1) AUBRY et RAU, § 426, texte et note 20; LAURENT, t. XXVIII, n° 220; GUILLOUARD, n° 147; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 965.

(2) POTHIER, *Des oblig.*, n° 435.

(3) GUILLOUARD, n° 149.

joints; mais ce sont des co-débiteurs tenus d'une même obligation indivisible *solutione*.

La division ne peut donc être opérée que si elle est demandée dans la forme d'une exception péremptoire, ou plutôt d'une réponse faite à la demande du créancier qui s'est produite soit comme une action judiciaire, soit par des poursuites exercées en vertu d'un titre exécutoire.

S'il s'agit de répondre à une action judiciaire émanée du créancier, la caution pourra demander la division en tout état de cause, par acte d'avoué à avoué, jusqu'à la sentence définitive du juge, tant qu'elle n'aura pas payé, même en appel. S'il s'agit de répondre à des poursuites extrajudiciaires la caution pourra invoquer le même bénéfice par exploit d'huissier, contenant offres réelles pour la portion dont elle est tenue. Si elle éprouve un refus, elle pourra demander qu'il soit sursis aux poursuites jusqu'à ce qu'il ait été décidé par le tribunal s'il y a lieu à division. La caution pourra demander la division jusqu'à la distribution des deniers provenant de la vente de ses biens. Le silence par elle gardé jusqu'à ce moment ne saurait être interprété comme impliquant nécessairement l'intention de renoncer au bénéfice de division (1).

207. Le bénéfice de division n'est pas d'ailleurs soumis aux conditions indiquées par les art. 2022 et 2023 pour le bénéfice de discussion. Mais son application ne se comprend qu'en faveur de ceux qui ont cautionné la même dette et le même débiteur. Il ne saurait donc avoir lieu entre les fidéjusseurs qui n'ont pas garanti une même dette mais des parts distinctes d'une même dette (2); ni entre les cautions différentes données par plusieurs débiteurs solidaires ayant agi chacun pour son compte particulier, car si les cautions

(1) GUILLOUARD, n° 151; Voy. cep. DURANTON, t. XVIII, n° 348.
(2) Gand, 27 déc. 1878, *Pas.*, 79, 2, 123; ARNTZ, t. IV, n° 1516.

se sont obligées pour la même dette, elles ne sont pas obligées pour le même débiteur. Lorsqu'une personne s'est rendue caution de l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, il serait absurde de prétendre qu'elle est aussi, *en quelque façon* caution des autres (1).

208. Est-il encore nécessaire que les cautions se soient engagées ensemble? L'exception de division ne pourrait-elle pas être opposée par des cautions d'une même dette qui se sont engagées par des actes séparés? Il semble qu'en pareille hypothèse le cautionnement de l'une n'ayant pas été déterminé par le cautionnement de l'autre, les cautions doivent demeurer étrangères les unes aux autres, et qu'il n'existe entre elles aucune espèce de lien; il y a plusieurs fidéjusseurs, mais il n'y a pas de co-fidéjusseurs. D'ailleurs, quand les cautions sont intervenues successivement, la première s'est obligée pour le tout, et l'intervention d'une nouvelle caution ne saurait avoir pour effet de diminuer les droits du créancier contre la première (2). On est cependant obligé de reconnaître que cette dernière raison ne serait plus exacte pour la seconde caution qui s'est obligée en considération de l'engagement contracté par la première. Mais nous pensons qu'il faut chercher la base du bénéfice de division dans le recours possible existant au profit de la caution qui paie contre toutes les autres, recours que la division a pour but d'éviter. Or, ce recours existe au profit du co-débiteur d'une obligation indivisible *solutione* (Voy. t. VII, n° 363), et par conséquent au profit d'une caution ou d'un co-fidéjusseur (art. 2032) (Comp. t. VIII, n° 75), donc la caution dont nous parlons doit pouvoir se soustraire à la nécessité d'exercer ce recours en obtenant la division (3).

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 419; LAURENT, t. XXVIII, n° 229; GUILLOUARD, n° 153.

(2) DURANTON, t. XVIII, n° 346; Comp. ARNTZ, t. IV, n° 1516.

(3) GUILLOUARD, n° 155.

209. La division ne peut d'abord s'opérer qu'entre des cautions valablement obligées. Les prétendus fidéjusseurs dont l'engagement apparent serait inexistant ne compteront pas. Ceux dont l'engagement serait simplement annulable, par exemple, pour cause d'incapacité, seront comptés pour la division sous la réserve du droit du créancier de revenir contre les débiteurs accessoires capables si, dans la suite, l'incapable se faisait relever de son obligation (1).

Si l'une des cautions est obligée purement et simplement, l'autre sous condition ou à terme, et que l'obligation de cette dernière soit encore suspendue par cette condition lors des poursuites dirigées contre la première, celle-ci pourra toujours demander la division. Mais, comme dans l'hypothèse précédente, cette division ne sera pas toujours définitive. Si, par la suite, la condition venait à défaillir, ou même si elle s'accomplissait, et que la seconde caution dont la discussion a dû être retardée jusque-là, fût devenue alors insolvable, le créancier pourrait revenir contre l'autre (2).

210. La division n'a lieu, naturellement, qu'entre les cautions solvables. Si les parties ne sont pas d'accord pour y procéder à l'amiable, il entrera dans l'office du juge de statuer sur la solvabilité des cautions, et d'opérer la division en conséquence. Il faudra considérer comme solvable la caution qui a un certificateur solvable, quel que soit d'ailleurs l'état réel de ses propres affaires.

C'est au moment où intervient la sentence qui prononce la division, et non à l'époque où elle a été réclamée, qu'il faut se reporter pour apprécier la solvabilité des fidéjusseurs. C'est ce qui résulte des termes de l'art. 2026 § 2 : « Lorsque dans le temps où une des cautions *a fait prononcer la division*, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue pro-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 424; LAURENT, t. XXVIII, n° 230; GUILLOUARD, n° 155.

(2) *Pand. belges*, v° *Cautionnement*, n° 293.

portionnellement de ces insolvabilités. » C'est-à-dire que le juge ne tiendra pas compte des cautions insolvables pour opérer la division de la dette. Par conséquent la caution qui réclame le bénéfice de division supportera sa part dans les insolvabilités survenues à une époque antérieure à la sentence, mais non dans celles qui se produiraient postérieurement.

211. La division opérée par le juge a seulement pour but de faire apparaître la fraction de la dette garantie à concurrence de laquelle la caution qui a réclamé la division pourra être condamnée. Le juge, en effet, ne condamnera que la caution ou les cautions qui sont parties dans l'instance, sauf aux autres à invoquer à leur tour le bénéfice de division quand elles seront poursuivies (1).

Quand il y a contestation entre le créancier et le fidéjusseur qui demande la division, celui-ci, d'après l'opinion générale, serait recevable, en offrant de payer sa part, à demander que, pour le surplus, le créancier soit tenu de discuter les autres fidéjusseurs. Mais cette discussion se ferait aux risques de celui qui la réclame (2).

212. Le fidéjusseur peut renoncer d'avance à la division, soit dans l'acte même par lequel il s'engage, soit par un acte séparé. La renonciation peut encore être tacite et résulter de tout acte manifestant sur ce point l'intention des parties. Elle résultera le plus ordinairement, d'une convention de solidarité entre les divers cofidéjusseurs, ou entre le fidéjusseur et le débiteur principal. La convention de solidarité entre les cautions les prive seulement du bénéfice de division, mais leur laisse celui de discussion. La solidarité établie avec l'obligé principal leur enlève à la fois la faculté de recourir à ces deux bénéfices.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 966.
(2) *Pand. belges*, v° *Cautionnement*, n° 301.

213. Le créancier peut aussi, de son côté, renoncer au droit que la loi lui confère de demander toute la dette à chaque caution. Il peut y renoncer expressément ou tacitement.

Le texte suivant prévoit un cas de renonciation tacite :

ART. 2027. Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables (*).

Par conséquent la caution au profit de laquelle cette division a eu lieu est désormais à l'abri de toute recherche à raison des insolvabilités des autres fidéjusseurs survenues même antérieurement à la division. Cette solution n'est pas de nature à engager le créancier à diviser spontanément son action; car s'il attend d'y être forcé par les garants eux-mêmes, l'insolvabilité d'une caution antérieure au jugement qui prononce la division est à la charge des cofidéjusseurs.

Quoi qu'il en soit, le seul fait par le créancier d'introduire en justice une action divisée contre l'une des cautions, suffit pour lui faire perdre son droit de demander la totalité. Nous avons vu sous l'art. 1211 § 3 qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit de débiteurs solidaires (Voy. t. VII, n° 327). D'où la question de savoir ce qu'il faut décider quand il y a plusieurs cautions solidaires, que l'une d'elles a été déchargée de la solidarité et qu'une autre est devenue insolvable? L'insolvabilité de celle-ci sera-t-elle répartie conformément à l'art. 1215, c'est-à-dire contributoirement entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité, ou bien devra-t-on appliquer au contraire notre art. 2027? L'art. 2027 est fait pour les cautions qui ont le bénéfice de division, et pour le cas où le créancier prévient cette division en la faisant lui-même. Donc les cautions solidaires ne peuvent invoquer l'art. 2027 puisqu'elles n'ont pas le bénéfice de division. Telle est la raison qui commande

(*) Art. 2027. — L. 16, C. 8, 41, *De fidejussor. et mand.*

d'appliquer dans notre hypothèse l'art. 1215 (1). La Cour de cassation s'est prononcée pour l'application de l'art. 1215, mais par le motif que la caution solidaire devait être assimilée au débiteur solidaire (2), assimilation que nous avons, pour notre part, repoussée (*Suprà*, n° 245).

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

214. — Recours de la caution contre le débiteur principal, art. 2028.
215. — Il est engendré par la libération procurée au débiteur.
216. — Son étendue.
217. — Spécialement pour les frais et les dommages.
218. — Durée et nature du recours.
219. — De l'action subrogatoire, art. 2029.
220. — Cas dans lesquels la caution a intérêt à agir de son chef propre.
221. — Etendue de la subrogation quant au droit de résolution,
222. — Quant aux hypothèques existant au profit du créancier.
223. — Recours de celui qui a cautionné plusieurs débiteurs principaux, art. 2030.
224. — Son recours quand il n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires.
225. — Jurisprudence sur ce point.
226. — Une subrogation conventionnelle est-elle possible en ce cas?
227. — Le paiement effectué par la caution doit avoir été utile.
228. — De la caution qui a négligé d'en avertir le débiteur, art. 2031.
229. — Recours en indemnité pouvant appartenir à la caution avant d'avoir payé, art. 2032.
230. — Examen du premier cas prévu par l'art. 2032.
231. — Examen du second cas.
232. — Autres cas prévus par le même texte.

214. La caution qui a libéré, n'importe comment, le débiteur principal vis-à-vis de son créancier, doit nécessairement avoir un recours contre ce débiteur, car elle n'a pas entendu faire une libéralité à ce dernier.

(1) Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 226; ARNTZ, t. IV, n° 1519.
(2) Cass. 7 juin 1882, D. 82, 1, 441; Comp. GUILLOUARD, n° 124; LAURENT, *loc. cit.*

On conçoit tout d'abord qu'elle puisse avoir ce recours de son chef.

On conçoit encore qu'elle puisse avoir ce recours du chef du créancier désintéressé, par voie de subrogation aux droits de celui-ci.

Voyons d'abord ce qui concerne le recours appartenant à la caution de son chef propre.

ART. 2028. La caution qui a payé, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. — Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. — Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu (*).

Ce recours a pour base un mandat exprès ou tacite, salarié ou gratuit, donné par le débiteur principal à la caution. Si la caution s'est engagée à l'insu du débiteur, il y aura eu gestion d'affaires. Si elle a garanti l'obligation du débiteur, malgré lui, elle n'aura aucun recours de son chef contre ce dernier, pas même l'action *de in rem verso;* mais elle pourra agir comme subrogée aux droits du créancier par elle payé.

215. L'action en recours prend naissance au profit de la caution du moment où elle a payé le créancier, comme le dit l'art. 2028, ou plutôt du moment où elle a procuré, par un fait analogue au paiement, la libération du débiteur (1). Ainsi la caution a pu donner effectivement au créancier ce qui lui était dû; elle a pu faire une dation en paiement, ou une novation, si le créancier l'a acceptée au lieu et place du débiteur qu'il a déchargé. La caution a pu aussi opposer au créancier la compensation pour une dette dont celui-ci était lui-même débiteur envers elle.

Si le créancier a fait remise de la dette à titre onéreux, la

(*) Art. 2028. — L. 10 § 1, D. 17, 1, *Mandati.*
(1) Cass. 7 mars 1876, D. 76, 1, 350.

caution aura son recours; cette remise n'est alors autre chose qu'une dation en paiement ou une novation. Si la remise a eu lieu à titre gratuit et que le créancier ait voulu éteindre la dette à l'égard du débiteur et de la caution, il n'y aura pas de recours. Il est encore possible que le créancier ait fait remise à la caution, non pas seulement dans le but de la délier de son obligation, mais pour lui faire une libéralité. Ainsi il lui donne quittance de la somme qu'elle a promis de payer, alors que, en réalité, il n'a rien reçu. La caution aura son recours contre le débiteur. Les tribunaux auront d'ailleurs à rechercher quelle a été l'intention des parties, car il est possible que le créancier ait voulu simplement dégager la caution, tout en conservant ses droits contre le débiteur. C'est même cette interprétation qui, dans le doute, devra prévaloir (1).

Le recours, avons-nous dit, est engendré par le fait d'un paiement entendu dans le sens large de l'expression. Mais l'exercice de ce recours peut n'être pas immédiatement possible. Si la caution a payé avant que l'obligation soit échue, elle ne pourra exercer son recours qu'à l'échéance. Si elle a payé au-delà de ce que devait le débitenr, elle ne pourra répéter l'excédent contre lui.

216. Le recours de la caution a lieu tant pour *le principal*, que pour *les intérêts* de ce principal, et *les frais*.

Le principal dont parle l'art. 2028 comprend le montant intégral des avances faites par la caution pour libérer le débiteur de la dette originaire dont il était tenu en capital, intérêts et autres accessoires, notamment les frais exposés contre le débiteur (2). Tout ce que la caution a déboursé dans ce but contribue à former *le principal* qui doit d'abord lui être remboursé.

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 237; GUILLOUARD, n° 168.

(2) AUBRY et RAU, § 427, texte et note 10; LAURENT, t. XXVIII, n° 234; GUILLOUARD, n° 174.

Le remboursement auquel elle a droit de ce chef a donc exactement pour mesure la valeur déboursée. Si donc elle a réussi à obtenir la libération entière du débiteur en payant une somme moins forte que celle qui était réellement due, elle n'aura de recours qu'à concurrence de la valeur par elle déboursée (1). De même si elle a fait une dation en paiement acceptée par le créancier, elle ne pourra réclamer au débiteur que la valeur de la chose par elle donnée, quand même cette valeur serait inférieure à celle de l'objet promis par le débiteur.

La caution a aussi son recours pour les intérêts de la somme totale par elle avancée à titre de principal. Ces intérêts calculés au taux légal sont dus de plein droit par dérogation à la règle de l'art. 1153 (2), dérogation que, d'ailleurs, faisaient prévoir les derniers termes de cet article.

217. Le même recours est accordé à la caution pour *les frais*. L'art. 2028 emploie d'abord cette formule générale. Or il peut y avoir trois catégories de frais : 1° les frais exposés par le créancier contre le débiteur, frais qui sont un accessoire de la dette, comme nous l'avons déjà vu, et qui forment l'un des éléments *du principal* dont la caution doit faire l'avance; 2° les frais exposés contre la caution elle-même par le créancier, ce sont ces frais dont l'art. 2028 parle d'abord; 3° les frais exposés par la caution contre le débiteur, à qui elle réclame le remboursement de ses avances.

Le texte semble ne viser que cette dernière catégorie de frais lorsqu'il porte : « Néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. » Il y a

(1) CHABOT, *Rapport au Trib.*, FENET, t. XV, p. 56; GUILLOUARD, n° 170.

(2) Cass. 21 juin 1825, S. C. N. VIII, 1, 139; Caen, 4 juill. 1842, 43, 2, 447; Bruxelles, 30 janv. 1873, *Pas.*, 73, 2, 90; AUBRY et RAU, § 427, note 12; LAURENT, t. XXVIII, n° 233; GUILLOUARD, n°s 171-172; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 970; Voy. cep. LAROMBIÈRE, t. I, sur l'art. 1153, n° 37.

là, dit-on, un vice de rédaction qu'il faut nécessairement corriger. Deux hypothèses peuvent se produire : Le débiteur ne payant pas à l'échéance, il est possible que la caution, officieusement interpellée par le créancier, s'empresse de payer sans laisser commencer des poursuites contre elle. Dans ce cas, il ne saurait être question, pour elle, d'une dénonciation à faire au débiteur; elle agira contre ce dernier et sera en droit de lui réclamer tous les frais exposés par elle contre lui. Mais supposons que la caution se laisse poursuivre par le créancier, qu'elle paie ensuite à la décharge du débiteur, et qu'enfin elle se retourne contre celui-ci et lui réclame les frais faits contre elle et ceux exposés par elle. Le débiteur qui, peut-être, n'a jamais entendu s'exposer au discrédit qui atteint tout homme laissant poursuivre sa caution, est fondé à répondre : Si vous m'aviez dénoncé les poursuites dirigées contre vous, je les aurais immédiatement arrêtées en payant le créancier, et vous n'auriez pas eu à me poursuivre. Donc je ne vous dois que les frais de la première demande dirigée contre vous, et rien pour les frais exposés à votre requête. La caution aurait donc dû faire au débiteur la dénonciation des premières poursuites commencées contre elle. Si elle a agi ainsi, il n'y aura aucune difficulté; elle pourra réclamer tous les frais (1).

La caution a encore recours pour les dommages-intérêts *s'il y a lieu*, dit l'art. 2028, c'est-à-dire si elle a éprouvé un préjudice que les intérêts du principal déboursé par elle ne suffisent pas à couvrir. La caution peut donc avoir droit à des intérêts et à des dommages-intérêts. Ce ne sont pas des intérêts moratoires, mais des intérêts compensatoires. Le préjudice spécial devra être établi, et les dommages seront

(1) Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 970; LAURENT, t. XXVIII, n° 234; GUILLOUARD, n° 174; Lyon, 9 déc. 1882, sous Cass. 9 fév. 1887, *Pand. franç.*, 87, 1, 97.

alloués, sans distinguer entre le cas où le cautionnement est gratuit et celui où il est salarié.

218. Le recours de la caution dure trente ans, alors même qu'elle aurait seulement payé au créancier des redevances annuelles susceptibles d'être prescrites par cinq ans (1).

Le recours dont nous venons de parler constitue pour la caution un droit qui lui est propre, de même nature que celui de tous les autres créanciers, et qu'elle exerce en son nom personnel, et non comme subrogée aux droits du créancier désintéressé par elle.

Par conséquent, en cas de cautionnement partiel d'une dette, si la caution s'est libérée en payant jusqu'à concurrence de la partie cautionnée, elle a le droit de réclamer dans la liquidation des biens du débiteur principal, le dividende afférent à cette partie, et le créancier qui n'a été désintéressé que partiellement, n'est pas fondé à prétendre qu'il a droit au dividende sur le montant intégral de sa créance, sans égard au paiement fait par la caution (2).

219. Mais il en serait autrement si la caution agissait par l'action subrogatoire.

En effet, indépendamment de l'action personnelle, la caution peut, si elle le préfère, croyant y avoir intérêt, mettre en mouvement l'action même qui appartenait au créancier, car nous savons déjà que

ART. 2029. La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur (*).

C'est une application de l'art. 1251, § 3 qui établit la subrogation de plein droit au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres au paiement d'une dette, avait intérêt de l'acquitter (Voy. t. VIII, n° 75). Le texte innove en ce qu'il dispense de toute réquisition la caution qui, dans l'ancien droit, devait

(*) Art. 2029. — L. 17, D. 46, 1, *De fidejussor. et mand.*

(1) Caen, 7 août 1840, D. *Rép.*, v° *Cautionn.*, n° 244; Cass. belge, 30 déc. 1847, *Pas.*, 48, 169; Bruxelles, 30 janv. 1873, *Pas.*, 73, 2, 90.

(2) Gand, 10 fév. 1883, *Pas.*, 83, 2, 224.

requérir le bénéfice de cession d'action, et ne l'avait pas de plein droit.

La caution pourra donc, à son gré, exercer soit l'action subrogatoire, soit l'action qui lui appartient en vertu de l'art. 2028, et qui a sa base dans le mandat ou la gestion d'affaires.

220. Dans certains cas, la caution aura intérêt à exercer le recours qu'elle a de son chef, plutôt que celui qui est né de sa subrogation aux droits du créancier.

C'est ce qui aura lieu :

1° Quand elle voudra réclamer des dommages-intérêts; cette créance est étrangère à la subrogation et à son principe dans le mandat ou la gestion d'affaires. Il en est autrement pour le remboursement des frais faits par elle ou contre elle; ces frais sont un accessoire de la créance, garantis par les mêmes sûretés que la créance elle-même (1).

2° Si le débiteur est solvable et si la dette ne produit pas d'intérêts; dans ce cas, en effet, en agissant par l'action *mandati*, elle aura droit aux intérêts du jour de ses avances,

3° Quand l'action appartenant à la caution de son chef a une durée plus longue que celle de l'action subrogatoire. Le délai de la prescription de son action ne court, en effet, que du jour du paiement, tandis que l'action du créancier a pu se prescrire plutôt (2). Les loyers des maisons, par exemple, se prescrivant par cinq ans, il se pourrait que la prescription fût opposable à la caution agissant du chef du créancier désintéressé par elle, et qu'elle ne soit pas opposable à la caution agissant de son chef propre.

4° Quand il s'agit d'une femme mariée ayant cautionné son mari. Celle-ci a avantage à agir de son chef, car elle peut alors invoquer une hypothèque légale, générale, en

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 246; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 190; Comp. AUBRY et RAU, § 427, note 3.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 243.

garantie de sa créance, tandis que le créancier n'avait peut-être pas d'hypothèque ou n'avait qu'une hypothèque spéciale;

5° Enfin quand la caution agit en vertu de son action personnelle, le créancier, dans le cas d'un paiement partiel, ne peut lui opposer la disposition de l'art. 1252, alors qu'il en est autrement quand la caution exerce l'action hypothécaire du créancier (1).

En dehors des hypothèses qui viennent d'être indiquées, et autres analogues, le recours né de la subrogation sera plus efficace que le recours appartenant à la caution de son chef propre; il sera plus efficace en ce sens qu'il permet à la caution subrogée de se prévaloir de toutes les sûretés qui garantissaient, au profit du créancier, l'exécution de l'obligation principale.

221. De plus, et d'une manière générale, la caution est subrogée, comme le dit l'art. 2029, *à tous les droits* du créancier tels qu'ils existaient au profit de celui-ci.

Par conséquent, si la dette était commerciale, elle restera commerciale quant aux recours que la caution aura à exercer. De même si la dette était favorisée par certaines garanties d'un genre particulier telles que l'action résolutoire, s'il s'agissait d'un prix de vente, ou l'action en expulsion, s'il s'agissait d'une créance pour loyers ou fermages, la caution qui aurait désintéressé le créancier de la totalité de la créance à lui due, pourrait exercer les actions dont il s'agit (2). Un arrêt a décidé qu'il ne pouvait en être ainsi du droit d'expulsion en matière de bail, *parce que ce droit est inhérent à la qualité de propriétaire, et ne peut être exercé que par lui* (3). C'est là une erreur qui n'a pas besoin d'être réfutée.

(1) Cass. 23 juill. 1883, D. 84, 1, 180; AUBRY et RAU, § 427, notes 3 et 9; LAURENT, t. XXVIII, nos 243, 247; GUILLOUARD, n° 189.

(2) Voy. GUILLOUARD, n° 185.

(3) Paris, 25 mai 1867, S. 68, 2, 9.

Il y a cependant des cas où le droit de demander une résolution est réellement attaché à la qualité de propriétaire et suppose la persistance de cette qualité. Nous voulons parler notamment de la constitution à titre onéreux d'une servitude prédiale proprement dite ou d'une mitoyenneté. Dans cette hypothèse, si l'aliénateur a vendu à un tiers une servitude prédiale ou un droit de mitoyenneté moyennant un prix non encore payé et garanti par une caution, il pourra obtenir sans difficulté la résolution de l'aliénation s'il est demeuré propriétaire de l'immeuble duquel a été détaché le droit dont le prix est demeuré impayé, et s'il exerce lui-même l'action en résolution. Mais la caution qui a payé le prix ne pourra pas agir en résolution, car la faculté d'agir en résolution ne se trouve pas comprise dans la cession qui forme la base de l'idée de subrogation ; cette faculté a disparu par le fait même de la réception des deniers payés par la caution. La résolution, en effet, ne peut être prononcée qu'au profit de l'immeuble pour en reconstituer l'intégrité, et non au profit de la caution subrogée qui n'est pas propriétaire de l'immeuble auquel la résolution pourrait profiter (1).

222. L'art. 2029 spécifie que la caution qui a payé est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier *contre le débiteur*. Elle peut naturellement invoquer les hypothèques consenties au profit du créancier, soit par le débiteur lui-même, soit par des tiers, sans distinction entre les hypothèques existant déjà au moment du contrat de cautionnement, et les hypothèques créées postérieurement.

Si, au moment du paiement effectué par la caution, les immeubles hypothéqués à la sûreté de la dette étaient passés entre les mains d'un tiers détenteur, il faut décider que la caution qui a dû nécessairement compter sur ces biens

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. II, n° 454.

pourra, en vertu de la subrogation, faire valoir contre le tiers détenteur l'hypothèque du créancier désintéressé, tandis que le tiers détenteur ne pourra se prévaloir de la subrogation contre la caution (Voy. t. VIII, n° 77) (1).

223. S'il y avait plusieurs débiteurs principaux simplement conjoints, engagés sans solidarité, la caution qui aurait payé n'aurait d'action contre chacun d'eux que pour sa part. La subrogation ne peut, en effet, lui donner plus de droits que n'en avait le créancier.

Mais,

ART. 2030. Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

Quel est ce recours? C'est celui qui résulte de la subrogation (Voy. t. VIII, n° 75). Par conséquent, si le créancier avait stipulé des sûretés particulières et distinctes de chacun des débiteurs, par exemple s'il avait stipulé de chacun une hypothèque sur ses biens, la caution qui les aurait tous cautionnés pourrait faire valoir contre celui des débiteurs à qui il lui plairait de s'adresser, après avoir désintéressé le créancier, l'hypothèque le concernant. Il en sera ainsi, non seulement quand la caution a acquitté purement et simplement la dette entre les mains du créancier, mais encore lorsqu'en payant elle aura indiqué surabondamment qu'elle payait pour libérer l'un des débiteurs solidaires nommément désigné. Cette circonstance ne devait pas être considérée comme pouvant à elle seule faire admettre, chez la caution, l'intention de renoncer au recours contre les autres débiteurs pour s'en tenir à son recours contre celui qu'elle aurait honoré.

Dans le cas prévu par l'art. 2030, si la caution ayant payé, au lieu d'exercer son recours par l'action subrogatoire, agissait en vertu de l'action de mandat ou de gestion

(1) GUILLOUARD, n° 187.

d'affaires, elle pourrait, sans doute, réclamer contre chacun la totalité de ses avances, mais ne pourrait, contre aucun, faire valoir l'hypothèque ou les autres garanties spéciales stipulées par le créancier. En d'autres termes, les deux actions ont un contenu différent, mais chacun des débiteurs en est tenu pour le tout.

224. Des considérations qui précèdent, il suit que si la caution n'a garanti qu'un seul des débiteurs solidaires, elle aura son recours par l'action *mandati* ou par l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur cautionné pour tout ce qu'elle aura payé, mais elle ne pourra poursuivre les autres que pour leur part dans la dette, comme aurait pu le faire le débiteur même qu'elle a cautionné. Elle ne pourrait se prévaloir contre eux de la subrogation légale opérée à son profit, pour réclamer de chacun la totalité de la dette, sous prétexte qu'elle est, désormais, aux lieu et place du créancier. Car si elle pouvait faire ce raisonnement, le débiteur à qui elle s'adresserait, et qui la paierait intégralement, pourrait à son tour se prétendre subrogé à l'action du créancier primitif, et ainsi de suite, d'où les circuits d'action que le législateur a voulu précisément éviter. La caution, d'ailleurs, est seulement subrogée aux droits qu'avait le créancier *contre le débiteur* (cautionné) (art. 2029). Le cas envisagé doit, en effet, être ramené à l'hypothèse où il n'y avait qu'un débiteur unique, au point de vue du cautionnement; et quand, au même point de vue, il y a plusieurs débiteurs, la répétition du total n'est admise contre chacun d'eux que dans l'hypothèse où la caution *les a tous cautionnés*, comme le dit notre article 2030. Enfin, la condition des débiteurs non cautionnés ne saurait être aggravée par ce fait, qu'après un cautionnement auquel ils sont demeurés absolument étrangers, le créancier aurait reçu son paiement de la caution au lieu de le recevoir de l'un des débiteurs leur coobligé.

La caution qui s'est engagée seulement pour l'un des

débiteurs solidaires, sera donc obligée de diviser son recours entre les différents co-débiteurs, conformément à l'art. 2014 (1).

225. La Cour de cassation a d'abord adopté la solution que nous venons d'exposer, et a décidé, en conséquence, que la caution ne pouvant agir que du chef du débiteur cautionné, devrait subir l'effet des conventions particulières par lesquelles le débiteur cautionné aurait déchargé un ou plusieurs de ses co-débiteurs (2). La Cour suprême a, depuis, modifié son point de vue; elle admet que la caution est subrogée dans les droits du créancier, en ce sens qu'elle pourra agir contre les co-débiteurs comme aurait pu le faire le créancier lui-même, sans pouvoir, néanmoins, agir pour le tout contre chacun d'eux. Mais comme elle représente en réalité le créancier, elle ne sera pas arrêtée, dans l'exercice de son recours restreint, par les exceptions provenant du chef du débiteur cautionné (3). Dans ce système, l'art. 2030 est considéré comme modifiant pour le cas proposé, sans le détruire, le principe de la subrogation légale. Nous n'irons pas jusqu'à dire que c'est là, comme on n'a pas hésité à le déclarer, *une subrogation de fantaisie* (4); mais il faut reconnaître que la modification, si modification il y a, n'est pas facile à dégager (5). D'un autre côté, de ce que les individus coupables d'un délit ou quasi-délit sont tenus solidairement de réparer le dommage qu'ils ont causé, la même Cour a

(1) Comp. DURANTON, t. XVIII, n° 284; MOURLON, *Des subrog.*, n°s 108 et suiv.; AUBRY et RAU, § 427, texte et note 4; LAURENT, t. XXVIII, n°s 249 et 250; ARNTZ, t. IV, n° 1524; GUILLOUARD, n° 193; *Contrà*, MARCADÉ, t. IV, sur l'art. 1252, n° 3; GAUTHIER, *Des subrog.*, n°s 433 et suiv.; LAROMBIÈRE, t. III, sur l'art. 1251, n° 50.

(2) Cass. 19 avr. 1854, S. 55, 1, 17.

(3) Cass. 10 juin 1861, S. 61, 1, 577; *adde*, Cass. 6 juill. 1896, D. 96, 1, 455.

(4) MASSÉ, note sous l'arrêt précité du 10 juin 1861.

(5) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 250.

tiré cette conséquence qu'en matière de fraudes commises envers la régie des contributions indirectes, les auteurs des faits poursuivis sont tenus de rembourser solidairement à la personne qui s'était constituée caution de l'un d'eux, le montant des condamnations qu'elle a encourues par leur faute, à la suite de contraintes délivrées contre elle en cette qualité et validées par jugement (1).

226. Dans l'opinion que nous avons adoptée, et suivant laquelle les droits de la caution qui a payé ne procèdent pas du créancier, il est logique de décider que si la caution s'était fait subroger *conventionnellement* aux droits du créancier, elle pourrait agir pour le tout contre chacun des débiteurs solidaires sans avoir à subir les exceptions personnelles au débiteur cautionné (2). Si on admet, au contraire, que les droits de la caution procèdent du créancier en vertu d'une subrogation légale dont les effets sont amoindris par l'art. 2030, on peut soutenir que la subrogation conventionnelle ne peut pas avoir plus d'effet que la subrogation légale modifiée par la restriction qu'on a cru trouver dans l'art. 2030 (3).

Mais ce sont là des affirmations qui ne résistent pas à l'examen. D'où a-t-on tiré que la subrogation conventionnelle ne saurait avoir, dans le cas proposé, plus d'effet qu'une subrogation légale qu'il a fallu mutiler pour la rendre acceptable? Marcadé a cru donner une explication suffisante, en produisant de nouvelles affirmations reposant sur une équivoque.

« On ne peut pas, a-t-il dit, prendre au pied de la lettre cette proposition que la subrogation transporte au subrogé toutes les garanties du créancier primitif telles qu'elles

(1) Cass. 26 juin 1894, S. 96, 1, 167.

(2) DURANTON, t. XVIII, n° 355; AUBRY et RAU, § 427, texte et note 7.

(3) PONT, t. II, n° 279; RODIÈRE, *Solidarité*, n°s 133 et 158; LAURENT, t. XXVIII, n° 251; GUILLOUARD, n° 195.

existaient pour ce créancier; mais il ne les reçoit *qu'autant que sa créance en est susceptible*, et l'action de ce subrogé n'aura pas toujours la même étendue, et ne s'exercera pas toujours contre autant de personnes que celle du créancier (1). »

Ces choses-là pourraient être soutenues dans le système de Grappe pour qui la subrogation consistait dans le transport à une créance nouvelle des garanties d'une première créance éteinte (Voy. t. VIII, n° 46). Mais on ne saurait y faire même allusion quand on reconnaît que la subrogation est une cession fictive de la créance même qui a été payée par la caution, que c'est la créance même dont le créancier était investi qui sera désormais exercée par la caution en qualité de *procurator in rem suam* (2). S'il en est ainsi, que peut signifier cette proposition : *Le subrogé reçoit bien les garanties du créancier, mais il ne les reçoit qu'autant que sa créance en est susceptible*! Mais il ne reçoit pas seulement les garanties du créancier, c'est la créance même de celui-ci qui lui est attribuée à concurrence de ses déboursés, et alors que vient faire ici la mention de la créance personnelle de la caution, et en quoi cette créance de la caution serait-elle ou ne serait-elle pas *susceptible* des garanties de la créance cédée, puisque ce sera la créance cédée qui sera exercée en vertu de la subrogation, et non pas la créance résultant du paiement. On voit donc que les affirmations ci-dessus se réduisent à un non-sens.

227. Les divers recours dont nous venons de tracer les règles ne peuvent être exercés que si le paiement qui en forme la base a été utile, c'est-à-dire a réellement libéré le débiteur.

Pothier donnait d'un paiement non valable l'exemple d'une

(1) T. IV, art. 1252, 717; Conf. GUILLOUARD, n° 193.
(2) Voy. GUILLOUARD, n° 182.

caution qui avait garanti la promesse de livrer un cheval, *in genere*, et qui avait donné un cheval ne lui appartenant pas (1). On peut citer encore aujourd'hui cet exemple en le généralisant pour tous les cas où la caution a donné en paiement une chose dont elle n'était pas propriétaire, quoique le créancier puisse se trouver protégé par la règle qu'en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279) (Voy. t. VIII, n° 15).

Un paiement que la caution n'aurait pas dû faire, c'est-à-dire un paiement mal fait, doit être assimilé, quant au recours, à un paiement non valable. Si donc la réclamation du créancier se trouvait dans le cas d'être paralysée par une exception *in rem*, ce serait pour la caution un droit et même un devoir d'opposer une telle exception. Ainsi une caution est intervenue pour garantir le paiement du prix par l'acheteur. Celui-ci est évincé; il est manifeste que la caution qui paierait dans ces conditions ne pourrait réclamer ses déboursés.

La caution qui aurait quelque scrupule à opposer une fin de non-recevoir appartenant au débiteur, et lui paraissant douteuse, devra mettre celui-ci en cause pour lui donner la possibilité de produire ses moyens.

Si la caution n'a que des exceptions personnelles à opposer aux poursuites du créancier, elle peut négliger de s'en prévaloir sans perdre son recours contre le débiteur.

228. Elle perdra au contraire son recours si, par son imprudence, elle a causé un dommage à l'obligé principal.

Ainsi,

ART. 2031. La caution qui a payé une première fois, n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier. — Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débi-

(1) *Des oblig.*, n° 437.

teur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier (*).

Ce texte édicte donc, pour les cas qu'il prévoit, une sorte de pénalité civile à la charge de la caution. On ne saurait donc étendre cette pénalité à l'hypothèse inverse, et accorder à la caution un recours contre le débiteur, en même temps que la répétition contre le créancier, si le débiteur avait payé sans la prévenir. Le débiteur est en effet tenu de payer à l'échéance. La caution n'est tenue de payer que subsidiairement, si le débiteur ne paie pas. Elle est donc en faute de ne pas s'être renseignée pour savoir si le débiteur avait payé (1). L'opinion contraire invoque la tradition et un argument d'analogie tiré de l'art. 2031 (2). La Cour de Lyon a jugé qu'il y avait lieu de distinguer entre le paiement fait volontairement par la caution d'une dette éteinte, et le paiement fait sur la poursuite du créancier. Dans le premier cas, elle a décidé que la caution était en faute pour avoir payé spontanément et sans se renseigner; dans le second cas, elle a déclaré le débiteur en faute pour n'avoir pas averti la caution de l'extinction de la dette, le tout par analogie avec la solution indiquée par le deuxième alinéa de l'art. 2031. On a objecté, dans le sens de l'opinion traditionnelle pure : « qu'il faudrait plus qu'un argument d'analogie, qu'il faudrait un texte formel pour mettre à la charge de la caution, qui n'a commis aucune faute en payant la dette cautionnée alors qu'elle est échue, la perte résultant de ce que le débiteur l'avait payée une première fois (3). » Mais alors comment a-t-on pu admettre qu'un argument d'analogie suffirait pour faire revivre une vieille doctrine mettant à la charge du débiteur, qui n'a commis aucune faute en

(*) Art. 2031. — L. 29 § 3, D. 17, 1, *Mandati*.
(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 255; LAURENT, t. XXVIII, n° 230.
(2) AUBRY et RAU, § 427, texte et note 16; GUILLOUARD, n° 178.
(3) GUILLOUARD, *loc. cit.* Voy. Lyon, 14 mai 1857, S. 58,2,16.

payant à l'échéance, la perte résultant de ce que la caution tenue seulement d'une obligation subsidiaire, l'avait imprudemment payée une première fois sans avertir le débiteur?...

Dans tous les cas auxquels s'applique l'art. 2031 soit directement, soit par voie d'analogie suivant les divers systèmes, l'avertissement qui sert de base juridique au recours exercé n'est soumis à aucune forme particulière. La preuve en devra être fournie d'après les règles du droit commun, et comme il s'agit d'un fait juridique plutôt que d'un simple fait matériel, la preuve testimoniale n'en sera pas admise sans limitation, quel que soit le montant du litige (1). (Comp. t. VIII, n° 280).

229. Les art. 2028 à 2031 se réfèrent tous textuellement à la caution *qui a payé*. Le recours qu'elle peut exercer, soit de son chef, soit du chef du créancier est subordonné, en principe, au paiement qu'elle doit effectuer entre les mains de celui-ci.

On peut cependant concevoir, dans certaines circonstances déterminées, l'existence au profit de la caution d'un recours contre le débiteur principal même avant tout paiement. Cela aura lieu pour la caution qui, s'étant engagée sur l'ordre du débiteur principal, a dû compter que celui-ci n'apporterait aucune négligence dans l'exécution de ses obligations. Si cette expectative est trompée, il en résulte un préjudice dont il est équitable que la caution puisse réclamer la cessation immédiate.

Elle la réclamera au moyen de ce qu'on a appelé une *action en indemnité*, limitativement admise par la loi dans les seules hypothèses suivantes :

ART. 2032. La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée, — 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement; — 2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture; — 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un cer-

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 239.

tain temps; — 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée; — 5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé (*).

L'action en indemnité accordée par le texte ne saurait évidemment avoir lieu au profit de la caution qui s'est engagée malgré le débiteur, ou dans l'intérêt unique du créancier. Mais on décide généralement qu'elle doit appartenir à celle qui s'est engagée à l'insu du débiteur, par le motif qu'elle a géré l'affaire de celui-ci (1). Cette solution est insoutenable, d'abord il faut éliminer le cas prévu par le n° 3 du texte qui suppose une convention avec le débiteur. En second lieu, comment peut-on admettre, dans le cas prévu par le n° 4, que le débiteur tenu d'une obligation n'ayant pas de terme fixe puisse se trouver obligé à quelque chose de nouveau, quand un certain délai se sera écoulé, parce qu'il aura plu à un tiers de s'immiscer, à son insu, dans ses affaires. On peut faire la même observation pour les cas prévus par les n°s 1 et 2.

Peut-on dire sérieusement que, dans ces diverses hypothèses, cette caution spontanée a fait un acte de gestion utile tant qu'elle n'a rien déboursé? Concluons donc qu'il n'est pas possible d'assimiler à la caution mandataire, pour les droits accordés à cette dernière par l'art. 2032, la caution qui est intervenue à l'insu du débiteur (2) et qui, presque toujours, intervient alors dans l'intérêt du créancier.

Nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître à la caution solidaire le droit de bénéficier de l'art. 2032, puisqu'en définitive, la caution solidaire n'en est pas moins une caution dans ses rapports avec le débiteur. Ainsi la femme

(*) Art. 2032. — L. 38 § 1, D. 17, 1, *Mandati*.

(1) Aubry et Rau, § 427, texte et note 20; Laurent, t. XXVIII, n° 262; Guillouard, n° 209.

(2) Pont, *loc.cit.*, t. II, n° 303.

qui s'est obligée solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari lui-même, et qui est réputée n'être que sa caution (art. 143), pourra invoquer notre article (1). Mais il nous est impossible d'adopter la même solution à l'égard de celui qui a donné hypothèque sur son fonds pour la dette d'autrui et se trouve ainsi tout à fait en dehors des prévisions du texte (2).

230. D'après l'art. 2032, la caution, avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, d'abord quand elle est poursuivie en justice pour le paiement. On fait observer que ce droit fera presque toujours double emploi avec celui que lui donne le § 4 du même article, d'agir aussitôt que la dette est devenue exigible par l'échéance du terme. Le créancier n'est pas, en effet, obligé d'interrompre ses poursuites pendant que le débiteur est actionné par la caution. Celle-ci étant donc exposée à être condamnée avant que son action contre le débiteur ait abouti, aura intérêt à se prévaloir du § 4 dès le lendemain de l'échéance.

231. La caution peut encore agir en indemnité contre le débiteur lorsque celui-ci a fait faillite ou est en déconfiture. La loi suppose que le créancier, trouvant une garantie suffisante dans le cautionnement, ne se présente pas pour être payé avec les autres créanciers. La caution est alors admise à se présenter à sa place (3). Si le créancier se présente, la caution ne sera pas colloquée, car la même créance ne peut être deux fois admise dans la distribution des deniers (4). Cependant, la caution qui a fait un paiement partiel pourra se présenter pour être allouée dans la masse du failli pour

(1) Amiens, 26 mai 1874, S. 74, 2, 113; Comp. Cass. 8 août 1894, S. 97, 1, 122.

(2) PONT, *loc. cit.*, n° 298; GUILLOUARD, n° 208.

(3) Voy. Cass. 28 avr. 1891, D. 92, 1, 220.

(4) Paris, 2 juin 1853, D. 56, 2, 145; Liège, 8 juill. 1874, *Pas.*, 74, 2, 407; *Contrà*, Trib. Seine, 1er août 1834, D. *Répert.*, v° *Caution*, n° 266.

tout ce qu'elle a payé à la décharge de ce dernier. Il n'y a pas à redouter ici un double emploi, car le créancier ne devant être colloqué, de son côté, que déduction faite de ce qu'il a reçu, et la caution ne devant être admise que pour l'à-compte payé, les deux collocations réunies ne représenteront qu'une fois le montant de la créance (1).

On a soutenu, et même jugé, que la caution colloquée pourra toucher le montant de sa collocation, bien qu'elle n'ait pas encore payé le créancier; « c'est là, dit-on, précisément le but de l'art. 2032 de lui permettre de prendre des garanties en vue du paiement qu'elle pourra être contrainte de faire (2). » Mais autre chose est prendre l'argent, autre chose prendre simplement des garanties. Nous croyons que les deniers doivent être consignés, car si la caution s'abstenait de payer le créancier, le débiteur pourrait se trouver dans la nécessité de payer deux fois. Cette solution doit, d'ailleurs, être généralisée pour tous les cas où il y a lieu à ce que l'on appelle l'action en indemnité (3).

232. La caution peut encore agir avant d'avoir acquitté la dette, quand le débiteur a promis de lui procurer sa décharge dans un certain temps, ou quand la dette est devenue exigible par l'échéance du terme.

Enfin, la caution peut encore agir quand l'obligation principale, bien que contractée sous terme fixe d'échéance, a cependant duré dix ans. Cela s'appliquera surtout aux dettes ayant pour objet des prestations répétées susceptibles d'une durée indéfinie, par exemple les rentes constituées.

Mais la loi consacre une exception... *à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à*

(1) RIVIÈRE, *Rép. sur le C. comm.*, art. 544.

(2) GUILLOUARD, n° 201; LAURENT, t. XXVIII, n° 253; Amiens, 26 mai 1874, S. 75, 2, 113.

(3) Voy. Grenoble, 3 août 1853, S. 54, 2, 449; *Pand. belges*, v° *Cautionnement*, n° 383.

pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. Telle serait encore l'obligation du débiteur d'une rente viagère, l'obligation d'un mari pour la restitution de la dot de sa femme, l'obligation d'un usufruitier.

SECTION III.

De l'effet du cautionnement entre les co-fidéjusseurs.

233. — Recours de la caution qui a payé contre ses cofidéjusseurs, art. 2033.
234. — Comment ce recours doit se diviser.
235. — De la subrogation conventionnelle dans le cas envisagé.

233. Quand il existe plusieurs co-fidéjusseurs pour la même dette, et sans qu'il y ait à distinguer suivant que les cautionnements ont été donnés simultanément ou par actes séparés et successivement, la loi veut que le paiement fait par un seul, qui n'a pas invoqué le bénéfice de division ou qui y a renoncé, profite à tous les autres.

ART. 2033. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. — Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent.

Car alors la caution a payé dans des circonstances où les co-fidéjusseurs auraient eu une action en indemnité contre le débiteur et où, par conséquent, ils avaient le plus grand intérêt à ce que le paiement fût fait. Ce n'est donc pas comme subrogée aux droits du créancier que la caution peut agir, et c'est pour cela qu'elle n'a qu'une action divisée contre les autres cautions (1).

234. Cette division se fera, entre les diverses cautions solvables (2), suivant la part virile de chacune.

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 264; ARNTZ, t. IV, n° 1530; GUILLOUARD, n° 214; *Contrà*, DURANTON, t. XVIII, n° 366; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 309.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 446.

C'est ce qui aura lieu, notamment pour les administrateurs d'une société qui se sont portés cautions solidaires d'une dette sociale. La circonstance qu'ils ne possèdent pas le même nombre d'actions sera indifférente au point de vue de la division de l'action. L'administrateur qui a acquitté sa part virile de la dette cautionnée par le conseil d'administration ne pourrait exercer un recours contre les autres en se fondant sur ce que cette part excède la part qu'il possède dans les actions dont les administrateurs sont propriétaires (1).

235. Si, dans la situation envisagée par notre art. 2033, la caution agissait comme légalement subrogée aux droits du créancier, on pourrait peut-être invoquer la prétendue règle qu'une subrogation conventionnelle ne peut produire des effets plus étendus que la subrogation légale et soutenir que la caution ne saurait, en se faisant subroger conventionnellement par le créancier, acquérir un recours pour le *tout* contre les autres cautions. Mais on reconnaît généralement que ce recours est, non pas une véritable action de gestion d'affaires, puisque le fidéjusseur qui a payé a agi pour son compte, mais seulement une action *utile* de gestion d'affaires, car c'est par l'événement qu'il se trouve avoir comme géré l'affaire des autres (2). Or ces expressions archaïques d'*action utile* ne signifient plus rien dans notre droit moderne, et ne peuvent être employées que pour mieux rendre sensibles certaines nuances de la pensée. La vérité est que lorsque plusieurs personnes se rendent caution du même débiteur, elles ne contractent entre elles aucune obligation, et que chacune d'elles ne se propose que l'affaire du débiteur et non celle de ses co-fidéjusseurs (3), et quoique chacune soit tenue de la totalité de la dette, elles ne sont

(1) Trib. Bruxelles, 10 juill. 1889, *B. J.*, 90, 1303.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 445; Conf. GUILLOUARD, n° 210.
(3) *Sic*, CHAROT, *Rapport au Trib.*, FENET, t. XV, p. 57.

pas vis-à-vis l'une de l'autre des co-débiteurs solidaires, l'art. 1214 doit donc être écarté ; celle qui paie peut donc, conformément au droit commun stipuler la subrogation, et cette subrogation doit produire ses effets ordinaires d'après les principes généraux (1).

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 267; ARNTZ, t. IV, n° 1531; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 428, texte et note 2; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 324; GUILLOUARD, n° 213.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

236. — Règle générale, art. 2034.
237. — Du paiement; des offres et de la consignation.
238. — Remise de la dette.
239. — *Quid* dans le cas de caution solidaire?
240. — De la remise non gratuite.
241. — De la confusion; n'a pas d'effet à l'égard d'un certificateur de caution, art. 2035.
242. — De la compensation et de la novation.
243. — Perte de la chose.
244. — Prescription.
245. — Expiration du terme.
246. — Exceptions que la caution peut opposer au créancier, art. 2036. De celles qui sont fondées sur un vice du consentement.
247. — De l'exception tirée de la chose jugée entre le débiteur principal et le créancier.
248. — De la chose jugée entre le créancier et la caution; du serment et de la transaction.
249. — Libération de la caution quand le créancier a rendu la subrogation inopérante, art. 2037.
250. — Faits du créancier permettant l'application de l'art. 2037.
251. — Suite.
252. — Pour quels droits et par qui peut être invoqué l'art. 2037.
253. — Etendue de la responsabilité du créancier.
254. — Libération de la caution en cas de dation en paiement, art. 2038.
255. — Signification de l'expression *volontairement* employée dans ce dernier texte.
256. — Motifs de la décision contenue dans l'art. 2038.
257. — Suite. Des réserves formulées par le créancier pour le cas d'éviction.
258. — Prorogation de terme accordée au débiteur principal, art. 2039.
259. — Renonciation par le débiteur au bénéfice du terme, et déchéance du terme par lui encourue.

236. Le cautionnement considéré comme ayant créé une

obligation accessoire peut disparaître par l'effet de tout événement qui aura produit l'extinction de l'obligation cautionnée.

Considérée en soi, indépendamment de la dette

ART. 2034. L'obligation qui résulte du cautionnement, s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

Il faut donc appliquer successivement au cautionnement les divers modes d'extinction des obligations en général, et en déterminer les effets suivant que l'extinction se produira du chef du débiteur principal ou du chef de la caution.

237. Le paiement est le principal mode d'extinction des dettes. S'il est effectué par le débiteur, l'obligation de la caution est éteinte; s'il a été effectué par un tiers l'obligation de la caution survivra dans le cas de subrogation conventionnelle; il en sera de même si le débiteur a emprunté à l'effet de payer (art. 1250 § 1 et 2). (Voy. t. VIII, nos 58 et 59). Il s'agit d'ailleurs d'un paiement entendu dans un sens large : accomplissement de la prestation quelconque formant l'objet de l'obligation principale. Ainsi l'obligation du surenchérisseur en matière de vente volontaire, de faire porter le prix de l'immeuble à un dixième en sus, est remplie aussitôt qu'une enchère s'est produite; l'engagement de la caution se trouve dès lors éteint (1).

Les offres réelles suivies de consignation tiennent lieu de paiement (art. 1257) et, par conséquent, sont libératoires pour la caution. Néanmoins tant que la consignation n'a pas été acceptée elle peut être retirée, et alors les cautions ne sont plus libérées (art. 1261); mais elles demeurent définitivement libérées si le débiteur a obtenu un jugement passé en force de chose jugée déclarant valables les offres et la consignation (art. 126). (Voy. t. VIII, nos 95 et 96).

Nous verrons sous l'art. 2038 ce qui concerne la dation en paiement.

(1) Cass. 2 août 1870, D. 70, 1, 344.

Quant à la manière dont il y aura lieu, le cas échéant, de diriger l'imputation d'un paiement, nous avons déjà vu que dans le cas de deux dettes distinctes l'imputation se fera sur la dette cautionnée plutôt que sur celle qui ne l'est pas (Voy. t. VIII, n° 84). Dans le cas d'une seule dette partiellement cautionnée, le cautionnement, en principe, ne sera éteint que lorsque la dette sera intégralement payée, et, par conséquent le paiement devra s'imputer d'abord sur la partie non cautionnée de la dette (Voy. t. VIII, n° 92).

238. La remise de la dette opérée tacitement par la remise du titre sous seing privé ou de la grosse de l'acte authentique, opère *in rem*, d'une manière absolue (Voy. t. VIII, n° 138). Elle doit donc opérer à l'égard des cautions, car le créancier qui s'est désarmé contre le débiteur principal en lui rendant son titre unique s'est également désarmé contre la caution (1). Si la remise du titre avait été faite à une caution, le débiteur et les cautions seront libérés puisque le créancier n'aura conservé de titre contre personne (2). C'est à celui qui prétendra que la libération a eu lieu à titre de libéralité ou à titre de paiement, de prouver son allégation (Voy. t. VIII, n° 137).

Quant à la remise ou décharge conventionnelle, accordée au débiteur, elle doit aussi libérer les cautions (art. 1287), car la remise, s'il n'en était pas ainsi, ne profiterait pas au débiteur lui-même puisque celui-ci serait exposé au recours de la caution qui aurait payé. Il suit de là que le créancier ne pourrait pas réserver ses droits contre les cautions, fussent-elles solidaires. Sans doute, l'art. 1285 permet au créancier qui fait remise à l'un des débiteurs solidaires de conserver ses droits contre les autres, mais une pareille disposition ne se retrouve pas dans le texte consacré aux cautions.

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 414.
(2) DEMOLOMBE, *loc cit.*, n° 415.

D'ailleurs, comme nous l'avons dit souvent, les cautions, quoique solidaires, n'en sont pas moins cautions, et leur obligation accessoire ne peut survivre à l'obligation principale. La remise accordée au débiteur principal ne libère la caution que si elle est *volontaire*. En effet, il y a des cas où la remise est *nécessaire*. Ainsi, l'art. 345, C. com., permet au créancier de poursuivre la caution du failli, nonobstant le concordat, sans distinguer suivant que le créancier a, ou non, voté le concordat. Dans ce cas la remise de la dette est plutôt une conséquence de la faillite que du vote du créancier (1).

D'après l'art. 1287, la remise ou décharge conventionnelle accordée à la caution ne libère pas le débiteur, et celle accordée à l'une des cautions *ne libère pas* les autres. Mais le texte ne dit pas que la remise faite à l'une des cautions *ne profitera* pas aux autres. Nous savons, en effet, que le créancier qui a déchargé une caution ne peut plus poursuivre les autres que déduction faite de la part de cette dernière (Voy. t. VIII, n° 140).

239. Si les cautions sont solidaires, il faut nettement affirmer, malgré les tendances contraires de la jurisprudence (2), que, en conformité de l'art. 1287, la remise faite à l'une d'elles ne libère pas les autres. Il n'est pas possible, en effet, d'appliquer aux cautions solidaires la décision de l'art. 1285 portant que la remise faite à l'un des débiteurs solidaires libère les autres, car il en résulterait que la remise faite à une caution solidaire libérerait le débiteur principal ! On ne saurait assimiler la caution solidaire à un co-débiteur solidaire. La caution ne s'est engagée solidairement que pour fortifier les droits du créancier; ou, dans le système de l'assimilation, ces droits seraient amoindris car l'art. 1287

(1) GUILLOUARD, n° 227.
(2) Arrêt précité du 7 juin 1882, D. 82, 1, 441.

déclare que la remise faite à la caution simple ne libère pas le débiteur principal, tandis que la remise faite à la caution solidaire le libérerait ! Mais il convient d'observer que cette remise profitera toujours aux autres cautions, soit en vertu du second alinéa de l'art. 1285, soit en vertu de l'art. 2033, si on veut appliquer les règles concernant les cautions simples.

240. Nous avons supposé, dans les cas ci-dessus examinés, que la remise faite par le créancier a été gratuite. Si cette remise n'a pas été gratuite, ce que le créancier a reçu de la caution, pour la décharger de son cautionnement, doit, d'après l'art. 1288, être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur et des autres cautions. Nous avons déjà vu ce que valait cette disposition (Voy. t. VIII, n° 141).

241. Quand le débiteur principal devient héritier du créancier, ou réciproquement, il se produit une confusion qui doit entraîner la libération des cautions. Les cautions sont alors libérées, d'après l'art. 1301, parce que le créancier leur devrait garantie comme représentant le débiteur (art. 2028).

Si la caution devient l'héritière du créancier, ou réciproquement, le cautionnement seul est éteint, la dette ne l'est pas. La confusion, en effet, éteint seulement les droits dont la réunion rend l'exercice impossible. S'il y a plusieurs cautions, et que la confusion ne concerne qu'une seule d'entre elles, le cautionnement ne sera éteint que dans la mesure où son exécution sera, par ce fait, rendue impossible (Voy. t. VIII, n° 177).

Quand la caution devient l'héritière du débiteur, ou réciproquement, il est certain qu'une personne a disparu de l'obligation. Mais laquelle? La personne du débiteur principal ou celle de la caution? Il semble naturel de penser que c'est la personne de la caution plutôt que celle du débiteur principal. Cela n'est vrai, cependant, que si personne n'a intérêt à préférer l'engagement de la caution à celui du

débiteur principal. Si nous supposons que celui-ci était simplement tenu d'une obligation naturelle, tandis que la caution serait civilement obligée, il faut décider que le créancier pourra poursuivre l'héritier comme caution malgré la confusion (1). Par conséquent encore, si le débiteur principal est incapable, si par exemple il est mineur, la caution capable qui lui a succédé demeure toujours obligée (2).

Si la caution a donné une hypothèque en garantie, cette hypothèque continuera de subsister (3).

Pour le cas où il existait un certificateur de caution, il y avait eu autrefois quelques doutes pour savoir si l'action du créancier était ou n'était pas éteinte contre le certificateur. Pour lever toute difficulté à cet égard, le Code a disposé que :

ART. 2035. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

Nous devons rappeler que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion de se produire, puisqu'elle opère la séparation des patrimoines. L'acceptation pure et simple n'opère elle-même la confusion que dans la limite des droits héréditaires appartenant à celui dans la personne de qui elle se produit.

242. Les effets extinctifs de la compensation, soit dans les rapports du créancier avec le débiteur principal, soit dans les rapports du créancier avec la caution, ont déjà été suffisamment établis (Voy. t. VIII, nos 163, 164, 170 et 171); nous n'avons pas à y revenir.

La novation opérée entre le créancier et le débiteur prin-

(1) L. 21 § 2, D. 46, 1, L. 3, D. 42, 6.

(2) Riom, 5 août 1840, S. 40, 2, 492; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 10; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 338; GUILLOUARD, n° 220.

(3) Rouen, 19 nov. 1874, S. 76, 2, 326; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 9; PONT, *loc. cit.*, n° 339; LAURENT, t. XXVIII, n° 270.

cipal libère la caution. Mais quand le créancier a exigé l'accession des cautions, l'ancienne créance subsistera si les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement (art. 1281). Le créancier pourrait également subordonner la novation, à la condition que l'obligation nouvelle serait exécutée (Voy. t. VIII, n° 125).

Théoriquement, la novation pourrait également intervenir entre le créancier et la caution, de sorte que la caution pourrait ainsi éteindre l'obligation principale en procurant au créancier, à titre de paiement de cette obligation principale, l'obligation nouvelle résultant de la novation envisagée. Cet aperçu a été contesté, et on a prétendu que, au fond, l'opération dont nous venons de parler n'est qu'une variété de la remise du cautionnement qui laisserait subsister l'obligation principale (1).

La caution, cependant, semble bien avoir la possibilité d'éteindre l'obligation du débiteur principal et celle des autres cautions par le moyen d'une novation, comme elle pourrait le faire par le paiement. « La novation, dit un auteur, nous paraîtrait ressortir nécessairement de la convention par laquelle la caution, supposant le cas où le débiteur ne paierait pas, s'obligerait par un acte postérieur à son contrat de cautionnement, à livrer tel objet ou à faire telle chose ; car une pareille convention est nécessairement exclusive de l'idée de cautionnement (2). »

La Cour de cassation paraît avoir admis la possibilité de cette novation (3) ; mais comme elle décide, en même temps, que cette novation laisse dans les liens de l'obligation le débiteur principal et les autres cautions, il n'est pas certain qu'elle ait eu en vue une novation parfaite. Il faut reconnaître, du reste, que l'hypothèse d'une novation proprement

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 134.
(2) PONSOT, *Du cautionnement*, n° 302.
(3) Cass. 18 juill. 1866, D. 66, 1, 326.

dite entre une caution et le créancier, n'est pas de nature à se présenter souvent.

243. La perte de la chose due, quand elle est arrivée fortuitement, entraîne l'extinction de l'obligation aussi bien vis-à-vis des cautions que des débiteurs principaux. Mais elle ne libère ni les uns ni les autres si elle est postérieure à leur mise en demeure commune.

Si la perte de la chose est la conséquence d'une faute du débiteur, elle ne libère pas les cautions qui peuvent être tenues des dommages-intérêts (Arg. art. 2016). La caution répond, en effet, de tout ce que doit ou devra le débiteur à raison de l'obligation garantie. L'engagement du fidéjusseur n'est donc pas augmenté. Mais on sait que l'art. 1205 donne une solution différente pour les débiteurs solidaires qui sont déclarés non tenus des dommages-intérêts (Voy. t. VII, nos 317 et 318).

Il y a plus de difficultés quand la perte de la chose provient de la faute de la caution. Le débiteur principal doit alors être considéré comme libéré, car le fait de la caution est, pour lui, un cas fortuit (Voy. t. VIII, n° 181). L'obligation principale étant ainsi éteinte, il faut reconnaître, théoriquement, que l'obligation accessoire de la caution l'est aussi. Mais ce résultat logique fut corrigé en droit romain par l'action *de dolo* accordée au créancier contre la caution et plus tard par l'action utile de la créance primitive.

Aujourd'hui, il est certain que la caution ne sera pas libérée; mais sera-t-elle tenue seulement en vertu de l'art. 1382, ou bien en vertu de la créance primitive qui permettrait au créancier d'invoquer les hypothèques qu'elle aurait fournies à la sûreté de son engagement? C'est cette dernière solution qui doit prévaloir, comme elle avait finalement prévalu en droit romain. La caution demeure, en effet, tenue *comme* en vertu de son obligation ancienne, puisqu'elle s'est obligée pour le cas où l'obligation princi-

pale ne serait pas exécutée; — or cette obligation n'est pas exécutée par son fait.

Ainsi donc, la faute du débiteur perpétue sa propre obligation et celle de la caution, tandis que, à l'inverse, la faute de la caution est un cas fortuit qui libère le débiteur et ne perpétue que l'obligation de la caution. — « La raison de cette différence, dit Pothier, est que la caution est bien obligée pour le débiteur principal, mais que le débiteur principal n'est pas obligé pour la caution et, par conséquent, qu'il ne peut être tenu pour l'obligation que la caution a contractée par son fait, sa faute ou sa demeure (1). »

244. La prescription acquise au débiteur principal profitera a la caution qui pourra s'en prévaloir, *encore que le débiteur y renonce*, comme dit l'art. 2225. Mais comme, le plus souvent, la prescription aura couru aussi bien au profit de la caution que du débiteur principal, la caution pourra l'invoquer de son propre chef. Elle aura, cependant, à l'invoquer du chef du débiteur principal, si on suppose qu'elle s'est engagée sous une condition qui s'est réalisée après l'échéance de la dette, ou si son engagement avait un terme de paiement plus reculé que celui du débiteur principal. Dans le cas où la caution d'effets de commerce soutient que ces effets sont prescrits et qu'elle a le droit d'invoquer pour son compte cette prescription, les juges qui ne contestent pas que les effets soient prescrits violent l'art. 2036 en se bornant à déclarer que le cautionnement, distinct des avals donnés par la caution, n'est pas susceptible d'être atteint par la prescription quinquennale, sans rien ajouter pour expliquer comment le garant peut rester obligé, tandis que les débiteurs principaux ne le sont plus (2).

Ce qui est vrai pour la prescription relativement à l'objet

(1) *Oblig.*, n° 466.
(2) Cass. 18 mars 1895, S. 96, 1, 28.

principal de la dette est également vrai pour les accessoires; ainsi la prescription quinquennale pour les intérêts profitera à la caution (1).

Le Code ayant envisagé le cautionnement comme une obligation distincte, susceptible, aux termes de l'art. 2034, de s'éteindre par les mêmes causes que les autres obligations, aurait dû reconnaître, ce semble, que l'interruption dirigée contre le débiteur principal devait demeurer sans effet contre la caution (2). Cependant, l'art. 2250 dispose que l'interpellation faite au débiteur principal ou sa reconnaissance interrompt la prescription contre la caution. Nous aurons plus tard à revenir sur cette disposition.

245. L'expiration du temps pour lequel la caution s'est engagée devra entraîner sa libération. Quelquefois la loi elle-même limite à une période déterminée l'obligation de la caution.

Ainsi nous avons vu qu'aux termes de l'art. 771 la caution que doit donner l'époux survivant pour assurer la restitution du mobilier aux héritiers du défunt est déchargée au bout de trois ans (Voy. t. V, n° 148).

D'après l'art. 155, C. com., l'engagement de la caution est éteint au bout de trois ans dans les cas prévus par les art. 151 et 152, C. com.

Suivant les art. 4 et 5 de la loi du 15 juin 1872, l'opposant, pour toucher les intérêts ou dividendes, doit fournir une caution qui sera libérée après deux années si l'opposition n'a pas été contredite. Pour toucher le capital, l'opposant devra fournir une caution qui sera libérée après dix années.

246. Il résulte des explications qui précèdent que, en tenant compte des précisions que nous avons dû faire, la caution, quand elle est poursuivie par le créancier, peut se

(1) Cass. 2 fév. 1886, D. 86, 1, 233.
(2) AUBRY et RAU, § 215, texte et note 65; GUILLOUARD, n° 221.

prévaloir des exceptions qui ont leur base dans l'un des modes d'extinction de l'obligation principale énumérés dans l'art. 1234 et desquelles on peut dire qu'elles sont inhérentes à la dette.

Parmi ces modes d'extinction, l'art. 1334 mentionne les actions en nullité ou en rescision. C'est principalement à ces modes d'extinction que se rattache le texte suivant Sous la dénomination peu exacte d'exception, il comprend en réalité tous les moyens de défense :

ART. 2036. La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. — Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur (*).

Sont purement personnelles au débiteur, qui seul pourra s'en prévaloir, toutes les exceptions fondées, pour le débiteur, sur un vice du consentement que la caution a connues (erreur, dol, violence), ou sur l'incapacité du débiteur (mineur, interdit, femme mariée). Il faut d'ailleurs mettre en rapport avec la formule de l'art. 2036 les explications que nous avons déjà fournies sur l'art. 2012.

On peut aussi rapprocher de notre texte l'art. 1208 qui met les codébiteurs solidaires dans une position analogue les uns vis-à-vis des autres et présente une terminologie qu'il faut mettre en rapport avec celle de l'art. 2036.

D'après l'art. 1208, il faut distinguer entre les exceptions résultant de la nature de l'obligation, les exceptions communes, les exceptions simplement personnelles et les exceptions purement personnelles (Voy. t. VII, nos 322, 323 et suiv.). Notre art. 2036 distingue seulement entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions purement personnelles au débiteur. Mais, au fond, les deux classifications donnent les mêmes résultats. Une seule observation est nécessaire. Les exceptions tirées d'un vice du consentement,

(*) Art. 2036. — L. 30, D. 46, 1, *De fidejussor. et mandat.;* L. 7 § 1, L. 19, D. 44, 1, *De except. et prescrip.*

erreur, violence ou dol, sont des exceptions personnelles quand il s'agit d'appliquer l'art. 1208, en ce sens que le codébiteur dont le consentement a été vicié pourra seul se défendre pour le tout, en invoquant le vice dont son consentement est entaché. Les autres codébiteurs qui ont connu, en contractant, le vice dont il s'agit ne pourront opposer l'exception et seront tenus pour le tout. S'ils l'ont ignoré, ils ne seront tenus de la dette que déduction faite de la part de leur codébiteur.

Dans le cas de l'art. 2036, il y a deux obligations distinctes, l'une principale, l'autre accessoire. Toute cause qui tend à faire disparaître l'obligation principale est donc inhérente à la dette (principale), par rapport à l'obligation accessoire. Par conséquent le dol, la violence et l'erreur ayant pour but de faire disparaître la dette principale, seront traités comme engendrant des exceptions inhérentes à cette dette, et pourront être invoqués par la caution.

247. Que faut-il décider en ce qui concerne la chose jugée?

Il est d'abord certain que la caution n'est pas l'ayant-cause du débiteur, puisqu'elle ne lui succède ni à titre universel ni à titre particulier. D'un autre côté, elle n'est pas représentée par le débiteur principal. Le contraire a été affirmé par la Cour de cassation (1), mais c'est là une erreur manifeste. La caution est un *tiers*, investi par son titre de droits qui lui sont propres et tout à fait indépendants du débiteur qui ne saurait leur porter atteinte (2). Si donc un jugement a été rendu contre le débiteur principal qui avait invoqué une exception *in rem*, inhérente à la dette, il semble que la caution, qui aurait eu le droit d'invoquer la même exception, puisse se prévaloir de ce jugement. C'est ce que déclare Pothier : « Le créancier, dit-il, ne peut, en ce cas, répliquer

(1) 12 fév. 1840, S. 40, 1, 529; Comp. Cass. 10 juill. 1849, S. 49, 1, 577.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 300; GUILLOUARD, n° 162.

que c'est *res inter alios judicata;* car étant de l'essence du cautionnement que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puisse devoir que ce qu'il doit, qu'elle puisse opposer toutes les exceptions *in rem* qui peuvent être par lui opposées, il s'ensuit que tout ce qui est jugé en faveur du débiteur principal *est censé l'être en faveur de la caution qui doit à cet égard être censée la même partie que lui* (1). »

Etre censée la même partie!... Mais en vertu de quoi? La caution, nous le répétons, n'est pas l'ayant-cause du débiteur; celui-ci, d'un autre côté, n'est pas son mandataire ni son gérant d'affaires; il y a même des circonstances qui sont exclusives de tout mandat et de toute gestion d'affaires, lorsque, par exemple, le cautionnement contracté à l'insu du débiteur était encore ignoré de lui quand il plaidait. D'un autre côté, si la caution est autorisée à opposer en son nom personnel les exceptions du débiteur, ce n'est pas pour faire prononcer la nullité de l'engagement de celui-ci; mais ce qui est bien différent, pour qu'on annule sa propre obligation qui est distincte et accessoire. Il n'y a donc aucune relation à établir entre les conclusions que le débiteur a dû prendre dans l'instance dirigée contre lui et les conclusions que prendra la caution dans l'instance dirigée contre elle par le même créancier. Ces deux espèces de conclusions ne sauraient tendre au même but, et jamais la caution ne se présentera comme étant le co-intéressé du débiteur principal ou son ayant-cause.

Puisque la personne de la caution se trouve ainsi juridiquement séparée de la personne du débiteur principal, il est tout naturel, si elle veut invoquer la sentence libératoire rendue au profit de ce dernier sur une exception *in rem*, que le créancier puisse répondre que cette sentence est *res inter*

(1) *Des oblig.*, n° 908.

alios judicata. La caution va donc être obligée de plaider sur ses propres conclusions, sans pouvoir argumenter du jugement rendu à suite d'une instance dans laquelle elle n'a été ni partie ni représentée. Remarquons toutefois qu'elle a toujours le droit d'appeler le débiteur principal en garantie. Celui-ci, mis en cause, opposera alors victorieusement la chose jugée au créancier.

Mais s'il en est ainsi, ne serait-il pas plus rationnel, pour éviter ce circuit d'action, d'accorder à la caution le droit d'opposer elle-même l'exception de la chose jugée, comme si elle avait été réellement représentée, dans la première instance, par le débiteur principal? Non, car alors il faudrait admettre que la caution a été également représentée dans les instances terminées par un jugement défavorable au débiteur. Il faudrait même aller jusqu'à dire, comme l'a fait la Cour de cassation, que la caution se trouvera liée par les aveux et déclarations extrajudiciaires du débiteur (1).

248. Que faudra-t-il décider quant aux jugements rendus entre le créancier et la caution, sur l'existence même de la dette principale, et défavorables à la caution? Comme il est impossible d'admettre que la caution a représenté le débiteur principal, il faut conclure que celui-ci pourra toujours plaider sur l'existence de sa dette. Il importe, en effet, de revenir toujours à la règle de l'autorité de la chose jugée (2).

Quand le jugement rendu dans les mêmes circonstances a été favorable à la caution et a décidé que la dette principale n'a jamais existé ou a cessé d'exister, une certaine opinion décide que la caution a plaidé dans un intérêt commun et que le débiteur est libéré comme il le serait si la caution avait payé. L'art. 1365 fournit un argument spécieux à cette

(1) Cass. 12 fév. 1840, S. 40, 1, 523.
(2) Cass. 6 juin 1859, D. 59, 1, 451.

opinion, en déclarant que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal.

Mais il faut observer que la disposition de l'art. 1365 dérive uniquement de cette présomption que le créancier, en déférant à la caution un serment litisdécisoire sur le fait de la dette, a consenti par là à reconnaître effectivement, d'une manière absolue, *erga omnes*, qu'il n'y aurait point de dette si le serment était prêté. Or, il n'est pas possible d'inférer de là que le jugement rendu sur la question de savoir s'il y a dette ou non, ou si le débiteur a payé celle qui existait, ou si cette dette était éteinte par prescription, par perte de la chose due, ou par toute autre cause étrangère à la caution, profitera au débiteur comme il profite du serment. Nous devons ajouter que si le Code a reproduit, dans l'art. 1365, une solution admise dans l'ancien droit, il l'a fait seulement pour éviter qu'un serment portant sur l'existence de la dette puisse être déclaré non avenu, et il n'a pu le faire qu'en oubliant la règle déjà posée que le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie qui doit le prêter (art. 1359 et 1362). L'argument tiré de l'art. 1365 prouve donc seulement contre la théorie du serment.

A propos de la transaction intervenue sur l'existence même de la dette entre le créancier et la caution, on raisonne aussi comme à propos du serment.

Pour tout concilier on soutient encore aujourd'hui que le débiteur peut s'approprier le jugement rendu avec la caution, ou la transaction faite avec elle, s'il les trouve avantageux, en déclarant en accepter les résultats; mais qu'il n'est pas lié par eux s'il les juge désavantageux. « Nulle part, dit-on, ce qui d'ailleurs est vrai, la loi ne donne à la caution mandat de représenter le débiteur principal en justice, ou de transiger pour lui; il est donc toujours libre, en présence d'un jugement ou d'une transaction qu'il croit lui être défavorables, de les répudier en déclarant qu'il n'y était pas

représenté. Mais s'il estime que le jugement ou la transaction lui sont avantageux, il peut, en invoquant l'art. 1365, dire que la caution a bien géré son affaire, et qu'il ratifie ce qu'elle a fait (1) ». C'est purement et simplement la théorie hybride de la *représentation imparfaite*, dont nous avons déjà signalé les singularités (Voy. t. VII, nos 306, 328, 329 et t. VIII, n° 317).

249. Il existe encore une cause spéciale d'extinction du cautionnement par voie principale ;

ART. 2037. La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

Comme cette subrogation ne nuit en rien au créancier de qui elle émane, on doit supposer que celui-ci s'est tacitement engagé en acceptant la caution à lui céder ses droits et actions, et par conséquent à les conserver pour elle. Il faut, en effet, rattacher l'art. 2037 au fonctionnement du mandat *pecuniæ credendæ* généralisé par l'ancienne jurisprudence pour tous les cas de cautionnement, et la règle qu'il édicte apparaît comme une application du bénéfice de cession d'actions, et non comme une conséquence du bénéfice de discussion.

La décharge résultant du texte précité n'a pas lieu de plein droit. Elle sera le plus souvent opposée par la caution sous forme d'exception qui sera péremptoire en ce sens que, libérant la caution, celle-ci pourra l'opposer en appel, car il s'agit d'une défense à l'action principale, et non d'une demande nouvelle susceptible des deux degrés de juridiction (2). Mais la caution pourra, le cas échéant, demander elle-même sa décharge, par voie principale, si le créancier, qui ne saurait paralyser indirectement le droit de la caution, ne veut pas exercer de poursuites (3).

(1) GUILLOUARD, n° 223.

(2) Liège, 22 avr. 1863, *Pas.*, 63, 2, 181; LAURENT, t. XXVIII, n° 316; GUILLOUARD, n° 242; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 979.

(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*; *Contrà*, Montpellier, 23 août 1870, sous Cass. 19 nov. 1872, S. 73, 1, 193.

250. Il faut voir quels sont les faits du créancier qui autorisent la caution à se prévaloir de l'art. 2037.

Le cas le moins douteux est celui où le créancier a renoncé au privilège ou à l'hypothèque qu'il avait sur les immeubles de son débiteur. Mais faut-il que le créancier ait accompli un fait directement extinctif de l'hypothèque, ou bien suffirait-il d'une simple négligence de sa part lui en ayant fait perdre le bénéfice? Ainsi le créancier peut avoir perdu son rang hypothécaire utile faute d'avoir renouvelé l'inscription au temps voulu, il peut encore avoir laissé son débiteur vendre l'immeuble hypothéqué et transcrire l'acte d'aliénation, avant d'avoir lui-même fait inscrire son hypothèque, ce qu'il ne pourra plus faire désormais. L'art. 2037 sera-t-il applicable dans tous les cas où le créancier a commis une négligence préjudiciable aux intérêts de la caution?

Le doute vient de ce que le texte parle du *fait du créancier*. Pothier pensait qu'il fallait un fait positif de la part du créancier (1). On fait remarquer, en ce sens, que la caution peut se mettre à l'abri de la négligence du créancier, en prenant elle-même inscription, tandis qu'elle demeure désarmée contre son fait positif. L'opinion de Pothier était soutenable parce que, dans l'ancien droit, la solution qu'il proposait avait sa base uniquement dans l'équité; il n'y avait pas de texte permettant à la caution de se dire déchargée quand le créancier n'avait pas conservé ses sûretés. Mais aujourd'hui, il existe un texte formel ayant pour base une convention tacite et le mot *fait* embrasse aussi bien les faits d'*omission* que les faits de *commission*. On est en général d'accord sur ce point (2). On ajoute quelquefois que

(1) *Des oblig.*, n° 557; Conf. TOULLIER, t. VII, n° 172; MOURLON, *Des subrog.*, p. 518 et suiv.; Bastia, 2 fév. 1846, S. 48, 2, 10.

(2) Cass. 2 déc. 1895, S. 96, 1, 65; Cass. 7 juill. 1862, S. 62, 1, 799; Bruxelles, 3 août 1886, *Pand. franç.*, 87, 2, 73; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 12; LAURENT, t. XXVIII, nos 310-311.

la question est en quelque sorte tranchée par l'art. 1383 portant que chacun est responsable des dommages qu'il a causés non seulement par son fait, *mais encore par sa négligence et son imprudence.* Nous pensons qu'il faut laisser cet argument de côté, et ne pas chercher dans une formule faite pour les quasi-délits une raison de décider dans une matière purement contractuelle (1). Il a été jugé, conformément à la doctrine qui vient d'être exposée, que le créancier à qui a été constituée en gage une créance hypothécaire, est tenu sous sa responsabilité, et spécialement sous peine de voir admettre la libération de la caution qui a garanti la dette, de veiller au renouvellement en temps utile de l'inscription, sans qu'il soit besoin que le débiteur principal ou la caution aient signalé expressément à sa charge une semblable obligation (2).

On a jugé encore que la caution d'un entrepreneur déclaré en faillite, poursuivie par l'administration de l'octroi d'une ville en paiement de droits arriérés et non antérieurement réclamés au débiteur principal, ne saurait, en invoquant l'art. 2037, se prétendre déchargée sous le prétexte que la ville aurait négligé d'exiger de ce débiteur le paiement des droits qu'il devait (3). Mais il n'y a là qu'une décision de fait; car le défaut de poursuites peut, comme nous allons le voir, constituer une négligence.

251. Il ne suffira pas au créancier, pour échapper à l'application de l'art. 2037, de procurer à la caution une subrogation juridique dans *le titre* qui lui permet de prétendre à une certaine sûreté accordée par le débiteur; il faut surtout qu'il lui donne une subrogation utile. Ainsi la subrogation à une hypothèque ne serait pas utile si le créancier avait

(1) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 305.
(2) Cass. 21 nov. 1894, D. 95, 1, 117.
(3) Paris, 12 avr. 1894, D. 94, 2, 255.

laissé, sans agir, dégrader l'immeuble hypothéqué (1).

La caution pourrait-elle se prévaloir du bénéfice de l'art. 2037 lorsque, depuis l'échéance de la dette et avant toutes poursuites, le débiteur est devenu insolvable? Ce sera là une question de fait, car on ne peut pas dire que le cautionnement impose au créancier l'obligation de poursuivre le débiteur avec la dernière rigueur. Pour que l'art. 2037 soit applicable, il faut que le retard imputé au créancier implique de sa part une véritable négligence, c'est-à-dire une faute, ce qui sera apprécié par le juge (2). Il nous paraît juridique de décider, cependant, que le créancier n'aura pas à craindre l'application de l'art. 2037 lorsque son retard à agir n'est pas de nature à mettre obstacle à l'intervention de la caution. Ainsi, par exemple, l'art. 2039 porte que la simple prorogation du terme accordé au débiteur ne libère pas la caution qui peut toujours agir contre le débiteur. De même si le créancier n'intervient pas à la faillite du débiteur, la caution a toujours le droit d'intervenir même avant d'avoir payé (art. 2032). Mais cela suppose que la caution a été informée par le créancier (3). Notons encore que le créancier n'est responsable ni du fait du débiteur, ni du fait des tiers, ni de celui de la caution, ni de l'inefficacité d'une hypothèque résultant de l'application de l'art. 446, C. com. (4). Enfin par un arrêt dont les motifs ne sont pas complètement d'accord avec sa dernière jurisprudence (Voy. *suprà*, n° 225), la Cour de cassation admet que la caution qui n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires et qui a payé la dette entière est subrogée, non pas seulement aux droits

(1) Cass. 23 mai 1833, S. 33, 1, 574; LAURENT, t. XXVIII, n° 315; GUILLOUARD, n° 236; *Contrà*, PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 382.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 312.

(3) Comp. Cass. 3 mai 1864, S. 64, 1, 582; Nancy, 13 avr. 1867, S. 68, 2, 81; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 24; GUILLOUARD, n° 235.

(4) Cass. 22 déc. 1886, S. 88, 1, 53.

de ce créancier contre le débiteur cautionné, mais encore à ses droits contre les autres débiteurs non cautionnés ; que par suite cette caution peut se prévaloir de l'art. 2037 lorsque le créancier en consentant à n'avoir pour obligé que le débiteur cautionné, a privé la caution du recours qu'elle aurait pu avoir contre les autres (1).

252. La disposition de l'art. 2037 ne doit s'appliquer rationnellement qu'aux droits et actions existant avant le cautionnement ou constitués en même temps; ce sont les seuls qui ont été envisagés par la caution et que le créancier s'est implicitement engagé à conserver. Il ne saurait donc être question des sûretés nouvelles créées postérieurement au cautionnement (2).

La règle de l'art. 2037 a été formulée en faveur de la caution seulement, soit simple, soit solidaire (*infrà*, n° 324). Elle ne peut donc être invoquée par d'autres co-obligés qui, cependant, pourraient avoir droit à la subrogation. Elle ne pourrait notamment être invoquée par un co-débiteur solidaire (3). Pothier admettait le contraire (4); mais il supposait que le créancier avait *fait remise* de la dette à l'un des débiteurs solidaires et, par conséquent, tout s'explique. Dans ce cas, l'art. 1285 déclare formellement que la remise faite à l'un des débiteurs solidaires libère les autres. Mais la caution solidaire pourrait opposer l'exception tirée de l'art. 2037, lequel ne distingue pas.

Le tiers détenteur qui est tenu de payer la dette, s'il veut éviter l'expropriation, ne peut opposer l'exception de subro-

(1) Cass. 7 mars 1887, S. 87, 1, 265.

(2) Cass. 10 déc. 1866, S. 67, 1, 151; arrêt précité de Nancy, 13 avr. 1867; Gand, 27 déc. 1878, *Pas.*, 79, 2, 125; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 14; LAURENT, t. XXVIII, n° 308; ARNTZ, t. IV, n° 1534; GUILLOUARD, n° 239; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 879.

(3) Cass. 3 avr. 1861, S. 61, 1, 986; Cass. 16 mars 1852, S. 52, 1, 104, etc.; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 21; GUILLOUARD, n° 245.

(4) *Des oblig.*, n° 275; Conf. RODIÈRE, *De la solidarité*, n° 154, etc.

gation, car il n'est pas caution, et il n'est pas possible de considérer le créancier, à qui il est étranger, comme ayant pris vis-à-vis de lui l'engagement de conserver une sûreté quelconque (1).

La même solution doit encore être adoptée à l'égard de celui qui a fourni une hypothèque sur ses biens pour garantir la dette d'un autre, sans prendre lui-même aucun engagement personnel relatif à cette dette (2).

253. La responsabilité du créancier est limitée au préjudice réellement occasionné par son fait à la caution. C'est à la caution qu'il appartient d'abord de prouver qu'une sûreté constituée en garantie de la créance cautionnée a péri par le fait du créancier. Celui-ci est admis à faire la preuve contraire ; il peut notamment chercher à démontrer que la perte alléguée d'une sûreté provient d'un fait imputable à la fois à la caution et à lui-même. Dans ce cas, les tribunaux pourront ne prononcer au profit de la caution qu'une décharge partielle (3). Si rien ne vient diminuer la responsabilité du créancier, au point de vue de la perte de la sûreté dont se plaint la caution, celle-ci devra obtenir sa décharge complète, comme réparation du préjudice qu'elle est censée éprouver et dont elle n'a pas, d'ailleurs, à établir l'importance (4). Mais le créancier pourra alors être admis à justifier que la caution n'est pas lésée, en réalité, par la disparition de la sûreté dont il s'agit, parce que cette sûreté n'était qu'apparente, qu'elle n'aurait donné aucun résultat utile, etc. Il pourra également établir que la subrogation n'est devenue

(1) Cass. 18 déc. 1854, S. 55, 1, 247 ; Caen, 26 nov. 1870, S. 71, 2, 263, etc.; Aubry et Rau, § 429, texte et note 21 ; Laurent, t. XXVIII, n° 303; Guillouard, n° 247.

(2) Guillouard, n° 246; Voy. cep. Aubry et Rau, § 429, texte et note 20.

(3) Cass. 19 janv. 1892, D. 92, 1, 89; Aubry et Rau, § 429, texte et note 13; Laurent, t. XXVIII, n° 315; Guillouard, n° 237.

(4) Voy. cep. Labbé, note sous Cass. 2 fév. 1886, S. 87, 1, 5.

impossible que pour partie et que la caution n'a droit qu'à une décharge proportionnelle (1).

Le moyen tiré de la violation de l'art. 2037 ne peut être utilement proposé pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

254. La caution peut encore obtenir d'être déchargée de son cautionnement dans le cas où le créancier a reçu satisfaction au moyen d'une dation en paiement.

On sait que la dation en paiement est l'opération par laquelle un créaneier consent à recevoir une chose autre que celle qui lui est due (art. 1243). Si cette dation en paiement a été faite par le débiteur, il est évident que les cautions seront libérées comme le débiteur lui-même. Mais il peut arriver que le créancier soit évincé de l'objet à lui donné *in solutum*, quel sera l'effet de cet événement sur la libération de la caution?

ART. 2038. L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.

Les auteurs sont, en général, portés à voir, dans ce texte, une application particulière du principe consacré par l'art. 1281 § 2, c'est-à-dire une novation par changement d'objet (3). Il y a là une analyse inexacte : quand le pacte qui autorise le débiteur à se libérer en donnant au créancier une chose autre que la chose due, se confond avec l'opération elle-même, on dit qu'il y a *dation en paiement;* si, au contraire, ce pacte paraît plutôt destiné à engendrer une obligation nouvelle qui sera exécutée plus tard, l'opération aboutira à une novation proprement dite (4) (Voy. t. VIII, n° 30).

(1) Cass. 2 fév. 1886, S. 87, 1, 5; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 18; LAURENT, t. XXVIII, n° 307; GUILLOUARD, n°s 240 et 241.

(2) Cass. 24 oct. 1888, S. 89, 1, 107.

(3) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 398; GUILLOUARD, n° 253; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 977.

(4) LAURENT, t. XXVIII, n° 279.

255. On a encore voulu donner une importance particulière au mot *volontairement* employé par l'art. 2038 qui exige, en effet, pour que la dation en paiement éteigne le cautionnement, qu'elle soit « *acceptée volontairement par le créancier* ». Mais il nous paraît que le texte a voulu simplement reproduire, sous une autre formule, l'idée exprimée déjà dans l'art. 1243, que « le créancier *ne peut être contraint* de recevoir une autre chose que celle qui lui est due ». On insiste cependant, parce que, dit-on, « il y a, en effet, des hypothèses dans lesquelles le créancier est obligé, pour sauver sa créance, de recevoir un bien au lieu d'une somme d'argent; tel serait le cas dans lequel, poursuivant l'expropriation des biens du débiteur, il devient adjudicataire de l'immeuble qu'il exproprie. Ce n'est pas là, certes, ajoute-t-on, une *acceptation volontaire* faite avec l'intention de se contenter de l'immeuble dont il devient acquéreur et de libérer la caution (1) ». — La Cour de cassation s'est prononcée pour la négative, parce que la question lui était posée dans les termes que nous venons d'indiquer (2). Mais la question n'avait pas à être posée; il est manifeste que, dans le cas envisagé, il n'y avait rien qui ressemblât à une dation en paiement. Le créancier poursuivant qui devient adjudicataire ne reçoit pas l'immeuble en paiement de ce qui lui est dû; il l'achète à la charge d'en payer le prix, seulement il pourra arriver qu'il soit, comme créancier, colloqué sur lui-même.

Suivant une autre opinion, le mot *volontairement* indique toujours qu'un acte juridique a été fait dans une certaine intention, et, dans le cas proposé, avec la volonté de décharger le débiteur. Par conséquent, dit-on : « L'acceptation

(1) GUILLOUARD, n° 254.

(2) Cass. 19 janv. 1863, S. 63, 1, 187; Comp. AUBRY et RAU, § 429, texte et note 3; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 404; LAURENT, t. XXVIII, n° 283.

d'une chose en paiement de la dette n'est pas volontaire quand le créancier n'a pas la volonté de décharger le débiteur, ce qui implique une réserve ou une condition, tandis que l'acceptation sans réserve ni condition marque la volonté de libérer le débiteur et, par suite, la caution (1). »

Mais pourquoi épiloguer de la sorte sur le sens d'un mot qui se définit lui-même et qui se trouve d'ailleurs fixé, comme nous l'avons vu, par l'art. 1243. L'acceptation de la dation en paiement doit être *volontaire*, c'est-à-dire qu'elle doit être l'expression d'une volonté libre, non contrainte, affranchie de toute influence qui pourrait la vicier. Par conséquent, l'art. 2038 ne devra pas recevoir d'application dans les cas où la *datio in solutum* viendrait à être annulée pour incapacité, erreur, dol, violence ou autre cause, et la caution demeurera alors tenue (2).

256. Normalement il devrait en être de même quand il y a eu éviction de la chose donnée en paiement, puisque, dans ce cas, la *datio in solutum* n'a pu éteindre la dette principale. Comment donc se fait-il que la loi ait cru devoir, par une disposition en apparence exceptionnelle, déclarer que la caution demeurerait néanmoins déchargée?

Il faut se rendre exactement compte de ce qui est contenu dans l'engagement d'une caution. La caution garantit un paiement valable de la part du débiteur. Donc, dans les hypothèses où le paiement doit être translatif de propriété en faveur du créancier (Voy. t. VIII, nos 13 et 14), la caution peut se rendre un compte suffisant de l'étendue de son engagement au point de vue de la garantie et apprécier les chances plus ou moins nombreuses d'éviction. Si la chose

(1) Cass. 23 oct. 1888, S. 89, 1, 409; LAURENT, t. XXVIII, n° 282; GUILLOUARD, n° 258; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 977; Comp. trib. Castelsarrasin, 22 juin 1850, S. 50, 2, 417; Voy. cep. Orléans, 30 août 1850, D. 51, 2, 29.

(2) LAURENT, *loc. cit.*

due est une somme d'argent, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, ou des meubles déterminés seulement quant à leur espèce, la caution sait que les chances d'éviction sont à peu près nulles, puisque l'art. 2279 portant qu'en fait de meubles la possession vaut titre, rendra toute éviction impossible. Si la chose à livrer était un corps certain, meuble ou immeuble, dont le débiteur, en vertu de la convention qui a créé son obligation, devait transférer la propriété au moment seulement de sa livraison, la caution a pu se rendre compte de la possibilité plus ou moins grande qu'aurait le débiteur à rendre le créancier propriétaire. Si le débiteur était lui-même déjà propriétaire de la chose à livrer, ce que la caution aura à vérifier, celle-ci pourra, sans inconvénient, garantir qu'il n'y aura pas d'éviction. Supposons maintenant que le créancier accepte volontairement en paiement *un immeuble ou un effet quelconque* autre que celui qui était dû, pourra-t-il imposer à la caution, qui est demeurée étrangère à l'opération, la charge de garantir qu'il n'y aura pas éviction? Certainement non, car il a modifié les conditions du contrat sans le concours de la caution. Donc cette dernière doit être déchargée, encore que le créancier vienne à être évincé de l'objet par lui reçu. Mais, pourrait-on dire, en cas d'éviction, le débiteur principal n'est pas libéré, et, par conséquent, la caution ne doit pas l'être. C'est une erreur; si la caution n'était pas libérée, c'est donc qu'on invoquerait contre elle une obligation de garantie autre que celle qu'elle a entendu contracter; cela n'est pas possible, la caution pourrait toujours dire, en effet : si le créancier n'avait pas consenti à recevoir une dation en paiement et avait simplement exigé ce qui lui était dû, il n'y aurait pas eu éviction et j'aurais été libérée. Le créancier n'est jamais exempt de reproche pour avoir légèrement accepté une chose qu'il aurait pu refuser; je ne peux être maintenue, par son fait unilatéral, dans les liens

de l'obligation. C'est ce résultat que l'art. 2038 consacre. Il n'y a là aucune dérogation aux principes ordinaires, et le texte, qui ne distingue pas, doit s'appliquer aussi bien à la caution solidaire qu'à la caution simple (1).

257. De ce qui précède, il suit forcément que le créancier ne pourrait, en faisant une réserve formelle de ses droits contre la caution, lorsqu'il accepte une dation en paiement, échapper aux conséquences de l'art. 2038, pour le cas où il y aurait éviction (2). Comment une réserve à laquelle la caution est demeurée étrangère pourrait-elle venir modifier l'objet de la garantie dont elle avait consenti à se charger?

A l'inverse, si la caution donne son assentiment à la dation en paiement et adhère aux réserves du créancier, elle sera tenue. C'est ce qui aura lieu si le bien reçu en paiement par le créancier ne l'a pas été en vertu d'un acte postérieur à l'obligation cautionnée et y dérogeant, mais l'a été en exécution de l'acte même auquel la caution a figuré (3).

L'art. 2038 n'est pas applicable au cas d'un paiement ordinaire annulé par application de l'art. 447, C. com. Le cautionnement devant suivre, le sort de l'obligation principale revit avec celle-ci après l'annulation du paiement (4).

258. Le créancier pourrait-il modifier la condition de la caution en accordant au débiteur principal une prorogation de délai?

Le législateur, par le texte suivant, a répondu négativement :

ART. 2039. La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.

(1) Comp. PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 404; GUILLOUARD, n° 255; *Contrà*, DURANTON, t. XVIII, n° 383; LAURENT, t. XXVIII, n° 282.

(2) Cass. 10 mai 1858, S. 59, 1, 161.

(3) Cass. 23 nov. 1857, S. 58, 1, 687; Comp. AUBRY et RAU, § 429, texte et note 5; LAURENT, t. XXVIII, n° 283; GUILLOUARD, n° 254.

(4) Cass. 23 oct. 1888, S. 89, 1, 409.

On soutient cependant que la situation de la caution est aggravée parce que, désormais, elle sera obligée de discuter elle-même le débiteur principal, tandis que si une prorogation de terme n'avait pas été accordée par le créancier, elle n'aurait eu, personnellement, aucune initiative à prendre, sauf à indiquer les biens à discuter et à avancer les frais de la discussion (1). Mais cela n'est pas exact. La situation de la caution demeure absolument ce qu'elle était : En acceptant l'accession d'une caution à la dette principale, le créancier a perdu le droit d'accorder seul une prorogation de délai dont puisse se prévaloir le débiteur. La prorogation qu'il a accordée est donc non avenue à l'égard de la caution. La dette est donc, vis-à-vis de celle-ci, devenue exigible; la caution se trouve, en conséquence, placée dans l'hypothèse prévue par l'art. 2032 § 4, qui lui donne la faculté d'agir alors contre le débiteur pour être par lui indemnisée (2). Il n'est donc par surprenant que la caution puisse rendre illusoire une prorogation que le créancier n'avait pas le droit d'accorder.

La caution pourrait même, si elle le préférait, payer immédiatement le créancier, se faire subroger aux droits de celui-ci et agir alors contre le débiteur, malgré le terme accordé par le créancier. La subrogation, en effet, doit faire entrer la caution dans tous les droits qu'avait le créancier, non diminués par une prorogation de terme que celui-ci ne pouvait pas consentir (3).

L'art. 2039 est également applicable à la caution simple et à la caution solidaire (4).

Le créancier ne peut donc pas enlever à la caution le droit de considérer la dette comme exigible, quand le terme qui en retardait le paiement est échu.

(1) GUILLOUARD, n° 250.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 278.
(3) Caen, 24 janv. 1888, D. 88, 2, 127; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 252.
(4) Cass. 13 nov. 1877, S. 78, 1, 415.

259. A un autre point de vue, il faut dire aussi que la caution ne peut pas être recherchée avant l'échéance et que la renonciation que ferait le débiteur au bénéfice du terme ne pourrait avoir aucun effet contre la caution.

Il en sera autrement si le débiteur est déchu du bénéfice du terme dans les circonstances auxquelles s'applique l'art. 1188 (Voy. t. VII, n° 289); la déchéance pourra être invoquée contre la caution (1), à moins que celle-ci ne se soit engagée sous des conditions particulières d'exigibilité, si elle a promis de payer à une époque différente de celle qui a été fixée pour la dette principale (2).

On objecte que la caution qui n'a pas, elle-même, encouru la déchéance, ne doit pas souffrir de celle du débiteur. Sans doute, l'obligation de la caution est la même que celle du débiteur principal, si l'on se place au moment où elle a été contractée; mais, dit-on, il n'en résulte pas qu'elle doive toujours suivre le sort de la dette principale. Or le terme en vue duquel le fidéjusseur a contracté ne peut lui être enlevé par suite d'un fait personnel au débiteur (3). La jurisprudence se prononce dans ce sens (4). Il est facile de répondre que lorsqu'un créancier exige l'accession d'une caution, c'est précisément en vue des événements qui peuvent rendre le débiteur insolvable ou moins solvable et pour être assuré qu'il pourra agir utilement contre quelqu'un aussitôt que ces événements se produiront. La caution, de son côté, en contractant son engagement, a dû prévoir ces mêmes événements.

C'est en se plaçant à ce point de vue que l'art. 444 § 2,

(1) AUBRY et RAU, § 303, texte et note 18.

(2) Nîmes, 18 mars 1862, S. 2, 5.

(3) DEMOLOMBE, *Oblig.*, t. II, n° 707; MOURLON-DEMANGEAT, t. III, n° 1159.

(4) Cass. 3 juillet 1890, S. 90, 1,445. Rouen, 29 juin 1871, S. 71, 2, 220; Paris, 25 juill. 1857, D. 68, 2, 222.

C. com., a pu décider qu'en cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés sont tenus de donner caution, pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement.

Aperçus complémentaires sur la condition de la caution solidaire.

260. — Cas à éliminer.
261. — Difficultés quand il y a solidarité entre le débiteur principal et une ou plusieurs cautions engagées à ce titre. La caution solidaire ne perd pas le caractère de caution.
262. — Comparaison entre la caution solidaire et le co-débiteur solidaire.

260. Il faut d'abord mettre de côté le cas où plusieurs personnes, parmi lesquelles une seule est intéressée à l'affaire, s'obligent solidairement envers le créancier (article 1216 et 1431).

En pareille hypothèse, les obligés sont tenus vis-à-vis du créancier d'une véritable obligation solidaire ordinaire. Mais, dans leurs rapports respectifs, il faudra appliquer les principes du cautionnement. Celui qui, en fait, n'était qu'une caution, pourra invoquer contre le codébiteur, seul intéressé dans la dette, les art. 2029, 2032 et 2033.

Il faut éliminer encore le cas où plusieurs personnes s'obligent solidairement à titre de caution, sans s'obliger solidairement avec le débiteur principal. Elles sont alors privées du bénéfice de division, mais peuvent invoquer le bénéfice de discussion, se prévaloir de l'art. 2037 et recourir contre le débiteur et entre elles, suivant les règles de l'art. 2033.

261. La vraie difficulté se présente, quand il y a engagement solidaire avec le débiteur principal, de la part d'une ou de plusieurs cautions.

Il faut poser en principe que la caution solidaire est, avant

tout, une caution; elle ne peut donc s'engager plus lourdement que le débiteur principal. Elle renonce, comme nous l'avons vu (*suprà*, n° 264), aux bénéfices de division et de discussion. Sa condition, sous ce rapport, diffère de celle de la caution simple et se rapproche de celle du débiteur solidaire, car le créancier peut la poursuivre immédiatement pour le tout.

Nous avons vu, sur l'art. 2021, qu'un arrêt (1) avait prétendu que la caution solidaire devait être complètement assimilée à un codébiteur solidaire (*suprà*, n° 245). Mais la jurisprudence n'applique pas toujours cette manière de voir et notamment elle accorde à la caution solidaire le bénéfice de discussion (2); elle lui reconnaît également le droit d'invoquer l'art. 2038, c'est-à-dire de se prétendre libérée par une dation en paiement acceptée par le créancier, quoique celui-ci vienne à être évincé (3).

262. La caution solidaire étant, avant tout, une caution, il importe de mettre en relief les différences qui existent entre la situation d'une telle caution et celle d'un débiteur solidaire.

En ce qui touche les rapports de la caution solidaire avec le créancier, il faut d'abord noter que si l'engagement du débiteur principal disparaît, celui de la caution solidaire doit disparaître aussi. Au contraire, si l'engagement d'un débiteur solidaire vient à disparaître, celui de son codébiteur continue de subsister.

Si le créancier a d'abord dirigé son action contre la caution solidaire, nous n'appliquerions pas au débiteur les

(1) Cass. (motifs) 7 juin 1882, D. 82, 1, 441.

(2) Cass. 3 janv. 1888, S. 90, 1, 467; Cass. 23 fév. 1857, S. 57, 1, 359, etc.; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 19; LAURENT, t. XXVIII, n° 304; GUILLOUARD, n° 243.

(3) Cass. 23 nov. 1857, S. 58, 1, 687; AUBRY et RAU, § 429, texte et note 5; LAURENT, t. XXVIII, n° 283; GUILLOUARD, n° 254.

art. 1205, 1206 et 1207. Par conséquent, si la chose a péri par la faute ou pendant la demeure de la caution solidaire, le débiteur doit être libéré, alors que l'art. 1205 déclare les débiteurs solidaires tenus quand la chose a péri par la faute d'un de leurs codébiteurs.

Si la prescription a été interrompue à l'égard de l'un des débiteurs solidaires, elle l'est aussi à l'égard de tous (art. 1206). Au contraire, si elle l'est à l'égard de la caution solidaire, elle ne l'est pas à l'égard du débiteur principal (1).

Si une demande d'intérêts a été formée contre un des débiteurs solidaires, elle fait courir les intérêts à l'égard de tous (art. 1207). Si elle a été formée contre la caution solidaire, la solution sera différente.

Examinons maintenant l'hypothèse inverse, c'est-à-dire celle où le créancier a d'abord poursuivi le débiteur principal. Dans ce cas, il faudra appliquer à la caution solidaire les solutions fournies par les art. 1205, 1206 et 1207, à cause des règles formulées dans l'art. 2016.

Ainsi, la caution solidaire est tenue quand la chose a péri par la faute du débiteur; elle est encore tenue des intérêts que la demande formée contre ce dernier a fait courir contre elle. Pourquoi? Parce que, aux termes de l'art. 2016, la caution répond de tous les accessoires de la dette, même des frais de la première demande, etc.

Quant à la prescription, si elle a été interrompue à l'égard du débiteur principal, il faut qu'elle le soit à l'égard de la caution solidaire, à cause de la déclaration formelle contenue dans l'art. 2250 (Voy. *suprà*, n° 244).

Enfin la caution solidaire peut invoquer, au nom du débiteur principal, les moyens de défense et de libération appartenant à ce dernier (art. 2036); elle peut aussi opposer la

(1) DURANTON, t. XXI, n° 283; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 342; GUILLOUARD, n° 221.

déchéance prononcée par l'art. 2037 au cas où le créancier aurait compromis, par son fait, la subrogation à ses droits (1).

Dans ses rapports avec le débiteur principal, la caution solidaire doit être traitée comme la caution simple. Ainsi elle est libérée quand le débiteur principal est libéré lui-même; elle peut encore se prévaloir de l'art. 2032 pour exercer son recours contre le débiteur, même avant d'avoir payé, ce que ne peut faire un codébiteur solidaire (Voy. *suprà*, n° 229).

(1) Cass. 5 janv. 1888, D. 88, 1, 86; Cass. 2 fév. 1886, D. 87, 1, 387.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

263. — Renvoi aux art. 2018 et 2019 pour les conditions à remplir par les cautions légales et judiciaires, art. 2040.
264. — Restriction de la faculté de demander la discussion préalable, art. 2042 et 2043.
265. — Faculté de remplacer la caution par un gage, art. 2041.

263. Les règles expliquées dans les précédents chapitres concernent la caution donnée au créancier en vertu d'une convention conclue avec le débiteur. Mais il peut arriver, comme nous l'avons déjà dit (*Suprà*, nº 161), que la loi elle-même, ou bien le juge, impose au débiteur l'obligation de fournir une caution.

Incidemment nous avons eu l'occasion d'indiquer quelques règles applicables aux cautions légales et aux cautions judiciaires. Le Code a consacré le dernier chapitre du titre XIV aux principes spéciaux qui les régissent :

ART. 2040. Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les art. 2018 et 2019. — Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps.

Ce dernier paragraphe est devenu sans objet depuis que la loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps. Nous rappellerons cependant que Treilhard, dans l'*Exposé des motifs*, avait cru justifier l'application de la contrainte par corps en déclarant : « qu'il fallait des liens plus forts et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice. »

264. Ce sont des considérations de même force qui ont inspiré les deux articles suivants, afin que les décisions de la justice soient d'une prompte exécution :

ART. 2042. La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.

ART. 2043. Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution.

Il semble résulter de ce dernier texte que ce certificateur n'est tenu aussi étroitement que la caution judiciaire que s'il a donné son cautionnement *simplement;* d'où on peut conclure qu'il pourrait se réserver le droit, en cas de poursuites, d'invoquer le bénéfice de discussion (1).

265. La partie obligée par la loi ou par le juge à présenter une caution sera peut-être dans l'impossibilité de trouver une personne qui veuille répondre pour lui, soit à cause des périls que fait toujours courir le rôle de caution, soit à cause des rigueurs spéciales qui sont édictées contre les cautions judiciaires. Or il aurait été injuste de priver quelqu'un, à raison d'une telle impossibilité, de l'exercice d'un droit dont il serait investi, comme dans le cas où le juge a accordé à un des plaideurs l'exécution provisoire d'un jugement, mais avec caution.

En conséquence,

ART. 2041. Celui qui ne peut pas trouver une caution, est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant,

ou plutôt, comme on l'a fait remarquer, un gage *ou* nantissement suffisant.

Il faudrait assimiler au gage une consignation en rente ou en deniers suffisante pour désintéresser le créancier (2). Le débiteur n'est pas obligé de prouver, préalablement, qu'il n'a pu se procurer une caution (3).

Il a été jugé que les tribunaux pouvaient, d'après les circonstances, autoriser le débiteur à substituer à la caution

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 442.

(2) Cass. 19 mai 1890, S. 90, 1, 329; Voy. Ord. du 3 juill. 1816, art. 2; art. 120, C. instr. crim.

(3) Trib. Louvain, 7 mai 1870, *Cl. et B.*, 70-71, 257.

légale ou judiciaire une hypothèque sur des biens suffisants (1). Mais cela est contraire au texte bien précis de l'art. 2041; il faut appliquer la loi telle qu'elle est, et non la méconnaître sous prétexte de l'améliorer (2).

(1) Cass. 3 fév. 1893, S. 97, 1, 137; Cass. 7 août 1882, S. 82, 1, 457; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 445.

(2) AUBRY et RAU, § 425, texte et note 12; LAURENT, t. XXVIII, n° 202; GUILLOUARD, n° 112.

APPENDICE AU TITRE QUATORZIÈME

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

266. — Application, suivant les cas, de la loi en vigueur soit au lieu du contrat, soit au lieu d'exécution.
267. — Le titre du cautionnement s'applique uniquement aux cautions régies par la loi française.

266. Le cautionnement, comme tout contrat, est, en principe, à défaut de manifestation d'une volonté différente, de la part des parties, soumis à la *lex loci contractus*, c'est-à-dire du lieu où la convention a été conclue.

Cependant, s'il est constant, dès l'origine, que l'acte doit recevoir son exécution dans une autre localité, on enseigne qu'il faudrait appliquer la loi du lieu d'exécution (1). Cette solution, donnée en vue d'une caution conventionnelle, exige certaines précisions. Si on suppose que le débiteur principal qui est domicilié en France, où il s'est obligé sous l'empire de la loi française, ne satisfait pas à ses engagements, et que le créancier veuille agir contre la caution qui est étrangère et qui s'est obligée à l'étranger sous l'empire de sa loi nationale, il est certain que les poursuites dirigées à l'étranger contre la caution devront avoir lieu conformément à la loi étrangère. Mais si la caution étrangère veut agir en indemnité contre le débiteur principal, même avant d'avoir payé, dans les cas prévus par l'art. 2032, elle devra se conformer à la loi française et ne pourra agir que dans les

(1) Brocher, *Cours de Dr. int. pr.*, t. II, p. 283 et suiv.

limites de l'art. 2032, quand même, d'après sa loi nationale, elle aurait action dans un plus grand nombre de cas.

Dans une hypothèse inverse, il a été décidé que la caution étrangère, donneur d'aval, qui s'est obligée en France à la garantie d'une obligation contractée en France par un étranger au profit d'un Français, pour le cas d'insolvabilité légale du souscripteur de l'effet cautionné, pouvait être poursuivie devant un tribunal français aussitôt l'échéance et sans discussion préalable de la solvabilité du débiteur principal, lorsque celui-ci, à la même époque, a quitté la France (1). C'est une application de l'art. 142, C. com.

267. Il est reconnu que notre titre XIV en entier s'applique uniquement au cautionnement régi par la loi française. Notamment les art. 2040 et suivants, concernant la caution légale et la caution judiciaire, ne peuvent s'entendre que d'une caution imposée par la loi française ou par un jugement français.

On peut, néanmoins, soutenir que l'art. 2015 devrait s'appliquer en France, même à un cautionnement étranger, en tant qu'il décide que le cautionnement ne peut pas être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté (2). Mais comme le juge qui interprète la convention n'est pas lié par les termes du contrat, il devra fixer les limites du cautionnement après les avoir recherchées dans l'intention commune des parties; ce n'est pas là appliquer précisément un précepte spécial à la loi française, mais plutôt une règle universelle d'interprétation.

N° 2. — *Règles fiscales.*

268. — Droit proportionnel en matière de cautionnement; sens du mot *cautionnement*.

269. — Assiette et calcul du droit. Droit fixe.

(1) Trib. Seine, 15 janv. 1843, *Droit* du 19 janv. 1843.

(2) BROCHER, *loc. cit.*

270. — Le droit proportionnel de cautionnement est-il dû dans le cas prévu par l'art. 1216?
271. — Limites du droit de cautionnement.
272. — Certificat, décharge du cautionnement.

268. D'après l'art. 69 § 2, n° 8 de la loi du 22 frimaire an VII, les cautionnements de sommes et objets mobiliers, les garanties mobilières et les indemnités de même nature sont enregistrées au taux de 0 fr. 50 0/0. Le droit sera perçu indépendamment de celui de la disposition que le cautionnement, la garantie ou l'indemnité aura pour objet, mais sans pouvoir l'excéder. Il ne sera perçu qu'un demi-droit pour les cautionnements des comptables envers l'Etat.

On remarquera que la loi emploie l'expression *cautionnement,* comme désignant d'abord l'objet de l'obligation accessoire contractée par une caution, et ensuite comme se référant à la garantie que doivent réaliser certains fonctionnaires, soit au moyen d'un dépôt d'argent ou de titres dans une caisse publique, soit dans une affectation hypothécaire sur des immeubles appartenant au fonctionnaire lui-même ou à un tiers qui a consenti à donner pour lui cette sûreté. En droit civil il n'y a aucune espèce de rapport entre ces sûretés réelles, improprement appelées *cautionnements,* et l'engagement personnel contracté par une caution. Mais on peut les rapprocher au point de vue du tarif fiscal.

269. Le droit de 0 fr. 50 0/0 est dû sur le montant de la somme garantie, quelle que soit la nature de l'acte cautionné, qu'il ait pour objet une somme d'argent, des meubles ou des immeubles (1), que le cautionnement soit simple ou solidaire, qu'il soit ou non suivi d'affectation hypothécaire.

Néanmoins le cautionnement des baux à ferme ou à loyer des biens meubles et immeubles, de baux de pâturage et

(1) Cass. 30 juill. 1873.

nourriture d'animaux, de baux à cheptel ou reconnaissance de bestiaux, et des baux ou conventions pour nourriture de personnes dont la durée est limitée, ne donnent lieu qu'à un droit de 0 fr. 10 0/0 qui est la moitié du droit établi pour les baux (1). Ce droit est calculé sur le montant des années auxquelles s'applique le cautionnement.

Quant au droit de 50 0/0 il est calculé sur le capital garanti et les intérêts échus; il ne l'est pas sur les intérêts à échoir.

Dans tous les cas, il n'est dû qu'un seul droit pour plusieurs cautions conjointes.

Le cautionnement fourni dans un acte d'ouverture de crédit est passible d'un droit fixe de 3 fr., quand même le crédit n'est pas réalisé (Voy. *suprà*, n° 170).

270. Dans le cas prévu par l'art. 1216, quand il est établi que l'obligation contractée par plusieurs obligés solidaires ne concernait ou plutôt n'intéressait que l'un d'entre eux, la loi décide que les autres codébiteurs seront considérés, par rapport à celui-ci, comme ses cautions. Sans doute, quand la preuve est faite, quand il a été démontré que certains obligés n'avaient aucun intérêt dans l'obligation, on pourra admettre qu'il y a eu cautionnement, et que le droit de cautionnement est dû. Mais la régie nous paraît aller trop loin quand elle soutient qu'il est dû un droit de cautionnement, outre le droit d'obligation, dans le cas où la somme prêtée à plusieurs débiteurs leur profite inégalement ou n'est retirée que par l'un d'eux (2) (Voy. t. VII, n° 334).

C'est présumer le cautionnement contrairement à la disposition formelle de l'art. 2015. La même solution a été soutenue dans le cas de vente d'un immeuble par deux personnes avec engagement solidaire de garantie par les vendeurs, alors que l'immeuble n'appartient qu'à l'un d'eux. Il

(1) L. 16 juin 1824, art. 1, *in fine*.
(2) Voy. Nancy, 26 déc. 1883, *J. N.*, n° 23181.

est souverainement arbitraire de vouloir expliquer par un cautionnement l'intervention de celui qui paraît n'être pas propriétaire.

271. Le droit de cautionnement ne doit jamais dépasser celui dont la perception est opérée sur l'obligation principale. Ainsi dans le cas où, par le contrat de mariage, le père du futur garantit comme caution le remboursement de la dot apportée par la future, c'est le droit gradué qui doit être appliqué s'il est inférieur au droit principal du cautionnement.

272. Le droit sur les actes portant certificat de cautionnement est de 3 fr. (1).

La décharge du cautionnement est enregistrée au droit gradué si l'acte contient mainlevée d'inscription hypothécaire. Si elle est pure et simple, le droit fixe de 3 fr. est seul dû.

(1) L. 28 fév. 1872, art. 4.

TITRE QUINZIÈME

DES TRANSACTIONS

N° 1. — *Nature et formes de la transaction.*

273. — Définition de la transaction, art. 2044.
274. — C'est un contrat qui peut ne pas se traduire dans une forme synallagmatique.
275. — Est-il résoluble en cas d'inexécution?
276. — La transaction doit porter sur un droit douteux; comparaison avec la renonciation à un droit moyennant un avantage stipulé.
277. — La jurisprudence ne constate pas suffisamment ce caractère douteux.
278. — Si le droit n'est pas douteux, l'acte ne peut valoir à titre de transaction.
279. — La transaction est un acte d'aliénation. Constitue-t-elle un contrat commutatif?
280. — Elle est indivisible.
281. — Forme et preuve de la transaction. Prohibition de la preuve testimoniale. *Quid*, en cas de commencement de preuve par écrit?
282. — *Quid*, en matière commerciale, ou en cas de perte de l'acte original? Des transactions verbales.
283. — Divers genres d'écrits pouvant constater une transaction.
284. — Des jugements d'expédient.

273. Le cautionnement, dont nous venons de parler, le gage et l'hypothèque, dont nous parlerons plus tard, sont trois contrats reliés par cette idée commune qu'ils son employés à constituer une sûreté destinée à rendre pratiquement efficace, ou plus efficace, un droit de créance au profit de celui qui en est investi.

La transaction n'a pas le même but. C'est donc sans raison que les rédacteurs du Code civil ont intercalé ce contrat entre le cautionnement et le gage. La transaction, comme nous le démontrerons plus loin, a pour effet de procurer, dans certaines conditions déterminées, la cession ou transport des droits quelconques sur lesquels il a été transigé. Il fallait donc logiquement la placer après la vente et l'échange.

D'après la définition donnée par le Code,

ART. 2044. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. — Ce contrat doit être rédigé par écrit (*).

Cette définition, comme cela arrive souvent dans un code, n'est pas complète; elle donne seulement une idée générale de la transaction.

D'accord avec la plupart des auteurs, nous dirons que la transaction est un contrat consensuel synallagmatique, par lequel les parties, au moyen de sacrifices réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître.

La transaction suppose donc, comme matière, une contestation née ou à naître considérée par les parties comme douteuse, quant à son fondement juridique, et traitée comme telle. Les parties se trouvent d'accord pour mettre fin au débat par des sacrifices réciproques.

Domat pensait qu'on pouvait transiger sans rien donner, sans rien promettre, sans rien retenir : « Ce qui est dit dans la loi 38, C. *de transact.*, qu'il n'y a point de transaction sans que l'un de ces caractères se retrouve dans l'acte, déclare Domat, ne doit pas être pris à la lettre (1). » Mais les exemples qu'il donne pour établir sa thèse n'ont rien de commun avec la transaction. Ainsi, dit-il, celui qu'on prétendrait être

(*) Art. 2044. — L. 1, D. 2, 15, *Des transact.*
(1) *Lois civiles*, liv. 1, § 2.

caution d'un autre, pourrait être déchargé de cette demande par une transaction, sans que, de part ni d'autre, il fût rien donné, rien promis, rien retenu. Or, il est impossible de trouver dans cet acte les éléments d'une transaction. On pourra y voir une renonciation, un désistement, une remise d'obligation, etc., et il sera inutile d'avoir l'engagement de la caution poursuivie. Dans la transaction, au contraire, le consentement des deux parties est nécessaire, car l'art. 2044 déclare que la transaction *est un contrat.* Si donc l'erreur de Domat a influé, ce qui est certain, sur la rédaction adoptée par les auteurs du Code, il n'en résulte pas que cette erreur ait été par eux consacrée.

274. La transaction est donc un contrat, ce qui permet de la distinguer du désistement portant sur le fond du droit et aussi des actes recognitifs et confirmatifs qui ne constituent pas nécessairement des contrats (Voy. t. VIII, nos 271, 273). C'est un contrat par lequel les parties mettent fin, elles-mêmes, au différend qui les divise, ce qui empêche de la confondre avec le compromis.

Les parties qui transigent mettent fin, disons-nous, à leurs contestations. Mais elles n'obtiennent ce résultat qu'en faisant des sacrifices réciproquement obligatoires. C'est cette réciprocité de sacrifices dont l'exécution est obligatoire qui empêche de confondre la transaction avec le simple conseil (1).

De cette réciprocité de sacrifices, les auteurs tirent en général cette conclusion que la transaction doit se traduire en un contrat synallagmatique (2). Mais il ne faut pas confondre la convention avec l'acte par lequel les parties ont définitivement réglé leur situation respective. Si cet acte, ce qui arrivera le plus souvent, fait apparaître des obligations

(1) Cass. 17 avr. 1894, S. 96, 1, 459.

(2) Laurent, t. XXVIII, n° 328; Guillouard, *Des transactions*, n° 7; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 985.

réciproques, et s'il a été rédigé sous seing privé, il demeurera soumis à l'observation de l'art. 1325, et devra par conséquent être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant des intérêts distincts (1). Mais on peut concevoir que l'acte rédigé à la suite d'une transaction, ne laisse apparaître d'obligation que d'un seul côté, dans le cas, par exemple, où une partie, à qui on avait réclamé une certaine somme, s'oblige, transactionnellement, à payer à terme une somme de moindre importance.

La réciprocité de sacrifices peut du reste se traduire par une obligation de ne pas faire, à la charge de l'une ou de l'autre des parties. La Cour de cassation a trouvé une formule bien singulière pour exprimer une idée aussi simple : « Attendu, a-t-elle dit, que la transaction *loin de constituer une reconnaissance réciproque des droits litigieux*, suppose au contraire l'abandon réciproque d'une partie de ces droits (2). » Comment est-il possible de se figurer une *reconnaissance réciproque* de droits litigieux, c'est-à-dire un acte par lequel chacune des parties reconnaît que l'autre a raison! Il faudrait dire au contraire que la transaction constitue une reconnaissance réciproque du caractère litigieux, ou plutôt douteux, du droit envisagé.

275. Enfin, de ce que la transaction est considérée comme apparaissant toujours dans la forme synallagmatique, les auteurs ont encore admis en général cette conclusion qu'on devait lui appliquer l'art. 1184 et décider qu'elle pourra être résolue si l'une des parties se refuse à exécuter les engagements qu'elle y a pris (3). Il faut remarquer que tous les auteurs qui admettent cette solution enseignent que la transaction a un effet simplement déclaratif, c'est-à-dire que

(1) Paris, 21 déc. 1895, D. 96, 2, 360.

(2) Cass. 3 janv. 1883, D. 83, 1, 457.

(3) PONT, *Des petits contrats*, t. II, n° 461; LAURENT, t. XXVIII, n° 328; GUILLOUARD, n° 8; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 985.

celle des parties qui conserve, d'après la transaction, les objets sur lesquels il a été transigé, les conserve en vertu d'un droit propre et non transmis. Or, s'il en est ainsi, il n'est pas possible de concevoir comment un acte simplement déclaratif quant à ses effets pourrait subir les conséquences d'une condition résolutoire tacite (Comp. t. VII, n° 268). Les partisans de l'effet déclaratif de la transaction devraient donc décider, sans hésiter, que la transaction échappe à l'application de l'art. 1184. Ceux, au contraire, qui pensent, comme nous, que la transaction a un effet translatif peuvent soutenir, sans sortir de la logique, que la transaction est soumise à l'art. 1184. Il est certain, en effet, que chacune des parties n'a entendu faire de concessions qu'en vue des concessions faites par l'autre partie et sous la condition que celle-ci remplirait ses engagements. Laurent, qui a varié sur la question, a fini par adopter l'opinion opposée en invoquant l'analogie qui existe entre le jugement et la transaction (1). Mais si l'art. 2052 déclare que la transaction a entre les parties l'autorité de la chose jugée, c'est uniquement, comme nous le verrons plus loin, dans le but d'exclure l'appel. On a encore prétendu que, dans notre doctrine, l'équité se trouve blessée soit au profit du demandeur en résolution, s'il triomphe, puisqu'il obtiendra alors plus que ne lui aurait procuré l'exécution du contrat, soit à son préjudice s'il vient à succomber puisque le défendeur pour avoir manqué à sa promesse réalisera alors un bénéfice (2). Mais comment l'équité peut-elle se trouver blessée quand il s'agit tout simplement de donner suite à la commune intention des parties, et que d'ailleurs le demandeur peut, à son choix, provoquer la résolution ou demander l'exécution du contrat avec dommages et intérêts? Dans tous les cas la transaction sera considérée comme exécutée si les travaux imposés à

(1) T. XXVIII, n° 429.
(2) Accarias, *De la transaction*, n° 81.

l'une des parties ont été effectués de manière à atteindre complètement le but envisagé (1).

276. S'il est vrai qu'un acte ne puisse être considéré comme une transaction qu'autant qu'il a pour objet de terminer ou de prévenir une contestation au moyen de concessions réciproques (2), comment distinguer la transaction d'une renonciation faite à un droit quelconque moyennant un certain prix ou avantage stipulé en retour?

D'après la théorie de la loi qui parle dans notre art. 2044 de terminer une *contestation née* ou de prévenir une *contestation à naître*, la transaction suppose nécessairement que les parties ont traité sur un droit douteux. Il faut, pour employer une expression courante, qu'il y ait *res dubia*.

Il suffit que le droit soit douteux comme nous l'avons déjà indiqué, dans la pensée de ceux qui transigent; il ne cesserait pas d'avoir ce caractère quand même il ne serait pas douteux pour un homme désintéressé et compétent. L'erreur de droit, en cette matière, ne saurait vicier la transaction (art. 2052), il en serait autrement de l'erreur de fait (3). D'ailleurs, si un droit peut n'être pas douteux quand on l'envisage en lui-même, l'issue d'un procès est toujours douteuse, de telle sorte que la seule crainte d'être obligé de plaider, *timor litis*, suffit pour expliquer et légitimer une transaction. On a donc pu dire, sans exagération, que le plus léger doute suffit pour qu'une transaction soit valable (4).

C'est ce doute qui permettra de distinguer la transaction de certaines autres conventions qui apparaissent plutôt comme des renonciations faites moyennant un certain prix. Il faut que ce doute, considéré comme élément essentiel de la

(1) Cass. 31 janv. 1887, S. 87, 1, 420.
(2) Cass. 8 nov. 1892, D. 93, 1, 93.
(3) Cass. 25 oct. 1892, S. 93, 1, 505.
(4) GUILLOUARD, n° 12; Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 325; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 984.

transaction, soit établi ; et il appartient aux juges du fond de décider souverainement qu'un acte par lequel l'une des parties a renoncé à titre transactionnel à une action qu'elle avait intentée contre l'autre, n'a que l'apparence d'une transaction quand en réalité il n'y avait entre les parties aucun droit douteux et litigieux (1). A ce point de vue, il a été jugé avec raison que la disposition d'un cahier des charges assurant aux exploitants antérieurs à l'adjudication le remboursement de matières extraites dont la valeur ne pourrait être contestée, ne constitue pas une transaction, et conséquemment ne doit pas être précédée de l'accomplissement des formalités exigées par la loi pour les actes de cette nature (2).

277. Mais bien souvent les arrêts négligent de mettre en relief la présence de cet élément essentiel des transactions. Ainsi, d'après la Cour de cassation, *on doit considérer comme une transaction* l'acte par lequel un héritier reçoit des légataires universels du défunt une certaine somme à titre de donation, alors que, dans une contre-lettre explicative, il est déclaré que la somme n'a été payée d'un côté et reçue de l'autre qu'à la condition *et comme prix d'une renonciation* aux droits que l'héritier pouvait prétendre sur les biens du *de cujus* (3). La Cour déclare que cet accord sur le prix d'une renonciation constitue une transaction, entend-elle affirmer ainsi l'existence d'une *res dubia*, affirmation qui se trouverait implicitement contenue dans l'expression de transaction? C'est possible; mais il est permis de trouver ce laconisme excessif. Il suffirait donc de qualifier un acte de transaction pour faire admettre, sans autre éclaircissement, qu'il a porté sur un droit douteux. Ainsi, toujour d'après la Cour de cassation, les juges du fait ne font

(1) Cass. 2 juill. 1895, S. 95, 1, 311.
(2) Cass. 14 mai 1889, D. 90, 1, 468.
(3) Cass. 25 oct. 1892, D. 93, 1, 17.

qu'user du pouvoir qui leur appartient en décidant que, malgré l'existence d'un légataire universel, l'héritier non réservataire est recevable à contester la validité d'un legs particulier, lorsqu'ils se fondent exclusivement sur un acte *qu'ils qualifient de transaction*, par lequel le légataire universel, moyennant la renonciation de l'héritier non réservataire à attaquer le testament, cède à ce dernier tous ses droits sur le montant du legs particulier pour le cas où ce legs serait annulé, et lui en abandonne la propriété (1). Nous voyons bien, dans cette espèce, qu'il y a incertitude aléatoire sur la valeur des sacrifices faits par l'une des parties, mais nous ne voyons pas aussi bien le caractère douteux du droit sur lequel a porté la convention qualifiée transaction. On trouve encore d'autres arrêts manquant de précision sur le même point (2).

Ce défaut de précision est d'autant plus à remarquer que la Cour de cassation se réserve le droit de vérifier si les juges du fait, dans leur appréciation ou interprétation des actes qualifiés transactions, n'ont pas dénaturé l'intention commune des parties (3) (Voy. t. VII, n° 88).

Il faut néanmoins reconnaître que, dans certains cas, le caractère douteux des prétentions sur lesquelles une transaction est intervenue résulte suffisamment de la décision elle-même et n'a pas besoin d'être soulignée; ainsi, dit la Cour de cassation, constitue une transaction l'acte par lequel une personne se prétendant actuellement fille naturelle du *de cujus*, et revendiquant à ce titre la moitié de la succession, a reçu des légataires universels une certaine somme, sous forme de pension alimentaire, laquelle somme, suivant une contre-lettre explicative, a été payée et reçue à la condition

(1) Cass. 27 mars 1889, D. 90, 1, 254.
(2) Voy. Cass. 21 déc. 1892, D. 93, 1, 361.
(3) Cass. 25 oct. 1892, S. 93, 1, 505; Cass. 23 fév. 1892, D. 92, 1, 150.

et comme prix de la renonciation à tous les droits successoraux (1).

278. La convention contenant renonciation à un droit non douteux serait donc nulle comme transaction, ou plutôt inexistante. On fait encore intervenir en cette matière la théorie de la cause : « La transaction, dit Laurent, n'aurait plus d'objet, *d'où suit qu'elle serait sans cause* (2) ! » Quelle peut donc être l'utilité de ce rappel de la cause? Quoi qu'il en soit, la convention inefficace comme transaction, pourrait, selon les circonstances, être valable à un autre titre, comme *renonciation*, s'il était établi que la partie qui s'est engagée savait qu'elle renonçait à un droit certain, et avait la volonté d'y renoncer (3); elle pourrait aussi valoir comme vente, donation, partage, ou autre opération déguisée sous la forme de contrat de transaction. Mais les règles spéciales relatives à la transaction ne lui seraient pas applicables.

279. La transaction, telle que nous venons de la décrire, constitue donc, pour chaque partie, un acte d'aliénation portant sur l'action ou l'exception dont chacune d'elles pouvait se croire investie. C'est de plus un contrat à titre onéreux. Il a même été jugé que la transaction rentre dans la classe des actes onéreux qui émanés d'un héritier apparent doivent produire effet contre l'héritier véritable (4). Nous reviendrons sur ce point.

Quelques auteurs se demandent si la transaction est un contrat commutatif ou un contrat aléatoire, et tranchant la difficulté en sens divers (5). Il semble que la question soit oiseuse;

(1) Cass. 25 oct. 1892, S. 93, 1, 505.

(2) T. XXVIII, n° 324; GUILLOUARD, n°s 11 et 12; Comp. Cass. 2 juill. 1895, S. 95, 1, 311.

(3) AUBRY et RAU, § 418, texte et note 5; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 573; GUILLOUARD, n° 11.

(4) Cass. 10 avr. 1888, S. 89, 1, 457.

(5) Voy. PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 462; ACCARIAS, *Transaction*, n° 82; GUILLOUARD, n° 9.

il n'y a, en effet, d'autre intérêt à distinguer entre un contrat commutatif et un contrat aléatoire, que celui qui s'attache au point de savoir si le contrat envisagé est ou non rescindable pour cause de lésion (Voy. t. VII, n° 6). Or l'art. 2052 déclare que les transactions ne peuvent être attaquées pour cause de lésion, et Bigot-Préameneu, dans son *exposé des motifs*, prenait le soin d'expliquer que : « Il n'y a point de contrat à l'égard duquel l'action en lésion soit moins admissible. Il n'est point, en effet, ajoutait-il, dans la classe des contrats commutatifs ordinaires, dans lesquels les droits ou les obligations des parties sont possibles à reconnaître et à balancer par la nature même du contrat (1). »

280. En principe, les transactions doivent être indivisibles en ce sens que, s'il y a plusieurs chefs de contestation, elles ne peuvent être annulées pour partie et maintenues pour partie. Cela n'a pas besoin d'être démontré et est, d'ailleurs, conforme à la volonté probable des intéressés. Mais comme ceux-ci pourraient avoir eu une volonté contraire, les juges du fait, en constatant cette volonté, pourront décider que, exceptionnellement, la transaction sera traitée comme étant divisible (2).

La volonté des parties doit également être entendue, au moins en principe, comme ayant appliqué aux personnes la règle de l'indivisibilité, en ce sens que s'il y a plus de deux parties en cause, la transaction ne puisse pas être annulée vis-à-vis de l'une, sans l'être en même temps vis-à-vis de l'autre. Il a été jugé, en conséquence, que lorsqu'il est constaté par les juges du fait que, dans l'intention commune des parties, une transaction intervenue entre des héritiers majeurs et mineurs, d'une part, et un tiers, d'autre part, est

(1) FENET, t. XV, p. 109.

(2) Cass. 3 déc. 1889, S. 90, 1, 160; Cass. 2 juill. 1888, S. 88, 1, 421; AUBRY et RAU, § 421, texte et note 13; LAURENT, t. XXVIII, n° 400; ARNTZ, t. IV, n° 1547 3°; GUILLOUARD, n° 20.

indivisible de façon que sa rescision ne peut être prononcée au profit des mineurs sans que les majeurs eux-mêmes se trouvent déliés de leurs engagements, cette interprétation de volonté, déduite de l'ensemble des clauses de l'acte et des circonstances de la cause, est souveraine et n'a rien de contraire aux règles du droit (1). On ne pourrait soutenir le contraire qu'en se plaçant en dehors de la volonté des parties (2).

En se fondant sur cette même volonté, on pourrait même aller jusqu'à dire que les parties capables dont l'intérêt est le même que celui des parties incapables, ont le droit de se prévaloir de la nullité existant au profit de ces dernières (3).

281. Le contrat de transaction, dit l'art. 2044, « doit être rédigé par écrit ». Tout le monde reconnaît que l'écrit dont il s'agit n'est pas exigé *ad solemnitatem*, mais seulement *ad probationem* (4). Cette restriction a été inspirée par la singulière tendance du législateur à se défier en matière civile de l'honnêteté des témoins, de leur mémoire et aussi de leur intelligence (5). L'art. 2044 va même plus loin que l'art. 1341, car sa rédaction absolue implique la prohibition de la preuve testimoniale même pour les transactions dont l'intérêt est inférieur à 150 francs.

L'implique-t-elle également quand il existe un commencement de preuve par écrit? La Cour de cassation a invariablement consacré la négative (6). En effet, l'art. 2044, tout en

(1) Cass. arrêt précité du 3 déc. 1889.

(2) Voy. Aggarias, *Transaction*, n° 151.

(3) Aix, 11 juill. 1888. S. 89, 2, 113; Voy. cep. Naquet, note sur l'arrêt précité, et Guillouard, n° 21.

(4) *Contrà*, Caen, 12 avr. 1845, D. 45, 2, 108.

(5) Guillouard, n° 84; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 991.

(6) Cass. 19 oct. 1885, D. 86, 1, 416; Cass. 8 janv. 1879, D. 79, 1, 128, etc.; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Transaction*, § VIII, n° 1; Zachariæ, § 420, n° 4; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 502; Colmet de San-

dérogeant à l'art. 1341, n'apporte aucune modification à l'art. 1347 qui, statuant en vue des contrats en général, autorise la preuve testimoniale, quelle que soit l'importance de la convention, quand cette preuve peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit. Pour soustraire la transaction à l'application de cette règle générale qui s'étend à tous les contrats, il faudrait une disposition expresse qui n'existe pas. En Belgique, la jurisprudence est divisée et n'est pas encore fixée; on trouve des arrêts dans le sens de la jurisprudence française (4) et d'autres en sens contraire (5).

Un grand nombre d'auteurs persistent cependant à soutenir que l'existence d'une transaction ne peut être prouvée par témoins, même quand il y a un commencement de preuve par écrit (1). A l'appui de cette opinion, on invoque principalement l'historique de la rédaction de notre art. 2044, et certaines paroles du tribun Albisson ainsi conçues :

« La seule condition que le projet ajoute et qui devait l'être par rapport à la nature particulière de la transaction, *c'est qu'elle soit rédigée par écrit;* ce qui est infiniment sage, car la transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème *sur l'admissibilité ou les résultats de la preuve testimoniale* (2). »

Ces raisons sont assez faibles, mais elles suffisent pour

TERRE, t. VIII, n° 278 *bis*, IV; ARNTZ, t. IV, n° 1542; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 992.

(1) Cass. belge, 25 avr. 1844, *Pas.*, 44, 1, 152; Liège, 2 mars 1848, *Pas.*, 48, 2, 49.

(2) Trib. comm. Anvers, 19 janv. 1894, S. 95, 4, 24.

(3) BONNIER, *Des preuves*, n° 138; LAROMBIÈRE, *Des oblig.*, t. V, n° 41; ACCARIAS, *Transaction*, n° 84; AUBRY et RAU, § 420, texte et note 8; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 109; LAURENT, t. XXVIII, n° 376; GUILLOUARD, n° 86.

(4) FENET, t. XV, p. 115.

expliquer, sans la justifier, la pensée de la loi. La difficulté envisagée est la même que celle déjà par nous examinée, sous l'art. 1715, à propos du bail; nous dirons, comme nous l'avons fait pour le bail, que la prohibition de la preuve testimoniale et, par suite, de la preuve par présomptions dérive d'une certaine manière d'envisager la nature du contrat, 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 donc être repoussée dans tous les cas (Voy. t. X, n° 278). A propos du bail, Joubert s'écriait : « Cette innovation nous a paru *extrêmement sage...* »; — A propos de la transaction, nous venons d'entendre Albisson déclarer que la même mesure est « *infiniment sage!* » — On voit comment certains esprits trouvent facilement les mêmes formules quand ils se rencontrent à propos d'une disposition restrictive de la liberté civile.

282. La même restriction doit-elle être reçue en matière commerciale? On affirme que la transaction « même entre commerçants et à propos d'intérêts commerciaux, n'est *jamais* une convention d'une nature commerciale : c'est, dit-on, un acte civil qui peut être destiné à éteindre un litige de nature commerciale, mais ce n'en est pas moins un acte civil, soumis dès lors aux règles de preuve par lesquelles sont gouvernées toutes les transactions (1). » Il nous paraît difficile, cependant, de soutenir que la transaction faite par un négociant, au sujet d'une difficulté commerciale, produit un engagement dont la cause est étrangère à son commerce. Il est plus logique de décider que le caractère civil ou commercial de la transaction dépend de la nature

(1) Guillouard, n° 85; *Adde*, Aubry et Rau, § 420, texte et note 9; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 501; Laurent, t. XXVIII, n° 375; Bourges, 12 août 1871, S. 73, 2, 161; Bordeaux, 5 fév. 1857, S. 57, 2, 575; Trib. Gand, 27 avr. 1878, *Pas.*, 78, 3, 352.

de l'engagement primitif (1); que par conséquent l'art. 2044 est inapplicable en matière commerciale, et qu'en pareille matière l'existence d'une transaction peut être établie au moyen de la preuve testimoniale et de présomptions (2).

Enfin, on admet généralement que la transaction peut être prouvée par témoins lorsque l'acte qui avait été dressé pour la constater est perdu (art. 1348 n° 4) (3). On avance encore qu'il devra en être de même au cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de la transaction (4); mais l'hypothèse paraît chimérique.

Les solutions qui précèdent n'ont pas pour effet de rendre impossibles ou non avenues les transactions purement verbales. Seulement les transactions de cette nature ne pourront être prouvées par témoins, mais leur existence pourra résulter d'un aveu ou du serment litisdécisoire ou même d'un interrogatoire sur faits et articles (arg. art. 324, C. pr. c.) (5).

283. Quand la transaction est rédigée par écrit, elle peut être faite soit en la forme authentique, soit par acte sous seing privé, et dans ce dernier cas elle demeure soumise, comme nous l'avons déjà dit, aux prescriptions de l'art. 1325. Elle pourrait aussi être faite par lettres missives échangées dans le but de constater le fait juridique de la transaction. En pareil cas, ces lettres tiennent lieu de l'acte écrit exigé pour

(1) MASSÉ et VERGÉ, t. V, p. 86; Bruxelles, 24 oct. 1884, *Pas.*, 85, 2, 220.

(2) Paris, 13 juin 1894, S. 94, 2, 19.

(3) LAURENT, t. XXVIII, n° 377; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 992.

(4) GUILLOUARD, n° 85.

(5) Trib. d'Annecy, 8 mars 1888, *Pand. franç.*, 88, 2, 284; AUBRY et RAU, texte et notes 6 et 7; PONT, *loc. cit.*, t. II, n°s 505, 507; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 278 *bis* I; LAURENT, t. XXVIII, n°s 378, 379; ARNTZ, t. IV, n° 1542; GUILLOUARD, n°s 87 et 88; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 991.

la preuve, et par conséquent doivent présenter l'équivalent du double voulu par la loi (Comp. t. VIII, n° 256) (1).

L'acte notarié, si les parties ont eu recours à la forme authentique, devra être rédigé en minute, et ne pourrait être délivré en brevet, quand même les parties seraient d'accord pour autoriser cette délivrance (2).

La transaction peut encore intervenir entre les parties devant un juge de paix siégeant comme juge conciliateur, ou comme juge ordinaire, alors même qu'elle porterait sur une question qui ne serait pas de sa compétence (3). Le procès-verbal dressé par le juge de paix fait foi de sa date, et n'est pas soumis à la vérification d'écritures comme les actes sous seing privé; mais il ne confère pas hypothèque, et ne comporte pas l'exécution par voie parée, car les conventions des parties qui y sont insérées n'ont force que comme obligations privées.

Il a été décidé que le juge de paix ne méconnaît pas les prescriptions des art. 1341 et 2044 sur la preuve testimoniale et les transactions, lorsqu'il a réservé, pour la juridiction ordinaire, toutes les questions touchant la validité de l'arrangement qui serait résulté des déclarations faites devant lui par les parties en vue d'un règlement amiable et ultérieur de leur différend (4).

284. Enfin, la transaction peut encore avoir lieu en justice, par jugement d'expédient rendu sur les conclusions prises d'accord par les parties, d'ailleurs capables, et sur une difficulté susceptible d'être terminée par une transaction.

Si ce jugement d'expédient n'a rien qui le distingue des

(1) Comp. Laurent, t. XXVIII, n° 378 et Guillouard, n° 90.

(2) Voy. E. Clerc, *Manuel du notariat*, 2e part., n° 670.

(3) Bordeaux, 6 juill. 1858, S. 59, 2, 254; Douai, 16 nov. 1890, D. 91, 2, 133; Laurent, t. XXVIII, n° 312; Guillouard, n° 91; *Contrà*, Limoges, 28 juill. 1877, D. 79, 2, 140.

(4) Cass. 19 fév. 1889, D. 89, 5, 458.

jugements ordinaires; si on ne trouve soit dans le dispositif, soit tout au moins dans les qualités, aucune énonciation de nature à indiquer qu'il a été rendu sur l'accord amiable des parties en cause, il sera impossible de prouver que ce jugement est un jugement d'expédient, si donc on veut le faire réformer ou casser, on pourra employer tous les moyens admis pour attaquer les jugements en général.

Cependant, ce n'est pas ce que les parties ont voulu. Elles ont entendu que la sentence par elles sollicitée d'accord, puisse valoir entre elles comme une véritable transaction indivisible et, par conséquent, ne puisse être attaquée, le cas échéant, par la voie de l'appel.

Il faudrait donc que le jugement donne acte aux parties des conclusions respectives sur lesquelles elles se sont mises d'accord, et contienne quelque énonciation suffisante pour révéler le véritable caractère de la sentence. Dans ce cas, il est vrai de dire qu'il y a eu contrat judiciaire formé entre les parties pour acquiescer d'avance à la décision à intervenir et s'interdire le droit d'en relever appel (1). L'accord des parties résultant du dépôt de leurs conclusions doit, d'ailleurs, durer jusqu'au moment où la sentence est rendue; les parties ne sont liées entre elles que par le fait de cette sentence, et peuvent se départir de l'expédient projeté et proposé tant que la sentence n'a pas été rendue. Mais il résulte de cette précision que c'est la sentence rendue qui absorbe en réalité le projet de transaction; c'est pourquoi il a été admis que les jugements d'expédient ne pouvaient être attaqués que par les mêmes voies que les autres décisions judiciaires ordinaires sauf la voie de l'appel (Voy. t. VIII, n° 304).

(1) Cass. 10 juill. 1895, S. 97, 1, 132.

N° 2. — *Capacité requise pour transiger.*

285. — Pouvoir de disposer à titre onéreux, art. 2045.
286. — *Quid* de l'héritier apparent, des envoyés en possession provisoire, du mandataire général?
287. — Incapacité des mineurs, émancipés ou non;
288. — Des interdits;
289. — Des individus pourvus d'un conseil judiciaire;
290. — Des enfants soumis à l'administration légale du père.
291. — Des femmes mariées, séparées de biens ou non; biens dotaux.
292. — Des transactions entre époux.
293. — Du failli. — Concordat, créanciers en état d'union.
294. — Du débiteur en liquidation judiciaire ou en déconfiture; de l'héritier bénéficiaire.
295. — Des administrateurs des sociétés civiles.
296. — Des communes et administrations publiques.
297. — Des sociétés et congrégations n'ayant pas d'existence civile.

285. On ne doit pas confondre le pouvoir de transiger avec la capacité de transiger.

La capacité de transiger concerne celui qui transige pour son propre compte; le pouvoir de transiger concerne celui qui transige pour le compte d'autrui.

Le texte suivant a trait à ces deux ordres d'idées :

ART. 2045. Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. — Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'art. 467 au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation,* et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'art. 472 au même titre. — Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du gouvernement (*).

Tout propriétaire qui n'a pas dans sa personne des causes particulières d'incapacité, peut donc transiger puisqu'il peut *disposer* des objets compris dans la transaction. Mais on

(*) Art. 2045. — L. 36, C. 2, 4, *De transact.*, L. 9, § 3, D. 2, 15, *De transact.*

peut disposer à titre gratuit comme à titre onéreux. Tout le monde reconnait, sauf Mourlon (1), que pour procéder valablement à une transaction, contrat à titre onéreux, il suffit d'avoir la capacité d'aliéner à titre onéreux (2). Mourlon argumentait de ce que le tuteur qui peut disposer à titre onéreux des droits mobiliers de son mineur sans aucune autorisation (art. 457), ne peut transiger sur ces mêmes droits sans observer certaines formalités, par la raison qu'il ne peut disposer à titre gratuit des biens du mineur. Mais il faut observer qu'on envisage l'hypothèse du pouvoir de transiger conféré par le Code au tuteur et non celle d'une capacité personnelle. Il est en outre certain que le tuteur peut transiger en observant les formalités voulues, alors qu'il est absolument privé du pouvoir de disposer à titre gratuit des biens du mineur si ce n'est pour cadeaux d'usage ou rémunératoires. L'aptitude à transiger ne suppose donc pas l'aptitude à disposer à titre gratuit. Quel serait, d'ailleurs, l'intérêt de la controverse? C'est que l'individu frappé de l'incapacité résultant de la loi du 22 juillet 1867, abolitive de la mort civile, quoique pouvant disposer à titre onéreux, ne pourrait cependant figurer dans une transaction, quelque douteuse que parût la contestation s'élevant entre lui et une autre personne.

286. Tout propriétaire peut donc transiger, pourvu qu'il puisse disposer à titre onéreux. Mais la règle ne concerne que le propriétaire véritable et non celui qui a seulement revêtu l'apparence du droit de propriété sans en être réellement investi; nous voulons notamment parler de l'héritier apparent. De l'examen auquel nous nous sommes livré sur la condition de l'héritier apparent, il résulte qu'il n'a pas

(1) T. III, n° 1175.

(2) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 510; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 279 *bis* II; LAURENT, t. XXVIII, n° 335; GUILLOUARD, n° 34; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 988.

le pouvoir de transiger sur des choses qui ne lui appartiennent pas (Voy. t. V, nos 271 et suiv.) (1).

Ne pourrait-on pas, cependant, soutenir que dans le cas spécial de l'art. 1240, validant le paiement fait de bonne foi entre les mains de celui qui est en possession de la créance, une transaction faite avec l'héritier apparent serait opposable à l'héritier véritable? Nous ne le pensons pas, car l'art. 1240 ne peut produire d'effet que dans le cas d'un paiement réel (Voy. t. VIII, n° 25). La Cour de cassation a jugé le contraire en invoquant ce motif général que l'héritier apparent peut transiger valablement avec un tiers de bonne foi (2).

Les envoyés en possession provisoire ne sont pas non plus propriétaires; ils ne peuvent donc transiger à ce titre. Mais, à la différence de l'héritier apparent, ils ont reçu un mandat dans lequel rentre, *en cas de nécessité*, le pouvoir d'aliéner un meuble corporel ou incorporel; ils pourront donc transiger en matière mobilière (Voy. t. Ier, n° 435) (3).

Il faudrait, ce semble, admettre la même solution pour le mandataire général conventionnel. Mais il ne s'agit pas ici d'un mandat nécessaire, et il faut savoir si le pouvoir de transiger a été compris dans le mandat général qui a été donné. Or, il résulte des termes comparés des art. 1988 et 1989, que le pouvoir de transiger doit faire l'objet d'un mandat formel (*Suprà*, nos 27, 28 et 29).

287. Ce qui précède concerne plus particulièrement le pouvoir de transiger. En ce qui touche la capacité pro-

(1) Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 580; Accarias, *Transaction*, n° 127; Laurent, t. XXVIII, n° 336; Comp. Cass. 7 août 1882, D. 83, 1, 360; *Contrà*, Cass. 10 avr. 1888, S. 89, 1, 457; Demolombe, t. II, n° 239; Aubry et Rau, § 420, note 1; Guillouard, n° 53.

(2) Arrêt précité du 10 avr. 1888.

(3) Aubry et Rau, § 153, texte et note 9; Comp. Demolombe, t. II, n° 115; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 561; *Contrà*, Accarias, *Transaction*, n° 123; Guillouard, n° 54; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 987; Comp. Orléans, 22 nov. 1858, S. 51, 2, 353.

prement dite, il y a certaines personnes qui, bien qu'elles soient propriétaires, ne peuvent librement aliéner, et, par suite, ne peuvent transiger.

Parmi ces personnes, il en est dont l'incapacité procède d'une pensée de protection. Tels sont les mineurs et interdits mentionnés spécialement par notre art. 2045, qui renvoie à l'art. 467 déjà expliqué (V. t. III, n° 448).

Les tiers avec qui est intervenu un projet de transaction intéressant un mineur, ne peuvent jamais être considérés comme ayant un droit acquis à ce que ce projet devienne définitif. Ils ne pourraient donc se pourvoir par la voie de la tierce opposition contre une décision de la Chambre du conseil refusant d'homologuer une délibération du conseil de famille autorisant un tuteur à transiger (1).

Nous avons également rendu compte de l'art. 472 auquel renvoi l'art. 2045 pour les transactions sur le compte de tutelle (Voy. t. III, n^{os} 458 et 459).

Quant au mineur émancipé, il est soumis pour la transaction aux mêmes règles que le mineur non émancipé (arg. art. 484, § 1) (Voy. t. III, n° 492). On admet cependant, en général, que le mineur émancipé peut transiger seul à l'occasion des actes de pure administration (Voy. t. III, n° 484). On objecte dans l'opinion contraire qu'une transaction, considérée en elle-même, *n'est jamais un acte d'administration* (2). Ainsi, un mineur émancipé peut, en vertu de l'art. 481, faire des baux dont la durée n'excédera pas neuf ans. Supposons qu'il ait fait un bail pour une période de trois ou six années, et que des difficultés s'élèvent sur le point de savoir s'il peut, après la première période de trois ans, imposer au locataire une seconde période de même durée. On dit qu'il ne pourra pas transiger sur ce point qui

(1) Bordeaux, 22 fév. 1888, S. 91, 2, 57.

(2) Accarias, *loc. cit.*, n° 107; Pont, *loc. cit.*, n° 520; Laurent, t. XXVIII, n° 338; Guillouard, n° 43.

ne met en discussion qu'une période de trois ans, mais on reconnaît qu'il pourrait directement consentir un bail nouveau pour neuf années. De même, il a employé ses revenus à faire exécuter des réparations d'entretien sur ses biens. Il n'est pas d'accord avec ses ouvriers sur le montant des travaux exécutés, il ne pourra pas transiger... Mais il pourra payer.

Quant au mineur émancipé qui a été autorisé à faire le commerce, il ne saurait y avoir de difficultés, puisque la loi le répute majeur pour les faits relatifs à ce commerce (art. 487, C. C;, art. 2, C. com.). Mais remarquons qu'il doit en être précisément de même pour les actes de pure administration de l'émancipé non commerçant, puisque l'art. 481 le déclare non restituable contre ces actes, dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même.

288. Celui qui est judiciairement interdit doit être assimilé au mineur en tutelle; la loi déclare, en effet, applicable à la tutelle des interdits les lois sur la tutelle des mineurs (art. 509). L'interdit judiciairement est donc, comme le mineur, incapable de transiger. Il faut ajouter qu'une transaction peut être annulée pour cause d'imbécillité ou de démence, même lorsque celui qui en était atteint n'était pas interdit au moment de la transaction, si l'interdiction est provoquée plus tard et s'il est reconnu que la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où la transaction a eu lieu. La transaction pourra encore être attaquée dans le cas de l'art. 504, quand l'auteur de la transaction sera décédé, si l'acte contient des clauses de nature à prouver son état de démence.

La même incapacité de transiger atteint les individus légalement interdits. Il faut noter cependant que la nullité qui frappe les actes passés par un individu légalement interdit est absolue et pourra être opposée par toutes parties, tandis que la nullité de la transaction passée par une

personne judiciairement interdite est purement relative. Cette personne pourra seule s'en prévaloir et même ratifier expressément ou tacitement la convention après la main-levée de l'interdiction.

289. Le prodigue et le faible d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent transiger sans l'assistance de ce conseil (art. 499 et 513). Quant à l'individu non interdit placé dans un établissement d'aliénés, il est soumis à une administration provisoire (Voy. t. III, nos 534 et 535). La transaction qu'il aura conclue pendant son séjour dans cet établissement sera attaquable, quoique son interdiction n'ait pas été provoquée et que la démence ne résulte pas de l'acte lui-même (L. 30 juin 1838, art. 39).

290. Les enfants mineurs ayant encore leur mère et leur père sont soumis à l'administration légale de ce dernier. Le père, administrateur légal, peut transiger, mais dans quelles conditions? Ceux qui veulent assimiler le père à un tuteur exigent pour la validité de la transaction l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par l'art. 467; les autres déclarent, avec raison selon nous, ces formalités inutiles (Voy. t. III, nº 248); d'autres enfin exigent, fort arbitrairement, l'autorisation du tribunal (1).

291. La femme mariée ne peut, en principe, transiger sans l'autorisation de son mari (art. 217). Par exception, elle peut transiger seule sur les difficultés relatives à son commerce, quand elle est commerçante.

La femme séparée de biens nous paraît pouvoir transiger, sans autorisation, sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier. Pour transiger, il suffit, en effet, d'avoir la capacité de disposer, à titre onéreux, des objets compris dans la transaction. Or, la femme séparée de biens a la libre administration de ses biens; elle

(1) Voy. GUILLOUARD, nº 42.

peut, dit l'art. 1449, *disposer* de son mobilier et l'*aliéner* (Voy. t. IX, nos 278, 279). On a même soutenu que le mot *disposer* fait précisément allusion à la faculté de transiger (1). Nous croyons que c'est au contraire le mot *aliéner* qui comprend la transaction. La femme peut donc transiger seule sur les difficultés qui y sont relatives (2). Mais elle ne pourrait transiger sur ses immeubles (Voy. t. IX, n° 284).

Quant aux biens dotaux, il est certain que leur inaliénabilité ne permet pas qu'ils puissent devenir l'objet d'une transaction valable (Voy. t. IX, n° 447). Cependant, si l'aliénation de l'immeuble dotal avait été permise par le contrat de mariage, les époux pourraient transiger au sujet de cet immeuble. Il convient encore de remarquer que la prohibition de transiger au sujet de l'immeuble dotal ne résultant que de la prohibition d'aliéner cet immeuble, il s'ensuit que toute transaction dont le résultat serait de consacrer les droits de la femme à l'immeuble dotal, moyennant un sacrifice qui ne porterait sur aucun objet affecté du caractère de dotabilité, serait valable, car l'aliénation résultant de la transaction ne porterait pas sur une dot inaliénable.

292. On discute encore la question de savoir si la transaction est possible entre époux.

La négative, dit-on, résulte avec certitude du rapprochement des art. 1595 et 2045, le premier interdisant la vente entre époux, l'autre signifiant que l'incapacité de disposer à titre onéreux entraîne celle de transiger (3). Mais où voit on qu'il y ait, dans l'hypothèse envisagée, une incapacité de disposer édictée à l'égard des conjoints? Il n'y a vis-à-vis d'eux qu'une simple *prohibition* de conclure ensemble un certain contrat (Voy. t. X, n° 39). Or, la prohibition n'existe plus dans les trois cas prévus au deuxième

(1) Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 989.
(2) *Contrà*, Guillouard, n° 50.
(3) Accarias, *Transaction*, n° 115; Conf. Guillouard, n° 51.

paragraphe de l'art. 1595; donc, dans ces trois cas, une transaction entre époux sera valable.

Mais pourquoi, toutes les fois que, en dehors de ces trois cas, une contestation sérieuse s'élèvera entre époux, ne pas reconnaître la possibilité et la validité d'une transaction? Il serait singulier qu'un contrat créé tout exprès pour maintenir la concorde entre les parties et empêcher les procès fût précisément défendu à ceux qui, par-dessus tout, ont besoin de vivre en bonne intelligence et doivent éviter à leur famille l'exemple de la dissension. Où donc est le texte qui permet de généraliser ou d'étendre la prohibition tout à fait exceptionnelle de l'art. 1595? (Voy. t. X, n° 48). On insiste en alléguant que la transaction est plus dangereuse que la vente et se prêterait mieux à masquer des donations indirectes. Mais c'est tout le contraire. On comprend, en effet, que les ventes aient été prohibées, car on n'aurait jamais eu la certitude que le prix eût été réellement compté à l'époux vendeur. Mais, en matière de transaction, il est un élément qu'il sera toujours facile de constater, c'est la *res dubia*. Quant à la réciprocité des sacrifices, c'est à la partie intéressée à faire tomber la transaction qu'incombera la charge de prouver que cette réciprocité n'a pas eu lieu.

Les conjoints peuvent donc transiger entre eux; et quand ils agissent ainsi la femme se trouve virtuellement autorisée par le concours du mari. La maxime *nemo potest auctor esse in rem suam* n'a d'application qu'en matière de tutelle (Voy. t. II, n^os^ 252 et 273).

293. A partir du jugement déclaratif de faillite, le failli étant dessaisi, ne peut plus transiger. Mais, d'après l'art. 487, C. com., « Les syndics pourront, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. — Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou

qui excède trois cents francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, savoir : par le tribunal de commerce pour les transactions relatives à des droits mobiliers, et par le tribunal civil pour les transactions relatives à des droits immobiliers. — Le failli sera appelé à l'homologation; il aura dans tous les cas la faculté de s'y opposer. Son opposition suffira pour empêcher la transaction, si elle a pour objet des biens immobiliers. » L'assureur du failli, pour les réparations civiles auxquelles pourraient donner lieu les accidents causés par la faute de celui-ci, ne pourrait, par une transaction avec la victime, se libérer de ses obligations vis-à-vis de la masse (1).

Le syndic pourra même transiger sur la composition de l'actif de la faillite (2).

Pendant la période du concordat, le failli, remis à la tête de ses affaires, aura une capacité complète et pourra transiger. Mais si le concordat n'est pas admis, les créanciers sont constitués en état d'union. En ce cas, et d'après l'art. 535, les syndics peuvent, en se conformant aux règles prescrites par l'art. 487, transiger sur toute espèce de droits appartenant au failli, nonobstant toute opposition de sa part; le tribunal peut ne pas s'arrêter à l'opposition du failli. C'est la seule différence entre le cas où la transaction est conclue par les syndics pendant les opérations préparatoires du concordat, et le cas où elle intervient après que l'union est constituée. Dans aucun cas, les syndics ne peuvent transiger avec le failli lui-même. Seuls, les créanciers ont personnellement ce droit. L'acte n'est alors obligatoire que pour les signataires, et eussent-ils la majorité, ils ne peuvent lier les autres.

294. En cas de liquidation judiciaire, c'est le liquidé,

(1) Voy. note sous Paris, 25 mai 1895, S. 97, 2, 201.
(2) Cass. 26 avr. 1864, D. 64, 1, 309.

d'après l'art. 7 de la loi du 4 mars 1889, qui transige lui-même avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, et, si l'objet du litige est supérieur à quinze cents francs, avec l'homologation du tribunal de commerce, conformément à l'art. 487, C. com.

Le débiteur non commerçant en état de déconfiture conserve le pouvoir d'aliéner et par conséquent de transiger. Mais il ne peut plus aliéner les biens frappés de saisie-immobilière à partir de la transcription de la saisie (art. 686, C. pr. c). A partir de ce moment il ne peut plus consentir une transaction sur ces biens. Mais il s'agit plutôt d'une prohibition d'aliéner tenant à la condition particulière de l'objet.

Si ce débiteur, non commerçant, a fait cession de biens, il a encore conservé la faculté de transiger même sur les biens abandonnés. Sans doute, les créanciers ont le droit de vendre ces biens et d'en toucher les revenus jusqu'à la vente, mais ils n'en deviennent pas propriétaires. Ils n'ont qu'un mandat de vendre, et si ce mandat est irrévocable, le débiteur peut cependant le faire cesser en désintéressant les créanciers auxquels il doit profiter.

L'héritier bénéficiaire a certainement la faculté de transiger sur les actions appartenant à la succession. Mais en agissant ainsi, il fait acte d'héritier pur et simple, et encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire (Voy. t. V, n° 242).

295. En matière de société civile l'associé, chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, ne peut, d'après l'art. 1856, procéder qu'aux actes qui dépendent de son administration. Il ne peut donc transiger en principe (1) (Voy. t. X, n° 90). — Il pourrait cependant transiger sur les affaires dans lesquelles les attributions à lui conférées comprenaient le pouvoir de disposer (2).

(1) DELANGLE, *Sociétés comm.*, n° 150.
(2) DUVERGIER, *Société*, n° 390.

Les mêmes solutions doivent être admises pour les sociétés constituées par actions dans les formes de la société anonyme ou de la société en commandite (Voy. t. X, nos 97 et 98).

Mais presque toujours, surtout pour les grandes entreprises, les statuts accordent le pouvoir de transiger aux conseils d'administration.

Ainsi les statuts du Crédit industriel et commercial, approuvés par décret des 7-31 mai 1859, portent dans leur art. 37 : que le conseil d'administration délibère sur... *tous traités, transactions, compromis*, etc.

La même faculté est accordée au conseil de la Société générale du crédit mobilier par l'art. 38 de ses statuts approuvés par décret du 18 novembre 1852.

Les statuts du Crédit foncier approuvés par décret des 16 août-14 septembre 1859, contiennent des dispositions analogues (art. 34).

La loi du 2 mai 1806 constitutive de la Banque de France est moins explicite. D'après l'art. 17, le conseil général doit *délibérer*, sur la proposition du gouverneur, *tous traités généraux et conventions*... L'art. 19 ajoute que les actions judiciaires sont exercées au nom des régents, *à la poursuite et diligence du gouverneur*. Pour décider que le conseil général a le pouvoir de transiger par l'intermédiaire du gouverneur, il faudrait admettre que la *transaction* se trouve comprise dans l'expression plus générale *conventions*.

296. Le dernier paragraphe de l'art. 2045 formule la règle que les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de l'administration supérieure. Nous nous bornons à renvoyer : pour les communes, au décret du 21 frimaire an XII et à l'art. 68, n° 4, de la loi du 5 avril 1884; pour les départements, à la loi du 10 août 1871, art. 46, n° 16; pour les hospices, à la loi du 7 messidor an IX, art. 15; pour l'administration des forêts, à l'art. 159, Code

forestier, modifié par la loi du 18 juin 1859; pour l'administration des postes, à la loi du 4 juin 1859, art. 9, etc.

Le principe général pour les administrations publiques, c'est qu'elles ne peuvent transiger sans une autorisation expresse du gouvernement. Ainsi une transaction consentie au Tonkin par l'administration de l'Enregistrement doit être approuvée par le gouverneur général de l'Indo-Chine (1).

297. La première condition requise pour transiger valablement est d'avoir l'existence civile. Par conséquent, les congrégations non autorisées ne sauraient figurer dans une transaction, soit directement, soit par l'intermédiaire de personnes interposées. Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation a déclaré illicite, comme portant sur un acte frappé d'une nullité d'ordre public, la transaction intervenue sur l'action en nullité d'un héritier légitime contre le légataire universel apparent institué en vue de masquer la transmission de biens à une congrégation non autorisée, transaction reconnaissant à ce légataire la qualité de légataire universel véritable (2). Mais la nullité avait sa cause plutôt dans la personne de l'une des parties que dans l'acte sur lequel la transaction était intervenue.

Ce n'est que lorsque les parties contractantes ont, l'une et l'autre, l'existence juridique qu'il peut être question de vérifier quelles sont les conditions requises pour leur capacité.

N° 3. — *De l'objet dans les transactions.*

298. — L'objet ou le droit sur lequel porte la transaction doit être disponible. Droits d'usage, d'habitation.
299. — De la chose d'autrui.
300. — Prohibitions de disposer, et par suite de transiger, motivées par l'intérêt privé.

(1) Cass. 11 déc. 1893, S. 95, 1, 246.
(2) Cass. 5 fév. 1895, S. 95, 1, 121.

301. — *Quid* en ce qui touche les biens substitués, ou dépendant d'une succession bénéficiaire?
302. — Prohibitions motivées par l'intérêt général. Biens dépendant du domaine public; offices ministériels.
303. — Du droit aux aliments.
304. — Des conventions matrimoniales. Dot.
305. — L'objet de la transaction doit être dans le commerce.
306. — De l'état des personnes.
307. — Suite. Conséquences pécuniaires se rattachant à l'état des personnes.
308. — Puissance paternelle; nullités du mariage.
309. — Faits contraires à l'ordre public ou à la loi.
310. — De l'intérêt civil résultant d'un délit, art. 2046. Du chantage.
311. — Du pouvoir de transiger accordé pour certains délits aux administrations publiques.

298. L'art. 2045, en déclarant que les parties qui transigent doivent avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, présuppose nécessairement la disponibilité de l'objet.

Mais le texte ne fait allusion à aucun mode particulier d'aliénation. Il suffit que l'objet envisagé soit, d'une manière générale, à la disposition de celui qui en est propriétaire, en ce sens qu'il puisse l'aliéner, quand même certains actes particuliers de disposition lui seraient interdits à l'égard de cet objet.

Ainsi, les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être ni cédés ni loués (art. 631 et 634), ils peuvent cependant faire l'objet d'une transaction, car ils ne sont pas inaliénables ou indisponibles, et celui qui en est investi peut certainement en faire l'abandon au profit du propriétaire du fonds. Une transaction sur un droit d'usage ou d'habitation pourra donc avoir lieu si la contestation s'élève entre le propriétaire du fonds et celui qui prétend avoir sur ce fonds un droit de cette nature.

Si deux individus prétendent avoir, chacun de son chef, un droit d'usage ou d'habitation sur un héritage, ils pourront encore transiger entre eux sur le droit litigieux. Dans

l'opinion qui n'attribue à la transaction qu'un effet simplement déclaratif, le droit d'usage ou d'habitation que la transaction reconnaîtra exister au profit de l'une des parties sera précisément celui dont cette partie se prétendait personnellement investie. La solution sera la même dans l'opinion qui attribue à la transaction un effet translatif, car si cet effet ne peut se produire qu'autant que le droit contesté peut, d'après sa nature, être en effet transféré, il n'empêche pas la partie intéressée de se prévaloir du droit qu'elle réclamait de son chef. Dans les deux opinions, la transaction ne pourra jamais être opposée au propriétaire du fonds; car, vis-à-vis de lui, elle est *res inter alios acta.*

299. Quelques auteurs se sont demandé si l'on peut transiger sur la chose d'autrui, et comme la transaction constitue, ce qui est exact, *une cession réciproque des droits des parties sur la chose à propos de laquelle on transige*, ils ont décidé que la transaction n'était pas possible (1). La question est oiseuse. Il ne s'agit pas, en effet, de l'hypothèse absolument chimérique où deux personnes déclareraient vouloir transiger sur la propriété d'un immeuble que l'une et l'autre reconnaîtraient appartenir à un tiers. Il s'agit uniquement du cas où deux personnes, se prétendant chacune exclusivement propriétaire d'un immeuble, transigent au sujet de cet immeuble. Chacune invoque un droit douteux, il y en a donc au moins une qui se trompe et qui, en fait, a transigé sur la chose d'autrui. Peut-être se sont-elles trompé toutes deux, la chose n'appartenait ni à l'une ni à l'autre, et il est plus tard reconnu qu'elle appartenait à un tiers. Vis-à-vis de ce tiers la transaction est *res inter alios acta.* Mais vis-à-vis de celui qui a été maintenu ou mis en possession, la transaction a constitué un juste titre d'usucapion (2).

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 576; GUILLOUARD, n° 63.

(2) L. 20, D. 41, 3, *De usurp. et usucap.;* L. 8, C. 7, 26, *De usuc. pro emptore;* Voy. PELLAT, *Propr. et usuf.*, p. 474.

Par conséquent, lorsque l'art. 2045 déclare que les parties qui transigent doivent pouvoir disposer des objets compris dans la transaction, il veut dire que les parties doivent invoquer un titre ou un droit leur permettant de disposer de la chose envisagée, pourvu, d'ailleurs, que cette chose soit disponible en soi.

Or, il peut arriver que la chose dont il s'agit ne soit pas disponible.

300. Les diverses prohibitions de disposer ou d'aliéner et, par suite, de transiger dérivent de considérations d'intérêt privé ou de considérations d'intérêt public.

Ce sont des considérations d'intérêt privé qui rendent indisponibles, comme nous l'avons déjà vu, les immeubles saisis, à partir de la transcription de la saisie. Toute transaction est donc impossible à leur occasion.

Il faut en dire autant pour les meubles saisis ou saisis-arrêtés. Il n'est pas possible qu'une transaction émanée de la partie saisie vienne anéantir les effets de la saisie. On admet cependant que si la transaction loin de consacrer le dépouillement du propriétaire saisi avait pour résultat de faire reconnaître comme incontestables les droits de celui-ci, la transaction serait valable. Cela suppose que les concessions faites par le saisi porteront sur des objets non placés sous l'autorité de justice.

301. Que faut-il penser des transactions qui porteraient sur des biens substitués? Dans l'ancien droit, l'art. 53 du titre II de l'ordonnance de 1747 avait décidé que les actes contenant des désistements, transactions ou conventions émanant du grevé de substitution, seraient opposables aux appelés, pourvu qu'ils eussent été homologués en cours de parlement. Aucune disposition analogue n'existe dans le Code. Il faut en conclure que le grevé peut transiger sur la propriété des biens substitués. Si la substitution ne s'ouvre pas, la transaction demeurera définitive. Si la substitution

s'ouvre, la transaction sera anéantie au profit des appelés (Voy. t. VI, nos 416 et 418).

Nous avons encore vu que l'héritier bénéficiaire ne peut transiger en cette qualité, c'est-à-dire en demeurant héritier bénéficiaire. S'il fait une transaction, il deviendra héritier pur et simple. Suivant une certaine opinion, que nous avons cru devoir repousser (Voy. t. V, n° 242), l'héritier bénéficiaire pourrait obtenir de la justice l'autorisation d'aliéner à l'amiable les biens de la succession. Il pourrait, dans cette même opinion, être autorisé à transiger.

Dans les diverses hypothèses que nous venons d'examiner, les prohibitions d'aliéner sont motivées, comme on l'a vu, par l'intérêt des tiers, c'est-à-dire par des considérations d'ordre privé. Il suit de là que les transactions conclues malgré ces prohibitions pourront cependant produire leur effet, si les tiers dans l'intérêt de qui le législateur a cru devoir prohiber l'aliénation viennent donner leur adhésion à ces transactions.

302. Des considérations d'intérêt général ou d'ordre public ont eu quelquefois pour conséquence de soustraire certaines choses à la libre disposition des personnes à qui elles appartiennent, et même de les faire déclarer inaliénables. A l'égard de ces choses toute transaction est impossible.

Ainsi les choses qui dépendent du domaine public, même communal, sont inaliénables et imprescriptibles. Une commune ne pourrait donc valablement transiger au sujet de la propriété d'une chose dépendant de son domaine public, par exemple, d'un mur de soutènement accessoire d'un chemin public (1).

De même, les cimetières faisant partie du domaine public de la commune, et les concessions de droit de sépulture ne pouvant être transmises à titre onéreux (Voy. t. IV, n° 70), il

(1) Cass. 7 nov. 1892, S. 93, 1, 366.

faut déclarer nulles toutes transactions qui interviendraient à cet égard (1).

Les offices ministériels, mais pour d'autres motifs, ne sont pas, non plus, à la disposition des particuliers. Ceux-ci ne peuvent donc transiger sur l'exécution d'un traité secret ou *contre-lettre* concernant une cession d'office (2), ni sur une demande en réduction de prix fondée sur la production à la chancellerie d'états mensongers (3).

303. On s'est demandé si le droit aux aliments est à la libre disposition de celui à qui il appartient, en ce sens que celui-ci puisse transiger à cet égard.

En ce qui touche les aliments dus en vertu d'une donation ou d'un testament, nous n'hésitons pas à penser, malgré l'opinion contraire d'auteurs recommandables, qu'il est permis de transiger à leur occasion, car il n'y a pas de loi qui le défende (4). Il est vrai que les aliments ont été déclarés insaisissables (art. 581, C. pr. c.), mais c'est uniquement dans l'intérêt de celui qui doit profiter de la pension alimentaire. La loi lui donne une exception destinée à paralyser les poursuites de ses créanciers; mais rien ne s'oppose à ce qu'il puisse renoncer au bénéfice de cette exception. Il est en outre certain que les pensions alimentaires, quoique insaisissables, ne sont pas inaliénables. C'est ce qui résulte de la déclaration faite par la section du Tribunat lors de la discussion des art. 581 et 582, C. pr. c. (5); aussi la Cour de

(1) Bordeaux, 9 mai 1883, S. 84, 2, 75.

(2) Cass. 5 nov. 1856, S. 56, 1, 916.

(3) Orléans, 13 fév. 1891, S. 92, 2, 241; Bourges, 18 nov. 1890, S. 92, 2, 241; AUBRY et RAU, § 420, texte et note 19; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 601; LAURENT, t. XXVIII, n° 362; GUILLOUARD, n° 76.

(4) LAURENT, t. XXVIII, n° 366; Cass. 22 fév. 1831, D. *Répert.*, v° *Transaction*, n° 82 2°; Comp. MERLIN, *Répert.*, v° *Aliments*, § 8, n° 2; *Contrà*, Bordeaux, 26 juill. 1855, S. 57, 2, 111, etc.; AUBRY et RAU, § 420, texte et note 21; GUILLOUARD, n° 79.

(5) LOCRÉ, t. XXII, p. 394, n° 30.

cassation les déclare-t-elle cessibles (1). On objecte la disposition de l'art. 1004, C. pr. c., qui ne permet pas le compromis en cette matière. Mais cette prohibition spéciale du compromis est au contraire une démonstration manifeste que la transaction est permise. Le législateur considère en effet le compromis comme beaucoup plus grave que la transaction. Ce qui le prouve, c'est que le tuteur peut transiger à la condition d'observer certaines formalités, et que, dans le mandat, le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre (art. 1989).

La solution ne sera pas la même en ce qui touche les aliments dus à raison des liens de parenté qui unissent les parties et dont la loi s'occupe dans les art. 203 et suiv. Le droit aux aliments, considéré en soi, a certainement pour base certaines considérations d'ordre public qu'il est inutile de développer. Les intéressés ne peuvent donc y renoncer, quoiqu'on puisse concevoir qu'une cession de ces aliments puisse entrer dans les combinaisons d'une *assurance* ayant pour but d'en garantir le service dans l'avenir (Voy. t. II, n° 222, et notre *Traité de la cession*, t. I, n° 185).

En ce qui touche le *quantum* de ces aliments, il est certain qu'il peut faire l'objet d'un règlement amiable entre les parties. Ce règlement peut avoir, pour le passé, la valeur d'une transaction, mais ne saurait engager l'avenir. Un changement appréciable dans l'état de fortune de l'une ou de l'autre des parties exerce une influence naturelle sur le chiffre qui aura été fixé. Le chiffre d'une pension alimentaire ne peut jamais être considéré comme définitif. Le jugement qui l'établirait n'aurait l'autorité de la chose jugée que relativement à la situation respective des parties *au jour de la demande*, et ne mettrait pas obstacle à un nou-

(1) Cass. 1er avr. 1844, D. 44, 1, 153; Cass. 31 mai 1826, D. 26, 1, 292.

veau règlement judiciaire si cette situation venait à changer (Voy. t. II, nos 206 et 208). Or la transaction qui doit avoir entre les parties l'autorité de la chose jugée (art. 2052) ne peut obtenir cette autorité que dans les limites où un jugement rendu sur la contestation l'obtiendrait lui-même.

Une véritable transaction ne pourra donc être possible qu'à l'égard d'une période de temps déjà écoulée, d'arrérages échus ou du mode de prestation d'aliments futurs (1). Quant aux sûretés accessoires, telles qu'une hypothèque destinée à garantir le service des aliments, elles pourraient, en cas de changement dans la situation respective des parties, faire l'objet d'un règlement nouveau amiable ou judiciaire (2) (Voy. t. II, n° 208).

304. Les conventions matrimoniales sont soustraites, pendant le mariage, à toute possibilité de modification conventionnelle de la part des conjoints. Leur immutabilité est assurée par la loi (art. 1395). Il est donc certain que toute transaction qui interviendrait pour réglementer une modification apportée au régime, une séparation de fait, par exemple, nettement convenue, serait nulle (3). Il en serait autrement de la convention qui, sans s'expliquer sur le *modus vivendi* en fait adopté par les conjoints, se bornerait à régler, quant aux revenus, le mode d'exécution des dispositions du contrat de mariage (4) (Voy. t. IX, n° 40).

Sous le régime de la communauté, le mari pouvant aliéner à titre onéreux les biens communs pourra transiger à leur occasion (Voy. t. IX, nos 162 et 163).

(1) Aubry et Rau, § 420, texte et note 22; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 611; Guillouard, n° 79.

(2) Comp. Caen, 7 juill. 1862, S. 63, 2, 103; Voy. Trib. Seine, 7 août 1890, *Revue hyp.*, 90, 113; Trib. Arcis-sur-Aube, 20 nov. 1873, *J. des Cons. des hyp.*, nos 2795 et 2824; Lyon, 28 avr. 1869, S. 70, 2, 52; Guillouard, *loc. cit.*

(3) Cass. 14 juin 1882, D. 83, 1, 248.

(4) Cass. 8 janv. 1890, S. 92, 1, 380.

Si les conjoints ont adopté le régime dotal, il ne saurait y avoir de difficulté quant aux immeubles dotaux. Leur inaliénabilité entraîne comme conséquence la prohibition de toute transaction à leur occasion (Voy. t. IX, n° 447).

En ce qui touche la dot mobilière, il faut reconnaître au mari le pouvoir de transiger sur les éléments individuels qui la composent. Cette opinion doit être suivie même dans la doctrine qui se prononce, avec la jurisprudence, pour l'inaliénabilité de la dot mobilière, puisque cette inaliénabilité ne signifie pas que le mari n'a pas le droit de disposer des meubles dotaux, mais que la femme ne peut, en aucune manière, compromettre son droit à réclamer la restitution intégrale de sa dot (1) ou renoncer à son hypothèque légale, ou employer sa dot au paiement d'obligations par elle contractées durant le mariage (Voy. t. IX, nos 451, 452).

305. D'après l'art. 1128, il n'y a que les objets qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une convention et par conséquent d'une transaction.

Pour savoir quelles sont les choses hors du commerce, nous renvoyons à ce qui a déjà été dit au titre *des contrats ou obligations* (Voy. t. VII, nos 67 et suiv.). Nous nous bornerons à rappeler que l'état des personnes doit être considéré comme étant hors du commerce, c'est à-dire comme ne pouvant faire l'objet d'une transaction, ainsi que les faits contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi.

306. En ce qui touche l'état des personnes, nous savons déjà que les actions en *contestation d'état* et en *réclamation d'état* ne sont susceptibles ni de compromis, ni de transaction (Voy. t. III, nos 2 et 57). Il est vrai que l'art. 1004, C. pr. c., prohibe seulement le compromis et que de la prohibition de compromettre, on ne peut, en général, conclure à la prohibition de transiger. Mais cela n'est vrai que pour les matières

(1) Cass. 6 déc. 1859, S. 60, 1, 644.

qui, d'après leur nature, ne répugnent pas à une réciprocité de sacrifices. Or, à ce point de vue, on ne comprendrait pas qu'une partie puisse se faire payer la renonciation à son droit de contester l'état d'une autre personne, ou fasse un sacrifice pour assurer le succès d'une action en réclamation d'état, c'est-à-dire achète, en d'autres termes, la reconnaissance de l'état auquel elle prétend. L'objection tirée de ce que, dans certains cas, il semble permis à quelqu'un de renoncer à critiquer l'état d'une autre personne, comme en fait de nullité relative d'un mariage (art. 180, 182), ou en matière de désaveu (art. 312-316), est sans valeur. Dans ce dernier cas, l'inaction du mari implique un aveu de sa paternité contre lequel il ne peut se faire restituer (Voy. t. III, n° 22). Dans l'hypothèse des art. 181 et 182, l'ordre public n'était pas véritablement intéressé (Voy. t. II, n° 132).

Il faut donc reconnaître qu'on ne peut transiger ni sur la nationalité, ni sur l'exercice ou l'étendue des droits civiques, ni sur la puissance paternelle ou tutélaire, ni sur les qualités d'époux, d'enfant légitime, d'enfant naturel, ni sur une demande en interdiction (2).

La Cour de cassation a quelquefois admis une distinction entre le cas où la convention tend à détruire ou à changer l'état acquis de la personne, et celui où elle a pour objet de confirmer cet état déjà existant. La transaction serait valable dans ce dernier cas (3). Mais il n'est pas possible de prétendre sérieusement : « Qu'entre des parties en procès sur une réclamation d'état, il puisse intervenir un arrangement, et un arrangement payé, puisque des sacrifices réciproques sont la condition nécessaire de toute transaction, par lequel l'on

(1) Rennes, 12 fév. 1824, D. 24, 2, 92.

(2) Cass. 13 nov. 1883, S. 84, 1, 328; Cass. 12 juin 1838, S. 38, 1, 695.

(3) Voy. 13 avr. 1820, S. C. N., 6, 1, 216; Limoges, 5 janv. 1842, S. 42, 2, 484, etc.

renonce d'une manière absolue à contester l'état réclamé par l'autre, on s'engage d'une manière absolue à lui reconnaître l'état dont elle est en possession, c'est assurément ce qu'il n'est pas possible de concilier avec les principes. Il y a là, quoi qu'on en puisse dire, une transaction qui manque d'objet parce que, toute favorable qu'elle soit à l'état de la personne, elle porte sur l'état de la personne, c'est-à-dire sur des droits essentiellement hors du commerce, et qu'ainsi elle vient se heurter contre la disposition formelle de l'art. 1128 d'après lequel il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions (1). »

307. Les actions intéressant l'état des personnes ont pour objet principal la sauvegarde d'un intérêt moral. Mais elles peuvent avoir des conséquences pécuniaires utiles pour le patrimoine (V. t. III, nos 23 et 58). Or, il est permis de transiger sur ces conséquences, pourvu qu'on ne transige pas en même temps sur l'état lui-même (2). Si la transaction portait à la fois sur l'état de la personne et certaines conséquences pécuniaires de cet état, elle devrait être annulée pour le tout, car elle est indivisible, quand même elle aurait été conclue pour des prix distincts (3).

308. La puissance paternelle est également d'ordre public; elle ne saurait, à aucun point de vue, être modifiée par une transaction (Voy. t. III, n° 167). Il faut en dire autant des pouvoirs du tuteur et de l'organisation de la tutelle.

En ce qui touche les nullités de mariage, nous croyons

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 599; DEMOLOMBE, t. V, n° 333; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 280 *bis* III; GUILLOUARD, n° 69; Cass. 13 nov. 1883, D. 84, 1, 103; Cass. 9 mai 1864, D. 64, 1, 409.

(2) Cass. 14 fév. 1857, S. 57, 1, 779; Aix, 27 mars 1890, *Pand. franç.*, 90, 2, 282; GUILLOUARD, n° 70 et les autorités citées en note.

(3) Cass. 20 avr. 1840, S. 40, 1, 873; DEMOLOMBE, t. V, n° 547; AUBRY et RAU, § 420, texte et note 17; LAURENT, t. XXVIII, n° 357; GUILLOUARD, n° 71.

qu'il faut distinguer. Les parties ne peuvent transiger sur les causes de nullité destinées à sanctionner des prohibitions d'ordre public. Mais il n'en est pas de même à l'égard des nullités purement relatives introduites seulement en vue de l'intérêt et de la convenance privée des conjoints, qui, par suite, sont susceptibles d'être couvertes par un acte de ratification. Cette ratification peut se produire sous la forme d'une transaction (Voy. t. II, nos 132 et 133).

309. Nous avons vu (*Suprà*, n° 305) que les faits contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi ne sont pas dans le commerce et ne peuvent faire l'objet d'une transaction. Les obligations inexistantes, non susceptibles d'une confirmation, ne peuvent donc être l'objet d'une transaction. Il suit, de là, qu'un transaction ne saurait avoir pour effet de convertir une dette frappée d'une nullité d'ordre public, en une obligation valable. Ainsi, des billets souscrits à titre de transaction, en remplacement d'autres billets précédemment créés pour cause immorale, doivent être déclarés nuls au même titre que les billets originaires qu'ils ont remplacés (1). D'une manière générale, la nullité qui atteint les conventions prohibées par suite de considération d'ordre public, atteint également la transaction intervenue sur l'exécution de cette même convention (2).

310. La circonstance qu'un fait dommageable serait réprimé par la loi pénale ne mettrait pas obstacle à un règlement transactionnel de l'indemnité qui doit en être la conséquence.

ART. 2046. On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. — La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public (*).

Mais, ajoutait Bigot-Préameneu dans son *Exposé des*

(*) Art. 2046. — L. 18, C. 2, 4, *De transact.*
(1) Cass. 18 nov. 1893, S. 95, 1, 70.
(2) Paris, 20 janv. 1886, D. 87, 2, 93.

motifs, elle ne l'aide pas non plus. Le ministère public ne peut pas se prévaloir de la transaction comme d'un aveu de délit. Celui qui transige sur un fait dommageable ne se reconnaît pas, par là, coupable d'un délit d'où résulte l'action civile. Il peut arriver, en effet, que pour se mettre à l'abri de poursuites humiliantes, une personne, quoique non coupable, consente à faire un sacrifice pécuniaire. En pareille hypothèse, il y a *timor litis* de la part de ce dernier, et *res dubia* du côté de l'autre partie qui serait de bonne foi. Si celle-ci était de mauvaise foi, elle se rendrait coupable de chantage. Le délit de chantage prévu par l'art. 400, C. P., est constitué, lorsque, de la part de celui qui demande indûment la remise d'une somme d'argent, il y a mauvaise foi caractérisée et menace formulée, dans un but de cupidité illégitime, d'imputer à la personne menacée un fait portant atteinte à la considération de celle-ci. En pareil cas, la demande d'une somme d'argent ne saurait avoir le caractère d'une offre de transaction (1).

La transaction intervient fréquemment dans le cas de délit d'usure, soit sur l'action en annulation du prêt, soit sur l'action en restitution des intérêts usuraires payés (2); il importe peu, selon nous, que le débiteur, au moment de la transaction, soit ou ne soit pas complètement libéré vis-à-vis du prêteur (3).

Pour assurer l'observation de la règle que la transaction conclue sur l'action civile ne doit pas entraver la marche de l'action publique, l'art. 249, C. pr. civ., porte : « Aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée si elle n'a été homologuée en justice, après avoir

(1) Cass. 17 juill. 1884, D. 85, 1, 92.

(2) Limoges, 29 déc. 1854, D. 55, 2, 145; AUBRY et RAU, § 420, texte et note 12; PONT, *loc. cit.*, n° 589; GUILLOUARD, n° 66.

(3) Cass. 9 fév. 1836, S. 36, 1, 88; *Contrà*, Cass. 18 nov. 1836, 1, 960.

été communiquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera à propos. »

Cette disposition a pour but d'empêcher que l'exécution de la transaction fasse disparaître les traces du crime de faux qui pourrait avoir été commis. Mais elle ne déroge pas à notre art. 2046 et ne subordonne pas la validité de l'acte à une formalité dont ce dernier article ne parle pas. La transaction vaudra donc toujours entre les parties, nonobstant le défaut d'homologation; seulement si l'une d'entre elles veut en poursuivre l'exécution en justice, elle ne le pourra qu'après avoir soumis la transaction à l'homologation du tribunal, lequel, d'ailleurs, ne pourra jamais la refuser. Somme toute la précaution prise par l'art. 249, C. pr. civ., n'est pas de nature à produire grand effet, car rien ne peut empêcher les parties de conclure la transaction dont il s'agit et de l'exécuter immédiatement.

L'art. 2046 emploie le mot délit dans son sens général, comprenant les délits proprement dits, les crimes et les contraventions.

Il n'a pas d'application aux faits délictueux à l'occasion desquels l'action du ministère public ne peut être mise en mouvement que sur une plainte de la partie lésée. Ainsi le mari seul peut dénoncer l'adultère de la femme, et même arrêter, en la reprenant, l'effet de la condamnation qui aurait été prononcée.

311. Pour certains délits spéciaux et contraventions, le législateur a exceptionnellement autorisé la transaction. Un décret du 5 germinal an XII (art. 23), dont la disposition a été reproduite par l'ordonnance du 2 janvier 1821 (art. 11), a conféré le pouvoir de transiger à l'administration des contributions indirectes.

Même pouvoir a été donné à l'administration des douanes par une ordonnance du 30 janvier 1822 (art. 10). Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 17 février 1865 a décidé

que l'autorité judiciaire est compétente pour interpréter une transaction entre l'administration des douanes et les propriétaires des marchandises saisies. Les transactions sur les procès relatifs aux contraventions sont régies par les dispositions du droit commun; elles ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et ne peuvent être attaquées ni pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion (1).

Le pouvoir de transiger a encore été accordé à l'administration des postes par une ordonnance du 19 février 1843, et lui a été reconnu également par la loi du 4 juin 1859 en ce qui touche le transport des valeurs déclarées (art. 9).

L'art. 159 du Code forestier, modifié par la loi du 18 juin 1859, attribue à l'administration des forêts la faculté de transiger. L'exécution de cette disposition a d'abord été réglée par un décret du 21 décembre 1859 (art. 1 et 2), et par un arrêté du ministre des finances en date du 30 janvier 1860. Mais un décret du 22 décembre 1879 est venu modifier celui de 1859. Un tribunal a décidé que la faculté de transiger ne s'étendait pas aux délits de chasse commis dans les bois, délits pour la poursuite desquels l'administration des forêts est investie de l'action publique (2). Mais d'après un avis interprétatif du Conseil d'Etat, en date du 26 novembre 1860, le pouvoir de transiger appartient au contraire à l'administration des forêts pour les délits de chasse, mais non en ce qui concerne les délits de pêche et les contraventions et délits forestiers prévus par les art. 219 et suivants du Code forestier relatifs au défrichement des bois des particuliers.

L'administration des contributions indirectes a aussi le pouvoir de transiger avec les auteurs des contraventions, non pas sur les droits dus au Trésor, mais sur le montant

(1) Cass. 20 déc. 1881, D. 82, 1, 334.
(2) Trib. Châtillon-sur-Seine, 5 juill. 1860, D. 60, 3, 47.

des condamnations (Voy. L. 7 germ. an XII, art. 23; Ord. du 3 janvier 1821, art. 6; Ord. du 4 décembre 1822, art. 10). Il y a exception cependant pour les contraventions relatives à la garantie des matières d'or et d'argent.

Les transactions passées par les administrations des contributions indirectes, des douanes et des postes portent à la fois sur l'action publique et sur l'action en dommages, même dans les cas où la loi prononce la peine de l'emprisonnement. Aucune distinction n'a été faite entre les peines corporelles et les peines pécuniaires. C'est une exception véritable au principe formulé par notre art. 2046. Si des délits communs se joignent aux contraventions, la transaction ne saurait arrêter à cet égard les poursuites du parquet.

N° 4. — *Exécution, interprétation et effets des transactions.*

312. — De la clause pénale dans les transactions, art. 2047.
313. — Règles d'interprétation, art. 2048, 2049. Transactions spéciales. Forfait.
314. — Transactions générales.
315. — La transaction est sans influence sur les droits postérieurement acquis, art. 2050.
316. — Elle n'a d'effets qu'entre les contractants, art. 2051.
317. — Du cas où il y a solidarité entre plusieurs contractants, ou indivisibilité dans l'obligation.
318. — Pouvoir d'appréciation appartenant aux juges.
319. — Assimilation de la transaction à la chose jugée, art. 2052.
320. — Inanité de cette assimilation.
321. — Différences entre la transaction et le jugement.
322. — Effet translatif de la transaction. Historique de la controverse sur ce point.
323. — Discussion.
324. — Conséquences et signification exacte de la doctrine sur l'effet translatif.

312. Dans les transactions, comme, d'ailleurs, dans tous les contrats, les règles concernant l'exécution doivent se combiner avec celles qui sont relatives à l'interprétation. Toute transaction doit être exécutée dans le sens que les

parties ont entendu lui donner et, en cas de difficulté, ce sens sera déterminé par l'interprétation judiciaire.

En ce qui touche l'exécution proprement dite,

ART. 2047. On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter (1).

Cette disposition était inutile et ne déroge en rien à l'art. 1229, qui en contient le principe. Par conséquent, le créancier, conformément à ce dernier texte, ne peut réclamer en même temps le principal et la peine, à moins que la peine n'ait été stipulée pour simple retard (1). Ce cumul aura lieu forcément quand la peine aura été convenue pour le cas où l'une des parties attaquerait la transaction (2). Ce n'est pas attaquer la transaction que réclamer simplement la rectification d'une erreur (3), à moins de mauvaise foi et de rejet de la demande (4).

313. En ce qui touche l'interprétation des transactions, nous rencontrons d'abord les deux articles suivants, qui étaient également inutiles :

ART. 2048. Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu (**).

ART. 2049. Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé (***).

Ces règles sont banales et n'ont rien de particulier à la transaction. Leur application ne peut soulever aucune difficulté sérieuse quand la transaction est spéciale et ne porte

(*) Art. 2047. — L. 17, C. 2, 4, *De transact.*
(**) Art. 2048. — L. 5, 9 § 1, 3, D. 2, 15, *De transact.*
(***) Art. 2049. — L. 3 § 1, L. 9 § 1, D. 2, 15, *De transact.*
(1) Cass. 23 déc. 1873, D. 75, 1, 23; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 653; PONT, *loc cit.*, t. II, n° 618; LAURENT, t. XXVIII, n° 381; ARNTZ, t. IV, n° 1544; GUILLOUARD, n^os 125, 126.
(2) AUBRY et RAU, § 421, texte et note 14.
(3) Bastia, 6 fév. 1837, S. 37, 2, 448.
(4) Comp. LAURENT, t. XXVIII, n°

que sur un point déterminé, quel que soit le lien d'analogie ou d'apparente connexité existant entre ce point spécial et d'autres points qui n'ont pas été envisagés.

Ainsi la transaction sur un appel de fonds adressé aux actionnaires d'une société ne sera pas applicable, en l'absence de stipulations formelles, à un nouvel appel de fonds décidé ultérieurement (1).

De même la transaction intervenue sur la portée d'un testament doit être restreinte dans son objet, et il ne peut en résulter aucune atteinte aux droits résultant d'un autre testament découvert postérieurement (2).

Enfin, il a été jugé qu'une transaction portant sur l'objet principal en litige n'empêchera pas de réclamer ensuite des intérêts sur lesquels l'acte est muet (3).

Cette dernière solution est douteuse, car la contestation relative aux intérêts fera renaître les mêmes questions que la transaction avait eu pour but d'anéantir. Il faudra vérifier avant tout si les parties ont voulu conclure ce qu'on appelle *un forfait*.

Une difficulté analogue peut s'élever quand les parties ont procédé par voie de transaction au règlement de l'indemnité due à l'occasion d'un dommage résultant d'un délit ou d'un quasi-délit. Que décider en effet si, postérieurement à la transaction, une aggravation se produit dans l'état de la victime?

En principe, les parties n'ont transigé qu'en envisageant l'état actuel de la victime et non des complications futures que rien, peut-être, ne faisait prévoir. Un supplément de dommages pourra donc être réclamé (4). Mais si les parties

(1) Bruxelles, 14 juin 1880, *B. J.*, 80, 1269.

(2) Trib. Huy, 22 déc. 1870, *Cl. et B.*, 73-74, 606; Comp. Lyon, 14 janv. 1870, S. 71, 2, 270.

(3) Trib. Liège, 9 août 1845, *B. J.*, 45, 1679.

(4) Amiens, 1er mars 1883, D. 84, 2, 150 et les renvois; Cour de

ont voulu faire, comme elles en ont le droit, un véritable *forfait*, la solution sera différente (1).

Voilà pour ce qui concerne les transactions qu'on pourrait appeler spéciales, parce qu'elles portent sur un point nettement déterminé.

314. La transaction générale portant sur des contestations nées ou à naître ne s'applique qu'aux différends existant déjà ou qui auraient pu juridiquement exister entre parties au moment du contrat. La contestation à naître suppose, en cette matière, un intérêt né et actuel donnant ouverture à une action en justice, c'est-à-dire à un procès actuellement possible, quoiqu'il n'ait pas encore été intenté; elle ne comprend pas les actions futures, pouvant avoir leur cause dans certaines éventualités dépendant du fait ou de la négligence ultérieure de l'une des parties contractantes. Ainsi un charbonnage n'est pas fondé à se prévaloir d'une semblable transaction pour se soustraire à la responsabilité de dommages causés à la surface depuis la convention, alors même que les travaux houillers seraient antérieurs (2).

315. Toute transaction procure aux parties qui y ont figuré le bénéfice d'une exception analogue à celle qui résulterait d'un paiement, pour repousser toute action qui tendrait à remettre en question l'un des points sur lesquels il a été transigé. Mais il doit y avoir identité entre la question nouvellement soulevée et le point sur lequel il a été transigé.

Il faut, à cet égard, faire la précision suivante :

De ce que les transactions *se renferment dans leur objet*,

Genève, 21 mai 1892, S. 92, 4, 30; AUBRY et RAU, § 421, texte et note 9; PONT, *loc. cit.*, t. II, nos 656 et 662; LAURENT, t. XXVIII, n° 390; GUILLOUARD, n° 121.

(1) Paris, 31 déc. 1895, D. 96, 2, 360; Cass. 23 fév. 1892, *Pand. franç.*, 93, 1, 100; Cour de Vaud, 27 nov. 1889, *Pand. franç.*, 91, 5, 4.

(2) Trib. Charleroi, 19 mars 1875, *Pas.*, 75, 3, 112; Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 390; Cass. 24 nov. 1832, D. *Répert.*, v° *Louage*, n° 665.

comme le proclame surabondamment l'art. 2048; de ce qu'elles règlent seulement *les différends* qui s'y trouvent compris, comme le dit l'art. 2049, il suit nécessairement, sans qu'il fût besoin de le déclarer, que :

ART. 2050. Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure (*).

« Ainsi, par exemple, disait Domat, à qui ce texte a été emprunté, si un majeur a transigé avec son tuteur sur le compte de sa portion des biens de son père, et qu'il succède ensuite à son frère à qui le même tuteur devait rendre compte de sa portion, la transaction n'empêche pas que les mêmes questions qu'elle avait réglées pour *une portion* ne subsistent *pour l'autre*, et ce second droit reste en son entier (1). »

Dans cette hypothèse, l'objet de la première transaction n'est pas le même que l'objet de la seconde prétention, puisque celle-ci doit porter sur une portion *autre*. Il n'y avait donc pas, entre les deux difficultés, identité d'objet. En outre, l'une des parties figurait, dans la transaction originairement conclue, à raison d'un droit par elle recueilli dans la succession de son père; elle agissait donc de son chef. Dans la seconde question, elle doit figurer comme héritière de son frère qui n'était pas partie dans l'autre. Il n'y aura donc pas identité entre les parties. D'ailleurs, dans le cas envisagé par l'art. 2050, où il s'agit d'une *acquisition du chef d'une autre personne* ce qui conduit à une différence dans les qualités et où il s'agit d'un droit *semblable*, ce qui implique un droit *autre*, il est impossible de concevoir un défaut d'identité, quant à l'objet, sans concevoir en même temps un défaut d'identité quant aux personnes, l'un de ces

(*) Art. 2050. — L. 9 pr., D. 2, 15, *De transact.*
(1) *Lois civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, n° 8.

termes ne peut pas aller sans l'autre, et ils sont tous deux inséparables. Par conséquent, la question, agitée par quelques auteurs (1), de savoir si l'art. 2050 se rapporte à l'identité des parties plutôt qu'à l'identité des personnes, ou inversement, est absolument oiseuse.

Ces discussions viennent de ce que, sur le fondement de l'art. 2052, expliqué ci-après, on a voulu pousser plus loin qu'il ne convenait l'assimilation de la transaction avec la chose jugée.

316. C'est ainsi qu'après avoir rattaché l'art. 2050 à l'identité de l'objet de la transaction avec l'objet d'une demande, on a voulu, symétriquement, voir dans le texte suivant une application de la règle que la transaction, comme la chose jugée, n'est opposable qu'aux parties qui y ont figuré :

ART. 2051. La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux (*).

Nous préférons voir dans cette disposition une application pure et simple de l'art. 1165 : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Ainsi une convention conclue entre les héritiers légitimes et le légataire universel n'est pas opposable et ne profite pas aux légataires particuliers (2); de même, la transaction intervenue avec certains héritiers ne profite qu'à eux et non à d'autres héritiers au même degré qui n'y ont pas pris part (3).

317. Il faut cependant, quand il y a plusieurs intéressés, tenir compte de cette circonstance que l'un d'eux, personnellement demeuré étranger à la transaction, a pu cependant y être représenté par un autre intéressé qui y figurait.

La doctrine applique en général cet aperçu au cas de plu-

(*) Art. 2051. — L. 3 § 2, L. 9, D. 2, 15, *De transact.*, L. 17, D. 2, 14, *De pactis*.

(1) Voy. PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 666; LAURENT, t. XXVIII, n° 387; GUILLOUARD, n° 97.

(2) Cass. 3 janv. 1883, D. 83, 1, 457.

(3) Cass. 2 janv. 1877, D. 77, 1, 13.

sieurs co-débiteurs ou de plusieurs co-créanciers solidaires.

Dans le cas de plusieurs co-débiteurs solidaires, on décide que la transaction faite par l'un d'eux avec le créancier, soit sur l'existence de l'obligation, soit sur son étendue, ne peut être opposée aux autres co-débiteurs, mais que ces derniers pourront l'invoquer s'il y a lieu, de même qu'ils profitent du serment prêté (art. 1365) ou de la remise qui a été faite (art. 1287).

Dans le cas de plusieurs co-créanciers solidaires, on admet, comme conséquence du prétendu mandat échangé entre ces créanciers, que la transaction faite avec le débiteur par un des co-créanciers qui abandonne une partie de ses droits, n'est pas opposable aux autres créanciers; mais que ces derniers peuvent invoquer à leur profit toute transaction par laquelle le débiteur a reconnu vis-à-vis de l'un d'eux l'existence de la dette (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur la portée de ce prétendu mandat (Voy. t. VII, nos 306 et 328; t. VIII, no 317).

S'il s'agit d'une obligation indivisible, les auteurs ne sont pas d'accord. Les uns admettent que la transaction ne peut nuire aux autres débiteurs ou aux autres créanciers, mais qu'elle peut leur profiter s'ils veulent s'en prévaloir. Les autres repoussent cette opinion parce que l'indivisibilité n'implique aucune idée de mandat entre les divers sujets actifs ou passifs du droit. Il est certain qu'il faut écarter l'idée de mandat, et partir de ce point que vis-à-vis de chaque créancier ou de chaque débiteur, la créance ou la dette existe *in totum*, mais non *totaliter* (Voy. t. VII, nos 360 et 361). Une transaction ne serait donc pas opposable aux créanciers qui conserveraient le droit de réclamer la dette entière, mais elle produirait un effet utile à concurrence de

(1) Comp. AUBRY et RAU, § 421, texte et notes 1, 2 et 5; PONT, *loc. cit.*, t. II, nos 673, 675.

la part d'intérêt qu'avait dans la créance celui qui y a concouru.

Pour le cas où la transaction intervient sur une obligation cautionnée, nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus (Voy. *Suprà*, n° 248).

318. En ce qui touche les pouvoirs du juge quant à l'interprétation des transactions, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit sur l'interprétation des conventions en général (Voy. t. VII, n° 88). Il appartient aux tribunaux d'interpréter une transaction comme tout autre contrat. Mais ils ne peuvent, sous prétexte d'interprétation, en dénaturer le sens et la portée, quand les clauses en sont claires et précises, sans que leur décision tombe sous le contrôle de la Cour de cassation (1).

319. Quand les parties transigent ensemble sur une difficulté quelconque, on peut dire, en employant une métaphore, qu'elles ont jugé elles-mêmes la contestation née ou à naître qui a été envisagée. En continuant la métaphore, on pourra dire que cette transaction constitue, en soi, un jugement sur cette même contestation. Mais s'il en était réellement ainsi, la transaction serait donc susceptible d'appel. Or il n'est pas possible qu'il en soit ainsi.

C'est pour ce motif que le législateur acceptant, fort mal à propos, la métaphore dont nous venons de parler, décide que :

ART. 2052. Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. — Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion (*).

Cette assimilation de la transaction au jugement a uniquement pour but d'indiquer que les voies de recours admises contre les jugements ne peuvent être suivies

(*) Art. 2052. — L. 19, 33, D. 2, 15. *De transact.*

(1) Cass. 23 mars 1897, S. 97, 1, 308; Cass. 23 fév. 1892, D. 92, 1, 150.

contre les transactions quand même on persisterait à y voir un jugement émané des parties elles-mêmes. Cette assimilation n'a donc pas plus de portée que celle que nous trouvons dans l'art. 1234 déclarant que les conventions sont irrévocables et tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il est manifeste qu'un jugement ne pourrait être sujet à cassation pour avoir mal interprété une convention, comme s'il avait mal interprété une loi. Par conséquent, au point de vue de leur *stabilité* ou *irrévocabilité*, les transactions ne gagnent rien à être assimilées à un jugement ayant l'autorité de la chose jugée. Aussi un auteur a-t-il pu écrire, fort exactement, qu'il n'est pas possible de trouver, dans l'assimilation dont nous venons de parler, autre chose « qu'une vue de l'esprit, vue littéraire plutôt que juridique, car elle est dénuée de conséquences (1). »

320. L'assimilation dont il s'agit n'a, en effet, aucune portée pratique. Tout ce qu'on a pu dire à cet égard, c'est que la transaction ayant pour effet de prévenir ou de terminer un litige doit avoir, à ce point de vue, une autorité de même nature qu'un jugement, et que c'est l'art. 1351 qui doit fixer les limites de cette autorité, alors surtout que cet article n'a été écrit que pour les jugements (2).

Mais c'est là une pure équivoque; envisagée à ce point de vue, l'autorité de la chose jugée dont on parle concerne non plus la *stabilité*, mais *la force probante* de la décision examinée (Voy. t. VIII, n° 303). Par conséquent, dire qu'une transaction a l'autorité de la chose jugée, c'est dire qu'une transaction a la même force probante qu'un jugement. Or, lorsqu'une partie se prévaut, à titre d'exception ou de défense, contre une demande, d'un fait libératoire quelconque, novation, paiement, transaction, etc., il faut bien

(1) AUBRY ET RAU, *De la transaction*, n° 149.
(2) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 628; GUILLOUARD, n° 95.

qu'elle établisse que ce fait est opposable à la partie adverse, qu'il a le même objet, etc., que la demande; c'est ce qu'on appelle *le champ de la preuve* (Voy. t. VIII, n° 223). De ce que l'art. 1351 contient à cet égard certaines précisions particulières concernant la chose jugée, il ne faut pas conclure que ces règles sont spéciales à la chose jugée; elles ont, au contraire, été empruntées au droit commun.

Tout ce qu'on peut affirmer, c'est que la transaction peut fournir à celui qui a le droit de s'en prévaloir une exception *analogue* à celle de la chose jugée contre la partie qui tenterait de faire revivre les différends ainsi terminés à l'amiable (1).

On peut ajouter encore que le demandeur qui n'a excipé ni en première instance ni en appel des règles qui régissent les transactions, ne peut les invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

Mais l'assimilation ne saurait être poussée plus loin.

Ainsi on a prétendu (3) qu'il fallait rattacher directement à l'assimilation avec la chose jugée la circonstance que, lorsqu'il y a eu transaction sur un litige, il n'y avait plus lieu de statuer sur le conflit d'attribution que le préfet aurait élevé à propos de ce litige (4). Mais s'il en est ainsi, c'est tout simplement parce qu'il n'y a plus de litige. La chose jugée est mal à propos alléguée à l'appui de la solution rapportée.

De même, quand un litige est terminé par une transaction, tous les actes de la procédure antérieure tombent, et si la partie assignée en exécution de la transaction refuse de remplir ses engagements, il faudra une nouvelle assi-

(1) Bordeaux, 23 mai 1892, D. 94, 1, 11.
(2) Cass. 4 août 1891, S. 93, 1, 10.
(3) Voy. GUILLOUARD, n° 105.
(4) Trib. conflits, 22 janv. 1887, D. 88, 5, 112; Trib. conflits, 31 oct. 1885, D. 87, 3, 36.

gnation pour l'y contraindre (1). Mais la chose jugée est encore étrangère à cette décision; il faut appliquer une solution analogue à celle qui est admise en cas de péremption.

321. La vérité est qu'il existe entre les jugements et la transaction des différences capitales (2); ainsi :

1° Les causes pour lesquelles un jugement peut être attaqué ne sont pas les mêmes pour lesquelles on peut attaquer une transaction. Un jugement peut, notamment, être réformé pour erreur de droit, alors qu'une transaction ne le peut pas (art. 2052);

2° Les voies par lesquelles et les délais dans lesquels l'un et l'autre peuvent être attaqués ne sont pas les mêmes;

3° Une transaction portant sur plusieurs points forme un tout indivisible et ne peut pas être annulée pour partie (3); un jugement statuant sur plusieurs chefs de contestation peut n'être réformé que relativement à quelques chefs seulement;

4° Un jugement ne peut être attaqué par les tiers qui n'y ont pas été parties que par la voie de la tierce opposition; une transaction peut, le cas échéant, être attaquée directement en nullité en vertu de l'art. 1167;

5° La transaction est résoluble pour cause d'inexécution des conditions; il n'en est pas ainsi d'un jugement, bien que l'une des parties ne l'exécute point (4) (Voy. *Suprà*, n° 340);

6° L'erreur, la violence et le dol, qui sont des causes d'annulation pour les transactions, n'opèrent pas de la même manière à l'égard des jugements.

7° Enfin, tout le monde reconnaît que les jugements ont un caractère déclaratif; les transactions, au contraire, ont

(1) Cass. 17 janv. 1870, D. 70, 1, 247; Comp. Cass. 23 janv. 1872, D. 72, 1, 123.

(2) Comp. Accarias, *loc. cit.*; Arntz, t. IV, n° 1547.

(3) Cass. 2 juill. 1888; 16 nov. 1886, S. 88, 1, 421.

(4) Guillouard, n°s 130-131; *Contrà*, Laurent, t. XXVIII, n° 429.

un effet translatif. Mais ce dernier point est fortement controversé.

322. Il semble, au premier abord, que la question ne soit pas susceptible de controverse. En effet, celui qui transige pour obtenir ou conserver la possession de tout ou de partie de la chose litigieuse entend, cela est vrai, conserver cette chose en vertu du droit propre qu'il n'a cessé d'affirmer à son profit sur cette même chose. Mais comme il s'agit, en définitive, d'un droit douteux, il entend aussi acquérir, *en tant que de besoin*, les droits *tels quels* de l'autre partie. Cette dernière fait de son côté le même raisonnement, de sorte que : « La transaction constitue une cession réciproque des droits des parties sur la chose à propos de laquelle on transige; et cette cession doit être gouvernée par les mêmes règles que la vente, tout au moins en ce qui concerne la disponibilité de l'objet de la transaction (1). »

Par conséquent, la transaction est un juste titre d'usucapion ou de prescription (2); c'est un point élémentaire en droit romain, qui n'a jamais donné lieu à l'ombre d'une difficulté, et il est singulier que les partisans de l'effet déclaratif de la transaction aient l'air de le méconnaître ou de l'ignorer.

Comment donc se fait-il que la controverse se soit produite en pareille matière?

C'est que, dans l'ancienne jurisprudence, les mutations de propriété donnaient lieu à la perception de droits excessifs, et, à ce point de vue, il y avait intérêt à faire sortir la transaction de la classe des actes translatifs. On employa le même procédé que pour les partages; on affirma que la transaction ne devait avoir qu'un effet déclaratif (V. t. V, n° 437).

(1) GUILLOUARD, n° 63; Conf. ACCARIAS, *Transaction*, n° 141; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 998.

(2) L. 20, D. 41, 3, *De usurp. et usuc.*; L. 8, C. 7, 26, *De usuc. pro emptore*; Voy. PELLAT, *Prop. et usuf.*, p. 474.

Ce fut moins une question de droit qu'une question fiscale qui fut mise en discussion, et la discussion fut menée avec un incroyable acharnement.

Tiraqueau, se fondant sur les textes du Digeste, avait naturellement conclu que la transaction était translative du droit (1). Mais il était si peu question d'une controverse purement juridique, que Tiraqueau fut, en quelque sorte, excommunié par ses adversaires. D'Argentré alla jusqu'à déclarer que l'opinion de Tiraqueau était une opinion *impie* : *Ac pœne impiam dixerim Tiraquelli sententiam, qui multis ad contraria applicatis in pejorem tandem delabitur, et putat tali casu juris incerti dari retractum, non ad rem, ut inquit, sed ad litem* (2).

L'effet déclaratif de la transaction soutenu avec D'Argentré, par Dumoulin, Pothier, Deluca, etc., finit par l'emporter ; mais il fallait lui assigner une base juridique.

L'assimilation de la transaction à la chose jugée était manifestement insuffisante, et il fallait trouver autre chose.

Or, il était arrivé à Tiraqueau d'invoquer à l'appui de son opinion la loi 33, C. *De transactionibus*. Cette loi est décisive; mais elle semble ne s'occuper que de la garantie, sans résoudre la question de la nature de la transaction, et Tiraqueau avait négligé de mettre en lumière l'argument qu'il en tirait. Les anciens auteurs s'emparèrent de ce texte et en firent la base de l'effet déclaratif. Ils ont même été suivis sur ce terrain par les modernes (3).

D'après le texte dont il s'agit, la partie qui, dans un procès en revendication, a reconnu par transaction les droits douteux de son adversaire, n'est pas tenue de la garantie à l'égard des évictions que celui-ci pourrait subir. Cela prouve,

(1) *Du retraict lignager*, § 1, gl. XIV, nos 60 à 73.
(2) *Coutume de Bretagne*, Cap. III, art. 267.
(3) Voy. GUILLOUARD, no 113.

dit-on, que la transaction est simplement déclarative, car si elle était translative, elle engendrerai la garantie. Ce raisonnement est puéril. Est-ce que jamais l'idée viendrait à un jurisconsulte de se poser, à propos d'un contrat non translatif de droits, la question de savoir si un tel contrat peut engendrer ou non l'obligation de garantie? Ce n'est qu'à l'égard des contrats dont la nature est de procurer une transmission de droits qu'une telle question peut être posée. C'est parce que la transaction est translative que l'on peut sérieusement se demander si elle peut, ou non, dans le cas d'éviction, donner lieu à la garantie. Car on n'aurait pas à se poser la question, si la transaction était simplement déclarative. Or, la réponse revient à ceci : tout acte translatif doit donner naissance à la garantie, d'après la règle générale. Mais comme dans la transaction le renonçant a transmis ses droits *tels quels*, *réels* ou *apparents*, dans l'état où il les possédait lui-même, et en leur laissant le caractère douteux qui les distinguait, il se trouve qu'il a transmis une chose sans garantie, mais il n'en a pas moins transmis cette chose.

323. Mais non, dit Pothier, suivi par les auteurs : « Car par la transaction je ne vous ai point cédé cette chose, je vous l'ai laissée telle que vous l'aviez. Je me suis seulement désisté des prétentions incertaines et de la demande que j'avais formée contre vous; l'argent que j'ai reçu de vous n'est pas le prix de cette chose, mais le prix de mon désistement (1). »

Mais si cela est vrai, si celui qui abandonne la demande par lui formée doit être considéré comme s'étant seulement désisté d'une prétention vis-à-vis d'un adversaire déterminé, s'il n'a rien transmis des droits dont cependant il pouvait être investi, c'est qu'il a gardé ces droits devers lui, sauf

(1) *De la vente*, nº 646.

à ne pouvoir jamais s'en prévaloir contre l'adversaire, et alors voici ce qui pourra arriver :

Primus ayant actionné Secundus en revendication d'un immeuble, transige avec ce dernier qui est déclaré propriétaire de l'immeuble. Postérieurement, Tertius actionne en revendication du même immeuble Secundus qui en est détenteur. Celui-ci ne pourra opposer la transaction au revendiquant, ni faire valoir contre ce dernier les droits de Primus puisqu'on prétend qu'ils ne lui ont pas été vendus. Il ne peut donc invoquer que ses droits propres, et il succombe.

Plus tard, Primus, qui n'a pas cédé ses droits à Secundus et qui s'est borné à s'interdire la faculté de les opposer à ce dernier, actionne Tertius en revendication du même immeuble et triomphe contre lui.

Alors reparaît Secundus qui, agissant comme propriétaire en conséquence de la transaction, pourra se faire délivrer l'immeuble, puisque Primus ne peut lui opposer ses propres droits. Mais alors Tertius, en vertu de son jugement, viendra s'en emparer, sauf à être à son tour dépouillé par Primus, qui se prévaudra du jugement qui lui a donné gain de cause. Secundus reviendra avec sa transaction..., et les parties tourneront indéfiniment dans le même cercle.

Nous avons rencontré la même espèce à propos du serment, et nous avons décidé que celui qui défère le serment ne s'interdit pas de faire valoir contre d'autres personnes les droits qu'il conserve, il s'oblige uniquement à ne pas troubler lui-même, dans sa possession, l'adversaire qui va le prêter (Voy. t. VIII, n° 368). Mais il n'en est pas de même dans la transaction qui a eu lieu moyennant des sacrifices réciproques. Celui qui a abandonné l'immeuble litigieux s'est obligé à reconnaître l'autre comme seul propriétaire chaque fois qu'il se trouvera en conflit avec lui au sujet de

l'immeuble litigieux. Le seul moyen de trancher la difficulté est de reconnaître à la transaction un effet translatif, de décider que Secundus, dans sa lutte avec Tertius, excipe ou est censé exciper des droits de Primus, en même temps que des siens propres, et que, par conséquent, Tertius pourra opposer à Primus le jugement qui lui a donné gain de cause (1).

Un auteur qui, d'ordinaire, ne se trompe pas quand il cherche à vulgariser l'enseignement des maîtres, a imaginé un autre moyen pour mettre fin au circuit ci-dessus exposé. « La transaction, dit-il, n'a, du moins en principe, aucun effet translatif; mais bien loin qu'elle ait un caractère déclaratif, elle y répugne, au contraire, et de la manière la plus énergique, par sa nature même, par sa propre essence... Elle est, du côté de la partie qui se désiste, une renonciation et, par conséquent, un acte *abdicatif* du droit que cette partie croit avoir à l'objet litigieux (2). » Mais le droit abdiqué étant douteux existait peut-être en réalité; que devient-il? Rien; il périt sans utilité pour personne. Celui qui se désiste est comme le chien de la fable, couché sur une botte de foin; il ne peut la consommer lui-même et il empêche d'en profiter ceux à qui elle pourrait servir; ce qui est pour lui une félicité suprême. Mais la loi ne reconnaît pas les actes abdicatifs qui ne profitent à personne. Une déclaration unilatérale de volonté par laquelle un individu affirmerait abdiquer son droit de propriété sur tel objet déterminé, serait absolument inopérante; comment donc une telle déclaration pourrait-elle se trouver tacitement et valablement contenue dans une transaction?

Remarquons, en effet, que la doctrine sur la transac-

(1) Comp. sur le *circuit* dont il s'agit, VERNET cité par MOURLON, *Transcription*, t. I, p. 183; ACCARIAS, *loc. cit.*, n° 144; G. DEMANTE, *Principes de l'enreg.*, t. I, n° 324, p. 354, et *Consultation*, p. 544.

(2) MOURLON, *Revue pratique*, 1857.

tion déclarative doit forcément aboutir à admettre que la transaction est en même temps abdicative. Or, ce qui est assez singulier, les partisans de l'effet déclaratif n'hésitent pas à reconnaître, en général, que la transaction sera, par exception, translative si les parties ont clairement exprimé, l'une la volonté de céder ses droits, l'autre celle d'acquérir tous les droits du renonçant. On exige donc une déclaration formelle des parties pour consacrer l'effet naturel, logique et moral de toute transaction, et en l'absence d'une déclaration formelle, on présume un effet absurde, inique et absolument inutile!

Quoi qu'il en soit, insistons un instant sur l'espèce qui vient d'être prévue; supposons une transaction nettement caractérisée. Les parties, dans l'acte qui a été rédigé, commencent par exposer leurs prétentions respectives quant à la propriété d'une même chose; elles reconnaissent que ces prétentions sont douteuses de part et d'autre, qu'il y a *res dubia;* tout cela est, d'ailleurs, contenu dans le mot *transiger* qu'elles vont employer. Dans ces conditions, en effet, elles déclarent vouloir transiger moyennant certains sacrifices réciproques, par exemple, chacune gardera la moitié de la chose en litige. Mais elles ajoutent formellement, et, d'après nous, surabondamment, qu'elles se font cession réciproque des droits qu'elles peuvent avoir sur la chose. Est-ce qu'elles seront pour cela tenues, l'une vis-à-vis de l'autre, de la garantie en cas d'éviction? Qui oserait le soutenir?... Comment concevoir qu'on soit tenu de garantir comme *existant* un droit qu'on a cédé comme étant *douteux?* Alors que signifie l'argument tiré du défaut de garantie dans les transactions?...

Que reste-t-il donc comme base de l'effet déclaratif des transactions? Rien, si ce n'est une métaphore peu justifiée assimilant les effets de la transaction à ceux de la chose jugée. Aussi croyons-nous devoir persister avec énergie

dans la doctrine que, avec quelques rares auteurs (1), nous avons toujours défendue.

324. Cette doctrine a pour conséquences principales, d'abord que l'acte de transaction portant sur un droit de propriété immobilière ou sur des droits réels susceptibles d'hypothèque, est soumis à la transcription (2), et ensuite que la transaction est un juste titre d'acquisition permettant d'usucaper par dix à vingt ans l'immeuble à propos duquel elle est intervenue (3). Les auteurs qui contestent ce point ne mentionnent même pas les textes du droit romain qui l'établissent. Ce silence est à remarquer.

Il demeure entendu que nous avons toujours raisonné en envisageant le bien litigieux dont la transaction a réglé le sort. L'attribution qui en est faite à l'une ou à l'autre des parties, ou à chacune d'elles pour une portion a, d'après notre doctrine, un caractère translatif, en ce sens que la partie attributaire peut, le cas échéant, invoquer aussi bien les droits de son ancien adversaire que les siens propres. Mais si, pour conclure la transaction, l'un des contractants remet à l'autre un bien sur lequel ne portait pas le litige, il

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 291 *bis* VII-XIII; ACCARIAS, *loc. cit.*, n°s 143-148; Comp. MOURLON, *loc. cit.*, *Revue pratique*, 1863, p. 321 et suiv., *Transcription*, n°s 72-75; *Contrà*, Cass. 3 janv. 1883, S. 83, 1, 349; VALETTE, *Mélanges*, t. I, p. 208 et 440; t. II, p. 64; AUBRY et RAU, § 421, texte et note 17; PONT, *loc. cit.*, t. II, n°s 630 et suiv.; LAURENT, t. XXVIII, n°s 393 et suiv.; ARNTZ, t. IV, n° 1546; GUILLOUARD, n°s 110-112; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 997; *adde*, Cass. belge, 23 avr. 1874, *Pas.*, 74, 1, 136.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 281 *bis* XIII; ACCARIAS, *loc. cit.*, n° 144; Comp. MOURLON, *Transcription*, n°s 74, 75; *Contrà*, Bordeaux, 17 mars 1892, *Pand. franç.*, 93, 2, 43; Pau, 10 août 1891, D. 92, 2, 543; AUBRY et RAU, § 421, texte et note 20; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 642; LAURENT, t. XXVIII, n° 397; GUILLOUARD, n° 115.

(3) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 421, texte et note 19; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 639; LAURENT, t. XXVIII, n° 395; GUILLOUARD, n° 117; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 997.

est certain, et tout le monde est d'accord sur ce point, qu'il y a un véritable transfert de propriété quant au bien ainsi transmis.

La théorie sur l'effet translatif de la transaction ne parait pas avoir toujours été bien comprise par ceux qui la combattent. Elle signifie seulement que celui qui a obtenu ou conservé, par transaction, la possession de tout ou partie d'un objet litigieux, peut, s'il y a intérêt, se prévaloir des droits transmis, et figurera désormais, dans les instances qui se produiront à l'occasion de ces droits, tant en son nom personnel que comme ayant cause de celui avec qui il a transigé, de sorte que la chose jugée avec lui-même au sujet de ces droits, sera jugée en même temps avec son auteur. Mais cela ne veut pas dire que celui dont nous parlons sera nécessairement obligé d'invoquer les droits que la transaction lui a transmis. La situation envisagée présente une certaine analogie avec celle qui se produit dans les cas de jonction de procession, jonction qui est facultative (art. 2235, 2239).

Ainsi, par exemple, un individu possédait un immeuble au moment de son mariage contracté sous le régime de la communauté. Cet immeuble a été considéré comme propre. Durant le régime la propriété est contesté et le conjoint dont il s'agit transige pour conserver l'immeuble. Cet immeuble demeurera propre. On voit là : « Un résultat nécessaire du caractère déclaratif de la transaction qui fait que l'immeuble est censé avoir toujours appartenu à l'époux auquel il est attribué... Si la transaction était vraiment un titre nouveau translatif de propriété... c'est la solution inverse qu'il faudrait admettre (1). » Mais on ne peut pas raisonner ainsi. Est-ce qu'on a jamais soutenu que le titre *nouveau* résultant de la transaction faisait disparaître, pour le remplacer, le

(1) GUILLOUARD, nº 118.

titre personnel de celui qui a transigé?... inutile d'insister davantage (1).

Nous devons enfin mentionner que les partisans de l'effet déclaratif croient trouver dans la loi du 22 frimaire an VII, une confirmation de leur doctrine. D'après l'art. 68 § 1er nº 45 de la loi du 22 frimaire an VII, sont soumises au droit fixe de un franc porté depuis à 4 fr. 50 : « Les transactions en quelque matière que ce soit, qui ne contiennent aucune stipulation de sommes et valeurs, ni disposition soumise à un plus fort droit d'enregistrement. » Vous verrons, quand nous nous occuperons des règles fiscales, ce que vaut l'argument tiré de ce texte, et comment il est appliqué par la jurisprudence.

N° 5. — *Causes de nullité des transactions.*

325. — La lésion est inopérante.
326. — Il en est de même de l'erreur de droit. Solution différente pour l'erreur de fait.
327. — Causes de nullité admises par la loi, art. 2053. De l'erreur.
328. — Du dol et de la violence.
329. — Transaction en exécution d'un titre nul, art. 2054; il s'agit d'un vice se référant au consentement.
330. — Applications.
331. — Transaction sur pièces fausses, art. 2055;
332. — Ou sur un procès déjà jugé, art. 2056.
333. — Découverte de titres postérieurement à la transaction, art. 2057.
334. — Erreur de calcul, art. 2058.
335. — Indivisibilité de la transaction.

325. Pour les transactions, comme pour les autres contrats, il faut distinguer entre les conditions requises pour leur existence, et les conditions requises pour leur validité (Voy. t. II, nº 12 et t. VII, nº 10).

(1) Colmet de Santerre, t. VIII, nº 281 *bis* XIV; Comp. Accarias, *De la transact.*, nº 144.

On peut donc signaler des transactions simplement apparentes, mais juridiquement *inexistantes*, et des transactions *annulables*.

Le Code n'a prévu textuellement que des transactions annulables.

Les transactions sont, en général, annulables par application des principes du droit commun. Mais il y a lieu de faire à cet égard certaines précisions.

Ainsi, d'après le second paragraphe de l'art. 2052, il faut d'abord éliminer, parmi les causes d'annulabilité ou de rescision, l'erreur de droit et la lésion.

En ce qui touche la lésion, la déclaration de l'art. 2052 semblait inutile, puisqu'il est déjà établi que la lésion n'est pas une cause de rescision des contrats (art. 1118). D'ailleurs la transaction n'est pas un contrat commutatif comme un autre. Le caractère douteux et incertain des droits sur lesquels il a été transigé empêche qu'il y ait une base pour déterminer la lésion. Bigot-Préameneu trouvait même qu'il y avait, dans ce contrat, quelque chose d'*aléatoire* (1).

Le partage étant rescindable pour cause de lésion, les copartageants peuvent avoir intérêt à déguiser un partage sous la forme d'une transaction pour le soustraire à l'action en rescision. En conséquence, l'art. 888, dérogeant à l'art. 2052 (2), décide que l'acte contenant transaction, mais faisant en même temps cesser l'indivision est rescindable pour cause de lésion (Voy. t. V, n° 466).

Pour les transactions intéressant les mineurs, il suffit de se référer aux règles ordinaires. La loi soumet à certaines formes les transactions dans lesquelles un mineur est intéressé (art. 467). Si cette disposition n'a pas été observée, la transaction est nulle en la forme, et le mineur pourra en

(1) *Exposé des motifs*, n° 10; FENET, t. XV, p. 109.

(2) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 687; *Contrà*, GUILLOUARD, n° 144; Comp. Trib. Bruges, 17 mai 1878, *Pas.*, 80, 3, 70.

demander la nullité sans avoir à prouver qu'il a été lésé. Si les formes voulues ont été observées, le mineur ne peut attaquer la transaction, même en offrant d'établir qu'il a été lésé, sauf, le cas échéant, son action en responsabilité contre le tuteur.

326. L'erreur de droit ne sera pas, davantage, une cause d'annulabilité d'une transaction. Pourquoi? On n'en sait rien. Sans doute, il est facile de déclarer que les erreurs de droit ne s'excusent pas; qu'on est toujours présumé s'être renseigné sur le droit auprès des hommes compétents quand on veut transiger, etc., tout cela n'explique rien, et n'empêche pas que, theoriquement, on peut se tromper en droit comme en fait (1). C'est même ce que suppose le texte de l'art. 2052.

Dans la pratique, cette disposition sera rarement applicable. Il est malaisé, en effet, de concevoir une transaction portant uniquement sur la solution d'une question de droit, avec les conséquences qu'elle entraîne. Ce n'est pas ainsi que la question se présente. Les parties transigent directement sur les conséquences de fait dont nous venons de parler, de sorte que la question de droit n'apparaît que vaguement, et souvent n'apparaît pas du tout.

Ainsi dans quelques localités rurales, il existe, chez les familles de paysans, une croyance singulière d'après laquelle le fils aîné doit toujours être attributaire, dans le partage des biens paternels ou maternels, de la quotité disponible, quand même le *de cujus* ne la lui aurait pas donnée ou léguée par une disposition quelconque. L'application du Code civil a pu, tout au plus, ébranler un peu cette croyance, la rendre peut-être incertaine, mais ne l'a pas fait disparaître, de sorte qu'en réalité elle influe plus ou moins sur les arrangements transactionnels intervenant au sujet des

(1) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 405.

partages de succession. Nous avons vu *plusieurs fois* des filles reconnaître à leur frère aîné le droit de prendre dans une masse à partager une part plus forte que celle à laquelle il était appelé par la loi, uniquement parce qu'elles se trouvaient sous l'influence de l'erreur de droit dont nous venons de parler. Mais l'acte transactionnel de partage dressé conformément à la volonté unanime des parties contenait uniquement des attributions de biens, sans nulle indication relative aux préoccupations dont nous venons de parler. Dans ces conditions, la transaction qui ne pourrait pas être annulée pour cause d'erreur de droit, pourrait, le cas échéant, être rescindée pour cause de lésion, en vertu de l'art. 888.

L'erreur de droit se combine souvent avec une erreur de fait, de sorte qu'il n'est pas toujours facile de les séparer. Il faut voir sur quoi a porté, en réalité, la transaction intervenue.

Ainsi une personne s'est trompée sur la nationalité de son père; c'est là une erreur de fait. Mais cette erreur de fait a entraîné une autre erreur sur les conséquences pouvant résulter de cette nationalité au point de vue de la reconnaissance d'enfant naturel que cette personne invoque à son profit, c'est là une erreur de droit. La Cour de cassation a jugé que la situation envisagée dans son ensemble était dominée par une erreur de droit qui ne pouvait invalider la transaction consentie par la personne ayant commis cette erreur (1).

327. Après avoir ainsi éliminé, parmi les causes de rescision, la lésion et l'erreur de droit, la loi ajoute :

ART. 2053. Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. — Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence (*).

(*) Art. 2053. — L. 9 § 2, D. 2, 15, *De transact.*, L. 13, 22, 30, 35 C. 2, 4, *De transact.*

(1) Cass. 25 oct. 1892, D. 93, 1, 17.

Le texte, en ce qui touche d'abord l'erreur dans la personne, suppose qu'il s'agit d'une transaction pouvant être rescindée, c'est-à-dire rescindable ou annulable, et par conséquent existante. Il faut donc éliminer le cas où la transaction a été conclue par erreur avec une personne qui, en réalité, n'avait aucune qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux lequel lui serait étranger. En pareil cas, la transaction n'a véritablement porté sur rien. Elle n'est pas annulable pour erreur dans la personne; elle est inexistante pour défaut d'objet (1), quelques auteurs disent : pour défaut de cause, en employant probablement le mot cause comme synonyme d'objet (2), car autrement cette expression n'aurait pas de sens.

Il faudra donc appliquer l'art. 1110 § 2, aux termes duquel l'erreur dans la personne n'est une cause de nullité que si la considération de la personne a été la cause principale de la convention (3) (Voy. t. VII, n° 27).

Notre art. 2053 dispose encore que l'on pourra faire rescinder une transaction pour cause d'erreur sur l'objet de la contestation. Quelques auteurs (4) citent comme exemple de ce genre d'erreur, le cas où l'une des parties a cru transiger sur la propriété litigieuse d'un certain immeuble, tandis que l'autre partie croyait, au contraire, qu'il s'agissait d'un immeuble différent. Dans ce cas, la transaction est inexistante, car il n'y a pas eu *consensus in idem placitum*. Il en serait de même si l'une des parties avait cru transiger sur le possessoire et l'autre sur le pétitoire. Il faut donc admettre que l'art. 2053 a eu en vue, comme cela résulte d'ailleurs de

(1) Laurent, t. XXVIII, n° 334.

(2) Voy. Aubry et Rau, § 422, texte et note 3; Accarias, *loc. cit.*, n° 155; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 468; Guillouard, n° 140.

(3) Voy. les auteurs précités; *adde*, Demolombe, t. XXIV, n° 120; Colmet de Santerre, t. V, n° 17 *bis* II; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1003.

(4) Not. Duranton, t. XVIII, n° 425.

l'art. 1110, non le cas où l'erreur a porté sur l'identité de la chose formant l'objet du contrat, mais le cas où l'erreur a porté sur la substance ou les qualités substantielles de la chose objet du contrat.

328. Le dol (1) et la violence sont aussi, d'après l'art. 2053, des causes de rescision des transactions. L'inutilité d'une telle disposition est manifeste. Les art. 1111 et suiv. ont édicté des règles générales applicables à toutes les conventions. Nous renvoyons donc à ce que nous avons déjà dit soit quant à la violence et aux caractères qu'elle doit présenter (Voy. t. VII, n° 29), soit quant au dol (Voy. t. VII, n^{os} 34 et suiv.).

Telle est la théorie générale de la loi sur les causes de nullité ou de rescision des transactions. Elle se réfère, en définitive, au droit commun, sauf les précisions que nous avons faites quant à la lésion, à l'erreur de droit et à l'objet.

329. Cependant son application n'est pas toujours facile à faire. Ainsi on comprend aisément qu'une transaction faite en conséquence ou en exécution d'un titre annulable soit annulable elle-même. Mais, en pareil cas, y a-t-il lieu à rescision à raison d'un vice qui affecte le consentement, à raison d'une erreur, ou à raison d'un vice qui affecte plutôt l'objet de la transaction?

La loi a prévu la difficulté, mais ne la résout pas d'une façon très claire; voici, en effet, comment elle s'exprime :

ART. 2054. Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

Il semble bien qu'en pareil cas l'action en rescision soit admise à raison d'un vice qui affecte plus directement l'objet de la transaction.

On peut dire, en effet, que lorsque les parties ont transigé sur un titre entaché d'une nullité qu'elles ignoraient, par

(1) Cass. 25 oct. 1892, D. 93; 1, 17.

suite d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit, peu importe, la transaction est toujours nulle, parce qu'elle ne peut s'étendre au-delà de ce que les parties ont pu prévoir en contractant (1).

On peut ajouter que, d'ailleurs, lorsque le titre est nul, il n'y a pas de droit qui puisse former la matière d'une transaction. Il y a lieu de remarquer, en effet, que pour obtenir la rescision de la transaction, il faut que la partie pouvant se prévaloir de la nullité du titre fasse déclarer cette nullité. Dans ce cas, la transaction, qui avait pour objet ce titre déclaré nul, tombera faute d'objet, que le titre annulé ait été cru valable par suite d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait (2).

Mais les choses ne se passent pas comme on vient de le dire. Voici comment il convient, en général, d'analyser la situation :

La transaction envisagée ayant été conclue par suite d'une erreur, nous verrons laquelle, sur la validité du titre, ne peut être considérée comme ayant eu pour but et pour effet de confirmer le titre dont il s'agit et d'anéantir l'action en nullité qui appartenait à l'une des parties. Si donc cette partie exerce, après la transaction, son action en nullité contre le titre, son action sera recevable. Mais alors l'autre partie lui opposera la transaction. C'est en réplique à cette exception que le demandeur en nullité voudra invoquer l'erreur qui entachait le consentement par lui donné à cette transaction. Le pourra-t-il? Oui, s'il s'agit d'une erreur de fait; non, s'il s'agit d'une erreur de droit. Tel est le sens qu'il faut attribuer à l'art. 2054; cet article se réfère donc à un vice du consentement, et il faut appliquer l'art. 2053 qui, en pareille matière, exclut l'action en nullité pour cause d'erreur de droit.

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Transact.*, § 5, n° 4; POCHONNET, *Revue pratique*, 1856, p. 196.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 415.

Il ne faut pas croire, en effet, que la contestation se produira nécessairement, en fait, dans les conditions que nous venons d'indiquer. Le demandeur conclut, en réalité, à la nullité de la transaction intervenue sur un titre dont la nullité était ignorée. Il n'a pas besoin de demander d'abord la nullité du titre lui-même pour faire prononcer ensuite, par voie de réplique à l'exception tirée de la transaction, la nullité de la transaction. Il peut directement demander la nullité de cette transaction, et c'est ce que suppose l'art. 2054, qui parle d'une action en rescision contre une transaction qui, par suite, est simplement annulable (1).

330. A titre d'exemples de nature à faire comprendre comment doit être appliquée la doctrine qui vient d'être exposée, on cite en général les cas suivants :

Une transaction a eu lieu en exécution d'un testament non daté; l'héritier avoue qu'il a eu connaissance du titre, mais en affirmant qu'il ignorait qu'un testament olographe non daté fût nul. Il invoque donc une erreur de droit, et l'art. 2052 ne permet pas de l'écouter. Mais il prétend avoir transigé sans avoir vu le testament, ou en ignorant qu'il était révoqué par un testament postérieur; il invoque alors une erreur de fait que les circonstances rendent présumable, *à moins*, dit l'art. 2054, *que les parties n'aient expressément transigé sur la nullité*.

Il ne suffirait donc pas, suivant une certaine opinion, de prouver que le demandeur a traité en connaissant la nullité du titre; il faudrait, pour faire rejeter sa demande, démontrer qu'il a été *expressément traité* sur la nullité (2). Mais

(1) Cass. 19 déc. 1865, S. 66, 1, 301; Poitiers, 10 juin 1878, S. 79, 2, 109; DURANTON, t. XVIII, n° 423; ACCARIAS, *loc. cit.*, n° 157; AUBRY et RAU, 4e édit., § 422, texte et note 5; PONT, *loc. cit.*, t. II, nos 702-711; ARNTZ, t. IV, n° 1551 2°; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 1004; GUILLOUARD, nos 146-149; Comp. Cass. 2 mai 1882, S. 84, 1, 158.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, *loc. cit.*

cela est fort douteux. Les juges ne peuvent annuler une convention que les parties ont faite en pleine connaissance de cause. Celles-ci ne sont tombées dans aucune erreur. Il ne faut pas prendre à la lettre le mot *expressément* de l'art. 2054; la loi a voulu déclarer que la connaissance de la nullité ne se présumera pas. Ce que l'on peut dire, c'est que, dans cette hypothèse, la convention est plutôt la confirmation d'un acte nul qu'une véritable transaction. L'art. 2054 a été appliqué avec raison au cas d'une transaction intervenue entre l'État et un particulier au sujet d'une contravention faussement constatée par suite de l'imperfection des instruments employés par l'administration, s'il est établi que les parties ont entendu subordonner la transaction à l'existence de la contravention, le procès-verbal dressé en vertu de cette contravention étant le seul titre de l'administration (1).

Par le mot *titre*, l'art. 2054 entend certainement le fait juridique qui sert de base au droit contesté, c'est-à-dire la convention ou la disposition, et non l'écrit qui a pu être rédigé. Ce n'est que dans les actes solennels que le fait juridique se confond avec l'écrit. Du moment que ce fait juridique est nul, soit par l'imperfection de l'écrit qui le constate ou par tout autre vice, la transaction est annulable (2).

331. Mais il peut arriver que le fait juridique sur lequel les parties ont transigé ait été constaté par des actes qui, ensuite, ont été reconnus faux. Il est certain qu'en pareil cas la transaction doit être annulable :

ART. 2055. La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses, est entièrement nulle (*).

Cette expression *entièrement nulle* ne signifie pas que la transaction est inexistante faute d'objet. La fausseté des

(*) Art. 2054. — L. 42, C. 2, 4, *De transact.*

(1) Trib. Tournai, 27 fév. 1894, D. 95, 2, 422.

(2) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 703; LAURENT, t. XXVIII, n° 412; GUILLOUARD, n° 150; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 1004.

pièces n'implique pas, en effet, nécessairement l'inexistence du droit auquel elles se réfèrent. Ces expressions veulent dire que la transaction est nulle dans toutes ses parties, alors même que la fausseté des pièces serait relative à quelques chefs seulement. Les rédacteurs du Code civil ont, en effet, tenu à consacrer le principe de l'indivisibilité des transactions. « On ne doit voir dans une transaction, disait Bigot-Préameneu, que des parties corrélatives, et lorsque les divers points sur lesquels on a traité sont indépendants, quant à leur objet, il n'en est pas moins incertain s'ils ont été indépendants, quant à la volonté de contracter, et si les parties eussent traité séparément sur l'un des points (1). »

L'action en nullité appartient aux deux parties si toutes deux ont été dans l'erreur et ont ignoré la fausseté des pièces. Si les parties avaient eu connaissance au moment de la transaction, de la fausseté des pièces produites, la transaction serait inattaquable, car elles ont cru, probablement, que leurs droits respectifs étaient indépendants de ces pièces. A plus forte raison la transaction serait-elle inattaquable s'il avait été transigé sur le faux lui-même, sans que les parties aient été tenues de s'expliquer, à cet égard, en termes formels (Comp. art. 2054).

L'action en nullité est subordonnée, quant à son exercice, à la reconnaissance de la fausseté des pièces, ce qui implique que cette fausseté a été ignorée des parties ou de l'une d'elles. Il s'agit donc d'une action en nullité pour cause d'erreur.

332. Il y aura encore action en nullité pour cause d'erreur si la transaction est intervenue sur une contestation terminée par un jugement inconnu des parties.

(1) Exposé des motifs, n° 15; FENET, t. XV, p. 110; AUBRY et RAU, § 422, texte et note 6; ACCARIAS, *loc. cit.*, n° 158; GUILLOUARD, n° 152; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 1005; Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 420; Comp. Cass. 4 déc. 1894, D. 96, 1, 97.

ART. 2056. La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle. — Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable (*).

Il y a eu erreur de fait suffisante pour vicier le consentement. Il faut cependant bien dégager l'hypothèse que le texte a eue en vue : le jugement qui a donné gain de cause à l'une des parties est connu de celle-ci et ignoré de l'autre. Les parties transigent dans ces conditions. Aucune d'elles ne pourra demander la rescision de la transaction. De la part de celui qui avait succombé dans l'instance, l'action serait sans motif; l'erreur dans laquelle il a été n'a pas nui à ses intérêts, puisqu'il obtient, par la transaction, partie de ce que le jugement lui avait fait perdre en totalité. Quant à celui qui, ayant triomphé, a cependant transigé, il a pu, par conscience, renoncer à la chose jugée à son profit. Il faut donc, pour que la transaction soit rescindable, qu'elle intervienne sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties, ou la partie gagnante, n'avaient pas connaissance. Telle est l'hypothèse envisagée par l'art. 2056.

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'opposition ou d'appel, la loi déclare que la transaction sera maintenue. On a considéré que l'existence de ces voies de recours permettant de remettre en question tout ce qui a été jugé, la connaissance du jugement n'eût peut-être pas empêché la transaction. C'est possible; mais alors la transaction aurait peut-être eu lieu sur d'autres bases. La disposition de la loi est sujette à critique (1).

La partie qui a connu l'existence de la chose jugée soutiendrait vainement, pour faire tomber la transaction par elle consentie, qu'elle ignorait au moment de la transaction

(*) Art. 2056. — L. 7 pr., L. 11, D. 2, 15, *De transact.*
(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 421; GUILLOUARD, n° 156.

que les voies extraordinaires du pourvoi en cassation ou de la requête civile lui étaient ouvertes. Ces voies de recours, qui n'ont rien de suspensif, n'empêchent pas qu'il n'y ait eu, par suite du jugement, un droit acquis que la partie gagnante peut mettre à exécution, et d'ailleurs elles ne font pas peser sur l'issue définitive du litige la même incertitude que l'éventualité d'une voie ordinaire (1).

Toute convention relative à un jugement connu des parties est valable. Si ce jugement est passé en force de chose jugée, la convention sera une renonciation plutôt qu'une véritable transaction (2).

333. Si au lieu de la découverte d'un jugement que les parties ou l'une d'elles ne connaissaient pas, il s'agissait de la découverte de titres inconnus au moment de la transaction, certaines distinctions et précisions doivent être faites :

ART. 2057. Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties. — Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit (*).

Il est certain en effet que les transactions peuvent intervenir dans deux situations différentes. Elles se produisent quelquefois entre les membres d'une même famille, et le plus souvent elles ont pour but de vider toutes les questions qui ont été soulevées. Il y a alors comme une liquidation générale; moyennant certains sacrifices tous les droits incertains sont abandonnés, toutes prétentions contraires disparaissent. Dans ces conditions, si des pièces inconnues au moment du contrat viennent à être découvertes, y aura-t-il là une cause de rescision du contrat? Il aurait été dangereux

(*) Art. 2057. — L. 19, C. 2, 4, *De transact.;* L, 51, 2, 14, *De pactis.*

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 421; ARNTZ, t. IV, n° 1553; GUILLOUARD, n° 157.

de l'admettre, car les parties, bien probablement, n'ont pas eu l'intention qu'il en fût ainsi. Les conditions dans lesquelles elles ont transigé démontrent qu'elles ont voulu écarter toute éventualité de litige, et que par suite elles ont renoncé à faire état, pour renouveler leurs prétentions antérieures, des titres et documents qu'elles pourraient recueillir postérieurement au contrat de transaction.

Mais on ne pourra plus faire le même raisonnement si la transaction a porté sur un seul objet. La découverte de pièces prouvant que l'une des parties n'avait pas de droits doit entraîner la rescision de la convention.

Dans tous les cas, si les pièces avaient été retenues par l'adversaire, ce fait constituerait un dol, et l'autre partie pourrait attaquer la transaction pour cette cause.

334. Quant à la simple erreur de calcul, elle ne saurait vicier le consentement et donner lieu à une action en rescision :

ART. 2058. L'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée.

Cette disposition ne doit rationnellement s'appliquer qu'aux fautes ou erreurs d'arithmétique qui ont pu être commises dans le travail fait en commun pour établir les bases de la transaction, et non aux erreurs ou inexactitudes qui peuvent se rencontrer dans l'évaluation faite par une partie de ses prétentions formulées en chiffres (1), surtout quand ces erreurs se sont produites avant tout rapprochement opéré entre les parties (2).

Par conséquent, pour qu'il y ait lieu de réparer une erreur de calcul dans une transaction, il ne suffit pas de démontrer que les parties se sont livrées à des calculs avant la transaction, mais il faut établir encore que ces calculs

(1) GUILLOUARD, nos 162-163; Comp. PONT, *loc. cit.*, t. II, no 739; LAURENT, t. XXVIII, no 411.

(2) Cass. 16 juin 1875, D. 77, 1, 71.

ont, d'un commun accord, servi de base à la transaction elle-même (1).

335. Quand il y a lieu de prononcer l'annulation d'une transaction, il faut en général la prononcer pour le tout. Une transaction ne saurait être rescindée pour partie et maintenue pour partie, car elle est indivisible. Sans doute, le Code n'a pas textuellement formulé ce principe, mais il est consacré par l'exposé des motifs, et nous venons d'en trouver une application dans l'art. 2057. Il faut remarquer, toutefois, que l'indivisibilité des transactions a uniquement pour base l'intention probable des parties qui, presque toujours, entendent faire une transaction indivisible, mais qui peuvent aussi avoir une intention différente. Il y aura donc une question d'intention qui devra être examinée par le juge, dont la décision sous ce rapport sera souveraine (2).

(1) Trib. Charleroi, 15 fév. 1883, *B. J.*, 83, 235.

(2) Cass. 2 juill. 1888; 16 nov. 1886, S. 88, 1, 421; LAURENT, t. XXVIII, nos 400-402; ARNTZ, t. IV, no 1547 3°; GUILLOUARD, no 167.

APPENDICE AU TITRE QUINZIÈME

336. — Droit international privé.
337. — Règles fiscales. Dispositions de la loi du 22 frimaire an VII.
338. — Jurisprudence.
339. — Objections de la doctrine.

336. Nous croyons inutile de consacrer une division spéciale aux règles de Droit international privé concernant la transaction. Nous n'avons en effet aucune particularité à signaler à cet égard. La transaction obéit, sous le rapport de la forme et du fond aux règles générales déjà indiquées. Le lieu du contrat est celui où le consentement des parties est donné alors même que les formalités nécessaires pour la perfection de la transaction, telles que l'homologation du tribunal, interviendraient dans un autre pays (1).

337. L'explication des règles fiscales exigera de plus longs développements.

Si la transaction a réellement un effet simplement déclaratif, elle ne peut donner ouverture à un droit proportionnel d'enregistrement, puisqu'il n'y a pas mutation de propriété.

On ajoute souvent : « Cette conséquence que les principes suffiraient à faire admettre, paraît formellement consacrée par l'art. 68 § 1, n° 45 de la loi du 22 frimaire en VII, *aux termes duquel la transaction n'est soumise qu'au droit fixe* (2). » On ajoute encore : « Cependant l'enregistrement a soutenu que, malgré les principes de notre droit sur le caractére de la transaction, *malgré le texte de l'art. 68 de la*

(1) Voy. Vincent et Pénaud, *Dict. de Dr. int. pr.*, v° *Transaction.*
(2) Guillouard, n° 116.

loi de frimaire, la transaction doit être soumise au droit proportionnel lorsqu'elle opère quelque changement dans les droits apparents des partis (1). »

Mais cette façon de s'exprimer n'est pas d'accord avec la réalité; il n'est pas exact qu'aux termes de la loi de frimaire la transaction *ne soit soumise qu'au droit fixe*. L'art. 68 de la loi de frimaire soumet au droit fixe : « Les transactions en quelque matière que ce soit, qui ne contiennent aucune stipulation de sommes et valeurs, ni disposition soumise à un plus fort droit d'enregistrement. » D'un autre côté jamais l'administration de l'enregistrement n'a soutenu que les transactions devaient être soumises au droit proportionnel *malgré* le texte de l'art. 68; elle a, au contraire, soutenu que le droit proportionnel devait être perçu par application de ce même art. 68.

Voici, en effet, comment d'après un adversaire du droit proportionnel, on doit résumer le système extrême produit à cet égard par l'administration :

« Puisque, par hypothèse, la prétention de l'une des parties est exclusive de la prétention de l'autre, l'objet litigieux ne peut être partagé entre elles que par la transmission que l'une fait à l'autre. On ignore, il est vrai, lequel des deux contractants investit l'autre; mais si l'un aliène son fonds, l'autre aliène l'action tendant à revendiquer ce fonds. Donc si le fonds litigieux est partagé par moitié, il y a lieu à percevoir le droit proportionnel sur la valeur totale de ce fonds, car celui qui, dans la réalité objective, est le vrai propriétaire, transmet la moitié du fonds lui-même, et son adversaire aliène à son profit l'action qu'il pouvait exercer pour revendiquer l'autre moitié. On arrive ainsi, toujours, à percevoir sur la transaction un droit proportionnel (2). » L'au-

(1) *Ibid.*
(2) G. Demante. *Principes de l'Enreg.*, t. I, n° 322, VII, p. 343.

teur conclut par cette observation critique : « On ne trouve plus un seul cas où le droit fixe soit applicable, et l'art. 68, à cet égard, est lettre morte (1). »

Cette circonstance, quand même elle serait exacte, ne serait pas de nature à affaiblir le raisonnement de la régie. Mais nous pensons qu'elle ne l'est pas. Nous faisions remarquer, il y a bien longtemps, en rendant compte des remarquables travaux de notre excellent, aimé et vénéré collègue, M. Gabriel Demante, qu'il n'était pas impossible de trouver des hypothèses où la transaction ne donnerait lieu qu'au droit fixe. Nous citions le cas d'une transaction sur une action en diffamation. Le diffamé renonce à exercer son action, moyennant une simple réparation d'honneur ou des excuses, sans aucune stipulation de sommes ou valeurs (2).

338. Les prétentions de l'administration de l'enregistrement ont triomphé devant la Cour de cassation, et depuis l'arrêt du 12 décembre 1865, rendu chambres réunies, la question n'est plus soulevée en jurisprudence (3).

Mais la Cour de cassation, ayant voulu mettre le système de la régie d'accord avec l'effet déclaratif, s'est trouvée entraînée à formuler une singulière doctrine :

« Attendu, a-t-elle dit dans son arrêt précité de 1865, que si aux termes de l'art. 2052, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et si, à ce titre, elles ont en général un caractère simplement déclaratif, *il n'en est pas nécessairement de même vis-à-vis de l'administration de l'enregistrement*, que cela résulte des termes mêmes de l'art. 68, § 1er, n° 45 de la loi du 22 frimaire an VII, qui n'accorde la faveur du droit fixe qu'aux transac-

(1) *Ibid.*

(2) Voy. notre *Compte rendu bibliographique*, dans le journal l'*Aigle*, de Toulouse, du 3 août 1857.

(3) Cass. 12 déc. 1865, D. 65, 1, 457; Cass. 24 juin 1868, D. 68, 1, 439, etc.; Cass. 13 fév. 1878, D. 78, 1, 305.

tions ne contenant aucune stipulation de sommes et valeurs, ni disposition soumise à un plus fort droit d'enregistrement. »

339. Les partisans de l'effet déclaratif ont naturellement protesté :

« Il n'y a pas deux droits civils s'est écrié M. Laurent, il n'y en a qu'un; quant à la loi de frimaire, elle ne définit pas les conventions, elle les tarife, et elle les tarife d'après le droit civil; quand donc le droit civil dit qu'il n'y a pas de transport de propriété, le droit fiscal ne peut pas dire qu'il y a transport (1). » Ces formules ne peuvent faire avancer la question. Il s'agit de savoir si une certaine interprétation du droit civil, émanée de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine, a eu raison de faire dire au droit civil que, dans la transaction, il n'y avait pas transport de propriété. Or il est indéniable que lorsque l'objet litigieux est partagé entre les deux parties qui s'en prétendaient, chacune en invoquant son droit particulier, propriétaires d'une manière exclusive, il y a aliénation ou cession réciproque, comme le proclament eux-mêmes certains partisans de l'effet déclaratif (2). Donc il n'est pas possible en pareil cas de voir dans la transaction et pour chacune des parties une déclaration simultanée de deux droits incompatibles. Le droit fiscal n'a pas voulu voir une telle absurdité, mais ce n'est pas lui qui a créé l'antagonisme que l'on signale.

Mais, dit-on encore, les exigences fiscales sont *très malheureuses* dans la matière des transactions, car un contrat qui a pour but de diminuer les procès doit être encouragé. Ce point de vue n'a plus rien de juridique, c'est une question de tarif qu'on soulève; personne évidemment ne protestera si la quotité des droits à percevoir en matière de transaction est abaissée, et même si les transactions sont soumises à un droit fixe.

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 398; GUILLOUARD, n° 116.
(2) GUILLOUARD, n° 63.

TITRE SEIZIÈME

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE

340. — Loi du 22 juillet 1867.
341. — Textes abrogés, art. 2050 à 2070.
342. — Justification de cette abrogation.
343. — Rétablissement illogique de la contrainte par corps dans certaines colonies.
344. — Maintien de la contrainte pour le paiement des condamnations pécuniaires prononcées par la justice répressive.

340. La loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps en matière commerciale, civile *et contre les étrangers*. Mais elle a été maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. Elle est de droit pour toutes les condamnations pécuniaires prononcées par les tribunaux de justice répressive, c'est-à-dire pour les condamnations : 1° aux amendes; 2° aux restitutions et aux dommages-intérêts, soit au profit de l'État, soit au profit des particuliers; et, enfin, aux frais (L. 19 septembre 1871).

341. Il y a donc encore intérêt à avoir sous les yeux le texte du Code qui était relatif à la contrainte par corps.

ART. 2059. La contrainte par corps a lieu, en matière civile, pour le stellionat. — Il y a stellionat, — Lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire; — Lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés.

ART. 2060. La contrainte par corps a lieu pareillement, — 1° Pour dépôt nécessaire; — 2° En cas de réintégrande, pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait; pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue possession, et pour le paiement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire; — 3° Pour répétition de deniers

consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet; — 4° Pour la représentation des choses déposées aux séquestres, commissaires et autres gardiens; — 5° Contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte; — 6° Contre tous officiers publics, pour la représentation de leurs minutes, quand elle est ordonnée; — 7° Contre les notaires, les avoués et les huissiers, pour la restitution des titres à eux confiés, et des deniers par eux reçus pour leurs clients, par suite de leurs fonctions.

ART. 2061. Ceux qui, par un jugement rendu au pétitoire, et passé en force de chose jugée, ont été condamnés à désemparer un fonds, et qui refusent d'obéir, peuvent, par un second jugement, être contraints par corps, quinzaine après la signification du premier jugement à personne ou domicile. — Si le fonds ou l'héritage est éloigné de plus de cinq myriamètres du domicile de la partie condamnée, il sera ajouté au délai de quinzaine, un jour par cinq myriamètres.

ART. 2062. La contrainte par corps ne peut être ordonnée contre les fermiers pour le paiement des fermages des biens ruraux, si elle n'a été stipulée formellement dans l'acte de bail (1). Néanmoins les fermiers et les colons partiaires peuvent être contraints par corps, faute par eux de représenter, à la fin du bail, le cheptel de bétail, les semences et les instruments aratoires qui leur ont été confiés; à moins qu'ils ne justifient que le déficit de ces objets ne procède point de leur fait.

ART. 2063. Hors les cas déterminés par les articles précédents, ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps; à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étrangers; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts.

ART. 2064. Dans les cas même ci-dessus énoncés, la contrainte par corps ne peut être prononcée contre les mineurs.

ART. 2065. Elle ne peut être prononcée pour une somme moindre de trois cents francs.

ART. 2066. Elle ne peut être prononcée contre les septuagénaires, les femmes et les filles, que dans le cas de stellionat. — Il suffit que la soixante-dixième année soit commencée, pour jouir de la faveur accordée aux septuagénaires. — La contrainte par corps pour cause de stellionat pendant le mariage, n'a lieu contre les femmes mariées que lorsqu'elles sont séparées de biens, ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé la libre administration, et à raison des engagements qui concernent ces biens. — Les femmes qui, étant en communauté, se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leur mari, ne pourront être réputées stellionataires à raison de ces contrats.

ART. 2067. La contrainte par corps, dans les cas même où elle est autorisée par la loi, ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement.

ART. 2068. L'appel ne suspend

(1) Cette disposition avait déjà été abrogée par l'art. 2 de la loi du 13 décembre 1848 qui interdit la stipulation de la contrainte par corps pour le défaut de paiement des fermages des biens ruraux.

pas la contrainte par corps prononcée par un jugement provisoirement exécutoire en donnant caution.

ART. 2069. L'exercice de la contrainte par corps n'empêche ni ne suspend les poursuites et les exécutions sur les biens.

ART. 2070. Il n'est point dérogé aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce, ni aux lois de police correctionnelle, ni à celles qui concernent l'administration des deniers publics.

342. La disparition de la contrainte par corps a été vue avec regret par quelques jurisconsultes. « A la faveur de cette disparition, a-t-on dit, un débiteur de mauvaise foi peut, *désormais*, vivre dans l'opulence sans payer ses dettes, sous la seule condition de se loger en garni et de placer toute sa fortune en valeurs au porteur, qu'il lui sera facile de cacher, ou même en rentes sur l'État, qu'il pourra montrer au grand jour, sans avoir à redouter l'action de ses créanciers, parce qu'elles sont insaisissables. Il s'en faut de beaucoup, malheureusement, que ce soit là une pure hypothèse (1). »

Il faudrait donc rétablir la contrainte par corps et même l'établir pour toute espèce de dettes, et en même temps déclarer saisissables les rentes sur l'État... Si l'on ne veut pas proposer des mesures de ce genre, quelle est l'utilité et la portée de l'observation qui précède?...

La question de la contrainte par corps nous semblait définitivement vidée.

Sur le terrain de la théorie pure, la discussion est certainement épuisée. Qui pourrait, en effet, sérieusement soutenir que la liberté individuelle peut devenir, comme le patrimoine, le gage d'un créancier?

A un point de vue plus positif, il est difficile de justifier la légitimité juridique et l'utilité de la contrainte par corps. Il est de principe, en effet, que les éléments du crédit que peut offrir un débiteur doivent toujours être appréciés par le créancier au moment même où va se former le lien obliga-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1010.

toire par le transfert, dans le patrimoine du débiteur, d'une valeur appartenant au créancier. Or, il est permis d'affirmer, avec la certitude d'être dans le vrai, que jamais, soit en matière civile, soit en matière commerciale, sauf une seule hypothèse, dont nous allons parler, la considération de la contrainte par corps n'a déterminé la réalisation d'un prêt. La possibilité de pouvoir faire éventuellement incarcérer son débiteur n'a jamais augmenté d'une manière quelconque le crédit de ce dernier; le créancier n'a jamais songé à une telle éventualité au moment même où allait se former le lien obligatoire. A ce moment, il se laisse uniquement influencer par le crédit réel du débiteur, ou la confiance personnelle que celui-ci inspire, ou la bienveillance qu'on a pour lui. Si, toutes ces considérations mises de côté, il restait uniquement celle relative à la contrainte par corps, bien loin de décider le capitaliste à engager ses fonds, elle lui démontrerait l'impossibilité de le faire. Ce n'est que plus tard, quand le débiteur ne remplit pas ses engagements, que, pour la première fois, le créancier, à défaut d'autres garanties, pense à la contrainte par corps, afin de peser indirectement sur les amis et les proches de son débiteur et obtenir d'eux un sacrifice.

Il est donc vrai de dire qu'un moyen de contrainte dont on ne se préoccupe jamais au moment même de la naissance de l'obligation ne peut exercer aucune influence sur le crédit du débiteur.

Il y avait cependant un seul cas où les choses se passaient autrement : c'est quand il s'agissait d'un fils de famille n'ayant pas encore de patrimoine propre, et qui voulant escompter l'avenir, s'adressait aux hommes qui spéculent sur les entraînements de la jeunesse. L'éventualité de l'emprisonnement pour dettes était alors sérieusement envisagé par le créancier qui, en l'employant, trouvait le moyen d'exploiter la famille du débiteur.

343. Nous avons cru nécessaire de reproduire ici des

observations que nous formulions au lendemain de la promulgation de la loi du 22 juillet 1867 (1) parce que sous l'influence prépondérante de certains intérêts privés, on voit quelquefois les pouvoirs publics prendre des résolutions tout à fait rétrogrades.

Ainsi un décret du 12 août 1891 avait supprimé la contrainte par corps dans l'Inde française, en même temps que dans la plupart de nos colonies. On vient de la rétablir l'expérience, a-t-on osé dire, a démontré que les garanties du créancier dans l'Inde française étaient insuffisantes en raison des facilités qu'offre aux débiteurs *hors d'état de s'acquitter*, ou de mauvaise foi, la proximité de territoires étrangers où ils peuvent, en quelques instants, se mettre à couvert de toutes poursuites. C'est pourquoi, sur la proposition du ministre des colonies, un décret du 16 février 1898, a rétabli la contrainte par corps à l'égard des indigènes des établissements français de l'Inde. Mais s'il s'agit de débiteurs *hors d'état de s'acquitter*, en quoi la contrainte par corps viendra-t-elle augmenter leurs ressources? Il s'agit donc en réalité d'exploiter leurs familles!...

Ce décret du 16 février 1898 éclaire d'un jour singulier la façon dont sont administrées les colonies, et montre notamment pour quels motifs ceux qui se disent les représentants des intérêts coloniaux préfèrent pour les colonies le régime des décrets au régime de la loi.

344. Nous comprenons qu'on ait maintenu la contrainte par corps pour assurer le paiement des condamnations pécuniaires prononcées par les tribunaux de justice répressive pour crimes, délits ou contraventions. Mais elle ne saurait être étendue à la condamnation aux frais encourue par la partie civile qui succombe (2), ni même aux condamnations

(1) Voy. notre *Code civil italien*, t. I, p. 361.
(2) Cass. 25 avr. 1885, D. 85, 1, 479.

prononcées contre une personne civilement responsable (1).

Il faut encore observer qu'après la mort du coupable, elle ne pourrait être prononcée ni exécutée contre ses héritiers. Elle ne pourrait pas non plus être prononcée contre une personne morale, par exemple contre une société commerciale (2).

Pourrait-elle être prononcée contre des étrangers pour le cas où ceux-ci refuseraient d'exécuter les condamnations pécuniaires prononcées contre eux par les tribunaux de répression?

La Cour de Paris, se fondant sur ce que l'art. 1er de la loi de 1867 a supprimé la contrainte par corps, d'une manière générale, à l'égard des étrangers, a décidé que les étrangers ne pouvaient, dès lors, être soumis à la contrainte par corps. Les étrangers se trouveraient donc ainsi placés dans une condition plus favorable que les nationaux. Aussi, le condamné ayant saisi la Cour de cassation, le ministère public forma incidemment à l'audience un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre l'arrêt attaqué, lequel fut cassé sur le point qui nous occupe (3).

On prétend justifier cette solution en évoquant l'*évolution historique* de la législation en ce qui touche la condition des étrangers en France; en affirmant que soustraire les étrangers à la contrainte par corps dans des cas où les Français y sont soumis, c'est se mettre en contradiction flagrante avec l'esprit de tout le système législatif élaboré par les rédacteurs du Code civil et ceux qui les ont suivis.... (4). C'est possible; mais la question est de savoir si le législateur de 1867 n'a pas, en fait, par une pure inadvertance, consacré cette contradiction.

(1) Cass. 25 avr. 1884, S. 87, 1, 340.
(2) Cass. 8 mars 1883, D. 84, 1, 428.
(3) Cass. 3 avril 1897, *J. de Dr. int. privé*, 1897, p. 1017.
(4) SURVILLE, *Revue crit.*, 1898, *Exam. doct.*, p. 280 et suiv.

La disposition de l'art. 16 de la loi du 22 juillet 1867, qui interdit d'exercer simultanément la contrainte par corps contre le mari et la femme, n'a trait qu'au mode d'application de la contrainte, et ne s'oppose pas à ce qu'elle soit prononcée en même temps contre les deux conjoints (1).

En cas de délit de chasse commis par un mineur de seize ans, la contrainte par corps pour le paiement des amendes et des frais ne peut être prononcée ni contre le délinquant, ni contre son père civilement responsable du délit. Par conséquent, l'arrêt qui prononce la contrainte par corps sans exprimer si c'est contre le père ou contre le fils qu'il admet ce mode d'exécution, encourt la cassation (2).

La durée de la contrainte par corps doit se régler d'après l'ensemble des condamnations pécuniaires que prononce un jugement, tant, par exemple, au profit de l'État que de la partie civile, sans distinguer entre l'amende, les frais et les autres condamnations (3).

(1) Amiens, 7 nov. 1885, D. 86, 2, 167.
(2) Cass. 9 avr. 1875, D. 77, 1, 508.
(3) Cass. 13 mai 1882, D. 82, 1, 275; Comp. Cass. 20 avr. 1882, D. 82, 1, 273.

TITRE DIX-SEPTIÈME

DU NANTISSEMENT

345. — Définition du nantissement, art. 2071.
346. — C'est un contrat synallagmatique imparfait; l'écrit destiné à le constater n'a pas à être fait en double.
347. — Autres caractères du nantissement.
348. — Il s'applique aux meubles et aux immeubles, art. 2072.

345. Tout créancier est investi d'un droit de gage général sur les biens de son débiteur (art. 2092, 2093). Ce droit de gage général laisse les créanciers à la merci du débiteur qui peut toujours diminuer ce gage soit par des aliénations, soit par des concessions de droits spéciaux de préférence, ou de sûretés réelles données à certains d'entre eux au détriment des autres. Le droit de gage général ne donne donc ni droit de suite ni droit de préférence.

Cette insuffisance du droit de gage général a conduit à créer pour les créanciers la possibilité d'asseoir sur des sûretés réelles et spéciales le moyen de garantir le paiement de leur créance et de soustraire les objets appelés à en répondre à tout amoindrissement de la part de leurs débiteurs.

L'art. 2094 mentionne deux moyens pour atteindre le but indiqué : les privilèges et les hypothèques.

Mais il existe d'autres sûretés réelles, notamment le *nantissement*.

Ce qui distingue le nantissement, c'est qu'il implique,

essentiellement, que celui qui le constitue se dessaisisse de la chose affectée entre les mains du créancier.

ART. 2071. Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.

Cette remise peut être faite par un tiers donnant sa propre chose. Dans tous les cas, cette remise donne au créancier nanti la faculté d'exercer un droit de rétention opposable soit au débiteur lui-même, soit aux créanciers chirographaires de celui-ci.

C'est à cause de cela que le nantissement est un contrat *réel*, ne devenant parfait que par la remise de la chose. Une convention de nantissement qui ne serait pas complétée par une tradition effective ne pourrait valoir que comme promesse obligatoire de nantissement, mais non comme un nantissement proprement dit. Les tribunaux ne comprennent pas toujours cette distinction nécessaire. Ils ne pensent qu'au privilège qui résulte du nantissement portant sur une chose mobilière, et oublient tout à fait le droit de rétention. Cela les conduit à décider que, entre le créancier et le débiteur, le contrat de nantissement ne requiert rien autre chose que le consentement qui pourra au besoin être prouvé par un aveu, etc., les autres conditions n'étant requises qu'à l'égard des tiers (1). C'est là une erreur élémentaire.

346. Un auteur a écrit que : « Comme le dépôt et le commodat, *deux de ses congénères*, réels comme lui, le nantissement appartient à la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits (2). » Nous le croyons aussi, quoique cette constatation ne serve pas à grand'chose (Voy. t. VII, n° 4). Mais nous ne comprenons pas bien comment l'expression *congénère* peut être employée pour désigner le dépôt, le commodat et le nantissement. Ces trois contrats ne sont

(1) Besançon, 16 oct. 1892, D. 94, 2, 57; Comp. Besançon, 18 déc. 1895, D. 96, 2, 219.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1014.

pas réels de la même manière. Le dépôt et le commodat sont réels nécessairement puisque leur définition même implique une remise; le nantissement n'est réel qu'en vertu d'une conception particulière de la loi française, qui aurait pu se contenter d'une convention analogue à l'ancien *pactum hypothecæ*, ne produisant le droit de rétention que dans le cas où, en fait, il y aurait eu tradition.

Le nantissement étant un contrat synallagmatique imparfait, ou plutôt ne cessant pas d'être unilatéral, n'est pas soumis, quand il est rédigé par écrit, aux prescriptions de l'art. 1325 relatif à la formalité des doubles, à moins qu'il n'ait été déguisé sous la forme d'une vente (1), ou que le même acte constate à la fois le prêt fait par le créancier et le nantissement donné par le débiteur ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation (2).

Ce dernier point a été contesté par de singuliers motifs. On a soutenu que : « Dans l'acte qui contient la constatation du prêt par le créancier et la constatation du nantissement par le débiteur, il y a la réunion de *deux obligations unilatérales*, mais non la constatation d'une obligation synallagmatique. Un même acte, ajoute-t-on, peut contenir plusieurs obligations unilatérales, et elles ne cessent pas d'être unilatérales parce qu'elles sont réunies dans un même *instrumentum*. *Ce qui caractérise* les conventions synallagmatiques, c'est que les obligations qu'elles renferment *sont la cause l'une de l'autre* : le vendeur transfère la propriété de la chose vendue parce que l'acheteur s'oblige à payer un prix. Ajoutons que les obligations réciproques qui le constituent sont corrélatives et inséparables l'une de l'autre : elles ne peuvent pas être créées par des

(1) Laurent, t. XXVIII, n° 437; Guillouard, *Du nantissement*, n° 23.

(2) Cass. 8 mars 1887, D. 87, 1, 263; Bruxelles, 9 avr. 1886, *Pas.*, 86, 2, 402; *Contrà*, Trib. Bruxelles, 15 juill. 1891, *Pas.*, 91, 3, 349.

actes séparés, car l'une ne peut pas exister sans l'autre, elles naissent en même temps, car elles naissent l'une de l'autre (1). »

Tout cela est absolument contraire à la vérité des principes les plus élémentaires. Ce qui caractérise les conventions synallagmatiques, c'est qu'elles sont *réciproques*. L'art. 1102 ne dit pas et ne pouvait pas dire autre chose. La théorie qui affirme, qui enseigne, que les deux obligations doivent naître en même temps parce qu'elles naissent l'une de l'autre ne supporte pas l'examen (Voy. t. VII, n° 77). La vérité est qu'il y a des contrats qui sont synallagmatiques de leur nature, comme la vente, etc. Mais l'acte qui contient des conventions complexes dérivant étroitement l'une de l'autre et d'où résulte un ensemble d'obligations réciproques, forme un véritable contrat synallagmatique, quoique en réalité il consiste dans la réunion de plusieurs contrats différents, également unilatéraux (Voy. t. VIII, n° 238). Il dépend d'ailleurs de la volonté des parties de donner à leurs conventions le caractère synallagmatique (Voy. t. VII, n° 4).

Ce qui est encore plus singulier, c'est que la décision de la Cour suprême consacrant les solutions que nous venons de développer, est approuvée comme décision d'espèce, parce qu'il s'agissait d'un prêt fait par la Banque de France, et que d'après l'art. 16 du décret du 16 janvier 1808, la Banque de France est autorisée non pas précisément à faire des prêts, mais des *avances sur titres*, contrat *sui generis (!)* dans lequel les deux obligations naissent l'une de l'autre (2).

Les particuliers peuvent aussi faire des *avances sur titres*, c'est-à-dire, en termes plus ordinaires, faire des prêts sur nantissement de valeurs. La remise exigée par un banquier

(1) GUILLOUARD, n° 24.
(2) *Ibid.*, n° 25.

pourrait aussi avoir été effectuée à titre de transport ou de vente conditionnelle. Dans le doute sur la véritable intention des parties, le contrat devra être interprété comme se référant plutôt à un nantissement (1).

347. Le nantissement est un contrat accessoire qui peut se rattacher à toute obligation valable. La nullité du contrat principal entraînera donc la nullité du nantissement. Mais la nullité du contrat accessoire n'entraînera pas celle du contrat principal (2). On peut aussi légalement garantir par un gage une obligation future ou éventuelle.

Enfin, le nantissement présente ce caractère, qui lui est d'ailleurs commun avec toutes les autres sûretés réelles, qu'il est indivisible, c'est-à-dire que l'objet donné en nantissement pour la sûreté d'une dette y est affecté dans sa totalité. Si le débiteur acquitte une fraction de la dette, il ne libère aucune fraction correspondante de l'objet affecté. Nous verrons diverses applications de cette règle à propos de l'art. 2083.

348. Le nantissement peut, du reste, s'appliquer aussi bien aux immeubles qu'aux meubles :

ART. 2072. Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage*. — Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse*.

Le gage donne naissance à un droit de préférence, tandis qu'il n'est pas ainsi de l'antichrèse. Tous deux pourront autoriser l'exercice du droit de rétention. Le créancier, pour faire produire par l'antichrèse les effets du gage, n'aura qu'à y joindre une constitution d'hypothèque.

(1) Cass. 26 juill. 1865, S. 65, 1, 409; Comp. Cass. 9 juill. 1885, D. 86, 1, 419.

(2) Gand. 6 avr. 1872, *Pas.*, 72, 2, 310; LAURENT, t. XXVIII, n° 436; ARNTZ, t. IV, n°s 1587-1588.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

N° 1. — *De l'objet et de la capacité dans le contrat de gage.*

349. — Définition du gage; privilège qui en résulte, art. 2073.
350. — Il faut être propriétaire de la chose donnée en gage. *Quid* si, en fait, cette chose appartient à autrui?
351. — La chose ne doit pas être frappée d'indisponibilité entre les mains de son propriétaire.
352. — Des rentes sur l'Etat.
353. — Meubles incorporels, créances, usufruit.
354. — Sommes d'argent.
355. — Celui qui constitue un gage doit avoir la capacité d'aliéner.

349. Le gage peut être défini ou décrit de la manière suivante :

C'est un contrat par lequel la possession d'une chose mobilière est transportée au profit d'un créancier, pour sûreté de sa créance, à la charge par celui-ci de restituer cette chose dans son individualité propre lors du paiement de la créance ou de toute autre satisfaction par lui agréée, avec le droit éventuel de faire procéder à la vente de cet objet en cas de non-paiement et d'être payé par préférence sur le prix.

On voit tout de suite quel est le rôle important que le gage est appelé à jouer dans le développement du crédit réel.

Le crédit réel fonctionne par la transformation des valeurs ou capitaux stables et fixes, en d'autres termes *engagés*, en capitaux circulants, c'est-à-dire *dégagés*. De sorte qu'on a pu dire, en employant une formule un peu prétentieuse, le crédit consiste à dégager les valeurs engagées.

Celui qui possède un tableau d'une certaine valeur peut n'être pas dans une situation pécuniaire lui permettant de

conserver cette valeur à l'état inerte. Il peut la transformer en capital circulant, s'il la donne en gage d'un prêt qui lui sera accordé.

Pour que ce prêt lui soit facilement accordé, il faut que le créancier obtienne la certitude que le prix de la chose engagée servira éventuellement à le désintéresser.

C'est pour ce motif que le législateur s'empresse de déclarer que :

ART. 2073. Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers (*).

Le gage conduit, en outre, éventuellement, à l'aliénation forcée (art. 2078 et 2079). A tous ces points de vue, il engendre un droit réel.

350. La constitution de gage implique donc, chez celui de qui elle émane, la qualité de propriétaire de l'objet affecté. Ce n'est pas là une question de capacité (1), mais une condition qui s'impose pour la réalisation du contrat. La question de savoir si le gage peut théoriquement porter sur la chose d'autrui n'a donc pas de sens. Un tel gage vis-à-vis du vrai propriétaire ou de ses ayant-cause sera donc comme non avenu. Mais, en fait, il peut arriver que le débiteur ait donné en gage une chose dont il n'était pas propriétaire. Entre les parties contractantes les obligations dérivant du contrat de gage produiront leurs effets. Celui qui a donné le gage ne pourra pas avoir la prétention de le retirer avant l'acquittement de la dette, et il sera obligé de tenir compte au créancier des dépenses faites à l'occasion de la chose. Le créancier, de son côté, sera tenu de veiller à la conservation de la chose et de la restituer, lors de l'extinction de l'obligation, à celui de qui il la tient. Il ne pourrait pas s'y refuser sous prétexte que la chose appartient à autrui. Mais il pour-

(*) Art. 2073. — L. 18 § 2, D. 13, 7, *De pignerat. act.*

(1) *Contrà*, GUILLOUARD, n° 40.

rait prévenir le véritable propriétaire, qui aurait à faire les diligences nécessaires (1).

A l'égard du véritable propriétaire, le contrat est sans efficacité, du moins en théorie. Mais au point de vue pratique, il en sera souvent autrement, à cause de la règle qu'en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279), règle que pourra invoquer le créancier s'il a été de bonne foi, pourvu d'ailleurs que le contrat ait été régulier (2). Les juges du fait apprécieront souverainement la bonne foi du créancier (3).

Ainsi il a été jugé que la Banque de France qui a reçu en gage, d'un non-propriétaire, des titres au porteur, est à bon droit considérée comme ayant été de bonne foi, lorsque, au moment de la constitution du gage, l'emprunteur était au-dessus de tout soupçon et que le gage a été constitué avec toutes les formalités prescrites par l'ordonnance du 15 juin 1834, quand, d'ailleurs, il ne s'agit pas de titres volés rentrant dans les prévisions de l'art. 2279 ou de la loi sur les titres au porteur du 15 juin 1872, mais bien de titres dont le propriétaire a été dépouillé par suite d'un abus de confiance (4).

Nous devons à ce propos faire observer que l'art. 2279 s'applique seulement aux meubles corporels et aux titres au porteur; il ne s'applique pas aux titres nominatifs, quelle que fût d'ailleurs la bonne foi du créancier (5). Mais cela ne veut pas dire que les actions nominatives d'une société, dont le transfert n'a pas eu lieu conformément aux statuts, ne puissent faire l'objet d'un gage lorsque le créancier a été mis régulièrement en possession de ces actions et que le débiteur en était propriétaire.

(1) Voy. COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 303 *bis*; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1019.

(2) Cass. 28 mars 1888, S. 88, 1, 265.

(3) Cass. 6 juill. 1891, S. 95, 1, 402.

(4) Cass. 2 mars 1892, S. 95, 1, 116.

(5) Cass. 17 déc. 1873, S. 74, 1, 409.

351. Il ne suffit pas que celui qui veut constituer un gage soit propriétaire de la chose destinée à être ainsi affectée. Il faut encore que cette chose considérée en soi, comme valeur inerte engagée dans le patrimoine, puisse en être dégagée, c'est-à-dire se trouve disponible entre les mains de son propriétaire, de manière à ce que la possession puisse en être transmise au créancier. L'application de cet aperçu aux choses qui ne sont pas dans le commerce, par exemple aux titres de pension sur l'État (1), est banale. Il est certain qu'on ne pourrait pas donner valablement en gage des objets dont la vente et le débit sont interdits, n'importe pour quels motifs. Quelquefois l'interdiction et l'indisponibilité qui en résulte seront simplement temporaires.

C'est ce qui a lieu pour les mélasses non épuisées et encore susceptibles de cristallisation. Elles ne peuvent sortir des usines, et se trouvant ainsi frappées d'indisponibilité par la loi fiscale, elles ne peuvent devenir l'objet d'un gage réalisable et par conséquent valable (2).

L'indisponibilité, suivant une opinion que, pour notre part, nous avons repoussée (Voy. t. IV, n° 85), pourrait encore résulter de la volonté privée d'un testateur. On étend même fort bien cette solution qu'on a l'air de trouver toute naturelle. Il a été jugé, par exemple, que l'interdiction imposée par un testateur à son légataire, d'aliéner avant un certain âge les rentes achetées pour servir d'emploi au capital légué, emporte celle de les donner en gage (3). Il va de soi que la prohibition d'aliéner, si elle est valable, doit entraîner la prohibition de donner en gage; mais ce qui est véritablement excessif, c'est que la prohibition d'aliéner puisse atteindre non seulement les capitaux directement

(1) Paris, 19 mai 1877, S. 78, 2, 177.
(2) Cass. 15 juin 1887, S. 90, 1, 511.
(3) Paris, 26 janv. 1894, D. 94, 2, 215; Cass. 11 juill. 1877, S. 77, 1, 443; Conf. Guillouard, n° 45 1°.

légués et qui ont seuls figuré dans le patrimoine du testateur, mais encore les rentes achetées après la mort de ce dernier avec les capitaux légués.

Les brevets d'invention n'étant pas frappés d'indisponibilité peuvent être donnés en gage (1). Il faut en dire autant des bénéfices pouvant résulter d'une concession administrative (2).

352. L'insaisissabilité édictée à l'égard de certains biens qui sont ainsi soustraits aux effets ordinaires du droit de gage général, n'a pas pour conséquence de les rendre indisponibles au point de vue du gage particulier dont ils peuvent devenir l'objet. Nous voulons parler principalement des rentes sur l'État. Il est certain qu'on peut les donner en gage. L'art. 832, C. pr. c., en autorisant le surenchérisseur à donner, à défaut de caution, un nantissement en argent ou en *rentes sur l'État*, a dissipé les doutes qui s'étaient élevés sur ce point (3). Il suffisait, en effet, pour que le but de la loi établissant leur insaisissabilité fût atteint, que les rentes ne puissent pas être vendues sans le consentement de leur propriétaire, or, celui-ci en donnant un titre de rente en gage a consenti, par la force des choses, à la vente dont ce titre peut éventuellement devenir l'objet.

353. Le caractère incorporel de certains éléments du patrimoine, des créances, par exemple, qui les rend non susceptibles d'une véritable tradition, avait d'abord fait douter de la possibilité de les donner en gage. Mais la jurisprudence avait fini par surmonter ces hésitations. Pothier le reconnaît dans ce style rocailleux qui lui est trop souvent

(1) Paris, 29 août 1865, D. 65, 2, 231 ; AUBRY et RAU § 432, texte et note 3 ; LAURENT, t. XXVIII, n° 462 ; GUILLOUARD, n° 51.

(2) Trib. Seine, 14 avr. 1886, *Pand. franç.*, 87, 2, 13.

(3) Paris, 19 janv. 1886, S. 87, 2, 1 ; Paris, 6 mars 1889, *la Loi* du 25 mars 1889 ; AUBRY et RAU, § 432, texte et note 2 ; LAURENT, t. XXVIII, n° 445 ; GUILLOUARD, n° 50.

familier : « J'ai appris, dit-il, depuis l'impression de mon *Traité* qu'on avait introduit dans notre jurisprudence une espèce de nantissement de dettes actives (il veut dire, de *créances*) qui se fait de cette manière : le propriétaire des dettes actives qu'on veut donner en nantissement, en fait, par acte devant notaire, transport à titre de nantissement, au créancier à qui on les veut donner en nantissement, et lui remet en mains les titres des dites dettes actives, qui consistent en billets ou brevets d'obligation. Ce transport est ensuite signifié au débiteur des dites dettes actives. Cette espèce de nantissement de dettes actives a été autorisé par un arrêt de la Cour des aides du 18 mars 1869 (1). »

On pourra, par conséquent, donner en gage non seulement les créances ordinaires, mais aussi les droits représentés par des titres nominatifs ou au porteur, des polices d'assurances, connaissements, etc. Il y aura seulement à se préoccuper, comme nous l'indiquerons plus loin, de certaines formalités à remplir dans l'intérêt des tiers. Nous en dirons autant du droit à un bail, d'un fonds de commerce qui comprend presque toujours le droit au bail. Mais la clientèle et l'achalandage, isolément considérés, échappent à toute possibilité de tradition et ne peuvent être donnés en gage.

Pour l'usufruit ordinaire qui constitue un droit réel cessible, il ne saurait y avoir de difficulté. Son caractère incorporel ne l'empêchera pas de pouvoir être cédé en gage.

Il faut adopter la même solution pour l'usufruit légal, qui n'est pas un droit réel, mais qui est cessible (Voy. t. III, nos 188, 189). Cependant, comme la loi n'attribue aux père et mère le droit de percevoir les revenus de leurs enfants que *déduction faite des charges*, on admet que les créanciers de l'usufruitier légal ne peuvent saisir que l'excédent des revenus sur la somme qui doit être dépensée dans l'intérêt

(1) *Du nantissement*, n° 6, note.

de l'enfant (Voy. t. III, n° 192). On a donc pu décider à bon droit que le nantissement consenti par l'usufruitier légal à un de ses créanciers et portant sur des titres nominatifs appartenant à ses enfants mineurs était nul, lorsque en fait tous les revenus de ces titres, jusqu'à la fin de l'usufruit devaient être absorbés par les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation de ces enfants (1).

354. Théoriquement, le transfert de la possession d'une chose corporelle donnée en gage doit laisser le débiteur propriétaire, de sorte que cette chose devra lui être restituée dans son individualité propre. Il suit de là que le contrat de gage ne saurait véritablement avoir pour objet une somme d'argent restituable *in genere*.

Pothier, suivi sur ce point par quelques auteurs (2), admettait cependant le contraire en se fondant sur l'usage, suivi dans quelques bibliothèques, de prêter des livres sur le dépôt d'une certaine somme d'argent. Mais ce dépôt a pour résultat de rendre le bibliothécaire immédiatement propriétaire des deniers à lui remis, sans qu'il demeure tenu de les restituer *in specie*. C'est le bibliothécaire qui supportera la perte si les deniers viennent à périr entre ses mains par cas fortuit. Le déposant n'en conserve pas moins son action en répétition. La remise des deniers faite au bibliothécaire constitue une sûreté réelle analogue à celle que produit le gage, mais ne constitue pas le contrat de gage. Il y a un contrat innomé. On peut faire les mêmes observations au sujet des sommes d'argent qu'un caissier donne à son patron pour garantie de sa gestion. La Cour de cassation a voulu voir dans cette opération un gage ordinaire (3).

355. Enfin, il ne suffit pas que celui qui offre une chose en

(1) Lyon, 13 nov. 1894, D. 96, 2, 394.

(2) POTHIER, *Nantissement*, n° 6; GUILLOUARD, n° 49.

(3) Cass. 12 déc. 1890, D. 91, 1, 325; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1018.

gage soit propriétaire de cette chose et ait la possibilité matérielle d'en opérer la remise entre les mains du créancier, il faut encore qu'il ait la capacité voulue pour agir ainsi.

D'une manière générale, cette capacité consiste dans la capacité d'aliéner. Le mineur émancipé ne pouvant faire que des actes d'administration, ne pourrait donc constituer un gage, même accessoirement à une dette régulièrement contractée par lui.

La femme mariée a besoin, en principe, de l'autorisation maritale. Mais si elle est commerçante elle peut, sans cette autorisation, donner ses biens meubles en gage pour les besoins de son commerce.

La femme simplement séparée de biens peut contracter des obligations valables pour les besoins de l'administration de son patrimoine, sans l'autorisation de son mari ou de justice. Elle pourra, dans les mêmes limites, donner en gage ses biens mobiliers. Elle ne le pourrait pas pour une dette contractée en dehors des besoins de son administration. Sans doute, l'art. 1449 lui reconnaît capacité pour aliéner son mobilier, mais on ne pourrait en conclure qu'elle peut aussi le donner en gage. L'art. 1449 n'envisage, en effet, que les aliénations directes et non les aliénations indirectes résultant de créations de dettes ou de constitutions de gage (Voy. t. IX, n° 281).

N° 2. — *Formes et preuve du contrat de gage.*

356. — En matière civile un écrit est nécessaire, art. 2074. Il n'en est pas ainsi en matière commerciale.
357. — Le contrat doit être envisagé dans ses effets entre les parties et à l'égard des tiers.
358. — De la date certaine quand l'acte est sous seing privé.
359. — Déclarations que doit contenir l'acte en ce qui touche la créance garantie.
360. — Description en ce qui touche les objets engagés; liquides, denrées, livres.

361. — Titres au porteur.
362. — Notification à faire au débiteur d'une créance engagée, art. 2075.
363. — Cas où la signification ne peut avoir lieu ou doit être faite à un représentant du débiteur de la créance engagée.
364. — La signification peut-elle être remplacée par l'acceptation du débiteur?
365. — Rapports entre le nantissement des créances et la cession.
366. — Quelle est l'utilité réelle de la signification voulue par la loi?
367. — En quoi consiste cette signification.

356. La réglementation du gage n'intéresse pas seulement le créancier et le débiteur. Elle intéresse également les tiers à cause du privilège qui en résulte pour le créancier sur la chose engagée.

ART. 2074. Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. — La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

Il est facile de se rendre compte des motifs pour lesquels le législateur exige, quand il s'agit de matières excédant la valeur de 150 francs, la rédaction d'un acte public ou sous-seing privé, l'enregistrement de cet acte, l'indication de la somme due, de l'espèce et de la nature des choses données en gage. Il s'agit de protéger les tiers et d'empêcher les fraudes et antidates.

Ces mesures de protection sont, il faut le reconnaître, extrêmement gênantes. Cependant, si elles sont indispensables, il faut les maintenir pour tout le monde, ou les faire disparaître pour tout le monde, si elles ne sont pas indispensables. Mais, en France, l'arbitraire législatif ne procède pas ainsi. En 1863, dans le but, certainement bien louable, de rendre la constitution du gage plus facile et moins coûteuse, il fut décidé qu'en matière commerciale seulement, les formalités de l'art. 2074 seraient supprimées, qu'en cette matière il ne serait plus question ni de rédaction d'un acte

écrit, ni de la désignation des objets engagés, ni de la date certaine pour la convention constitutive de gage, cette convention devant s'établir désormais à l'égard des tiers comme à l'égard des parties par les modes de preuve prévus en l'art. 109, C. com., la correspondance, les livres des parties, la preuve testimoniale, etc.

Si une telle simplification est un bien en matière commerciale, comment serait-elle un mal en matière civile?

Quoi qu'il en soit les non-commerçants devront continuer à subir les exigences d'une réglementation excessive.

Les formalités exigées par le Code tendent à éviter les fraudes auxquelles l'allégation d'un gage pourront donner lieu au préjudice de celui qui l'a constitué ou de ses créanciers.

Ces formalités ont leur origine dans l'ordonnance du commerce de 1673 qui avait principalement en vue le gage commercial et la faillite du débiteur gagiste, mais qui, néanmoins, ne distinguait pas entre le gage commercial et le gage civil. Le gage civil se trouva en quelque sorte englobé dans la protection dont on voulut entourer le gage commercial, et plus tard quand on a voulu délivrer le gage commercial d'une protection qui était devenue une oppression, on a laissé le gage civil dans la situation qui lui avait été faite.

357. Pour bien déterminer l'exacte portée de notre article 2074, il ne faut pas perdre de vue que le contrat de gage doit être envisagé sous deux aspects différents : 1° comme créateur d'obligation entre les parties; 2° comme créateur d'une sûreté réelle à l'égard des tiers.

Comme créateur d'obligations le contrat n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité. Il n'est assujetti notamment ni à la rédaction, ni à l'enregistrement d'un écrit quelconque. Entre le créancier gagiste et le débiteur, le contrat pourra donc être prouvé suivant les règles

du droit commun, par l'aveu de la partie, le serment, la correspondance et par témoins, s'il existe un commencement de preuve par écrit. C'est ce qui résulte clairement des travaux préparatoires et des textes (1).

A l'égard des tiers l'art. 2074 envisageant le contrat de gage comme créant une sûreté réelle, exige d'abord qu'il soit rédigé en acte public ou sous seing privé, en matière excédant la valeur de cent cinquante francs. L'acte public dont parle la loi, en l'opposant à l'acte sous seing privé, est un acte authentique passé devant notaire. C'est le sens ordinaire de l'expression acte public, et c'est ainsi que l'entendait l'ordonnance de 1673. On a soutenu que tout acte d'une administralion publique dressé dans le cercle de ses attributions était un acte public dans le sens de la loi et suffisait pour la validité du gage. Il serait peut-être bon qu'il en fût ainsi, mais cela nous paraît contraire à la terminologie ordinairement suivie par le Code (2).

358. Les parties peuvent, si elles le préfèrent, dresser un acte sous seing privé. Cet acte devra être enregistré pour avoir date certaine. Nous pensons néanmoins que l'enregistrement n'est pas une formalité substantielle et qu'il peut être remplacé par un des moyens qu'admet l'art. 1328 pour donner date certaine aux actes sous seing privé (3), mais non par un autre, tel que le timbre de la poste (4). On objecte dans l'opinion contraire que la loi se servant des expressions *enregistré, enregistrement,* et tout étant de rigueur en matière de privilège, on doit conclure que l'enregistrement

(1) Fenet, t. XV, p. 215; Laurent, t. XXVIII, n° 447; Arntz, t. IV, n° 1590; Guillouard, n° 59.

(2) Laurent, t. XXVIII, n° 449; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1023; *Contrà*, Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 1088; Guillouard, n° 63.

(3) Cass. 18 fév. 1858, S. 58, 1, 365; Cass. 7 janv. 1851, S. 51, 1, 130; Lyon, 6 juill. 1889, S. 92, 2, 37; Cass. belge. 11 mars 1887, *Pas.*, 87, 1, 129.

(4) Montpellier, 4 janv. 1853, S. 53, 2, 266.

ne pourrait pas être suppléé par l'un des moyens dont parle l'art. 1328 (1). Mais il semble manifeste que les termes de la loi ne sont pas conçus dans un sens restrictif. En parlant de l'enregistrement, l'art. 2074 a seulement voulu indiquer le moyen le plus fréquemment employé pour donner date certaine aux actes sous seing privé, et il est à remarquer que le tribun Gary paraphrasant devant le *Corps législatif* la disposition qui nous occupe parle toujours de *la date certaine* et non d'un moyen spécial qui, seul, pourrait la procurer (2).

Du reste, cette controverse n'a plus aujourd'hui une grande importance. On s'en rend compte quand le gage a été constitué par un débiteur commerçant tombé en faillite. Il s'agit alors d'éviter la fraude consistant à antidater un acte de ce genre pour qu'il soit considéré comme valable fût-il fait dans la période suspecte ou après le jugement déclaratif de faillite. Voilà pourquoi l'ordonnance de 1673 exigeait la date certaine. Mais cet intérêt a singulièrement diminué depuis la loi de 1863 qui a modifié les art. 91-93 du Code de commerce relatifs au gage commercial. Cette loi a décidé que, à l'égard de tous, et à tous égards, la preuve de la constitution du gage se fera conformément à l'art. 109 par correspondance, témoins, livres, etc. Si donc, un écrit a été rédigé, cet écrit n'aura pas besoin de porter une date certaine. La loi de 1863 a considéré les craintes de fraude comme quelque peu chimériques. Par conséquent, en matière commerciale, l'utilité principale de l'enregistrement disparaît en grande partie. En cas de faillite, cependant, la règle de l'art. 2074 conserve son utilité dans le cas, peu

(1) DURANTON, t. XVIII, n° 514; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 300 *bis* IV; LAURENT, t. XXVIII, n° 452; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1023.

(2) VALETTE, *Privil. et hyp.*, n° 49; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1091; THÉZARD, *Du nantiss. des privil. et hyp.*, n° 10; ARNTZ, t. IV, n° 1590; GUILLOUARD, n° 66.

probable, où le commerçant aurait constitué un gage pour une dette ayant un caractère civil.

En dehors de ces hypothèses, il ne resterait guère que le cas où plusieurs gages auraient été *successivement* constitués sur le même objet, placé chez un tiers, au profit de plusieurs créanciers. Alors celui d'entre eux dont le titre de gage, ayant date certaine, serait le plus ancien, devrait être préféré à l'autre. L'hypothèse n'est pas de nature à se présenter souvent.

Il faut observer qu'en matière civile il n'y a pas d'événement qui vienne d'une manière générale, comme en cas de faillite, mettre obstacle à ce qu'une constitution de gage reçoive date certaine. La déconfiture laisse en effet le débiteur maître de ses actes. Celui-ci peut notamment contracter des dettes nouvelles; par conséquent s'il a un créancier gagiste, il pourra à toute époque donner date certaine à la constitution du gage.

Mais, d'une manière spéciale, on peut concevoir qu'un événement déterminé rende impossible ou inefficace l'attribution d'une date certaine à une constitution de gage. On peut supposer, par exemple, qu'un créancier non gagiste, informé qu'un objet appartenant à son débiteur, est entre les mains d'un tiers qui le détient soit comme créancier gagiste, soit pour le compte d'un créancier gagiste, pratique une saisie-arrêt entre les mains de ce tiers. A partir de cette saisie le gage, s'il n'avait pas une date certaine antérieure ne pourra être constitué au préjudice du créancier saisissant (1). En un mot l'acte doit avoir reçu date certaine antérieurement à l'époque où des tiers ont pu acquérir des droits sur l'objet engagé.

La rédaction d'un acte public ou sous seing privé enre-

(1) Cass. 11 juill. 1846, D. 46, 1, 252; Comp. Cass. 4 janv. 1847, D. 47, 1, 134; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1092; LAURENT, t. XXVIII, n° 453; GUILLOUARD, n° 72.

gistré n'est exigée par la loi qu'en matière excédant 150 francs. La matière n'excédera pas 150 francs lorsque soit le montant de la créance, soit la valeur du gage ne dépassera pas la somme ou valeur de 150 francs (1).

359. La certitude de la date eût été sans utilité si les parties avaient conservé la possibilité de modifier, en l'augmentant, le chiffre de la créance garantie, ou de substituer à l'objet déjà engagé un autre objet d'une valeur plus considérable. Mais comme il ne faut pas se payer de mots, il est nécessaire de se rendre compte des deux genres de fraude qu'il s'agit d'éviter.

Il faut d'abord mettre de côté l'hypothèse où un gage serait constitué au profit d'un individu qui ne serait aucunement créancier. Ce serait un cas de simulation de créance dans le but de détourner une partie de l'actif au préjudice de la masse des créanciers. Ces derniers ne sont pas protégés contre ce genre de fraude par l'art. 2074: ils contesteront, comme ils le pourront, la créance et le gage simulés quand ils leur seront opposés.

La loi prévoit le cas d'une créance réellement existante et sérieusement garantie par une constitution de gage. Seulement le contrat ne contient pas soit une indication suffisante du chiffre de la créance, soit une suffisante désignation des objets donnés en gage. A cause du danger qui résulterait de cette double insuffisance, la loi accorde aux autres créanciers une action en nullité pour faire déclarer le gage non avenu à leur égard. Mais il importe de bien remarquer que les causes de nullité, résultant de l'inobservation des formalités prescrites par l'art. 2074, ne peuvent être opposées au créancier nanti que par les tiers, c'est-à-dire par les autres créanciers du débiteur.

(1) Laurent t. XXVIII, n° 456; Arntz, t. IV, n° 1590; Guillouard, n° 68; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1023.

On comprend donc pourquoi l'art. 2074 exige que le contrat contienne la déclaration de la somme due, et, soit dans l'acte lui-même, soit dans un état annexé, la description détaillée des objets remis en gage, quant à leur nature, leur espèce, leur qualité, et, s'il y a lieu, leur poids et leur mesure. Certains auteurs regrettent que la loi n'ait pas ajouté encore à cette réglementation, qui a été jugée excessive en matière commerciale, des indications relatives à la date, à la nature du titre et à l'époque de l'exigibilité, comme cela a lieu pour les bordereaux d'inscription hypothécaire (1). Mais quelle serait l'utilité de ces indications, surtout en ce qui concerne l'époque de l'exigibilité? On comprend que celui qui veut faire un placement hypothécaire sur un immeuble déjà grevé d'hypothèques, ait intérêt à connaître la date de l'exigibilité des créances qui demeureront antérieures à la sienne. Si ces créances doivent être bientôt exigibles et ne sont pas payées, l'immeuble sera saisi, vendu, etc., et le capitaliste exposé à subir un remboursement prématuré. Mais de telles éventualités ne peuvent se présenter en matière de gage.

Il suffira donc, en ce qui touche la créance, que le contrat de gage en fasse connaître le chiffre, si elle est déterminée, ou l'évaluation si elle est indéterminée, s'il s'agit, par exemple, de garantir un crédit illimité ou une obligation de faire (2).

360. En ce qui touche les objets corporels engagés, il faudra que leur désignation soit assez précise pour que le débiteur ne puisse pas, de concert avec le créancier gagiste, substituer aux objets donnés en gage d'autres objets de plus grande valeur. Le principe est facile à formuler (3), mais son

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 454; GUILLOUARD, n° 76.

(2) LAURENT, *loc. cit.*; GUILLOUARD, n° 77; *Contrà*, Cass. belge, 29 mai 1868, *Pas.*, 68, 1, 339; ARNTZ, t. IV, n° 1591.

(3) Voy. Cass. belge, 11 mars 1887, *Pas.*, 87, 1, 129.

application peut soulever des difficultés qui, nécessairement, seront tranchées souverainement par les juges du fait.

Ainsi il a été jugé que lorsqu'une bibliothèque ou ensemble de livres est donnée en gage, il faut pour pouvoir exercer le privilège, que l'acte contienne la désignation individuelle des ouvrages, le nombre des volumes, l'indication du nom de l'auteur, du format et de l'édition (1).

S'il s'agit de vins, il faut indiquer l'année et la qualité, dire, par exemple, s'il est mousseux, quand c'est du vin de Champagne (2), faire connaître le lieu et l'année de la fabrication s'il s'agit de bière (3).

S'il s'agit d'huiles, il faudra indiquer la provenance; pour les huiles de graines, il ne suffirait pas de dire que le gage porte sur une certaine quantité d'*huile de graines*, sans autre précision. Il faudrait indiquer si c'est de l'huile de colza, de lin, etc. (4).

Lorsque le gage comprend plusieurs objets il peut arriver qu'il n'ait été satisfait que partiellement aux prescriptions de l'art. 2074. « Il est certain, dit Laurent, qu'il ne saurait être question d'indivisibilité en cette matière (5). » On conclut en conséquence que la constitution de gage sera valable pour les objets suffisamment désignés, et nulle pour les autres (6). Mais cela ne sera pas toujours exact. Il ne s'agit, pas, il est vrai, d'indivisibilité, mais la question sera de

(1) Cass. 4 mars 1811, S. C. N., t. III, 1, 300; Bruxelles, 3 juin 1819, *Pas.*, 1819, 395.

(2) Paris, 26 mai, 15 juin, 7 août 1841, D. *Répert.*, v° *Nantissement*, n° 93.

(3) Bruxelles, 23 mai 1873, *Pas.*, 74, 2, 18.

(4) Douai, 10 fév. 1843, S. 43, 2, 198.

(5) T. XXVIII, n° 455.

(6) Cass. 11 août 1842, S. 42, 1, 925; Duranton, t. XVIII, n°s 521-522; Aubry et Rau, § 432, texte et note 9; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 196; Laurent, *loc. cit.*; Guillouard, n° 79; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 2024.

savoir si les objets dont il s'agit ont été considérés par les parties comme étant ou n'étant pas inséparables. Ainsi, dans une espèce où l'acte de nantissement avait pour objet un certain nombre de tonneaux de vin, il a été jugé, avec raison, que l'acte, nul pour le liquide insuffisamment spécifié, était également nul pour les fûts régulièrement désignés, malgré la mention que le gage frappait le contenant et le contenu (1). Il serait absurde, en effet, pour arriver à réaliser le gage sur les fûts, de transvaser le contenu au risque de lui faire perdre ainsi la plus grande partie de sa valeur.

S'il s'agit d'un ensemble de livres qui n'ont été suffisamment désignés que pour une partie, il n'y aura pas de difficulté s'ils formaient un fonds de magasin, s'ils étaient destinés, par le débiteur qui les a donnés en gage, à être vendus séparément. Il en sera autrement s'il s'agit de livres collectionnés et réunis de manière à former un tout homogène, ou d'une série complète de monnaies anciennes, en un mot, de ce qu'on appelle une *collection.* La séparation des objets la composant serait destructive d'un important élément de valeur. Dans une espèce où il s'agissait d'une bibliothèque dont les livres n'avaient pas été suffisamment désignés pour une notable partie, il a été décidé que, *dans les circonstances particulières de la cause*, la Cour d'appel avait pu, sans violer aucune loi, déclarer nul pour le tout l'acte de nantissement dont il s'agissait (2). On peut critiquer cet arrêt en ce qu'il invoque, sans dire en quoi elles consistaient, des circonstances particulières dont les juges du fait n'avaient pas parlé. Mais la doctrine qu'il consacre est exacte en ce sens qu'il peut y avoir des circonstances de nature à rendre inséparables les objets sur lesquels les parties ont entendu que le gage serait constitué.

(1) Bruxelles. 23 mai 1873, *Pas.*, 74, 2, 18.
(2) Cass. 4 mars 1811, S. C. N., t. III, 1, 300.

361. Les titres au porteur doivent être traités comme des objets corporels ordinaires et non comme des créances (1). C'est ce qu'on décide généralement en les soumettant à la règle de l'art. 2279 (2). Par conséquent, l'art. 2075, que nous allons expliquer et qui exige, pour la constitution du gage, un acte signifié au débiteur, ne sera pas applicable aux valeurs au porteur. Le créancier en sera saisi par la seule remise, et le gage sera constitué conformément à l'art. 2074 (3). Cependant la Cour de cassation, sous prétexte que les valeurs au porteur sont en même temps des créances, exige la notification prescrite par l'art. 2075, même depuis la loi du 23 mai 1863 sur le gage commercial, bien que ce système soit nettement condamné par les explications qui ont été données dans l'exposé des motifs de cette loi (4).

362. L'art. 2074, qui vient d'être expliqué, est suffisant pour assurer l'efficacité du gage portant sur un objet mobilier corporel, effectivement remis entre les mains du créancier. Mais si cet objet est incorporel, une remise matérielle est impossible. En outre, si cet objet incorporel est une créance, et que le débiteur n'étant pas informé de la convention de gage portant sur cette créance, se libère par un paiement fait entre les mains de son créancier, le gage constitué par celui-ci au profit de l'un de ses propres créanciers s'évanouira. Il fallait donc exiger, non seulement l'accomplissement des conditions générales prescrites par

(1) Lyon, 6 juill. 1889, S. 92, 2, 37; Comp. Cass. 28 mars 1888, S. 88, 1, 265.

(2) Douai, 20 juin 1892, S. 92, 2, 161.

(3) Duranton, t. XVIII, n° 527; Aubry et Rau, § 432, texte et notes 11 et 12; Pont, *loc. cit.*, t. II, n°s 1118-1119; Arntz, t. IV, n° 1594; Guillouard, n° 84; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1025; Bruxelles, 9 août 1886, *Pas.*, 86, 2, 402; Cass. belge, 28 mai 1868, *Pas.*, 68, 1, 760.

(4) Cass. 30 nov. 1864, S. 64, 1, 503; Comp. Cass. 10 juin 1860, S. 60, 1, 689.

l'art. 2074 quant à l'indication de la valeur due, mais encore l'information particulière du débiteur, lequel étant informé pour son propre compte pourra, à son tour, informer les tiers.

Tel est le but du texte qui suit :

ART. 2075. Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. — (*L. 1er mars* 1898). Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Le second paragraphe, qui sera expliqué plus loin, a été ajouté en vertu de la loi du 1er mars 1898, et organise, pour les fonds de commerce, un mode absolu de publicité.

Il y a deux catégories de meubles incorporels, la première comprend les créances mobilières, droits relatifs supposant nécessairement l'existence d'un sujet passif, c'est-à-dire d'un débiteur. La seconde comprend certains éléments du patrimoine considérés comme mobiliers et comme pouvant être l'objet d'un droit réel, ce qui exclut l'existence d'un sujet passif.

Or l'art. 2075 s'exprime d'abord, d'une manière générale, de façon à faire comprendre que les deux catégories de meubles incorporels dont nous venons de parler peuvent devenir l'objet d'un gage valable moyennant l'accomplissement d'une certaine formalité possible seulement à l'égard de l'une de ces deux catégories.

Que faut-il en conclure? On pourrait d'abord soutenir que les objets rentrant dans la catégorie de ceux qui sont exclusifs de l'existence d'un débiteur, tels qu'un brevet d'invention, un usufruit mobilier, etc., ne peuvent être donnés en gage, puisqu'il n'est pas possible, en l'absence d'un débiteur, d'accomplir la formalité à laquelle se trouve subordonné le privilège résultant du gage. Il s'agit, en effet, d'une question de privilège, l'intérêt des tiers est en cause, et puisqu'il n'est pas possible d'accomplir, même par équipollent, une

formalité considérée par la loi comme indispensable pour assurer la naissance du privilège, il ne pourra pas y avoir de privilège.

Néanmoins la doctrine et la jurisprudence décident que les droits dont nous parlons *étant dans le commerce,* il n'est pas possible de décider : « qu'ils soient insusceptibles *(sic)* d'être donnés en gage. On doit conclure, dit-on, que le contrat de gage constitué sur eux sera valable sans aucune signification. Sans doute, il y a là une lacune; mais le législateur ne l'a pas comblée, et la signification étant alors impossible, *il est logique* de décider que le privilège pourra être opposé aux tiers sans aucune signification si, d'ailleurs, les autres conditions de la constitution du gage sont remplies (1) ».

Singulière logique! L'art. 2075 a été édicté uniquement pour décider qu'à l'égard des meubles incorporels il ne suffisait pas, pour la validité du gage, de se conformer aux dispositions de l'art. 2071, *qu'il fallait quelque chose de plus,* une signification, et si cette signification est impossible on trouve tout naturel de décider que le privilège sera néanmoins établi! Passons.

363. Il y aura toujours impossibilité de procéder à la signification voulue par l'art. 2075 lorsque le gage portera sur un objet incorporel à l'égard duquel le débiteur est investi d'un droit réel.

Dans certains cas où il est investi d'un droit de créance, il pourra y avoir non pas une impossibilité véritable, mais de sérieuses difficultés, qui mettront obstacle à une signification immédiate de l'acte constitutif du gage.

Supposons en effet qu'un père veuille donner en gage l'usufruit légal qui lui appartient sur les biens de son fils mineur de dix-huit ans. Il le peut certainement, car il s'agit

(1) GUILLOUARD, n° 115; Conf. AUBRY et RAU, § 432, texte et note 18; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1107; LAURENT, t. XXVIII, n° 465; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1025; Paris, 20 août 1865, S. 65, 2, 24.

d'un droit de créance qu'il pourrait céder (Voy. t. III, n° 189). La signification devra être faite soit à un tuteur *ad hoc* si le père est administrateur légal, soit à un subrogé-tuteur si le père est tuteur (Voy. t. III, n° 236).

On peut supposer encore que le père est créancier de son fils mineur dont il est le tuteur, qu'il a fait régulièrement la déclaration exigée par l'art. 451, et qu'il veut donner en gage sa créance sur son pupille. La signification devra être faite au subrogé-tuteur. Si la créance donnée en gage est établie sur une personne morale, la signification sera adressée au représentant de cette personne (Comp. notre *Traité de la cession*, t. II, n° 332).

364. Mais la signification, quand elle est possible, pourra-t-elle être remplacée par l'acceptation du débiteur, comme en matière de cession? Ici les auteurs se divisent : la majorité admet que l'acceptation par acte authentique présentant autant et plus de garanties que la signification doit produire les mêmes effets (1). Les autres, se rappelant qu'on est en matière de privilèges, et que le texte formel de l'art. 2075, confirmé par le nouvel art. 91 du Code de commerce, n'admet l'existence du privilège que si l'acte constitutif est *signifié* au débiteur, soutiennent qu'en matière de privilège on ne peut admettre d'équivalents. La jurisprudence est en ce sens (2). Mais les premiers répondent victorieusement, « que c'est par un argument *a pari* de l'art. 1690, et par un argument *a fortiori* de l'art. 2075 qu'il faut reconnaître à l'acceptation de la constitution du gage les mêmes effets qu'à la signification (3). »

(1) DURANTON, t. XVIII, n° 524; VALETTE, *Priv. et hyp.*, n° 49; AUBRY et RAU, § 432, texte et note 15; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1106; THÉZARD, *Du nantiss.*, n° 13; GUILLOUARD, n° 116.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 464; ARNTZ, t. IV, n° 1594; Cass. 14 août 1869, S. 69, 1, 397; Paris, 18 août 1881, S. 82, 2, 25.

(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*

365. Quoi qu'il en soit, il résulte de la discussion qui précède que le contrat de nantissement des créances présente certaines analogies avec la cession. Or, il n'est pas toujours facile de distinguer si la convention intervenue entre les parties se réfère à un nantissement ou à une cession. On s'est, par exemple, demandé quelle était la nature de l'acte intervenu dans les circonstances suivantes : Un débiteur déclare céder et transporter à son créancier tous ses droits à des créances dont il lui remet les titres, pour en disposer comme de choses à lui appartenant; néanmoins, il se réserve de reprendre tous ses droits à ses créances en remboursant son créancier. On soutenait qu'une telle convention constituait une cession plutôt qu'un contrat de gage; on y trouvait en effet tous les éléments d'une cession. Quant à la réserve de reprendre les titres, elle était présentée comme une condition dont l'exercice était dominé par l'aliénation possible des mêmes créances de la part du créancier nanti. Mais ce raisonnement n'était même pas spécieux; il est manifeste que les parties n'avaient pas entendu opérer le transfert irrévocable des créances, et c'est avec raison que la Cour de cassation a décidé qu'une telle convention constituait non un transport, mais un nantissement (1).

D'un autre côté, il a été jugé que l'acte sous seing privé par lequel un individu cède une créance qu'il a sur un tiers, ne perd pas le caractère de cession et ne se réduit pas à un simple nantissement, par cela seul qu'il est stipulé que le cédant demeure obligé solidairement au paiement envers le cessionnaire, et qu'il aura la faculté de rembourser, pour éviter les frais d'enregistrement, sur une simple mise en demeure signifiée par le créancier (2).

366. On peut maintenant se demander quelle est, exacte-

(1) Cass. 3 juill. 1834, D. *Répert.*, v° *Nantissement*, n° 104; Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 277.

(2) Lyon, 17 mars 1842, S. 42, 2, 289.

ment, l'utilité de la signification dont nous venons de parler.

En matière de gage, comme d'ailleurs en matière de cession, la signification est devenue une mesure de publicité suffisante à l'égard du débiteur cédé, mais tout à fait insuffisante à l'égard des tiers. La loi a voulu donner au débiteur informé par une notification de l'existence d'un gage ou d'une cession, la mission de renseigner les intéressés qui viendront le consulter. Or il peut arriver que le débiteur interpellé ne veuille pas répondre, ou ne puisse pas répondre, par exemple s'il est en état de démence, de minorité, etc. Il peut se faire qu'il soit décédé et représenté par un héritier ignorant ce qui s'est passé. Il peut enfin arriver que celui qui veut constituer le gage, habite une région trop éloignée, etc. Dans tous ces cas, la signification se réduit à une vaine formalité destituée de toute autorité.

Aussi a-t-on préconisé, comme moyen d'organiser une publicité sérieuse du contrat de gage qui permettrait en même temps de laisser l'objet engagé entre les mains du débiteur, l'établissement d'un registre spécial, où pourrait être prise, avec l'autorisation du président du tribunal, une inscription sur l'objet engagé, désigné d'une manière suffisamment claire. Il existe quelque chose de semblable dans le canton de Zurich (1). Mais cette institution y fonctionne mal ou n'y fonctionne pas. On peut en concevoir la possibilité tout au plus dans un très petit pays à la condition que tous les intéressés s'y trouvent ensemble. On peut encore admettre l'établissement d'un registre public pour faciliter la la constitution du gage sur une certaine catégorie d'objets relativement restreinte, comme on l'a fait en France, pour les fonds de commerce, par la loi du 1er mars 1898.

Mais si une telle mesure était généralisée chez nous, les inconvénients du système en détruiraient les avantages.

(1) Voy. LEHR, *Elém. du Dr. civ. germanique*; GUILLOUARD, n° 89.

Pour chaque transaction entraînant la livraison d'un objet susceptible d'être donné en gage, il faudrait aller s'assurer que l'objet dont il s'agit n'est pas déjà grevé d'une inscription qui devrait nécessairement indiquer l'heure et la minute exacte où elle a été prise, et retirer un certificat négatif contenant les mêmes indications. Enfin, comme l'inscription dont il s'agit équivaudrait à une affectation hypothécaire, il faudrait modifier dans le Code toutes les dispositions qui sont une conséquence de la règle, qu'en France les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

367. En attendant et, dans tous les cas, que l'opération envisagée soit une cession ou un simple nantissement, il faudra toujours, pour qu'elle produise ses effets à l'égard des tiers, une signification régulière.

En quoi consistera cette signification? Il y a ici une différence notable à signaler entre le contrat de cession et le contrat de gage.

En matière de cession, la loi n'exige pas, si un acte de transport a été rédigé, qu'une copie de cet acte soit signifiée au débiteur. Il suffit, d'après le texte de l'art. 1690, de lui signifier le transport, c'est-à-dire de porter à sa connaissance le fait juridique ayant opéré le déplacement de la créance (1). Au contraire, notre art. 2075 exige, pour que le privilège puisse naître de la constitution du gage, que l'acte authentique ou sous seing privé, dont la rédaction est indispensable, soit enregistré et *signifié* au débiteur de la créance donnée en gage, c'est-à-dire qu'il lui en soit donné copie par exploit d'huissier (2).

Cette signification pourra être effectuée indifféremment à la requête du débiteur ou à la requête du créancier, le plus ordinairement à la requête de celui-ci qui est le principal

(1) Cass. 19 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 82.
(2) Cass. belge, 28 janv. 1859, *Pas.*, 60, 1, 359.

intéressé. La loi n'ayant pas fixé de délai pour l'accomplissement de cette formalité, il faut décider, comme nous l'avons fait pour la date certaine de l'acte à intervenir, qu'elle pourra être valablement opérée vis-à-vis des tiers tant que ceux-ci n'auront pas acquis des droits sur la chose mise en gage. Ainsi le créancier qui reçoit en gage une créance n'a point de privilège à l'encontre d'un cessionnaire postérieur de la même créance si la signification du nantissement a eu lieu après celle de la cession (1). Il faudra encore appliquer, le cas échéant, les art. 446 et 447, C. com. (2).

N° 3. — *Mise en possession du créancier gagiste et dessaisissement du débiteur.*

368. — Mise en possession du créancier gagiste et persistance de cette possession, art. 2076.
369. — *Quid* si la chose engagée n'est pas matérielle?
370. — Remise des titres. S'il n'y a pas de titres, on décide que le gage est impossible.
371. — Différence avec la délivrance en matière de vente ou de cession.
372. — Des titres au porteur, récépissés qui les représentent.
373. — *Quid* d'une remise de clefs?
374. — De l'apposition d'une marque par le créancier. On ne peut argumenter de la délivrance en matière de vente.
375. — Le dessaisissement du débiteur est la condition principale de la mise en possession du créancier.
376. — Application au gage constitué sur un fonds de commerce. Loi du 1er mars 1898.
377. — Nantissement en rentes sur l'Etat.
378. — Remise du gage entre les mains d'un tiers.
379. — Quand doit avoir lieu la mise en possession du créancier ou du tiers convenu.
380. — Conservation de cette possession.
381. — Le gage peut être fourni par un tiers, art. 2077.

368. Il résulte des observations qui précèdent que la constitution du gage portant sur un objet mobilier incorporel

(1) Cass. 13 janv. 1845, D. 45, 1, 88.
(2) Bordeaux, 1er avr. 1888, S. 88, 2, 175.

est soumise par la loi aux mêmes conditions que la constitution du gage sur les objets corporels, avec une disposition en plus.

Il faut donc qu'il y ait :

1° Dessaisissement de fait de la part de celui qui constitue le gage; c'est ce qui résulte de la définition même du contrat (art. 2071);

2° Un acte écrit se produisant dans les conditions indiquées par l'art. 2074;

3° Et une signification faite au débiteur quand le gage a pour objet un droit de créance, c'est-à-dire quelque chose d'incorporel.

Mais, *dans tous les cas*, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un gage constitué sur un objet corporel ou sur un objet incorporel, il ne suffit pas d'une mise en possession une fois réalisée, il faut encore la persistance de cette possession :

ART. 2076. Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.

Le motif de cette disposition est facile à saisir. Il ne faut pas, en effet, confondre le privilège engendré par le gage avec les causes ordinaires de préférence qui sont les priviléges et les hypothèques (art. 2094). Le privilège est exclusivement attaché à la qualité de la créance; or il n'en est pas ainsi du privilège attribué au créancier gagiste. Toute créance étant susceptible d'être garantie par un gage, il s'ensuit que tout créancier, quel qu'il soit, peut au moyen du gage obtenir un privilège. C'est uniquement à la possession du gage que le créancier doit de pouvoir exercer un privilège que la nature de son titre était impuissante à lui conférer. En un mot, c'est parce que le créancier *tient* qu'il peut *retenir*, et l'exercice de ce droit de rétention se traduit à l'égard du débiteur lui-même par la rétention proprement dite, et, en outre, à l'égard des tiers par l'exercice d'un privilège. Mais comme le droit de retenir n'est attaché qu'au

fait matériel de la possession, il en résulte que si la possession vient à cesser le droit lui-même disparaîtra, et voilà pourquoi l'art. 2076 n'exige pas seulement que le créancier ait été *mis*, mais de plus qu'il soit *resté* en possession.

La possession dont parle l'art. 2076 semble bien être une possession réelle et effective, semblable à celle qu'exige l'art. 1141. Cette possession doit être apparente et d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi (1).

369. Il s'agit donc d'une possession matérielle. Or comme on ne peut détenir matériellement une chose immatérielle, une opinion très autorisée (2) soutient que la condition de possession du gage par le créancier ne peut être exigée qu'autant que la chose engagée est une chose corporelle. Mais la possession d'une créance considérée *en soi*, ne peut se concevoir, et la possession matérielle des titres de la créance n'est pas la possession de la créance. Donc, lorsque notre art. 2076 veut que le gage ait été mis en la possession du créancier, il ne peut vouloir parler de la remise du titre. S'il avait eu en vue la remise du titre, il s'en serait expliqué comme il l'a fait dans l'art. 1689. Mais l'art. 1689 règle les rapports d'un acheteur et d'un vendeur, et il se borne à décider que le vendeur doit livrer à l'acheteur les accessoires de la créance vendue, c'est-à-dire exécuter le contrat. Dans l'art. 1690, au contraire, qui regarde les tiers, on ne voit pas qu'il soit nécessaire que l'acheteur ait reçu les titres ; il suffit d'une signification. Or, l'art. 2074 devant être considéré comme une application de l'art. 1690, il en résulte que la signification doit suffire à ensaisiner le gagiste à l'égard des tiers, comme elle suffit à ensaisiner le cessionnaire à l'égard des mêmes tiers.

(1) Cass. 29 déc. 1875, D. 76, 1, 219; Cass. 19 mars 1878, D. 79, 1, 65; Cass. 19 fév. 1894, S. 94, 1, 273.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 302 *bis*.

Ce raisonnement aurait quelque valeur si l'art. 2076 ne commençait pas par ces mots : *Dans tous les cas...* paraissant se référer à toutes les hypothèses prévues par les deux articles précédents et, par conséquent, soumettre le cas de l'art. 2075 à la règle de l'art. 2076. Cela est d'autant plus certain, fait-on remarquer, que l'art. 1607 remplace pour les droits incorporels la tradition matérielle par la *quasi-tradition* résultant de la remise des titres (Voy. t. X, n° 79). On a répondu que le législateur en se servant des mots *dans tous les cas*, avait voulu dire que la remise du gage était nécessaire soit en matière excédant 150 francs, soit en matière n'excédant pas cette valeur. Cette mauvaise raison a achevé la ruine d'une opinion qui pouvait être défendue, mais qui est restée isolée.

370. Il faut donc, pour la validité du gage constitué sur un droit incorporel, qu'il y ait remise faite au créancier du titre établissant l'existence de ce droit de créance ou l'existence du droit réel, s'il s'agit d'un droit de cette nature, comme dans le cas de la mise en gage d'un fonds de commerce (Voy. *infrà*, n° 376). Par conséquent, si la créance n'est pas constatée par un acte écrit, elle ne pourra être donnée en gage. Cela est au moins singulier, car les créances de ce genre sont dans le commerce et peuvent être cédées. Les auteurs qui ont si facilement admis que le gage constitué sur un droit incorporel, ne comportant l'existence d'aucun débiteur, sera valable sans aucune signification, parce qu'il n'y a pas de débiteur à qui cette signification puisse être faite, avaient une nouvelle occasion d'appliquer leur procédé en décidant que, dans le cas d'une créance sans titre, le gage sera valablement constitué sans remise de titre. Cependant, ils ne l'ont pas fait; ils approuvent, au contraire, la jurisprudence qui, dans une hypothèse où un mari avait donné en gage la créance résultant des impenses par lui faites sur les immeubles propres de la femme, a annulé ce

gage, par le motif : « Que l'obligation imposée par la loi à la constitution du gage par l'art. 2076 n'a pas été remplie et qu'elle ne pouvait l'être, puisqu'il s'agissait d'une créance sans titre (1). »

On applique la même théorie quand il s'agit de donner en gage la part indivise d'un héritier dans une succession mobilière. Sans doute, on reconnaît qu'en principe il n'y a aucune raison qui mette obstacle à la constitution d'un tel gage (2), mais on déclare qu'il est impossible au débiteur de régulariser ce gage au moyen d'une mise en possession du créancier, comme le veut l'art. 2076, puisqu'il n'existe pas de titre que le débiteur puisse remettre au créancier (3). On veut dire qu'il n'existe pas de titre écrit, car le titre du débiteur existe dans la loi et se trouve attaché à la qualité à raison de laquelle il est appelé à prendre part à la succession. Celui qui est appelé par la loi à se porter héritier ne peut donc mettre en gage sa part indivise, mais il pourrait la vendre. L'acheteur de cette part aura alors un titre, son titre d'acquisition, et pourra donner en gage la part indivise que son vendeur vient de lui transmettre. Le vendeur qui n'avait pas de titre lui permettant de constituer en gage sur sa part indivise, pourra donc créer ce titre au profit d'un acheteur quelconque!

On avait décidé la même chose pour les fonds de commerce. Quand il n'existait pas de droit au bail, ou quand le gage n'avait pas été constitué d'une façon distincte sur le droit au bail, on décidait que la mise en possession du

(1) Lyon, 31 janv. 1839, S. 39, 2, 537; AUBRY et RAU, § 432, texte et note 20; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1132; LAURENT, t. XXVIII, n° 477; GUILLOUARD, n° 91.

(2) Paris, 19 déc. 1891, *Répert. Suppl.*, v° *Nantissement*, n° 39; Comp. Paris, 25 fév. 1889, *ibid.*, n° 93; Conf. GUILLOUARD, n° 54.

(3) Cass. 19 fév. 1894, S. 94, 1, 273; Comp. Cass. 28 avr. 1884, D. 85, 1, 59; Conf. GUILLOUARD, n° 93.

créancier gagiste devait être réalisée par la remise du titre d'acquisition du fonds de commerce (Voy. *infrà*, n° 376). Et, s'il n'y a pas de titre d'acquisition, s'il s'agissait d'un fonds de commerce créé et développé par celui qui voulait le mettre en gage, on reconnaissait que cette mise en gage était impossible. La loi du 1er mars 1898 est heureusement venue faire disparaître les inconvénients d'une telle situation en déclarant que désormais, pour les fonds de commerce, il ne serait plus question d'une mise en possession du créancier gagiste, mais que leur mise en gage dépendrait désormais d'une inscription sur un registre spécial.

371. Ce que nous venons d'exposer nous conduit à faire une importante remarque. On rapproche souvent, non sans raison, le nantissement des créances de la cession des créances. Or, en matière de cession, la délivrance, d'après l'art. 1689, s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la *remise des titres*. Il s'agit tout simplement de l'exécution du contrat entre les parties et non d'une formalité destinée à prémunir les tiers. La loi suppose que la créance cédée est constatée par un titre quelconque. S'il n'en est pas ainsi, 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, la créance cédée n'est pas moins passée, *recta via*, dans le patrimoine du cessionnaire, mais celui-ci pourra demander la résolution du contrat (Voy. t. X, n° 212, et notre *Traité de la cession*, t. I, n° 286).

Dans le cas de notre art. 2076, la remise du titre, considérée comme acte de mise en possession du créancier, est, au contraire, exigée comme étant une condition de validité du gage, destinée surtout à protéger les tiers. Par conséquent, il ne faudrait pas confondre avec le titre de la créance les documents à l'aide desquels le créancier, d'ailleurs non muni d'un titre proprement dit, serait en mesure d'établir

l'existence de sa créance. Ainsi, dans l'hypothèse précitée d'un mari se prétendant créancier de sa femme à raison de réparations faites à un immeuble propre de cette dernière, on ne pourrait considérer comme titres les mémoires des ouvriers ou entrepreneurs, même acquittés par le mari. Il faut la remise du titre même constitutif de la créance ou établissant son droit sur la chose engagée (1). Le titre peut être authentique ou privé. Dans le cas où le titre est un acte authentique, on ne saurait exiger la remise de la grosse. L'expédition étant certainement un titre, la remise d'une expédition suffit (2).

372. Quand il s'agit de titres au porteur déposés dans une banque, la jurisprudence décide que la remise du récépissé de ces titres, qui permet au porteur de les reprendre dans la caisse où ils sont déposés, équivaut à la remise des titres eux-mêmes et constitue une mise en possession suffisante du créancier (3).

Cette solution est douteuse; si l'on considère les titres au porteur comme des meubles corporels, il faudrait traiter de la même manière les objets mobiliers déposés sur récépissé chez un tiers quelconque. Si l'on considère, avec la Cour de cassation, les valeurs au porteur comme étant des droits de créance, il faut reconnaître que le récépissé de ces valeurs n'est pas le titre de la créance qu'elles représentent.

Cependant, comme la possession n'est, en réalité, rien autre chose que la possibilité d'exercer sur un objet des actes de puissance exclusive, la remise d'un récépissé, docu-

(1) Cour de Cass. du Grand-Duché de Luxembourg, 23 déc. 1892, S. 93, 4, 15; Cass. 13 mars 1888, S. 88, 1, 302.

(2) Cass. 13 mars 1888, S. 88, 1, 302; LAURENT, t. XXVIII, n° 478; GUILLOUARD, n° 91; Bruxelles, 30 déc. 1874, *Pas.*, 75, 2, 72; Voy. cep. Liège, 31 déc. 1859, *Pas.*, 60, 2, 133.

(3) Paris, 21 juin 1893, D. 93, 2, 470; Aix, 13 nov. 1889, S. 90, 2, 17; Conf. GUILLOUARD, n° 91.

ment qui ne saurait avoir d'équivalent, peut être considéré comme une transmission suffisante de la possession. Nous admettrions la même solution pour la remise ou endossement d'une police d'assurance (1).

373. Mais il ne serait pas permis d'en dire autant de la remise entre les mains du créancier des clefs du magasin où sont déposés les objets offerts en gage (2). Sans doute entre un vendeur et un acheteur la remise des clefs peut être un mode suffisant de délivrance, comme le dit l'art. 1606, en tenant compte de cette particularité que la délivrance dont s'occupe l'art. 1606 et les articles suivants n'a trait ni à la propriété ni à la possession de la chose vendue, mais seulement à l'exécution matérielle du contrat de vente (Voy. t. X, nos 73 et suiv.). Or, en matière de gage et de privilège, il n'est pas possible de poser en principe qu'une remise de clefs sera toujours suffisante pour transmettre au créancier la possession effective du gage et lui assurer un privilège. S'il en était ainsi, la remise des clefs deviendrait bientôt une pure forme symbolique, destinée à éluder l'art. 2076 et à le remplacer par un système d'hypothèque des meubles par simple pacte. Il est certain en effet que la remise d'une clef ne saurait donner la possession au créancier si le débiteur a conservé néanmoins la libre disposition des objets (3). Il n'en est pas d'une clef comme d'un récépissé. Le récépissé d'un dépositaire est toujours unique; or où est la garantie que le débiteur qui a remis une clef ne possédait que cette clef unique? Tout au plus pourrait-on dire qu'il y a remise

(1) Paris, 11 mars 1896, D. 96, 2, 432; Paris, 19 mars 1890, D. 93, 2, 185; Comp. Cass. 18 avr. 1894, S. 95, 1, 238.

(2) Martinique, 4 mars 1868, sous Cass. 20 juill. 1871, D. 71, 1, 232; Laurent, t. XXVIII, n° 473; *Contrà*, Bordeaux, 26 mai 1873, D. 76, 2, 23, etc.; Duranton, t. XVIII, n° 531; Pont, *loc. cit.*, t. II, n° 1125; Guillouard, n° 95.

(3) Trib. Bruxelles, 6 mars 1877, *Cl. et B.*, 77-78, 610.

valable du gage, lorsque d'accord avec son créancier, le débiteur remet à un tiers responsable de la représentation des objets engagés, les clefs du local où ils sont déposés. Dans ce cas, il importe peu que le débiteur ait conservé une autre clef de ce local, même du consentement du créancier, si celui-ci a conservé la possession exclusive du gage (1). La surveillance du tiers responsable donne à cet égard une sécurité suffisante.

La Cour de cassation a, du reste, clairement formulé la règle générale à suivre en cette matière, règle que nous avons déjà indiquée (Voy. *suprà*, n° 368) et qu'il est bon de reproduire ici : « Il est de l'essence du gage que la mise en possession du créancier soit un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre (2). »

On conviendra qu'une simple remise de clefs ne donne guère satisfaction à de telles exigences.

374. Que faut-il penser de l'apposition par le créancier de sa marque sur les objets donnés en gage? Cette circonstance vaudra-t-elle prise de possession? On soutient l'affirmative par ce motif que les tiers sont ainsi avertis et que l'apposition d'une marque équivalant à délivrance réelle en matière de vente, il doit en être de même en matière de gage (3). Mais on ne peut argumenter pour ce qui concerne la mise en possession en matière de gage, des solutions admises pour la délivrance en matière de vente. Dans la vente, la délivrance, nous ne saurions trop le répéter, n'a trait ni au transfert de la propriété, ni au transfert de la possession, mais seulement à l'exécution du contrat. Entre

(1) Liège, 26 juin 1878, *Pas.*, 78, 2, 363.

(2) Arrêt précité de Cass. 29 déc. 1875, S. 76, 1, 109.

(3) Cass. 15 janv. 1828, S. C. N., 9, 1, 12; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1130; GUILLOUARD, n° 96.

les parties, une marque quelconque apposée sur les objets, s'agirait-il d'un simple trait à la craie, suffit pour indiquer que la livraison a été faite et le contrat exécuté. Mais en quoi cela peut-il constituer *le fait apparent, d'une notoriété suffisante*, comme le veut la Cour de cassation, *pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi?* A la place d'un simple trait à la craie, mettons une marque plus compliquée présentant le nom et l'adresse du créancier gagiste, en quoi cela changera-t-il la situation? Les objets marqués ne seront pas davantage, pour cela, à la disposition du créancier et les tiers ne seront pas prévenus. C'est le débiteur qui pourra toujours en disposer et en disposera peut-être plus facilement grâce à la marque dont il s'agit, laquelle pourra être invoquée comme étant celle d'un vendeur, d'un fabricant, etc.

375. Il ne faut pas s'y tromper, en effet; ce n'est pas tant la mise en possession du créancier que la dépossession du débiteur qui est exigée par la loi. C'est la dépossession du débiteur au profit du créancier qui donne au gage toute sa sécurité et justifie le privilège qui en découle. Si le débiteur n'est pas dessaisi, il pourra disposer de l'objet engagé, et alors il faudra forcément admettre l'une des deux conséquences suivantes : ou bien le gage sera maintenu, même à l'égard des concessionnaires ultérieurs de droits quelconques sur l'objet engagé, et alors ces derniers seront frustrés; ou bien le gage ne leur sera pas opposable, et dans ce cas ce sera le créancier gagiste originaire qui verra disparaître sa garantie. Il faut donc que le débiteur soit dessaisi. Par conséquent serait nul le gage consenti par des fabricants de tulle sur les métiers servant à leur industrie si ces fabricants conservaient l'usage et la possession de ces métiers (1). Pour les mêmes motifs, il faudrait également

(1) Cass. 19 mars 1878, D. 79, 1, 65; Cass. 11 mars 1879, D. 79, 1, 401.

décider que le gage constitué sur des planches gravées représentant des œuvres musicales ou autres serait nul quand même ces planches seraient déposées entre les mains d'un tiers, si le débiteur conservait le droit de tirer à volonté des exemplaires des œuvres qui y étaient gravées. Le contraire a cependant été jugé bien à tort (1). Le débiteur, dans ce cas, avait si bien conservé la possession de la chose que chaque tirage pouvait être considéré comme contribuant à épuiser la valeur de cette chose, de même que si ayant donné en gage un tonneau de liquide, le débiteur s'était réservé la possibilité de puiser à volonté dans le tonneau engagé.

376. Il y avait plus de difficulté quand il s'agissait d'un gage constitué sur un fonds de commerce. Un fonds de commerce n'est pas, en effet, un objet mobilier corporel ordinaire. C'est une *universitas*, un ensemble indivisible qui doit être traité comme un meuble incorporel. Or, on pouvait distinguer deux hypothèses : si le fonds de commerce comprenait indépendamment des marchandises, du mobilier commercial et de l'achalandage, le droit au bail, on pouvait concevoir qu'il pût devenir l'objet d'un gage à la seule condition pour le créancier gagiste, afin d'être réputé en possession, de se faire remettre le bail des lieux occupés et de signifier au bailleur l'acte constitutif du cautionnement (2).

S'il n'existait pas de droit au bail, ou si le gage n'avait pas été constitué d'une façon distincte sur le droit au bail, on jugeait que la mise en possession du créancier gagiste était suffisamment réalisée par la remise à lui faite du titre d'acquisition du fonds de commerce, que la remise du bail était inutile (3), et qu'il ne saurait alors être question

(1) Paris, 15 janv. 1874, D. 75, 2, 43.

(2) Paris, 26 fév. 1895; Lyon, 4 mars 1895; Paris, 4 janv. 1896; Trib. Seine, 15 janv. 1895, S. 97, 2, 89; Paris, 6 juill. 1896, D. 96, 2, 471.

(3) Voy. arrêts précités, notamm. l'arrêt de Lyon du 4 mars 1895.

de la signification prescrite par l'art. 2075 pour les droits de créance, puisque la chose donnée en gage était la propriété du débiteur (1).

Mais dans les cas précités la dépossession du débiteur n'était ni suffisante, ni notoire. Aussi avait-il été jugé que la remise du bail et de l'acte d'acquisition du fonds de commerce, ainsi que la signification du nantissement au propriétaire ne suffisent pas pour constituer le gage si le débiteur ne se dessaisissait pas du fonds de commerce et en continuait lui-même l'exploitation en son nom personnel, un fonds de commerce ne pouvant, en vertu d'un acte resté sans publicité, et par conséquent ignoré des intéressés, être distrait de l'actif au profit d'un seul créancier (2).

Il avait même été jugé que la mise en possession d'un fonds de commerce devant consister dans la détention d'un ensemble d'objets mobiliers corporels et incorporels formant un tout indivisible devant être géré d'une façon continue et ininterrompue, les nécessités de cette gestion apportaient un obstacle insurmontable à ce que le créancier gagiste fût mis en possession d'un fonds de commerce, que, par suite, le nantissement d'un tel fonds était nul, alors même qu'il aurait été convenu que ce fonds serait remis entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu (3).

Une telle jurisprudence avait pour résultat de neutraliser en quelque sorte une valeur qui aurait dû être un élément important de crédit. En conséquence, une loi du 1er mars 1898 décida, comme nous l'avons vu, que l'art. 2075 serait complété par le paragraphe suivant : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du

(1) *Ibid.*, Paris, 21 juill. 1892, D. 93, 1, 108.
(2) Trib. comm. Seine, 26 fév. 1895, S. 97, 2, 89.
(3) Trib. comm. Seine, 18 janv. 1896, S. 97, 2, 89.

tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

377. Pour le nantissement devant être opéré en rentes sur l'État, il y a eu également des difficultés sur le point de savoir comment devait s'effectuer le dessaisissement du débiteur et la mise en possession du créancier gagiste. On avait d'abord jugé que le principe de l'insaisissabilité de la dette inscrite mettait obstacle à ce que la rente sur l'État fasse l'objet d'un transfert forcé opéré par autorité de justice; que, par suite, le titulaire d'une inscription qui veut créer un privilège de gagiste sur cette inscription n'est légalement dessaisi de la chose par lui offerte en gage qu'autant qu'il a remis au créancier ou à son représentant non seulement son titre, mais encore un *transfert d'ordre* donnant pouvoir au dépositaire vis-à-vis du trésor de vendre le titre, s'il y avait lieu, et d'en opérer le transfert définitif à l'acquéreur éventuel; que jusque-là le dépositaire du titre n'est pas mis en possession dans le sens de l'art. 2076 et que le privilège du gagiste n'est pas constitué (1). Mais une telle exigence ne paraît pas justifiée; la remise du titre jointe aux autres conditions prescrites par l'art. 2075 est suffisante, l'acte par lequel le débiteur consent un droit de gage sur la rente dont il est titulaire contient un consentement implicite à la vente du titre si la dette n'est pas payée à l'échéance (2). C'est ce qui est aujourd'hui reconnu (3), et il a été décidé que le créancier gagiste est fondé à demander que, sur le titre qui lui a été donné en nantissement, et qui d'un commun accord a été déposé entre les mains d'un tiers, mention soit faite de l'affectation de ce titre à la garantie de sa

(1) Paris, 4 déc. 1886, D. 88, 1, 145; Comp. Cons. d'Etat, 6 août 1878, D. 79, 3, 41.

(2) Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1026.

(3) Paris, 26 janv. 1894, S. 94, 2, 93; Paris, 27 déc. 1894, D. 96, 2, 123; Comp. Rouen, 1er avr. 1888, S. 88, 2, 171.

créance (1). On a cependant jugé que le transfert des rentes données en gage demeure prescrit en ce qui touche certains établissements de crédit tels que la Banque de France et le Crédit foncier sur lesquels le gouvernement s'est réservé un droit de contrôle et de surveillance (2). Mais cela est tout à fait arbitraire.

378. Un tiers convenu entre les parties peut, en effet, être choisi pour recevoir la possession de la chose engagée. Ce procédé présente l'avantage de rendre possible la constitution de plusieurs droits de gage successifs sur le même objet. Il est, en effet, de la nature du nantissement de ne garantir qu'une seule dette. Mais si le montant de la dette est très inférieur à la valeur du gage, il est manifeste qu'une partie de cette valeur se trouve immobilisée au grand préjudice du crédit du débiteur. En droit romain, l'inconvénient n'existait pas, parce que l'hypothèque des meubles était admise. En droit français, on obtient un résultat analogue en autorisant le procédé dont nous venons de parler.

Cette autorisation ne peut résulter que d'une convention intervenue entre le débiteur et le créancier, le concours du tiers convenu n'est pas nécessaire (3).

La loi n'exige pas que le tiers qui doit posséder pour le compte du créancier gagiste soit désigné dans le contrat de gage; il peut être désigné dans une convention distincte et ultérieure (4). Si le tiers désigné n'a pas à intervenir dans la convention qui le nomme, il faut bien cependant qu'il ait

(1) Paris, 21 mars 1889, S. 91, 2, 134.

(2) Arrêt précité de Paris du 26 janv. 1894.

(3) Paris, 12 janv. 1846, S. 50, 2, 566; AUBRY et RAU, § 432, texte et note 24; LAURENT, t. XXVIII, n° 484; GUILLOUARD, n° 102; *Adde*, Trib. Seine, 1er août 1889, *Pand. franç.*, 90, 2, 31; Rouen, 14 juin 1847, S. 49, 2, 25.

(4) Trib. Anvers, 14 nov. 1862, *B. J.*, 1863, 146.

connaissance de la mission qui lui est offerte et qu'il l'accepte (1). La réception du gage par le tiers n'est soumise à aucune forme spéciale, elle sera établie conformément au droit commun (2).

La possession du gage par un tiers convenu entre les parties ne réalise les conditions voulues par l'art. 2076 que si ce tiers détient l'objet donné en gage au nom et pour le compte du créancier gagiste au moyen d'un fait apparent de nature à avertir le public que le débiteur est dessaisi, et que la chose engagée ne fait plus partie de son patrimoine libre (3).

Par conséquent, le débiteur lui-même ne peut jamais jouer le rôle de tiers convenu entre les parties (4). Lorsque le tiers convenu se trouve déjà dépositaire de l'objet donné en gage, il ne suffira pas pour intervertir le titre de sa détention originaire et le rendre comptable envers le créancier gagiste, de lui notifier, en sa qualité de tiers convenu, le contrat de nantissement (5). A plus forte raison, le nantissement sera-t-il nul, faute de mise en possession du tiers convenu ou d'interversion dans le titre de sa détention, si en dehors de l'indication faite dans le contrat, rien n'établit que cette indication a été acceptée par ce tiers ni même qu'il en ait eu connaissance (6). Enfin, on ne saurait considérer comme un tiers mis en possession du gage dans les termes de l'art. 2076, le représentant du débiteur qui vend et facture les marchandises formant l'objet du gage pour le compte de celui-ci, lequel en opère le recouvrement (7). Quand le

(1) Voy. Cass. 3 août 1896, S. 97, 1, 85; Besançon, 14 déc. 1895, S. 96, 2, 71; Bruxelles, 23 mai 1873, *Pas.*, 74, 2, 18.
(2) Paris, 4 déc. 1847, S. 48, 2, 285.
(3) Cass. 3 août 1896, S. 97, 1, 85.
(4) Douai, 14 janv. 1893, S. 93, 2, 233.
(5) *Ibid.*, Comp. Cass. 19 fév. 1894, S. 94, 1, 273.
(6) Besançon, 18 déc. 1895, S. 96, 2, 71.
(7) Douai, 30 déc. 1891, D. 93, 2, 495,

tiers convenu a été régulièrement mis en possession des objets engagés, il importe peu que ces objets soient déposés dans un bâtiment qui est la propriété du débiteur, si ce bâtiment ayant été donné à bail au tiers convenu, antérieurement au contrat de louage, il est manifeste pour tout le monde que les objets sont déposés chez le tiers et non chez le débiteur (1).

379. La mise en possession doit être réalisée antérieurement à l'époque où des droits sur les objets engagés peuvent être valablement conférés à des tiers. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit à propos de la signification au débiteur, qui doit, en cas de faillite, être faite avant le jugement déclaratif, s'il s'agit d'un gage concédé en même temps que l'obligation principale, et avant la période suspecte s'il s'agit d'un surcroît de garanties. Il suit de là que, bien souvent, la question de savoir à quelle époque la mise en possession réelle a eu lieu pourra avoir une grande importance. Pour la résoudre, il faut distinguer si les termes de l'acte constitutif du gage établissent d'une manière non équivoque que le créancier a été réellement investi de la possession; la preuve de ce point résultera de l'acte lui-même, sauf aux tiers intéressés à démontrer que la réalité des faits n'est pas en rapport avec les énonciations de l'acte. Si les termes de l'acte se réfèrent, au contraire, à une mise en possession future, le créancier agira sagement en faisant constater par procès-verbal d'huissier la date de sa mise en possession pour éviter toute contestation ultérieure sur ce point.

Si cette précaution n'a pas été prise, il convient de remarquer que la question ne pourra s'élever que si le créancier gagiste est, en fait, possesseur actuel de l'objet engagé, et la question se réduit alors à savoir à quelle

(1) Cass. 25 nov. 1891, D. 92, 1, 505.

époque remonte sa mise en possession, et si, par conséquent, cette possession peut être opposée à la masse de la faillite. La présomption devrait être, ce semble, en faveur du créancier qui possède, et dont la possession a pour fondement un titre antérieur à la période suspecte. On pourrait objecter cependant qu'en matière de privilège, c'est à celui qui invoque un droit de préférence à justifier de l'existence de toutes les circonstances auxquelles la loi a attaché cette faveur.

380. Le créancier gagiste mis en possession ne conserve le privilège que s'il est *resté en possession* comme le dit l'article 2076. La perte volontaire de la possession lui enlèvera son privilège et lui rendra impossible l'exercice du droit de rétention, de même que le propriétaire d'un fonds rural qui vend et livre son immeuble à un tiers, sans aucunes réserves, perd, avec son privilège, le droit de saisir-gager, même pour fermages échus avant la vente (1). Il faut, en un mot, que le contrat de nantissement qui s'est manifesté par la mise en possession du créancier *continue* de se manifester par la persistance de cette même possession (2). Le créancier perdra donc son privilège en remettant volontairement au débiteur le connaissement représentant les marchandises sur lesquelles le gage avait été constitué (3), ou en donnant son consentement à la vente à l'amiable faite par le débiteur du fonds de commerce engagé, et en remettant le bail à l'acquéreur de ce fonds (4). Il importe peu que les documents dont le créancier s'est volontairement dessaisi, lui soient rendus ultérieurement. Cette remise ne saurait faire revivre le privilège alors éteint (5).

(1) Cass. 14 déc. 1892, D. 94, 1, 265.
(2) Cass. 9 avr. 1894, D. 94, 1, 409.
(3) *Ibid.*, Douai, 26 janv. 1893, S. 93, 2, 233.
(4) Trib. comm. Seine, 18 janv. 1896, S. 97, 2, 89.
(5) Cass. 9 avr. 1894, D. 94, 1, 409; Douai, 26 janv. 1893, S. 93, 2, 233.

On rencontre cependant des décisions d'espèce qu'il est bien difficile de concilier avec les règles qui précèdent. Ainsi dans un cas déjà quelque peu suspect, où les marchandises formant l'objet du gage avaient été placées dans un local appartenant au débiteur, mais par lui antérieurement loué à un tiers devenu dépositaire du gage, il a été jugé que les juges du fond avaient à bon droit décidé, en vertu d'une appréciation souveraine des faits, que le créancier gagiste ne s'était pas dessaisi de la *possession effective* des marchandises, bien qu'il eût remis *momentanément* au débiteur soit le connaissement et les documents qui le concernaient pour faire opérer le débarquement, soit les clefs du magasin pour effectuer la livraison d'un certain nombre de caisses de marchandises dont il avait autorisé la vente (1).

Si le créancier gagiste perdait la chose, ou si elle lui était volée, comme il a un droit réel sur la chose, il pourrait la revendiquer. Du reste le créancier gagiste est un tiers vis-à-vis de tout autre que le constituant, et il peut, comme nous l'avons dit, invoquer l'art. 2279 contre toute personne se prétendant propriétaire des objets engagés.

381. Le cas le plus ordinaire en vue duquel nous avons toujours raisonné jusqu'ici, est celui où le gage a été fourni par le débiteur lui-même.

Cependant,

ART. 2077. Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur (*).

Ce n'est pas là un cautionnement. Celui qui cautionne s'oblige personnellement, et par conséquent engage tous ses biens. Au contraire celui qui donne sa chose en nantissement pour la dette d'autrui, ne contracte aucun engagement personnel.

(*) Art. 2077. — L. 16 § 1, L. 20, D. 13, 7, *De pignerat. act.*
(1) Cass. 25 nov. 1891, S. 93, 1, 465.

N° 4. — *Prohibition du pacte commissoire.*

382. — Règle prohibitive de l'art. 2078.
383. — Son étendue.
384. — *Quid* des conventions postérieures au contrat de gage?
385. — Valeur de certaines clauses dérogatoires relatives à la non-intervention de la justice pour la vente du gage,
386. — Ou son attribution au créancier.
387. — Le choix appartient au créancier; compétence.
388. — L'art. 2078 est d'ordre public.

382. Le gage constitue une sûreté uniquement parce qu'il donne au créancier la certitude que la valeur de l'objet engagé servira à le désintéresser, si le débiteur n'acquitte pas lui-même sa dette. Cette hypothèse se réalisant, il faudra donc que la valeur du gage soit rendue apparente dans des conditions de nature à donner à la fois satisfaction aux intérêts du créancier et aux intérêts du débiteur.

Ce dernier, évidemment, ne pourra pas disposer utilement du gage, quoiqu'il en soit demeuré propriétaire. Mais le créancier ne le pourra pas davantage, parce qu'il n'est pas devenu propriétaire.

ART. 2078. Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. — Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle (*).

La clause prévue par le dernier paragraphe est connue sous le nom de clause de *voie parée* ou de *pacte commissoire* qu'il ne faut pas confondre avec celui dont nous avons parlé à propos de l'art. 1184.

Le pacte commissoire de notre art. 2078 a été prohibé parce que, dès l'origine des rapports entre les parties contractantes, le créancier gagiste a été maître de la situation et aurait pu en abuser contre le débiteur.

(*) Art. 2078. — L. 4, 14, C. 8, 28, *De distrac. pign.*

383. Cette disposition prohibitive est générale et s'applique même au gage constitué en valeurs de bourse (1). Il faut même reconnaître qu'aujourd'hui c'est surtout à l'occasion des valeurs de bourse qu'on cherche à éluder la prohibition du pacte commissoire.

Sans doute, il n'est pas interdit de convenir que les titres vendus pourront, jusqu'à parfait paiement par l'acheteur, être conservés par le vendeur ou déposés par lui, sous sa responsabilité, chez des tiers, même en garantie d'avances futures. Cette dernière clause ne saurait, par elle-même et à elle seule, constituer le pacte commissoire contraire à l'art. 2078, qui interdit au créancier gagiste la vente du gage sans les formalités légales. Mais il y a pacte commissoire prohibé dans un contrat portant vente par un banquier d'obligations à lots payables par acomptes mensuels, s'il a été stipulé que, faute par l'acheteur de s'acquitter d'une mensualité dans la huitaine après une mise en demeure par simple lettre recommandée, la vente sera résiliée de plein droit, sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure ni formalité judiciaire; que dans ce cas l'obligation sera vendue au profit du retardataire; que le produit calculé au cours moyen de la bourse sera porté au crédit de son compte, et que le solde en résultant lui sera payé ou sera remboursé par lui. Il a été jugé que, dans ce cas, la revente en bourse, par le banquier vendeur des titres, ne saurait être validée, par le motif que la vente du banquier au client avait été résiliée pour défaut de paiement des termes échus. La vente, en effet, n'était pas en réalité résiliée et ne pouvait pas l'être, puisque la revente en bourse devait avoir lieu, et avait eu lieu, pour le compte de l'acheteur lui-même demeuré tel, et que les parties au lieu d'être remises en l'état où elles se trouvaient avant le contrat, dans les termes de l'art. 1184,

(1) Chambéry, 18 mars 1897, S. 97, 2, 284.

étaient obligées de se tenir réciproquement compte de la différence entre le prix de la vente primitive, et celui de la revente en bourse, de sorte que la vente primitive continuait ainsi de produire tous ses effets (1).

Serait également nulle la clause qui autoriserait le vendeur en cas de retard dans le paiement des termes convenus, à créditer le compte de l'acheteur, aux périls et risques de celui-ci, du prix des titres au cours moyen de la bourse, c'est-à-dire de s'approprier le gage sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2078. Par conséquent si l'un des titres avait gagné un lot, le vendeur ne pourrait se refuser à délivrer ce titre à l'acheteur en retard dans ses versements, contre paiement de la totalité du prix (2).

Les solutions qui précèdent ne seraient pas applicables si l'opération envisagée, au lieu de constituer un prêt sur nantissement, était un contrat de report, puisque le report a pour effet de transférer au reporteur la propriété des titres mis en report (3).

384. Si le pacte commissoire au lieu d'être conclu en même temps que le contrat principal intervenait à une date postérieure mais avant l'échéance de la dette, il semble qu'il pourrait être validé, puisque, à ce moment, le débiteur gagiste paraît avoir recouvré sa liberté, et que le texte de l'art. 2078 ne contient, pour ce cas, aucune prohibition. Mais on se prononce généralement pour la négative par le motif que l'art. 2078 ne fait aucune distinction (4). Or cela n'est pas exact; l'art. 2078 ne défend que *les clauses* de la convention de gage, c'est-à-dire les clauses arrêtées au moment où le contrat se forme, et non les conventions

(1) Cass. 4 juin 1894; 14 mars 1894, S. 94, 1, 393.
(2) Chambéry, 16 mars 1897, S. 97, 2, 284.
(3) Paris, 14 mars 1891, S. 91, 2, 220.
(4) GUILLOUARD, n° 168.

nouvelles et distinctes qui peuvent intervenir plus tard (1).

Cela est si vrai qu'on est obligé de reconnaître, pour rendre hommage au principe de la liberté des conventions, que la prohibition du pacte commissoire n'atteint pas la convention par laquelle, postérieurement à la constitution du gage, le débiteur vendrait au créancier l'objet engagé, moyennant le montant de sa dette, ou en d'autres termes en ferait la matière d'une dation en paiement, sans distinguer si cette nouvelle convention est antérieure ou postérieure à l'échéance de la dette garantie par le gage. Les travaux préparatoires sont formels sur ce point (2).

A plus forte raison faudrait-il admettre la validité d'une convention, postérieure à la constitution du gage, aux termes de laquelle le créancier non payé à l'échéance pourrait retirer en paiement, non plus la chose même donnée en gage, mais une autre chose déterminée à prendre dans le patrimoine du débiteur.

On peut donc affirmer que l'art. 2078 défend seulement les clauses concomitantes du contrat de gage ayant pour but de déroger aux prescriptions du texte.

385. Toutes ces prescriptions n'ont pas la même importance. Ainsi le texte porte que le créancier ne peut disposer du gage, *sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage... sera vendu aux enchères*. Or il est manifeste, dit-on, que ce qui protège le débiteur ce n'est pas l'intervention de la justice qui ne saurait refuser l'autorisation demandée, mais la condition des enchères publiques. Certains auteurs décident en conséquence qu'on ne peut pas interdire la clause portant que le créancier non payé à l'échéance pourra faire vendre

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 519; ARNTZ, t. IV, n° 1598; Gand, 23 juill. 1884, *Pas.*, 85, 2, 324.

(2) FENET, t. XV, p. 197, Cass. 31 mai 1855, S. 56, 1, 123; DURANTON, t. XVIII, n° 537; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1162; LAURENT, t. XXVIII, n° 520; GUILLOUARD, n° 170.

l'objet engagé aux enchères, sans avoir besoin de recourir à l'intervention de la justice (1).

Mais ce n'est pas là appliquer la loi; c'est en apprécier les motifs. La difficulté paraît, du reste, avoir été tranchée législativement en 1863. Avant la loi du 23 mai 1863, le gage commercial était, en général, soumis aux mêmes restrictions que le gage civil. Dans un but de simplification facile à comprendre, le nouvel art. 93 du Code de commerce, rédigé en conséquence de la loi de 1863, a décidé que : « à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. » Or la simplification a consisté, remarquons-le, à supprimer, pour le gage commercial seulement, la nécessité du recours à l'intervention de justice. La nécessité de ce recours s'est donc ainsi trouvée implicitement reconnue pour les matières civiles. On peut critiquer, si l'on veut, l'œuvre de la loi, mais il faut s'y conformer.

Il faudrait, croyons-nous, adopter une solution analogue même dans le cas où le créancier serait porteur d'un titre exécutoire. Il faut, en effet, se rendre bien compte de la manière dont le créancier pourra agir dans ce cas. S'il veut poursuivre le débiteur uniquement en vertu de son titre exécutoire, il fera saisir et vendre dans les formes ordinaires les biens saisissables de son débiteur (2). Mais s'il veut procéder uniquement sur l'objet engagé, et le faire vendre aux enchères sans saisie préalable, il devra obtenir l'autorisation de justice.

386. Pourrait-il être convenu, dans le contrat de gage, que le créancier non payé à l'échéance pourra garder le gage

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1150; GUILLOUARD, n° 169; *Contrà*, LAURENT, t. XXVIII, n° 512; *Pand. belges*, v° *Clause de voie parée*, n° 3.

(2) Voy. Trib. comm. Bruxelles, 20 fév, 1879, *Pas.*, 80, 3, 6.

pour son compte suivant l'estimation qui en serait alors faite par une personne dont les parties conviendraient, sauf à celles-ci à se faire respectivement raison de ce que le gage serait estimé valoir plus ou moins que la dette?

Pothier admettait la validité de cette clause (1). Or cela tenait à ce que, dans l'ancien droit, on n'attachait pas la même importance à l'intervention de la justice, et qu'on validait la clause permettant de faire vendre le gage sans cette intervention. Mais puisque, dans le droit actuel, la validité de cette clause doit, comme nous l'avons vu, être repoussée en matière civile, il faut aussi repousser la clause permettant l'attribution du gage au créancier en vertu d'une expertise amiable.

L'expertise sera donc ordonnée par les juges, si ce procédé est jugé nécessaire; mais elle n'est pas pour cela obligatoire si le tribunal se trouve suffisamment renseigné, s'il s'agit, par exemple, de valeurs cotées en bourse (2). Si le prix d'estimation dépasse la créance, il devra en être fait compte au débiteur. Celui-ci dans le cas inverse restera tenu de la différence, sans que, dans aucun cas, le contraire puisse être convenu.

387. Le créancier non payé devra donc s'adresser toujours à la justice pour obtenir *à son choix*, que le gage lui demeure en paiement, d'après une estimation par experts, ou qu'il soit vendu aux enchères. Les tribunaux civils saisis par voie d'ajournement et non par simple requête, ou, en cas d'urgence, le juge des référés, auront à statuer sur la demande du créancier, sans avoir à choisir eux-mêmes entre la vente du gage ou son attribution au créancier (3).

(1) *Du nantissement*, n° 19; Conf. GUILLOUARD, n° 170.

(2) Cass. 4 avr. 1866, D. 67, 1, 33.

(3) AUBRY et RAU, § 434, texte et note 7; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1146; LAURENT, t. XXVIII, n° 510; GUILLOUARD, n° 172; *Contrà*, DURANTON, t. XVIII, n° 536.

La vente, si elle est ordonnée, aura lieu aux enchères publiques avec toutes les formalités prescrites en matière de saisie-exécution, car il s'agit, suivant l'art. 2079, d'une véritable expropriation (1), et le créancier poursuivant pourra se rendre adjudicataire, car il procède dans son intérêt personnel, et non comme mandataire du débiteur (2).

Dans tous les cas les frais de justice, de vente ou d'expertise, demeurent à la charge du débiteur, quand même celui-ci aurait déclaré s'en rapporter à justice (3).

388. Enfin nous devons faire observer que les prohibitions résultant de l'art. 2078 ont été édictées comme mesure d'intérêt général. On doit donc les considérer comme étant d'ordre public. Un jugement du tribunal de la Seine a décidé cependant que ces prohibitions n'étaient pas d'ordre public (4). Il s'agissait dans l'espèce d'un traité conclu par des particuliers avec un gouvernement étranger qui avait fixé lui-même les conditions suivant lesquelles le gage qu'il leur constituait pourrait être réalisé. Le tribunal a décidé que ce gouvernement n'était pas recevable à se dégager de ces conditions, alors même qu'elles seraient en désaccord avec les dispositions de l'art. 2078, attendu que les prohibitions contenues dans cet article n'étaient pas d'ordre public. Une telle solution ne saurait être admise, et le tribunal s'est probablement laissé entraîner par le désir de défendre un *intérêt français*.

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1149; GUILLOUARD, n° 176; *Contrà*, LAURENT, t. XXVIII, n° 512.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 513; GUILLOUARD, n° 177; *Contrà*, Cass. 7 déc. 1852, D. 53, 53, 1, 35; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1149.

(3) Cass. 22 mai 1813, S. C. N., IV, 358; Trib. Bourges, 27 janvier 1868, *B. J.*, 69, 34.

(4) 3 mars 1875, S. 77, 2. 25.

N° 5. — *Responsabilité du créancier; ses droits quant aux fruits et à la rétention. Fin du gage.*

389. — Le débiteur gagiste demeure propriétaire du gage, art. 2079.
390. — Conséquences. Responsabilité du créancier, art. 2080.
391. — Des dépenses faites par le créancier.
392. — Des fruits produits par le gage; *quid* s'il s'agit d'une créance? art. 2081.
393. — Le créancier pourrait-il percevoir le capital de la créance?
394. — Restitution du gage; cas d'abus de la part du créancier, art. 2082 § 1.
395. — Droit de rétention.
396. — Il est opposable aux tiers; son utilité.
397. — Il s'étend à des dettes contractées postérieurement à la constitution du gage, art. 2082 § 2.
398. — Conséquences.
399. — Indivisibilité du gage, art. 2083.
400. — Causes d'extinction du gage.

389. Nous savons que le créancier gagiste a un privilège, c'est-à-dire qu'il a le droit de se faire payer sur le prix de la chose engagée quand elle a été vendue sur l'expropriation du débiteur, par préférence aux autres créanciers. Ce privilège présente, nous l'avons déjà fait observer, une particularité remarquable. D'après la définition générale de l'art. 2095, les privilèges se rattachent à la qualité de la créance, et ne peuvent être accordés que par la loi. Dans le cas de gage, la créance garantie peut résulter des causes les plus diverses, c'est la convention de gage qui donnera naissance au privilège et ce privilège demeure subordonné à la possession du gage.

La remise du gage ne rend pas et ne peut pas rendre le créancier propriétaire; si le créancier était rendu propriétaire, le gage disparaîtrait.

ART. 2079. Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci (*).

(*) Art. 2079. — L. 35 § 1, D. 13, 7, *De pignerat. act.*

Cette assimilation du gage avec le dépôt a seulement pour but d'indiquer que le gagiste n'a pas le droit de se servir de la chose pas plus que le dépositaire; il ne pourrait pas davantage la faire servir à un nantissement.

Nous avons dit que le gage disparaîtrait si le créancier était rendu propriétaire des objets remis entre ses mains. Le cas peut se présenter, non seulement, comme nous l'avons déjà vu, quand la sûreté consiste dans le dépôt d'une somme d'argent restituable *in genere*, mais encore quand il s'agit de valeurs au porteur. Ainsi lorsque des valeurs au porteur sont déposées dans une banque, en garantie d'avances faites au déposant, on a soutenu que, d'après certains usages du commerce, le banquier pouvait se considérer comme propriétaire des valeurs, ayant par conséquent le droit de les négocier, n'étant devenu débiteur que de titres du même genre. Sans doute, la convention peut valablement donner au créancier un tel pouvoir de disposition, mais alors le contrat est transformé, ce n'est plus un nantissement (1).

390. Pour que le nantissement subsiste, il faut donc que le débiteur demeure propriétaire du gage. Puisqu'il demeure propriétaire, la chose augmentera, diminuera de valeur, ou périra pour son compte, et il pourra en disposer à titre gratuit ou à titre onéreux, sous la réserve des droits du créancier gagiste, contre lequel le légataire ou l'acquéreur n'auront pas plus de droits que le débiteur lui-même (2).

En outre, lorsque le débiteur aura intégralement désintéressé son créancier, il devra obtenir la restitution du gage. L'action qu'il pourra intenter à cet effet n'est pas une action

(1) Voy. LAURENT, t. XXVIII, n° 494; Cass. 28 juin 1862, D. 62, 1, 305.

(2) Trib. Anvers (référé), 2 mars 1888, *Pas.*, 88, 3, 147; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1169; GUILLOUARD, n° 141.

en revendication, car il n'a pas à faire la preuve de son droit de propriété. C'est l'action dérivant du contrat de gage, l'action *pigneratitia directa* des Romains, action personnelle qui dure trente ans.

Le créancier est, en effet, débiteur de la chose engagée, et il doit la conserver en bon père de famille.

Par conséquent,

ART. 2080. Le créancier répond, selon les règles établies au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. — De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage (*).

Le renvoi contenu dans ce texte aux règles générales en matière de responsabilité, peut, au premier abord, paraître superflu. Le législateur, en effet, n'ayant inséré au titre du gage aucune disposition s'écartant des principes ordinaires sur la responsabilité, il allait de soi que le créancier était soumis de plein droit à ces principes. Cependant le renvoi dont il s'agit était utile pour empêcher l'équivoque qu'auraient pu produire les termes de l'art. 2079 attribuant au gage le caractère d'un dépôt entre les mains du créancier. On aurait pu en conclure que la responsabilité du créancier gagiste devait être la même que celle du dépositaire assujetti par l'art. 1927 à apporter à la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'à la garde de sa propre chose. Mais il ne saurait en être ainsi : le créancier gagiste ne rend pas, comme le dépositaire, un service gratuit; il détient le gage dans son propre intérêt, et par conséquent doit être plus rigoureusement tenu. Il répondra donc de sa simple négligence, et ne sera libéré que par les cas fortuits, à la charge par lui de prouver que la perte ou la détérioration de la chose provient en effet d'un cas fortuit, ce que, du reste, le débiteur pourra contester.

(*) Art. 2080. — L. 8, L. 13 § 1, L. 25, D. 13, 7, *De pignerat. act.*

391. De son côté, le créancier aura le droit, en vertu du second paragraphe de l'art. 2080, de se faire tenir compte des dépenses utiles et nécessaires faites pour la conservation de la chose. Pour les dépenses utiles l'indemnité est limitée à la plus-value qu'elles ont procurée à la chose. Quant aux dépenses dont parle le texte qui sont à la fois *utiles et nécessaires* à la conservation de la chose, elles devront au contraire être remboursées intégralement, quand même elles n'auraient pas augmenté la valeur de la chose. Il faut cependant que, de ces dépenses, une fois faites, résulte un avantage ou utilité appréciable pour le propriétaire; c'est-à-dire que les dépenses ne doivent pas dépasser la valeur de la chose restaurée ou réparée. Il ne faut pas que le propriétaire, vu la dépense à effectuer et qui alors ne serait plus utile, ait intérêt à laisser périr la chose pour la remplacer par une autre semblable et neuve, acquise au moyen de la somme qu'exigerait la conservation. Dans cette situation le créancier devra faire ce que le propriétaire aurait probablement fait lui-même.

Si la chose engagée venait à périr par cas fortuit, après avoir été l'occasion de dépenses réellement nécessaires, la perte devra être supportée en entier par le débiteur propriétaire qui devra, même dans cette hypothèse, tenir compte au créancier de ces impenses nécessaires. En effet, si le débiteur fût demeuré détenteur de la chose, il aurait probablement fait les mêmes dépenses, et sa condition ne doit pas s'améliorer aux dépens du créancier. Ajoutons que les dépenses nécessaires sont garanties par un privilège, et que les dépenses utiles ne peuvent donner lieu qu'à l'exercice du droit de rétention quand elles ont été faites, mais le créancier n'est jamais tenu de les faire (1).

(1) Voy. DURANTON, t. XVIII, n° 542; AUBRY et RAU, § 431, texte et note 14; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1176; LAURENT, t. XXVIII, n° 526; ARNTZ, t. IV, n° 1599; GUILLOUARD, n° 160; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1034.

392. De ce que le débiteur demeure, comme nous l'avons vu, propriétaire de la chose engagée, il suit que les fruits produits par cette chose lui appartiennent. Mais ces fruits restent affectés au droit de gage du créancier qui les a perçus en qualité d'accessoires de la chose. Le croît futur d'un animal est engagé comme étant l'accessoire éventuel de cet animal. Le créancier devra donc en rendre compte, comme il pourra, le cas échéant, le retenir et exercer son privilège sur sa valeur. S'il veut se le faire attribuer, il devra s'adresser à la justice conformément à l'art. 2078. Le croît, en effet, ne saurait, de plein droit, venir en déduction, soit des intérêts, soit du capital de la dette (1).

Au contraire,

ART. 2081. S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus. — Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage, ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette (*).

Le créancier gagiste touche alors les intérêts; il en devient propriétaire, et en fait l'imputation conformément au texte ci-dessus.

Le créancier gagiste a donc qualité pour agir contre le débiteur de ces intérêts eu vertu du titre de la créance qui a été mis en sa possession. Il agira par conséquent au nom du débiteur; on dit généralement que ce sera par l'effet d'une *sorte de mandat* émané de celui-ci (2). Mais il ne peut être question d'un véritable mandat, car le droit du créancier dérive de la constitution du gage, en dehors de toute idée de mandat. En effet, quand une créance productive d'intérêts est donnée en gage, le gage porte à la fois sur le capital dû, et sur les intérêts à échoir (3). Le débiteur gagiste ne

(*) Art. 2081. — L. 1, 2, 3, D. 13, 7, *De pignerat. act.*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 311 *bis*, V, VI.

(2) GUILLOUARD, n° 142.

(3) Voy. Cass. 28 nov. 1894, S. 95, 1, 405; Cass. 5 nov. 1894, D. 94, 1, 243, et la note.

pourra donc pas enlever à son créancier le droit de réclamer les intérêts, et celui-ci pourra même engager sa responsabilité, s'il néglige de les percevoir, s'il reste, par exemple, plus de cinq années dans l'inaction, de façon à donner lieu à l'application de l'art. 2277.

393. Le créancier aurait-il également le droit de toucher le capital devenu exigible? La négative est généralement enseignée.

« On devrait, dit-on, considérer comme nulle la clause par laquelle le créancier gagiste serait autorisé à toucher, non plus les intérêts, mais le capital même de la créance donnée en nantissement. C'est là un droit de *disposition* sur la chose donnée en gage, droit incompatible avec le caractère nécessairement précaire de la possession du créancier gagiste (1). »

On fait encore valoir, à l'appui d'une telle solution, la considération suivante : La créance donnée en gage peut être notablement supérieure à la créance garantie. Si le créancier gagiste avait le droit de toucher cette créance, il deviendrait débiteur pour le surplus. Est-il permis de supposer que les parties ont eu l'intention d'autoriser le créancier gagiste à percevoir des sommes quelquefois considérables sans aucune garantie? Cela est aussi douteux en matière civile qu'en matière commerciale. Or, il faut remarquer qu'en matière commerciale, s'il s'agit d'effets de commerce, la loi permet au créancier à qui ils ont été donnés en gage, d'en toucher lui-même la valeur, et il faut étendre cette décision aux effets qui ont formé l'objet d'un gage civil, car le paiement des effets de commerce doit être poursuivi dans un très bref délai. C'est ici en vertu d'un véritable mandat présumé par la loi que le créancier aura pu encaisser la valeur envisagée, notamment pour tout ce qui excède le montant de la créance garantie.

(1) GUILLOUARD, n° 142; Conf. LAURENT, t. XXVIII, n° 499; Bourges, 5 juin 1852, D. 54, 2, 125.

Sauf cette hypothèse, le créancier gagiste ne pourra pas toucher le montant de la créance engagée quand elle viendra à échéance. Le débiteur gagiste, titulaire de cette même créance, ne pourra pas davantage l'encaisser, puisque la signification qui a dû être faite au tiers débiteur équivaut à une opposition ou saisie-arrêt. Le débiteur gagiste aura donc intérêt à s'entendre avec son créancier. Si l'accord ne se fait pas, le créancier gagiste se fera attribuer par justice la créance aux termes de l'art. 2078 ou en fera ordonner la la vente aux enchères (1). Tout cela est assez peu pratique, et nous préférons adopter la solution suivante : Quand il s'agit d'effets de commerce, la loi admet l'existence et par conséquent la validité d'un mandat tacite autorisant le créancier à toucher à l'échéance le montant des valeurs engagées. Ce mandat n'est donc pas considéré par la loi comme une de ces clauses donnant au créancier, sur la chose engagée, un droit de disposition incompatible avec le caractère précaire de sa possession. Or, ce mandat ne saurait, dans le silence de la loi, être présumé en matière civile quand il ne s'agit pas d'effets de commerce. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit donné en termes formels, dans l'acte constitutif du gage.

394. Quand la dette est éteinte, le créancier est tenu de restituer la chose engagée avec tous ses accessoires.

ART. 2082 § 1. Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

Le débiteur peut donc réclamer la restitution du gage, avant l'extinction de la dette, si le créancier se sert de la chose engagée, ou si étant autorisé par le contrat à s'en servir, il en abuse. Le créancier qui est ainsi privé de son gage, par sa faute, n'a pas le droit d'en demander un autre; c'est ce qui résulte des déclarations faites au *Corps légis-*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 311 *bis* IV.

latif (1); il ne peut pas davantage réclamer immédiatement le remboursement de ce qui lui est dû; il est obligé d'attendre l'échéance. Il a donc encouru la perte de son gage avant d'être payé.

Pour arriver à consacrer un tel résultat, le législateur a réuni dans une seule formule deux hypothèses qui cependant sont distinctes; d'abord celle où le même acte constate à la fois le prêt fait par le créancier et le nantissement donné par le débiteur, cas dans lequel se retrouvent des conventions synallagmatiques (V. *suprà*, n° 346), et celle où le contrat de gage s'est produit en dehors du contrat originaire de prêt. Le législateur a traité la seconde hypothèse absolument comme la première, car il n'est pas possible, au point de vue envisagé, de séparer le gage du prêt. Les deux opérations ont été considérées, dans le second cas ainsi que dans le premier, comme formant un tout inséparable. Or les choses étant ainsi, il faut remarquer que la loi ne remet pas les parties dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé d'un côté ou de l'autre, ce qui a toujours lieu en cas de résolution, aussi bien dans les contrats unilatéraux que dans les contrats synallagmatiques (Voy. t. VII, n^{os} 267 et 276). Il ne faut donc pas voir dans la déchéance édictée à l'égard du créancier gagiste par le premier paragraphe de l'art. 2082, un cas d'application de la condition résolutoire tacite (2).

L'obligation de restituer le gage sans être payé, dans le cas prévu par le texte précité, va donc enlever toute garantie au créancier, aussi décide-t-on, en général, que les juges, devant qui sera portée la demande en restitution, pourront se borner à ordonner la mise sous séquestre de la chose dont la possession se trouve ainsi disputée (3).

(1) Voy. FENET, t. XV, p. 218; GUILLOUARD, n° 191.

(2) *Contrà*, PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1189; GUILLOUARD, n° 191; Comp. LAURENT, t. XXVIII, n° 498.

(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*

L'action en restitution fondée sur un usage abusif de la part du créancier pourra être imprescriptible tant que celui-ci restera, en sa qualité, détenteur du gage.

395. Sauf l'hypothèse qui vient d'être examinée, le débiteur ne peut réclamer la restitution de la chose par lui donnée en gage qu'après avoir entièrement désintéressé le créancier. Il résulte, en effet, des principes généraux que nul ne peut réclamer l'exécution d'une convention, qu'à la condition de remplir de son côté les obligations qu'il a contractées. Le créancier peut donc résister à la demande en restitution faite par le débiteur, si celui-ci n'est pas prêt à payer tout ce qu'il doit.

C'est ce que les auteurs appellent droit *de rétention;* il nous est impossible d'y voir autre chose que la loi du contrat. Nous admettons que le droit de rétention, qui a son fondement dans l'équité, soit invoqué, en dehors des contrats ou même à l'occasion d'un contrat, chaque fois qu'il y a connexité entre la créance et la possession d'une chose, mais quand il s'agit purement et simplement, pour les deux parties intéressées, d'obéir, l'une et l'autre, à la lettre et à l'esprit d'un contrat, nous ne voyons pas la nécessité de recourir à une autre conception juridique (1). Si donc nous parlons, *brevitatis causâ*, du droit de rétention appartenant au créancier gagiste, il demeure entendu que nous n'assignons pas à ce droit une base autre que la loi du contrat.

396. Ce droit de rétention semble, d'après les termes de l'art. 2082, n'avoir trait qu'aux rapports du créancier et du débiteur; d'où on a conclu qu'il n'est pas opposable aux tiers, à moins de le considérer comme constituant un droit réel. Rien n'empêche cependant, les droits du créancier gagiste demeurant réservés, que le débiteur ne transfère à un tiers

(1) Comp. LAURENT, t. XXIX, nos 284-286, 293-294; AUBRY et RAU, § 256 *bis*, texte et note 5; GUILLOUARD, no 51.

la propriété de la chose engagée. L'acheteur ne pourra exiger la délivrance qu'à la charge de payer intégralement le créancier. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour les autres créanciers du débiteur gagiste? Ils pourront faire saisir et vendre la chose engagée, mais en désintéressant intégralement le créancier gagiste (1). Comment, en effet, pourraient-ils, sans cela, réclamer un gage que le débiteur ne pourrait pas réclamer lui-même? Le droit de rétention leur est donc opposable sans constituer pour cela un droit réel (Voy. t. VII, n° 172), en vertu, simplement, des principes généraux, d'après lesquels on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses ayants-cause même à titre particulier (Voy. t. VII, n° 55).

On objecte cependant que le créancier gagiste n'a aucun intérêt à invoquer le droit de rétention, puisqu'il est investi d'un droit bien supérieur, d'un privilège qui lui permettra de se faire payer sur le prix de l'objet engagé par préférence aux autres créanciers. On conclut en conséquence que le droit de rétention est *étranger aux créanciers* (2)...

Mais la présence d'un privilège ne fait pas disparaître, pour le créancier, tout intérêt à se prévaloir du bénéfice résultant de la rétention. Quoique ayant un privilège, le créancier peut avoir le plus grand intérêt à rester nanti de la possession afin de pouvoir demeurer maître de choisir le moment opportun pour la vente de la chose engagée. Il pourrait arriver, en effet, si la chose était immédiatement vendue sur la poursuite des autres créanciers, qu'elle fût adjugée à vil prix, de sorte que, malgré son privilège, le créancier gagiste ne soit pas entièrement désintéressé. D'un autre côté si la

(1) Voy. référé, Trib. Anvers, 2 mars 1888, *Pas.*, 88, 3, 147; Bruxelles, 8 nov. 1858, *Pas.*, 59, 2, 5.

(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 502; GUILLOUARD, n° 139; Comp. THÉZARD, *Du nantiss.*, n° 16; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1029.

chose engagée produit des intérêts que le créancier pourra imputer conformément à l'art. 2081, celui-ci aura un grand avantage à demeurer nanti. Enfin le créancier peut craindre que son privilège soit contesté, que les formalités requises pour son acquisition aient été omises ou n'aient pas été suffisamment remplies.

Il peut même arriver que la loi n'accorde au créancier gagiste que le droit de rétention, comme dans la situation prévue par l'art. 2081 § 2, qui constitue un cas de gage tacite dont nous parlerons ci-après.

Dans toutes les hypothèses le droit de rétention sera donc opposable aux tiers, quoiqu'il ne soit pas un droit réel (1). Il n'est pas possible de limiter ses effets, comme l'ont voulu certains auteurs (2), entre la personne du créancier et celle des débiteurs ou de leurs représentants *universels*. A cette formule il faut substituer la suivante : Le droit de rétention doit produire ses effets entre la personne du créancier et celle du débiteur ou de leurs ayants-cause généralement quelconques, — ce qui comprend les ayants-cause à titre particulier, — c'est-à-dire les créanciers chirographaires, et même ceux qui n'ont été munis d'un privilège ou d'une hypothèque qu'à une époque postérieure à celle de la constitution du gage.

397. Le cas de gage tacite où le créancier gagiste n'a d'après nous que le droit de rétention, sans privilège, se rencontre dans l'espèce suivante :

ART. 2082 § 2. S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir

(1) AUBRY et RAU, § 256 *bis*, texte et notes 21.

(2) Voy. DURANTON, t. XIX, n° 8; VALETTE, *Priv. et hyp.*, n° 7; GLASSON, *Dr. de rét.*, p. 35-46; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1292; GUILLOUARD, *Dr. de rét.*, n°s 22 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1029.

du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.

Cette décision repose sur une interprétation de la volonté probable des parties. Quand une personne a déjà consenti un prêt d'une certaine somme, mais moyennant la constitution d'un gage, et que, postérieurement, elle accorde sans stipuler une sûreté nouvelle, un second prêt qui devient exigible avant le paiement du premier, la loi conclut qu'il a été tacitement entendu que le gage affecté à la première dette le serait également à la seconde. Il va de soi que si, au moment de l'exigibilité de la seconde dette, le débiteur se présente pour en effectuer le paiement, le créancier recevra ce paiement sans être tenu de restituer un gage qui n'a pas été affecté à la sûreté de la dette payée. Mais la loi suppose que le debiteur n'a pas payé la seconde dette à son échéance, de telle sorte que cette dette est demeurée impayée jusqu'à l'époque de l'exigibilité de la première. En pareil cas les deux dettes sont considérées comme réunies, et le débiteur n'est pas admis à les diviser pour réclamer son gage sans payer tout ce qu'il doit.

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que la nouvelle dette résulte de rapports contractuels intervenus entre le même débiteur et le même créancier. Le créancier ne pourra donc pas se prévaloir de l'art. 2082 § 2 s'il n'a été investi de la seconde créance que par voie de cession, de subrogation ou de succession, ou si l'objet du gage avait été fourni par un tiers au moment de la formation du contrat de gage (1), ou si le nouvel engagement était contracté par ce même tiers (2). C'est une conséquence de cet aperçu qu'il s'agit d'appliquer d'après l'intention probable des parties.

(1) AUBRY et RAU, § 4343, texte et note 3; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1496; LAURENT, t. XXVIII, n° 507; V. cep. Paris, sous Cass. 8 mai 1881, S. 82, 1, 150.

(2) Liège, 30 déc. 1865, *Pas.*, 66, 2, 89.

Il suit du même aperçu que la seconde dette doit être née postérieurement à la constitution du gage.

Enfin il faut que la dette non garantie devienne exigible avant le paiement de la première dette ou en même temps.

Il n'est pas nécessaire, pour l'exercice du droit de rétention, que la seconde dette, qui n'est pas munie d'un gage spécial, soit établie par un acte rédigé selon les prescriptions de l'art. 2074. L'acte devra, néanmoins, avoir une date certaine avant la saisie ou la faillite, et si le gage consistait en une créance, il faudra encore que cet acte soit notifié au débiteur de la créance engagée, parce que, jusqu'à ce moment, le créancier ne se trouve saisi, par rapport à lui, qu'à concurrence de la première dette.

398. Le débiteur gagiste ne saurait évidemment, par un acte émané de lui, faire disparaître le droit conféré au créancier par l'art. 2082 § 2; par conséquent, s'il a aliéné le gage, il n'a pu conférer à l'acquéreur le droit de prendre possession du gage, alors que lui-même n'avait pas un tel droit. Le droit de rétention sera donc opposable à l'acquéreur, dans le cas envisagé, et devra dès lors être également opposable à la masse des créanciers.

C'est à ce droit de rétention que le texte de l'art. 2082 limite les avantages accordés au créancier; *il ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant le paiement de la première dette...* Vouloir lui accorder encore un privilège, ce serait, dans une matière de droit étroit, dépasser manifestement les termes de la loi (1).

Cette solution est d'abord conforme à la volonté probable des parties. Les avantages accordés au créancier détenteur du gage dérivent en effet de la volonté libre des deux parties

(1) DURANTON, t. XVIII, n° 567; AUBRY et RAU, § 434, texte et note 4; LAURENT, t. XXVIII, n° 508; ARNTZ, t. IV, n° 1596; GUILLOUARD, n° 157; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1033; Cass. belge, 26 avr. 1872, *Pas.*, 72, 1, 234; *Contrà*, PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1199.

qui sont tombées d'accord pour la constitution d'un *pignus* proprement dit. Mais dans le cas d'un gage tacite tel que celui qui est décrit par l'art. 2082, tout ce qu'on peut dire, c'est que les parties, au point de vue du droit de rétention, ont consenti à former un tout inséparable par la réunion de la seconde dette à la première.

399. Cette réunion indivisible des dettes d'origine diverse que le gage doit garantir, n'est qu'un cas d'application de la première partie de l'art. 1220. Mais le gage en lui-même est véritablement indivisible comme l'hypothèque :

ART. 2083. Le gage est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette, entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. — L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est ras entièrement acquittée. — Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés (*).

De ce que le gage est indivisible, il suit encore que dans le cas où le nantissement serait nul, la nullité pourrait en être demandée par un seul des héritiers du débiteur (1).

Il faut toutefois remarquer que l'indivisibilité du gage ne fait pas obstacle à la division de l'obligation principale. Ainsi le créancier gagiste peut bien retenir le gage jusqu'à l'entier acquittement de sa créance, mais il ne pourra pas, pour cela, refuser le paiement qu'un des héritiers du débiteur lui offrirait pour sa part.

L'indivisibilité n'est pas d'ailleurs de l'essence du nantissement, et les parties pourraient, par exemple, convenir que les objets remis en gage seraient remis partiellement au débiteur dans la proportion des paiements partiels effectués sur la dette (2).

400. Les causes d'extinction qui peuvent affecter l'obliga-

(*) Art. 2083. — L. 8 § 2, L. 9 § 3, L. 11, D. 13, 7, *De pignerat. act.*
(1) Cass. 28 avr. 1857, D. 57, 1, 219.
(2) Comp. Cass. 18 déc. 1866, D. 67, 1, 307.

tion principale doivent évidemment entraîner l'extinction de la sûreté accessoire résultant du gage.

Au nombre de ces causes, il faut tout d'abord placer le paiement intégral de la dette garantie, ou une satisfaction quelconque agréée par le créancier.

Mais si l'extinction de l'obligation, par suite de son exécution, libère le gage, il en est autrement lorsque l'obligation est résolue par suite d'inexécution; dans ce cas, le gage répond des conséquences de cette inexécution (1).

La prescription qui viendrait éteindre l'obligation principale aurait aussi pour conséquence de faire évanouir le gage. Mais il importe de montrer comment il peut se faire que la prescription puisse venir éteindre une obligation garantie par un gage, alors que la persistance du gage entre les mains du créancier doit conserver indéfiniment le droit d'action qui appartient à celui-ci.

Il y a cependant des hypothèses qui laissent place à l'application des principes sur la prescription. Ces hypothèses pourront se réaliser quand le créancier aura perdu la possession de la chose. Le créancier, par exemple, aura indûment transporté à un tiers la possession du gage; il est alors certain que le gage ne sera plus là pour conserver ses droits.

Si c'est le débiteur qui s'est emparé de la chose engagée, le créancier pourra agir soit par l'action pignératicienne pour obtenir la réintégration du gage, soit par l'action principale pour obtenir le paiement nonobstant la non-échéance du terme, puisque le débiteur aura par son fait diminué le gage de son créancier (art. 1188). En pareil cas, la prescription de l'action principale courra parrallèlement à la prescription de l'action pignératicienne contraire.

La perte de la chose donnée en gage aura aussi pour conséquence naturelle de mettre fin aux rapports contractuels

(1) Paris, 23 mai 1879, D. 82, 1, 13.

résultant de la constitution du gage. Mais pour qu'il en soit ainsi, il ne faut pas que la perte de la chose laisse subsister l'action pignératicienne soit directe, soit contraire, c'est-à-dire que cette perte doit résulter d'un cas fortuit, et non pas d'un fait imputable soit au créancier, soit au débiteur. Si, en effet, la chose avait péri par le fait du créancier, il ne serait pas exact de dire que le contrat de gage a pris fin, puisque le débiteur a, par ce fait, une action contre le créancier. Si la chose périssait entre les mains du créancier par suite d'un vice connu du débiteur et frauduleusement dissimulé par lui, le créancier aurait le choix entre l'action pignératicienne et l'action en paiement.

Enfin le gage s'éteindra par la renonciation volontaire, expresse ou tacite, du créancier.

N° 6. — *Du gage en matière de commerce.*

401. — Renvoi prononcé par l'art. 2084.
402. — L. du 12 mai 1863 relative au gage commercial, art. 91, C. com.
403. — Mise en possession du créancier; vente du gage, art. 92, 93, C. com.
404. — Maisons de prêts sur gage; monts-de-piété.
405. — Avances sur titres par la Banque de France, le Crédit foncier.
406. — Magasins généraux; warrants, endossement.

401. Nous avons pu facilement constater que les dispositions contenues dans les art. 2071 à 2083 sont quelquefois fort gênantes, rendent difficile la constitution d'un gage et par conséquent ne favorisent pas suffisamment le crédit privé. Le législateur s'en est rendu compte; et, comme si le crédit civil ne méritait pas la même protection que le crédit commercial, il a semblé promettre, pour les matières de commerce, des règles plus faciles et mieux en harmonie avec les besoins du marché français :

ART. 2084. Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit *les lois et règlements* qui les concernent.

Mais le Code de commerce ne réglementait pas spécialement le gage commercial. Par conséquent, nonobstant le texte qui précède, les dispositions du Code civil ont formé par la force des choses, le droit commun pour le gage commercial, notamment les art. 2074 et 2075 (1).

402. C'est seulement en 1863 que la loi du 12 mai de la même année, dont nous avons déjà eu à citer quelques dispositions, a introduit dans le Code de commerce les simplifications promises. Mais comme cette loi s'est bornée à modifier ou à compléter les règles du Code civil, dans les cas seulement où cela a paru nécessaire, on doit décider, encore aujourd'hui, que ces règles demeurent applicables aux matières de commerce quand la loi de 1863 n'y a pas dérogé par le texte nouveau inséré au Code de commerce (2).

Le gage est commercial quand il est constitué pour garantir une obligation commerciale, quelle que soit d'ailleurs la nature ou le caractère de la chose donnée en gage. Ainsi le caractère civil des actions ou parts d'une société (charbonnière) n'enlève pas le caractère commercial au gage dont elles ont formé l'objet pour une dette commerciale (3). L'application des règles nouvelles admises en 1863 ne doit donc pas être restreinte aux gages qui sont représentés par des valeurs commerciales. Il n'y a pas davantage à se préoccuper de la profession du créancier ni de celle du débiteur, quoique la profession de ce dernier puisse être prise en considération pour savoir si l'obligation garantie est commerciale, attendu que les obligations contractées par un commerçant sont présumées l'avoir été pour les besoins de son commerce (4).

(1) Voy. Cass. 13 janv. 1868, D. 68, 1, 125 et les renvois.

(2) GUILLOUARD, n° 121.

(3) Cass. belge, 29 oct. 1886, *Pas.*, 86, 1, 362.

(4) AUBRY et RAU, § 433, texte et note 5; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Dr. comm.*, t. III, n° 261; GUILLOUARD, n° 122; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1038.

Ces solutions dérivent clairement des premières lignes de l'art. 91, C. com., ainsi conçu :

« Le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'art. 109, C. com. », c'est-à-dire à peu près par tous les moyens de preuve.

Par conséquent l'art. 2074 se trouve supprimé en matière commerciale. Ce premier paragraphe embrasse dans sa généralité tous les biens meubles corporels et incorporels, les titres au porteur comme les autres.

L'art. 91 ajoute que : « Le gage à l'égard de valeurs négociables peut *aussi* (c'est-à-dire indépendamment de l'application de l'art. 109 dont il vient d'être parlé) être établi par un endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie. »

Cette disposition reçoit de fréquentes applications dans la transmission, par la voie de l'endossement à titre de garantie, d'un connaissement qui représente en quelque sorte la marchandise (1).

L'art. 91 ajoute encore : « A l'égard des actions, des parts d'intérêt et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut *également* (c'est-à-dire encore indépendamment de l'application de l'art. 109 dont il a été parlé dans le paragraphe premier) être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur lesdits registres. »

Par conséquent il n'est pas permis de dire que l'art. 91 est limitatif en ce sens que le gage ne pourrait être constitué au regard des tiers que par voie d'endossement, s'il s'agit de

(1) Voy. Cass. 31 mai 1892, D. 94, 1, 185.

valeurs négociables, ou par voie de transfert s'il s'agit de titres nominatifs (1).

On ne saurait davantage soutenir que si le gage n'est pas constaté par un endossement ou un transfert, les parties sont obligées d'observer les formalités de l'art. 2075; rien n'autorise à éliminer ainsi l'art. 109 du Code de commerce dont le premier paragraphe de l'art. 91 proclame l'application, et les déclarations faites lors des travaux préparatoires de la loi de 1863 confirmant cette manière de voir (2).

Pour les créances données en gage, l'art. 91 contient un paragraphe spécial aux termes duquel : « il n'est pas dérogé aux dispositions de l'art. 2075 du Code civil, en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport fait au débiteur. »

Enfin l'art 91 est terminé par la disposition suivante que nous avons déjà eu l'occasion de citer :

« Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste. »

403. En ce qui touche la mise en possession du créancier gagiste, le nouvel art. 92 du Code de commerce reproduit d'abord textuellement les termes de l'art. 2076, C. C.

« Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. »

Le principe devait, en effet, être le même en matière commerciale qu'en matière civile; mais l'application en est différente, aussi le texte ajoute-t-il :

« Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses ma-

(1) *Contrà*, Trib. comm. Joigny, 24 oct. 1876, D. 79, 2, 154.

(2) Duvergier, *Coll. des lois*, 1863, p. 411 et 415; Cass. 12 mars 1879, D. 80, 1, 118; Douai, 12 mars 1891, D. 93, 2, 140; Guillouard, n° 127; *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. III, n° 277.

gasins ou navires, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture. »

Par conséquent le banquier qui escompte la traite tirée par un négociant sur un autre négociant pour obtenir le paiement de marchandises expédiées par mer, et qui reçoit en garantie le connaissement, acquiert *ipso facto*, ainsi que cela a été jugé par la Cour d'Alger, un privilège sur les marchandises qu'il a prises en gage, et qui, si elles sont remises au tiré, ne demeurent entre ses mains que comme une provision de la traite fournie sur lui (1).

Cette décision ajoute qu'il doit en être ainsi, même dans le cas où le connaissement est à personne dénommée et que sa remise au banquier n'a été notifiée ni au capitaine ni à l'armateur suivant les formes prescrites par les art. 1690 et 2075, C. C. Ce qui pourrait faire doute, c'est que le connaissement en même temps qu'il représente en quelque sorte la marchandise vis-à-vis du destinataire, constitue un titre de créance à l'égard du capitaine responsable des marchandises qu'il a pris en charge (2).

Mais le banquier qui, pour sûreté d'une avance de sommes d'argent, reçoit en gage de son débiteur des connaissements des marchandises, et les transmet ensuite, avec mission de garantir ses droits, à un tiers antérieurement désigné par le débiteur, pour les livrer à un acheteur convenu, conserve, vis-à-vis des ayants-cause de ce même débiteur, un droit de préférence sur le prix dû par l'acheteur, alors même que le tiers ne l'a pas indiqué à ce dernier comme étant vendeur ou commettant (3).

A défaut de paiement à l'échéance, le créancier, d'après l'art. 93, C. com., peut, huit jours après une simple signifi-

(1) Alger, 15 nov. 1893, D. 95, 2, 353.
(2) Cass. 29 nov. 1881, D. 82, 1, 70.
(3) Cass. 6 fév. 1882, D. 82, 1, 145.

cation faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder, sans autorisation préalable de justice, à la vente publique des objets donnés en gage, dans les formes indiquées au texte. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités prescrites est nulle. Il ne saurait être question de l'attribution par justice de l'objet du gage au créancier l'art. 2078 n'est plus applicable en matière commerciale (1).

404. L'art. 2084 déclare encore que les dispositions du droit commun ne sont pas applicables aux *maisons de prêt sur gage autorisées*.

Les maisons de prêt sur gage dont la loi veut parler sont principalement les *monts-de-piété*.

Il y a deux sortes de monts-de-piété. Les premiers sont établis dans les lieux où la caisse des hospices ou bien encore la caisse municipale peuvent les alimenter. Ils ont pour but de *remédier aux maux de l'usure*. Mais ils arrivent en définitive à faire payer sous diverses formes aux emprunteurs sur gage, un intérêt supérieur au taux légal, et qui représente quelquefois jusqu'à 12 % l'an (2). Les conseils d'administration des monts-de-piété peuvent, d'après la loi du 24 juin 1851, être révoqués par arrêté préfectoral. Ce qui caractérise ces monts-de-piété, c'est que tout individu est admis, d'après l'art. 47 du décret du 8 thermidor an XIII, sur le mont-de-piété de Paris, à obtenir un prêt sur nantissement, à la seule condition d'être connu et domicilié, sans avoir besoin de produire un certificat quelconque.

A côté de ces monts-de-piété qu'on pourrait appeler *officiels*, il y a des établissements dits de *prêt gratuit*, alimentés par des dons ou fondations spéciales. Ce qui caractérise ces établissements, c'est que le plus souvent, ils ne prêtent qu'à

(1) Paris, 8 mars 1873, D. 74, 2, 70; Comp. Cass. 14 mars 1870, D. 70, 1, 122.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1038.

des individus porteurs d'un certificat délivré par le curé ou autre personnage notable. Ces établissements sont exclusivement régis par leurs règlements ou statuts particuliers, et d'après l'art. 10 de la loi précitée du 24 juin 1851, les préfets n'ont aucune action sur leur personnel (1).

Il faut remarquer encore que l'art. 70 du décret du 8 thermidor an XIII, soustrait le mont-de-piété de Paris à l'application de l'art. 2279, excepté dans les cas de fraude, dol ou négligence dans l'exécution des règlements, notamment de 'art. 47, qui n'admet à déposer de nantissement que les individus connus et domiciliés (2). Il est certain que les établis- privés de prêt charitable ou gratuit ne pourraient prétendre échapper à l'application de l'art. 2279.

La constitution du gage se constate entre les parties et à l'égard des tiers par les registres de l'établissement (3). Les objets non dégagés en temps utile sont vendus aux enchères publiques. L'administration d'un mont-de-piété qui a fait vendre, avant le terme fixé, les objets déposés en gage, encourt, à raison de cette faute, la responsabilité de droit commun, et non celle qui est spécialement édictée par son règlement pour le cas de perte du nantissement, ce dernier cas fortuit ne pouvant se confondre avec celui dans lequel la disparition du gage provient du fait de l'administration elle-même (4).

405. La Banque de France et le Crédit foncier sont également autorisés à faire des prêts sur gage dans des conditions particulières. La Banque peut prêter sur les effets publics à échéance fixe qui lui sont donnés en recouvrement, les lingots ou monnaies étrangères déposés par l'emprunteur, les

(1) Cons. d'Etat, 3 juin 1881, D. 82, 3, 116.
(2) Paris, 24 janv. 1881, D. 81, 2, 54.
(3) AUBRY et RAU, § 433, texte et note 7; GUILLOUARD, n° 133.
(4) Cass. 13 mars 1883, D. 84, 1, 112.

différents titres émis par l'Etat français, rentes sur l'Etat, bons du trésor, les actions et obligations des chemins de fer français, les obligations de la ville de Paris, des villes et des départements, les obligations de la Compagnie algérienne et du Crédit foncier (1).

Les formes de la constitution du gage sont réglées par l'art. 3 de l'ord. du 15 juin 1834 ainsi conçu : « L'emprunteur souscrira envers la Banque l'engagement de rembourser, dans un délai qui ne pourra excéder trois mois, les sommes qui lui auront été fournies. »

Le Crédit foncier peut prêter sur les obligations par lui émises, sans être tenu d'observer les formalités prescrites par les art. 2074 et suiv., à la seule condition que l'emprunteur souscrive un engagement dans la forme prescrite par l'ord. du 15 juin 1834 relative aux prêts faits par la Banque de France.

D'après l'art. 2 de la loi du 19 juin 1857, le privilège de la société du Crédit foncier sur l'obligation donnée en nantissement résulte de l'engagement souscrit par l'emprunteur dans la forme prescrite par les art. 3 et 5 de l'ord. précitée du 15 juin 1834. D'après l'art. 3 de la même loi de 1857, à défaut de remboursement, dès le lendemain de l'échéance, la société du Crédit foncier peut, sans qu'il soit besoin de mise en demeure, faire procéder par le ministère d'un agent de change, à la vente du titre, conformément aux dispositions du même art. 5.

406. La loi du 28 mai 1858 qui a organisé les magasins généraux pour recevoir en dépôt des objets mobiliers, a autorisé les déposants à donner en gage les objets ainsi déposés. Ce gage est constitué par l'endossement du warrant

(1) Voy. D. 16 janv. 1808, art. 12, 16 et 20; L. 17 mai 1834, art. 3; L. 20 juin 1840, art. 3; D. 3 mars 1852, art. 2; D. 28 mars 1852, art. 1; L. 9 juin 1857, art. 7; D. 13 janv. 1869, art. 1; D. 28 fév. 1880, art. 1.

ou bulletin de gage au profit du créancier, et la transcription de cet endossement sur les registres du magasin, conformément aux art. 4 et 5 de la loi précitée ainsi conçus :

« Art. 4. L'endossement du warrant, séparé du récépissé, vaut nantissement de la marchandise au profit du cessionnaire du warrant...

« Art. 5. L'endossement... doit être daté. — L'endossement du warrant, séparé du récépissé, doit, en outre, énoncer le montant intégral, en capital et intérêts, de la créance garantie, la date de son échéance, et les noms, profession et domicile du créancier... »

Par conséquent la simple remise du récépissé et des warrants des marchandises déposées dans des magasins généraux ne suffit point pour opérer au profit du porteur les effets d'un nantissement. Il faut que le récépissé ou le warrant soit endossé par le titulaire de la marchandise au profit du porteur, et que l'endossement soit transcrit sur les registres des magasins (1). Le nantissement peut être établi par un endossement en blanc, s'il résulte des constatations puisées dans les éléments du procès que cet endossement ne constitue pas une simple procuration, et que le récépissé a été remis à titre de gage (2). En effet, l'endossement des récépissés n'a pas toujours lieu à titre de nantissement, et peut ne conférer au prêteur qu'un mandat pour disposer des marchandises (3).

Le principe de l'indivisibilité du gage est applicable aux marchandises warrantées; la consignation d'une partie seulement de la somme à rembourser ne pourrait autoriser un retirement partiel des marchandises (4). Enfin la règle que le créancier gagiste ne peut exercer son droit de préférence que

(1) Cass. 11 juill. 1876, D. 77, 1, 156.
(2) Cass. 12 mars 1879, D. 80, 1, 118.
(3) Cass. 15 déc. 1884, D. 86, 1, 120.
(4) Paris, 5 avr. 1877, D. 79, 2, 129.

sur le prix provenant de la vente de la chose engagée, s'applique au porteur de warrant comme à tout autre créancier gagiste (1).

La loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux et celle du 23 mai 1863 qui a modifié l'art. 92, C. com., n'interdisent pas la création d'établissements, même spéciaux, pour les négociations qu'elles permettent afin de venir en aide aux besoins du commerce. Mais l'usage des prêts sur warrants ne saurait couvrir les actes que l'art. 411, C. P., a pour but de réprimer, et autoriser l'existence d'une maison qui aurait la spécialité notoire du prêt sur nantissement, soit au profit des commerçants sur dépôt de marchandises autres que celles dont ils trafiquent ordinairement, soit au profit des non commerçants sur dépôt de marchandises achetées exprès à crédit pour servir de gage (2).

Nous devons remarquer en finissant, que l'art. 93 tel qu'il est résulté de la loi du 23 mai 1863, constitue une loi générale, qui ne saurait avoir abrogé les dispositions spéciales relatives aux modes de réalisation du gage concernant la Banque de France, le Crédit foncier, les magasins généraux, etc. (3).

(1) Cass. 2 août 1880, D. 81, 1, 227.
(2) Cass. 24 janv. 1884, D. 84, 1, 425.
(3) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. III, n° 319; Guillouard, n° 183; *Contrà*, Alauzet, *Dr. comm.*, t. I, n° 794.

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

407. — Notion de l'antichrèse, art. 2085.
408. — Comment elle s'établit.
409. — Mise en possession du créancier.
410. — Le créancier n'a qu'un droit aux fruits, sans privilège. Pourquoi?
411. — L'antichrèse est un droit réel.
412. — Conséquences.
413. — Conditions requises chez celui qui constitue l'antichrèse.
414. — Droits du créancier antichrésiste; il peut donner l'immeuble à bail.
415. — Obligations du créancier quant à l'immeuble engagé, art. 2086.
416. — Il a le droit de rétention. art. 2087,
417. — Et la faculté d'expropriation en cas de non-paiement, art. 2088; mais il ne peut garder l'immeuble. Prohibition de toute clause contraire.
418. — Vente à réméré, contrat pignoratif, nullité.
419. — Imputation des fruits, compensation, art. 2089.
420. — Comparaison de l'antichrèse avec le gage, art. 2090.
421. — Cas où l'immeuble donné à antichrèse était déjà grevé de droits réels, art. 2091.

407. Par l'antichrèse on donne, à titre de nantissement, la jouissance d'un immeuble.

L'étymologie du mot *antichrèse* éveille l'idée d'une convention produisant une sorte de compensation entre les intérêts de la dette et les fruits ou revenus de l'immeuble (1). Dans le droit moderne le créancier reçoit les fruits non pour les compenser, du moins en principe, mais sous la condition de les imputer sur les intérêts d'abord et sur le capital ensuite.

C'est ce que dit la loi :

ART. 2085. L'antichrèse ne s'établit que par écrit. — Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir

(1) Voy. L. 14, C. 4, 32, *De usuris.*

les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance (*).

L'antichrèse est donc un contrat accessoire, réel et unilatéral, par lequel le débiteur, ou un tiers pour lui, livre au créancier un immeuble, avec autorisation d'en percevoir les fruits, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts d'abord, s'il y a lieu, et ensuite sur le capital, ou sur le capital seulement si la créance garantie n'est pas productive d'intérêts.

408. L'antichrèse ne s'établit que par un écrit, dit le texte ci-dessus. Mais cet écrit n'est exigé qu'à l'égard des tiers. Il faut même la transcription vis-à-vis de ces derniers. Entre les parties la nécessité d'un écrit n'a d'autre but que l'exclusion de la preuve par témoins et par présomptions judiciaires, même avec un commencement de preuve par écrit, mais ne met pas obstacle à celle qui résulte de l'aveu ou du serment. L'art. 2 § 3 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, suppose d'ailleurs que l'antichrèse peut être prouvée autrement que par écrit. Aux termes des art. 2 et 3 de cette loi, les actes contenant constitution d'antichrèse et les jugements déclarant l'existence d'un pareil droit en vertu d'une convention verbale, sont soumis à la formalité de la transcription, et ne peuvent être opposés aux tiers qui, avant l'accomplissement de cette formalité, auraient acquis des droits sur l'immeuble, et les auraient conservés en se conformaet aux lois (Voy. cep. art. 10 et 11 de cette loi).

Pourquoi, dans notre matière, a-t-on écarté la preuve testimoniale? Il est difficile de le savoir. Peut-être pourrait-on l'expliquer en rapprochant l'art. 2085 de l'art. 1907 qui consacrait la liberté du taux de l'intérêt conventionnel, mais en ordonnant, en vue d'un intérêt général, qu'il fût fixé par écrit. Quoi qu'il en soit, on doit admettre que la prohibition

(*) Art. 2085. — L. 11 § 1, D. 20, 1, *De pign. et hyp.*

de la preuve testimoniale fléchirait, si l'acte primitivement dressé avait été perdu par l'effet d'un cas fortuit (art. 1348).

409. Il résulte de l'art. 2071 que le créancier antichrésiste doit être mis en possession; cette possession peut aussi, comme pour le gage, être donnée à un tiers. On a soutenu que cette mise en possession n'est plus nécessaire depuis la loi de 1855 qui a eu pour but d'organiser une publicité de nature à avertir les tiers. Il y aurait donc, à ce point de vue, double emploi entre la transcription et la mise en possession. Cette dernière mesure serait donc devenue inutile (1). Mais l'antichrèse, contrat réel, ne peut donner lieu à un acte valable que dans le cas de mise en possession du créancier (2) et est opposable aux tiers. Or, les créanciers chirographaires sont désintéressés en matière de transcription. Si, donc, l'on supprimait la mise en possession, l'antichrèse ne leur serait plus opposable. La transcription ne remplace donc pas la mise en possession. La majorité des auteurs reconnaît, pour d'autres raisons, que les rédacteurs de la loi de 1855 n'ont voulu faire ni fait une innovation (3).

410. L'antichrésiste n'acquiert, d'après l'art. 2085, que le droit de percevoir les fruits de l'immeuble. C'est ce droit qui est constitué à titre de sûreté d'une créance. Sans doute le créancier acquiert, en outre, le droit de retenir l'immeuble jusqu'à l'entier acquittement de la dette (art. 2087), mais le caractère spécial du contrat consiste dans le droit aux fruits; c'est pour cela que l'art. 2085 s'en préoccupe surtout (4) et c'est encore pour ce motif que le créancier antichrésiste n'a pas de privilège sur l'immeuble donné à antichrèse.

Le privilège, en effet, ne pourrait porter que sur la chose

(1) MOURLON, *De la transcription*, t. I, n° 89.
(2) LAURENT, t. XXVIII, n° 542.
(3) FLANDIN, *Transcription*, t. I, n° 407; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1232; GUILLOUARD, n° 27 1°.
(4) GUILLOUARD, n° 207.

donnée en nantissement. Or, ce n'est pas, en réalité, l'immeuble qui est donné en nantissement, c'est seulement un droit détaché de l'immeuble, le droit aux fruits, et sur ce droit le créancier a plus qu'un privilège puisqu'il devient attributaire des fruits eux-mêmes, et qu'il peut chaque année les absorber au moyen des imputations qu'il a le droit de faire. Par conséquent, il n'a pas besoin d'un privilège, en tant que ce privilège devrait porter sur les fruits, et il ne peut pas en avoir en tant qu'il s'agirait de le faire porter sur la pleine propriété de l'immeuble, puisque cette pleine propriété ne fait pas partie du nantissement qui lui a été conféré.

411. On peut seulement agiter la question de savoir si l'antichrèse donne seulement un droit personnel de jouissance, analogue à celui qui résulte d'un bail ainsi que le soutiennent quelques auteurs (1), ou si ce droit de jouissance constitue un droit réel. La question est controversée. Pour la résoudre on fait intervenir dans la discussion des aperçus tirés de l'ancien droit et la loi de 1855 sur la transcription; nous pensons qu'il faut éliminer ces prétendus arguments tirés de la législation antérieure ou postérieure à la rédaction des textes du Code, et qui ne peuvent donner lieu qu'à de simples considérations.

L'antichrèse est une variété du nantissement. Or, il résulte de l'art. 2071 que le nantissement est un contrat par lequel le débiteur remet au créancier une chose *pour sûreté de la dette*. L'antichrèse constitue par conséquent une *sûreté*. La sûreté consiste non pas dans le droit de rétention, qui n'est pas le but final du contrat et qui n'existe qu'à l'occasion du contrat, mais dans la possibilité d'être payé sur les fruits. Or une sûreté non réelle ne serait pas une sûreté, puisqu'elle ne protègerait pas celui au profit de qui elle existe (2). Le

(1) LAURENT, t. XXVIII, n° 540; ARNTZ, t. IV, n° 1604; Comp. AUBRY et RAU, § 438, texte et note 9; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1048.

(2) VALETTE, *Priv. et hyp.*, n° 7.

bail, quoique donnant le droit de recueillir les fruits, n'engendre pas un droit réel, parce que le droit aux fruits n'a pas été constitué à titre de sûreté. D'ailleurs, comme le fait remarquer Laurent, qui cependant soutient que l'antichrèse ne donne pas au créancier un droit *dans l'immeuble*, « il y a (dans l'antichrèse) un des droits inhérents à la propriété qui en est *démembrée*... Le propriétaire seul peut *démembrer* la propriété... Puisque l'antichrèse *démembre* la propriété, la constitution de l'antichrèse dépasse par cela même le pouvoir d'administration (1). » Mais comment admettre que le créancier antichrésiste, acquéreur d'un *démembrement* de la propriété, ne devient pas acquéreur d'un droit réel? Concluons donc, sans avoir besoin de chercher une autre raison de décider, que l'antichrèse procure au créancier un droit réel (2).

412. Nous ne dirons pas que la conséquence directe de cette conclusion est de rendre le droit du créancier antichrésiste opposable aux tiers, puisque cette possibilité d'opposer aux tiers un tel droit est admise par certains auteurs partisans de la personnalité de ce droit (3). Mais voici quelques conséquences qui découlent directement de notre doctrine :

1° Le droit résultant de l'antichrèse est immobilier et doit être traité comme tel, il ne tombe donc pas en communauté;

2° Le créancier antichrésiste peut exercer en son nom personnel les actions possessoires. Il pourra aussi intenter l'action en bornage, mais seulement comme pourrait le faire

(1) T. XXVIII, n° 530.

(2) Cass. 24 janv. 1872, S. 72, 1, 21; Trib. Seine, 31 mai 1889, *Pand. franç.*, 90, 2, 79; DURANTON, t. XVIII, n° 560; MOURLON, *Transcription*, t. I, n° 92; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1277; GUILLOUARD, n° 243.

(3) Voy. AUBRY et RAU, § 438, texte et note 9; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1048.

l'usufruitier, c'est-à-dire que le bornage opéré ne sera pas obligatoire pour le propriétaire (Voy. t. IV, n° 209), sauf au voisin, assigné en bornage par l'antichrésiste, à mettre le débiteur en cause pour avoir avec lui un bornage contradictoire (1).

Dans le système qui admet la personnalité du droit de l'antichrésiste, celui-ci ne peut agir en bornage, mais il peut agir en réintégrande en son propre nom. Pour les autres actions possessoires, il ne peut les exercer qu'au nom de son débiteur (2).

3° L'action naissant de l'antichrèse est une action réelle immobilière, le tribunal de la situation de l'immeuble est compétent pour en connaître (3).

413. Dans les deux opinions qui se sont produites sur la nature du droit résultant de l'antichrèse, on reconnaît que pour constituer cette sûreté particulière, il faut être propriétaire ou, tout au moins, usufruitier de l'immeuble envisagé. L'antichrèse créée par un usufruitier ne peut évidemment avoir une durée plus longue que l'usufruit lui-même.

Par conséquent, le mari usufruitier en vertu du régime matrimonial adopté par les conjoints pourra, pour toute la durée du régime, donner à antichrèse les immeubles de la femme dont il a l'usufruit. Mais le mari ne pourrait pas donner à antichrèse l'immeuble dotal, à cause de son inaliénabilité (Voy. t. IX, n° 447, 2°).

On admet encore dans les deux opinions ci-dessus rapportées que pour constituer l'antichrèse il faut être capable d'aliéner. Ce pouvoir n'appartient donc pas à ceux qui ont seulement la faculté de poser des actes d'administration

(1) DEMOLOMBE, t. XI, nos 256, 257; GUILLOUARD, n° 247; Voy. cep. PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1235.

(2) LAURENT, t. XXVIII, nos 547, 548.

(3) GUILLOUARD, n° 248.

comme le tuteur (1) et le mineur émancipé. Il faut en dire autant de la femme simplement séparée de biens (2).

414. Le créancier qui jouit, dans les termes de l'art. 2085, de l'immeuble engagé, doit respecter l'état de choses établi par le propriétaire. Il ne peut apporter aucune innovation dans la condition de l'immeuble ni en changer la destination ou le mode d'exploitation.

Suivant l'opinion presque unanime des auteurs, il peut jouir par lui-même de l'immeuble engagé ou le donner à bail (3). Nous croyons aussi que le créancier est implicitement autorisé par la nature du contrat à donner à bail l'immeuble sur lequel repose la sûreté par lui stipulée. Cette faculté est le complément naturel de l'utilité que peut procurer l'antichrèse. Le débiteur est intéressé à ce qu'il en soit ainsi, car il pourrait ne pas trouver les capitaux dont il a besoin, si celui qui ne veut prêter que sur antichrèse était obligé d'exploiter lui-même l'immeuble offert. C'est donc en vertu d'une sorte de mandat implicite contenu dans l'antichrèse que le créancier pourra louer l'immeuble à un tiers.

L'étendue rationnelle que comporte un tel mandat permet de décider sans difficulté que le créancier antichrésiste, comme administrateur contractuel de la chose d'autrui, aura pu valablement louer pour une période de neuf années l'immeuble du débiteur, et que s'il vient à être remboursé pendant la durée du bail, le bail continuera de produire ses effets pour toute la période convenue (4). Pour justifier une telle solution il est inutile, il est surtout dangereux d'invo-

(1) Pau, 9 août 1837, S. 38, 2, 350.

(2) Cass. 22 nov. 1841, D. *Répert.*, v° *Nantissement*, n° 38; AUBRY et RAU, § 437; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1224; LAURENT, t. XXVIII, n° 530; GUILLOUARD, n° 254.

(3) *Contrà*, ARNTZ, t. IV, n° 1606; MATON, *Dict.*, v° *Antichrèse*, n°s 4 et 5.

(4) *Contrà*, LAURENT, XXVIII, n° 545.

quer ce que quelques auteurs ont appelé *une nécessité sociale* (1).

Si le débiteur ne veut pas s'exposer à subir les suites de l'éventualité qui vient d'être signalée, il devra faire insérer dans le contrat d'antichrèse une clause interdisant au créancier de donner l'immeuble à bail.

L'antichrèse est cessible avec la créance dont elle forme une sûreté accessoire, elle est transmissible dans les mêmes conditions, et peut de même être exercée par les créanciers de celui qui en est investi. La loi de 1855 ne contient aucune disposition qui soumette la cession de l'antichrèse à la formalité de la transcription (2).

415. Le créancier percevra les fruits pour les imputer, comme cela a déjà été indiqué. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ce point à propos de l'art. 2089. Mais la perception des fruits entraîne avec elle certaines charges.

ART. 2086. Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse. — Il doit également, sous peine de dommages-intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets.

Ces diverses décisions sont une application du mandat implicite contenu dans le contrat d'antichrèse (3). Quelques auteurs prétendent que c'est un mandat *légal*. Cela importe peu. L'antichrésiste n'est pas débiteur personnel. Si les fruits ne suffisent pas pour acquitter les contributions et les charges l'antichrésiste fera les avances et aura son recours contre le débiteur.

D'une manière générale, les sommes que l'antichrésiste

(1) Voy. GUILLOUARD, n° 246.

(2) MOURLON, *Transcription*, t. II, n°s 103-104; GUILLOUARD, n° 234; *Contrà*, FLANDIN, t. I, n°s 404, 410.

(3) Voy. PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1236; LAURENT, t. XXVIII, n° 548; GUILLOUARD, n° 260.

paie pour les contributions et autres charges annuelles, comme aussi celles qu'il dépense pour frais d'entretien et de conservation, viennent en déduction sur le montant des fruits qu'il perçoit, et l'excédent constituant le profit net de l'antichrésiste, est seul soumis à l'imputation prescrite par l'art. 2085 (1).

Il est d'ailleurs obligé de percevoir les fruits, et comme il doit les percevoir pour les imputer dans l'intérêt du débiteur, il serait responsable des fruits dont il aurait négligé la perception.

En même temps, il devra veiller à la conservation matérielle de l'immeuble. Il doit aussi empêcher l'extinction des droits et avantages attachés au bien au moment où il lui est donné à antichrèse. Ainsi donc, si pendant sa possession une servitude active venait à s'éteindre par le non-usage, il serait passible de dommages et intérêts. Il ne sera pas responsable s'il n'a pas connu l'existence du droit qu'il a laissé s'éteindre.

416. Il a du reste le droit de demeurer en possession tant qu'il n'a pas été désintéressé. En effet, conformément à la loi du contrat,

ART. 2087. Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse. — Mais le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article précédent, peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble.

La première partie du texte consacre ce qu'on a, fort improprement à notre avis, qualifié droit de rétention. Le droit de garder l'immeuble jusqu'à l'entier paiement de la dette existerait en vertu du contrat, quand même une disposition générale viendrait supprimer le droit de rétention dans tous les cas où il existe véritablement. Théoriquement le droit de rétention ne devrait porter que sur la chose objet du nantissement, c'est-à-dire sur la jouissance. Mais comme il n'est

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1049.

pas possible de séparer la jouissance de l'immeuble, la rétention porte forcément sur l'immeuble lui-même. Sou prétexte que le contrat lui donne le droit de garder l'immeuble jusqu'au paiement intégral de la dette, le créancier ne saurait se permettre des abus de jouissance. On est d'accord pour reconnaître qu'en pareil cas le débiteur aurait le droit de réclamer l'immeuble avant le paiement (1).

Tant que le créancier demeure en possession, le débiteur ne saurait se prévaloir vis-à-vis de lui de la prescription extinctive. La circonstance qu'il n'agit pas en restitution est en effet une reconnaissance continue de la dette. Si le créancier quoique entièrement désintéressé, conserve, en fait, la possession de l'immeuble, il ne pourra pas cependant prescrire, car sa possession, dont le titre n'a pu se trouver interverti de plein droit par le paiement, demeure toujours précaire, comme elle l'était avant le paiement (2).

417. Si le débiteur ne se libère pas entièrement, nous savons qu'il ne peut réclamer l'immeuble.

Mais,

ART. 2088. Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle : en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales (*).

Le pacte commissoire est donc prohibé dans le cas d'antichrèse, comme dans le cas de gage. Toute clause dérogatoire serait nulle comme contraire à ce qu'on appelle l'ordre public (3).

(*) Art. 2088. — L. 1, C. 8, 35, *De pactis pign.*

(1) PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1244; LAURENT, t. XXVIII, n° 555; GUILLOUARD, n° 220.

(2) Bastia, 2 fév. 1857, S. 57, 2, 129; AUBRY et RAU, § 439, texte et note 6; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1247; LAURENT, t. XXVIII, n° 255; GUILLOUARD, n° 224.

(3) Toulouse, 5 mars 1834, S. 34, 2, 111; LAURENT, t. XXVIII, n° 558; GUILLOUARD, n° 236; ARNTZ, t. IV, n° 1607; Trib. Arlon, 15 juin 1876, *Cl. et B.*, 76-77, 611.

Le créancier ne pourra pas stipuler non plus qu'à défaut de paiement, il aura la faculté de disposer de la chose sans les formalités de justice, pour la vendre à l'amiable ou même aux enchères publiques devant notaire, ou que la chose pourra lui être attribuée moyennant un prix fixé par des experts convenus ou nommés par le juge. Toutes ces clauses, et autres semblables, sont prohibées par l'art. 742, C. pr. c., statuant d'une manière générale, et ainsi conçu : « Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie-immobilière est nulle et non avenue » (1).

Cependant la dation en paiement de l'immeuble engagé que le débiteur ferait à son créancier serait valable, pourvu qu'elle soit postérieure à la constitution de l'antichrèse (2). On peut même soutenir que les diverses clauses plus haut indiquées sont valables, si elles ont été convenues postérieurement au contrat principal, pourvu qu'elles n'aient pas été arrêtées au moment de ce contrat, et rédigées plus tard (3).

418. Rien ne s'oppose, en droit, à ce qu'une antichrèse valable résulte d'une vente fictive à réméré, suivie de la tradition de l'immeuble aux mains du créancier (4). Il appartient d'ailleurs aux juges de restituer à une convention déguisée son véritable caractère, de déclarer notamment en se fondant sur les énonciations d'un acte qui leur est soumis que

(1) Cass. 27 avr. 1857, S. 57, 1, 687; AUBRY et RAU, texte et notes 6 et 7; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1250; LAURENT, t. XXVIII, n° 559; ARNTZ, t. IV, n° 1607; GUILLOUARD, n° 236.

(2) Cass. 25 mars 1836, S. 36, 1, 110; Bordeaux, 29 nov. 1849, S. 52, 2, 97; AUBRY et RAU, § 438, texte et note 4; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1262; LAURENT, t. XXVIII, n° 560; GUILLOUARD, n° 237.

(3) LAURENT, *loc. cit.*

(4) Cass. 19 juill. 1891, S. 92, 1, 570; Grenoble, 13 nov. 1891, D. 92, 2, 300.

cet acte, sous l'apparence d'une vente à réméré, constitue un prêt à intérêt garanti par une antichrèse (1).

Mais il ne faut pas que la convention ainsi déguisée serve à dissimuler un prêt usuraire ou un contrat pignoratif proprement dit (Voy. t. X, n° 175; t. XI, n° 195).

Le contrat pignoratif est surtout employé pour éluder les prohibitions de l'art. 2078 al. 2, et 2088. Il a pour caractères distinctifs, une vente simulée avec faculté de rachat réservée au vendeur, la vilité du prix et la relocation immédiate au prétendu vendeur de sa propre chose (2).

La nullité, quand il y a lieu de la prononcer, ayant son fondement dans un fait illicite, n'est pas susceptible d'être couverte par une ratification. L'action en nullité dure trente ans (3).

419. Le créancier non payé à l'échéance ne pourra donc se prévaloir d'aucune des clauses dont la loi prohibe l'emploi. Il ne pourra que poursuivre l'expropriation de l'immeuble engagé. Mais en fait il n'aura pas un véritable intérêt à poursuivre cette expropriation de l'immeuble engagé, car s'il n'a aucun droit de préférence. Si, donc, cet immeuble est vendu, l'antichrésiste ne sera pas payé avant les autres créanciers sur le produit de la vente. Il a donc tout intérêt à conserver l'immeuble et à continuer d'exercer le droit de jouissance qui lui appartient, en opérant l'imputation des fruits suivant les prescriptions de l'art. 2085.

Cette imputation doit se faire annuellement. Il suit de là que le créancier doit rendre des comptes annuels dans lesquels il consignera les recettes par lui opérées, c'est-à-dire les fruits perçus déduction faite des frais de culture, et les intérêts auxquels il a droit. Il ne sera pas dispensé de cette

(1) Cass. 30 juill. 1895, S. 96, 1, 353.

(2) Grenoble, 13 nov. 1891, D. 92, 2, 300; Limoges, 18 juin 1888, D. 89, 2, 240.

(3) Voy. sur tous ces points : LAURENT, t. XXVIII, n° 544; GUILLOUARD, n° 218; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1045.

reddition de compte détaillée par la circonstance qu'il aurait donné à bail sa jouissance. Il ne pourrait se borner à faire figurer dans le compte le montant des loyers perçus, car le débiteur serait alors frustré de la somme qui représente le bénéfice réalisé par le preneur, laquelle est supérieure aux frais de culture. L'antichrésiste ne pourrait capitaliser les intérêts sauf convention contraire (1).

Les comptes seront rendus dans la forme ordinaire. Afin d'éviter ces comptes annuels, les parties furent d'abord autorisées à déroger à l'art. 2085, et à créer une antichrèse selon les anciens principes du droit romain, en convenant que les fruits se compenseront avec les intérêts.

ART. 2089. Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par les lois (*).

Mais cette convention suppose aussi la liberté absolue des parties quant à la fixation du taux de l'intérêt. Or la loi du 3 septembre 1807 étant venue limiter le taux de l'intérêt conventionnel tant en matière civile qu'en matière commerciale eut pour résultat de faire considérer comme nulle la convention dont il s'agit, en tant qu'elle aurait pour but d'attribuer au créancier des intérêts excédant le taux légal. Mais la loi du 12 janvier 1886 ayant rétabli la liberté de l'intérêt en matière commerciale a restitué à l'art. 2089 toute son efficacité en matière de commerce (2).

420. Les développements qui précèdent nous permettent de constater qu'il existe certaines différences notables entre l'antichrèse et le gage.

D'abord l'antichrèse ne peut être constituée que par écrit (art. 2085), tandis que le gage peut être prouvé par témoins en matière n'excédant pas 150 francs;

(*) Art. 2089. — L. 17, C. 4, 32, *De usuris*.
(1) Voy. Cass. belge, 6 déc. 1824, *Pas.*, 24, 239.
(2) GUILLOUARD, n° 232; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1042.

Ensuite le créancier gagiste a un privilège, alors que l'antichrésiste n'en a pas;

L'antichrèse transfère toujours au créancier un droit de jouissance, tandis que pour le gage il en est autrement, sauf le cas où il a pour objet une créance (art. 2081).

Enfin, la disposition de l'art. 2082, al. 2, disposition exceptionnelle, ne peut être étendue à l'antichrèse (1).

Mais il y a aussi de grandes analogies autre l'antichrèse et le gage, et la loi les complète par la disposition suivante :

ART. 2090. Les dispositions des art. 2077 et 2083 s'appliquent à l'antichrèse comme au gage.

C'est-à-dire que l'antichrèse peut, comme le gage, être constituée par un tiers (art. 2077) et est indivisible (art. 2083).

421. La plus considérable des analogies existant entre le gage et l'antichrèse, est celle qui résulte du droit de rétention qui est commun à ces deux sûretés. Le créancier antichrésiste ne peut opposer son droit aux tiers qui, antérieurement à l'acte de nantissement, avaient un droit acquis dans l'immeuble donné à antichrèse :

ART. 2091. Tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse. — Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds, des privilèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier.

Par conséquent, si l'antichrèse a été établie sur un immeuble non grevé d'hypothèques au moment de sa constitution, l'antichrésiste obtiendra une jouissance qui ne peut lui être enlevée tant qu'il n'est pas payé de sa créance. L'aliénation que le débiteur ferait de son immeuble ne pourrait porter aucune atteinte au droit du créancier et l'immeuble n'entrerait dans le patrimoine de l'acquéreur qu'avec la charge de

(1) Caen, 2 janv. 1846, S. 47, 2, 399; AUBRY et RAU, § 439, texte et note 4; PONT, *loc. cit.*, t. II, n° 1245; COLMET DE SANTERRE, t. VIII, n° 291 *bis* VI; LAURENT, t. XXVIII, n° 353; ARNTZ, t. IV, n° 1605; GUILLOUARD, n° 221; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1042.

l'antichrèse. Application de cette règle a été faite à propos d'une adjudication, en Algérie, d'un immeuble indivis entre deux indigènes, adjudication prononcée au profit d'un Français. Il a été jugé que cette adjudication a pour effet de soumettre cet immeuble au statut réel français, mais avec les charges dont il avait été antérieurement grevé sous le régime de la coutume musulmane, notamment d'une antichrèse (Rahnia). Si cet immeuble ainsi grevé de Rahnia, a été, antérieurement à ce contrat, l'objet d'une inscription hypothécaire au profit de l'adjudicataire les droits résultant de cette inscription doivent primer ceux résultant du contrat de Rahnia (1).

Les règles sur l'antichrèse montrent que ce contrat, d'une utilité médiocre, est bien moins usité dans la période moderne que sous l'empire des principes du droit romain. Il n'est pas, du reste, surprenant d'en retrouver les vestiges dans les coutumes suivies par les populations indigènes de l'Algérie, car ces coutumes ne sont qu'une adaptation particulière du droit romain.

(1) Alger, 28 janv. 1892, D. 93, 2, 103.

APPENDICE AU TITRE XVII

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

422. — Conflit de lois. — Règles générales.
423. — Applications : constitution du gage et de l'antichrèse.
424. — Gage constitué sur une créance.
425. — Droit de rétention.
426. — Antichrèse.
427. — Réalisation du gage.

422. Quand il s'agit de conflits entre plusieurs législations, il faut distinguer :

Pour tout ce qui touche à l'étendue des droits du créancier gagiste ou antichrésiste ; pour savoir si le créancier a le droit de vendre le gage quand il n'est pas payé à l'échéance, s'il peut user du gage et dans quelle mesure, si le gage est indivisible, quelles sont les fautes dont le créancier est tenu dans la conservation du gage, et les indemnités qu'il peut demander à raison des frais faits par lui pour cette conservation ; s'il s'agit encore de fixer les limites du pouvoir d'administration et de jouissance reconnu au créancier sur le bien donné en antichrèse, on devra appliquer, selon les principes généraux, la loi à laquelle les contractants paraissent s'être référés (1).

A défaut de volonté exprimée, on devra appliquer la loi nationale commune des parties ou la *lex loci contractus ;* la *lex rei sitæ* ne doit gouverner que l'exercice des actions (2).

423. Quant à la constitution même du gage ou de l'antichrèse, elle obéit, en principe, à la règle : *locus regit actum.*

(1) Despagnet, *Précis de Dr. int. pr.*, p. 579.
(2) Pasquale-Fiore, *Dr. int. pr.*, n° 220, p. 372 et 374.

C'est ce qui a été reconnu en ce qui touche les formes de l'acte constitutif du gage (1), la constitution d'une antichrèse sur un immeuble situé en pays étranger (2), et même pour la simple promesse de gage faite suivant les formes du pays où les parties ont traité (3).

Par application de ce principe on enseigne que l'antichrèse consentie sur un immeuble situé en France, en vertu d'une convention dans un pays qui n'exige pas d'écrit, pourrait être prouvée en France par les moyens admis par la loi étrangère. Dans ce système notre art. 2085 n'est pas d'ordre public (4). Nous pensons au contraire qu'on ne pourrait admettre, dans le cas envisagé, d'autre preuve que celle résultant de l'aveu ou du serment, la prohibition de la preuve testimoniale ayant été déterminée, à tort ou à raison, par des motifs considérés comme touchant à l'intérêt général (*Suprà*, n° 408).

Sauf cette précision, quand il s'agira de rapports entre parties, créancier et débiteur, on peut affirmer que la règle *locus regit actum* sera applicable pour la preuve de contrat.

Il en sera autrement quand il s'agira des formalités exigées pour la sauvegarde des intérêts des tiers. La *lex rei sitæ* reprendra alors son empire. C'est ce qui aura lieu quant à l'exercice du droit réel pouvant résulter du nantissement. Ainsi pour le gage corporel consenti sur un objet situé en France, le droit réel n'existe et n'est opposable aux tiers que si le créancier est en possession (5). Si le gage est constitué

(1) Trib. Anvers, 30 mars 1885, *J. Anvers*, 85, 1, 233.
(2) Despagnet, *loc. cit.*, n° 603.
(3) Milhaud, *Priv. et hyp. en Dr. int. pr.*, p. 276.
(4) Milhaud, *loc. cit.*, p. 274; Brocher, *Cours de Dr. int. pr.*, t. II, p. 354.
(5) Cass. 19 mars 1872, S. 72, 1, 238; Caen, 7 fév. 1878, S. 79, 2, 6; Anvers, 17 janv. 1878, *B. J.*, 79, 1247; P. Fiore, *loc. cit.*, n° 220 *b*, p. 368; Despagnet, *loc. cit.*, n° 603; *Contrà*, Paris, 21 nov. 1887, *Droit*, 6 janv. 1888.

dans un pays où la possession n'est pas exigée il s'éteindra quand la chose sera transportée dans un pays où il n'y a pas de gage sans possession.

Mais cela suppose que la chose engagée peut occuper une place matérielle déterminée, ce qui peut être vrai même pour certains objets incorporels, comme un fonds de commerce. Si donc un gage était constitué sur un fonds de commerce sous l'empire d'une loi étrangère n'exigeant l'accomplissement d'aucune formalité, il ne produirait d'effet à l'égard des tiers, quand le fonds de commerce serait transporté en France, qu'à la condition de l'inscription prescrite par la loi du 1er mars 1898.

424. Si le gage a été constitué sur une créance, il faudra, croyons-nous, observer les formalités prescrites par la loi du domicile du débiteur (1), car c'est au domicile du débiteur que les droits de créance sont juridiquement situés (Voy. t. I, n° 134). Ainsi, lorsque le débiteur de la créance engagée est domicilié en France, les formalités de l'art. 2075 relatives à la nécessité d'un acte public ou enregistré et à sa signification doivent être remplies (2). Il existe cependant quelques décisions judiciaires qui auraient déclaré des nantissements valables, quant à la forme, parce qu'ils satisfaisaient à la loi du pays où ils avaient été faits. Si le débiteur cédé avait son domicile à l'étranger au moment où la créance a été donnée en gage, et venait ensuite se fixer en France, le gage ne serait valable à l'égard des tiers qui si les formalités des art. 2074 et 2075 avaient été remplies.

425. Quant au droit de rétention, il faudra dans l'opinion qui le considère comme un droit réel, appliquer la *lex rei sitæ* qui gouverne, même pour les meubles, tout ce qui concerne la réglementation, l'étendue et les effets de ce droit.

(1) *Contrà*, DESPAGNET, *loc. cit.*, n° 603.
(2) MILHAUD, *loc. cit.*, p. 281 et 282.

Dans cette opinion, c'est à bon droit qu'en présence d'une saisie opérée par un Français sur les meubles garnissant les lieux loués par son débiteur suisse en Suisse, le bailleur assigne le Français devant le tribunal suisse de la situation des lieux loués, pour faire reconnaître son droit de rétention sur les dits meubles, car il s'agit alors d'une action réelle mobilière ne rentrant pas dans les cas prévus par l'art. 1er du traité franco-suisse du 15 juin 1869 (1).

Mais l'exercice du droit de rétention peut être envisagé, ainsi que nous l'avons déclaré (*Suprà*, n° 395), comme étant le résultat accessoire d'une convention, comme étant, en d'autres termes, la loi du contrat; dans cette opinion il paraît logique d'appliquer la loi à laquelle le contrat lui-même est soumis (2).

426. En ce qui concerne l'antichrèse, c'est la *lex rei sitæ* qui sera appliquée pour résoudre la question de savoir si l'antichrèse doit être traitée comme un droit réel. La solution de la question aura nécessairement une influence sur la détermination de la compétence.

427. En ce qui touche la réalisation du gage, il faut appliquer la loi en vigueur au lieu où le gage se trouve. On ne comprendrait pas, en effet, qu'on pût employer dans un Etat des voies ou des moyens d'exécution qui seraient contraires à la législation de cet Etat, par exemple, en matière de gage, appliquer le pacte commissoire, alors que la loi locale le prohibe (3). Sur ce dernier point un tribunal a jugé le contraire en décidant, par erreur, que les prohibitions contenues dans l'art. 2078 n'étaient pas d'ordre public (4). (Voy. *suprà*, n° 388).

(1) Trib. fédéral suisse, 14 nov. 1894, S. 95, 4, 23.

(2) Brocher, *loc. cit.*, t. II, p. 351.

(3) P. Fiore, *loc. cit.*, n° 219; Aubry et Rau, § 31, texte et note 11; Guillouard, n° 60.

(4) Trib. Seine, 3 mars 1875, S. 77, 2, 25.

N° 2. — *Règles fiscales.*

428. — Droits à percevoir en cas de gage;
429. — En cas d'antichrèse.

428. Le contrat qui établit le gage est soumis à un droit fixe de 3 francs, quand le gage est fourni par le débiteur lui-même (1). Si le gage est fourni par un tiers, il doit être perçu un droit proportionnel de 0,50 0/0 (2).

Quand la créance pour laquelle le nantissement est consenti par le débiteur ne résulte pas d'un acte précédemment enregistré, c'est le droit de 1 0/0 qui est exigible pour reconnaissance de dette (3).

Le droit d'enregistrement des actes de prêt effectués sur dépôt ou consignation de marchandises, fonds publics français et actions de société dans les cas prévus par l'art. 95, C. com., est de 3 francs en principal (4).

On ne peut considérer comme un transport pur et simple, passible du droit proportionnel d'enregistrement, celui qui est fait à titre de nantissement ou de garantie, alors même que dans l'acte le créancier gagiste est autorisé à toucher, seul et sans le concours du cédant, la somme cédée à titre de garantie (5). Nous avons admis la validité de cette clause (*Suprà*, n° 393).

429. L'antichrèse donne lieu à un droit proportionnel de 2 0/0 sur le montant du capital de la créance (6).

Si l'antichrèse n'est donnée que pour sûreté des intérêts,

(1) L. 18 mai 1860, art. 6; L. 28 fév. 1872, art. 4.
(2) L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n° 8.
(3) L. 22 frim. an VII, art. 10, art. 69, § 3, n° 3.
(4) L. 8 sept. 1830, art. 1; L. 28 fév. 1872, art. 4.
(5) *J. du Not.*, art. 3975 et 3976; *ibid.*, n° 17885; Voy. AMIAUD, *Dict.*, v° *Gage*, n°s 51 et suiv.
(6) L. 22 frim. an VII, art. 15, n° 5.

le droit est de 2 0/0 sur les sommes représentant les intérêts jusqu'à l'exigibilité.

Si l'antichrèse est donnée par un tiers, c'est toujours le droit de 2 0/0 qui est exigible.

Le droit de transcription est un droit fixe de un franc.

APPENDICE AU TOME XII

Lois nouvelles promulguées au cours de l'impression de l'ouvrage, et relatives à des matières déjà traitées.

430. — Caution *judicatum solvi;* étranger, matières commerciales; L. du 5 mars 1895.
431. — Legs; rapport. L. du 24 mars 1898.
432. — L. du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, et la responsabilité des patrons.

430. *Caution* JUDICATUM SOLVI *étranger, matières commerciales.* L. du 5 mars 1895.

L'art. 166, C. pr. civ., portait que « tous étrangers demandeurs, principaux ou intervenants, seront tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution, de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés ». Mais l'art. 16 du Code civil, qui dispensait en même temps de fournir cette caution, les étrangers possédant en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement, disposait que cette caution ne serait pas exigée en matière commerciale.

Le législateur français qui avait si maladroitement organisé un régime de suspicion envers les étrangers, au risque de provoquer des mesures de *rétorsion* (Voy. t. I, n° 272), n'avait cependant jamais songé à étendre aux matières commerciales les entraves résultant de la caution *judicatum solvi.* Pour les matières ordinaires elles-même, de nombreux traités conclus avec la grande majorité des nations étrangères avaient peu à peu réduit la caution *judicatum solvi* à n'avoir guère d'autre valeur que celle d'une conception à peu près théorique (Voy. t. I, n° 286).

Mais voilà que de nos jours, les représentants d'un régime démocratique n'ont pas hésité, sous prétexte de protéger les intérêts français, à adopter une mesure que le législateur de 1804 avait repoussée comme trop rétrograde.

Sous prétexte que quelques Français avaient eu à se plaindre de demandes vexatoires dirigées contre eux par des étrangers devant la justice française la Chambre des députés et le Sénat ont voté à peu près sans débat une loi du 5 mars 1895, dont la teneur suit :

« ART. 1er. L'art. 16 du Code civil est ainsi modifié :

« En toutes matières, l'étranger qui sera demandeur principal ou intervenant sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement. »

« ART. 2. L'art. 423 du Code de procédure civile est abrogé. »

Sous l'empire de la loi nouvelle il a été jugé, par le tribunal de commerce de la Seine (1), que les étrangers introduisant une demande dans le but de faire déclarer un débiteur en faillite ne sont pas tenus de fournir la caution dont il s'agit; car la déclaration de faillite est une mesure d'ordre public que les tribunaux ont le droit et le devoir de prendre; la demande introduite leur fournit seulement l'occasion de la prononcer comme ils pourraient le faire d'office si la déconfiture du commerçant était notoire. Il faut cependant reconnaître que cette décision ne saurait prévaloir contre le texte formel de la nouvelle loi qui ne se prête à aucune distinction (2).

Il a encore été jugé que la caution, après avoir été fournie par un étranger demandeur en première instance, ne devait pas être fournie de nouveau, quand cet étranger était cité en

(1) 6 déc. 1895, *J. Dr. int. pr.*, 1896, p. 140.
(2) SURVILLE, *Revue crit.*, 1898, *Exam. doct.*, p. 277.

appel comme intimé (1), ce qui est conforme à la jurisprudence antérieure à la nouvelle loi. Cette loi, en effet, n'a modifié, ni dans ses principes, ni dans ses termes, l'art. 166, C. pr. c. (2).

431. *Legs. Rapport.* Loi du 24 mars 1898.

Les libéralités faites à un successible sont, d'après le système du Code, présumées être de simples *avancements d'hoirie* et par conséquent sujettes à rapport. Il n'y avait pas d'inconvénient à présumer la volonté d'imposer le rapport en ce qui touche les donations entre-vifs. Mais cette présomption était manifestement fausse pour les legs puisqu'elle les rendait à peu près inutiles alors cependant que, dans l'esprit du testateur, ils devraient produire un effet après sa mort (Voy. t. V, n° 334).

Une réforme, sur ce point, était généralement jugée nécessaire. La proposition qui en fut faite le 26 janvier 1892 (4), a abouti à la loi du 24 mars 1898 (3), ainsi conçue :

« ART. UNIQUE. Les art. 843, 844 et 919 du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit :

« *Art. 843.* Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donations entre-vifs, directement ou indirectement : il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport.

« Les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant.

(1) Nancy, 3 déc. 1895, *J. Dr. int. pr.*, 1897, p. 325.
(2) SURVILLE, *loc. cit.*; *Contrà*, WEISS, *Précis de Dr. int. pr.*, p. 763.
(3) Voy. *J. Off.* du 26 mars 1892, *Doc. parl.*, Chambre, n° 1882.
(4) *J. Off.* du 24 mars 1898.

« *Art. 844.* Les dons faits par préciput ou avec dispense de rapport ne peuvent être retenus ni les legs réclamés par l'héritier venant à partage que jusqu'à concurrence de la quotité disponible : l'excédent est sujet à rapport.

« *Art. 919.* La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu qu'en ce qui touche les dons la disposition ait été faite expressément à titre de préciput et hors part.

« La déclaration que le don est à titre de préciput et hors part pourra être faite, soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement, dans la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires. »

La nouvelle loi a donc supprimé en principe le rapport des legs. Antérieurement la dispense de rapport devait être expressément formulée, désormais c'est l'obligation du rapport qui devra faire, dans le testament, l'objet d'une disposition formelle d'après le dernier alinéa de l'art. 843 modifié : « les legs faits à un héritier sont, réputés faits *par préciput* et *hors part* », la loi a voulu dire : par préciput *ou* hors part.

Il n'en sera autrement que si le testateur a *exprimé* la volonté contraire. L'obligation du rapport, quant aux legs, ne pourra donc résulter que d'une volonté *exprimée*, c'est-à-dire *expresse*. Or il est facile de prévoir que l'on soulèvera, dans l'application de la loi nouvelle, des difficultés analogues mais en sens inverse, à celles que provoquait l'ancien art. 843 quant aux dispenses de rapport.

Quand il s'agissait de la dispense de rapport, on était arrivé à soutenir et même à décider, malgré les termes clairs et précis des art. 843 et 919, que la dispense de rapport pouvait résulter :

1° De l'ensemble des diverses clauses de l'acte, quoiqu'elle ne fût contenue dans aucune (1);

2° Des circonstances extérieures ou extrinsèques par rapport à l'acte de libéralité (2); (Voy. t. V, nos 338 et 339).

Or nous ne serions pas surpris qu'on cherchât à soutenir, en s'emparant du même procédé d'argumentation, que l'obligation de rapporter un legs peut résulter :

1° De l'ensemble des diverses clauses du testament, quoiqu'elle ne soit contenue dans aucune;

2° De circonstances extérieures ou extrinsèques par rapport au testament.

L'absurdité de telles prétentions empêchera certainement la jurisprudence de les consacrer. Mais leur rejet sera une démonstration nouvelle de l'illégalité de la jurisprudence suivie jusqu'à ce jour en matière de dispense de rapport. Il convient de remarquer à ce propos que Laurent faisait, non sans raison, remonter la responsablité d'une telle jurisprudence au législateur qui, en soumettant les legs au rapport, à moins qu'ils n'eussent été faits expressément par préciput s'était mis en opposition évidente avec la volonté du testateur. Cette cause ayant désormais disparu, il faut nécessairement que la jurisprudence qui en avait subi l'influence en matière de donation se rectifie elle-même.

Lorsque le testateur aura cru devoir imposer à un légataire l'obligation du rapport, il s'agira d'un simple rapport en moins prenant (Voy. t. V, n° 367).

Comme un testament ne peut produire d'effets qu'à partir du décès, ni engendrer de droits acquis à un moment antérieur au décès (Voy. t. V, n° 337), il en résulte que la nouvelle présomption de dispense de rapport doit s'appliquer aux testaments antérieurs à la loi qui la consacre lorsque la

(1) Cass. 5 avr. 1854, S. 54, 1, 54.
(2) Cass. 28 juin 1882, D. 85, 1, 27.

succession s'est ouverte sous l'empire de cette dernière loi. Un amendement en sens contraire qui avait été inséré inconsidérément dans le projet disparut sur les observations du Conseil d'Etat.

432. Loi du 9 avril 1898 sur *les accidents du travail et la responsabilité des patrons.*

Les questions soulevées par les accidents du travail dont les ouvriers pourraient être victimes, étaient réglées par application des art. 1381 et suiv.

On admettait, suivant une doctrine qui avait fini par rallier les suffrages les plus autorisés, que lorsqu'un litige relatif à un dommage s'élevait entre parties liées par un contrat, et que le dommage avait été éprouvé au cours du fonctionnement du contrat, et à propos de ce fonctionnement, la victime du dommage n'avait à prouver que le fait matériel d'où résultait l'inexécution ou l'exécution insuffisante du contrat, la faute de l'autre partie se trouvant ainsi établie par voie de conséquence nécessaire (Voy. t. VIII, n^{os} 424 et suiv.).

Mais la jurisprudence persistait à maintenir à la charge de l'ouvrier l'obligation de prouver une faute imputable au patron, et ayant causé l'accident.

Cette solution contraire aux vrais principes était fort dure pour l'ouvrier qui était souvent déclaré irrecevable dans sa demande.

D'un autre côté le chiffre du dommage étant abandonné à l'appréciation du juge, présentait souvent, dans des conditions analogues, des écarts extraordinaires, suivant qu'il était fixé par tel tribunal ou par tel autre.

Tels sont les deux inconvénients que le législateur a voulu faire disparaître par la loi du 9 avril 1898.

Nous croyons devoir donner la plus grande partie du texte même de cette loi qui modifie profondément, pour les situations envisagées, la théorie générale des dommages-intérêts.

TITRE PREMIER. — *Indemnités en cas d'accidents.*

« ART. 1er. Les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail, aux ouvriers et employés occupés dans l'industrie du bâtiment, les usines, manufactures, chantiers, les entreprises de transport par terre et par eau, de chargement et de déchargement, les magasins publics, mines, minières, carrières et, en outre, dans toute exploitation ou partie d'exploitation dans laquelle sont fabriquées ou mises en œuvre des matières explosives, ou dans laquelle il est fait usage d'une machine mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux, donnent droit, au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours.

« Les ouvriers qui travaillent seuls d'ordinaire ne pourront être assujettis à la présente loi par le fait de la collaboration accidentelle d'un ou de plusieurs de leurs camarades.

« ART. 2. Les ouvriers et employés désignés à l'article précédent ne peuvent se prévaloir, à raison des accidents dont ils sont victimes d'aucunes dispositions autres que celles de la présente loi.

« Ceux dont le salaire annuel dépasse 2,400 francs ne bénéficient de ces dispositions que jusqu'à concurrence de cette somme. Pour le surplus, ils n'ont droit qu'au quart des rentes ou indemnités stipulées à l'art. 3, à moins de conventions contraires quant au chiffre de la quotité.

« ART. 3. Dans les cas prévus à l'article premier, l'ouvrier ou l'employé a droit :

« Pour l'incapacité absolue et permanente, à une rente égale aux deux tiers de son salaire annuel;

« Pour l'incapacité partielle et permanente, à une rente égale à la moitié de la réduction que l'accident aura fait subir au salaire;

« Pour l'incapacité temporaire, à une indemnité journalière égale à la moitié du salaire touché au moment de l'accident, si l'incapacité de travail a duré plus de quatre jours et à partir du cinquième jour.

« Lorsque l'accident est suivi de mort, une pension est servie aux personnes ci-après désignées, à partir du décès, dans les conditions suivantes :

« A. Une rente viagère égale à 20 0/0 du salaire annuel de la victime pour le conjoint survivant non divorcé ou séparé de corps à la condition que le mariage ait été contracté antérieurement à l'accident.

« En cas de nouveau mariage, le conjoint cesse d'avoir droit à la rente mentionnée ci-dessus; il lui sera alloué, dans ce cas, le triple de cette rente à titre d'indemnité totale.

« B. Pour les enfants, légitimes ou naturels, reconnus avant l'accident, orphelins de père ou de mère, âgés de moins de seize ans, une rente calculée sur le salaire annuel de la victime à raison de 15 0/0 de ce salaire s'il n'y a qu'un enfant, de 25 0/0 s'il y en a deux, de 35 0/0 s'il y en trois, de 40 0/0 s'il y en a quatre ou un plus grand nombre.

« Pour les enfants, orphelins de père et de mère, la rente est portée pour chacun d'eux à 20 0/0 du salaire.

« L'ensemble de ces rentes ne peut, dans le premier cas, dépasser 40 0/0 du salaire ni 60 0/0 dans le second.

« C. Si la victime n'a ni conjoint ni enfant dans les termes des paragraphes A et B, chacun des ascendants et descendants qui était à sa charge recevra une rente viagère pour les ascendants et payable jusqu'à seize ans pour les descendants. Cette rente sera égale à 10 0/0 du salaire annuel de la victime, sans que le montant total des rentes ainsi allouées puisse dépasser 30 0/0.

« Chacune des rentes prévues par le paragraphe C est, le cas échéant, réduite proportionnellement.

« Les rentes constituées en vertu de la présente loi sont

payables par trimestre; elles sont incessibles et insaisissables.

« Les ouvriers étrangers, victimes d'accidents, qui cesseront de résider sur le territoire français, recevront, pour toute indemnité, un capital égal à trois fois la rente qui leur avait été allouée.

« Les représentants d'un ouvrier étranger ne recevront aucune indemnité si, au moment de l'accident, ils ne résidaient pas sur le territoire français.

« ART. 4. Le chef d'entreprise supporte en outre les frais médicaux et pharmaceutiques et les frais funéraires. Ces derniers sont évalués à la somme de 100 francs au maximum.

« Quant aux frais médicaux et pharmaceutiques, si la victime a fait choix elle-même de son médecin, le chef d'entreprise ne peut être tenu que jusqu'à concurrence de la somme fixée par le juge de paix du canton, conformément aux tarifs adoptés dans chaque département pour l'assistance médicale gratuite.

« ART. 5. Les chefs d'entreprise peuvent se décharger pendant les trente, soixante ou quatre-vingt-dix premiers jours à partir de l'accident, de l'obligation de payer aux victimes les frais de maladie et l'indemnité temporaire, ou une partie seulement de cette indemnité, comme il est spécifié ci-après, s'ils justifient :

« 1° Qu'ils ont affilié leurs ouvriers à des sociétés de secours mutuels et pris à leur charge une quote-part de la cotisation qui aura été déterminée d'un commun accord, et en se conformant aux statuts-type, approuvés par le ministre compétent, mais qui ne devra pas être inférieure au tiers de cette cotisation;

« 2° Que ces sociétés assurent à leurs membres, en cas de blessures, pendant trente, soixante ou quatre-vingt-dix jours, les soins médicaux et pharmaceutiques et une indemnité journalière.

« Si l'indemnité journalière servie par la société est infé-

rieure à la moitié du salaire quotidien de la victime, le chef d'entreprise est tenu de lui verser la différence.

« ART. 6. Les exploitants de mines, minières et carrières peuvent se décharger des frais et indemnités mentionnés à l'article précédent moyennant une subvention annuelle versée aux caisses ou sociétés de secours constituées dans ces entreprises en vertu de la loi du 29 juin 1894.

« Le montant et les conditions de cette subvention devront être acceptés par la société et approuvés par le ministre des travaux publics.

« Ces deux dispositions seront applicables à tous autres chefs d'industrie qui auront créé en faveur de leurs ouvriers des caisses particulières de secours en conformité du titre III de la loi du 29 juin 1894. L'approbation prévue ci-dessus sera, en ce qui les concerne, donnée par le ministre du commerce et de l'industrie.

« ART. 7. Indépendamment de l'action résultant de la présente loi, la victime ou ses représentants conservent, contre les auteurs de l'accident autres que le patron ou ses ouvriers et préposés, le droit de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun.

« L'indemnité qui leur sera allouée exonérera à due concurrence le chef d'entreprise des obligations mises à sa charge.

« Cette action contre les tiers responsables pourra même être exercée par le chef d'entreprise, à ses risques et périls, au lieu et place de la victime ou de ses ayants-droit, si ceux-ci négligent d'en faire usage.

« ART. 8. Le salaire qui servira de base à la fixation de l'indemnité allouée à l'ouvrier âgé de moins de seize ans ou à l'apprenti victime d'un accident ne sera pas inférieur au salaire le plus bas des ouvriers valides de la même catégorie occupés dans l'entreprise.

« Toutefois, dans le cas d'incapacité temporaire, l'indem-

nité de l'ouvrier âgé de moins de seize ans ne pourra pas dépasser le montant de son salaire.

« ART. 9. Lors du règlement définitif de la rente viagère, après le délai de revision prévu à l'art. 19, la victime peut demander que le quart au plus du capital nécessaire à l'établissement de cette rente, calculé d'après les tarifs dressés pour les victimes d'accidents par la caisse des retraites pour la vieillesse, lui soit attribué en espèces.

« Elle peut aussi demander que ce capital, ou ce capital réduit du quart au plus comme il vient d'être dit, serve à constituer sur sa tête une rente viagère réversible, pour moitié au plus, sur la tête de son conjoint. Dans ce cas, la rente viagère sera diminuée de façon qu'il ne résulte de la réversibilité aucune augmentation de charges pour le chef d'entreprise.

« Le tribunal, en chambre du conseil, statuera sur ces demandes.

« ART. 10. Le salaire servant de base à la fixation des rentes s'entend, pour l'ouvrier occupé dans l'entreprise pendant les douze mois écoulés avant l'accident, de la rémunération effective qui lui a été allouée pendant ce temps, soit en argent, soit en nature.

« Pour les ouvriers occupés pendant moins de douze mois avant l'accident, il doit s'entendre de la rémunération effective qu'ils ont reçue depuis leur entrée dans l'entreprise, augmentée de la rémunération moyenne qu'ont reçue, pendant la période nécessaire pour compléter les douze mois, les ouvriers de la même catégorie.

« Si le travail n'est pas continu, le salaire annuel est calculé tant d'après la rémunération reçue pendant la période d'activité que d'après le gain de l'ouvrier pendant le reste de l'année.

. . . . . .

TITRE III. — *Compétence. — Juridictions. — Procédure. — Révision.*

« ART. 15. Les contestations entre les victimes d'accidents et les chefs d'entreprise, relatives aux frais funéraires, aux frais de maladie ou aux indemnités temporaires, sont jugées en dernier ressort par le juge de paix du canton où l'accident s'est produit, à quelque chiffre que la demande puisse s'élever.

« ART. 16. En ce qui touche les autres indemnités prévues par la présente loi, le président du tribunal de l'arrondissement convoque, dans les cinq jours à partir de la transmission du dossier, la victime ou ses ayants-droit et le chef d'entreprise, qui peut se faire représenter.

« S'il y a accord des parties intéressées, l'indemnité est définitivement fixée par l'ordonnance du président, qui donne acte de cet accord.

« Si l'accord n'a pas lieu, l'affaire est renvoyée devant le tribunal, qui statue comme en matière sommaire, conformément au titre XXIV du livre II du Code de procédure civile.

« Si la cause n'est pas en état, le tribunal sursoit à statuer et l'indemnité temporaire continuera à être servie jusqu'à la décision définitive. — Le tribunal pourra condamner le chef d'entreprise à payer une provision, sa décision sur ce point sera exécutoire nonobstant appel.

« ART. 17. Les jugements rendus en vertu de la présente loi sont susceptibles d'appel selon les règles du droit commun. Toutefois, l'appel devra être interjeté dans les quinze jours de la date du jugement s'il est contradictoire et, s'il est par défaut, dans la quinzaine à partir du jour où l'opposition ne sera plus recevable.

« L'opposition ne sera plus recevable en cas de jugement par défaut contre partie, lorsque le jugement aura été signi-

fié à personne, passé le délai de quinze jours à partir de cette signification.

« La Cour statuera d'urgence dans le mois de l'acte d'appel. Les parties pourront se pourvoir en cassation.

« ART. 18. L'action en indemnité prévue par la présente loi se prescrit par un an à dater du jour de l'accident.

« ART. 19. La demande en revision de l'indemnité fondée sur une aggravation ou une atténuation de l'infirmité de la victime ou son décès par suite des conséquences de l'accident, est ouverte pendant trois ans à dater de l'accord intervenu entre les parties ou de la décision définitive.

« Le titre de pension n'est remis à la victime qu'à l'expiration des trois ans.

« ART. 20. Aucune des indemnités déterminées par la présente loi ne peut être attribuée à la victime qui a intentionnellement provoqué l'accident.

« Le tribunal a le droit, s'il est prouvé que l'accident est dû a une faute inexcusable de l'ouvrier, de diminuer la pension fixée au titre I^er^.

« Lorsqu'il est prouvé que l'accident est dû à la faute inexcusable du patron ou de ceux qu'il s'est substitué dans la direction, l'indemnité pourra être majorée, mais sans que la rente ou le total des rentes allouées puisse dépasser soit la réduction, soit le montant du salaire annuel.

« ART. 21. Les parties peuvent toujours, après détermination du chiffre de l'indemnité due à la victime de l'accident, décider que le service de la pension sera suspendu et remplacé, tant que l'accord subsistera, par tout autre mode de réparation.

« Sauf dans le cas prévu à l'art. 3, § A, la pension ne pourra être remplacée par le paiement d'un capital que si elle n'est pas supérieure à 100 francs.

« ART. 22. Le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé de plein droit, sur le visa du procureur de la République, à

la victime de l'accident ou à ses ayants-droit, devant le tribunal.

« A cet effet, le président du tribunal adresse au procureur de la République, dans les trois jours de la comparution des parties prévue par l'art. 16, un extrait de son procès-verbal de non-conciliation ; il y joint les pièces de l'affaire.

« Le procureur de la République procède comme il est prescrit à l'art. 13 (§ 2 et suivants) de la loi du 22 janvier 1851.

« Le bénéfice de l'assistance judiciaire s'étend de plein droit aux instances devant le juge de paix, à tous les actes d'exécution mobilière et immobilière, et à toute contestation incidente à l'exécution des décisions judiciaires.

Titre iv. — *Garanties.*

« Art. 23. La créance de la victime de l'accident ou de ses ayants-droit relative aux frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires ainsi qu'aux indemnités allouées à la suite de l'incapacité temporaire de travail, est garantie par le privilège de l'art. 2101 du Code civil et y sera inscrit sous le n° 6.

« Le paiement des indemnités pour incapacité permanente de travail ou accidents suivis de mort est garanti conformément aux dispositions des articles suivants : »

(Les art. 24 à 28 ont trait à l'organisation de l'assurance).

Titre v. — *Dispositions générales.*

« Art. 29. Les procès-verbaux, certificats, actes de notoriété, significations, jugements et autres actes faits ou rendus en vertu et pour l'exécution de la présente loi, sont délivrés gratuitement, visés pour timbre et enregistrés gratis lorsqu'il y a lieu à la formalité de l'enregistrement.

« Dans les six mois de la promulgation de la présente loi, un décret déterminera les émoluments des greffiers de justice de paix pour leur assistance et la rédaction des actes

de notoriété, procès-verbaux, certificats, significations, jugements, envois de lettres recommandées, extraits, dépôts de la minute d'enquête au greffe, et pour tous les actes nécessités par l'application de la présente loi, ainsi que les frais de transport auprès des victimes et d'enquête sur place.

« ART. 30. Toute convention contraire à la présente loi est nulle de plein droit.

. . . . . .

« ART. 33. La présente loi ne sera applicable que trois mois après la publication officielle des décrets d'administration publique qui doivent en régler l'exécution.

« ART. 34. Un règlement d'administration publique déterminera les conditions dans lesquelles la présente loi pourra être appliquée à l'Algérie et aux colonies. »

Indiquons sommairement les principales conséquences de cette loi, soit au point de vue juridique, soit au point de vue économique :

Au point de vue juridique, tout accident donnera droit désormais à une indemnité au profit de la victime ou de ses représentants, et cette indemnité sera à la charge du chef de l'entreprise. Il n'y aura donc plus à se préoccuper des conditions dans lesquelles l'accident se sera produit, ni à rechercher s'il y a eu imprudence ou faute de l'ouvrier, négligence ou faute du patron, ce dernier sera toujours responsable.

Il faut observer cependant que le deuxième paragraphe de l'art. 1er dispose que les ouvriers travaillant seuls d'ordinaire ne peuvent se trouver *assujettis* à la nouvelle loi par le fait de la collaboration accidentelle d'un ou de plusieurs de leurs camarades.

Cela semble vouloir dire que la détermination du chiffre de l'indemnité à accorder, quand il y aura lieu, sera faite conformément aux règles ordinaires du droit commun. C'est-à-dire que l'ouvrier travaillant seul ne sera pas soumis aux

règles de procédure et de compétence édictées par la nouvelle loi, ni à la tarification établie quant au quantum des dommages.

Faudra-t-il admettre la même solution quant à la preuve du fait dommageable lui-même? Dans notre doctrine, il n'y a aucun inconvénient à admettre que la victime du dommage quand il s'agit d'un ouvrier travaillant seul, n'aura qu'à prouver le fait matériel d'où résulte l'inexécution ou l'exécution insuffisante du contrat, la faute du patron se trouvant ainsi établie *ipso facto*. Mais la jurisprudence qui met toujours à la charge de l'ouvrier l'obligation de prouver une faute du patron ayant directement causé l'accident, ne saurait être maintenue en présence de la loi nouvelle.

Il serait absurde, en effet, de diviser les ouvriers en deux catégories : ceux qui travaillent seuls et qui seraient obligés de prouver la faute du patron, en cas d'accident, et ceux qui, travaillant en commun, seraient dispensés de prouver cette faute. A un autre point de vue, il serait absurde de diviser les patrons en deux catégories : ceux qui, employant des ouvriers isolés, auraient le droit de prouver que l'accident établi est dû à l'imprudence ou à la faute de l'ouvrier, et ceux qui, employant habituellement plusieurs ouvriers, ne sont plus admis à fournir cette preuve.

Il faudra donc, nécessairement, que la jurisprudence se modifie pour le cas où il s'agira d'accidents arrivés à des ouvriers travaillant seuls.

On a encore critiqué la nouvelle loi au point de vue de l'indemnité spéciale ou supplémentaire édictée pour le cas où la victime a plusieurs enfants. Cette indemnité, a-t-on dit, n'est plus professionnelle ou de réparation; c'est une *indemnité d'assistance* (*sic*). Or la bienfaisance est une œuvre de solidarité sociale, qui n'oblige pas plus tel particulier que tout autre. En droit comme en fait, le patron n'a pas à connaître la situation de la famille de l'ouvrier; il n'y a aucun

lien, il n'y a rien de commun entre cette famille et lui.

Ces arguments, développés dans certains journaux, n'ont aucune espèce de sens. Il en résulterait que l'action en dommage ne serait ouverte qu'en faveur de la victime elle-même. Or il a toujours été reconnu que l'action en dommage appartient à toute personne qui a souffert un préjudice matériel ou moral résultant d'un fait dommageable, et que cette action est transmissible comme les autres (V. t. VIII, nº 420). L'action appartient donc, selon les principes généraux, au mari et à la veuve, aux père et mère d'un enfant légitime ou naturel, aux enfants, aux frères et sœurs et généralement aux héritiers.

On a ajouté plaisamment que si la prescription, envisagée de la nouvelle loi, était maintenue, l'industriel aurait tout naturellement intérêt à employer le célibataire de préférence au père de famille, alors que le contraire devrait avoir lieu. Le célibataire lui-même, a-t-on dit, aura intérêt à ne pas se marier. Et l'on se plaint de la dépopulation en France!... Il faudrait donc que les représentants de l'ouvrier français, victime d'un accident n'aient droit à aucune indemnité!...

Mais ce n'est pas tout: on a fait remarquer que d'après l'art. 3, les représentants d'un ouvrier étranger ne recevront aucune indemnité, si au moment de l'accident ils ne résidaient pas sur le territoire français. Or, les ouvriers étrangers, à raison des différences notables sur les prix de main d'œuvre, font une concurrence fâcheuse aux ouvriers français... La loi nouvelle au lieu d'améliorer cette situation l'aggravera singulièrement, car elle prépare une véritable invasion d'ouvriers étrangers...

Cela ne veut rien dire, ou signifie qu'après avoir refusé toute indemnité aux représentants des ouvriers français, il faudrait en accorder une aux représentants des ouvriers étrangers...

Ces critiques diverses qui ont été produites à la fois dans

certains journaux (1), sont difficilement conciliables. La vérité est que, dans tous les cas, une indemnité devrait être payée aux représentants de la victime, qu'il s'agisse d'étrangers résidant ou ne résidant pas en France, ou qu'il s'agisse de nationaux. Quand un principe d'action existe au profit d'une personne, il n'y a pas de raison qui permette de l'en exproprier, quand même on voudrait protéger un intérêt français, à plus forte raison quand il s'agit d'une mesure qui va directement à l'encontre des intérêts que l'on croit défendre.

(1) Voy. *le Matin*, n° du 21 mai 1898.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME DOUZIÈME

LIVRE TROISIÈME *(suite)*.

TITRE TREIZIÈME.

Du mandat.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

N° 1. — *Règles se rattachant à la forme du mandat.* Pages.

1. — Définition, art. 1984. 6
2. — Distinction entre le mandat et la procuration. 7
3. — Intérêt de la distinction; du *procurator in rem suam*, etc. . 8
4. — Suite; du prête-nom. 9
5. — De la preuve quant à la distinction précitée; de la compétence. 11
6. — Diverses espèces de mandats. 12
7. — Le mandat peut être exprès ou tacite, art. 1985; du mandat exprès. 14
8. — Spécialités concernant la procuration. 14
9. — Dans certains cas la procuration doit être authentique. . . 17
10. — De l'usage des procurations en brevet. 19
11. — Du mandat tacite. *Quid* en ce qui touche l'acceptation du mandataire? Doctrine et jurisprudence sur ce point. . . 19
12. — Du mandat tacite. *Quid* en ce qui touche l'offre du mandat par le mandant? Doctrine et jurisprudence sur ce point. . 21
13. — Quand y a-t-il mandat tacite? 22
14. — Influence en cette matière des actes d'exécution. 24
15. — De l'élection de domicile pour l'exécution d'un contrat. Du mandat pouvant en résulter, notamment pour les notaires. 25
16. — De la preuve. 27

N° 2. — *Nature du mandat.*

17. — Caractère unilatéral du mandat. 28
18. — Gratuité du mandat, art. 1986. 29
19. — Convention d'un salaire. Le salaire peut-il être réduit par le juge? 31
20. — Révocabilité du mandat. 33

Pages.

21. — Du consentement nécessaire pour le contrat de mandat. . . 34
22. — De la violence et du dol. 35
23. — De l'erreur. 36
24. — Distinction entre le mandat et le simple conseil. 36
25. — Application aux rapports entre clients et hommes d'affaires ou notaires. 38

N° 3. — *De l'objet dans le mandat et de son étendue.*

26. — De la chose formant l'objet du mandat. 39
27. — Etendue du mandat qui peut être général ou spécial, art. 1987 et 1988. 42
28. — Limites du mandat spécial, art. 1989. 43
29. — Limites du mandat général. 45

N° 4. — *Règles de capacité.*

30. — Capacité pour donner un mandat; pour le recevoir, art. 1990. 47
31. — Les clercs du notaire peuvent être mandataires des parties. Inconvénients de cette pratique. 49
32. — L'une des parties contractantes pourrait-elle, dans le même contrat, représenter l'autre comme mandataire? . . . 51
33. — Le même mandataire pourrait-il, dans un contrat, représenter plusieurs parties, et même toutes les parties? 52

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

N° 1. — *Exécution du mandat, responsabilité du mandataire.*

34. — De l'exécution du mandat par le mandataire, art. 1991. . . 54
35. — Jusqu'où doit s'étendre cette exécution. 56
36. — Responsabilité du mandataire, art. 1992. 56
37. — Atténuation en faveur du mandataire gratuit. 58
38. — Différence entre le mandataire et le dépositaire. 59
39. — Suite. 62
40. — Le mandataire doit rendre compte de sa gestion, art. 1993. Restitution des corps certains. 63
41. — Restitution des valeurs ne constituant pas un corps certain. 65
42. — Emploi des sommes reçues par le mandataire. 66
43. — Valeurs reçues par le mandataire et qui n'étaient pas dues au mandant. 67
44. — *Quid* si cette réception a été le résultat d'une erreur matérielle? 67
45. — *Quid* des intérêts usuraires perçus par le mandataire? . . . 68
46. — Quand le mandataire doit rendre compte. Peut-il être affranchi de cette obligation? 69
47. — *Quid* si la dispense de rendre compte déguise une libéralité? 71

Pages.
48. — Cas où le compte du mandataire est rendu jour par jour. . . 72
49. — A qui et comment le compte est rendu. 72

N° 2. — *De la substitution faite par le mandataire.*

50. — Notion de cette substitution, art. 1994. 73
51. — Quand y a-t-il substitution? 75
52. — Tout mandataire peut-il se substituer une tierce personne? Position de la question. 76
53. — Cas où le mandataire est autorisé à se substituer un tiers. . 77
54. — Cas où le mandataire n'y est pas autorisé. 77
55. — Conclusions résultant des constatations qui précèdent. . . 78
56. — Applications aux cas où la procuration ne donne pas pouvoir de substituer. 78
57. — Critique de la jurisprudence sur ce point. 80
58. — Suite. 81
59. — Le pouvoir de substituer peut être implicite. 81
60. — De la prohibition de substituer. 82
61. — Effets de la substitution entre le mandant et le mandataire, entre le mandataire et le substitué. 83

N° 3. — *Pluralité de mandataires.*

62. — Cas de plusieurs mandataires constitués par le même acte, art. 1995. 84
63. — Ils ne sont pas solidaires. 85
64. — Suite. 85
65. — La solidarité n'existe que si elle a été stipulée; jurisprudence arbitraire sur ce point. 86

N° 4. — *Intérêts à la charge du mandataire.*

66. — Dans quels cas ils sont dus, art. 1996; d'abord quant au reliquat de son compte, ... 88
67. — Ensuite quant aux sommes par lui employées à son usage. . 89
68. — Taux de ces intérêts. 90

N° 5. — *Rapports du mandataire avec les tiers.*

69. — Distinction à faire entre le cas où le mandataire a agi en son nom, et celui où il a agi au nom du mandant. 92
70. — De la maxime : nul en France ne plaide par procureur. . . 94
71. — Signification actuelle de cette maxime d'après certaines décisions de la jurisprudence. 95
72. — Exemples. 96
73 — Décisions en sens contraire. 97
74. — Conclusion. 98
75. — Quand le mandataire doit-il agir en son nom, quand doit-il agir au nom du mandant? 100

Pages.

76. — Condition du mandataire traitant au nom du mandant lorsqu'il a donné connaissance de ses pouvoirs, art. 1997. . . . 101
77. — Quand cette connaissance donnée est-elle suffisante? . . . 102
78. — Cas où les tiers ont exigé l'engagement du mandataire. . . 103
79. — Recours pouvant alors appartenir au mandataire contre le mandant. 103
80. — Cas où il n'a pas été donné connaissance suffisante du mandat. 103
81. — Condition du mandataire ayant traité en son nom personnel. Des actes du prête-nom. 104

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

N° 1. — *Condition du mandant vis-à-vis des tiers.*

2. — Le fait du mandataire est le fait du mandant, conséquence, art. 1998. 106
83. — Condition du mandant représenté par un mandataire qui n'a pas dépassé ses pouvoirs. 107
84. — Condition du mandant représenté par un mandataire qui a dépassé ses pouvoirs. *Quid* si le mandataire a acheté pour une somme supérieure ou inférieure à celle qui avait été fixée? 109
85. — Suite. 109
86. — Les tiers en traitant avec le mandataire doivent vérifier sa procuration. Sont-ils tenus, sous leur responsabilité, d'en exiger la remise? Adoption de la négative. 110

N° 2. — *Ratification par le mandant des actes du mandataire.*

87. — Effet de la ratification vis-à-vis des tiers et vis-à-vis du mandataire. 113
88. — Conditions de validité de la ratification. 114
89. — L'acte du mandataire entaché d'excès de pouvoir n'est pas inexistant à l'égard des tiers. 115
90. — Preuve de l'intention de ratifier. 116
91. — La ratification a-t-elle, entre les parties, un effet rétroactif? Adoption de la négative. 117
92. — Cas où le mandataire a agi en son nom personnel. Exemple tiré de la pratique notariale. 120
93. — Des actes d'un prête-nom. 122

N° 3. — *Remboursements et indemnités dus au mandataire.*

94. — Avances faites par le mandataire, art. 1999. 123
95. — De la preuve en cette matière. 124
96. — Les frais et avances sont-ils réductibles? 124

Pages.

97. — Nécessité de distinguer entre les frais tarifés par la loi et ceux qui sont susceptibles d'être fixés par le juge. Honoraires payés à un notaire. 125
98. — Indemnités dues au mandataire du chef des pertes subies, art. 2000. 126
99. — Difficulté résultant de ce que le mandataire est débiteur d'un genre. 127
100. — Quand y a-t-il imprudence imputable au mandataire? . . . 128
101. — Intérêts des avances, art. 2001. 129
102. — Avances pour droits d'enregistrement faites par un notaire. . 130
103. — *Quid* des avances faites par les avoués et gérants d'affaires? 131
104. — Taux des intérêts, leur mode d'imputation; prescription. . . 132
105. — Droit de rétention appartenant au mandataire. 133

N° 4. — *Pluralité de mandants.*

106. — Solidarité dans le cas de plusieurs mandants, art. 2002. . . 134
107. — L'affaire doit être commune. 135
108. — La jurisprudence attribue la qualité de mandants aux arbitres et experts. 136
109. — Précisions à faire en ce qui concerne les notaires. 137
110. — *Quid*, en ce qui touche les syndics de faillite vis-à-vis des créanciers? 138

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

N° 1. — *Aperçus généraux.*

111. — Modes de cessation du mandat. Enumération de l'art. 2003. . 139
112. — *Quid* de la nullité et de la prescription? 139
113. — Une procuration peut-elle être utilisée, quelle que soit l'antiquité de sa date? 140

N° 2. — *Révocation du mandat.*

114. — Faculté pour le mandant de révoquer le mandat, art. 2004. . 141
115. — Le droit de révoquer implique le droit de modifier le mandat, et le pouvoir de modifier le mandat n'appartient qu'à celui qui pourrait le révoquer. 142
116. — Application à la vente de titres nominatifs de rente sur l'Etat. 143
117. — Le mandant peut-il renoncer à la faculté de révoquer ou de modifier le mandat? 146
118. — Exceptions apparentes à la révocabilité du mandat. 148
119. — Nécessité de porter la révocation à la connaissance des tiers. 148
120. — Droit reconnu au mandant d'exiger du mandataire révoqué la remise de la procuration. 149
121. — Autres moyens que peut prendre le mandant pour assurer l'efficacité de la révocation. 150

Pages.
122. — Suite. 151
123. — Exceptions que peut opposer le mandataire. Portée générale du dernier paragraphe de l'art. 2004. 152
124. — La révocation n'a pas d'effet à l'égard des tiers qui l'ont ignorée, art. 2005. 153
125. — Révocation tacite résultant de la constitution d'un nouveau mandataire, art. 2006. 154

N° 3. — *Renonciation du mandataire.*

126. — Faculté pour le mandataire de renoncer au mandat, art. 2007. 156
127. — Le mandataire peut-il s'interdire l'exercice de cette faculté? . 157
128. — La renonciation ne doit pas être inopportune. 158

N° 4. — *Interdiction du mandant ou du mandataire; faillite, déconfiture.*

129. — Le mauvais état des affaires du mandant, ou le dérangement de ses facultés mentales, ne mettent pas fin au mandat. . 159
130. — Il en est autrement de l'interdiction du mandant ou du mandataire. 160
131. — De la nomination du conseil judiciaire, de la déconfiture et de la faillite. 161

N° 5. — *Mort du mandant ou du mandataire. Autres causes d'extinction du mandat.*

132. — Mort du mandant. 162
133. — *Quid* dans le cas de mandat *in rem suam*, de prête-nom? . . 164
134. — De substitution? 165
135. — Absence du mandant. 166
136. — Obligations du mandataire en cas de décès du mandant; cas où il a ignoré ce décès, art. 2008. 168
137. — Conséquences à l'égard des tiers, art. 2009. 169
138. — Mort du mandataire; obligations de ses héritiers, art. 2010. . 170
139. — Echéance du terme. 171
140. — Arrivée de la condition. 172
141. — Terminaison de l'affaire objet du mandat. 173

Aperçus complémentaires sur la responsabilité pénale du mandant et du mandataire.

142. — Responsabilité pénale du mandataire; abus de confiance. . . 173
143. — Cas où le mandataire a agi en son propre nom. 174
144. — Cas où le mandataire a agi au nom du mandant. 175
145. — Règles communes aux deux cas précédents. 175
146. — Responsabilité pénale du mandant. Le mandant peut-il être considéré comme complice, par provocation, des faits punissables formant l'objet du mandat? 176
147. — Solution négative. 178
148. — Mais il existe des infractions punissables de nature à être commises par mandataire. 179
149. — Exemples : délit d'habitude d'usure. 179

Pages.

150. — Fausses affirmations, ou stipulations d'avantages particuliers dans les faillites. 180
151. — Obstacles à la liberté des enchères. 181
152. — Conclusion. 181

APPENDICE AU TITRE TREIZIÈME

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

153. — Questions de forme. 183
154. — Questions tenant au fond. Principes de solution entre les parties, en cas de conflit de lois. 183
155. — Rapports avec les tiers. 184

N° 2. — *Règles fiscales.*

156. — Droit fixe à percevoir sur les procurations contenant simple pouvoir d'agir. 185
157. — Même droit en cas de substitution, dépôt pour minute ou révocation. 186
158. — Droits proportionnels sur les autres clauses de la procuration. 187
159. — Procurations dissimulant une transmission de droits. . . . 187
160. — Créances du mandant contre le mandataire. Les héritiers de ce dernier peuvent distraire de l'actif à déclarer les valeurs perçues en vertu du mandat, et trouvées dans la succession. 187

TITRE QUATORZIÈME

Du cautionnement.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

N° 1. — *Nature du cautionnement.*

161. — Notion du cautionnement; diverses espèces de cautionnement. 189
162. — Définition, art. 2011; c'est un contrat consensuel. 191
163. — Il est unilatéral, mais peut devenir bilatéral. 191
164. — Le cautionnement qui peut être gratuit à l'égard du débiteur, est à titre onéreux à l'égard du créancier. 192
165. — *Quid* si le cautionnement intervient après la naissance de la créance garantie? 194
166. — Caractère accessoire du cautionnement; il suppose l'existence d'une obligation principale, art. 2012. 195

Pages.
167. — Cette obligation doit être valable. 195
168. — Dérogation quant aux obligations annulables à raison d'une exception personnelle à l'obligé. 197
169. — *Quid* de l'obligation annulable à raison d'un vice du consentement? 197
170. — De la dette cautionnée envisagée quant à son objet. . . . 198
171. — Modalités du cautionnement. 199
172. — Comparaison de la caution personnelle avec la caution réelle. 199
173. — Comparaison avec les cas d'expromission, de plusieurs débiteurs solidaires. — De la caution solidaire. 200
174. — Comparaison avec le porte-fort. 200
175. — Avec la recommandation ou conseil. 201

N° 2. — *Étendue du cautionnement. Preuve.*

176. — Limites de l'obligation résultant du cautionnement. 202
177. — L'obligation de la caution ne peut être plus onéreuse que celle du débiteur principal, application. 203
178. — Sanction. Quand elle est plus onéreuse elle est seulement réductible. 205
179. — Comment s'opère la réduction. 206
180. — La partie cautionnée demeure étrangère au cautionnement, art. 2014. 207
181. — Preuve du cautionnement. 208
182. — Du cautionnement limité; règles d'interprétation; jusqu'où il s'étend. 209
183. — Du cautionnement non limité; jusqu'où il s'étend, art. 2016. 212
184. — Cautionnement d'un bail. 213
185. — Cautionnement de l'obligation de livrer un corps certain. . . 213
186. — Des frais de la première demande dont parle l'art. 2016. . . 214
187. — Cessibilité du cautionnement; transmissibilité des droits et obligations qui en dérivent, art. 2017. 216

N° 3. — *Conditions que doit remplir la caution.*

188. — Capacité et domicile de la caution, art. 2018. 217
189. — Solvabilité de la caution, art. 2019. 219
190. — Des biens suffisants que doit posséder la caution. 220
191. — Du cas où la caution devient insolvable, art. 2020. 221

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION PREMIÈRE. — *De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.*

N° 1. — *Du bénéfice de discussion.*

192. — Obligation subsidiaire de la caution; bénéfice de discussion, art. 2021. 224

Pages.

193. — Le créancier peut agir en cas d'expiration ou de déchéance du terme ; du paiement partiel, etc. 226
194. — Renonciation au bénéfice de discussion. 227
195. — La caution solidaire doit-elle être assimilée à un codébiteur solidaire? 227
196. — Autres cas où la caution ne peut recourir au bénéfice de discussion. 229
197. — Cas où il y a plusieurs codébiteurs solidaires. 230
198. — Quand doit être opposé le bénéfice de discussion, art. 2022; . . 231
199. — Dans quelle forme et à la charge de quelles indications, art. 2023. 232
200. — Biens dont la discussion ne peut être proposée. 233
201. — Cas où le créancier a d'abord agi contre le débiteur principal. 234
202. — Responsabilité du créancier quand la caution s'est conformée aux prescriptions de l'art. 2023, art. 2024. 234

N° 2. — *Du bénéfice de division.*

203. — Pluralité de cautions, art. 2025; application de l'indivisibilité *solutione*. 236
204. — Bénéfice de division, art. 2026; critiques peu justifiées dont il est l'objet. 237
205. — L'art. 2025 n'édicte pas la solidarité entre les cautions; conséquences. 239
206. — La division n'a lieu que si elle est demandée dans la forme d'une exception. 240
207. — Quelles sont les cautions à qui appartient le bénéfice de division?. 241
208. — *Quid* des cautions engagées par actes séparés, ... 242
209. — Ou dont l'engagement serait annulable ou soumis à des modalités spéciales? 243
210. — La division n'a lieu qu'entre les cautions solvables. 243
211. — De la part demeurant à la charge de la caution qui oppose la division. 244
212. — Renonciation au bénéfice de division. 244
213. — Renonciation par le créancier au droit de demander la totalité de la dette, art. 2027. 245

SECTION II. — *De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.*

214. — Recours de la caution contre le débiteur principal, art. 2028. 246
215. — Il est engendré par la libération procurée au débiteur. . . . 247
216. — Son étendue; 248
217. — Spécialement pour les frais et les dommages. 249
218. — Durée et nature du recours. 251
219. — De l'action subrogatoire, art. 2029. 251
220. — Cas dans lesquels la caution a intérêt à agir de son chef propre. 252

Pages.
221. — Étendue de la subrogation quant au droit de résolution; . . 253
222. — Quant aux hypothèques existant au profit du créancier. . . 254
223. — Recours de celui qui a cautionné plusieurs débiteurs principaux, art. 2030 255
224. — Son recours quand il n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires. 256
225. — Jurisprudence sur ce point. 257
226. — Une subrogation conventionnelle est-elle possible en ce cas?. 258
227. — Le paiement effectué par la caution doit avoir été utile. . . 259
228. — De la caution qui a négligé d'en avertir le débiteur, art. 2031. 260
229. — Recours en indemnité pouvant appartenir à la caution avant d'avoir payé, art. 2032. 262
230. — Examen du premier cas prévu par l'art. 2032. 264
231. — Examen du second cas. 264
232. — Autres cas prévus par le même texte. 265

SECTION III. — *De l'effet du cautionnement entre les co-fidéjusseurs.*

233. — Recours de la caution qui a payé contre ses co-fidéjusseurs, art. 2033. 266
234. — Comment ce recours doit se diviser. 266
235. — De la subrogation conventionnelle dans le cas envisagé. . . 267

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

236. — Règle générale, art. 2034. 269
237. — Du paiement; des offres et de la consignation. 270
238. — Remise de la dette. 271
239. — *Quid* dans le cas de caution solidaire?. 272
240. — De la remise non gratuite. 273
241. — De la confusion; n'a pas d'effet à l'égard d'un certificateur de caution, art. 2035. 273
242. — De la compensation et de la novation. 274
243. — Perte de la chose. 276
244. — Prescription. 277
245 — Expiration du terme. 278
246. — Exceptions que la caution peut opposer au créancier, art. 2036. De celles qui sont fondées sur un vice du consentement. . . 278
247. — De l'exception tirée de la chose jugée entre le débiteur principal et le créancier. 280
248. — De la chose jugée entre le créancier et la caution; du serment et de la transaction. 282
249. — Libération de la caution quand le créancier a rendu la subrogation inopérante, art. 2037. 284
250. — Faits du créancier permettant l'application de l'art, 2037. . 285

Pages.
251. — Suite. 286
252. — Pour quels droits et par qui peut être invoqué l'art. 2037. . 287
253. — Étendue de la responsabilité du créancier. 289
254. — Libération de la caution en cas de dation en paiement, art. 2038. 289
255. — Signification de l'expression *volontairement* employée dans ce dernier texte. 290
256. — Motifs de la décision contenue dans l'art. 2038. 292
257. — Suite. Des réserves formulées par le créancier pour le cas d'éviction. 294
258. — Prorogation de terme accordée au débiteur principal, art. 2039. 294
259. — Renonciation par le débiteur au bénéfice du terme, et déchéance du terme par lui encourue. 296

Aperçus complémentaires sur la condition de la caution solidaire.

260. — Cas à éliminer. 297
261. — Difficultés quand il y a solidarité entre le débiteur principal et une ou plusieurs cautions engagées à ce titre. La caution solidaire ne perd pas le caractère de caution. 297
262. — Comparaison entre la caution solidaire et le co-débiteur solidaire. 298

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

263. — Renvoi aux art. 2018 et 2019 pour les conditions à remplir par les cautions légales et judiciaires, art. 2040. 301
264. — Restriction de la faculté de demander la discussion préalable, art. 2042 et 2043. 301
265. — Faculté de remplacer la caution par un gage, art. 2041. . . 302

APPENDICE AU TITRE QUATORZIÈME

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

266. — Application, suivant les cas, de la loi en vigueur soit au lieu du contrat, soit au lieu d'exécution. 304
267. — Le titre du cautionnement s'applique uniquement aux cautions régies par la loi française. 305

N° 2. — *Règles fiscales.*

268. — Droit proportionnel en matière de cautionnement; sens du mot *cautionnement*. 306
269. — Assiette et calcul du droit. Droit fixe. 306

Pages.

270. — Le droit proportionnel de cautionnement est-il dû dans le cas prévu par l'art. 1216?. 307
271. — Limites du droit de cautionnement. 308
272. — Certificat, décharge du cautionnement. 308

TITRE QUINZIÈME

Des transactions.

N° 1. — *Nature et forme de la transaction.*

273. — Définition de la transaction, art. 2044. 309
274. — C'est un contrat qui peut ne pas se traduire dans une forme synallagmatique. 312
275. — Est-il résoluble en cas d'inexécution?. 312
276. — La transaction doit porter sur un droit douteux; comparaison avec la renonciation à un droit moyennant un avantage stipulé. 314
277. — La jurisprudence ne constate pas suffisamment ce caractère douteux. 315
278. — Si le droit n'est pas douteux, l'acte ne peut valoir à titre de transaction. 317
279. — La transaction est un acte d'aliénation. Constitue-t-elle un contrat commutatif. 317
280. — Est-elle indivisible. 318
281. — Forme et preuve de la transaction. Prohibition de la preuve testimoniale. *Quid*, en cas de commencement de preuve par écrit?. 319
282. — *Quid*, en matière commerciale, ou en cas de perte de l'acte original? Des transactions verbales. 321
283. — Divers genres d'écrits pouvant constater une transaction. . . 322
284. — Des jugements d'expédient. 323

N° 2. — *Capacité requise pour transiger.*

285. — Pouvoir de disposer à titre onéreux, art. 2045. 325
286. — *Quid* de l'héritier apparent, des envoyés en possession provisoire, du mandataire général? 326
287. — Incapacité des mineurs, émancipés ou non; 327
288. — Des interdits; 329
289. — Des individus pourvus d'un conseil judiciaire; 330
290. — Des enfants soumis à l'administration légale du père. . . . 330
291. — Des femmes mariées, séparées de biens ou non; biens dotaux. 330
292. — Des transactions entre époux. 331
293. — Du failli. — Concordat, créanciers en état d'union. 332
294. — Du débiteur en liquidation judiciaire ou en déconfiture; de l'héritier bénéficiaire. 333

Pages.

295. — Des administrateurs des sociétés civiles. 334
296. — Des communes et administrations publiques. 335
297. — Des sociétés et congrégations n'ayant pas d'existence civile. 336

N° 3. — *De l'objet dans les transactions.*

298. — L'objet ou le droit sur lequel porte la transaction doit être disponible. Droits d'usage, d'habitation. 337
299. — De la chose d'autrui. 338
300. — Prohibitions de disposer, et par suite de transiger, motivées par l'intérêt privé. 339
301. — *Quid*, en ce qui touche les biens substitués, ou dépendant d'une succession bénéficiaire? 339
302. — Prohibitions motivées par l'intérêt général. Biens dépendant du domaine public; offices ministériels. 340
303. — Du droit aux aliments. 341
304. — Des conventions matrimoniales. Dot. 343
305. — L'objet de la transaction doit être dans le commerce. . . . 344
306. — De l'état des personnes. 344
307. — Suite. Conséquences pécuniaires se rattachant à l'état des personnes. 346
308. — Puissance paternelle; nullités du mariage. 346
309. — Faits contraires à l'ordre public ou à la loi. 347
310. — De l'intérêt civil résultant d'un délit, art. 2046. Du chantage. 347
311. — Du pouvoir de transiger accordé pour certains délits aux administrations publiques. 349

N° 4. — *Exécution, interprétation et effets des transactions.*

312. — De la clause pénale dans les transactions, art. 2047. . . . 351
313. — Règles d'interprétation, art. 2048, 2049. Transactions spéciales. Forfait. 352
314. — Transactions générales. 354
315. — La transaction est sans influence sur les droits postérieurement acquis, art. 2050. 354
316. — Elle n'a d'effets qu'entre les contractants, art. 2051. . . . 356
317. — Du cas où il y a solidarité entre plusieurs contractants, ou indivisibilité dans l'obligation. 356
318. — Pouvoir d'appréciation appartenant aux juges. 358
319. — Assimilation de la transaction à la chose jugée, art. 2052. . 358
320. — Inanité de cette assimilation. 359
321. — Différences entre la transaction et le jugement. 361
322. — Effet translatif de la transaction. Historique de la controverse sur ce point. 362
323. — Discussion. 364
324. — Conséquences et signification exacte de la doctrine sur l'effet translatif. 368

N° 5. — *Causes de nullité des transactions.*

325. — La lésion est inopérante. 370

Pages.

326. — Il en est de même de l'erreur de droit. Solution différente pour l'erreur de fait. 370
327. — Causes de nullité admises par la loi, art. 2053. De l'erreur. 373
328. — Du dol et de la violence. 375
329. — Transaction en exécution d'un titre nul, art. 2054; il s'agit d'un vice se référant au consentement. 375
330. — Applications. 377
331. — Transaction sur pièces fausses, art. 2055; 378
332. — Ou sur un procès déjà jugé, art. 2056. 379
333. — Découverte de titres postérieurement à la transaction, art. 2057. 381
334. — Erreur de calcul, art. 2058. 382
335. — Indivisibilité de la transaction. 383

APPENDICE AU TITRE QUINZIÈME.

336. — Droit international privé. 384
337. — Règles fiscales. Dispositions de la loi du 22 frimaire an VII. 384
338. — Jurisprudence. 386
339. — Objections de la doctrine. 387

TITRE SEIZIÈME.

De la contrainte par corps en matière civile.

340. — Loi du 22 juillet 1867. 389
341. — Textes abrogés, art. 2050 à 2070. 389
342. — Justification de cette abrogation. 391
343. — Rétablissement illogique de la contrainte par corps dans certaines colonies. 392
344. — Maintien de la contrainte pour le paiement des condamnations pécuniaires prononcées par la justice répressive. 393

TITRE DIX-SEPTIÈME.

Du nantissement.

345. — Définition du nantissement, art. 2071. 397
346. — C'est un contrat synallagmatique imparfait; l'écrit destiné à le constater n'a pas été fait en double. 398
347. — Autres caractères du nantissement. 401
348. — Il s'applique aux meubles et aux immeubles, art. 2072. . . 401

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

N° 1. — *De l'objet et de la capacité dans le contrat de gage.*

Pages.

349. — Définition du gage; privilège qui en résulte, art. 2073. . . 402
350. — Il faut être propriétaire de la chose donnée en gage. *Quid* si, en fait, cette chose appartient à autrui? 403
351. — La chose ne doit pas être frappée d'indisponibilité entre les mains de son propriétaire. 405
352. — Des rentes sur l'Etat. 406
353. — Meubles incorporels, créances, usufruit. 408
354. — Sommes d'argent. 408
355. — Celui qui constitue un gage doit avoir la capacité d'aliéner. . 408

N° 2. — *Formes et preuve du contrat de gage.*

356. — En matière civile un écrit est nécessaire, art. 2074. Il n'en est pas ainsi en matière commerciale. 410
357. — Le contrat doit être envisagé dans ses effets entre les parties et à l'égard des tiers. 411
358. — De la date certaine quand l'acte est sous seing privé. . . . 412
359. — Déclarations que doit contenir l'acte en ce qui touche la créance garantie. 415
360. — Description en ce qui touche les objets engagés; liquides, denrées, livres. 416
361. — Titres au porteur. 419
362. — Notification à faire au débiteur d'une créance engagée, article 2075. 419
363. — Cas où la signification ne peut avoir lieu ou doit être faite à un représentant du débiteur de la créance engagée. . . 421
364. — La signification peut-elle être remplacée par l'acceptation du débiteur? 422
365. — Rapports entre le nantissement des créances et la cession. . 423
366. — Quelle est l'utilité réelle de la signification voulue par la loi? 423
367. — En quoi consiste cette signification. 425

N° 3. — *Mise en possession du créancier gagiste et dessaisissement du débiteur.*

368. — Mise en possession du créancier gagiste et persistance de cette possession, art. 2076. 426
369. — *Quid* si la chose engagée n'est pas matérielle? 428
370. — Remise des titres. S'il n'y a pas de titres, on décide que le gage est impossible. 429
371. — Différence avec la délivrance en matière de vente ou de cession. 431
372. — Des titres au porteur, récépissés qui les représentent. . . . 432
373. — *Quid* d'une remise de clefs? 433

Pages.

374. — De l'apposition d'une marque par le créancier. On ne peut argumenter de la délivrance en matière de vente. . . . 434
375. — Le dessaisissement du débiteur est la condition principale de la mise en possession du créancier. 435
376. — Application au gage constitué sur un fonds de commerce. Loi du 1er mars 1898. 436
377. — Nantissement en rentes sur l'Etat. 438
378. — Remise du gage entre les mains d'un tiers. 439
379. — Quand doit avoir lieu la mise en possession du créancier ou du tiers convenu. 441
380. — Conservation de cette possession. 442
381. — Le gage peut être fourni par un tiers, art. 2077. 443

N° 4. — *Prohibition du pacte commissoire.*

382. — Règle prohibitive de l'art. 2078. 444
383. — Son étendue. 445
384. — *Quid* des conventions postérieures au contrat de gage? . . . 446
385. — Valeur de certaines clauses dérogatoires relatives à la non-intervention de la justice pour la vente du gage, ... 447
386. — Ou son attribution au créancier. 448
387. — Le choix appartient au créancier; compétence. 449
388. — L'art. 2078 est d'ordre public. 450

N° 5. — *Responsabilité du créancier; ses droits quant aux fruits et à la rétention. Fin du gage.*

389. — Le débiteur gagiste demeure propriétaire du gage, art. 2079. . 451
390. — Conséquences. Responsabilité du créancier, art. 2080. . . 452
391. — Des dépenses faites par le créancier. 454
392. — Des fruits produits par le gage; *quid* s'il s'agit d'une créance? art. 2081. 455
393. — Le créancier pourrait-il percevoir le capital de la créance? . 456
394. — Restitution du gage; cas d'abus de la part du créancier art. 2082 § 1 457
395. — Droit de rétention. 459
396. — Il est opposable aux tiers; son utilité. 459
397. — Il s'étend à des dettes contractées postérieurement à la constitution du gage, art. 2082 § 2. 461
398. — Conséquences. 463
399. — Indivisibilité du gage, art. 2083. 464
400. — Causes d'extinction du gage. 464

N° 6. — *Du gage en matière de commerce.*

401. — Renvoi prononcé par l'art. 2084. 466
402. — L. du 12 mai 1863 relative au gage commercial, art. 91, C. com. 467
403. — Mise en possession du créancier; vente du gage, art. 92, 93, C. com. 469

Pages.
404. — Maisons de prêts sur gage; monts-de-piété. 471
405. — Avances sur titres par la Banque de France, le Crédit foncier. 472
406. — Magasins généraux; warrants, endossement. 473

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

407. — Notion de l'antichrèse, art. 2085. 476
408. — Comment elle s'établit. 477
409. — Mise en possession du créancier. 478
410. — Le créancier n'a qu'un droit aux fruits, sans privilège. Pourquoi? 478
411. — L'antichrèse est un droit réel. 479
412. — Conséquences. 480
413. — Conditions requises chez celui qui constitue l'antichrèse. . . 481
414. — Droits du créancier antichrésiste; il peut donner l'immeuble à bail. 482
415. — Obligations du créancier quant à l'immeuble engagé, art. 2086. 483
416. — Il a le droit de rétention, art. 2087, ... 484
417. — Et la faculté d'expropriation en cas de non-paiement, art. 2088; mais il ne peut garder l'immeuble. Prohibition de toute clause contraire. 485
418. — Vente à réméré, contrat pignoratif, nullité. 486
419. — Imputation des fruits, compensation, art. 2089. 487
420. — Comparaison de l'antichrèse avec le gage, art. 2090. . . . 488
421. — Cas où l'immeuble donné à antichrèse était déjà grevé de droits réels, art. 2091. 489

APPENDICE AU TITRE XVII

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

422. — Conflit de lois. — Règles générales. 491
423. — Applications : constitution du gage et de l'antichrèse. . . . 491
424. — Gage constitué sur une créance. 493
425. — Droit de rétention. 493
426. — Antichrèse. 494
427. — Réalisation du gage. 494

N° 2. — *Règles fiscales.*

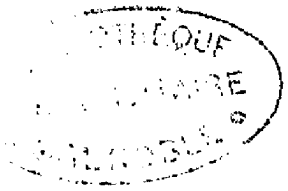
428. — Droits à percevoir en cas de gage; 495
429. — En cas d'antichrèse. 495

APPENDICE AU TOME XII

Pages.

Lois nouvelles promulguées au cours de l'impression de l'ouvrage et relatives à des matières déjà traitées.

430. — Caution *judicatum solvi;* étranger, matières commerciales; L. du 5 mars 1895. 497
431. — Legs; rapport, L. du 24 mars 1898. 499
432. — L. du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, et la responsabilité des patrons. 502



Paris. — Imprimerie F. Pichon, 24, rue Soufflot.