CAPITANT (~~René~~)

DROIT CIVIL APPROFONDI

(DOCTORAT)

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DES CONTRATS

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

prit et caactère du urs.

Le cours de droit civil approfondi portera sur les matières de deuxième année. Les traits caractéristiques de ce cours consistent à étudier une matière du programme en s'appuyant sur les textes, sur la jurisprudence, sur l'histoire, en comparant les règles admises par le droit français avec celles des autres législations, car le cours a pour titre : Cours de droit civil approfondi et de droit comparé.

Approfondir un sujet ce n'est pas entrer dans les détails, étudier toutes les questions qui se posent, mais bien considérer chaque règle en elle-même, en scruter la nature juridique, la raison d'être, la portée. C'est en d'autres termes, en se servant de tout l'appareil législatif doctrinal, jurisprudentiel et historique, et en usant de la méthode comparative, s'forcer de comprendre l'importance exacte, le rôle de la réglementation juridique d'une institution.

ujet du ours

Le sujet choisi pour cette année par M. Capitant est un sujet qui d'abord très vaste puisqu'il l'a intitulé : les principes fondamentaux du droit des contrats .

mportance soale du conat.

Le contrat est l'opération juridique la plus usuelle. Sous ses diverses formes, il constitue la trame de la vie économique. Il n'est pas exagéré de dire que l'ordre juridique est à base contractuelle, bien qu'on ait sonné le glas, bien inutilement semble-t-il, du contrat. Duguit, qui pourtant a prétendu que dans le droit moderne le rôle du contrat diminuait de jour en

Source : BIU Cujas

jour, a écrit quelque part dans son oeuvre, que q
on a énuméré la propriété, la responsabilité et l
berté contractuelle, on a donné les trois fondemen
de l'ordre civil moderne.

Or, dans ce cours, nous nous proposons d'étud
les principes, et même dirons-nous les grands princ
pes qui dominent le droit des contrats.

Ce qu'il faut entendre par principes du droit des obligations et comment on peut les dégager.

Dans son sens philosophique, le terme princip
signifie commencement, point de départ, ce qui rend
compte d'une chose, ce qui en contient ou en fait c
prendre les propriétés essentielles et caractéristi
ques. Dans le vocabulaire philosophique de Lalande,
nous lisons : "On appelle principe d'une science l'
semble des propositions directrices caractéristique
auquel tout le développement ultérieur doit être su
donné. Principe en ce sens, éveille surtout l'idée
ce qui est premier en importance et de ce qui est f
damental".

C'est bien en ce sens que Descartes a pris le
mot quand il a dit dans ses oeuvres, Regula IV, 1.
378 : "En toutes choses ce sont les principes qui i
tent, mais c'est aussi ce qu'on connaît le moins "P
role profondément vraie, et qui pourrait servir d'é
graphe à ce cours.

Donc, en droit, le principe est une règle fon
mentale, écrite ou non écrite dans la loi, d'où déc
lent les effets d'une institution juridique. S'il c
vient d'insister sur les principes du droit des con
trats, c'est que très souvent, comme le dit Descart
on se contente dans les livres de les énoncer sans
rechercher l'origine et sans donner les explication
qui paraissent nécessaires, sans en indiquer suffis
ment les conséquences, sans rechercher non plus dans
quelle mesure ils sont consacrés dans les autres lé
lations.

Tous les principes d'une matière ne sont pas é
noncés dans la loi. Il en est qu'il faut, par le pro
dé de l'induction, dégager de l'étude des disposit
légales, tel par exemple le principe qui explique
effets de la stipulation pour autrui, tel le princi
qui explique la résolution judiciaire des contrats s
nallagmatiques, tel même ce grand principe, qui rés
de l'examen des dispositions de la loi : solus conse
sus obligat, le seul consentement suffit à former le
contrat. Il y en a d'autres qui, bien entendu, sont
primés en termes formels comme celui qu'énonce l'ar
cle 1134, règle si importante : les conventions lég
lement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les
faites. Tel aussi celui qui est écrit dans l'article
1165 : les conventions n'ont d'effet qu'entre les p

Source : BIU Cujas

ties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article II2I.

Le sujet est très vaste, mais nous n'étudierons que les principes sans entrer dans le détail trop long de leurs applications. C'est sur eux, sur leur raison d'être, sur leur justification, sur leur histoire, sur leurs conséquences principales, que nous insisterons surtout.

Plan du cours

Plan du cours :

Introduction.

§ I - Définition du contrat

§ 2 - Domaine du contrat;

§ 3 - De certaines espèces de contrats, sur la nature desquels on a discuté, tels la société, l'association, les contrats d'adhésion, le contrat collectif de travail.

Chapitre I :

La liberté contractuelle.

Chapitre II :

La formation des contrats. Le principe : solus consensus obligat.

Chapitre III :

La force obligatoire des contrats. Le contrat est la loi des parties.

Chapitre IV :

De l'interprétation des contrats.

Chapitre V :

Les effets des contrats.

Chapitre VI :

La responsabilité contractuelle.

Chapitre VII :

La nullité des contrats.

Source : BIU Cujas

INTRODUCTION

§ I - Définition du contrat.
§ 2 - Détermination du domaine du contrat.
§ 3 - Examen des diverses espèces de contra
sur le caractère desquels il y a disc
sion.

§ I - Définition du contrat -

Art. IIOI

L'article IIOI formule la définition du contr
en ces termes : "Le contrat est une convention par
"quelle une ou plusieurs personnes s'obligent enver
"une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne
"faire quelque chose".

C'est la définition qui se trouve rappelée da
tous les ouvrages de droit civil. Il est bon d'en e
miner les termes de près.

Distinction faite par ce texte entre convention et contrat; cette distinction présente-t-elle un intérêt et doit-elle être retenue.?

L'article IIOI fait une distinction entre le
trat et la convention. Il considère donc le contrat
comme une espèce de convention. Ce texte a été copi
les rédacteurs du code dans le traité des obligatio
de Pothier, n° 3. Pothier disait en effet : "Un con
trat est une espèce de convention" mais plus logiqu
que le Code civil il ajoutait :"Pour savoir ce qu'e
un contrat il est donc préalable de savoir ce qu'es
une convention ". Il donnait en ces termes la défin
tion de la convention : "Une convention ou un pacte
car ce sont termes synonymes, est le consentement d
deux ou de plusieurs personnes pour former entre el
quelque engagement ou pour en résoudre un précédent,
pour le modifier." La convention est donc plus larg
que le contrat, puisqu'elle comprend non seulement
accord de volontés destiné à faire naître des oblig
tions, mais l'accord de volontés destiné à modifier
accord existant ou à l'éteindre. Et Pothier, ayant
si défini la convention ajoutait : "L'espèce de con
tion qui a pour objet de former quelque engagement,
celle que l'on appelle contrat".

Ainsi Pothier réservait le mot de contrat à l
convention qui a pour objet de former un engagement
tre les parties contractantes. Cette distinction, q
le Code a conservée, n'a pas d'intérêt pratique ou
orique, car les règles qui s'appliquent aux convent
s'appliquent aux contrats, et vice versa. C'est pou

Source : BIU Cujas

quoi elle ne se trouve plus guère que dans les vieux codes comme le nôtre; on ne la rencontre pas dans les codes récents. Elle a été abandonnée également dans le projet de code des contrats et des obligations qui a été préparé au cours de ces dernières années par une double commission française et italienne, et qui n'est pas encore déposé devant le Parlement d'aucun des deux pays.

Dans ce projet, voici comment on a défini, à l'article I, le contrat : "Le contrat est l'accord de deux ou de plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre, un rapport juridique". On a donc donné au mot contrat, un sens plus large, on en a fait le synonyme du mot : convention, et cela est plus simple.

Cette distinction ne se trouve donc plus dans les Codes modernes. Au surplus ceux-ci ont presque abandonné cette habitude, qui était la règle au moment de la rédaction du Code civil, de définir les institutions. On ne trouve pas de définitions dans le Code civil allemand, dans le code civil suisse, ni dans les autres codes étrangers qui s'en sont inspirés, notamment dans le Code civil brésilien qui a été une des belles applications de ces deux derniers codes et qui date de 1916.

En tout cas, nous pouvons très bien prendre le terme de contrat comme synonyme de convention.

On a fait une objection à cet élargissement du terme contrat. Le traité de droit pratique de droit civil de Planiol et de Ripert (tome VI n° 13) prétend que la distinction du contrat et de la convention présente un intérêt parce que la capacité pour le paiement ou la remise de dette ou la cession de créance n'est pas la même que celle qui est requise pour le contrat.

Cette observation ne nous paraît pas suffisante pour conserver les deux termes, car on peut répondre que la capacité n'est pas la même pour tous les contrats, ce qui ne nécessite pas qu'on les classe sous des dénominations différentes.

re des par-
au contrat

En continuant l'examen de cette définition de l'article 1101, nous noterons que le texte a soin de dire - et en cela il a tout à fait raison - qu'un contrat peut intervenir entre deux personnes ou plusieurs personnes, car si un contrat exige un minimum de deux personnes, il peut aussi en grouper un plus grand nombre et il peut y avoir dans le contrat deux groupes d'individus ou même un seul groupe réunissant un grand nombre de personnes. Sur ce point l'article 1101 a soin de nous montrer que le contrat n'est pas toujours et uniquement le rapport établi entre un débiteur et un créancier. Puis il ajoute que le contrat est une convention par laquelle ces personnes s'obligent envers une ou les au-

Source : BIU Cujas

tres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque se.

Objet habituel du contrat : créer des obligations consistant à donner, faire ou ne pas faire.

Donc, dans cette définition le contrat est co déré comme un acte créateur d'obligations. C'est en fet l'objet habituel du contrat, mais il est arrivé certains auteurs, Duguit notamment, pour dénier le c ractère contractuel à certaines opérations, se sont fondés sur cette définition de l'article IIOI pour nier à certaines opérations juridiques qui n'engend pas d'obligation des uns vis-à-vis des autres, le c ractère contractuel.

Certes, les rédacteurs du Code civil n'ont jamais entendu écarter du domaine du contrat, des opé tions de ce genre. Donc le contrat est en principe nérateur d'obligations. Ces obligations, dit l'artic IIOI (et ici nous retrouvons le langage de Pothier) peuvent consister soit à donner, soit à faire, soit ne pas faire. Donner, tout le monde est d'accord sur le sens qu'il faut attribuer ici à ce mot. Il a été pris par Pothier comme synonyme du verbe latin "dare qui signifiait, transférer la propriété. Donc Pothie distinguait trois sortes d'obligations : l'obligatio de transférer la propriété, ou l'obligation de faire quelque chose, ou l'obligation de ne pas faire. Pour quoi donc distinguer l'obligation de transférer la p priété des autres obligations ?

De l'obligation de donner - transformation réalisée par le code civil quant à son effet.

Nos anciens auteurs voulaient par là, bien mon trer que le contrat tel qu'ils le concevaient ne tra férait pas par lui-même la propriété de la chose qui en était l'objet, il n'imposait au débiteur que l'ob gation de transférer la propriété, mais pour opérer transfert, il fallait une tradition réelle, c'est-à- re la remise de l'objet par le contractant à l'autre contractant, ou feinte, c'est-à-dire remplacée par u simple clause, qu'on appelait la clause de dessaisin saisine, laquelle était devenue de style dans les co trats. Mais le principe était que dans notre ancien droit le contrat ne pouvait qu'engendrer des obliga- tions et non transférer la propriété.

Or, aujourd'hui, depuis le Code civil, le trans fert de propriété s'opère de plein droit par le seul effet du contrat. Chez nous le contrat est non seule- ment créateur d'obligations, mais aussi si sa nature l'exige, translatif de propriété ou de droits réels. C'est une particularité de notre droit français moder ne, qui est du reste sujette à critiques. Mais ce n'e pas ici le lieu de critiquer cette transformation qui s'est faite au cours des siècles. Finalement par la s pression de la clause de style qu'on insérait dans le contrats, on est passé d'un régime à l'autre, et aujo

Source : BIU Cujas

d'hui, sans qu'il soit besoin de mettre une clause dans le contrat, il suffit de l'accord de volontés pour que le vendeur cesse d'être propriétaire, et que l'acheteur le devienne.

Mais il y a des cas où ce transfert ne s'opère pas toujours. Il en est ainsi, lorsque le contrat a pour objet des choses de genre, c'est-à-dire des choses non déterminées, dont l'acheteur par conséquent ne peut devenir propriétaire au moment même de l'échange des consentements. Il n'en peut devenir propriétaire qu'au jour où la tradition lui est faite, ou le jour où la chose a été individualisée.

Ainsi la distinction entre l'obligation de donner et les autres n'a pas aujourd'hui d'utilité. Il n'y en a pas davantage à distinguer entre l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire. C'est pourquoi on peut remplacer cette vieille définition par une définition plus large, conforme au sens élargi que nous donnons au mot contrat, conforme aussi au domaine du contrat et qui serait la suivante :

finition
uvelle du
ıtrat mettant
lumière le
ncipe de la
erté contrac-
elle

Le contrat est un accord de volontés par lequel deux, ou un plus grand nombre de personnes établissent entre elles un rapport juridique et en déterminent les conditions et les effets, ou bien modifient ou éteignent un rapport juridique préexistant.

Cette définition contient quelquechose qui n'est pas dans l'article IIOI, et qui a une grande importance : "en déterminant les conditions et les effets". Il y a en effet deux éléments essentiels dans un contrat; le premier est l'accord des volontés, le concours des volontés, ce que le code civil appelle dans l'article IIO8 le "consentement des contractants". Le second c'est la détermination par les contractants des conditions et des effets juridiques de ce rapport de droit. C'est le droit pour les contractants de régler comme ils le veulent, à condition de ne rien faire qui soit interdit, les conditions et les effets de leur contrat. C'est le principe de la liberté contractuelle, car il n'y a pas de contrat sans liberté contractuelle et c'est là un élément essentiel du contrat, sur lequel il parait nécessaire d'attirer l'attention, car si tous les effets de l'accord de volontés des personnes, sont réglés d'une façon impérative par la loi, il manque alors l'élément essentiel du contrat, et ceci nous amène au second paragraphe.

§ 2 - Délimitation du domaine du contrat -

dance des
ilistes à

Les civilistes ont tendance à élargir à l'excès la notion de contrat, et à voir un contrat dans tout

élargir à l'excès le domaine du contrat.

accord de volontés. Cette tendance a provoqué les ... tiques des publicistes qui ont opposé leur doctrin... celle des civilistes et notamment de Duguit dans s... traité de Droit constitutionnel, qu'il a fait préc... der d'une longue et belle étude de l'acte juridiqu... et de M. Jèze dans ses Principes de droit public, ... dans ses Principes de Droit administratif.

Conditions pour qu'un accord de volontés constitue un contrat.

Or, il y a dans les critiques adressées par l... publicistes un fond exact, car tout accord de volo... tés n'est pas un contrat. Pour qu'il y ait contrat ... faut d'abord la volonté réciproque d'établir un ra... port juridique; il faut en second lieu que les int... ressés aient le pouvoir de régler les conditions e... les effets de leur accord, c'est à dire jouissent ... certaine liberté contractuelle.

Ne sont donc pas des contrats :

I - Les accords qui n'ont pas pour objet d'engen... un effet juridique.

I - Refus du caractère contractuel aux accords qui n'ont pas pour objet de créer un rapport juridique. Rapports mondains

Il n'est pas toujours facile de les déterminer... On les désigne quelquefois sous le nom de simples ... ports mondains. Si j'invite quelqu'un à diner et q... accepte mon invitation, il n'y a pas de contrat ent... nous et il ne s'établit pas un rapport juridique e... nous qui puisse lui permettre d'exiger la promesse ... que je lui ai faite.

M. Perreau, Professeur à Toulouse, a fait rem... quer, dans un article de la Revue Trimestrielle (1... p. 603 : courtoisie, complaisances et usages non o... gatoires), que si les actes de simple complaisance ... de pure courtoisie ne donnent naissance à aucune o... gation et n'ouvrent pas d'action en justice, dans ... des cas ils donnent pourtant naissance à des effet... juridiques. Il y a des hypothèses où le doute surgi... En particulier la question s'est posée souvent deva... les Tribunaux à propos du transport à titre gracieu... Se forme-t-il, par exemple, un contrat entre l'auto... liste et la personne qu'il invite à prendre place ... tuitement dans sa voiture? Se forme-t-il un contrat ... tre la Compagnie de chemins de fer et celui qu'elle ... transporte gratuitement ?

Le seul fait que je peux disposer d'... transport gratuit sur les chemins de fer n'empêche ... qu'il s'est formé un contrat de transport entre la C... pagnie et moi, parce que ce transport gratuit est en... principe la conséquence d'un service que je suis ce... sé rendre à la Compagnie.

Il faut donc supposer qu'il s'agit d'un transp... bienveillant, bénévole. C'est à ce propos que la q... tion s'est posée, car maintes fois devant les tribu... il est arrivé que celui qui était transporté par bi... veillance, ayant été victime d'un accident, n'a pas ... sité à réclamérau transporteur des dommages-intérêts... Ceci parait d'abord contraire à la courtoisie, à l...

Source : BIU Cujas

bienséance, mais peut s'expliquer par le fait que l'automobiliste est presque toujours assuré et que c'est alors la Compagnie d'assurances qui paye. La question a été fort discutée. D'accord avec la jurisprudence M. Capitant admet que lorsqu'il y a eu ainsi simple invitation, service gratuit rendu au transporté, il n'y a pas plus de contrat qu'il n'y en a dans une invitation à dîner. Mais cette constatation ne suffit pas à trancher la question de savoir si la victime n'a pas droit néanmoins à une indemnité, car s'il n'y a pas contrat, ni par suite responsabilité contractuelle, il reste à l'encontre de l'auteur de l'accident la responsabilité délictuelle fondée sur les articles I382 et I384 du Code civil. Or, la présomption de faute que d'après la doctrine commune, l'article I384 fait peser sur le gardien d'une chose, par conséquent sur l'automobiliste, oblige celui ci à faire la preuve de sa non responsabilité, preuve assez difficile à fournir, car il faut d'après la jurisprudence actuelle, qu'il prouve que l'accident a été causé non pas par l'automobile, mais par un cas fortuit ou de force majeure, ou par la faute d'un tiers ou encore par la faute de la victime. En vertu de l'article I384 l'automobiliste se trouve donc au point de vue de la preuve à fournir, dans une situation analogue à celui qui transporte une personne en vertu d'un contrat c'est-à-dire dans une situation analogue à celle du débiteur contractuel. D'après la jurisprudence actuelle en effet le transporteur est responsable de plein droit des accidents qui peuvent survenir au cours du transport à celui qu'il transporte, parce qu'il s'est engagé par le contrat de transport à le transporter sain et sauf au lieu de destination, si bien que si un accident arrive en route le transporteur ne peut se dégager de cette responsabilité qu'en prouvant que l'accident est arrivé par cas fortuit, force majeure, ou par la faute de la victime, ou par la faute d'un tiers. En vertu de l'article I384 que la jurisprudence applique aux automobilistes, ces derniers sont placés dans une situation analogue à celle du transporteur qui transporte des voyageurs moyennant salaire. Le simple fait de dire qu'il n'y a pas contrat de transport entre l'automobiliste et celui qu'il invite à monter dans l'automobile ne tranche donc pas la question. Il faut encore savoir quel est celui des deux textes du code civil : I382 ou I384 qui lui sera appliqué. Car si on applique I382, la situation est retournée car la victime ne peut réclamer de dommages-intérêts à celui qui est l'auteur du dommage, qu'à la condition de prouver que le dommage a été causé par la faute de l'autre partie . Il faut donc que la victime

Source : BIU Cujas

prouve la faute de celui qui est l'auteur du dommage.

Le problème a beaucoup embarrassé la jurisprudence. Théoriquement on ne voit pas de raison décisive pour ne pas appliquer l'article I384 aussi bien aux personnes qui sont dans l'automobile qu'aux passants blessés par la voiture. C'est une observation qu'a très solidement établi M. Josserand (D.H. I926, chronique p. 2I). Mais des raisons tirées de considérations pratiques, des raisons de sagesse, d'opportunité presque de bons sens, ont amené la jurisprudence à décider qu'il ne fallait pas appliquer dans ce cas l'article I384. Pour justifier cette solution, elle a invoqué cette considération que l'individu qui accepte l'invitation qui lui est faite prend le risque à sa charge. Ceux qui ont accepté de participer à titre gracieux, dit la Cour de Cassation, à l'usage de la voiture en pleine connaissance du danger auquel ils s'exposent, ne peuvent obtenir de dommages-intérêts que s'ils établissent à la charge du gardien, c'est-à-dire de l'automobiliste, une faute en vertu de l'article I382. La présomption de l'article I384 ne s'applique pas en ce cas (Cas. civ. 27 Mars I928 D. I928 I, I45, S.I928, I, 353, note du Doyen Gény). Josserand a répondu que c'était attribuer à la personne transportée une volonté imaginaire. Il n'y a pas eu contrat. Pourquoi alors admettre que le transporté aurait dit : je vous décharge du risque de l'accident; cela supposerait qu'il y avait un lien entre les deux parties. Ce sont ici des considérations d'opportunité, de bon sens, qui ont déterminé la jurisprudence à décider qu'il serait trop dur d'appliquer à celui qui invite quelqu'un à monter dans son automobile cette responsabilité aggravée, et qu'il fallait revenir à l'application de l'article I382 (cf. Traité de la Responsabilité de Henri et Léon Masson, Tome I n° I09 et suivants, I275 et ss).

Voilà pour le premier point : Il n'y a contrat qu'autant que les parties ont entendu former entre elles un lien juridique.

2 - Exclusion du domaine des contrats, des opérations plaçant l'individu sous son statut légal.

2°- Il faut en second lieu exclure de la classe des contrats, les accords de volonté qui ont pour effet de placer les individus sous un statut légal dont ils ne peuvent pas modifier l'organisation.

Cette proposition vise en particulier les trois opérations suivantes : I - Le mariage - 2 - l'adoption 3 -la nomination à un emploi public.

Le mariage

La question de savoir si le mariage est ou non un contrat a été beaucoup discutée depuis quelque 30 ans, mais dans la discussion certains auteurs ont fait intervenir des préoccupations confessionnelles qu'il faut écarter pour se cantonner sur le terrain juridique

Source : BIU Cujas

Ils ont en effet, cherché à prouver que le mariage n'était pas un contrat en vue d'insister sur son caractère religieux, et de combattre l'institution du divorce. Parmi ces auteurs, on pourra consulter particulièrement M. Charles Lefebvre qui a un des premiers publié dans la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger de I902 un article intitulé : "Le mariage n'est-il qu'un contrat ?" puis une belle thèse de E. Gounot : le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse de la Faculté de Dijon I9I2, page 254 et suivantes. Enfin, une thèse de M. Lemaire, soutenue à la Faculté de droit de Paris de I90I, et une thèse de M. Renard, Paris I902.

Conception du mariage - contrat dans le C.C.

Nous cantonnant sur le terrain purement juridique on peut soutenir, et l'on doit soutenir, que le mariage ne doit pas être considéré comme un contrat. L'idée est nouvelle en ce sens qu'au début du XIX° siècle les civilistes rangeaient tous le mariage dans la classe des contrats, et cela tient à ce que la sécularisation du mariage sous la révolution avait déterminé le législateur à déclarer que s'il légiférait sur cette matière qui avait été longtemps réservée au droit de l'Eglise, c'est parce qu'il considérait le mariage comme un "contrat civil" et de là, l'idée de contrat passa au premier plan. La Constitution des 3-I4 Septembre I79I, titre 2, article 7 déclarait : la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil, et c'est à ce titre que dans les projets de code civil et dans le code civil il a été réglementé. Mais l'idée une fois énoncée, les commentateurs du Code civil ne l'on pas discutée et ils ont considéré que le mariage était à la fois un sacrement et un contrat civil comme les autres. Cependant, on voyait déjà dans Demolombe une considération plus juste. Dans son tome 3 n° 7, il s'exprime ainsi : "Le mariage constitue un établissement". Mais cette conception n'a pas été suivie et même dans des traités récents de code civil on insiste sur l'idée que le mariage est bien un contrat. Ainsi le doyen Josserand dans son traité de Droit civil positif tome I, n° 692, après avoir fait allusion à la thèse qui conteste le caractère contractuel du mariage écrit : "Le mariage est bien un contrat. Les auteurs qui l'ont contesté se font du contrat une conception trop étroite. On doit entendre sous ce vocable toute union de deux ou de plusieurs volontés en vue de créer des droits. Or, le mariage répond parfaitement à cette large définition. Sans doute, il crée un régime durable régi par un statut permanent, mais, il en va ainsi de bien d'autres contrats : la société, l'association, le mandat, le l...

Source : BIU Cujas

ge. De ce qu'un acte établit un modus vivendi entre deux individus, il faut se garder de conclure qu'il ne soit pas un contrat, et alors même qu'il aurait pour l'Eglise la valeur d'un sacrement, le législateur a réglementé le mariage en s'abstrayant de toute considération d'ordre confessionnel. L'auteur n'hésite donc pas à ranger le mariage dans la catégorie des contrats. C'est également l'opinion soutenue, avec plus de nuances, dans le Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert, Tome 2, la famille avec la collaboration de Rouast qui s'exprime comme suit : "Le mariage est une institution naturelle et d'ordre public et par là s'explique qu'il soit l'oeuvre du représentant de l'Etat. Mais le mariage n'en demeure pas moins un contrat en même temps qu'une institution. Si la doctrine du XIX° siècle n'a pas mis en lumière son caractère institutionnel, il ne faut pas, par une réaction exagérée, oublier son caractère contractuel. Ce serait se placer en contradiction avec les déclarations les plus formelles des créateurs du mariage civil sous la Révolution, et des auteurs du Code civil lui-même. Ce serait d'autre part se mettre dans l'impossibilité de rendre compte d'une série de dispositions de notre législation.

Evolution vers une conception différente : le mariage contrat en même temps qu'institution

Comment expliquer, si le mariage n'est pas un contrat, le rôle prépondérant attribué au consentement, et qu'atteste l'article I46 du Code civil dans une formule lapidaire. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. "Comment expliquer qu'une partie au moins de la théorie des vices du consentement ait été introduite dans notre matière ?"

En vérité cette doctrine, qui est déjà une demi évolution vers la conception récente que le mariage n'est pas un contrat, reste à mi-chemin, et aux interrogations que pose Rouast dans cette citation, il est aisé de répondre. Personne ne nie que le mariage ne soit précédé d'un accord de volontés. Il y a un échange de consentements, un accord de volontés, et c'est pourquoi le mariage est frappé de nullité si cet accord de volontés est entâché d'un vice, ou s'il fait défaut, mais cela ne prouve nullement qu'il y ait contrat.

En réalité bien que reposant sur un accord de volontés le mariage n'est pas un contrat car l'organisation du statut des époux ne dépend pas de leur volonté.

Le second élément nécessaire à l'existence d'un contrat sur lequel nous avons insisté fait en effet défaut ici. Il n'y a contrat que si les parties peuvent régler elles-mêmes les conditions et les effets de leur accord de volontés. Or, en matière de mariage, ce second élément ne se rencontre pas. L'accord de volontés qui précède l'union a seulement pour objet de placer les époux sous le statut légal du mariage. Ils consentent uniquement à se prendre pour mari et femme comme

Source : BIU Cujas

dit l'article 75 du Code civil mais là s'arrête l'effet de leurs volontés, car l'organisation juridique du mariage, le statut du mariage, est établi d'une façon impérative par la loi et rien ne peut être changé par les époux à ce statut, à cette réglementation. Ils se trouvent placés sous un régime juridique qui est le même pour tous les gens mariés et auquel ils ne peuvent apporter la moindre modification. On peut dire que par l'effet de leur consentement, de leur accord de volontés, ils entrent dans un édifice juridique, où tout a été organisé, établi, par la loi à l'avance, sans modifications possibles par la volonté des intéressés; sans doute ils y entrent parce qu'ils se sont accordés pour cela, mais là se borne l'effet de leur accord. On pourrait dire que l'accord des volontés est le péristyle de l'édifice.

Il y a donc bien entre les contrats dont les conditions et les effets sont réglés par la volonté des contractants et le mariage une différence qui tient au fond des choses. Sans doute il y a des contrats où la liberté laissée aux contractants peut être assez étroitement limitée, et aujourd'hui, pour certains contrats, le législateur impose aux contractants des règles impératives qu'ils ne peuvent pas modifier. Mais si étroites que soient les limites apportées par la loi, il reste toujours néanmoins, un champ d'activité propre à la volonté des intéressés, à l'autonomie des intéressés, tandis que dans le mariage, il n'y en a aucun. Dans le mariage, tout est réglé à l'avance.

ifférences
ntre le ma-
iage et le
ontrat.

Voici maintenant les différences effectives qui séparent le mariage du contrat.

Les contractants qui ont conclu entre eux un contrat sont libres ordinairement d'en modifier après coup les stipulations. Ils peuvent aussi le résoudre à leur gré avant son terme, par un nouvel accord de volontés. Ils peuvent donc, parce qu'on appelle parfois un "distrat" détruire les effets du contrat. Ils peuvent aussi en prolonger la durée, et lorsqu'il s'agit d'un contrat successif conclu pour une durée de temps indéterminée, comme par exemple le contrat de travail, chacun des contractants peut y mettre fin par sa seule volonté c'est à dire le résilier à charge de prévenir l'autre partie dans le délai fixé par l'usage ou par la convention. La loi ne veut pas en effet que dans un contrat un individu reste obligé indéfiniment, sans pouvoir recouvrer son indépendance. Voilà donc un fond de liberté un fond d'autonomie que la loi laisse toujours aux contractants. Rien de semblable dans le mariage. Le mariage est en principe indissoluble, il n'y a pas de dis-

Source : BIU Cujas

trat possible. Il n'y a pas de résiliation par la volo
té des deux époux, pas plus que par la volonté de l'u
deux. On peut donc tenir pour certain que le mariage
n'est pas un contrat mais un simple accord de volon-
tés. Mais quelle utilité y a-t-il à discuter cette
question ?

Intérêt que présente la détermination exacte de la nature du mariage quant à sa bonne réglementation par le législateur

Quand même il n'y aurait pas d'intérêt pratique à la discussion de cette question, elle ne perdrait pas pour cela son utilité. Il ne serait pas pour cela sans importance de préciser la nature juridique exact du mariage. Une classification juste est la condition primordiale que doit remplir une science, et pour se garer des méprises, des erreurs, des confusions, il faut avoir une idée nette des choses que l'on étudie. Cela est vrai pour les sciences morales, comme pour les sciences naturelles, et en particulier cette vue juste en matière juridique est nécessaire, non seulement à l'interprète, au juriste, mais au législateur. Ainsi, il nous parait certain que c'est par une fausse assimilation du mariage au contrat proprement dit que le législateur révolutionnaire avait admis le divorce par consentement mutuel. Partant de l'idée que tout contrat peut être détruit par la volonté des intéressés, la logique l'a conduit à décider que le mariage pouvait être détruit lorsque les deux époux étaient d' accord pour le rompre. C'est ainsi que, perdant de vue la vraie nature du lien conjugal et sa dignité, il avait permis aux époux de rompre leur union par une sim ple déclaration devant l'Officier de l'Etat civil; mai il n'avait pas toutefois osé aller jusqu'au bout du ra sonnement logique, et admettre que le mariage étant à durée indéfinie pût être rompu par la volonté d'un seu ce qui eût été cependant la conséquence logique dernière, du caractère contractuel du mariage.

Quand, au contraire le législateur se rend compt que le mariage n'est pas assimilable à un contrat, il en réglemente les effets d'une façon plus judicieuse et s'efforce notamment de concilier l'admission du divorce, considéré comme une nécessité dans certaines situations, avec la stabilité et de l'indissolubilité du lien conjugal, qui est l'idée essentielle que ne doit pas perdre de vue le législateur. L'exacte connaissance de la nature juridique du lien de mariage est également nécessaire pour bien interpréter les règles établies par la loi, car le commentateur de ces règles se gardera de faire prédominer l'élement accord de volontés, qui doit être au contraire subordonné au caractère impératif de la réglementation, et surtout d'appliquer à cet accord de volontés les règles ordinaires

Source : BIU Cujas

en la matière des contrats.

Subordination du consentement dans le mariage à l'organisation juridique de celui-ci.

En effet, dans l'institution du mariage l'échange des consentements, pour essentiel qu'il soit, n'inspire, ni ne domine son organisation juridique, et l'on peut dire plutôt qu'il lui est subordonné. Cette subordination apparait à divers points de vue et notamment c'est elle qui explique les nombreuses conditions de forme et de fond dont dépend la conclusion du mariage et aussi l'organisation des nullités.

Explication par cette idée des conditions de forme et de fond du mariage.

Les conditions de forme et de fond qui sont exigées par la loi sont nombreuses : publications, solennité de la célébration par l'Officier de l'Etat civil, rédaction par lui de l'acte de mariage.

Puis les conditions de fond : différence de sexe âge, consentement de la famille si les époux sont mineurs de 2I ou de 25 ans, absence de tout empêchement. Ces conditions montrent qu'on ne trouve rien de comparable dans le contrat proprement-dit, même lorsqu'il s'agit de contrats soumis à une forme authentique.

Pour le consentement des époux, les règles du droit commun ne s'appliquent pas toutes au mariage, l'intégrité de la manifestation de volonté est moins sauvegardée dans le mariage que dans le contrat. La loi ne fait aucune place au dol, quelque graves qu'aient été les tromperies, les manoeuvres frauduleuses mises en jeu par l'une des parties pour déterminer l'autre au mariage, tandis que dans les contrats ordinaires, d'après l'article III6, tout dol est une cause de nullité du contrat, lorsque les manoeuvres pratiquées sont telles que sans elles le contrat n'aurait pas été conclu. Or cette différence ne peut s'expliquer que par l'idée de subordination de l'échange des volontés, à la stabilité de l'institution même du mariage. De même l'erreur commise par l'une des parties, bien qu'elle ait vicié son consentement et qu'il soit certain que mieux informée cette partie n'aurait pas consenti au mariage, l'erreur ne sera pas une cause de nullité à moins qu'elle ne constitue une erreur dans la personne. Article I80, alinéa 2. Et l'on sait quel sens étroit il faut donner à ce mot.

xplication par a même idée s règles par iculières aux ullités de mariage

Que si nous envisageons la théorie des nullités de mariage, nous constaterons aussi qu'elle présente des particularités caractéristiques qui la distinguent profondément de la théorie des nullités des contrats. C'est à tort que l'on argumente souvent par analogie de l'une à l'autre. Ces particularités sont fort nombreuses, et elles s'expliquent par l'idée qu'il faut dans l'intérêt de la stabilité des mariages, restreindre le nombre des demandes en nullité. C'est ainsi que la nullité pour vice du consentement s'éteint par 6

mois de cohabitation et la nullité pour défaut de consentement des ascendants doit être invoquée dans le délai d'un an, soit par l'ascendant, soit par l'intéressé lui même. Ce sont là des règles toutes spéciales au mariage.

De même, pour les nullités absolues, la loi classe en deux catégories les personnes qui peuvent s'en prévaloir. A certaines de ces personnes elle permet de les invoquer sans qu'elles aient à justifier d'un intérêt quelconque. Aux autres, les collatéraux et les enfants d'un précédent mariage, elle ne donne l'action en nullité que s'ils prouvent qu'ils ont un intérêt né et actuel.

Enfin, certaines nullités absolues sont néanmoins susceptibles de s'éteindre et en particulier la nullité pour incompétence de l'Officier d'état civil, ou défaut de publicité est subordonnée au pouvoir d'appréciation des juges. Tout autant de particularités, de traits spéciaux propres aux nullités de mariage, qui prouvent qu'il faut bien se garder d'appliquer dans notre matière l'interprétation par analogie.

Ajoutons qu'il y a dans cette matière des nullités une théorie spéciale au mariage, c'est celle du mariage putatif. Articles 201 et 202 du Code civil.

Différences entre les obligations résultant du mariage et celles résultant d'un contrat.

Enfin, les obligations qui découlent du mariage diffèrent aussi profondément de celles qui naissent des contrats. Il suffit de lire les articles des chapitres 5 et 6 du Code civil, les articles 203 à 226 pour s'en rendre compte. Tandis que les obligations contractuelles consistent, dit l'article 1101, à donner, à faire ou à ne pas faire, celles que la loi impose aux époux sont à la fois des droits et des devoirs. Ainsi nous dit l'article 203 les époux contractant ensemble l'obligation de nourrir, entretenir, élever leurs enfants. Cette obligation qui est une charge, vue d'une autre face, constitue le droit de puissance paternelle, droit et obligation étroitement liés.

De même pour l'obligation de fidélité, secours assistance entre époux, la femme est obligée d'habiter avec le mari, mais celui-ci est obligé de la recevoir. Partout on trouve mêlé dans cette matière la notion de droits et de devoirs.

En outre, ces droits et ces devoirs si étroitement unis relèvent autant sinon plus de la morale que du droit, en ce sens que les sanctions juridiques font souvent défaut, ou présentent quand elles existent un aspect rudimentaire ou excessif qui en fait des mesures exceptionnelles. Ainsi l'article 371 qui dit que l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses père et mère, est une règle de pure morale, et d'autre part, le

Source : BIU Cujas

droit de correction que la loi accorde aux parents contre l'enfant mineur indocile est à l'inverse une mesure d'une rigueur extrême.

On peut dire également du devoir de cohabitation que son exécution ne peut que très difficilement donner lieu à des mesures de contrainte.

Sans insister davantage on peut donc conclure qu'on ne voit, à quelque point de vue qu'on se place, que différences entre l'organisation juridique de l'institution du mariage et celle du contrat.

Impossibilité de raisonner par analogie du contrat au mariage; exemple en matière de non rétroactivité de la loi.

L'interprète qui néglige ces différences et se laisse obnubiler par cette idée qu'il est en face d'un véritable contrat est exposé à une fausse compréhension de l'institution et il peut être tenté de transporter bien à tort certaines dispositions du droit des contrats à la matière du mariage. Or, il faut se garder de raisonner par analogie de l'une à l'autre de ces matières.

On peut le montrer en particulier en prenant comme exemple l'application du principe de la non rétroactivité des lois, énoncé dans l'article 2 du Code civil, un des articles les plus difficiles à appliquer : "La loi ne dispose que pour l'avenir", elle n'a point d'effet rétroactif". Cette formule n'est faite que pour le juge. Dans notre législation française elle n'est pas écrite dans la constitution et par conséquent elle ne s'impose pas au législateur, qui lui peut, s'il le juge nécessaire, faire échec à cette règle. La grosse difficulté que soulève l'interprétation de ce texte est de savoir dans quelle mesure la loi ancienne, la loi abrogée doit continuer à régir dans l'avenir les effets juridiques des actes qui ont été passés alors qu'elle était en vigueur.

Ainsi, des époux mariés à une époque où le divorce n'était pas admis par la loi française, ont-ils pu, après la loi de I884, s'en prévaloir ? De même si une loi nouvelle établissait une clause nouvelle de divorce, les époux mariés antérieurement pourraient-ils l'invoquer ?

La réponse générale à faire à cette question est qu'en principe la loi ancienne doit cesser de s'appliquer dans l'avenir, à dater du jour où elle a été abrogée, ou modifiée, en vertu de cette idée que la loi nouvelle est présumée meilleure que l'ancienne et que par conséquent elle doit tout de suite entrer en application, et être seule appliquée. Sans doute la loi nouvelle ne détruit pas la validité de l'acte passé sous l'empire de la loi antérieure. Ainsi une loi qui abolirait la séparation de corps ou le divorce, n'entrainerait pas, bien entendu, la cessation des séparations de corps ou des divorces antérieurement prononcés, mais la

Source : BIU Cujas

loi nouvelle substitue immédiatement ses prescriptions à celles de l'ancienne et les modifications instituées par elle s'appliquent aux situations juridiques antérieures qui continuent à produire des effets. Toutefois cette règle subit une importante exception en matière de contrat. Les clauses que les contractants ont adoptées expressément ou tacitement en se référant à la loi en vigueur au moment où ils ont contracté, continuent en principe à régir leurs rapports juridiques nonobstant toute modification apportée par le législateur à la réglementation générale du contrat qui a été conclu. Bien plus, lorsque les contractants se sont référés à la loi en vigueur au jour où ils ont traité, cette loi restera la leur, même si elle est postérieurement amendée ou abrogée par une loi nouvelle. La jurisprudence a fait une application, qu'elle ne ferait peut être plus aujourd'hui, une application topique en ce qui concerne la loi du 28 Mars I885 à propos des marchés à terme conclus sur les valeurs de bourse. Jusqu'à cette loi de I885, la jurisprudence considérait que ces marchés à terme lorsqu'ils consistaient simplement à spéculer sur la hausse ou la baisse des valeurs, sans qu'il y eut intention de lever les titres, constituaient un jeu et qu'en conséquence l'agent de change qui avait opéré pour un client, et qui à la suite de ces opérations se trouvait créancier de la différence perdue par le client, ne pouvait pas lui réclamer cette somme en justice, parce que, d'après l'article I965 du Code civil, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu. Or, en I885, le législateur a pensé que cette solution était immorale, contraire à l'équité et qu'il était préférable de décider que les marchés à terme produiraient leur effet légal, c'est-à-dire que l'agent de change créancier pourrait réclamer à son client la somme dont il était débiteur envers lui lorsque l'opération avait mal tourné. La loi de I885 a décidé en conséquence que nul ne pourrait à l'avenir, pour se soustraire aux obligations résultant de ces opérations à terme, se prévaloir de l'exception de jeu, lors même que ces marchés se résoudraient par le simple paiement d'une différence. La question s'est alors posée devant les tribunaux de savoir si les débiteurs en vertu de marchés à terme conclus antérieurement conservaient, nonobstant la promulgation de la loi nouvelle, la faculté d'opposer l'exception de jeu à leurs cotraitants, et si cette exception de jeu dont ils pouvaient se prévaloir avant la loi pouvait encore être invoquée après sa promulgation. La Cour de Cassation a décidé à ce moment-là que le débiteur conservait le bénéfice de l'exception de jeu,

Source : BIU Cujas

parce que, a-t-elle dit, il s'agissait là pour lui d'un droit acquis que la loi nouvelle n'avait pas pu lui enlever (Cass. Req. I2 Juillet I888, D. I889, I, IO S. I89I, I, 7I).

Or, cette règle spéciale aux contrats ne s'applique certainement pas au mariage, ce qui montre bien que le mariage n'est pas un contrat. Il n'est pas douteux qu'un époux marié antérieurement à la promulgation d'une loi qui établirait une nouvelle cause de divorce ou supprimerait une cause existant antérieurement pourrait invoquer la cause nouvelle, ou ne pourrait plus se prévaloir de la cause abolie. Il n'est pas douteux que le législateur peut modifier comme il l'entend le statut légal du mariage et les modifications qu'il apporte à ce statut légal s'imposent à l'observation des époux mariés auparavant comme à ceux qui se marient postérieurement à la loi nouvelle.

Poussant un peu plus loin ces observations, il nous sera facile de montrer ici par une nouvelle application la distinction du domaine réservé à l'accord des volontés et du statut légal que constitue la réglementation du mariage. Si nous supposons en effet qu'une loi vienne élargir les causes d'erreur qui permettent de demander la nullité du mariage, il est certain que des époux mariés antérieurement ne pourront se prévaloir de cette cause, parce que nous sommes ici dans le domaine du consentement, c'est à dire de l'accord de volontés, tandis que toute modification au statut légal deviendrait applicable aux époux. En d'autres termes, et si nous employons la terminologie adoptée en notre matière de rétroactivité par la jurisprudence, on pourrait dire : dans le mariage, il n'y a de droit acquis qu'à la qualité d'époux, car cette qualité découle de l'accord des deux volontés constaté au moment de la célébration. Il n'y a pas au contraire de droits acquis au statut légal en vigueur au moment du mariage. Si ce statut subit postérieurement quelques modifications, les époux ne peuvent pas se prévaloir de l'antériorité de leur union pour échapper à l'application des nouvelles prescriptions édictées par le législateur. Ainsi, pour tout ce qui concerne la réglementation du statut des gens mariés, il n'y a pas lieu de faire appel à la notion de contrat.

affaire errari.

On peut encore citer une application de cette proposition au sujet d'une affaire qui, il y a quelques années, a donné lieu à plusieurs décisions judiciaires et suscité maintes observations de la part des internationalistes. C'est l'affaire de la dame de Ferrari contre son mari. La dame Gensoul française de naissance

Source : BIU Cujas

était devenue Italienne par son mariage avec le sie de Ferrari, la femme suivant à cette époque la nati lité du mari. A la suite d'un procès verbal de sépa tion de corps par consentement mutuel (permise par la législation italienne qui n'admet pas le divorce dressé par le Tribunal civil de Gênes, la dame de Fe rari s'était fait réintégrer dans la nationalité fra çaise et elle avait demandé la conversion de sa sépa tion de corps en divorce; mais les tribunaux la lui vaient refusée, parce que la législation française n connait pas la séparation de corps par consentement mutuel. Elle intenta alors devant les tribunaux fra çais une demande principale en divorce. Cette demand fut accueillie par le tribunal civil de Lyon, le 4 Mars 1925 (D. 1926, 2, 73) qui fonda sa décision sur ces motifs : "attendu que si le mariage est un contr c'est-à-dire implique le rôle de la volonté des futu époux, dans sa formation, l'intervention du consente ment ne dépasse pas les limites de cette formation même. Attendu que les effets ultérieurs du contrat s réglés impérativement par la loi, tant ceux qui sont déjà consignés dans la loi que ceux qui y résident e puissance; " que par avance sont acceptées toutes le modifications qui pourraient intervenir dans la légi lation comme aussi celles que le législateur réserve à la volonté unilatérale d'un des époux, tel qu'un changement de nationalité; "attendu que, lorsque le divorce a été rétabli en France, nul n'a pu sérieu- sement songer à soutenir, sous prétexte de non rétr activité et de droits acquis, que le droit nouveau n s'appliquait pas aux unions contractées sous la lég lation antérieure qui consacrait l'indissolubilité mariage; "attendu que la même règle doit être appli quée lorsque l'un des époux passe légalement et san fraude d'une législation prohibant le divorce sous législation qui l'autorise ....." Dans ces attendu le tribunal a tracé fermement la limite entre le do maine réservé à la volonté et le domaine réservé à loi dans l'institution du mariage. - - - - - - - - - On trouve résumée notre thèse; il n'y a eu trop que le mot de contrat, car ce que décrivent les attendus, c est évidemment une opération juridique qui ne resse nullement à un contrat. C'est donc bien à tort que l mari invoquait contre la demande de sa femme le ca- ractère consensuel du mariage et ses droits acquis a quels, disait-il, le décret ne pouvait, sous peine d tre entaché de rétroactivité, faire échec.

C'est également en vain que, modifiant un peu cette façon de raisonner, quelques interprètes ont in voqué en l'espèce l'article 1134, C. Civil et dit :

Source : BIU Cujas

"La convention fait la loi des parties, la volonté d'un seul ne peut la modifier." Lorsqu'un contrat s'est formé, disent de même Surville et Arthuys, cours de droit internat. privé, 6° édit. n° 302, l'une des parties ne peut pas, par une mutation de nationalité et par sa soumission à une loi nouvelle, introduire un changement dans ce contrat en forçant l'autre partie à subir une loi qu'elle n'a pas acceptée comme règle de leurs rapports.

Cette façon de raisonner, impeccable quand il s'agit de contrats proprement-dits, tombe à faux lorsqu'on l'applique à la matière du mariage, parce que le mariage n'est pas un contrat.

adoption n' t pas non s un contrat

Tout ce qui vient d'être dit à propos du mariage pourrait être transposé dans la matière de l'adoption. Pas plus que le mariage, l'adoption n'est un contrat. Ici encore, les conditions de forme et de fond, en un mot la réglementation légale, dominent la manifestation des volontés des parties. Pour la forme, il faut non seulement la solennité de l'échange des consentements, mais l'homologation de la justice qui prononce qu'il y a lieu ou non à l'adoption quant aux conditions de fond, bien que simplifiées par la loi du I9 Juin I923, elles sont encore nombreuses. Comme le mariage, l'adoption produit un effet définitif; elle crée entre l'adoptant et l'adopté des liens de droit qu'il ne dépend pas d'eux de modifier ni d'anéantir. Sans doute, l'un des intéressés peut, s'il y a des motifs très graves, demander la révocation de l'adoption, mais, pas plus que le divorce, cette révocation ne dépend de sa volonté; c'est le tribunal qui apprécie souverainement la gravité des motifs invoqués (art. 370, C. civ.) de même qu'en matière de divorce il apprécie s'il y a ou non excès, sévices ou injures graves.

Enfin, ici encore, les modifications apportées au statut légal de l'adoption s'appliquent à toutes les adoptions antérieures. Ainsi, l'article 370 nouveau qui permet au tribunal de prononcer la révocation de l'adoption peut être certainement invoqué par l'adoptant ou l'adopté bien que l'adoption remonte à une date antérieure à la loi du I9 Juin I923.

ure juri- ue des fi- ailles

Les explications que j'ai données antérieurement sur le mariage, m'amènent à titre de complément, à examiner la nature juridique des fiançailles. Les fiançailles, ou promesses de mariage sont un accord de volontés; mais constituent-elles aujourd'hui un contrat ?

Dans notre ancien droit, les fiançailles que nos anciens auteurs désignaient sous le nom de "verba" ou

Source : BIU Cujas

Caractère juridiquement obligatoire et sanction civile des fiançailles dans l'ancien droit

"sponsalia de futuro" par opposition au mariage lui même qu'ils dénommaient "verba de praesenti", étaie considérées depuis le droit canonique comme un cont obligeant l'un et l'autre des fiancés. Non pas sans doute que l'un des fiancés put contraindre l'autre s'il changeait d'avis postérieurement, à l'épouser, mais il était admis que si l'in des fiancés rompait promesse valable qu'il avait faite, le fiancé délais pouvait lui réclamer des dommages-intérêts, devant l juridiction civile, pour inexécution de la promesse. Donc la rupture des fiançailles, donnait toujours li comme sanction à une action en dommages-intérêts. D près le droit canonique, du reste, et d'après le dro civil de notre ancienne France, s'il arrivait que le fiancés eussent adjoint une clause pénale à la prome se, en vue de fixer à l'avance le montant des dommag intérêts, pour le cas de rupture, cette clause était considérée comme nulle, car elle était considérée co me un moyen pour le fiancé de se dédire, et qu'en pr cipe on n'admettait pas que le fiancé qui s'était en gagé, pût ainsi reprendre sa parole.

Solution contraire admise par la jurisprudence dans le silence du C.C. Nullité absolue de la promesse de mariage.

Depuis le code civil la conception s'est modifi Le code civil ne parle pas des fiançailles, et penda les années qui ont suivi sa promulgation, il y a eu discussion sur le point de savoir si la promesse de mariage était toujours valable et produisait des ef- fets juridiques. Les doutes qui s'étaient élevés, mê dans la jurisprudence, ont pris fin par des arrêts de la Cour de Cassation qui remontent au 30 Mai I838 (S. I838, I, 492). La Cour de Cassation qui depuis lors n plus changé d'avis, a décidé par ces arrêts que la pr messe de mariage était nulle, comme contraire à l'ord public, nulle par conséquent d'une nullité absolue; e en conséquence cette promesse ne produisait aucun ef- fet juridique et ne liait pas les fiancés l'un à l'au tre. Sur quels arguments la jurisprudence a-t-elle fo dé ce système nouveau ?

Elle a dit que la promesse de mariage porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage, en ce sens que si ce contrat était valable, l'époux se con dérerait comme lié à l'avance avant le mariage, et n rait plus son entière indépendance, au moment de la c clusion du mariage. C'est donc en se fondant sur cet idée que la liberté doit être pleine et entière au mo ment du mariage que la jurisprudence a prononcé la nu lité des promesses de mariage.

Tempérament à cette solution en cas de rupture des fiançail-

Mais, tout en admettant cette nullité, la juris prudence n'a pas entendu en conclure que le fiancé po vait impunément reprendre sa parole, sans s'inquiéter du préjudice qu'il pouvait, par sa légéreté, causer à

Source : BIU Cujas

les quand celle ci constitue une faute tombant sous le coup de l'art. I382

fiancé délaissé, admet donc que si l'un des promettants rompt sa promesse dans des circonstances qui manifestent son imprudence, qui en un mot constituent de sa part une faute à l'égard de l'autre partie, cette dernière peut invoquer le grand article relatif à la responsabilité délictuelle, I382, et en prouvant la faute commise par l'autre partie lui réclamer des dommages-intérêts. Très nombreux sont les arrêts qui ont ainsi accordé au fiancé délaissé des dommages-intérêts lorsque la rupture était considérée comme constitutive d'une faute (Cas. civ. 2 Mars I926 I927 I 67, 23 Mars I932 G.P. I932, 2ème Sem, p. I9).

Quand la reprise de la parole donnée sera-t-elle considérée comme étant une faute ? Tout dépend des circonstances. Celles qui sont le plus souvent relevées consistent dans ce fait que celui qui a promis a laissé croire qu'il tiendrait sa parole. Il a laissé par conséquent l'autre partie faire des frais, changer par exemple de résidence, faire des achats en vue de la vie commune, annoncer le prochain mariage; rompre ensuite dans des conditions telles que la rupture cause à l'autre un préjudice non seulement matériel ou un préjudice à sa réputation.

Comparaison des deux systèmes.

On voit la différence qu'il y a entre le régime actuel et le régime de l'ancien droit. Sous l'ancien droit, le fiancé délaissé pouvait toujours réclamer des dommages-intérêts à l'autre. Aujourd'hui, il ne le peut que si la rupture a constitué de la part de ce dernier une faute délictuelle. Si donc la rupture n'a pas constitué une faute délictuelle, si par exemple, après la promesse qu'ils se sont faite, les deux intéressés n'y ont pas donné suite, il n'y aura pas lieu à dommages-intérêts. Il n'y aura lieu à dommages-intérêts que si les circonstances qui accompagnent la rupture manifestent le caractère de légèreté, d'imprudence de celui qui a rompu.

ritique du système de la jurisprudence, ystème de M. osserand; les iançailles constituaient un ontrat synallagtique pouvant re rompu par volonté unilatérale d'une des parties uf indemnité

Cette conception nouvelle de la jurisprudence n'est pas à l'abri de la critique et sa faiblesse a été souvent signalée, notamment récemment dans un article de M. Josserand (D. H. chr.p2I) Il a montré que le système de la jurisprudence était informe et contradictoire parce que tour à tour il fait abstraction des fiançailles, pour éliminer toute responsabilité contractuelle, et il en fait état pour étayer sur elle une responsabilité délictuelle. Or, si la promesse de mariage est nulle d'une nullité absolue, si elle au point de vue juridique inexistante, comment peut-elle engendrer une responsabilité ? Comment le fait de ne pas tenir une promesse qui n'existe pas aux yeux de la loi peut-il engager la responsabilité d'un individu . Ou

Source : BIU Cujas

en cas de rupture abusive

bien dit Josserand, les fiancés sont à considérer comme des tiers et l'on ne saurait faire grief à l'un de ne pas consentir à épouser l'autre; ou bien ce grief peut être retenu, mais alors c'est que la situation n'est plus entière, juridiquement parlant, il y a un lien de droit.

On peut ajouter qu'il parait singulier de considérer comme contraire à l'ordre public une promesse qui est entrée dans les moeurs, qui est de pratique courante, car il est constant que le mariage soit précédé de fiançailles. Considérer comme contraire à l'ordre public une promesse qui conduit au mariage, est singulier, puisque le mariage est une des bases de l'ordre social présent.

Ce sont là des critiques fondées. On peut ajouter que, depuis la loi de 1912 sur la recherche de la paternité, l'article 340 tient compte de la promesse de mariage, puisque c'est une des causes qui permet à la fille séduite et devenue mère, d'intenter contre celui qui l'a séduite et délaissée, une action en recherche de paternité. Il parait donc au moins étrange de considérer la promesse de mariage comme un acte antijuridique et contraire à l'ordre public.

Ces constatations ont conduit Josserand à tenter une nouvelle analyse de cet accord de volontés. D'après lui la promesse de mariage serait un contrat valable, et rentrant dans la catégorie des contrats synallagmatiques, puisque chacune des parties s'oblige à épouser l'autre. Donc, dit-il c'est un engagement juridiquement valable. C'est un avant-contrat. Il y en a divers de ce genre. Toutes les promesses sont, après tout, des avants-contrats. C'est une promesse destinée à préparer le mariage. Mais partant de ce point de vue qui nous ramènerait à l'ancien droit, Josserand est obligé de prendre une autre voie que celle de l'ancien droit, parce qu'on ne peut nier que la promesse de mariage ne soit pas aujourd'hui obligatoire comme elle était autrefois, et il s'en tire en admettant que ce contrat synallagmatique peut être dissous non seulement par le consentement des deux époux,par un mutuus dissus, ce qui est le cas pour tous les contrats, mais par la volonté unilatérale de l'une des parties. Donc ce serait un contrat qui permettrait à chacun des fiancés de reprendre sa parole. Seulement si la résiliation unilatérale était faite légèrement, sans motifs, d'une manière inexplicable, elle constituerait alors un abus du droit de résiliation, et par conséquent une faute, exposant son auteur à des dommages-intérêts. Cela revient à dire que Josserand introduit dans le contrat de fiançailles, la règle admise dans les contrats sui

Source : BIU Cujas

cessifs à durée indéterminée, pour lesquels il est admis en effet que chaque partie peut y mettre fin par sa seule volonté. En particulier lorsque le contrat de travail est fait pour un temps indéterminé, l'article I780 du code civil permet à chacun des contractants au patron, comme au salarié, d'y mettre fin. On peut en dire autant de tous les contrats successifs, de tous les contrats à durée indéterminée. L'article I780 ajoute : "Néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts". De même d'après la thèse de Josserand la rupture des fiançailles pourrait, lorsqu'elle constitue un abus, donner lieu à des dommages intérêts.

Critique : assimilation inexacte des fiançailles à un contrat successif.

Cette thèse nouvelle qui aboutit en somme au même résultat que la jurisprudence n'est pas plus satisfaisante que le système adopté par celle-ci. Son défaut est d'abord de tenter de valider juridiquement une promesse qui depuis un siècle est considérée comme ne produisant pas d'effet juridique. Il est bien difficile de remonter un courant aussi établi, et ensuite d'introduire dans un contrat de ce genre une faculté unilatérale de résiliation qui en détruit complètement la valeur, car s'il y a des contrats pour lesquels la faculté de résiliation unilatérale est admise, ce sont seulement les contrats successifs, c'est à dire dont les effets se prolongent dans le temps pendant une durée indéterminée; contrats successifs, c'est-à-dire des contrats qui s'exécutent tous les jours sans qu'on en ait prévu la fin, et il est bien évident qu'on ne peut pas assimiler les fiançailles à l'un de ces contrats.

Autre explication juridique proposée par M. Capitant : les fiançailles sont un accord de volontés produisant un engagement d'honneur qui engendre une obligation naturelle se transformant en obligation civile par l'exécution ou la reconnaissance par les parties

Cette thèse n'est donc pas satisfaisante. Néanmoins, il faut retenir des observations de Josserand l'exactitude des critiques qu'il a dirigées contre le système jurisprudentiel, et l'on peut alors se demander s'il n'est pas possible, sans tomber dans l'excès où est tombé Josserand, de donner une explication juridique plus satisfaisante du contrat de fiançailles que celle de la jurisprudence et d'échapper en particulier à cette idée, si peu acceptable, de la nullité d'ordre public d'accords qui sont de tous les jours. Pour y arriver, je crois que la meilleure construction consisterait à considérer la promesse de mariage, comme un accord de volontés ne produisant pas d'effets juridiques, comme un engagement d'honneur et non pas comme un véritable contrat. C'est une idée, qui, sous une forme un peu différente, a été proposée par M. Ripert dans son cours de I929-I930 sur les limites à la liberté de contracter. Pour lui les fiançailles, c'

Source : BIU Cujas

est une convention, c'est un accord de volontés analo
gue aux accords de volonté qu'on appelle de l'ordre
mondain, comme une invitation à dîner, ou à faire une
promenade, c'est à dire un accord de volontés qui ne
lie pas les intéressés. J'estime toutefois qu'il y a
plus dans une promesse de mariage que dans une simple
invitation, et j'admettrais volontiers que c'est un
accord de volontés qui produit un engagement d'honneu
Or, la jurisprudence tend à dire aujourd'hui que les
engagements d'honneur produisent un effet juridique e
ce sens qu'ils engendrent une obligation naturelle,
obligation naturelle qui ne permet pas à l'intéressé
de la faire valoir en justice, mais qui se transforme
aisément en obligation civile, lorsque l'autre partie
reconnait, ou manifeste son intention de l'exécuter.
Je vous rappelle le texte du code civil où se trouve
mentionnée cette catégorie spéciale d'obligation : ar-
ticle 1235 : "Tout paiement suppose une dette, et ce
qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. L
répétition n'est pas admise à l'égard des obligations
naturelles qui ont été volontairement acquittées". Ce
qui veut dire que si un individu n'est tenu que d'une
obligation naturelle, il ne peut pas être poursuivi e
justice par celui qui est créancier de cette obligati
mais s'il exécute cette obligation, il ne peut plus
répéter ce qui a payé, comme il le pourrait s'il avai
fait un paiement pour une dette qu'il ne devait pas.
La jurisprudence ajoute un second effet. Si le débite
de l'obligation naturelle reconnait l'existence de ce
te obligation, par là même il la transforme en oblig
tion civile. Or, il me parait que cette notion de l'o
bligation naturelle s'adapte parfaitement au contrat
de fiançailles, en ce sens que le contrat de fiançai
les n'oblige pas juridiquement l'un des intéressés. L
des contractants ne peut exiger de l'autre qu'il tie
sa parole et ne peut lui demander des dommages-intér
s'il ne la tient pas; mais si les deux parties exécu
tent cette obligation, ou s'ils la reconnaissent, l'o
bligation se transforme alors en obligation civile.

Qu'entends-je par exécution de l'obligation ? J
entends que s'ils manifestent leur intention de se t
nir pour liés, s'ils préparent en fait le mariage, s
échangent des cadeaux, s'ils font les dépenses néces
saires pour l'installation des époux, si l'un et l'a
tre manifestent leur intention de se marier, c'est-à
re d'exécuter la promesse faite, alors l'obligation
naturelle se transforme en obligation civile et si c
te transformation étant faite, l'un des fiancés romp
sa promesse, l'autre peut alors lui réclamer des dom
intérêts, car l'obligation s'est transformée en obli

Source : BIU Cujas

tion civile. Mais si, au contraire, il n'y a eu aucune exécution de part ni d'autre, et si, après la promesse sans qu'il y aut eu aucune manifestation de volontés de l'exécuter ou de la reconnaitre, l'un des fiancés s'éloigne et abandonne l'autre, l'accord de volontés reste ce qu'il était, il demeure sans effet juridique; sa non observation ne permet pas de réclamer des dommages-intérêts. Telle serait à mon avis la construction juridique qui rendrait le mieux compte de cette opération et des conséquences qu'y attache la jurisprudence moderne (Comparer le système de M. Rémard, note S. 1909. I. 553).

J'en ai terminé avec cette matière du droit de la famille et vous ayant montré que ni le mariage, ni l'adoption ne sont des contrats, je passe à la nomination d'un individu à une fonction publique. Elle ne doit pas être considérée comme un contrat.

Nature juridique de la nomination d'un fonctionnaire

Il y a eu cependant discussion sur la nature juridique de cet acte.

La conception contractuelle. La critique par M. Hauriou

Une première opinion, aujourd'hui abandonnée, admettait que la nomination à une fonction publique constituait un véritable contrat entre l'Etat ou l'administration publique et l'individu nommé à la fonction. Cette opinion est un peu désuète, et elle n'est plus soutenue, si ce n'est par les auteurs qui admettent encore une distinction entre le cas où il s'agit de fonctionnaires d'autorité et celui où il s'agit de fonctionnaires de gestion, point que je laisserai ici de côté. Hauriou dans son Précis de droit administratif (II° édition, page 590) a dit que cette opinion était une opinion de civilistes ou de pure juristique, née, ajoutait-il, de la tentation que l'on a eu d'assimiler les fonctionnaires des administrations publiques aux employés des entreprises privés, lesquels sont sous le contrat de travail. Vous voyez à quoi pouvait servir cette notion de contrat. Elle pouvait justifier la prétention des fonctionnaires à la validité des syndicats de fonctionnaires qui ont donné lieu à tant de discussions. Hauriou la repousse et voici en quels termes : "Il y a deux modalités de la théorie contractuelle, l'une qui ne voit dans la situation du fonctionnaire qu'un louage d'ouvrage ordinaire, à moins que ce ne soit un contrat de mandat; l'autre, qui voulant marquer la différence entre la vie publique et la vie privée, y voit un contrat de service public". Et c'est l'expression qu'emploie le Conseil d'Etat dans ses arrêts, mais sans attacher au terme de contrat un sens juridique. Or d'après Hauriou, cette théorie est aussi fausse que la

Source : BIU Cujas

thèse du contrat social, de Rousseau. Pour Hauriou, i n'y a rien de contractuel dans la nomination du fonctionnaire. "Le Fonctionnaire est membre de l'institution administrative comme le citoyen est membre de l'institution de l'Etat(1).

Pour Hauriou, dans la nomination du fonctionnaire il n'y a pas de contrat, parce que, dit il, il n'y

---

(I) Depuis que ce mot "Institution" a été employé par Hauriou, il a eu une fortune singulière, non pas chez les Civilistes, car ils l'ont toujours repoussé, mais chez certaine école de publicistes qui y attachent une importance de principe. Il est du reste très difficile de définir ce qu'ils entendent par "Institution". Mais si on veut se rendre compte de l'importance que certains publicistes, dont Mr Renard, Professeur à la Faculté de Nancy, attachent à ce mot, il suffit de renvoyer à ses travaux, et au premier numéro de la Revue des "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique" publiée par M. Le Fur. Il y a dans cette Revue plusieurs articles consacrés à l'"Institution" sans que leurs auteurs s'accordent bien sur ce qu'il faut entendre par là. Le mot n'est pas nouveau. Les civilistes l'ont toujours employé dans un vieux sens qui ne soulevait aucune difficulté; ils disaient : l'institution du mariage, l'institution de la tutelle, de l'adoption, du divorce, de la séparation de corps, de la communauté de biens, du régime dotal, de la succession ab intestat. Le mot institution désignait ainsi un ensemble de règles concernant un sujet déterminé. Quant au sens nouveau du terme, il parait difficile de l'expliquer. Les Rédacteurs du Vocabulaire juridique publié sous la direction de M. Capitant ont été fort embarrassés quand ils sont arrivés au mot "Institution" et ils ont renvoyé la difficulté aux publicistes qui sont les auteurs responsables du sens nouveau. Après avoir beaucoup réfléchi, ceux-ci s'en sont tenus à une définition très vague qui est la suivante : "Organisation permanente destinée à la satisfaction d'intérêts collectifs" Définition qui ne renseignera guère le public non juriste, mais on n'en a pas trouvé de meilleure. Il avait d'abord été question d'ajouter cette explication qu'on a considérée comme pouvant être gênante "l'institution, disait-on, peut consister en un groupe social, organisé en vue de réaliser les intérêts de ses membres, Etat, commune, association, société, ou en une règle juridique, ou un système de règles". On citait le recours pour excès de pouvoir, la responsabi-

Source : BIU Cujas

Analyse de la nomination du fonctionnaire en un acte unilatéral d'adhésion à un statut dépendant uniquement de la volonté de l'Etat

pas d'échange des consentements. La nomination d'un fonctionnaire est un acte unilatéral de l'autorité que le fonctionnaire accepte, auquel il adhère. Il distingue l'adhésion du contrat. Pour lui, l'adhésion est un acte unilatéral par lequel on accepte un acte juridique de telle sorte que la nomination de fonctionnaires serait un acte unilatéral de l'Etat, un acte unilatéral du fonctionnaire. En outre, ajoute-t-il, le fonctionnaire est, par sa nomination, soumis à un statut organisé par la loi ou par les règlements qui s'appliquent à l'administration, statut qui ne dépend aucunement de la volonté du fonctionnaire. C'est l'Etat seul qui fixe ce statut, qui détermine les conditions de service, les devoirs, les obligations des agents, leur droit au traitement, à l'avancement, à la retraite et l'Etat est toujours libre de le modifier sans que le fonctionnaire ait rien à dire et ne puisse prétendre qu'on viole le contrat passé, parce qu'il n'y a pas contrat. Il n'y a pas dit Hauriou, pour se résumer, dans la situation des fonctionnaires, une loi contractuelle des parties qui les lie de façon bilatérale.

Sur ce dernier point, je suis tout à fait d'accord avec lui, mais sur l'explication de la nomination du fonctionnaire, je me rallie plus volontiers à la thèse de M. Jèze qui, lui, admet que la nomination de

---

(I) Suite de la note -

lité ministérielle, un système de règles d'intérêt social ou même, ajoutait-on, un intérêt social autre que celui des membres du groupement. Ce que les partisans de cette formule visent, ce sont surtout les groupements d'individus et la réglementation juridique de ces groupements : le mariage est une institution, la société, l'association, les groupements d'intérêt général, les groupements plus vastes, comme l'Etat, la commune, etc..... Hauriou a attaché une grande importance à l'idée d'institution, et, dans un cahier de la Nouvelle journée, publié en 1925, il a cherché à objectiver sa pensée. Ce qu'Hauriou entendait par institution est une organisation hiérarchisée affectée au service public, et qui, dans le cadre et sous l'autorité du Pouvoir public, jouit de certaines prérogatives destinées à lui permettre d'accomplir sa fonction. Exemple, l'administration publique. L'institution amène un peu à la notion de personne juridique, mais il ne faut pas les confondre.

Source : BIU Cujas

Opinion de M Jèze voyant dans la nomination du fonctionnaire un échange de consentement, ne présentant rien de contractuel mais constituant un acte condition qui place l'individu dans unesituation juridique imperson nelle.

fonctionnaire consiste dans un échange de consentements entre l'Etat, et celui qui accepte sa volonté. Il y a, dit Jèze, accord de volontés, mais cet accord n'est pas un contrat. C'est ce que je disais au début Tous les accords de volontés ne sont pas des contrats Dans ses Principes généraux du droit administratif, Jèze expose que si tout contrat est un accord de volontés, tout accord de volontés n'est pas un contrat, et précisément, il cite au nombre des accords de volontés qui ne sont pas des contrats, le mariage, la nomination à une fonction publique. Mais il emploie une terminologie qui n'est pas la nôtre. D'après Jèze, ce qui constitue le contrat c'est ce qu'il appelle la création d'une situation juridique individuelle, c'est à dire un rapport de droit spécialement établi entre deux individus par une manifestation de leurs volontés il oppose cette situation juridique individuelle dans laquelle se placent les deux individus par le contrat à la situation juridique impersonnelle, c'est-à-dire générale et objective qui, elle, est créée par la loi et est par conséquent légale ou réglementaire. Or, le contrat est créateur de situations juridiques individuelles, tandis qu'il y a des accords de volontés qui créent des situations juridiques impersonnelles : le mariage, accord de volontés qui place les deux époux sous le statut impersonnel du mariage, la nomination du fonctionnaire qui le place dans cette situation réglementaire qui ne dépend pas de lui.

Pour distinguer les actes créateurs de situation juridiques individuelles, des autres, il dénomme ces dern iers, c'est-à-dire les actes créateurs d'une situation juridique impersonnelle générale, des actes-conditions. Le terme est entré dans le langage des publicistes, et c'est pour cela qu'il faut le connaitre. Les civilistes ne l'emploient pas. Ils ne sont pas décidés à lui faire bon accueil, parce qu'ils trouvent l'expression barbare et peu compréhensible. Il faut la compléter ainsi : actes condition d'application à un individu d'un statut légal et réglementaire.

Dans notre vocabulaire juridique, nous avons défini l'acte condition : "Expression doctrinale, employée par certains auteurs contemporains du droit public (Duguit, Jèze, notamment) pour désigner tout acte juridique dont l'effet est de rendre applicable à un individu déterminé une règle de droit générale, un statut légal ou réglementaire".

Comme exemple, nous avons donné la nomination à une fonction publique, et le mariage. Cette expression d'acte-condition, est fréquemment employée par Duguit, dans son Traité de droit constitutionnel, tome

Source : BIU Cujas

dans lequel il a fait la théorie des actes juridiques. Bien que les civilistes ne se servent pas de l'expression, les publicistes qui l'ont créée, ont toutefois tenté de l'introduire dans le domaine du droit patrimonial, et c'est ainsi que Jèze écrit : "Il y a des actes-condition dans le droit du patrimoine. Dans la vente par exemple, quand A vend à B un immeuble de 100.000 francs, B devient débiteur du prix de 100.000 francs envers A : situation juridique particulière individuelle créée par le contrat. Cette situation est subjective. A l'inverse, le privilège du vendeur, le pouvoir d'agir en justice, de saisir les biens de l'acheteur s'il ne paye pas le prix, etc.... tout cela se rattache à une situation juridique impersonnelle, générale et objective. Tout vendeur a ces pouvoirs, a le droit de saisir les biens, a un privilège sur les biens vendus. Donc ces pouvoirs sont créés et réglés impersonnellement par la loi, la volonté du vendeur et celle de l'acheteur n'en déterminent pas le contenu. De telle sorte que dans notre domaine, l'acte condition se précipite, vient resserrer le contrat".

J'ai grand peine à comprendre. Cette observation montre simplement qu'il y a des règles impératives édictées par la loi, auxquelles les parties ne peuvent pas porter atteinte, tandis qu'il y en a d'autres qu'elles peuvent modifier. La distinction à mon avis n'a pas d'intérêt pour nous et je n'admets pas qu'elle puisse enserrer le contrat et en faire quelque chose d'aussi compliqué qu'il faille distinguer dans un contrat ce qui est contrat et ce qui n'est pas contrat.

§ 3 - De certains types particuliers de contrats, sur la nature contractuelle desquels on a discuté.

Ces contrats sont :

1°- La société et l'association.
2°- Les contrats d'adhésion.
3°- Le contrat collectif de travail.

Avant d'en parler, il est bon de donner quelques indications sur la classification générale des contrats d'après le but poursuivi par les contractants. Cette notion de but joue en effet un rôle prépondérant dans le domaine contractuel. Toute personne qui consent à contracter, c'est-à-dire à s'obliger, est déterminée par un but qu'elle se propose d'atteindre, par le contrat qu'elle passe. Personne ne s'oblige dans but. S'obliger sans but serait l'oeuvre d'un insensé comme l'a dit Jhering dans son fameux ouvrage : Zweck in Recht,

Source : BIU Cujas
3, Place de la Sorbonne, 3

le but dans le droit (traduction de Neulinaere) : "Il faut pour que la volonté agisse une raison suffisante une cause. C'est la loi universelle. Dans la nature inanimée, cette cause est d'essence mécanique. Elle e psychologique lorsqu'il s'agit de la volonté. Celle-c agit en vue d'une fin. L'homme qui agit, agit afin d' atteindre tel ou tel but.

Classification des contrats d'après leur but.

Cette notion de but permet en effet d'établir un classification générale des contrats.

Le but varie suivant la nature du contrat, et la distinction des divers buts que vise le contractant conduit à diviser les contrats du droit du patrimoines en trois groupes :

I - C. à titre onéreux

I° Les contrats à titre onéreux, dans lesquels c que contractant est guidé par son propre intérêt, c' est-à-dire par le désir d'acquérir quelque chose en échange de ce qu'il donne, telle la vente dans laquelle le vendeur est conduit à contracter parce qu'il veut se procurer une somme d'argent à la place de la chose, et l'acheteur, lui, parce qu'il veut devenir propriétaire de l'objet; tel le louage de meubles ou d'immeubles.

2 - Les libéralités

2° Les libéralités qui comprennent les donations entre vifs et l'institution contractuelle, ou institution d'héritier par contrat, et qui se caractérisent par le fait que le disposant agit animo donandi, c'est à dire sans rien demander en échange;

3° C. désintéressés.

3° Les contrats désintéressés dans lesquels l'un des contractants sans s'appauvrir comme dans la donation, ou l'institution contractuelle, rend un service gratuit désintéressé à l'autre partie. Tel est le cas de celui qui prête de l'argent sans demander d'intérêts; de celui qui prête gratuitement une chose à un autre; du dépositaire qui consent à recevoir gratuitement un objet en dépôt; du mandataire non salarié qui lui aussi, consent à remplir le mandat qui lui est confié sans rémunération, et pour rendre service au mandant; enfin de la caution qui s'oblige envers le créancier uniquement dans l'intérêt du débiteur principal, sans rien demander en échange.

De ces trois groupes de contrats, le plus important est évidemment le premier, car l'homme est surtout guidé par la satisfaction de son intérêt personnel.

Caractère synallagmatique de la plupart des contrats à titre onéreux

La plupart des contrats à titre onéreux sont des contrats synallagmatiques, c'est à dire des contrats par lesquels chacune des parties s'oblige réciproquement à l'égard de l'autre, art. 1102 : "Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contrac-

Source : BIU Cujas

existence de quelques contrats unilatéraux à titre onéreux.

tants s'obligent réciproquement les uns envers les autres." Tels la vente, le louage, la société, etc..... Quelques-uns sont toutefois unilatéraux, c'est-à-dire qu'une seule des parties s'oblige envers les autres. Art. 1103 : "Le contrat est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement". Ces contrats sont cependant des contrats à titre onéreux. Ils ne deviennent pas des contrats désintéressés bien qu'un seul des contractants s'oblige envers les autres.

Le prêt à intérêt et le nantissement sont-ils des contrats unilatéraux réels ?

Dans la catégorie des contrats unilatéraux, on range ordinairement le prêt à intérêt ou le gage, ou pour parler plus largement, le nantissement, qui consiste de la part d'un débiteur à remettre une chose en garantie de sa dette au créancier. On dit que ces contrats sont unilatéraux, ou encore réels, parce que nous admettons toujours depuis les Romains que ces contrats se forment par la remise de la chose. Le prêt, dit-on, se forme par la remise de l'argent que donne le prêteur à l'emprunteur; le nantissement par la remise de l'objet en garantie du débiteur au créancier. C'est pour cela qu'on les appelle des contrats réels. C'est une conception ancienne et fort discutable, qui ne se maintient que par le prestige de la tradition. Au fond, ces contrats devraient être considérés comme de simples contrats synallagmatiques, mais c'est un point sur lequel on n'insiste pas ici (Cf. Capitant La Cause n° 22, page 56).

Contrats unilatéraux. Les promesses de vente.

A côté de ces contrats unilatéraux, il y en a d'autres qui eux, présentent ce caractère sans discussion. Ce sont les promesses de faire quelque chose. Parmi ces promesses le type le plus fréquent est la promesse de vente. Un individu s'engage envers un autre, qui accepte cette proposition, ce qui fait l'accord des volontés et le contrat, à lui vendre sa maison, si celui-ci veut l'acheter, pendant un temps déterminé pour un prix fixé. Ces promesses de vente sont fréquentes comme annexes du contrat de louage d'un immeuble. Le bailleur qui loue son immeuble consent souvent au preneur une promesse de vente pour un prix déterminé, promesse que celui-ci pourra transformer en vente en acceptant d'acheter au cours du bail. Donc lorsque la promesse est faite, elle est bien un contrat unilatéral

Source : BIU Cujas

car il n'y a que le promettant qui s'oblige. L'autre accepte cette promesse, mais il se réserve le droit d'en profiter; il se réserve le droit d'acquérir la maison s'il le veut, dans le cours du délai qui lui a été fixé. C'est bien là un contrat unilatéral, contrat à titre onéreux bien entendu, car celui qui promet de vendre sa maison ne le fait pas pour rendre service à l'autre, mais parce qu'il a le désir de vendre sa maison et qu'il espère y arriver par ce premier contrat qu'on appelle pour cette raison un avant-contrat, c'est à dire un contrat destiné à préparer le contrat définitif que sera la vente.

Cette classification générale suffit pour éclairer les idées.

Parmi les contrats synallagmatiques, je vous ai cité la société et l'association. C'est ici que j'ai des explications particulières à fournir.

I - La société et l'association -

Définition de la société et de l'association

La société est définie par l'article 1832 du Code civil : un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager les bénéfices qui pourraient en résulter. Le trait caractéristique de la société c'est que les individus s'associent en vue de faire des bénéfices et de les partager. L'association, qui a été longtemps défendue et subordonnée au bon vouloir de l'administration, n'est permise que depuis le début du XX° siècle. C'est la loi du 1er Juillet 1901 qui a enfin consacré la liberté d'association. Art. 1 : "L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. "Nous pourrions dire dans un but désintéressé" car c'est là ce qui distingue l'association de la société.

Traits particuliers qu'ils présentent

Ces deux opérations juridiques que le code civil et la loi de 1901 rangent dans la catégorie des contrats présentent des traits particuliers qui sont les suivants :

Poursuite par les contractants d'un but commun

Première particularité : A la différence des contrats synallagmatiques où chacun des contractants, vendeur, acheteur, bailleur, preneur, poursuit un but égoïste, personnel, ici les contractants, les associés ou les sociétaires, poursuivent un but commun à tous, qui est, soit de faire des bénéfices et de les partager soit un but désintéressé. La société et l'association sont donc des groupements de personnes qui s'unissent

Source : BIU Cujas

en vue d'arriver à une fin déterminée. Tantôt ces groupements sont fermés; le plus souvent ils sont ouverts. La Société de personnes, c'est à dire la société composée de quelques personnes qui se sont choisies, prenant en considération leurs capacités, et leurs aptitudes, en vue par exemple de faire le commerce et de gagner de l'argent, la société en nom collectif par exemple, est un petit groupement privé qui peut ne comprendre que deux individus; la société de capitaux qui est une société composée d'actionnaires est, au contraire, un groupement ouvert dans lequel chacun peut entrer en acquérant des actions de la société. L'association est presque toujours une association ouverte. Il faut parfois pour y entrer présenter certaines qualités, ou être agréé sur la recommandation de deux parrains. Quelquefois aussi il suffit pour y entrer d'exercer la profession qu'elle représente, exemple un syndicat. Donc la première particularité de ces contrats est la poursuite d'un but commun.

Soumission de ces groupements à des statuts qui s'imposent à ceux qui veulent en faire partie

Seconde particularité. - Elle réside dans la façon dont ces contrats sont conclus. Ces groupements sont créés par quelques personnes qui en rédigent les statuts. Les statuts sont l'ensemble des règles qui vont régir la vie du groupe, et il faut les établir au début de l'organisation. Ils sont rédigés par les fondateurs de la société ou de l'association, le plus souvent d'après un modèle, un formulaire. Ils vont être la loi du groupement. Cette loi ne sera pas immuable; le groupe pourra toujours la modifier, quand le besoin s'en fera sentir, mais ceux qui entreront dans l'association ou dans la société, seront soumis à cette loi; ils seront obligés de l'accepter telle quelle; ils adhéreront aux statuts. Ces groupements se présentent donc pour ceux qui y entreront comme des contrats d'adhésion en ce sens qu'ils devront accepter ou ne pas accepter cette loi toute faite.

La loi de la majorité

Troisième particularité - Les décisions à prendre ne peuvent pas exiger l'unanimité, car dès que le groupe est un peu nombreux, il serait impossible d'atteindre la réalisation de la fin visée. On est donc obligé d'admettre que les décisions à prendre, seront prises par la majorité dans les Assemblées générales des membres du groupe. C'est donc la majorité qui va lier, obliger la minorité. C'est un caractère tout particulier qui ne se rencontre pas dans les contrats ordinaires.

Droit de chaque membre de se retirer à son gré du

Quatrième particularité - Lorsque le groupe est ouvert et que sa durée n'est pas fixée à l'avance, chaque sociétaire peut en sortir quand il veut. Que ce soit un syndicat ou une association tout individu peut tou-

Source : BIU Cujas

groupement si celui-ci est un groupement ouvert

jours s'en retirer quand il lui plait, à la condition d'être à jour de ses cotisations, c'est à dire d'avoir payé ses cotisations antérieures et celles de l'année courante. Pour garantir la liberté de l'individu contre la tyrannie possible du groupe la loi a soin de reconnaitre ce droit de l'individu, soit dans la loi sur les syndicats professionnels qui est aujourd'hui insérée dans le livre I du code du travail, soit dans la loi du Ier Juillet I90I sur les associations, où il est dit dans l'article 4 : "Tout membre d'une association, qui n'est pas formée pour un temps déterminé, peut s'en retirer en tous temps après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire". C'est donc un droit intangible de l'individu destiné à assurer le respect de son indépendance.

Personnalité morale du groupement

Cinquième particularité - La société ou l'association devient un être juridique distinct des membres qui la composent. Ce n'est pas toujours vrai pour l'association. De petites associations peuvent ne pas être personnes juridiques, si elles ne font pas la déclaration prescrite par la loi; mais ceci est exceptionnel. C'est cet être nouveau qui est propriétaire du patrimoine social. C'est elle qui traite, qui contracte avec les tiers. Les membres du groupe s'effacent devant cet être abstrait. Leur groupement est quelque chose de distinct de l'être moral, et il y a des rapports entre chacun d'eux et cet être moral qu'est la société ou l'association. Chacun d'eux pourra faire valoir des droits ou des obligations à l'égard de cet être moral. Quels sont ces droits et quelles sont ces obligations C'est un point intéressant à étudier surtout pour les associations, et qui ne l'a pas encore été jusqu'à présent d'assez près.

Telles sont les particularités qui distinguent ces opérations juridiques des autres contrats et elles ont fait douter de leur nature contractuelle.

La société et l'association sont-elles au point de vue rationnel des contrats ?

Il y a, en effet des auteurs qui ont soutenu que la société et l'association n'étaient pas de véritables contrats. La discussion ne peut avoir qu'un intérêt théorique et méthodique, car du point de vue de notre loi française, il n'y a pas de doute. Le Code civil exprime, dans l'article I832, et la loi de I90I, dans son article I, que la société et l'association sont des contrats. Donc, malgré les particularités qui se rencontrent ici, ce sont bien des contrats. Néanmoins il est bon d'examiner les critiques adressées à cette conception par certains publicistes, notamment par Duguit.

Duguit a souteni dans sa théorie des actes juridiques que la société et l'association n'étaient pas des

Source : BIU Cujas

Théorie de Duguit déniant à ces opérations le caractère contractuel; ce seraient des unions formées par des déclarations unilatérales d'individus qui n'ont pas préalablement négocié entre eux.

contrats, et voici son argumentation. Il oppose au contrat qui d'après lui est un accord de deux volontés ou de deux groupes de volontés créant entre eux un rapport de créancier et de débiteur, l'acte collectif ou l'union constituée par une pluralité de déclarations unilatérales. On voit la distinction qu'il fait. Le contrat est un accord de deux volontés qui s'obligent l'une envers l'autre. L'union est une pluralité de déclarations unilatérales de volontés. Les sociétés ou associations seraient donc constituées par des déclarations de volontés concourantes dont, dit-il, les auteurs ne se connaissent pas. Dans les sociétés par actions, on ne connait pas les autres actionnaires. Dans une association on ne connait pas tous les membres de l'association. Ce sont des unions constituées par une pluralité de déclarations unilatérales dont les auteurs ne se connaissent pas, ou en tous cas ne sont pas entrés en négociations, comme on entre en négociations dans un contrat. Par l'effet de ces déclarations unilatérales, tous ces individus sont placés sous une règle objective, une loi statutaire à laquelle de nouveaux membres peuvent adhérer, toujours par leur simple manifestation de volonté. Au début, Duguit le reconnait, il y a bien un accord de volontés entre les fondateurs, pour la rédaction des statuts, mais l'accord de volontés n'a eu lieu que pour établir la loi du groupe.

Conception inexacte du contrat considéré comme impliquant deux volontés ayant des objets différents.

Cette argumentation n'est pas décisive. Son point faible, est qu'elle part d'une vue étroite et inexacte du contrat. Pour Duguit, le contrat implique deux déclarations de volontés ayant des objets différents, de telle sorte que pour lui le contrat est un accord de volontés par lequel l'un devient créancier, l'autre débiteur. C'est vrai dans la vente, dans le louage et autres contrats de ce genre, mais il n'est pas possible de limiter le domaine contractuel aussi étroitement, en partant d'une notion aussi étriquée, pour les besoins du raisonnement. C'est une erreur évidente.

Maintien du caractère contractuel de la société et de l'association

Pour le démontrer il suffit de considérer une société de commerce. Deux commerçants s'associent pour faire un commerce. Dira-t-on qu'ils n'ont pas contracté ensemble ? Dira-t-on que c'est par une manifestation de la volonté unilatérale de chacun d'eux que s'est créée la personne morale ? Evidemment non. Le contrat éclate aux yeux. L'erreur initiale est donc flagrante. Or, ce qui se produit pour ce contrat simple conclu entre deux commerçants, reste vrai pour les contrats plus compliqués que sont les sociétés de capitaux, ou les associations ouvertes. C'est pourquoi les civilistes n'ont guère été ébranlés par cette critique et ils res-

Source : BIU Cujas

tent d'accord pour dire que la société et l'association sont bien de véritables contrats, mais des contrats présentant les particularités que je vous ai montrées. Une critique plus étendue de la thèse de Duguit a été présentée (les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Duguit. Rev. Tr. Dr. Civ I922 p. 779 et ss.). L'auteur y observe avec raison que les observations de Duguit ne détruisent pas le caractère contractuel de la société ou de l'association, et il établit sans peine que le contrat a un champ d'application beaucoup plus vaste que ne l'a prétendu Duguit. Il cite par exemple, le contrat de mariage, le partage, une entente industrielle : "Quels avantages dit-il (p. 827) y aurait-il à faire échapper certains actes à la théorie générale des contrats ? Duguit nous dira par exemple qu'on annulerait pour excès de pouvoir certaines décisions contraires aux statuts d'une association, ou que l'Administration aurait le pouvoir de modifier les clauses d'une concession de services publics en présence de circonstances absolument imprévisibles. Mais rien n'empêche d'admettre les mêmes solutions d'après une notion de convention juridique suffisamment assouplie et combinée avec les constructions modernes du droit public. Notre droit positif moderne, en dépit des objections théoriques, reste pour une grande part, basé sur la notion de conventions juridiques et il ne suffit pas de critiquer la désignation de contrats, appliquée par la loi du Ier Juillet I90I à l'association, ou d'en dénier l'adaptation aux conventions collectives de la loi de I9I9 pour empêcher que ces lois aient mis en oeuvre les principes généraux du code civil sur les conventions juridiques".

Ces observations m'amènent à l'étude de la seconde sorte de contrats : les contrats d'adhésion.

II - Les contrats d'adhésion -

On a beaucoup discuté sur la matière des contrats d'adhésion, depuis quelque 30 ans, et bien des auteurs se sont appliqués à prouver qu'ils n'étaient pas de vrais contrats, sans convaincre davantage les civilistes.

Cette expression de contrat d'adhésion a été imaginée par Saleilles dans son livre : la déclaration de volonté d'après le Code civil allemand, dans lequel il s'exprime comme suit : (page 299) "Il y a de prétendus contrats qui n'ont de contrats que le nom. Il y a prédominance exclusive d'une seule volonté qui dicte sa loi à une collectivité indéterminée, et qui s'en-

Source : BIU Cujas

gage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat".

Qu'est ce qu'un contrat d'adhésion ?

Définition du contrat d'adhésion

Dans le vocabulaire juridique, on le définit comme suit : "Expression par laquelle on désigne en doctrine certains contrats dont les clauses essentielles sont établies d'avance par l'une des parties pour tous ceux qui traiteront avec elle". Cette définition est très exacte. Nous pouvons la paraphraser comme suit : Le contrat d'adhésion est un contrat dans lequel un des contractants est, par suite des circonstances économiques, ou par suite du besoin, de la nécessité ou de sa faiblesse, dans l'impossibilité de discuter les conditions que lui propose ou que lui impose l'autre contractant. Il est obligé de les accepter, quand même il les trouverait onéreuses, désavantageuses pour lui. Comme type de ces contrats on peut citer d'abord le contrat de travail individuel, dont les conditions ne sont pas réglées à l'avance dans une convention collective passée entre un groupement ouvrier et un groupement patronal, car si les conditions des contrats de travail ont été réglées dans un contrat collectif alors les deux parties se trouvent sur un pied d'égalité.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Cet exemple type de contrat d'adhésion est au fond assez mal choisi, parce que le plus souvent, le contrat de travail individuel n'est pas un contrat d'adhésion en ce sens que le patron n'est pas maitre plus que l'ouvrier d'en fixer comme il le veut les conditions. Ces conditions lui sont imposées à lui, comme à l'ouvrier, par le marché du travail. Le chef d'entreprise qui embauche du personnel ne lui fait pas les conditions qu'il lui plait. Il est obligé de faire les mêmes conditions que ses concurrents. Il est lié par la concurrence. Il y a un marché du travail comme il y a un marché des marchandises et le patron est obligé de se conformer aux prix de ce marché. Ce n'est pas à dire que dans certains cas le contrat de travail ne puisse devenir oppressif. Le chef d'entreprise peut dans certains cas abuser de la faiblesse économique, du besoin de l'ouvrier pour lui imposer des conditions très désavantageuses, un salaire de famine; c'est le cas souvent pour le travail à domicile. L'ouvrier à domicile est précisément parmi ceux qui sont les plus mal payés, qui souffrent de ce qu'on appelle depuis longtemps : le sweating system.

Ex : le réglement d'atelier contrat d'assurance de transport ...!

Comme type de contrat d'adhésion, il vaut mieux citer le réglement d'atelier, c'est à dire le réglement que fait le patron pour assurer le bon ordre et la sécurité dans ses ateliers, réglement qu'il fait

Source : BIU Cujas

seul et qui s'impose à ceux qu'il embauche, et qui est censé être accepté par les ouvriers qui entrent dans l'atelier.

L'usure est également un contrat d'adhésion, parce que l'usurier qui prête spécule sur le besoin de l'emprunteur pour réclamer un taux d'intérêts bien supérieur au taux normal de l'intérêt.

Le contrat d'assurances, dans les pays où il n'y a pas de loi sur le contrat d'assurances. C'est l'assureur tout seul qui établit les conditions générales du contrat qu'il offre à ses clients. Ces conditions sont imprimées sur les polices et en principe elles s'imposent aux assurés; en principe l'assuré n'est pas en état de les modifier, à moins qu'il ne présente pour l'assureur un intérêt suffisant pour que celui ci consente à une modification de ses clauses.

De même encore rentrent dans les contrats d'adhésion, les contrats passés par des particuliers avec des concessionnaires de services publics, tels les contrats de transport, terrestre ou maritime. On ne peut demander un rabais sur les prix de la Compagnie de chemins de fer, pas plus qu'on ne pourrait discuter avec la Compagnie du gaz, de l'eau, de l'électricité. Les Compagnies vous appliquent les tarifs, comme à tous leurs clients. Elles n'auraient pas le droit de faire à l'un d'eux une faveur qu'elles ne feraient pas aux autres.

Voilà ce que sont les contrats d'adhésion. On peut y ajouter, comme nous l'avons dit plus haut, la société, l'association, qu'on n'y range pas ordinairement.

Trait commun à tous les contrats dits d'adhésion : prépondérance de la volonté d'un des contractants.

Il suffit de lire cette liste des contrats d'adhésion pour constater qu'ils sont de nature très variée. On ne peut relever entre eux qu'un trait commun, c'est celui sur lequel insistent les auteurs qui leur dénie le caractère contractuel. Ce trait est que dans ces contrats une des volontés est prépondérante et que l'autre ne fait qu'accepter les conditions qui lui sont proposées. Encore n'est ce pas vrai pour tous ces contrats car, parmi eux, il y en a dans lesquels l'ensemble des conditions est déterminé non pas par l'un des contractants mais par un tiers dans un cahier des charges, ce qui est le cas pour les concessions de service public données par l'administration. Dans le contrat de travail individuel, c'est également une erreur de croire que le patron est libre d'imposer à l'ouvrier les conditions qu'il veut, car il est lié par la concurrence et les conditions du marché du travail.

Insuffisance de ce fait pour donner à ces opérations juridiques une prépondérance marquée, cel

Source : BIU Cujas

pérations le caractère contractuel

n'empêcherait pas qu'il y a accord de volontés, c'est à dire d'un côté, offre de contracter, et de l'autre, acceptation. On peut ajouter que dans la plupart des contrats il est très rare qu'il y ait égalité économique entre les contractants et l'absence de cette égalité ne détruit pas du tout la notion d'accord de volontés.

Danger que présenterait la reconnaissance au profit du juge du droit de modifier les clauses du contrat.

Au surplus, quel est le but que poursuivent les auteurs qui ont prétendu ranger ces opérations dans une catégorie distincte et séparée des contrats ? Il a été de prouver que l'adhésion donnée par la volonté subordonnée ne valait pas à proprement parler consentement, acceptation, et de conclure que le juge aurait en conséquence le pouvoir de modifier certaines des clauses qui sont proposées à ce contractant, de choisir parmi elles, et d'écarter celles qui paraitraient trop désavantageuses, ou auraient, comme on dit, un caractère léonin. On voudrait donc donner au juge un pouvoir considérable d'appréciation, d'intervention dans ces contrats. Ce remède serait pire que le mal, en ce qu'il prêterait à toutes les fantaisies du juge; ce serait se jeter entre des difficultés sans fin que de refuser à ces opérations le caractère contractuel, et pour cette raison livrer l'opération à l'appréciation arbitraire du juge. Il est bien préférable de maintenir la notion de contrat. Dans une très intéressante thèse récente de M. Edmond Sallé (lévolution technique du contrat et ses conséquences juridiques, Paris 1930, p. 42) il est dit justement : "Au point de vue de la technique juridique la création d'une institution nouvelle sous le nom d'acte d'adhésion, est irréalisable et n'est pas souhaitable".

Refus par la jurisprudence d'admettre la notion de contrat d'adhésion ou une intervention du juge dans le contrat.

Ainsi toute cette théorie soutenue au sujet des contrats d'adhésion n'at-e-elle trouvé aucun écho dans notre jurisprudence, et dans l'état actuel de notre droit on peut affirmer que les tribunaux considèrent toutes ces opérations comme de vrais contrats et estiment qu'ils sont liés par les clauses qui y sont insérées. Les juges ne s'arrogent pas le droit de les modifier. Nous verrons tout à l'heure, comment dans certains cas la jurisprudence, par une interprétation plus ou moins audacieuse ou habile, est arrivée parfois à écarter les effets trop désavantageux, trop dangereux de certaines de ces clauses, mais en principe les tribunaux reconnaissent que, du moment que le sens d'une clause insérée dans l'un de ces contrats n'est pas douteux, elle doit être appliquée, quel qu'en soit le caractère, et quand même elle paraitrait oppressive de la liberté de l'autre contractant.

Quelques décisions de jurisprudence sont particu-

Source : BIU Cujas

lièrement caractéristiques de cet état d'esprit. L'un des plus fameuses est un arrêt de cassation du I4 Février I866 (Dalloz I866, I, 84 S. I866, I, I94) qui a été rendu au sujet de l'application aux ouvriers du réglement d'atelier, dont les dispositions sont édictées par la seule volonté du patron pour assurer la discipline de l'atelier. Le réglement d'atelier est il opposable aux ouvriers ? La jurisprudence a toujours répondu affirmativement, à condition qu'il ait été porté à la connaissance des ouvriers par son affichage dans les ateliers, c'est à dire à la condition que ceux ci aient pu le lire et l'accepter. Cet arrêt de la cour a cassé un jugement de conseil des Prud'hommes, rendu à propos d'une amende prononcée par un réglement d'atelier (aujourd'hui, la loi a changé cela, et il n'y a plus d'amendes) qui frappait d'une pénalité de I0 francs toute ouvrière qui entrerait dans l'atelier en sabots. Le Conseil des Prudhommes estimant la faute légère et la pénalité exagérée, avait réduit l'amende à 50 centimes. Sa décision a été cassée par l'arrêt du I4 Février I866 comme violant une clause contractuelle édictée par le patron, et acceptée par les ouvriers.

Applications en matière de réglement d'atelier.

Vous verrez également à propos de cette question du réglement d'atelier un arrêt de Cassation du 22 Février I909 (Bulletin de l'Office du travail, page 673 I909).

et de contrat d'assurance

Plusieurs décisions analogues se rencontrent en ce qui concerne le contrat d'assurances. Les partisans de la théorie inventée du contrat d'adhésion ont en particulier soutenu que, quand dans un contrat, comme cela se passe pour les contrats d'assurances, il y a des conditions générales imprimées, et des conditions particulières à l'assuré écrites à la main, les conditions imprimées qui dans la pratique sont rarement lues par l'assuré et dont il n'est pas toujours en état de comprendre la véritable portée, auraient moins de valeur, auraient moins d'effet que les conditions écrites qui sont le résultat d'un accord véritable et que le juge aurait à leur égard un pouvoir souverain d'appréciation, de décision. Sur ce point encore la jurisprudence a refusé le cadeau que l'on voulait lui faire et un arrêt de la Chambre civile du 30 Mars I89[illegible] (S. I893, I, I3) contient l'attendu suivant : "La signature des contractants au bas d'une police, implique de leur part la connaissance et l'approbation de toutes les stipulations qu'elle contient, sans aucune distinction entre celles qui sont imprimées et celles qui sont écrites à la main". Le juge ne peut donc pas se refuser à prononcer une déchéance stipulée dans les

Source : BIU Cujas

conditions imprimées, par le motif que cette déchéance était non manuscrite mais imprimée.

Les partisans de la théorie de l'adhésion avaient même été conduits à soutenir que dans une police d'assurances, ou dans des contrats du même genre tout devrait être écrit à la main, à quoi il a été aisé de répondre que les clauses écrites à la main se liraient probablement moins bien que les clauses imprimées, et que l'attention ne serait pas davantage attirée sur elles, que lorsqu'elles sont imprimées.

Enfin, la jurisprudence décide et a maintes fois décidé que du moment qu'une clause est nette et précise, le juge est tenu de l'appliquer même s'il la trouve très désavantageuse pour l'autre partie. Cette décision est également contenue dans l'arrêt que je viens de vous citer, Chambre civile 30 Mars I892, en ces termes : "La clause d'une police d'assurances qui oblige l'assuré sous peine de n'avoir droit à aucune indemnité en cas d'incendie, à déclarer et faire mentionner sur la police si les objets assurés lui appartiennent en tout ou en partie, constitue une disposition absolue, édictant une déchéance de droit, applicable indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi de l'assuré, et de l'influence de l'absence de déclaration sur l'opinion du risque". Plus récemment, même décision de la Chambre civile I4 Février I92I (S. I922, I, I3 D. I924 I I72). Ces questions ont perdu partie de leur intérêt depuis la loi nouvelle sur le contrat d'assurances.

Comment la jurisprudence est arrivée cependant à atténuer la rigueur de certaines clauses des polices, notamment celle stipulant le paiement des primes à l'agence de la société ou la déchéance de plein droit faute de paiement à l'échéance.

Ainsi donc, pas d'hésitation dans notre jurisprudence. Le contrat d'adhésion est bien un contrat, les clauses qui y sont insérées sont opposables aux contractants. Cependant, il faut bien reconnaitre que la jurisprudence a, dans la mesure où elle l'a pu, écarté, ou atténué certaines clauses qui lui paraissent particulièrement défavorables. On peut citer le cas de la solution qu'elle a appliquée à la clause des polices d'assurances antérieures à la loi de I930, stipulant que les primes devraient être payées par l'assuré au siège social ou à l'agence de la Compagnie. C'est une clause qui pendant un certain temps a été courante dans les polices d'assurances, et qui avait pour objet, d'abord d'écarter l'application de l'article I247 du code civil, alinéa 3, qui à propos du paiement des dettes décide que le paiement doit être fait au domicile du débiteur, à moins qu'il n'en ait été autrement stipulé. On exprime cette règle en disant que la dette est "quérable" c'est à dire que c'est le créancier qui doit se déranger pour réclamer sa dette chez le débiteur, et non portable. D'autre part, c'est éga-

Source : BIU Cujas

lement un principe de notre droit que la simple échéance du terme ne met pas le débiteur en demeure, et q le créancier doit, pour le mettre en demeure, c'est à dire pour faire courir les intérêts contre lui, ou po faire courir la déchéance qui peut être la conséquenc du non paiement, lui adresser une sommation (article II39 C. Civ.) Pour échapper à ces deux règles, les Compagnies d'assurances inséraient dans leurs polices une clause stipulant : I - que les primes étaient payables au siège de la compagnie, ou au bureau de l'a gence où la police avait été souscrite; 2 - que la seule échéance du terme constituait l'assuré en demeu sans qu'il fut besoin d'aucun acte, et qu'en conséque ce l'assuré en demeure cesserait de jouir du bénéfice de l'assurance et n'aurait droit à aucune indemnité au cas où un sinistre viendrait à se produire postéri rement à l'échéance du terme non payé.

Telle quelle, cette clause était parfaitement valable, car il est permis aux contractants d'écarter le deux règles que je viens de vous indiquer. Mais en pratique, pour des raisons d'intérêt, les Compagnies faisaient percevoir les primes au domicile des assurés C'était leur intérêt afin d'éviter des retards dans les paiements, afin d'assurer la régularité des versements des primes. La jurisprudence a conclu que cette pratique dérogeait à la clause ci dessus indiquée de la police, et en détruisait les effets, que la Compag en faisant percevoir la prime au domicile de l'assuré était censé avoir renoncé à la clause déclarant que la prime était portable et non quérable, et que d'autre part elle était censée avoir renoncé également à la règle qui déclarait l'assuré déchu du bénéfice de l'as suré en demeure par le seul fait du non paiement au jo de l'échéance, de telle sorte que si le risque venait à se produire après l'échéance, mais avant la mise en demeure, l'assuré en retard n'encourait plus la déchéance résultant de la police.

C'était une interprétation assez audacieuse, mai qui écartait l'effet d'une clause très dangereuse pour les assurés. Cette interprétation a été donnée par la Chambre civile à maintes reprises (Civ. I9 Octobre I904, D. I905, I, 9I et Req. 28 Février I9II, S. I9II I. 389).

Il faut ajouter que les Compagnies gênées dans leurs ppérations par cette jurisprudence, et armées d'un contentieux habile à modifier la rédaction des clauses générales des polices, imaginèrent une rédaction nouvelle devant laquelle les tribunaux furent obligés de s'incliner. Cette rédaction consistait à dire que bien que les primes fussent réclamées par la Compagnie

Source : BIU Cujas

au domicile de l'assuré, celui ci renonçait néa[illegible] expressément à se prévaloir de ce fait de la pé[illegible]ption à domicile comme valant dérogation à la stipulation insérée dans la police, d'après laquelle la prime était payable au siège de la Société. Ainsi par une rédaction nouvelle les Compagnies étaient arrivées à imposer leur système aux assurés, et la jurisprudence avait été obligée de s'incliner devant cette dernière clause qui ne contenait rien de contraire à la loi.

Si j'ai rappelé cette discussion, cet effort de la jurisprudence pour écarter une clause dangereuse, c'est pour vous donner un exemple, car la question n'a plus aujourd'hui d'intérêt. La loi si longtemps attendue qui a réglementé le contrat d'assurances, date du I3 Juillet I930. (Cf. Petit code Dalloz sous l'article I923, p. 732). L'article I6 alinéa I de cette loi décide qu'à l'exception de la première prime qui, elle, est payable au moment de la signature de la police les primes subséquentes sont payées au domicile de l'assuré ou à tel autre lieu convenu. Le second alinéa ajoute afin d'éviter le retour de clauses dangereuses pour les assurés, qu'en aucun cas le défaut de paiement à l'échéance ne peut entrainer la résiliation de plein droit et sans mise en demeure du contrat, ou même sa suspension, sans mise en demeure. Ainsi le remède à l'insertion dans un contrat de clauses dangereuses, ou léonines, se trouve dans l'intervention de la loi.

Voici encore un arrêt récent qui montre l'effort que fait la jurisprudence pour écarter les clauses de ce genre dans la mesure où elle le peut. C'est un arrêt de la Cour d'Aix, du 9 Juillet I932 G.P. 20-2I Novembre I932, qui garde tout son intérêt. Il s'agissait d'une assurance contre les accidents qui pouvaient frapper l'assuré. L'assuré avait été victime d'un accident et la Compagnie refusait de lui payer l'indemnité stipulée à la police pour la raison qu'il avait encouru la déchéance, parce qu'il ne lui avait pas fait connaitre les contrats de même nature, passés par lui postérieurement avec d'autres Compagnies. C'est en effet une des obligations de l'assuré de faire connaître à son assureur les polices conclues antérieurement avec d'autres compagnies, ou celles qu'il conclura par la suite avec d'autres compagnies. Mais, après avoir refusé pour cette raison de payer l'indemnité convenue au contrat, malgré les protestations de l'assuré, la Compagnie, au lieu de considérer le contrat comme résilié, avait continué à faire encaisser les primes chez l'assuré. La Cour d'Aix, par une interprétation vraiment tendancieuse, en a conclu que l'assureur en agissant ainsi, en considérant que le contrat continuait à produire son

Source : BIU Cujas

effet, avait tacitement renoncé au bénéfice de la cla se de déchéance, et a en conséquence condamné la Comp gnie à payer l'indemnité stipulée. C'est une présomp- tion de volonté évidemment fort arbitraire et discu- table. Mais l'arrêt est intéressant à citer pour mon- trer que, quand ils le peuvent, les tribunaux écarten les clauses qui leur paraissent trop dangereuses pour les assurés.

Conclusion

Nous concluons donc que les opérations connues sous le nom de contrats d'adhésion, sont bien des con trats, mais que dans certains cas ils peuvent présen- ter des dangers pour celui qui les signe sans pouvoir en discuter les conditions. Il y a donc quelque chose à faire pour rétablir l'équilibre qui, dans ces con- trats, se trouve détruit.

Procédés pour remédier aux dangers des contrats d'ad- hésion

Comment le rétablir ? On le peut par divers pro- cédés, et cela vaut bien mieux que de refuser à ces opérations le caractère contractuel.

I) Action du groupement des intéressés.

Le premier de ces procédés, et peut être le meil leur, se rencontre dans le groupement des intéressés appelés à contracter avec ce contractant plus puissan qu'eux mêmes. Par leur union, les intéressés peuvent imposer des conditions que l'individu isolé ne peut pas exiger, et contraindre l'autre partie à modifier les termes du contrat proposé au public ou à ses clie L'exemple le plus frappant est le contrat collectif de travail, conclu entre le groupement ouvrier, c'est à dire un ou plusieurs syndicats ouvriers, et les pa- trons ou le syndicat patronal. Par le groupement col tif, les inconvénients que l'on peut reprocher au co trat individuel de travail, le défaut d'équilibre qui peut se rencontrer dans ce contrat individuel, se tro ve effacé. On est en présence de deux forces égales.

Les assurés ont suivi cet exemple, avant que fu vigueur la loi de 1930, mais sans réussir aussi bien Il s'était formé depuis un certain nombre d'années u ligue des assurés, et en particulier une ligue de pr priétaires, qui avait obtenu des assureurs l'unifica tion des polices d'assurances contre l'incendie et l suppression des clauses les plus critiquées par les assurés. Cette police type d'assurances contre l'inc die avait été publiée par M. Droz avocat, dans un pe tit volume, avec une préface de Thaller "Commentaire des polices d'assurances contre l'incendie" Paris 19

2) Intervention de l'administration et rédaction d'un cahier des charges

Donc le groupement des intéressés est le premi moyen de rétablir l'équilibre détruit par le fait de la suprématie de l'un des contractants. Le second pr cédé est l'intervention de l'administration et la r daction des cahiers des charges qui établissent les tarifs que les sociétés concessionnaires de services

Source : BIU Cujas

publics, peuvent imposer au public, à leurs clients. Par la rédaction du cahier des charges, oeuvre de l'administration, les intéressés, usagers du service public, se trouvent garantis. La Compagnie concessionnaire est liée par son cahier des charges et il ne dépend pas d'elle de faire des faveurs à certains clients alors qu'elle ne les ferait pas à d'autres. Elle est tenue d'appliquer les tarifs qui lui sont imposés.

3 - Intervention de la loi

Le troisième procédé, le plus fréquent, est l'intervention de la loi.

a) réglementation par la loi de certains contrats.

C'est d'abord la réglementation par la loi de certains contrats particulièrement usuels et présentant des dangers pour les contractants. C'est ainsi que le contrat de travail se trouve aujourd'hui réglementé par toute une série de lois quant à ses conditions, quant à ses effets, quant au paiement du salaire. Lois impératives, qui ont eu pour but de faire cesser les abus qui se produisaient auparavant.

C'est ainsi que le contrat d'assurances, après bien des efforts, bien des tentatives, et malgré la résistance des Compagnies est aujourd'hui réglementé par une loi du I3 Juillet I930.

Caractère de ces lois : elles sont en principe impératives sauf dans les cas où elles permettent expressément de déroger à leurs dispositions.

Ce qui caractérise ces lois c'est qu'elles sont en grande partie des lois impératives ou prohibitives, c'est à dire qu'elles interdisent l'emploi des clauses jugées léonines, ou jugées dangereuses pour les assurés, pour l'autre partie en général. L'article 2 de la loi du I3 Juillet I930 s'exprime ainsi : "Ne peuvent être modifiées par conventions, les prescriptions de la présente loi". Les prescriptions de la présente loi sont donc impératives, c'est le principe "sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté et qui sont énumérées dans les articles, etc... "

Autrefois, quand on faisait une loi relative au domaine contractuel la règle était que les particuliers avaient le droit de modifier par leurs conventions les dispositions établies par la loi. Le principe est aujourd'hui renversé, la loi est impérative et les parties ne peuvent pas en écarter les prescriptions, sauf dans les cas où elle le permet expressément. Les lois de ce genre deviennent de plus en plus fréquentes. J'en citerai encore trois : une du I5 Décembre I926, portant réglement du code du travail maritime dont l'article I33 est analogue à l'article 2 de la loi de I930, et s'exprime comme suit : "Sauf dans les cas où la convention contraire est prévue par la présente loi, les parties ne peuvent déroger aux règles qui fixent les conditions du contrat d'engagement". Même disposition dans notre grande loi du 9 Avril I898 sur les accidents du travail, qui contient un article final déclarant qu'

Sources BIU Cujas « Cours de Droit » Répétitions Ecrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE 3

il est interdit de faire des conventions contraires aux prescriptions de la loi. Enfin, la loi du I7 Mar I905, qui a modifié l'article I03 du Code de commerc relatif aux transports terrestres a interdit toute clause par laquelle le transporteur (on visait les Compagnies de chemin de fer) stipulerait qu'il ne se rait pas responsable de la perte ou des avaries prov nant de causes autres que la force majeure.

Donc réglementation législative des contrats d'hésion, et réglementation en principe impérative pou tout ce qui concerne les dispositions auxquelles le législateur estime qu'il ne faut pas qu'il soit dérog tel est le vrai moyen d'empêcher les abus. A côté de ce procédé législatif, il y en a d'autres qui arriver au même but.

b) fixation par la loi de certaines conditions de travail.

C'est pour le contrat de travail, la fixation d' minimum de salaire, ou de certaines conditions de tra vail quand il s'agit de contrats de travail dans lesquels il est à craindre que l'ouvrier ne soit soumis des conditions tyranniques et défavorables de la part de ceux qui l'emploient. Il faut citer ici les décret Millerand du I0 Août I899 sur les marchés de travaux publics, qui ont prescrit aux entrepreneurs concessionnaires de travaux publics, de ne céder à des sous traitants aucune partie de leur entreprise, sans l'autorisation expresse de l'administration, afin d'éviter cet abus du contrat de marchandage, qui conduit à des résultats très défavorables pour les ouvriers du marchandeur; le marchandeur étant un homme qui spécule exclusivement sur la main d'oeuvre qu'il emploie, et qui prend son bénéfice entre la différence du prix qu'il paye à l'entrepreneur général, et le salaire réduit qu il donne à ses ouvriers. Les mêmes décrets décident que le concessionnaire de travaux publics doit assurer à ses ouvriers des conditions de travail égales à cell qui sont en usage dans la ville ou dans la région et notamment qu'il doit leur payer un salaire normal égal au salaire courant appliqué dans la ville ou dans la région. Voilà des mesures législatives qui sont destinées à garantir l'ouvrier contre des conditions oppressives de travail.

A côté de ces décrets, une autre loi doit être citée, c'est la loi du I0 Juillet I9I5, insérée aujourd'hui dans le code du travail, livre I, art. 33 et SS. sur le travail des ouvrières à domicile (travaux de vêtements, chapeaux, chaussures, lingerie, broderie, tous travaux qui sont fort mal payés, et pour lesquels les ouvriers employés, gagnent un salaire de famine). Cette loi a été postérieurement élargie et appliquée aux ouvriers à domicile exécutant le même genre de travaux que les femmes, le I4 Décembre I928. Ici le procédé employé

Source : BIU Cujas

par le législateur a été la fixation d'un salaire minimum.

La question de la rescision pour cause de lésion au point de vue législatif.

Enfin tout cela peut paraitre encore insuffisant parce qu'il ne s'agit après tout que de certains contrats, et la question s'est alors posée de savoir si le législateur ne pourrait pas par une mesure générale autoriser la rescision des contrats, quels qu'ils fussent, pour cause de lésion, autoriser par conséquent la partie dont les intérêts se trouveraient gravement lésés par les conditions dans lesquelles elle a contracté, à demander la rescision du contrat, ou du moins à demander sa modification.

Le système du C.C. Caractère exceptionnel de la rescision pour cause de lésion

A l'époque du Code civil où, conformément à la thèse individualiste la liberté des contrats était considérée comme un dogme, on n'admettait pas que la lésion fut une cause de rescision des contrats. L'article 1118 du Code civil pose comme règle que la lésion ne vicie pas les conventions, sauf dans des cas exceptionnels. Le Code civil en effet n'a admis la rescision d'un contrat pour cause de lésion que dans les cas suivants :

I - Quand il s'agit d'un contrat passé par un mineur, qui a contracté sans avoir été représenté au contrat comme il aurait dû l'être, et qui a fait un de ces contrats qui aurait dû régulièrement être accompli par son tuteur, sans que celui ci eut besoin de l'autorisation du conseil de famille.

2- En faveur du vendeur d'immeubles qui a vendu trop bon marché, sous l'empire de la nécessité, et qui a été lésé de plus des 7/12 de la valeur du bien qu'il a vendu;

3- en matière de partage, lorsque l'un des co partageants a subi une lésion de plus du 1/4.

Ce sont les trois seuls cas dans lesquels le Code civil a admis la rescision d'un contrat pour cause de lésion. Ses rédacteurs ont estimé qu'il eut été dangereux de permettre à un contractant quelconque d'invoquer le préjudice qu'il éprouvait à la suite du contrat qu'il avait passé, et de faire valoir en justice les raisons qui le déterminaient à demander la lésion.

La stabilité des contrats a été considérée par les rédacteurs du code civil comme une règle qu'il ne fallait pas ébranler. Cette conception a été pendant longtemps la conception dominante. On la retrouve encore dans certains codes actuels, et en particulier c'est elle qui a inspiré un code que l'on cite ordinairement comme étant un code fort bien fait, un code modèle, le Code du Brésil de 1916, qui a été l'oeuvre du grand jurisconsulte Bevilaqua. Avant la promulgation de ce code, le droit civil brésilien admettait la lésion com-

Source : BIU Cujas

me vice du consentement et autorisait la rescision d'un contrat lorsque l'une des parties avait été gravement lésée, avait subi la laesio enormis, comme disaient les Romains. Le code civil brésilien de 1916 a préféré le règle du Code civil français, et il n'est plus question de la lésion dans ce code. Elle a donc été complètement écartée.

Tendance actuelle favorable à l'admission plus large de la lésion comme cause de rescision.

Ceci est une exception, car actuellement la tendance générale des législations est de faire une large place à la notion de lésion afin de venir en aide au contractant qui a été obligé par les circonstances ou par son inexpérience d'accepter des conditions qui lui sont défavorables.

Origine de ce mouvement en droit anglais

C'est peut être en Angleterre que cette tendance s'est d'abord manifestée, et de là elle s'est répandue sur le continent. Au cours du XIX° siècle, en Angleterre la juridiction du chancelier a réagi contre la conception rigide de la vieille loi commune, la common law qui s'en tenait à l'exécution stricte du contrat. Le système anglais actuel admet d'abord que tous les contrats peuvent être révoqués pour cause d'abus d'influence, indue influence; de plus, le droit anglais va jusqu'à admettre dans certains cas une présomption d'abus d'influence lorsqu'il est indiqué par les circonstances que l'un des contractants a dominé l'autre. S'il est prouvé qu'il existait un rapport particulier de confiance entre les personnes qui ont participé au contrat, le juge présume alors qu'il y a eu abus d'influence si les conditions du contrat ont été trop désavantageuses pour l'une des parties. Dans ce cas c'est à l'autre partie, à celui qui est censé avoir tiré un profit excessif du contrat, à prouver qu'il a agi de bonne foi. Par exemple, il en sera ainsi dans un procès entre trustee et bénéficiaire d'un trust; ou bien dans un contrat entre un tuteur et son pupille, entre maitre et serviteur, ou entre personnes entre lesquelles existe une différence de situation sociale ou intellectuelle. Dans tous ces cas le droit anglais actuel présume qu'il y a eu abus d'influence.

On retrouve dans la plupart des codes modernes, sous une forme ou sous une autre, cette thèse inspirée de considérations d'ordre social, de considérations de protection du faible contre le fort.

La lésion dans le C.C. allemand

Le premier de ces codes qui ait établi une règle générale au sujet de la lésion est le code civil allemand dans son article 138, qui est ainsi rédigé : "al. 2 : est nul en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légéreté, ou l'inexpérience d'autrui obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation l'on promette

Source : BIU Cujas

fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient par rapport à la prestation dans une disproportion choquante".

Eléments de la lésion

D'après ce 2ème alinéa, deux éléments caractérisent la lésion : I - La disproportion choquante entre la prestation que fait l'un des contractants, et les avantages qu'il obtient de l'autre. 2 - L'exploitation du besoin, de la légéreté, ou de l'inexpérience de l'un des contractants par l'autre.

C'est ce second élément de la lésion qui explique que l'article I38 rattache la nullité aux bonnes moeurs Le contrat ainsi passé est considéré comme immoral, et en conséquence frappé de nullité. La lésion disproportionnée, la laesio enormis comme disaient les anciens entraine donc la nullité du contrat.

La lésion dans le C.C. suisse conception analogue à celui du B.G.B.

Une disposition analogue se rencontre dans le code civil suisse, livre 5. Des obligations, qui contient une numérotation spéciale, article 2I. Ce livre a été voté huit ans après le code civil, c'est à dire en I9I2.

Cet article 2I, en termes plus simples, reproduit à peu près la règle énoncée dans l'article I38 du B.G.B "En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légéreté, de son inexpérience".

C'est donc bien la même conception que dans le code civil allemand, la lésion se manifeste par les deux mêmes éléments, la disproportion évidente entre les deux prestations, et le fait que l'une des parties a exploité la gêne, la légéreté ou l'inexpérience de l'autre. Ici la conséquence est la nullité du contrat, c'est à dire le droit pour la partie lésée de répéter ce qu'elle a payé. Le code civil suisse réduit à un an le délai dans lequel l'action en répétition peut être intenté.

La lésion dans le C. soviétique

Enfin, dans un code civil récent, le Code des Soviets, article 33, on trouve un texte du même genre qui a été ainsi traduit dans la traduction que nous avons de ce code, et qui a été faite par M. Patouillet et un collègue de la Faculté de droit de Lyon : "quand sous l'influence d'une extrême nécessité, une personne a passé un acte juridique manifestement préjudiciable pour elle, le tribunal, à la requête de la partie lésée, des organes de l'Etat ou des organisations sociales compétentes (on voir apparaitre le grand maitre

Source : BIU Cujas

qu'est l'Etat dans tout le Code civil soviétique ou les organisations issues de lui, peut ou déclarer cet acte nul, ou en faire cesser les effets pour l'avenir.

Voilà les trois principales applications que nous rencontrons de cette nouvelle conception qui est récente, et il est curieux de rapprocher de ces codes, le Code civil brésilien, lui aussi un code récent qui date de 1916 et qui comme nous l'avons dit déjà, prenant le contrepied de ces dispositions a supprimé la nullité pour cause de lésion, alors qu'elle était admise au cas de laesio enormis, d'une façon générale, par la législation brésilienne antérieure. C'est un fait assez curieux que de voir comment de l'autre côté de l'Atlantique on a résolu ce problème juste en sens inverse.

Caractère exceptionnel de la lésion dans le C.C. français

Qu'a-t-on fait chez nous à ce point de vue ? Actuellement il n'y a pas de disposition générale correspondant aux articles que je viens de vous citer et la lésion reste un vice exceptionnel qui n'est admis que dans certains contrats. La règle énoncée dans l'article 1118 du code civil reste vraie : "La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes " (Il s'agit des mineurs).

Son admission par la loi de 1907 sur la vente d'engrais (réduction au profit de l'acheteur).

Cependant une loi postérieure au code a admis pour un nouveau contrat, non pas la rescision, mais la réduction pour cause de lésion. C'est la loi du 8 Juillet 1907 qui vise la vente des engrais aux agriculteurs (v. petit code Dalloz sous l'article 1685 à propos de la vente). Pour la vente des engrais ou des substances destinées à l'alimentation des animaux de ferme, cette loi permet à l'agriculteur, par conséquent à l'acheteur, qui a été lésé de plus du 1/4, c'est à dire lorsque les engrais ou les substances lui ont été vendues plus d'1/4 au dessous du prix courant, de demander, non pas la rescision du contrat, parce qu'il est probable que les objets achetés ont été consommés et pourraient être restitués par l'agriculteur, mais une réduction du prix et des dommages intérêts. On notera qu'ici l'action en réduction appartient à l'acheteur tandis que, dans le seul cas où le code civil a admis la rescision d'une vente pour cause de lésion, c'est au vendeur qui a donné l'action en rescision, au vendeur d'immeubles, lésé de plus des 7/12 (articles 1674 et suivants). Ici c'est l'acheteur qui peut demander la réduction du prix et des dommages intérêts.

Lois de 1900 et 1926 sur la vente à tempérament des valeurs à lots

Deux autres lois dont l'une date du 12 Mars 1900 et la seconde du 14 Décembre 1926 ont appliqué une idée analogue dans la vente à crédit des valeurs de bourse et en particulier des valeurs à lots. Cette vente à crédit des valeurs à lots, donnait lieu en pratique

Source : BIU Cujas

à de grands abus de la part des courtiers qui couraient les campagnes et vendaient à des gens mal informés, à des paysans, ces valeurs bien au dessus de leur cours à la bourse. C'est pourquoi une première loi du I2 Mars I900 avait réglementé ces ventes et les avait soumises à certaines conditions destinées à protéger les acheteurs, mais l'expérience a prouvé qu'elle était restée sans efficacité, et que les courtiers en question arrivaient aisément à en tourner les prescriptions. C'est pourquoi le législateur a jugé qu'il fallait prendre une mesure plus efficace, et la loi du I4 Décembre I926 a complètement interdit la vente des valeurs à lots, à tempérament, c'est à dire en stipulant des paiements fractionnés. Ici donc, ce n'est pas une application dela lésion mais c'est un remède plus radical qui a été introduit dans notre législation.

En dehors de ces cas particuliers, il n'y a pas de texte général relatif à la lésion.

Application de la lésion par la jurisprudence en matière de salaires dûs à des agents d'affaires.

Il est bon pourtant de signaler encore que nos tribunaux interviennent parfois dans les contrats en vue de réparer ce qu'ils peuvent avoir d'abusif. Je fais allusion ici à la jurisprudence qui s'est établie en ce qui concerne les contrats passés par les agents d'affaires avec leurs clients. Lorsqu'un agent d'affaires, à l'occasion par exemple de la vente d'un bien ou d'une autre opération qu'il fait pour le compte d'un client, a stipulé de celui ci une rémunération qui parait hors de proportion avec le service qu'il a rendu par conséquent lorsqu'il a exploité celui avec lequel il traitait, les tribunaux s'arrogent le droit d'intervenir, bien que le salaire ait été convenu entre les deux parties, bien qu'il ait été librement fixé, lorsqu'ils estiment le salaire excessif. On a très souvent critiqué cette jurisprudence comme étant une atteinte au principe de la liberté des contrats. Les tribunaux justifient leur intervention par cette considération que dans le mandat, il n'est pas interdit au mandataire de stipuler un salaire, mais le salaire doit toujours conserver le caractère d'une simple indemnité. En principe, disent ils, le mandat est un contrat gratuit et lorsqu'il est salarié, le salaire doit être simplement la représentation des soins et peines du mandataire. C'est donc par application de la règle du mandat que les tribunaux justifient tant bien que mal leur intervention et leur droit de révision du contrat. Ils appliquent ce droit de révision principalement aux rapports des agents d'affaires avec leurs clients, mais ils peuvent l'appliquer à toute espèce de mandat. Cette jurisprudence est ancienne; elle remonte presque au co-

Source : BIU Cujas

de civil. Un des premiers arrêts rendus par la Cour de Cassation est un arrêt de la Chambre des requêtes du II Mars I824 (S. Chr. avec une série d'autres arrêts dont l'un des plus récents est Cas. Req. I2 Dec. I9I D. I9I3, I, I29. S. I9I2, I, 374). La jurisprudence n'exige pas du tout que le mandant ait été victime de manoeuvres frauduleuses, et elle réduit le salaire même lorsqu'il a été accepté avant l'exécution du mandat. Elle le réduit même si le mandataire a rempli son mandat, s'il a fait ce qu'il avait promis, toutes les fois qu'il y a une disproportion évidente entre ce qu'il a fait et la rémunération qu'il a exigée.

Du problème de la lésion au point de vue législatif

Conviendrait il d'introduire dans notre législation un texte général analogue à celui qui se trouve dans les codes que je vous ai cités ? La question s'est posée plusieurs fois au cours de ces dernières années.

Opinion défavorable de l'admission de la lésion exprimée par la sous commission de révision du C.C.

Tout d'abord, elle s'est posée devant la commission de révision du code civil, qui fut nommée par le Ministère de la justice à la suite des fêtes du centenaire du code civil en I904 (discussions au bulletin de la société d'études législatives I907 p. 247 ss; I9I0 p. 75 ss.)

Un questionnaire avait été rédigé pour tous les points sur lesquels le code civil pouvait être utilement modifié. Ce questionnaire demandait notamment si à côté des causes classiques de nullité, pour vices du consentement, l'erreur, le dol et la violence, il ne fallait pas admettre le fait que dans un contrat à titre onéreux, l'une des parties a obtenu de l'autre des avantages en disproportion choquante avec ce qu'elle a fourni à son co-contractant, en abusant de son ignorance ou de ses besoins. A la suite de la discussion qui s'est ouverte à ce sujet, la sous commission s'est prononcée pour la négative pour des raisons tirées du besoin général de sécurité. Elle a craint que l'admission d'une action de ce genre ne portât atteinte à la stabilité des contrats et elle a redouté le pouvoir qu'un pareil texte mettrait entre les mains des juges. La question fut donc résolue à cette époque dans le sens de la négative.

Proposition de loi en faveur de l'admission de la lésion

Plus récemment, à la suite de la guerre, une proposition de loi a été déposée au Parlement par MM. Guibal et Dupin en I920, dont le texte était ainsi rédigé: "La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résultent est énorme et a été déterminée par l'exploitation de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé. L'usage, même courant ne justifie point la disproportion des obligations si cet usage consacre une exploitation". On voulait faire allusion à certains métiers dans les-

Source : BIU Cujas

quels un salaire de famine peut encore être payé).
"Le contrat pourra être maintenu si le lésé obtient une réduction de ses obligations ou une augmentation des obligations de l'autre partie. Le délai pour obtenir la rescision sera de 5 ans à dater de la conclusion du contrat ".

Donc, les éléments exigés pour qu'il y eût lésion étaient bien les mêmes que dans le code civil suisse : l'exploitation de l'ignorance, de la faiblesse de la partie lésée, et l'énormité de la lésion. Cette proposition de loi n'a jamais été discutée au Parlement, mais la société d'Etudes législatives en a entrepris l'étude et la critique en 1921. (Bulletin de 1921 p. 216 : rapport présenté par M. Demogue). Le texte de la commission de la Société d'Etudes législatives modifiait sur deux points le texte proposé. D'abord il fixait le chiffre de ce qu'on appelait la lésion énorme, et admettait qu'il y avait lésion lorsqu'il y avait disproportion de plus de moitié entre la prestation exécutée et la contre prestation demandée. En second lieu le texte de la Société d'Etudes législatives écartait la rescision du contrat comme étant une mesure trop radicale, un peu aveugle, et la remplaçait par une action en indemnité au profit de la partie lésée. Voici comment était rédigé ce texte :

Examen de la question par la société d'études législatives.

"La lésion n'a d'effet dans les conventions que si la disproportion des obligations qui en résultent est de plus de moitié et a été déterminée par l'exploitation des besoins, de la gêne, de la légéreté ou de l'inexpérience du lésé. Le lésé aura une indemnité pour le préjudice subi, sous déduction d'1/10 de la valeur totale de ces prestations, mais l'autre partie aura la faculté de rendre toutes autres des prestations reçues. La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années à compter du jour du contrat ou après transaction".

A la société d'Etudes législatives, il n'est pas d'usage de voter, de telle sorte qu'on ne peut pas savoir si la majorité est favorable ou non à la proposition qui lui est présentée, mais la prpposition y est discutée et il est résulté de cette discussion que bien des objections ont été soulevées contre l'adoption d'une semblable mesure.

Donc, jusqu'à présent en France, aucune mesure législative ayant pour objet d'introduire le droit pour la partie lésée de demander soit la rescision, soit la réduction du contrat n'a abouti.

Au contraire, lorsque nous avons préparé avec la Commission italienne un projet de code commun, des contrats et des obligations, les deux commissions se sont

Source : BIU Cujas
« Les Cours de Droit » Répétitions Ecrites et Orales

La lésion dans le projet de convention franco italienne

mises d'accord pour l'adoption d'un texte analogue au texte du code civil allemand et du code civil suisse. C'est l'article 22 de ce projet qui reste toujours à l'état de projet et n'a été déposé par le gouvernement sur le bureau des Chambres, ni dans un pays ni dans l'autre. "Si les obligations de l'un des contractants sont hors de proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que suivant les circonstances il soit à présumer que son consentement n'ait pas été suffisamment libre, le juge peut sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations". Les deux commissions française et italienne ont donc adopté une solution qui se rapproche de celle qui se trouve dans les codes indiqués. L'exposé des motifs dit à ce sujet : "on a voulu par cette diposition frapper l'usure sous ses formes les plus variées. La règle proposée diffère de celle du Code civil allemand en ce que ce Code vise expressément l'abus du besoin, de l'inexpérience ou de la légéreté d'un des contractants pour l'autre, tandis que le projet prend plutôt en considération le défaut de liberté du consentement de la victime. De plus, au lieu d'annuler dans tous les cas le contrat, le projet donne aux juges le pouvoir soit de l'annuler, soit de le réduire". Il faut au surplus ajouter que les articles I38 du Code civil allemand et l'article 33 du code civil suisse ne paraissent pas avoir été beaucoup appliqués dans la pratique. D'après les renseignements que l'on peut avoir, il est très rare que la jurisprudence en fasse application. C'est du moins ce qui est affirmé dans un ouvrage de M. Demonté Professeur à la Faculté de droit de Caen, ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris, prix Rossi, qui est intitulé : de la lésion dans les contrats entre majeurs : "L'article I38 alinéa 2 du Code civil allemand n'a donné lieu à aucune jurisprudence intéressante concernant la rescision des contrats pour cause de lésion. Les décisions dans lesquelles on a invoqué ce texte sont en nombre infime, et il ne parait pas que dans aucune d'entre elles l'article I38 alinéa 2 ait joué le rôle principal. On peut dire que la jurisprudence rapprochée des faits n'a pas utilisé l'instrument que le législateur avait préparé. Ce que le juge n'a pas osé faire malgré la loi qui l'y invitait, c'est de briser des contrats parfaitement valables en dehors de la disproportion des prestations qu'ils présentaient, ou bien, faut il penser que la preuve de l'exploitation, c'est à dire de la volonté de celui qui a lésé l'autre, n'a pu être faite, toujours est il que ce texte qui a donné lieu à tant de commentaires

Application peu importante en pratique des dispositions du B.G.B. sur la lésion

Source : BIU Cujas

doctrinaux, n'a servi à rien dans la pratique. Il y a là un enseignement à retenir et il en a été de même en Suisse".

Il semble donc bien que ce mouvement inspiré par des considérations humanitaires, par des raisons d'ordre social, de solidarité, n'ait pas donné de résultats. Il faut bien reconnaitre en effet que le juge, le juge français surtout, si respectueux de la liberté du contrat, hésitera toujours avant de rescinder ou de réduire un contrat sous prétexte de lésion. Il semble qu'aujourd'hui on soit un peu revenu des espoirs que l'on a eus lorsque cette théorie s'est introduite dans la loi et elle trouverait actuellement moins de partisans.

Résumé sur les contrats d'adhésion.

En somme on pourrait résumer les explications antérieures sur les contrats d'adhésion dans ces quelques formules :

I - Il est bien difficile d'établir une liste exacte des contrats qui rentrent sous cette dénomination.

2 - La thèse qui prétend extraire ces opérations du champ contractuel pour en faire une catégorie juridique distincte, est inutile et ne conduit à rien.

3 - C'est au législateur qu'il incombe pour certains de ces contrats, dans lesquels l'une des parties peut abuser de sa supériorité économique sur l'autre, de prendre des mesures en vue d'empêcher que le contractant n'impose à l'autre des clauses léonines. Ces mesures peuvent au surplus varier suivant la nature des contrats, qui exigent l'intervention du législateur.

Dernière espèce d'opération à laquelle on a également dénié le caractère contractuel : les conventions collectives de travail -

C'est le nom que leur donne chez nous la loi qui les a réglementées du 23 Mars I9I9. Elles portent des noms analogues dans les autres pays. En Anglais : Collectiv bargaining, En Allemand : Tarif vertrag ou zwangsvereinbarung.

I) Bibliographie : Traité pratique de droit civil de MM. Planiol et Ripert, tome VI, avec la collaboration de Paul Esmein, n° I22 et suivants - Demogue, Traité des obligations en général, tome II n° 6I6 et suivants.- Edmond Salé, l'Evolution technique du contrat et ses conséquences juridiques, Thèse Paris I930 pp. 35 et ss - Demontès op. cit. au texte.

Source : BIU Cujas

Définition de la convention collective de travail; son utilité pratique

La convention collective est un accord conclu entre patrons et ouvriers, soit à la suite d'une grève, ou d'un lock out, soit amiablement, avant que le conflit n'ait éclaté entre les deux parties, accord par lequel les intéressés règlent les conditions générales du travail qui seront appliquées dans les usines ou dans les ateliers intéressés.

La convention collective apparait donc comme un contrat type, comme un modèle qui va régler les conditions du travail pendant un certain temps entre les ouvriers d'une ou plusieurs usines et leurs patrons.

L'usage de ces conventions collectives est aujourd'hui courant. Non seulement il se généralise dans les pays industriels, mais il se présente aujourd'hui souvent fort heureusement sous la forme d'arrangement amiable et pacifique. Malheureusement trop fréquemment encore, la convention collective de travail est le traité de paix qui met fin à la grève et quand elle est conclue dans ces conditions elle est plus souvent subie qu'acceptée par celui qui, à la suite de la grè a été obligé de capituler. Le vainqueur impose ses co ditions au vaincu. Quand elle est conclue dans ces co ditions, la convention collective est instable, fragil et ceux qui l'ont subie attendent leur revanche. C'est pourquoi il est à souhaiter que la convention collective devienne un instrument destiné à prévenir le conflit au lieu de le terminer.

Il n'est pas besoin d'insister sur l'utilité de cette convention qui place les deux parties sur un pie d'égalité et leur permet de discuter librement, en con naissance de cause, toutes les conditions du travail. Il y a certaines de ces conventions collectives qui ré glant les différentes sortes de travaux qui sont faits dans les usines, représentent par leur importance de véritables volumes.

C'est surtout dans les pays anglo saxns que l'usage de la convention collective s'est répandu.

Patrons et ouvriers se rendent compte aujourd'hu de leur utilité et de leurs avantages. Pour les ouvrie elle est une garantie de la stabilité du salaire et de conditions de leur travail. Du côté patronal toutefois il y a moins d'enthousiasme, et souvent les patrons subissent plus qu'ils ne la recherchent la convention collective. Ils lui font les reproches suivants : d'abord, c'est la vieille idée patronale, ils prétendent rester maitres de fixer seuls les conditions économiques, les conditions du travail, parce que disent ils, les circonstances peuvent changer rapidement.

L'autre motif, plus sérieux, est d'ordre pratique Le patronat affirme que le syndicat ouvrier, ou

Source : BIU Cujas

les syndicats ouvriers avec les représentants desquels ils traitent ne leur donnent pas les garanties d'exécution qu'un contractant est en droit d'attendre dans des conventions aussi importantes que celles là. Cela tient à ce que les syndicats ne comprennent qu'une minorité d'ouvriers, et sont incapables, bien souvent, de faire respecter la convention collective par la masse des salariés.

Les syndicats dans nos pays, surtout aujourd'hui à la suite du terrible chômage qui sévit, ne possèdent pas de capitaux, pas de fortune et peuvent, disent les patrons, impunément violer les conventions qu'ils ont signées. Si un chef d'entreprise avait la prétention d'agir en justice en dommages intérêts pour non observation par le syndicat de la convention, il pourrait bien obtenir des dommages intérêts du tribunal mais non les faire payer, tandis que le syndicat d'ouvrier, au cas où c'êst un employeur qui viole la convention, a toujours un recours efficace contre celui-ci. En fait il est certain que, dans de pareilles matières, les actions en justice n'ont pas grand intérêt et jamais les patrons ne se hasardent à intenter une action de ce genre. Les employeurs soutiennent donc que la convention collective ne leur donne ni les mêmes garanties ni les mêmes avantages qu'elle présente pour les ouvriers. Pour que la convention collective se généralise et soit employée dans tous les métiers, il faut que le syndicalisme soit fort, c'est à dire que l'organisation corporative soit solidement établie, tant du côté des ouvriers que du côté des patrons.

C'est bien pour cela que l'emploi de la convention collective est plus fréquent dans les pays où les organisations ouvrières sont vieilles et puissantes comme l'Angleterre et les Etats Unis, que sur notre continent. Mais sur le continent, des lois cherchent à en faciliter l'emploi.

Peut on intégrer la convention collective dans les cadres juridiques.

Ce qui nous intéresse dans ces conventions collectives, c'est d'étudier comment on peut les intégrer dans des institutions juridiques et comment ces contrats sont sanctionnés soit par le législateur, soit par les tribunaux.

C'est ce que je montrerai en opposant le système anglo américain qui considère les conventions collectives, comme quelque chose hors du droit, un arrangement purement privé entre patrons et ouvriers, un gentlemen agreement un simple accord qui n'a rien à voir avec le droit, qu'on exécute, ou qu'on n'exécute pas suivant la bonne volonté des uns et des autres, et le système français qui considère la convention collective comme un vrai contrat, et d'autres systèmes comme

Source : BIU Cujas

l'italien et l'allemand qui font de la convention collective non seulement un contrat mais une loi susceptible de régir toute une corporation.

Dans la conception anglo américaine la convention collective est en dehors du droit.

La première conception est la conception anglo américaine. Dans ces pays on appelle la convention collective, the collectiv bargaining. La loi, dans ces pays ne s'occupe pas de ce genre d'accords, elle l'ignore volontairement. La convention collective y est en effet traitée comme un gentlemen agreement, c'est à dire un accord de volontés ne relevant que de la morale et de l'honneur. Ce n'est pas un contrat au sens propre du mot, pas plus que n'est un contrat un accord de volontés d'ordre mondain. Ce n'est qu'un accord de volontés ayant une valeur morale; on désigne sous ce nom les règles qui régissent les rapports des membres des clubs en Angleterre, règles que les intéressés ont toujours tenu à soustraire aux sanctions et au contrôle du droit.

L'accord ne vaut que comme engagement moral, la loi n'intervenant que pour éviter la pression d'une des parties contre l'autre contrairement à l'ordre public.

Par conséquent, la collectiv bargaining n'est en rien une convention juridique. C'est une opération qui se passe entre les deux parties et qui n'a de valeur qu'autant qu'elles consentent bien à vouloir l'observer. Les lois n'interviennent en Angleterre et aux Etats Unis que pour interdire à l'occasion de la conclusion de cet accord les actes de pression qu'une partie pourrait exercer sur l'autre et qui auraient un caractère contraire à l'ordre public; par exemple pour interdire certains actes qui seraient une violation de la liberté du travail, à l'occasion de la grève et qui auraient pour but d'imposer au patron l'obligation d'accepter des conditions que proposent les ouvriers.

Mais, en ce qui concerne la convention elle même sa conclusion, ses effets, son respect, tout cela, ce n'est pas du droit; les tribunaux n'ont pas à intervenir et les parties tiennent les unes et les autres à ne pas mêler la justice aux violations de ce genre de contrat. Donc c'est seulement pour poser des limites et pour dire ce qu'il est permis et ce qu'il est interdit de faire à l'occasion de la conclusion d'une opération de ce genre que peut intervenir la loi.

I) Il y a eu ces temps ci un gentlemen agreement entre la France et l'Angleterre en ce qui concerne les dettes ce n'est pas à proprement parler un gentlemen agreement car c'est un moratoire que les Anglais nous ont consenti par lettres jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur l'accord de Lausanne, soit qu'on le ratifie, soit qu'on décide de ne pas le ratifier; mais comme c'est un échange de lettres, cela vaut bien entendu accord de volontés et il me semble bien qu'on ait l'habitude d'a

Source : BIU Cujas

Ces accords sont fréquents en Angleterre et aux Etats Unis. Ils sont ordinairement faits pour un temps court, étant donné que les conditions économiques changent rapidement à notre époque et qu'il faut que la convention collective soit toujours en accord avec ces conditions. La preuve que ces collectiv bargaining n'ont rien de juridique et que les parties tiennent à ce qu'elles conservent ce caractère extra juridique, a été donnée récemment dans une affaire concernant les Etats Unis : l'Etat du Kansas avait créé une Cour en vue d'arbitrer les conflits qui pouvaient naitre dans les mines, les fabriques de produits alimentaires et autres industries déclarées d'utilité publique. Cette Cour était chargée, en vue d'éviter les grèves, de fixer, au cas où un conflit venait à se produire entre patrons et salariés, les conditions du travail. Patrons et ouvriers se sont également opposés à l'établissement de cette mesure légale, et ce sont les organisations ouvrières les premières qui ont demandé que l'inconstitutionnalité de cette mesure fut constatée, et les organisations patronales se sont jointes à leur demande. La Cour suprême des Etats Unis, qui a le pouvoir de prononcer l'inconstitutionnalité, a déclaré en effet que cette création était inconstitutionnelle.

Les patrons et les ouvriers anglais et américains tiennent donc essentiellement à conserver le caractère extra juridique aux conventions qui interviennent entre eux.

La conception française et la loi du 23 Mars 1919

Toute autre est la conception française.

La conception française a trouvé son expression dans une loi du 23 Mars 1919 qui est aujourd'hui insérée au livre I du code de travail (L. I, T II, Ch. 4 bis : de la convention collective du travail art. 31 à 31 B et 32 : la convention collective y est longuement réglementée en 5 sections :

Section I : nature et validité de la convention;

Section 2 : durée et validité de la convention;

Section 3 : Les adhésions et les renonciations à la convention;

Section 4 : Les effets et les sanctions de la convention;

Section 5 : dispositions diverses.

---

suite de la note (I) :
peler cet accord que nous avons signé avec les Anglais gentlemen agreement, il ne rentre pas dans cette catégorie puisque le gentlemen agreement tel qu'on le considère dans le droit anglais est une opération qui n'a pas de caractère juridique.

Source : BIU Cujas

La convention collective est un contrat de droit privé qui ne lie que ceux qui y ont été représentés.

Or, il n'est pas douteux, quoiqu'on en ait dit, que cette loi fait de la convention collective un véritable contrat et un contrat de droit privé. C'est un contrat, et ce n'est qu'un contrat. La convention collective n'a pas encore débordé chez nous sur le droit public, j'entends par là qu'elle n'a pas le caractère d'un statut légal qui s'impose à ceux qui n'ont pas été parties; elle lie ceux qui l'ont signée mais n'engage pas ceux qui n'y ont pas été représentés.

D'abord, elle lie ceux qui l'ont signée; l'expression n'est pas propre, parce qu'il est bien entendu que tous ceux qui sont engagés par la convention collective n'y ont pas apposé leur signature. Il vaut mieux dire : tous ceux qui sont membres d'un syndicat ouvrier dont les chefs ont signé la convention collective.

Quelles sont les personnes obligées ?

Mais la loi française se préoccupe comme elle l'a fait antérieurement en ce qui concerne la loi sur les syndicats professionnels, de garantir la liberté individuelle des adhérents de ces groupements, contre la tyrannie du nombre et leur permet d'échapper aux conditions de la convention si elles leur déplaisent. Ainsi les membres d'un syndicat signataire de la convention ne sont pas nécessairement engagés, ils conservent la liberté de se dédire, c'est à dire de reprendre leur indépendance et de signer un contrat de travail dans des conditions différentes pourvu que, dans le délai de huit jours francs à dater du dépôt de la convention au greffe du Conseil des Prud'Hommes ou à défaut au greffe de la justice de paix, ils donnent leur démission du syndicat. La section 3 réglemente longuement ce droit des particuliers membres de ces associations : "Des adhésions et renonciations à la convention".

A l'inverse, tout syndicat non signataire de la convention peut postérieurement y adhérer, mais il faut pour cela une déclaration expresse.

dans quelle mesure les signataires de la convention sont ils liés ?

Donc nous sommes bien en face d'un contrat qui ne lie que ceux qui y ont été représentés, que ceux veulent être liés, qui le veulent soit expressément, soit tacitement; il n'y a pas d'adhésion forcée. Article 31 : "Sont considérés comme liés par la convention collective de travail les employés et les employeurs signataires de ladite convention".

Dans quelle mesure ceux qui ont signé la convention sont ils liés ?

D'abord si un patron signataire ou engagé par la convention collective embauche un ouvrier qui fait également partie d'un syndicat signataire de la con-

Source : BIU Cujas

tion collective de travail, cette convention est obligatoire pour les deux parties. Le contrat individuel de travail qui va être passé entre le patron et l'ouvrier doit être conforme aux conditions de la convention collective. Un patron lié par la convention ne peut donc pas engager un ouvrier lié par la même convention à d'autres conditions que celles qui ont été établies. Il ne le peut pas même si l'ouvrier qu'il embauche y consentait.

L'article 31 Q déclare que les clauses de la convention collective s'imposent nonobstant toute stipulation contraire intervenur entre un chef d'entreprise et un salarié. La sanction est que les parties contrevenantes s'exposent à des actions en dommages intérêts de la part des autres signataires de la convention.

Second cas : Supposons qu'une partie liée par la convention collective passe un contrat individuel de travail avec un tiers qui n'est pas lié, qui n'a pas été partie ou n'a pas été représenté à la convention collective. Dans ce cas, l'article 31 R admet que, s'il n'y a pas de convention contraire dans le contrat individuel, les clauses de la convention collective sont présumées régir les rapports des deux intéressés, mais il leur est loisible de les écarter par une stipulation expresse. Toutefois la partie liée par la convention collective peut être alors poursuivie en dommages intérêts par son syndicat ou ses contractants, à moins qu'il n'ait été convenu dans la convention collective elle même que les signataires ne seraient pas tenus de l'observer dans leurs rapports avec les tiers. Donc en principe le chef d'entreprise qui a signé une convention collective s'expose à des dommages intérêts s'il traite avec un tiers, à des conditions autres, à moins qu'il n'ait réservé sa liberté au moment de la signature.

L'Etat ne peut intervenir pour imposer des conventions collectives

Ainsi la convention collective nous apparait bien comme un contrat, quoiqu'on en ait dit, et qui ne lie que ceux qui veulent être liés par elle. Elle n'est la loi que des contractants ou de ceux qui ont été représentée à la convention collective. Elle est un contrat de droit privé. D'après la loi de 1919, l'Etat, les Pouvoirs publics ne peuvent pas imposer à des patrons ou à des ouvriers qui sont en conflit, un arrangement forcé, ni imposer à ceux qui n'ont pas été parties à la convention collective les conditions de cette convention. Il n'y a pas en France de convention collective forcée. L'administration n'a pas le droit d'élargir les termes de la convention collective et d'y soumettre des patrons et des ouvriers qui ne l'ont pas

signée. La loi française n'est donc bien qu'une loi de droit privé. Le législateur n'a pas voulu organiser d'une façon réglementaire les rapports des chefs d'entreprise avec leurs salariés et toutes les tentatives qui ont été faites chez nous pour introduire soit la conciliation obligatoire, soit l'arbitrage obligatoire ont échoué. La plus connue est la tentative qui fut faite par le Ministère Briand en 1910 à la suite de la grève des chemins de fer, pour organiser l'arbitrage obligatoire et interdire la grève dans les services publics. Elle a échoué devant l'hostilité des ouvriers et le peu d'empressement des Compagnies de chemins de fer.

Importance de ces conventions en France

Ces conventions collectives jouent aujourd'hui un rôle très important dans l'économie industrielle française. On en trouve des exemples nombreux dans le Bulletin du Ministère du Travail et de la Prévoyance sociale qui est un document précieux pour ceux qui s'intéressent aux questions concernant le travail et la prévoyance sociale. Ce bulletin nous renseigne exactement sur toute la vie industrielle française. Dans chaque numéro, on trouve un article intitulé : Analyse des conventions collectives conclues soit l'année précédente, soit au cours de l'année. Je vous conseille de regarder ces résumés. Les conventions collectives n'y sont pas reproduites en entier, mais on en indique quelques unes des clauses y contenues. Le Bulletin indique lorsque la convention a été signée après grève et l'on peut constater les conventions conclues après grève, sont moins nombreuses que les conventions avant grève. Elles concernent les professions les plus variées.

Voilà donc l'esprit de la loi de 1919.

La conception allemande de la convention collective

En Allemagne, il y a une loi qui réglemente la convention collective dans des conditions à peu près analogues à notre loi de 1919 avec des différences secondaires. L'Allemagne connait la convention collective librement conclue entre les patrons et les ouvriers, qui est connue sous le nom de Tarifvertrag, c'est à dire contrat pour la fixation des salaires, étant donné que le salaire est la fin principale des clauses de ces conventions. Mais en outre l'administration a le droit d'imposer à d'autres qu'aux adhérents les conditions d'une convention collective, et enfin, et c'est par ces deux points que le régime allemand diffère du nôtre, les Pouvoirs publics peuvent imposer aux patrons et ouvriers en conflit, un arrangement, un contrat forcé qu'on appelle alors le Zwangstarifvertrag : le contrat de tarif obligatoire.

Le tarifvertrag ordinaire est réglementé par une ordonnance du 25 Septembre 1918. Il est du même type

Source : BIU Cujas

que la convention collective française. Les différences entre cette ordonnance et la loi française tiennent à ce que le Tarifvertrag lie obligatoirement les membres des organisations qui l'ont signée ou qui y ont adhéré, c'est à dire que les membres des organisations signataires ne peuvent pas reprendre individuellement leur liberté. Mais, et c'est par là que la conception allemande diffère de la nôtre, l'administration d'Empire peut déclarer obligatoire pour toute la profession un Tarifvertrag lorsque celui-ci a obtenu une importance déterminante dans le milieu professionnel, c'est à dire lorsqu'il réglemente les rapports de la grosse majorité des personnes qui sont employées dans cette profession ou qui l'exercent. Dans ce cas, par conséquent, et à la différence de notre loi, un chef d'entreprise et un salarié non signataires du Tarifvertrag sont néanmoins soumis à son application. Il est vrai que cette décision ne peut être prise qu'à la demande des signataires de la convention, mais il faut constater que la convention peut ainsi revêtir pour des personnes non représentées, un caractère obligatoire qu'elle n'a pas chez nous.

L'Etat peut déclarer obligatoire un contrat collectif

Enfin le zwangstarifvertrag est la réglementation obligatoire imposée aux patrons et ouvriers en conflit par les Pouvoirs publics. Cette réglementation obligatoire, qui chez nous n'a jamais pu aboutir, a été instituée par une Ordonnance du 30 Octobre I923 sur la conciliation et par la loi de Décembre I926 sur les tribunaux de travail, Arbeitsgericht. Cette ordonnance a créé des comités de conciliation communs à plusieurs Etats allemands. Ces comités se composent d'un ou plusieurs présidents neutres, c'est à dire étrangers à la partie patronale et à la partie ouvrière et d'assesseurs pris en nombre égal des deux côtés, employeurs et employés. Ils ont pour rôle d'intervenir en cas de conflit, ou d'office, et ils rendent des sentences arbitrales. Si les parties n'acceptent pas leurs sentences, celles ci peuvent être déclarées obligatoires si leur exécution est réclamée par des motifs d'ordre économique et social. Ici nous ne sommes plus dans la matière contractuelle, nous sommes sous un régime administratif. L'opération est de droit public. C'est l'autorité qui intervient pour empêcher les conflits et pour les régler d'office.

La législation sur l'arbitrage obligatoire

Qu'a donné cette législation de I923 et de I926 sur l'arbitrage obligatoire ? Un article de M. Bernard Lavergne, Professeur à la Faculté de Lille (l'année politique Août I93I : examen général des problèmes franco allemands) donne quelques indications peu favorables à ce régime et que je me contente de citer sans

Source : BIU Cujas

conséquence : l'élévation continue des salaires en Allemagne

les faire miennes "Cette législation, dit il, a perm aux syndicats ouvriers d'obtenir un accroissement de salaire à chaque expiration du contrat collectif qui fixe les conditions de la rémunération ouvrière. En effet l'arbitre désigné tantôt par les parties tantôt par le Ministre du Travail du Reich, est presque toujours fort embarrassé pour déterminer le salaire. Il suspecte souvent à bon droit le prix de revient indiqué par l'employeur d'être intentionnellement majo et ne pouvant se faire une opinion fondée à cet égar 99 fois sur 100, nous dit on (car Bernard Lavergne a écrit cet article après un voyage en Allemagne) il coupe la poire en deux. Les ouvriers demandant 10% d'augmentation, les patrons acceptant 2%, il accorde moitié de l'écart litigieux, soit un salaire de 4% su périeur à celui que les employeurs acceptaient de pay Ainsi l'arbitrage obligatoire aboutit presque fatalement au relèvement automatique des salaires, à chaque expiration du contrat collectif. L'arbitre est d'auta plus porté à cette solution que les Pouvoirs publics, désireux d'éviter des grèves, lui enjoignent plus ou moins directement de donner satisfaction aux masses ouvrières. En outre, sitôt les arbitrages rendus, le Ministre du Reich s'est toujours empressé jusqu'ici de rendre les conditions du travail ainsi déterminées légalement obligatoires dans toutes les entreprises s milaires du Reich afin de ne pas créer entre industri d'inégales conditions de concurrence. Si bien que plu de la moitié des salariés allemands ont leur salaire ainsi fixé par l'intermédiaire de l'Etat "Bernard Lavergne ajoute : "L'élévation continue des salaires n' pas été sans influence sur la crise qui sévit en Alle gne". Il est curieux de voir, si cela est exact, les résultats qu'aurait eu l'arbitrage obligatoire dans les rapports entre patrons et ouvriers, et cela expliquerait sinon l'hostilité des ouvriers qui eux non plu ne veulent pas en entendre parler, mais au moins celle des patrons qui ne l'acceptent pas davantage.

Le système italien de la convention collective considérée comme une institution d'ordre administratif

Il y a enfin une quatrième conception qui elle, est purement étatique et dont je ne peux dire que quel ques mots. C'est le système italien, le système fasciste.

Ici la convention collective quitte tout à fait les frontières du droit privé et devient une institution de pur droit public, une institution d'ordre administratif.

Dans la conception fasciste, l'Etat ne se borne pas à s'interposer dans les conflits, dans les cas gra ves, pour forcer les belligérants à accepter la paix. Sa tâche est d'empêcher les conflits. Les deux textes

Source : BIU Cujas

essentiels sont la loi du 3 Avril 1926 sur la d[illegible] cipline juridique et les rapports collectifs de t[illegible] vail, et la grande Charte de travail que les Ital[illegible]ns ont présentée comme une institution nouvelle destinée à rénover les rapports du capital et du travail; c'est la charte du Travail du 30 Avril 1927.

D'après cette conception, la grève et le lock out sont interdits. Il n'y a plus de droit de grève. Le patron n'a pas le droit non plus de congédier ses ouvriers lorsqu'il est en conflit avec eux. Grève et lock out sont des délits réprimés par la loi pénale. Il en était ainsi autrefois chez nous, avant 1864, pour les grèves. En Italie la profession est représentée par un syndicat, non pas un syndicat unique, mais un syndicat patronal et un syndicat ouvrier. Chacun de ces syndicats est un organe d'Etat, il fait partie de la constitution de l'Etat fasciste. Il est soumis à la tutelle administrative, il n'a pas la liberté de choisir ses chefs. C'est l'Etat qui, en fait, nomme les dirigeants. Le syndicat doit être reconnu par le Pouvoir ce qui donne à l'Etat la haute main sur lui. Le syndicat reconnu peut édicter les règles concernant l'exercice du métier. C'est donc lui qui fait la loi du métier. Ici il n'y a plus de réglementation contractuelle. Le syndicat peut imposer à ses membres une réglementation du travail à laquelle sont obligés de se soumettre tous ceux qui exercent la profession, qu'ils soient ou non membres du syndicat, car l'entrée dans le syndicat n'est pas obligatoire, mais cela revient au même puisqu'on est soumis à ses décisions. De même le syndicat seul peut conclure une convention collective avec l'autre syndicat, c'est à dire une convention collective entre le syndicat patronal et le syndicat ouvrier. Dès qu'un conflit nait dans une industrie il doit être porté devant la magistrature du travail. Magistrature nouvelle créée par la charte, tribunal permanent chargé par l'Etat de régler les conflits collectifs du travail quelle que soit la nature du conflit. Ce tribunal est composé de trois magistrats de carrière, pris dans la Cour d'appel, et de deux citoyens ayant l'expérience des problèmes de la production et du travail. La décision rendue par le syndicat est un véritable jugement exécutoire par la force. Celui en faveur duquel le jugement a été rendu peut exiger son exécution, mais, tandis qu'un jugement n'a d'effet qu'inter partes, la décision du tribunal s'impose à tous les intéressés qu'ils soient ou non affiliés au syndicat. Le refus d'exécution de la convention est puni d'emprisonnement et d'amende.

Suppression de la grève et du lock out

I- Le syndicat organe d'Etat chargé de faire la loi du métier et seul capable de passer la convention collective

La magistrature du travail

C'est un régime très intéressant à étudier de

Source : BIU Cujas

près. Il faut être exactement renseigné sur son fonctionnement. Une Revue publie en France tout ce qui concerne le fascisme et pourrait vous renseigner. C'est un régime contraire à notre conception de la liberté, mais c'est un régime qui peut se défendre et qui, comme expérience sociale, mérite d'être regardé de près. Voici comment les jurisconsultes italiens qui sont fascistes le justifient. Voici ce que dit Luigi Rossi (Recueil International du travail, Genève 1927, Notice préliminaire, p. 38 à 41 et V° Italie p; 236 à 248) : "les intérêts du travail ne peuvent recevoir une satisfaction suffisante que par l'action collective de tous ceux qui appartiennent à la même catégorie professionnelle. Cela est si vrai qu'auparavant cette action était exercée et cherchait à s'imposer même par la violence individuelle ou collective, c'est à dire par la grève. Cette action violente a maintenant fait place à l'action de l'autorité publique qui est par sa nature même l'organe qualifié pour concilier les intérêts opposés des diverses catégories sociales avec les intérêts supérieurs de la production".

Justification juridique de ce système dans la doctrine fasciste

Les explications que nous venons de donner au sujet de la convention collective nous permettent de répondre à la question que nous avions posée au début : la convention collective est elle un contrat ?

Cette question est résolue en sens divers suivant les pays, mais chez nous, dans l'état actuel de notre droit, nous devons répondre sans hésiter : Oui la convention collective est un contrat, et un contrat de pur droit privé, un contrat d'adhésion je le veux bien pour ceux qui font partie des groupements signataires, contrat d'adhéxion, car pour échapper à ce contrat il faut prendre parti très rapidement et ceux qui n'ont pas pris parti rapidement sont censés l'avoir accepté mais ce n'en est pas moins un contrat, car nous avons affirmé que les contrats d'adhésion avaient bien la nature contractuelle.

Caractère contractuel de la convention collective en droit français

La crise du contrat -

Pour certains auteurs le contrat et la loi feraient place au droit corporatif

On parle volontiers de crise du contrat. C'est assez naturel dans une période aussi bouleversée que celle que nous traversons, mais c'est tout de même une expression vague. Il faut se rendre compte de ce que l'on met sous ces mots. On peut trouver cette expression ou quelque chose d'approchant dans un ouvrage qui a été publié par un professeur de Montpellier, un civiliste, Gaston Morin " La loi et le contrat; la décadence de leur souveraineté" (Alcan). Morin n'a pas été le seul à prédire le déclin du contrat. Duguit, dans son oeuvre lui aussi a soutenu que, dans le droit moderne, le rôle du contrat

Source : BIU Cujas

diminue de jour en jour et que celui du statut se substitue à lui. Je ne vois pas ce qu'on met sous ce mot de statut. Ce qui m'inquiète dans le titre du livre de Gaston Morin, où des faits très précis sont relevés et cités à lappui de sa thèse, c'est qu'il estime que la loi elle même est en voie de décadence comme le contrat, de telle sorte que si le contrat et la loi devaient disparaitre de la société future, je ne vois pas bien ce qui y resterait et comment on réglerait les rapports de plus en plus compliqués qui se formaient entre les hommes.

L'idée qui se dégage de ce livre et l'idée défendue par Duguit est que le contrat et la loi feraient place à ce qu'ils appellent le droit corporatif.

Quand ils parlent de la décadence de la loi et du contrat, ces auteurs veulent signaler par là l'importance de plus en plus grande que prendrait ce qu'ils appellent le droit corporatif, le droit statutaire, c'est à dire le droit créé par les groupements d'individus, soit pour leurs rapports personnels, soit pour leurs rapports avec les tiers.

Ce prétendu droit corporatif n'est autre chose qu'un droit contractuel

Il me semble que mes explications précédentes suffisent à montrer que ce prétendu droit corporatif n'est autre chose qu'un droit contractuel. J'ai dit que la société et l'association sont des contrats, tandis que les auteurs dont le parle, Duguit notamment, extraient ces opérations du groupe contractuel, et naturellement les sociétés allant se développant tous les jours, les associations devenant de plus en plus nombreuses, il est facile de dire : vous voyez comme le contrat se resserre et comme le droit corporatif enfle. En réalité, ce prétendu droit corporatif est du droit contractuel; ce sont des conventions faites par des groupements au lieu d'être faites par des individus. Puis, ces auteurs ajoutent : ces groupements imposent des contrats types à ceux qui traitent avec eux. Les sociétés d'assurances imposent des contrats types. Les grandes associations anglaises de commerce imposent des contrats types qui valent pour le monde entier, pour le commerce du blé, de la farine, pour les matières premières. On achète dans un pays quelconque du monde, on est soumis à une charte, à une règle faite à Londres. C'est un contrat qui sera réglé d'avance et qu'on n'aura qu'à signer. Mais c'est toujours un contrat. Le contrat type dont le rôle se développe considérablement n'est pas autre chose qu'une convention, mais j'ai eu soin de montrer qu'un contrat d'adhésion n'en était pas moins un contrat. Donc ce qu'on appelle droit corporatif est à mon sens du droit contractuel. C'est pourquoi, bien loin d'admettre la conclusion de

Source : BIU Cujas

ces auteurs, je dirais beaucoup plus volontiers qu'au contraire le rôle du contrat se développe de jour en jour, et que le contrat est la trame de la vie économique actuelle. Je trouve beaucoup plus juste cette formule d'un philosophe mort depuis quelques années Alfred Fouillé, dans son livre sur la Science sociale; il n'était pas un juriste, et il parlait du contrat sans bien connaitre au fond ce qu'il était : "Historiquement il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus les sociétés modernes. Le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat qui finit par remplir les 9/10 de nos Codes et qui un jour y figurera du premier article jusqu'au dernier".

extension du rôle du contrat dans la vie économique actuelle

Il y a sans doute de l'exagération dans cette formule, mais elle contient quelque chose de vrai, c'est que le rôle du contrat loins de se réduire va se développant considérablement. Et cela se conçoit. L'accroissement du nombre des produits fabriqués, le développement des relations internationales, l'intensité du commerce international, ont amené un développement considérable des rapports contractuels. Cela revient à énoncer cette vérité élémentaire que les échanges sont beaucoup plus fréquents aujourd'hui qu'autrefois; Or, la fréquence des échanges a amené la naissance de beaucoup d'opérations juridiques qui toutes apparaissent sous la forme contractuelle. Songez à l'importance qu'ont prise les contrats d'assurances, les diverses sortes d'assurances dans la vie moderne. Songez aux contrats entre banquiers et particuliers : les dépôts de titres, les ouvertures de crédit, le crédit confirmé; les locations de coffres-forts, et bien d'autres contrats que l'on passe avec les banques. Songez au développement des opérations de Bourse, au développement de cette opération que l'on appelle la location vente, toutes opérations juridiques inconnues il y a quelques années : Songez enfin au foisonnement des sociétés de commerce et des associations !

On peut dire, me semble-t-il, que le rôle du contrat n'a jamais été aussi grand, aussi important qu'il l'est aujourd'hui.

Intervention croissante du législateur pour diminuer la liberté contractuelle

Mais, chose curieuse, à mesure que se développe ce rôle du contrat, à mesure qu'il grandit, à mesure aussi diminue la liberté laissée aux contractants, à mesure s'intensifie l'intervention du législateur dans le domaine contractuel Cette intervention se produit de deux façons : d'abord dans la réglementation du contrat puis aussi, le législateur s'ingère de plus en plus dans les contrats passés entre particuliers pour les modifier à son gré, pour les changer, pour les ra

Source : BIU Cujas

courcir, pour en supprimer certaines clauses. Il méconnait tous les jours ce que le Président Herriot appelait avec tant de vigueur dans son discours : le respect des contrats.

Restriction progressive du domaine de la liberté contractuelle. Tendance de la loi à devenir impérative en principe sauf exceptions formelles indiquées par elle

A l'époque du Code civil, la liberté contractuelle est plus étendue qu'elle ne l'est aujourd'hui. Peu nombreuses sont, dans le Code civil les lois impératives ou prohibitives dans le domaine du contrat.

Aujourd'hui, au contraire, dans la plupart des lois qui réglementent les contrats, ces dispositions prohibitives ou impératives tiennent une place prépondérante et le législateur réglemente les contrats modernes de telle façon qu'il laisse peu de liberté aux contractants, et qu'il interdit toutes les combinaisons qui peuvent être trop défavorables à la partie qui est économiquement la plus faible. Rappelons toute la réglementation du contrat de travail, et la loi du 13 Juillet 1930 relative aux contrats d'assurances. Contrairement au système adopté, qui consistait à énoncer quelles sont les dispositions impératives ou prohibitives, les lois précitées déclarent que toutes leurs dispositions ont ce caractère sauf celles contenues dans tel ou tel article. La conception se trouve donc renversée.

Cette réglementation impérative des contrats et en particulier des contrats qui rentrent dans la catégorie des contrats d'adhésion n'est pas critiquable elle est utile, elle est nécessaire même pour empêcher l'abus de la liberté.

L'ingérence de l'Etat dans les rapports contractuels pour les modifier; danger qu'elle présente au point de vue de la stabilité des contrats.

Ce n'est pas dans cette direction que l'on peut trouver ce que certains auteurs appellent la crise du contrat. Elle se rencontre dans une autre tendance du législateur moderne qui est beaucoup plus grave par ses conséquences et qui s'est manifestée depuis la fin de la guerre. Je fais allusion à l'ingérance de plus en plus grande, de plus en plus fréquente du législateur dans les rapports contractuels des particuliers, ingérance qui a pour objet de modifier la teneur des contrats telle qu'elle a été établie par les intéressés, de supprimer certains des effets du contrat, d'en étendre ou d'en restreindre la durée. Cette ingérence est redoutable par ses conséquences, parce qu'elle ébranle le principe de la stabilité des contrats, principe essentiel de notre organisation moderne; elle habitue l'individu à ne pas respecter la promesse qu'il a faite, à ne pas considérer comme quelque chose de sacré l'engagement qu'il a pris. Or depuis la guerre ces ingérences ont été nombreuses et elles s'annoncent comme devant être encore très fréquentes. La plupart sans doute s'expliquent par le

bouleversement économique qui a été provoqué par la guerre. Indiquons très brièvement, à titre d'exemple quelques unes des lois qui ont été votées depuis 1918 et quelques propositions de lois actuellement déposées sur le bureau des Chambres qui exagèrent encore l'esprit de cette législation. Tout d'abord, on peut répartir en trois catégories les lois auxquelles je fais allusion :

A - Lois consacrant l'intrusion du législateur dans le domaine contractuel.

I°- Les lois qui ont modifié les baux à loyer conclus avant ou depuis la guerre;

2°- Les lois qui ont appliqué à des contrats en cours la théorie de l'imprévision;

3°- La loi du 30 Juin 1926 dite loi sur la propriété commerciale.

Voyons rapidement en quoi ces lois ont modifié les contrats conclus au moment où elles étaient votées.

I - Lois concernant les baux à loyer

I - Les lois modifiant les contrats de baux à loyer conclus avant ou depuis la guerre se sont succédées sans interruption depuis la première qui remonte au 9 Mars 1918 jusqu'à celle du Ier Avril 1926 dite par euphémisme la loi définitive sur les loyers qui a été néanmoins modifiée par deux lois postérieures dont celle du 29 Juin 1929 sous l'empire de laquelle nous vivons encore.

On peut dire sans exagération que, depuis 1918, en ce qui concerne le contrat de louage des immeubles servant à l'habitation, propriétaires et locataires, bailleurs et preneurs vivent non plus sous un régime contractuel, sous le régime contractuel qu'ils avaient établi entre eux, mais sous le régime institué par ces lois.

Circonstances qui ont provoqué ces lois

Ces lois ont été provoquées par la pénurie des locaux d'habitation qui s'est produite dès la fin de la guerre et qui a eu pour cause d'une part l'afflue ce d'une partie de la population dans les villes, en particulier d'une partie des populations de l'est qui avaient fui devant les envahisseurs et de l'autr l'arrêt de la construction pendant toute la durée de la guerre et les années qui ont suivi, arrêt de la construction qui a raréfié le nombre des locaux à lo mis sur le marché.

Leur double objet

Ces lois, que les circonstances économiques ont dans une large mesure rendu nécessaires, ont eu un double objet :

I- Prorogations de jouissance accordées de plein droit aux locataires

En premier lieu elles ont établi des prorogati de jouissance, c'est à dire qu'elles ont donné aux l cataires le droit de prolonger leur séjour dans les lieux loués, au delà du temps convenu. La première l du 9 Mars 1918 a prorogé tout d'abord de deux ans to

Source : BIU Cujas

substitution du régime légal au régime contractuel

les baux et toutes les locations verbales en cours au mois d'Août 1914. Cette prorogation de deux ans qui était la règle a été augmentée d'abord pour les locaux à usage commercial, industriel ou professionnel, et ensuite pour ce qu'on appelait les petits logements, c'est-à-dire les logements occupés par de petites gens qui s'étaient trouvés privés de leurs ressources du fait de la mobilisation ou de la guerre.

La crise du logement, la rareté des locaux d'habitation ayant continué dans les années qui ont suivi la fin de la guerre, le législateur a été obligé d'accorder de nouvelles prorogations par la série de lois qui s'échelonnent de 1918 à cette loi actuelle du 1er Avril 1926 modifiée par la loi du 29 Juin 1929. Cette loi s'applique à tous les locaux d'habitation et aux locaux professionnels, à l'exception toutefois des immeubles construits depuis 1914 car on voulait pousser à la reprise de la construction qui était en effet la seule solution possible de la crise des loyers. Elle a continué le régime des prorogations. Elle a établi des prorogations des baux sous l'empire desquelles nous vivons encore en partie, prorogations dont la durée varie suivant le prix du bail au 1er Août 1914, et aussi suivant l'importance de la population des villes. Ces prorogations se sont échelonnées : pour les loyers les plus importants, elles se sont terminées au 1er Juillet 1930; pour les loyers un peu moins importants elles vont jusqu'au 1er Juillet 1935; pour ceux qui sont encore inférieurs, jusqu'au 1er Juillet 1939.

Elles ont lieu de plein droit, sans que les locataires aient besoin de les demander.

C'est donc le régime légal substitué au régime contractuel. Le propriétaire ne peut pas s'y soustraire, il ne peut refuser la prorogation et il est obligé de conserver chez lui les locataires, à moins que - c'est la seule limitation édictée par ces lois - il ne veuille occuper lui même les lieux loués, soit pour lui, soit pour son conjoint, ses ascendants ou descendants ou à moins qu'il ne veuille démolir l'immeuble.

2° Etablissement d'un moratoire et d'un prix maximum des loyers

Le second objet de ces lois a été d'établir des moratoires pour le paiement des loyers et de fixer un prix limite maximum que le propriétaire ne peut pas dépasser. La loi du 9 Mars 1918 la première, avait autorisé les locataires à demander des délais pour le paiement de leurs loyers. Elle dispensait même de tout paiement les locataires mobilisés qui n'avaient pu jouir pendant la durée de la mobilisation de leurs logements, et les petits locataires, y compris aussi les locataires de baux commerciaux. Ces premiers moratoires de 1918 ont pris fin 6 mois après la cessation des hos-

Source : BIU Cujas

tilités.

Pour éviter à ce moment là une hausse des loyers qui aurait pu se produire par suite du petit nombre des logements disponibles, la loi a créé ce qu'on a appelé le délit de spéculation illicite (Loi du 23 Octobre 1919) qui consistait de la part du propriétaire à provoquer ou à tenter de provoquer une hausse sur les loyers au delà des taux représentant l'augmentation des charges de la propriété bâtie et de la concurrence naturelle et libre du commerce.

Cette loi, comme toutes les lois sur la spéculation illicite n'a pas donné de grands résultats. Elle est devenue caduque parce qu'elle n'a pas été renouvelée le 28 Octobre 1922. Ce délit de spéculation illicite est donc un délit qui a disparu sans avoir produit grand effet.

Un autre procédé a été imaginé. Une loi du 29 Décembre 1923 a fixé le prix limite qu'un propriétaire peut exiger de ses locataires qui jouissent du bénéfice de la prorogation. Ce prix limite est aujourd'hui de 150% et de 175% sur les loyers de 1914 avec une majoration année par année de 15%. Donc les locataires qui jouissent des prorogations et qui sont restés dans les locaux loués après l'expiration de leurs baux, sont obligés de subir chaque année une augmentation de 15% avec les deux maximums que je viens de vous indiquer de 150 et de 175%, et même pour ceux qui ont cessé de jouir du bénéfice de la prorogation depuis 1932 ou qui cesseront d'en jouir en 1935, il y a encore une limite. Le propriétaire ne peut pas jusqu'en 1939 demander un loyer supérieur de 300% au loyer de 1914.

On voit que toute cette législation des loyers est une législation réglementaire des rapports des propriétaires et des locataires. Elle a remplacé le régime contractuel qui existait avant ou ne lui a laissé qu'une place des plus réduites.

II - Lois ayant fait application de la théorie de l'imprévision

II - Comme second groupe des lois qui se sont ingérées dans les effets des contrats il faut citer les lois qui ont appliqué la théorie de l'imprévision. On sait qu'on désigne sous ce nom une thèse en vertu de laquelle celui qui a fait un contrat peut en demander la révision ou la résoliation lorsque les modifications dans la situation économique qui se sont produites depuis la conclusion du contrat, sont telles qu'elles ont changé profondément les conditions mêmes de ce contrat et que le contractant ne pouvait pas les prévoir au jour où il a contracté, de telle sorte que son obligation est devenue pour lui beaucoup plus lourde, beaucoup plus onéreuse qu'il ne pouvait le supposer. D'après cette théorie, lorsque deux personnes contractent, elles

Source : BIU Cujas

sont censées admettre tacitement la fameuse clause rebus sic stantibus : on est censé contracter dans les conditions présentes et non pas dans les conditions à venir qui peuvent complètement troubler les rapports des parties.

On a fait beaucoup de bruit autour de cette théorie de l'imprévision depuis quelques années. Elle a été appliquée par le Conseil d'Etat aux concessions de services publics, et notamment aux concessionnaires de l'éclairage des villes dont les cahiers des charges se sont trouvés profondément modifiés par la hausse considérable du prix du charbon qui s'est produite après la guerre. Le Conseil d'Etat a admis que les modifications ainsi produites dans les conditions économiques autorisaient le concessionnaire à demander à la ville une modification de son cahier des charges et des conditions qui lui avaient été imposées (Pour comparer la jurisprudence administrative, cf. deux notes publiées au D. 1917, 2, 337 et 1927, 3, 17)

Refus par la Cour de Cas. d'admettre cette théorie; les arrêts en matière de baux à cheptel

Cette théorie de l'imprévision dont l'application peut se justifier en matière administrative par les rapports étroits qui unissent le concessionnaire et les services publics, n'a jamais été acceptée par la jurisprudence civile, et la Cour de Cassation respectueuse des textes du code, s'est toujours refusée à admettre qu'un débiteur pût se dégager du contrat qu'il avait signé en invoquant le poids imprévu que représentait pour lui l'exécution de ses obligations. Faisant application de l'article 1148 du Code civil aux termes duquel le débiteur est tenu d'exécuter son obligation, à moins qu'il ne justifie qu'il a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé par l'effet d'une force majeure, la Cour de Cassation a toujours soutenu qu'un débiteur n'est pas libéré par le fait que les circonstances économiques ont rendu son obligation beaucoup plus onéreuse qu'il ne pouvait le prévoir, et qu'il ne l'est que si les circonstances économiques ont mis un obstacle insurmontable à l'exécution de son obligation. Une application de cette théorie a été faite par la Cour de Cassation à la fameuse affaire des contrats de cheptel qui ont opposé en France les intérêts des propriétaires ruraux et des fermiers auxquels ils avaient confié des troupeaux (Cas. Civ. 6 Juin 1921, D. 1921? I. 73). Par suite de la hausse considérable du prix des bestiaux à l'opposé de ce qui se produit aujourd'hui, le propriétaire, qui avait confié à son fermier un cheptel évalué à telle somme représentant tant de bêtes voyait le fermier lui restituer à la sortie de ferme quelques animaux, moins de la moitié souvent du trou-

Source : BIU Cujas

peau, qui lui avait été confié, parce que ces quelque animaux représentaient la valeur du cheptel tout entier au moment de la conclusion du contrat. La jurisprudence a appliqué ici la règle de l'article II48 (Voir C. Civ. 6 Juin I92I, D.P. I92I. I. 73).

La loi de I9I8 sur la résolution pour cause d'imprévision des marchés à livrer passés avant la guerre.

Le législateur, lui, s'est montré moins rigoureu Il n'a pas fermé l'oreille aux doléances de ceux qui se plaignaient de voir leurs obligations aggravées par suite de la hausse des prix, et il a promulgué à cet effet plusieurs lois dont la première, la plus co nue, a été la loi du 2I Janvier I9I8 qui n'est plus e vigueur et qui a été dénommée du nom de celui qui l'a proposée au Parlement, la loi Palliot, loi relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux, conclus avant la guerre et qui comportent soit des livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives, ou seulement différées.

Cette loi a décidé que ces marchés et contrats pouvaient être résclus sur la demande de l'une des parties, s'il était établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractant entrainait des charges ou lui causait un préjudice dont l'importance dépassait de beaucoup les prévisions qui pourraient être raisonnablement faites à l'époque de la convention. Donc résiliation des contrats pour cause d'imprévision. Cette loi a pris fin il y a quelques années, c'était une loi de circonstance dont l'effet s'est terminé rapidement.

Lois sur la révision des baux à loyer

On peut encore citer dans le même ordre d'idées l lois qui ont permis la révision des baux d'immeubles par suite de la dépréciation du franc. La première a été une loi du 6 Juillet I925 favorable, à la différence de toute la législation sur les loyers, aux bailleurs. Elle a autorisé les bailleurs qui avaient consenti des baux à loyer de toute nature, habitation, profession, commerce, industrie, antérieurement au 24 Octobre I9I9, pour plus de 9 ans, à demander une majoration du taux des loyers, majoration correspondant à la dépréciation qu'a subie le franc dans les années qui ont suivi la guerre.

Quelques années après est intervenue une loi analogue concernant les baux à ferme. Beaucoup de fermiers jouissaient de fermages très peu élevés qui étaient loi de correspondre à la valeur de leur ferme par suite de la dépréciation de la monnaie. La loi du 9 Juin I927 elle aussi, faite en faveur des bailleurs, a autorité une révision analogue en ce qui concerne les baux à ferme avec cette différence qu'elle vise les baux ayant pris cours ou conclus avant le Ier Janvier I924, et que la majoration ne peut excéder 20% de la valeur locative en I9I4.

Source : BIU Cujas

II - Loi de 926 sur la pro riété commer- ciale

Quelques mots en ce qui concerne la troisième sorte de loi qui manifeste l'ingérence du législateur dans les rapports contractuels, la loi du 30 Juin I926 dite : loi sur la propriété commerciale, terme inexact du reste, mais qui a été inventé par les commerçants, pour donner plus d'éclat à leur réclamation.

La loi du 30 Juin I926 est relative au renouvellement des baux à loyer des locaux à usage commercial ou industriel dans lesquels un commerçant exploite depuis plus de 2 ans un fonds de commerce ou une industrie. Les circonstances avaient démontré que le commerçant qui exploite avec profit son fonds dans un local déterminé, ajoute par là même à la valeur des locaux qu'il occupe et l'expérience a prouvé que, dans certains cas, le propriétaire abusant de ce que le commerçant locataire faisait de bonnes affaires, lui imposait un renouvellement de bail à un prix excessif, ou bien refusait de renouveler le bail pour louer à un autre commerçant dans des conditions beaucoup plus avantageuses pour lui bailleur. On reprochait donc au propriétaire de tirer profit de cette espèce de plus value, qu'on appelait la propriété commerciale, que le commerçant peut donner au local dans lequel il exerce son commerce. La loi de I926 qui, depuis le moment où elle a été promulguée, n'a pas cessé d'être l'objet de propositions de modifications, et fait actuellement encore l'objet des délibérations du Parlement, a créé pour le commerçant le droit de profiter de cette plus value.

Obligation pour le propriétaire s'il ne renouvelle pas le bail commercial de payer au locataire des dommages intérêts

Voici en quoi consiste ce droit : Ce n'est pas, comme l'ont dit les commerçants, un droit de propriété sur le local loué, mais le commerçant peut demander à la fin de son bail le renouvellement de celui-ci. Le propriétaire n'est pas du reste tenu d'y consentir; seulement s'il n'y consent pas, il s'expose à payer une indemnité qui est alors fixée par le Tribunal et les tribunaux ont souvent condamné les propriétaires à des indemnités fort importantes.

Que si le propriétaire consent au renouvellement du bail, mais s'il n'y a pas accord sur les conditions des arbitres fixent la durée du bail qui ne peut être supérieure à 9 ans, et en déterminent le prix. Ici encore la liberté contractuelle est supprimée et remplacée par le régime établi par le législateur.

Il ne semble pas du reste que cette loi ait donné de bien bons résultats; les commerçants demandent qu'on augmente la faveur qu'elle leur accorde, mais les Chambres ne se mettent pas d'accord et le Sénat et la Chambre des Députés discutent encore. A notre connaissance ces dispositions n'existent qu'en France; aucune

Source : BIU Cujas

législation étrangère, sauf peut être l'Angleterre, ne les a adoptées. En France les commerçants ont été très habiles, ils ont fait beaucoup de bruit autour de la réforme; ils ont trouvé un mot qui a fait impression "la propriété commerciale"! Ils ont fini par y intéresser le Parlement, Mais aussi on voit aujourd'hui pousser, à côté de la propriété commerciale, la propriété culturale. Les fermiers réclament à leur tour un régime analogue, parce que disent ils ils enrichissent la terre par leur travail. Ainsi s'étend la tache d'huile qui recouvre peu à peu la notion de contrat.

B - Propositions de loi inspirées du même esprit contraire au respect des contrats.

A côté de ces lois, il faut indiquer les propositions de lois qui continuent dans cette voie, car il semble qu'on ne soit pas près de s'arrêter et le principe du respect du contrat est de plus en plus ébranlé aujourd'hui.

Révision des baux à ferme à raison de la crise agricole

La première est une proposition de loi actuellement discutée devant le Sénat après avoir passé par la Chambre, et qui tend à autoriser la révision ou la résiliation des baux à ferme, non plus cette fois dans l'intérêt des propriétaires comme en 1927, mais dans l'intérêt des fermiers. La situation est donc retournée. Il est arrivé en effet, qu'à la suite de la guerre, l'agriculture a traversé une période de prospérité incontestable et dont les propriétaires ont profité pour augmenter le prix des baux à ferme. Il y a eu une véritable spéculation sur le prix des baux à ferme. On citait dernièrement au Sénat le cas d'une ferme louée 7200 francs en 1906, mise en adjudication en 1929 à 50.000 francs et adjugée 140.000 francs. D'autres exemples ont été donnés de fermiers imprudents, imprévoyants qui croyant, comme on est toujours tenté de la croire que les belles années ne finiraient jamais, que les bénéfices iraient en grandissant, ont payé des fermes à des prix bien supérieurs, au profit qu'ils en peuvent tirer, de telle sorte qu'ils sont aujourd'hui incapables de verser les fermages qu'ils ont promis; un grand nombre de fermes parait il sont aujourd'hui abandonnées. Le fermier s'en va parce qu'il ne peut plus payer parce qu'il ne peut plus vivre sur la ferme. Un article paru dans le Temps déclarait récemment qu'"il n'est pas contestable que l'abandon des fermes en s'étendant devient une calamité". On en a relevé un grand nombre à la Tribune du Sénat notamment dans l'arrondissement de Gien. De telle sorte que les baux à ferme imposés par les bailleurs à leurs fermiers ne leur profitent pas, puisque le fermier quitte la ferme et préfère se retirer plutôt que de continuer à travailler à perte. Naturellement une aussi grave question qui touche à l'avenir de l'agriculture française, intéresse le Par-

Source : BIU Cujas

lement; on cherche à résoudre la difficulté et c'est ainsi qu'une proposition de loi a été déposée, tendant à permettre la résiliation des contrats des baux à ferme conclus jusqu'à une certaine date, sur laquelle on ne s'accorde pas. On avait commencé par prendre le I5 Novembre I93I, on voudrait aujourd'hui aller jusqu'au Ier Juillet I932, c'est-à-dire à un moment où la crise agricole sévissait dans toute son intensité et où les fermiers qui faisaient des baux dans ces conditions étaient de véritables imprudents, des gens n'ayant aucune idée de ce que valaient les choses.

C'est un premier exemple, un premier essai, on va annuler les baux en permettant aux intéressés de demander la résiliation des baux passés jusqu'à une date déterminée, comme étant peut on dire, lésionnaires pour les fermiers.

Propositions de loi concernant le recul des échéances des billets de fonds et la révision des prix de vente des fonds de commerce.

Une autre proposition du même genre est une proposition de loi qui tend à fractionner et à reculer les échéances concernant ce qu'on appelle les billets de fonds, c'est à dire les billets de vente des fonds de commerce. Le commerçant qui achète un fonds ne le paye pas comptant. Il signe des billets à son vendeur. Avec la crise, il devient incapable de les payer et il demande un moratoire. Les commerçants demandent qu'on fractionne ces billets, qu'on en recule l'échéance

Une troisième proposition, qui touche à la précédente, demande que le législateur révise le prix de vente des fonds de commerce.

C'est encore très grave car c'est une atteinte au respect des contrats. La Gazette du Palais a publié une protestation de la Compagnie des Administrateurs et liquidateurs amiables de Sociétés de Paris, qui s'élève avec force contre cette proposition : "Considérant dit elle que dans le but de remédier à la crise économique dont ils souffrent, de nombreux groupements de commerçants réclament avec insistance des Pouvoirs publics : I°, un moratoire des billets de fonds de commerce, 2° le vote d'une loi organisant une procédure de révision du prix de vente des fonds de commerce .....;

" Considérant que ces mesures en apparence séduisantes, ne pourraient en réalité que produire un effet contraire à celui qui est recherché, que loin d'y remédier elles aggraveraient sans aucun doute, le désordre et le trouble des affaires;

" Considérant en effet qu'un moratoire des billets de fonds de commerce porterait une atteinte irrémédiable au crédit qui est à la base du commerce et de l'industrie, que les répercussions en seraient dé-

Source : BIU Cujas

sastreuses; qu'en raison du développement intense qu'ont pris depuis quelques années les transactions commerciales, il y a en circulation une quantité considérable de billets de fonds de commerce; que le moratoire empêcherait les porteurs de ces billets de faire face à leurs échéances, que les créanciers pourraient eux-mêmes se trouver défaillants et entrainer d'autres commerçants dans leur ruine, et qu'on aboutirait ainsi rapidement à une paralysie complète des affaires qui serait mortelle pour l'économie du pays.

"Considérant que l'institution d'une action en révision du prix de vente présenterait également les plus sérieux inconvénients, que le principe en est anti-juridique, qu'il est inexact de vouloir rapprocher cette action de l'action en révision prévue en matière immobilière,

" Considérant que des difficultés insurmontables se présenteraient pour l'estimation du prix qui ne peut être apprécié qu'à l'époque de la vente et non à l'époque de la révision .....", cette Compagnie s'lève contre ces deux propositions de loi.

Proposition tendant à permettre à un locataire de modifier le genre de commerce exploité dans les lieux loués.

Enfin, une dernière proposition montre la tendance actuelle du législateur. Elle tend à autoriser les locataires à exercer dans les lieux loués un commerce autre que celui pour lequel on leur a loué les lieux. Un bailleur loue des locaux à un commerçant en stipulant qu'il y exercera tel commerce déterminé. Le commerce ne va pas bien et le locataire désire exercer un commerce différent. La proposition de loi tend à lui permettre de changer le commerce pour lequel les locaux ont été loués.

L'ébranlement de la force obligatoire des contrats et l'abaissement de la moralité publique

Toutes ces lois et propositions portent gravement atteinte à la moralité publique. Elles ébranlent la stabilité des contrats. Elles méconnaissent la force le respect de la parole donnée. On en reviendra dans cette voie au contrat chiffon de papier. Plaisamment dans un article Clément Vautel disait qu'aujourd'hui la Société souffre d'une grand maladie : la maladie de l'"amoralité galopante". L'expression est très vra il y a une baisse de la moralité, ce n'est pas douteu Le Président Herriot, dans le très beau et très courageux discours qu'il a prononcé devant la Chambre des Députés, l'a dit à diverses reprises : "Le désordre m tériel qui a succédé à la guerre, le chaos économique qui a bouleversé les anciennes vérités, qui jette les peuples les uns contre les autres, et dont nous ne savons pas comment il se terminera, ce chaos, vous save bien qu'il a gagné l'ordre moral. Vous savez bien que ce désordre a pénétré dans les consciences. Il y a pa tout un effort pour s'évader de la loi internationale

Source : BIU Cujas

de la loi nationale. Vous savez qu'en ce moment la limite entre le respect de la créance privée et le respect de la créance publique est franchie." Et il a ajouté : "et moi, qui ai voté contre les accords et contre le moratoire Hoover, après avoir parlé contre lui, je vous dis qu'il faut que ce soit l'honneur de la France de défendre les lois éternelles de la morale politique".

Ce n'est pas ici le lieu de parler du vote qu'a émis la Chambre. Je le regrette pour ma part, car il n'est pas de nature à relever ce respect des contrats qui est une des bases de notre droit social.

Source : BIU Cujas

PREMIERE PARTIE

L A L I B E R T E C O N T R A C T U E L L E

Cette première partie sera divisée en trois sections :

Section I : Le principe, son origine; les codes actuels; critique et justification du principe de la liberté contractuelle.

Section II : La théorie dite de l'autonomie de la volonté. Distinction qu'il faut faire entre la liberté contractuelle et la théorie de l'autonomie de la volonté.

Section III : Des limites de la liberté contractuelle.

Section I

Le principe de la liberté contractuelle

Son origine - Sa justification.

Textes consacrant expressément ou implicitement le principe

Le principe de la liberté contractuelle se trouve énoncé dans la constitution du 3 Septembre 1791 qui est précédée d'une Déclaration des Droits de l'Homme, Déclaration dont l'article 5 est ainsi conçu : "Tout ce qui n'est pas défendu est permis. La loi réputé licite tout ce qu'elle ne défend pas".

Ce principe que la Constituante a inséré ainsi dans la Déclaration des Droits de l'homme n'a pas été expressément reproduit par le Code civil. Néanmoins on y trouve plusieurs articles qui s'en inspirent. C'est d'abord l'article 6 qui, peut-on dire, est la réplique indirecte de ce principe : "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs" d'où il

Source : BIU Cujas

résulte par a contrario qu'on peut déroger aux lois qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes moeurs, si bien que l'article 6 suppose le principe de la liberté contractuelle. Nous le trouvons d'autre part énoncé dans le Code civil au titre du contrat de mariage. Article I387 du code civil : "La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs".

L'article I387 est spécial aux conventions matrimoniales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. Ils peuvent donc régler en pleine liberté les conditions du régime des biens sous lequel ils vont vivre, pourvu qu'ils ne fassent rien de contraire aux bonnes moeurs, qu'ils n'édictent aucune stipulation contraire aux prohibitions qu'énoncent les articles suivants.

Dans la matière des conventions, il n'y a pas à proprement parler de texte qui corresponde à l'article I387; mais il y a un article que l'on considère ordinairement comme énonçant, proclamant le principe de la liberté contractuelle. C'est l'article II34 alinéa I qui est ainsi rédigé : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", et tous les auteurs qui énoncent le principe de la liberté contractuelle citent l'article II34 comme le consacrant, ce qui au fond n'est pas exact. En effet que dit ce texte ? Que les conventions légalement formées (c'est à dire faites conformément à la loi) tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Or cela signifie qu'elles lient les contractants, que le contrat est une véritable loi qu'ils sont obligés de respecter et d'exécuter. C'est donc la force obligatoire du contrat qui est exprimée par ce texte et non pas le principe de la liberté contractuelle.

Néanmoins, ce principe ne saurait être mis en doute et il n'est pas douteux qu'il domine le droit des contrats.

Les codes modernes n'en font pas tous mention

Tous les codes modernes n'énoncent pas expressément ce principe. On ne le rencontre, ni dans le Code civil allemand, ni dans le Code civil brésilien. Au contraire, il se trouve dans le code civil suisse, livre V, Des Obligations, article I9, qui est ainsi rédigé : "L'objet d'un contrat peut être librement déterminé dans les limites de la loi. La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, une règle impérative, ou qu'une dérogation à son texte serait contraire aux moeurs à l'ordre public ou au droit attaché à la personnalité"

Source : BIU Cujas

Voilà bien la formulation du principe de la liberté contractuelle.

Existence certaine du principe

Qu'il soit énoncé dans un code ou qu'il ne le soit pas cela n'a pas d'importance, parce que toutes les législations actuelles reconnaissent l'existence, la force de ce principe, et celles qui ne l'énoncent pas le tiennent pour sous entendu. Donc c'est un principe certain, incontestable, en lui-même indiscuté malgré les critiques qu'on a pu diriger contre lui au cours de ces dernières années, et on ne comprendrait pas la non existence dans l'état actuel de notre droit Comme l'a dit Ihering dans son "Esprit du droit romain" "Tout ce que veulent les individus doit être permis, sauf si l'ordre public et les bonnes moeurs s'y opposent. Jamais il ne faut repousser une opération juridique uniquement parce qu'elle est contraire aux principes". Et en effet, le rôle du droit n'est pas de gêner l'activité des individus, de l'entraver, mais de la diriger."

Portée du principe Liberté pour les particuliers de passer entre eux toute espèce de contrat.

C'est donc un principe certain. Voici comment on peut le formuler : les particuliers peuvent former entre eux toutes les espèces de contrats, de conventions qu'ils jugent utiles de faire pour la satisfaction de leurs intérêts propres, de leurs besoins. Que ces contrats soient ou non prévus par la loi, peu importe. Les parties sont libres de faire toute espèce de contrat qui convient à l'opération juridique qu'elles veulent conclure. D'autre part, elles peuvent régler comme elles l'entendent, à leur guise, suivant leurs besoins, suivant leur intérêt, les conditions, les modalités, les effets des contrats qu'elles concluent. Elles ne sont pas obligées en principe de se conformer à la réglementation édictée par le législateur quand il s'agit d'un contrat prévu par la loi. A fortiori elles sont libres quand il s'agit pour elles de faire un contrat qui n'a pas été prévu par la loi. Mais il faut tout de suite ajouter la restriction nécessaire : la liberté contractuelle n'est pas illimitée.

Limites apportées à ce principe.

La loi, tout d'abord, interdit certains contrats contenant certaines clauses. Elle déclare alors que telle clause n'est pas licite. D'autre part elle édicte certaines règles, certaines prescriptions, auxquelles les particuliers sont en conséquence obligés de se conformer. Ces dispositions sont dites impératives ou prohibitives; elles s'imposent à la volonté des contractants, elles la dominent et il ne leur est pas permis de s'y soustraire. Bien plus, et il s'agit ici d'une limitation plus large, plus complète, les particuliers ne peuvent pas faire un contrat ou insérer dans leur contrat une clause qui, alors même qu'elle ne

Source : BIU Cujas

serait pas interdite par la loi, serait jugée contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

Possibilité pour les parties de déroger aux règles interprétatives ou supplétives posées par le Code à propos d'un contrat déterminé. Ex : à propos de la vente.

Pour éclairer ces formules, prenons le plus usuel des contrats, le contrat de vente, longuement réglementé par les articles I522 à I70I du Code civil. Toute cette réglementation établie dans le Code civil pour la vente n'est pas obligatoire pour ceux qui font un contrat de vente. Les contractants peuvent écarter la plupart des prescriptions qui s'y trouvent énoncées, et y substituer d'autres clauses. Le Code civil le dit expressément à diverses reprises, et là où il ne le dit pas la règle est que ses dispositions peuvent être écartées par les contractants. Ainsi, en ce qui concerne l'une des principales obligations du vendeur, l'obligation de garantir l'acheteur contre l'éviction ou les vices de la chose, l'article I627 dit expressément : "Les parties peuvent par des conventions particulières ajouter à l'obligation de garantie, ou en diminuer l'effet. Elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie". Elles peuvent donc dispenser le vendeur de l'obligation de garantie qui est réglementée par le Code Autre exemple d'une dérogation aux règles du Code civil, qui se rencontre souvent dans la pratique. Les articles I6I7 et I6I8 visent le cas où la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure. Cet article décide que le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur la quantité indiquée sur contrat. L'article I6I8, prévoyant le cas où une contenance plus grande que celle indiquée au contrat se trouverait en fait, déclare que l'acquéreur a le choix entre payer un supplément du prix ou se désister du contrat, si l'excédent est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée. Dans les actes de vente passés devant Notaire, une clause de style décide que l'acheteur ne devra pas de supplément de prix, même si la contenance déclarée excède I/20. Ainsi les contractants qui font un contrat de vente peuvent déroger à la plupart des règles qui sont énoncées par le Code civil dans les articles relatifs à la vente, et pour exprimer cette faculté des contractants on dit que ces dispositions de la loi sont supplétives, c'est à dire qu'elles ont pour objet de suppléer la volonté des parties, lorsque celles ci ne l'ont pas exprimée. Ces dispositions sont édictées à titre de règles types, pour le cas où les contractants ne jugent pas nécessaire d'y déroger. En pratique, dans bien des cas, les contractants se réfèrent purement et simplement aux règles dans le code, pour cette bonne raison que ces règles sont fondées sur une longue, une an-

Source : BIU Cujas

cienne tradition, qu'elles représentent la pratique suivie au cours des siècles et l'on pourrait dire la sagesse du droit, la sagesse des règles suivies par les contractants. Mais ces dispositions ne s'imposent pas au respect des parties; elles sont simplement supplétives.

Interdiction pour les parties de déroger aux règles impératives posées pour un contrat déterminé. Ex : à propos de la vente

Toutefois toutes les règles du code, relatives à la réglementation de la vente, n'ont pas ce caractère et nombre d'entre elles à la différence des précédentes, sont impératives ou prohibitives, c'est à dire qu'on ne peut pas y déroger.

Ainsi, le Code civil commence par nous dire que la vente est un contrat dans lequel il y a un prix; il n'y a pas de vente sans prix. Si donc, dans un contrat de vente, il n'y a pas de prix fixé, ou si le prix est tellement infime qu'il ne compte pas, si comme l'on dit c'est un prix vil, il n'y a pas de vente; le contrat n'existe pas comme vente. De même l'article 1674 décide que si le vendeur d'un immeuble est lésé de plus des 7/12 de la valeur de cet immeuble, il peut demander la rescision de la vente pour cause de lésion. C'est un des cas exceptionnels dans lesquels le Code civil admet l'existence de la lésion entre majeurs. C'est en vain que dans un contrat il serait stipulé que le vendeur ne pourrait pas demander la rescision de la vente pour cause de lésion de plus des 7/12. Il s'agit ici d'une règle protectrice du vendeur, règle impérative au bénéfice de laquelle il ne peut pas renoncer.

De même encore le contrat de vente suppose que les deux parties sont capables d'aliéner. Si donc l'une des parties est incapable d'aliéner, le contrat de vente est nul, quand bien même le contraire aurait été dit dans le contrat.

Autre exemple encore : le code civil défend la vente de certaines choses, qui ne sont pas dans le commerce; la loi a interdit la vente à tempérament des valeurs à lots, la vente d'une succession non ouverte, la vente de certaines choses dont l'Etat se réserve le monopole, la poudre, le tabac. Les ventes de ce genre sont nulles et les particuliers ne peuvent pas les conclure valablement. Ils sont obligés de s'incliner devant ces prohibitions.

Enfin, un vendeur ne pourrait pas stipuler dans un contrat de vente que, nonobstant la résiliation du contrat, il garderait le prix.

Ces exemples suffisent à montrer qu'il y a dans la réglementation du Code civil un certain nombre de règles qui sont impératives ou prohibitives.

Donc, le principe de la liberté des contrats pos

Source : BIU Cujas

Distinction des lois impératives et des lois supplétives

tule qu'il y a dans la réglementation légale deux sortes de dispositions: I-les dispositions supplétives, ce sont les plus nombreuses, au moins dans le Code civil car dans les lois récentes, la plupart des dispositions sont impératives, 2- les dispositions impératives ou prohibitives.

Qu'une loi ait un caractère supplétif, cela parait d'abord singulier et il y a des auteurs modernes des publicistes surtout, qui ont dit que ce n'était pas possible. Une loi ne peut pas être facultative ou supplétive. L'essence de la loi c'est d'être obligatoire. L'essence de la loi est d'être sanctionnée : la violation, la non observation de la loi emporte une sanction. Le trait caractéristique d'une loi est de s'imposer au respect des individus. Ces auteurs ont donc soutenu qu'il n'y a pas de lois supplétives. Parler ainsi, c'est fermer les yeux à la vérité; c'est une chose qui ne peut pas être contestée. Il y a des dispositions de la loi auxquelles nous avons le droit de ne pas nous conformer, mais il y en a d'autres devant lesquelles nous sommes obligés de nous incliner.

Les premières sont des lois supplétives. L'expression supplétive parait du reste préférable, car ces lois sont destinées à suppléer au silence des parties. Il n'est pas exact de dire qu'une loi supplétive n'est pas une vraie loi. Elle est obligatoire comme les lois impératives en ce sens que si les contractants n'en écartent pas l'application c'est elle, qui va régler leurs rapports. Seulement c'est une catégorie spéciale de lois à laquelle nous ne sommes pas obligés de nous spumettre. Je peux réglementer autrement mon contrat, et le principe de la liberté contractuelle qui existe dans toutes les législations exige qu'il en soit ainsi. Voilà donc ce qu'est le principe de la liberté contractuelle.

Confusion à éviter contre le principe de la liberté contractuelle et celui de la consensualité des contrats en droit canonique

Quelle en est l'origine historique .

C'est un point qu'on n'a jamais tiré au clair. On dit volontiers qu'il a sa source dans le droit canonique, mais je m'imagine que quand on emploie cette formule on fait une confusion entre le principe de la liberté contractuelle et le principe de la consensualité, principe en vertu duquel les contrats ne sont pas soumis à une forme déterminée. Ce en quoi le droit canonique a innové, c'est en posant cette règle nouvelle que le seul consentement lie les parties : solus sonsensus obligat. Certes c'est une règle fort importante, mais il ne faut pas confondre cette règle avec le principe de la liberté contractuelle. Et de même qu'on dit que le principe de la liberté contractuelle vient du droit canonique, on ajoute ordinairement qu'il

Possibilité d'admettre en droit romain, malgré le formalisme, le principe de la liberté contractuelle.

était inconnu du droit romain. Or, sans discuter à fond cette prétention, on ne trouve cependant aucune disposition dans les lois romaines qui la justifie. Sans doute, le droit romain n'admettait pas qu'un contrat pût naître du simple accord de colontés, comme l'a fait le droit canonique, et la vieille règle romaine ex nudo pacto actio non nascitur - le pacte nu ne peut pas engendrer une action - la simple convention, le simple accord de deux volontés ne lie pas les parties, est restée toujours en vigueur; même au Bas-Empire, c'est encore la règle dominante. Le droit romain était un droit formaliste; les contrats en droit romain étaient en principe solennels. Mais ceci admis, il n'en résulte pas que la liberté contractuelle n'existait pas. Il semble bien qu'en se pliant aux exigences du formalisme, les contractants pouvaient faire toute espèce de contrats et, en particulier au moyen de la stipulation qui à l'époque du Bas Empire était devenue une simple formule insérée dans les actes, toute espèce de contrat, si bien que le formalisme, s'il gênait la liberté contractuelle, ne le paralysait pas, ne l'empêchait pas. Il me paraît donc excessif de soutenir qu'en droit romain le principe de la liberté contractuelle était inconnu. Il semble bien que les Romains aient admis que sous les conditions prescrites par la loi, on pouvait faire toutes espèces de contrats qu'il n'y avait pas de contrats interdits sauf ceux contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. On lit dans les Sentences de Paul, livre I, § 4 : neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus : nous ne pouvons faire de conventions ni contre les lois ni contre les bonnes moeurs. C'est ce que dit notre article 6 du Code civil. On ne peut faire de contrats qui soient contraires à la loi ou aux bonnes moeurs. On peut conclure, de cette citation de Paul qu'on pouvait faire toute espèce de conventions pourvu qu'elles ne fussent pas contraires à la loi ou aux bonnes moeurs.

La liberté contractuelle chez nos anciens auteurs coutumiers et le développement du principe chez leurs successeurs.

Quoiqu'il en soit de son origine historique, nous trouvons le principe de la liberté contractuelle formulé pour la première fois par Beaumanoir, au XIII° siècle, dans sa coutume de Beauvoisie, Ed. Salmon T. II § 2, en ces termes : Toutes convenances (nous dirions, toutes conventions) sont à tenir (sont à respecter) et pour ce dit on, convenance vainct loi. La convenance est plus forte que la loi. Et Pierre des Fontaines dans son Conseil à un ami, titre I5 n° I, dit : Bien doit-on garder convenance (bien doit-on observer ce dont on est convenu).

Au surplus Beaumanoir après avoir posé la règle

Source : BIU Cujas

de la liberté contractuelle avait soin d'en limiter les effets, et Loisel qui répète la formule de Beaumanoir dans ses Institutes coutumières, Ière ed; I607 (édition Dupin, tome I, 358) la commente ainsi qu'il suit : "C'est un principe certain qu'on ne peut point déroger aux lois par des conventions particulières, mais quand les lois ont été faites pour suppléer des conventions omises dans les contrats (voilà le caractère de la loi supplétive) on y peut déroger par des conventions contraires et dans ce cas, il est vrai de dire : convenance vainct loi". Voilà bien le principe formulé par Beaumanoir, expliqué, limité. Convenance vainct loi, c'est à dire que la convention peut déroger à certaines lois, mais pas aux lois impératives. Un autre auteur postérieur à Loisel, le Président Bouhier dans ses observations sur la coutume de Bourgogne, s'exprime ainsi : (T. I ch. I2I p. 590) : "C'est une règle des plus triviales que nos anciens praticiens ont tirée des lois mêmes que convenance vainct loi. Non que la disposition de l'homme soit plus noble que celle de la loi comme le veut un habile homme (il fait allusion à une opinion du jurisconsulte Froland qui avait soutenu que la convention de l'homme valait mieux que la loi, mais c'est que la loi laisse à l'homme cette liberté dans tous les cas où il n'y a pas de justes raisons pour le gêner".

On ne peut pas exprimer avec plus de simplicité et de bon sens la raison d'être du principe de la liberté contractuelle.

De même Domat reproduit ce principe dans son Traité des lois civiles. Domat a été le premier constructeur de notre droit civil français et alors que jusque là on suivait à peu près l'ordre du Digeste, Domat a édifié un système juridique du droit français. Traité des lois, Chap. 5 n° 9, à propos de la liberté des conventions : "Les engagements volontaires entre particuliers devant être proportionnés aux différents besoins qui leur en rendent l'usage nécessaire, il est libre à toutes personnes capables d'engagements de se lier par toutes sortes de conventions, comme bon leur semble et de les diversifier selon les différences des affaires de toute nature et selon la diversité infinie des combinaisons que font dans les affaires les conjonctures et les circonstances, pourvu seulement que la convention n'ait rien de contraire à la règle qui suit, que tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société". (Domat ne dit pas l'ordre public, le mot n'était pas encore employé) "et que ceux qui le blessent sont illicites et punissables selon qu'ils s'y sont opposés"

Source : BIU Cujas

On voit comment dans notre ancien droit le principe de la liberté des conventions formulé tout d'abord par Beaumanoir dans ces termes si précis, si abstraits "convenance vainct loi" s'est élargi, et a été expliqué par ses successeurs. Pothier, lui, qui est un praticien plus occupé de l'effet de l'application des lois que de leur construction juridique, ne dit rien dans son grand Traité sur le principe de la liberté des conventions. Cependant il en parle dans son introduction à la Coutume d'Orléans, mais seulement à propos du contrat de mariage. "Régulièrement dit il toutes conventions sont permises dans un contrat de mariage ....."

En effet le principe de la liberté des contractants a été étendu aux conventions matrimoniales : pendant longtemps les époux qui se mariaient étaient obligés d'adopter le régime institué par lescoutumes, dans le Nord de la France la communauté de biens, dans le sud, le régime dotal hérité du droit romain. La liberté contractuelle ici, n'est apparue qu'au XVI° siècle, sous l'empire de l'idée de la liberté des contrats. On a admis que les époux qui se mariaient étaie libres de faire comme ils le voulaient leurs conventions de mariage. Ils pouvaient modifier dans les pays du Nord, les règles de la communauté de droit commun et même se marier sans faire de communauté, exclure la communauté, et admettre un régime sans communauté ou un régime de séparation de biens.

Voilà donc d'où vient le principe de la liberté contractuelle. Nous avons vu comment il a été formulé par nos anciens auteurs. Erroné dans la déclaration des droits de l'Homme, 'il a passé de là dans notre code civil.

Section II - Le principe de la liberté contractuelle et la théorie dite de l'autonomie de la volonté -

Nécessité de bien distinguer le principe de la liberté contractuelle et la théorie de l'autonomie de la volonté malgré leur synonymie apparente.

Bien souvent on confond cette théorie de l'autonomie de la volonté avec la règle de la liberté contractuelle. Couramment on emploie les deux expressions comme synonymes. Synonymes, elles le sont en effet si on prend les mots dans leur véritable sens. Que signifie le mot : autonomie de la volonté ? Autonomie provient de deux mots grecs. Etymologiquement c'était le droit que les Romains avaient laissé à certaines ville grecques de se gouverner par leurs propres lois. L'expression : autonomie de la volonté signifie donc bien le droit pour les particuliers de créer leur loi, de la faire comme ils la veulent, comme ils l'entendent.

Source : BIU Cujas

Quand à la place de liberté contractuelle on dit autonomie de la volonté on ne commet pas d'erreur. Néanmoins il faut éviter d'employer la seconde expression pour la première et de parler au lieu de liberté contractuelle d'autonomie de la volonté, parce qu'il y a une théorie de l'autonomie de la volonté qui a eu son origine dans le droit international privé, qui de là au XIX° siècle a passé dans le Code civil et qui, par son exagération, a soulevé de justes critiques, que les adversaires du principe de la liberté contractuelle ont dirigées contre celui-ci.

L'expression d'autonomie de la volonté doit donc être à mon avis rejetée ou du moins séparée de l'expression de liberté contractuelle, car autant le principe de la liberté contractuelle est justifié, bien fondé, autant la théorie de l'autonomie de la volonté prête le flanc à la critique.

La théorie de l'autonomie de la volonté chez Dumoulin et son emploi pour résoudre les conflits de coutumes en matière de régimes matrimoniaux

La théorie connue sous le nom d'autonomie de la volonté a été imaginée par les auteurs qui étudient le droit international privé en vue de régler les conflits de lois qui peuvent naitre à la suite de la conclusion de contrats passés entre individus de nationalité différente, ou passés par des individus hors du territoire de l'Etat dont ils sont les sujets. En bref, elle décide que lorsque deux personnes passent un contrat auquel plusieurs lois peuvent être applicables, elles ont le droit de choisir la loi qui réglera les effets de ce contrat, et même d'écarter certaines règles impératives de leurs lois personnelles. Leur volonté est donc souveraine pour déterminer la loi qui sera applicable à leur contrat.

On est d'accord pour reconnaître que l'origine de cette conception remonte à notre grand jurisconsulte Dumoulin, un des plus grands jurisconsultes français, qui a vécu au XVI° siècle, de I500 à I566 et dont d'Aguesseau disait plus tard qu'il aurait été digne de naître au siècle des Papinien et des Africain. Dumoulin qui était à la fois un auteur et un Avocat se préoccupait de donner effet au contrat non seulement sur le territoire de la coutume sous l'empire de laquelle il avait été conclu, mais encore hors de ce territoire. Or, jusqu'à lui on ne tenait pas compte de la volonté des parties dans la recherche de la loi applicable à la substance des contrats, ou pour parler plus simplement, aux effets des contrats. On ne connaissait en effet pour trancher les conflits de coutumes que deux sortes de règles : les statuts réels, et les statuts personnels.

Les statuts réels étaient les statuts, c'est à dire les lois qui s'appliquaient aux choses, aux biens

Source : BIU Cujas

d'une façon générale et la règle était qu'en principe dans le doute on devait appliquer le statut réel.

Les statuts personnels comprenaient les lois qui s'appliquaient aux personnes et à leur capacité.

Or, comme les contrats ne rentraient ni dans le statut réel, ni dans le statut personnel on les rangeait d'office dans lespremiers, et on leur appliquait la loi du lieu où ils avaient été passés, pour cette raison que les contrats comme les délits rendent les particuliers sujets, temporairement au moins, du pays où ils se font. Cette thèse qui était en vigueur au moment où écrivait Dumoulin a été très vivement combattue par lui. Il a soutenu et et il a tenté de prouver que, dans le domaine des contrats, la volonté doit être avant tout respectée et que les contractants ont le droit de déterminer comme ils l'entendent la loi, le statut applicable à leur contrat. C'est par conséquent la volonté des parties qui doit être observée lorsqu'elle est exprimée, recherchée lorsqu'elle ne l'est pas et qui doit être respectée, à moins qu'elle ne soit contraire à la loi.

L'idée de convention tacite appliquée à la communauté coutumière

Dumoulin, en parlant de contrat, visait tout particulièrement le contrat de mariage car, à son époque, la liberté des conventions matrimoniales était admise depuis déjà quelque temps et l'on reconnaissait à ceux qui se mariaient le droit de faire un contrat de mariage dans lequel ils pouvaient modifier le régime de communauté coutumière et même l'écarter.

Dumoulin, en soutenant la théorie de la souveraineté de la volonté, visait non seulement les époux qui faisaient un contrat de mariage, mais tous ceux qui ne faisant pas de contrat de mariage se trouvaient mariés sous le régime de la communauté coutumière. Et pour arriver à décider que les conventions matrimoniale ou la communauté adoptées par les époux réglaient tous leurs biens, même ceux qui étaient en dehors de la coutume sous l'empire de laquelle ils s'étaient mariés, ou continuaient à régler leurs rapports matrimoniaux alors qu'ils iraient se fixer dans le territoire d'une autre coutume, Dumoulin a émis pour la première fois cette idée que la communauté coutumière était une communauté présumée voulue par les époux, que c'était une communauté tacitement adoptée par eux. En d'autres termes il a introduit cette idée que la communauté coutumière qui était alors la communauté légale était une communauté que les époux avaient tacitement adoptée en se mariant par le fait même qu'ils n'avaient pas fait de contrat de mariage. Cette idée de convention tacite a été pour lui un moyen de sortir d'embarras en présence de la diversité des coutumes et des conflits

Source : BIU Cujas

qui en naissaient.

Grâce à cette conception, il arrivait à cette conclusion que la communauté adoptée par les époux devait s'appliquer non seulement aux immeubles situés dans le ressort de la coutume, mais aux immeubles situés en dehors.

Adoption des idées de Dumoulin par les auteurs et la jurisprudence de l'ancien droit en matière de lois contractuelles

Cette idée défendue par Dumoulin et qui aboutissait à un résultat très pratique, très utile, a été rapidement adoptée par ses contemporains et par ses successeurs. La jurisprudence s'y est ralliée de bonne heure et les auteurs du XVIII° siècle qui traitent des conflits de coutume l'ont définitivement consacrée et ils étaient tous d'accord pour admettre que les lois contractuelles, c'est à dire les lois qui régissent les contrats tirent leur autorité de la volonté tacite des parties.

Elargissement de cette théorie au XIX° siècle sous le nom d'autonomie de la volonté. Exclusion en D.I. dans la matière du contrat de la distinction entre lois impératives et lois supplétives.

Cette idée a été reprise au XIX° siècle et est définitement entrée dans le droit international privé. La jurisprudence a continué à s'y conformer. Mais à l'origine Dumoulin, pas plus que ses successeurs immédiats, n'ont donné à cette théorie de cette volonté présumée une extension excessive et ils ne l'ont pas appliquée en particulier aux cas où il s'agissait de lois impératives, c'est à dire de lois qui en droit interne étaient au-dessus de la volonté des parties. C'est la doctrine et c'est la jurisprudence moderne qui ont ainsi élargi le cercle et la compréhension de cette thèse. C'est aussi, je crois au XIX° siècle qu'elle a reçu le nom sous lequel elle est aujourd'hui telle qu'elle est adoptée par la jurisprudence elle signifie que ceux qui font un contrat ne sont liés par aucune disposition impérative de la loi. En d'autres termes, dans les rapports internationaux, car la théorie ne s'applique que quand il s'agit de régler la loi applicable à un contrat, par conséquent la loi applicable à un contrat qui pourrait être régi par des lois différentes, dans les rapports internationaux on ne fait aucune place d'après cette théorie à la distinction que l'on fait en droit interne entre les lois supplétives et les lois impératives. En matière de contrat international, il n'y a pas de lois impératives et les contractants ne peuvent faire comme ils le veulent la loi de leur contrat. Pour donner une idée des applications que la jurisprudence a faites de cette théorie, on peut citer les régimes matrimoniaux, puis aussi la question qui a été si vivement discutée dans les années qui viennent de s'écouler de la validité des clauses de paiement en or ou en valeur or.

Deux applications de cette théorie en D.I.P.

En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, la

Source : BIU Cujas

Possibilité pour les époux en D.I. d'admettre un régime matrimonial ignoré ou interdit par leur loi personnelle

jurisprudence les fait rentrer dans l'autonomie de la volonté. Elle admet que les époux sont libres de déterminer le régime matrimonial qu'ils veulent adopter, même si la loi qui régit leur état et leur capacité le leur interdit et qu'ils peuvent adopter un régime qui d'après leur loi nationale, ou d'après la loi nationale de l'un d'eux ne pourrait pas être adopté. Continuant les errements de Dumoulin, elle considère en particulier la communauté légale comme un régime conventionnel tacite. De là elle conclut notamment que deux Français qui iraient se marier en Angleterre sans faire de contrat, seront soumis d'après leur volonté tacite qu'il faudra rechercher, soit au régime légal anglais, soit au régime de la communauté légale de France, soit même au régime d'un pays tiers s'il résulte des circonstances qu'on peut admettre qu'ils ont tacitement voulu accepter ce régime d'un Etat tiers.

La clause or dans les contrats internationaux

Les auteurs qui traitent du droit international donnent comme second exemple d'application de la théorie de l'autonomie de la volonté les solutions que la jurisprudence a appliquées aux contrats internationaux qui stipulaient des paiements en or ou en valeur or.

La Loi du 5 Août 1914 sur le cours forcé

Voici simplement quelques explications nécessaires pour comprendre cette jurisprudence. La loi du 5 Août 1914 au début de la guerre a, dans son article 3, établi le cours forcé des billets de la Banque de France et des billets de la Banque d'Algérie, c'est à dire qu'elle a dispensé pour l'avenir la Banque de France (et la Banque d'Algérie pour l'Algérie) de rembourser en or à ses guichets les billets qu'elle avait émis et qui pouvaient lui être présentés par des particuliers, alors que d'après le régime antérieur, la Banque de France était obligée de rembourser à ses guichets en or, les billets de banque qui lui étaient présentés. Cette disposition nécessitée par la guerre avait pour but de maintenir intacte la réserve d'or enfermée dans les caves de la Banque de France et de la Banque d'Algérie, et en même temps, par le fait que les billets n'étaient plus remboursables, de maintenir la valeur nominale de ces billets qui sans cela se seraient très rapidement dépréciés, plus rapidement qu'ils ne l'ont fait, à mesure que la réserve d'or serait sortie des caisses de ces banques. Mais cette mesure de salut public n'a pas suffi à maintenir la valeur nominale du billet de banque qui, après la fin de la guerre, et alors que les Etats combattants n'ont plus pu se soutenir entre eux, a commencé à diminuer par l'effet de l'inflation. Dès lors les créanciers qui

Source : BIU Cujas

voyaient sur le cours des changes diminuer tous les jours la valeur du billet de la Banque de France, lequel au lieu de valoir 100 francs or baissait de jour en jour, ont cherché à se protéger contre ce risque. Ils ont inséré dans leurs contrats, soit dans les contrats de prêt, soit dans les contrats de louages d'immeubles, une clause imposant à leurs débiteurs l'obligation de se libérer soit en pièces d'or, ce qui était particulièrement difficile puisqu'on ne trouvait plus d'or sur le marché français, soit au moins en valeur or, c'est à dire l'obligation de payer à l'échéance en billets de banque, non pas une somme représentée par la valeur nominale de ces billets, mais une somme représentant leur valeur vraie, au cours du change au jour du contrat. Par exemple, un créancier qui avait prêté 100 francs à un moment où le billet de banque valait encore 100 francs, demandait que son débiteur lui remboursât en billets de banque une valeur de 100 francs or. Si donc le billet ne valait plus que 50 francs à l'échéance, il exigeait que le débiteur lui fournit deux billets de 100 francs. Naturellement la jurisprudence a été appelée à statuer sur la validité de ces stipulations, et, sans hésiter les tribunaux se sont prononcés pour la nullité de ces clauses comme étant contraires à la mesure de salut public qu'était le cours forcé du billet de banque.

Clauses imaginées par les créanciers pour parer à la dépréciation du billet de banque.

Sans insister sur les raisons que la jurisprudence a invoquées pour justifier cette thèse, je me contente d'indiquer la solution adoptée. Elle a donc déclaré que les créanciers étaient obligés de se contenter de recevoir en paiement une somme représentant la valeur nominale des billets de banque au jour de l'échéance, alors qu'au moment où ils avaient prêté l'argent, le billet de banque valait plus qu'il ne valait au jour de l'échéance. Cette jurisprudence, qui avait déjà été celle de la Cour de Cassation à la suite de la guerre de 1870, a été en particulier consacrée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 17 Mai 1927 (Dalloz 1928, I, 25, avec les conclusions du Procureur général Matter, Capitant et Sirey 1927, I, 289, note Esmein).

Annulation de ces clauses par la jurisprudence; obligation pour le créancier de recevoir les billets à leur valeur nominale.

Cette décision en vertu de laquelle la clauses de paiement en or ou en valeur or étaient frappées de nullité devait elle s'appliquer aux contrats internationaux, c'est à dire aux contrats passés par un Français avec un étranger, ou aux contrats passés hors du territoire de la France ? Par exemple un Français achetait à l'étranger du blé et celui qui le lui vendait stipulait que le prix du blé serait payable en or

Solution inverse admise dans les contrats internationaux : validité de la clause or.

ou en une monnaie saine comme l'était alors la livre sterling, ou comme l'est resté le dollar. De même un Etat étranger faisait un emprunt en France et il promettait de rembourser les sommes empruntées en or ou en une valeur équivalente à l'or.

La question s'est également posée devant les tribunaux, et la Cour de Cassation, qui s'était prononcée pour la nullité en ce qui concerne les contrats de droit interne, a adopté pour les contrats internationaux une opinion contraire. Elle a admis que, dans les contrats internationaux, la clause de paiement en or ou en valeur or était valable et échappait à l'application de la règle du cours forcé du billet de banque, laquelle n'avait d'autorité que pour les contrats intérieurs, c'est -à-dire pour les contrats conclus en France (notamment arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation 17 Juillet 1931, Dalloz 1931, I, 457 où on relève l'attendu suivant : "Attendu que de l'article 3 de la loi du 5 Août 1914 destiné à garantir aux billets de la Banque de France leur pleine valeur de monnaie équivalente à l'or dans la circulation intérieure, il ne résulte aucune nullité à l'encontre des conventions imposant aux débiteurs pour le règlement d'opérations ayant un caractère international l'obligation de se libérer en une monnaie autre que la monnaie ayant en France cours légal ou cours forcé".

Interprétation de la clause option de change comme une garantie de paiement en or par le créancier.

Un autre arrêt de la Chambre civile du 7 Juillet 1931 (D.H. 1931 page 419) s'exprime ainsi : "Toute stipulation d'un paiement en or équivaut pour les souscripteurs d'un emprunt international, non seulement à une option de change, mais à la garantie que les sommes qui leur sont dues leur seront payées sur une base fixe, indépendante des cours des devises. Par ces mots "option de change" la Cour de Cassation vise une hypothèse qui se rencontre très fréquemment dans ces emprunts internationaux. L'Etat ou la société étrangère qui venait emprunter en France décidait que le paiement des coupons et le remboursement des obligations pourraient être faits soit à Paris, soit dans telle ville de l'étranger, en Suisse, par exemple.

La jurisprudence française admettait que cette clause donnait aux porteurs français de l'emprunt un droit d'option de change, c'est à dire qu'ils avaient le droit de se faire payer, soit à Paris, auquel cas ils étaient payés en monnaie dépréciée, c'est à dire en francs français, soit en Suisse, auquel cas ils étaient payés en francs or, le franc suisse ayant conservé sa valeur par rapport à l'or.

La Cour de cassation on le voit a donc même été plus loin dans cet arrêt du 7 Juillet 1931 puisqu'elle

Source : BIU Cujas

a décidé que quand il y avait paiement sur deux places différentes, cela valait non seulement une option de change, mais une garantie que dans les deux cas on devait être payé en or.

Conditions pour qu'un contrat soit considéré comme international; nécessité qu'il implique une exportation à une importation.

Mais quand peut-on dire qu'il y a paiement international, qu'il y a contrat international ? C'est une question qui a beaucoup préoccupé les tribunaux et qui a été diversement résolue par eux suivant la date. Au début, on a commencé par dire : il y a contrat international lorsqu'un contrat est passé entre un Français et un étranger, ou est passé à l'étranger entre deux français. Puis la jurisprudence a rejeté l'une et l'autre de ces conceptions et elle a décidé qu'il n'y avait contrat international qu'autant qu'il y avait contrat ayant pour objet d'emporter à la fois une importation en France et une exportation, soit de valeurs soit de marchandises. Par exemple, le type du contrat international est le contrat qu'un Français peut passer à l'étranger quand il y achète des marchandises qu'il introduit en France et qu'il exporte des capitaux pour les payer. Contrat international, donc échappant aux règles du paiement d'après la valeur nominale du billet de la Banque de France. Comme l'a dit le Procureur général Matter dans ses conclusions devant la Cour de Cassation : "pour qu'il y ait contrat international il faut qu'il y ait un mouvement d flux et de reflux, c'est-à-dire à la fois importation et exportation". Notamment la jurisprudence a refusé de reconnaître qu'il y avait un contrat international dans un cas sur lequel elle a statué par l'arrêt de 1927 qui visait une société anglaise qui se trouvait concessionnaire à Alger d'immeubles situés près de la rade et qu'on désignait sous le nom des voutes d'Alger. Ces immeubles, dont la société anglaise était concessionnaire avaient été donnés à bail par elle à un locataire français et il avait été stipulé que le paiement des loyers pourrait être fait au choix du locataire, soit à Londres, soit à Nice où le contrat avait été passé, soit à Alger. Lorsque le franc vint à baisser, la société bailleresse soutint que le loyer devait être payé en francs or ou en livres sterling, mais la Cour de Cassation refusa d'admettre cette thèse et décida qu'il s'agissait là d'un contrat national, parce que les immeubles étaient situés en France et qu'il ne supposait ni importation ni exportation de marchandises ou capitaux. L'arrêt du 18 Avril 1931 D.H. p. 313, concerne une société étrangère d'assurances qui avait son siège à Trieste et une agence à Paris. Pour les affaires qu'elle faisait sur le territoire français, cette société était soumise

Source : BIU Cujas

au régime du contrôle de l'Etat français pour son portefeuille français. La Cour de Cassation a décidé que cette société, bien qu'elle eût promis de payer en or ceux qui avaient passé avec elle des contrats d'assurance sur la vie, n'était pas obligée de les payer en or, parce qu'elle pouvait se prévaloir de la jurisprudence condamnant les clauses de paiement en or entre Français. En effet le contrat ayant été passé en France, l'argent était resté en France, et les contrats passés en France, ayant été soumis au contrôle du gouvernement français, devaient être assimilés aux contrats passés en France entre des Compagnies françaises et des assurés français.

Relation entre les solutions sur les contrats internationaux et l'autonomie de la volonté.

Les auteurs de droit international privé rattachent cette jurisprudence concernant les contrats internationaux à la théorie dite de l'autonomie de la volonté. En effet, quand on lit les arrêts qui l'ont consacrée on y voit bien apparaitre cette idée que, quand il s'agit d'un contrat international, les contractants ont le droit de régler leurs conventions comme ils veulent. Il faut ajouter que c'est la force des choses qui a imposé au surplus cette solution à la jurisprudence, car il est bien évident qu'il ne dépend pas du gouvernement français d'imposer l'obligation à des étrangers traitant à l'étranger de se contenter comme paiement de notre monnaie qui était alors une monnaie dépréciée.

Consécration de cette jurisprudence par la loi du 25 Juin 1928

La loi du 25 Juin 1928 a supprimé chez nous le cours forcé des billets de banque et rétabli le régime antérieur, c'est à dire qu'elle a supprimé le cours forcé et a obligé la Banque de France à rembourser ses billets en or presque comme auparavant. Il y a cette différence que la Banque de France peut rembourser en lingots et seulement s'il s'agit d'une somme d'au moins 225.000 francs, laquelle représente la valeur des lingots d'or se trouvant dans les caves de la Banque de France. Cette loi du 25 Juin 1928 qui a supprimé le cours forcé des billets de banque, et a reconnu la dévaluation de notre franc, lequel ne représente plus que le Cinquième de sa valeur d'avant guerre (65,5 milligrammes d'or fin, au lieu de 322), a consacré la jurisprudence en ce qui concerne les contrats internationaux. Elle décide dans son article 2 § 2 que la nouvelle définition du franc unité monétaire n'est pas applicable aux paiements internationaux qui antérieurement à la promulgation de la loi ont pu valablement être stipulés en or, c'est à dire que le débiteur français qui s'est engagé envers un étranger à payer en or, ne peut pas le rembourser d'après la nouvelle valeur du franc, mais qu'il doit le

Source : BIU Cujas

rembourser en fournissant une somme équivalente à la somme d'or qu'il a promise au créancier.

Voilà ce qu'est en droit international privé la théorie de l'autonomie de la volonté. Il était nécessaire d'indiquer comment cette théorie a pris naissance afin d'expliquer comment du droit international privé elle a passé dans le droit civil de notre pays.

Pénétration de la théorie de l'autonomie de la volonté dans le droit interne à la fin du XVIII° siècle à raison de sa conformité avec la conception des droits naturels de l'homme considéré en soi comme source du droit

La théorie de l'autonomie de la volonté en effet a été adoptée vers la fin du XVIII° siècle par les auteurs de droit civil. Elle a passé en droit civil sans aucune difficulté pour cette raison qu'elle était alors en plein accord avec la doctrine de l'individualisme juridique qui a trouvé son expression la plus parfaite dans la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen inscrite en tête de la constitution de 1791. D'après la constitution de 1791 en effet la volonté de l'individu est considérée comme la source première du droit, et cette conception qu'on appelle la conception de l'individualisme juridique, conception qui met la source du droit dans l'individu se trouve exprimée dans divers articles de cette constitution, notamment dans l'article 2 qui est ainsi formulé : "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme." ce qui montre bien l'idée qu'avaient alors les constituants que le droit a sa source dans l'individu lui même. L'article 2 ajoute : ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression".

L'article 4 nous dit : "La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme (cette expression manifeste bien qu'il s'agit là de droits qui ont été donnés à l'homme par la nature) n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. Enfin, la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société.

Donc, la loi doit être aussi restreinte que possible, la loi en soi est un mal, il faut laisser aux individus le plein, le libre épanouissement de leurs droits individuels, de leurs droits naturels. Telle est la thèse adoptée par un certain nombre de commentateurs du code civil. Elle a été particulièrement développée par un des anciens professeurs de la Faculté de Paris, le Doyen Charles Beudant, dans un beau livre intitulé : le droit individuel et l'Etat. L'auteur s'exprime comme suit : "La source du droit est dans l'individu. L'homme, en tant que personne pensante, est capable de volonté et de droits innés dont la loi

Source : BIU Cujas

se borne à constater l'existence. Le droit individuel est la source du droit, il est le fait primordial antérieur à l'Etat, supérieur à la loi, la mission du droit objectif consiste uniquement à assurer l'exercice des droits concurrents des individus, à délimiter la sphère de liberté de chaque homme".

C'est la paraphrase des articles de la Déclaration des Droits de l'homme que je viens de vous citer.

Erreur commune prétendant que le C.C. a consacré la thèse de l'individualisme juridique.

On a prétendu et on prétend encore que cette thèse de l'individualisme juridique a été consacrée par les rédacteurs du code civil et souvent on leur en fait reproche. Il est courant d'entendre dire que le code civil français est le code de l'individualisme. C'est parce qu'on a propagé cette idée qu'une confusion s'est ainsi établie entre la notion de la liberté contractuelle et la notion de l'autonomie de la volonté. Mais il y a dans cette critique adressée aux rédacteurs du code civil une très grande part d'exagération. Les rédacteurs du Code civil pouvaient être personnellement des adeptes de la doctrine individualiste.mais ils étaient surtout et avant tout des praticiens avisés, pleins de sagesse et de mesure, et c'est une erreur de prétendre qu'ils ont laissé percer leur doctrine dans les articles du Code civil. En vérité on ne trouve dans le code aucune application exagérée de la doctrine de l'individualisme juridique.

Voyez la définition de la propriété qui a été souvent reprochée aux rédacteurs du code : article 544 "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue : On s'arrête là et on dit : voilà la notion de la propriété, des droits naturels de l'individu. Il peut s'emparer d'une chose et en faire ce qu'il veut. On oublie d'ajouter avec l'article 544 : "Pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les réglements".

Or, la réserve qui est ainsi inscrite dans la fin de l'article corrige ce qu'il y a d'excessif dans la première partie du texte. De même, le principe de la liberté des contrats n'est exprimé par les auteurs du code civil que d'une façon indirecte, car il n'est nulle part formulé en termes précis, mais il est exprimé indirectement dans l'article 6 du Code civil. "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs".

Donc, on peut déroger aux lois qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes moeurs, mais il y a une barrière établie par l'ordre public et les bonnes

Source : BIU Cujas

moeurs, à la volonté des parties. Au surplus, voici une preuve de l'esprit de mesure des rédacteurs du code civil. Elle se trouve dans les oeuvres du plus grand d'entre eux, Portalis. Or, voici comment il s'exprimait dans un ouvrage qu'il a intitulé : "De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII° siècle" ouvrage qui a précisément pour but de réagir contre l'exagération de la doctrine de l'individualisme juridique. "Toutes nos fausses idées, tous nos principes exagérés sur les Droits de l'homme et sur son indépendance (c'est bien la critique de l'individualisme juridique) toutes nos déclarations contre les institutions civiles et politiques ont leur première source dans l'idée que nous nous sommes formée d'un prétendu état de nature que la philosophie semblait vouloir établir ou ramener dans le vain espoir de rendre les hommes plus sages et plus vertueux Dans nos spéculations, nous avons abandonné la réalité pour une hypothèse. Voulons-nous être philosophes ? Abandonnons tout système, ne voguons pas dans la région des chimères. Au lieu de nous enquérir périlleusement de ce que nous n'avons peut être jamais été, partons du point où nous sommes et travaillons à devenir tout ce que nous devons et tout ce que nous pouvons être".

Le véritable esprit des rédacteurs du C.C.; critique de l'individualisme juridique par Portalis.

Voilà dans ces quelques lignes toute la critique de l'individualisme juridique. Or, les auteurs qui, à l'époque actuelle, s'élèvent contre l'individualisme juridique et contre ses exagérations, et avec raison, dirigent leurs critiques, à la fois contre cette théorie de l'individualisme juridique et contre le Code civil, contre le principe de la liberté des contrats. Mais ils se donnent beau jeu, car il faut bien se garder de confondre ce que l'on a appelé l'autonomie de la volonté, et le principe sage, raisonnable, indispensable de la liberté contractuelle limitée comme je viens de vous l'indiquer. C'est en effet aujourd'hui un lieu commun de combattre l'individualisme juridique. Il est combattu par les auteurs qu'on rattache à ce qu'on appelle les écoles sociales au premier rang des quelles il faut placer l'Ecole des catholiques sociaux et un certain nombre d'auteurs qui ont rompu avec l'individualisme juridique. La critique la plus serrée de l'individualisme juridique a été faite dans une très bonne thèse de doctorat qui est de M. Gounot intitulée : l'autonomie de la volonté en droit privé, et comme sous titre : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique (Thèse Dijon 1912).

Les abus de l'individualisme juridique, de la volonté présumée de l'individu, de la supériorité de la volonté sur la loi, chez lesdercommutateurs du Code civil

Il y a dans les critiques de M. Gounot adres-

Source : BIU Cujas

sées à l'autonomie de la volonté des observations très fondées, mais elles s'adressent bien plus à certains commentateurs du code civil qu'au code civil lui même. Elles s'adressent à certains commentateurs du code civil, car parmi les commentateurs du Code civil il y en a qui ont adopté l'idée invoquée par Dumoulin et par ses successeurs et qui sont arrivés à dire que dans le Code civil il y avait un grand nombre de lois d'ordre supplétif qui toutes s'inspiraient de la volonté présumée des parties, ce qui est une exagération incontestable et contraire à la vérité. Ainsi, ces auteurs admettent que la communauté légale a été réglemen tée par les auteurs du Code civil conformément à la volonté présumée desparties contractantes, des futurs époux. La communauté légale serait donc une sorte de contrat de mariage tacite. De même, ils admettent que le régime de la succession ab intestat a été réglementé par les auteurs du code comme étant la volonté présumée du défunt, comme étant en quelque sorte le testament présumé du défunt. Donc, ils font dominer partout l'idée de la volonté souveraine et tout naturellement ils ajoutent que quand le législateur réglemente un contrat, lorsqu'il établit le droit commun d'un contrat comme la vente, pour suppléer à la volonté des parties lorsque celles ci ne l'ont pas exprimée, il s'inspire encore de cette volonté. Il y a dans tout cela de l'exagération, c'est incontestable et celle école de commentateurs a donné prise aux critiques qui lui ont été adressées par les auteurs que je viens de citer notamment par Gounot, puis par Duguit.

La réaction contre l'individualisme juridique. Les Ecoles sociales; erreur à laquelle elles aboutissent en niant que la volonté puisse être une source de droit

Ces écoles sociales partent d'une idée opposée à celle qui inspire l'individualisme juridique. D'après elles l'individu n'a pas de droits propres. Il n'a de droits qu'en tant que membre de la société. La source du droit est non dans l'individu mais dans la société ce qui est au fond très exact, car il parait certain que l'homme, si on pouvait l'imaginer vivant à l'état isolé, séparé de tous ses semblables, un Robinson Crusoé, n'aurait pas l'idée du droit qui ne nait que des rapports des individus entre eux. C'est une vérité qu'on a connue de tout temps et il y a longtemps qu'on a dit que le droit est là où est la société. Ubi societas, ibi jus.

Mais partant du point de vue que le droit a son point de départ dans les rapports des hommes et non dans l'individu considéré en soi, les adeptes de ces écoles sociales arrivent à une conclusion exagérée qui est la suivante. Ils prétendent que la volonté ne peut pas être la source du droit et que ceux qui font un contrat ne font pas eux mêmes la loi de leur contrat mais

Source : BIU Cujas

qu'ils sont obligés de se conformer aux règles établies par le législateur et qu'ils ne peuvent jouir d'une certaine liberté que parce que le législateur consent à la leur donner. Ce n'est donc pas leur volonté qui crée le Droit, c'est le Droit, avec un grand D, qui donne à la volonté sa force juridique. Pour le prouver ils emploient un raisonnement un peu naïf. Comment, disent-ils, la volonté pourrait elle se lier elle même et pourquoi ne pourrait elle pas un moment après défaire ce qu'elle a fait ? Comment une volonté qui est essentiellement changeante et maitresse d'elle même, ne pourrait-elle pas dire, après avoir dit : je veux, je consens, je promets, dire : je ne promets plus ?

C'est naïf, parce que dans un contrat il n'y a pas qu'un individu, il y a le rapport contractuel et lorsque deux individus ont échangé leur consentement, lorsque l'un et l'autre ont promis, quand ils se sont mis d'accord en un mot, on ne comprendrait pas comment l'un d'eux pourrait retirer son consentement sans la permission de l'autre. Le seul fait qu'ils sont deux montre qu'il y a possibilité de faire naître le droit. Au surplus, de même que je ne vois pas l'intérêt qu'il y a à soutenir que le droit nait toujours de la volonté, de même il est excessif de soutenir que jamais la loi ne s'inspire de la volonté.

Le contrat d'assurances pendant longtemps n'a pas été réglementé par le législateur. Le contrat d'assurances a pendant longtemps été réglementé par la volonté des parties, par la volonté des assureurs. Comment nier que, jusqu'au jour où nous avons eu une loi sur le contrat d'assurances, ce sont les contractants qui ont créé à leur usage comme ils l'ont voulu, au mieux de leurs intérêts, les règles qui leur paraissaient convenir aux opérations nouvelles qu'ils concluaient entre eux ? C'est donc bien la volonté des parties et non pas la loi qui a donné naissance aux obligations résultant de ce genre de contrats tant qu'ils n'ont pas été réglementés par la loi.

Les deux sources du droit : la loi et la volonté

Il est donc excessif d'après la théorie des écoles sociales de soutenir que le Droit est supérieur à la volonté. A mon avis il y a deux sources du droit il y a la loi et la volonté.

Les abus de l'individualisme juridique et les restrictions exagérées qu'

La doctrine de l'individualisme juridique encore appelée doctrine de l'école libérale a exagéré incontestablement le rôle de la volonté dans la formation du droit. Elle considère à tort que le droit a sa source dans la volonté des individus. Elle considère à tort que les dispositions supplétives de la loi ont pour fondement la recherche de la volonté présumée des par-

ils apportent à l'action de la loi.

ticuliers. Il est excessif de dire notamment, comme les adeptes de cette théorie, que l'organisation des régimes matrimoniaux ou celle de la succession ab intestat est inspirée d'une volonté présumée des individus et qu'en particulier pour la succession ab intestat le législateur l'a considérée comme le testament présumé du défunt.

La vérité est que dans cette réglementation le législateur tient compte de considérations d'ordre général en même temps que de la tradition ou des habitudes de la population. La doctrine individualiste aboutit donc à cette conclusion, démentie par l'expérience des faits, que la loi est un pis aller, que la loi ne doit intervenir qu'exceptionnellement pour empêcher les conflits entre particuliers et qu'il faut en restreindre le domaine. L'expérience prouve que le nombre des lois va d'année en année en augmentant et il suffit d'ouvrir un code civil, comme le petit code Dalloz, et de parcourir la liste des lois qui y sont énumérées à la fin, pour voir combien le nombre des lois votées par le Parlement est devenu considérable par rapport à ce qu'il était auparavant.

Conception inverse des tendances sociales. Abus auxquels elles aboutissent en niant ce rôle de l'individu dans la formation du droit

A l'inverse les adeptes de ce que l'on appelle les Doxtrines sociales faute d'un meilleur mot, ou les adeptes de la théorie du droit social, partent d'un point de vue plus exact en ce qu'ils placent la source du droit dans le milieu social, dans la société. Mais eux aussi ont abouti à une exagération, en ce qu'ils ont perdu de vue le rôle de l'individu dans la formation du droit et qu'ils n'ont plus vu que la Société. Ils ont négligé les individus pour les rapports desquels le droit est établi. Pour juger de leurs tendances on peut se reporter à un article de M. Georges Scelle, Professeur à Dijon, qui enseigne actuellement à Genève (archives de la philosophie du Droit et de Sociologie dirigées par M. Le Fur) dans lequel il montre l'influence de la doctrine de Duguit sur le droit international public. On verra dans cet article la conception que Georges Scelle se fait de la formation du droit, considéré comme quelque chose d'organique à la Société "Le droit, dit il, a une origine biologique". On retrouve les mêmes idées dans les premières pages du Traité de Georges Scelle de droit international public.

Obligation où ils se trouvent de tenir compte du principe de la liberté contractuelle

Les adeptes de ces écoles, les partisans du droit social, arrivent à nier le rôle de l'individu dans la formation du droit, et c'est par là qu'ils tombent dans l'exagération comme les individualistes eux mêmes, mais au fond, ils sont bien obligés de reconnaître que le principe de la liberté contractuelle qui fait la base

Source : BIU Cujas

comme leurs adversaires; en quoi divergent à cet égard les deux tendances

de ces explications est un principe nécessaire, indispensable à l'épanouissement de la vie sociale, que c'est une règle que l'on retrouve dans toutes les législations et que l'on pourrait dire, si le mot n'était pas désuet, que c'est une règle qui ressortit au droit naturel.

La seule divergence qui les sépare des individualistes est que ces derniers prétendent qu'il faut élargir le plus possible le champ de l'activité libre des contractants, tandis que les écoles sociales sont d'avis qu'il faut le resserrer plus étroitement. Il faut reconnaître que le mouvement actuel de la législation donne raûson à ces derniers. Tout revient donc au fond à une question de tendance et je répète que, quant au principe lui-même de la liberté contractuelle, il reste au-dessus de la discussion.

Julliot de la Morandière dans son cours de l'an passé : "la notion de l'ordre public dans le droit privé" a au début de ce cours longuement étudié cet antagonisme et il aboutit lui aussi à cette observation que les conclusions des partisans du droit social concernant l'autorité respective de la loi et du contrat, sont en principe opposées à celles de l'Ecole libérale classique, mais qu'en fait, sur le terrain pratique, les deux écoles se rapprochent.

Voici ses propres paroles : "Partis de conceptions opposées, les individualistes et les partisans du droit social aboutissent à des conclusions analogues et l'on peut dire que la différence qui les sépare est plus théorique que pratique". Ce qui montre qu'il y a au fond un peu de vanité dans cette discussion qui agite tant les esprits. De tout cela je conclurai pour ma part qu'un juriste ne doit pas se laisser entraîner par l'attrait des doctrines et qu'il doit se tenir en garde contre le mirage des discussions théoriques. Sinon, il risque de se laisser conduire à des conséquences excessives, exagérées, la raison le mène plus loin qu'il ne faudrait. L'esprit logique, si cher à notre nature de Français, l'emporte au delà de la réalité. Il perd de vue les faits et se laisse parfois emporter dans les nuages. C'est le péril du raticnalisme, péril que l'on a signalé souvent et auquel faisait allusion Pascal quand il disait qu'il faut toujours associer l'esprit de finesse à l'esprit logique. En un mot, il faut avant tout considérer la réalité des faits la vie, pour se garder de toute exagération.

Section III - Des limites à la liberté contractuelle -

Ces limites à la liberté contractuelle se trou

Source : BIU Cujas

L'art. 6 et l'art. 1133 différence de rédaction entre ces deux textes. Double limitation contenue dans ces textes à la liberté contractuelle

vent énoncées dans divers textes du code civil dont les deux plus importants, qu'il convient d'abord de citer, sont les articles 6 et 1133. L'article 6 est ainsi conçu : On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. Voilà l'expression d'ordre public, qui se rencontre au seuil du code civil.

Dans l'article 1133, relatif à la difficile matière de la cause des obligations, le législateur s'exprime en termes plus larges. L'article 1133 est la paraphrase de l'article 1131 ou son explication. Dans l'article 1131 il est dit que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. Et l'article 1133 nous dit ce qu'est l'obligation sur une cause illicite : "La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public". Vous noterez la différence de rédaction qu'il y a entre ce texte et celui de l'article 6. L'article 6 ne vise que les lois qui intéressent l'ordre public, c'est-à-dire les dispositions expresses, édictées par le législateur, qui intéressent l'ordre public. L'article 1133 ne parle plus des lois, il emploie une formule plus large : la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, donc, abstraction faite de toute disposition légale. D'après l'article 1133, cette notion de l'ordre public est une notion qui domine la loi, qui plane au-dessus du droit.

Il est vrai qu'on a contesté l'interprétation de l'article 6 et certains auteurs disent qu'il prohibe, lui aussi, tout ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnesmoeurs. Mais cette interprétation ne tient pas compte du texte de l'article qui ne vise que les lois qui intéressent l'ordre public.

Les premiers interprètes du Code civil qui l'interprétaient sans parti pris, ne s'y sont pas trompés. Merlin, notamment, contemporain des rédacteurs du Code civil, interprète bien l'article 6 d'après ses termes et déclare qu'il ne vise que les lois intéressant l'ordre public. Ceci me paraît incontestable étant donné les termes de l'article. Il y a donc une différence certaine entre ces deux articles et nous ne en pouvons conclure dès à présent que nous trouvons dans ces textes deux limitations à la liberté des parties. La première qui résulte des lois intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs, la seconde qui résulte, abstraction faite des lois, de l'ordre public et des bonnes moeurs. En dehors de ces deux textes, il en est d'autres où nous trouvons énoncée cette notion, si difficile á préciser, de l'ordre public.

Source : BIU Cujas

La notion de l'ordre public dans différents textes en dehors des art. 6 et II33

D'abord au titre de la proptiété, dans la matière des servitudes établies par le fait de l'homme, l'article 686 pose lui aussi le principe de la liberté. "Il est permis aux propriétaires d'établir sur leur propriété ou en faveur de leur propriété, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que ces services ne soient imposés qu'en faveur d'un fonds ... pourvu (voici ce qui nous intéresse) que ces services n'aient rien de contraire à l'ordre public". Ici encore il ne s'agit pas d'une loi d'ordre public mais de l'ordre public en général. Les articles 900 et II72 ont trait à l'effet des conditions insérées dans un acte, les conditions illicites soit dans une donation ou un testament soit dans un contrat à titre onéreux. L'article 900 ne vise plus que les bonnes moeurs : "Dans toutes dispositions entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seraient contraires aux lois ou aux moeurs sont réputées non écrites ". Ici intervient seulement l' xpression de bonnes moeurs, mais la loi ajoute celles qui seraient contraires aux lois. Etant donné la terminologie du code, on peut ajouter : d'ordre public. Le législateur l'a sous entendu.

L'article II72 pose une règle différente. "Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ". L'ordre public est sous entendu. La différence est que la condition insérée dans un acte à titre onéreux non seulement est nulle mais encore annule l'acte lui-même.

Citons encore l'article I387 qui pose le principe de la liberté des conventions matrimoniales "La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ". Si l'article I387 ne parle pas de l'ordre public, c'est parce qu'il a été pris chez Pothier qui n'emploie pas l'expression d'ordre public, et ne parle jamais que des bonnes moeurs.

X

Limitations à la liberté contractuelle

I- lois intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs.

2- l'ordre public et les

Quoiqu'il en soit, on peut tirer de ces divers textes cette double idée. I° que les parties ne peuvent pas déroger aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs que d'une façon générale et en l'absence d'un texte ils ne peuvent rien faire qui soit contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

Voilà donc deux limitations à la liberté des parties. Nous verrons s'il n'y a pas lieu d'en ajouter une troisième : que l'on pourrait formuler ainsi : certaines limitations à la liberté des parties peuvent

Source : BIU Cujas

bonnes moeurs en l'absence de textes.

résulter des principes techniques du droit des contrats.

Ajoutons que ce n'est pas seulement dans le Code civil que nous trouvons des articles qui font allusion à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Nous en rencontrons deux qui sont bien connus dans le Code de procédure civile. D'abord l'article 83 du Code de procédure civile qui énumère les causes qui doivent être communiquées au ministère public, et déclare qu'il faut lui communiquer parmi ces causes : celles qui concernent l'ordre public. Enfin un texte fameux l'article 46 de la loi du 20 Avril I8I0 qui a donné lieu à une longue discussion. C'est la loi sur l'organisation de la magistrature, elle détermine quels sont les pouvoirs du Ministère public en matière d'application de la loi. L'article 46 est composé de deux paragraphes difficiles à accorder entre eux.

3- les principes techniques du droit des contrats.

Textes se référant à l'ordre public en dehors du C.C.

Art. 83 C. Pr. C.

Art. 46 de la loi de I8I0

" § I : en matière civile le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ". Ce qui veut dire, dans les cas où la loi lui en donne le droit, le ministère public peut agir alors même que les particuliers n'agiraient pas. Exemple : la rectification des actes de l'état-civil peut être demandée par le ministère public (art. 99 Civ.) il y a des nullités absolues de mariage qui peuvent être demandées devant les tribunaux par le Ministère public dans le silence des parties intéressées (art. I84) § 2 "le ministère public surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public".

Ces deux alinéas ont donné lieu à une discussion qui consiste à savoir si vraiment le ministère public peut agir d'office en dehors des cas où la loi l'y autorise expressément quand l'ordre public y est intéressé (renvoi aux traités de procédure civile). Ceci dit, je reprends l'étude des trois limitations annoncées.

Première limitation : les lois impératives - les lois auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger.

I - Limitation résultant des lois impératives.

Nous avons dit précédemment qu'il y a dans la matière du droit privé, dans la matière du droit en général, deux groupes de lois : les lois impératives et les lois supplétives. On appelle souvent ces dernières des lois facultatives ou déclaratives. Expressions inexactes. Le mot déclaratif est mauvais, car il laisse supposer que le législateur déclare la volonté présumée des parties. L'épithète de facultative doit être rejetée, car elle laisse supposer que ce sont des

De la distinction des lois impératives et des lois sup-

Source : BIU Cujas

lois qui n'ont pas force de loi comme les autres. La seule épithète exacte est celle de loi supplétive.

Les lois supplétives sont des lois qui sont impératives au second degré, à la différence des lois impératives proprement dites. Je dis qu'elles sont impératives au second degré, en ce sens que les parties ne sont pas obligées de se soumettre à leurs dispositions. Elles peuvent, si elles le préfèrent et en vertu du principe de la liberté contractuelle, en écarter l'application et faire la loi de leur contrat. Mais elles sont impératives au second degré en ce sens et c'est ce qui se produit le plus souvent dans la pratique, que si les parties n'ont pas manifesté leur intention de déroger à ces lois, si elles n'ont pas réglé elles mêmes expressément les effets de leur contrat, c'est alors la loi supplétive qui s'applique. Les contractants sont alors soumis à l'empire de ces lois comme à celui de toute autre loi.

C'est en vain qu'on a accumulé les discussions pour soutenir qu'il n'y a pas de lois supplétives et que toutes les lois sont impératives. Ce sont des discussions hors de propos. Il suffit d'ouvrir le code civil pour constater l'existence de ces deux groupes de lois.

Quelles sont les lois impératives. Obscurité que laisse peser sur ce point la rédaction de l'art. 6

Il s'agit de savoir quelles sont les lois impératives. Si nous consultons l'article 6 nous voyons que c'est un texte que l'on peut retourner comme l'on veut "On ne peut pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre public. L'on peut dire aussi : l'ordre public se compose des lois auxquelles on ne peut pas déroger. Seulement l'article 6 ne nous apprend pas grand chose. Pour l'éclairer il faudrait savoir ce que c'est que cette fameuse notion de l'ordre public et celle de bonnes moeurs. Le premier point à développer est donc d'étudier la notion d'ordre public et de bonnes moeurs Nous nous demanderons en second lieu si toutes les lois impératives sont bien des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

En troisième lieu nous nous demanderons à quoi on peut dans le silence du législateur reconnaitre qu'une loi est impérative ou supplétive.

Je dis d'abord loi impérative pour abréger parce que j'entends par loi impérative aussi bien la loi qui ordonne que celle qui défend, et qu'on peut appeler loi prohibitive.

I - La notion d'ordre public et de bonnes moeurs

I - Essayons donc d'éclairer cette notion d'ordre public et celle de bonnes moeurs.

D'où vient cette expression que par une infirmité de notre esprit nous sommes incapables de définir d'une façon claire ? Il y a ainsi certaines notions

Source : BIU Cujas

Origine de l'expression ordre public

premières que l'esprit conçoit et dont il ne peut pas donner une définition précise. Est-elle moderne ? Je l'ai cru longtemps. En effet nous ne la trouvons pas chez Pothier chez qui il n'est jamais question d'ordre public. Pothier parle de la bonne foi, de la justice, des lois, mais l'expression d'ordre public ne se trouve pas dans ses écrits.

Pas de mention de l'ordre public chez Pothier

Voici notamment dans son Traité des obligations, n° 43, ce qu'il dit et qui correspond à l'article 1133 du code civil : "Lorsque la cause par laquelle l'engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme". L'article 1133 dira : la cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public

Ce n'est pas dans Pothier que les rédacteurs du Code civil ont pris la seconde expression. Si nous lisons la suite des explications de Pothier dans son Traité des obligations n° 37 nous trouvons cette phrase : un fait qui est contraire aux lois ou aux bonnes moeurs. Et dans son Introduction au titre de la Communauté conventionnelle de la Coutume d'Orléans nous trouvons une expression analogue au n° 34. "Régulièrement toutes conventions sont permises dans un contrat de mariage il faut en excepter 1° : celles qui blesseraient la bienséance publique (ce sont les moeurs la morale) 2° : celles qui tendraient à éluder quelque loi prohibitive ". Pothier n'employait pas l'expression d'ordre public. C'était un homme qui avait l'esprit clair et il devait sentir que cette expression ne l'était pas. Mais il est probable qu'il ne la connaissait pas. Dans Domat pas davantage n'apparait l'expression d'ordre public. Lui aussi dit : la convention est libre pourvu qu'elle n'ait rien de contraire aux lois ou aux bonnes moeurs. Lois civiles, tome I, livre I, titre I, section 2 : "Les conventions devant être proportionnées aux besoins où elles se rapportent, elles sont arbitraires et telles qu'on vaut, et toute personne peut faire toutes sortes de conventions pourvu seulement que la personne ne soit pas incapable de contracter et que la convention n'ait rien de contraire aux lois ou aux bonnes moeurs ".

Chez Domat : intérêt public - ordre-

Mais ailleurs il parlera de l'intérêt public, ce qui ressemble déjà à notre notion de l'ordre public. Section 4 n° 1 : "Pourvu dit il, qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes moeurs "et plus loin" il est de l'équité et de l'intérêt public ....."

Donc l'expression elle-même ne se rencontre pas, pourtant j'ai trouvé d'autres passages où il parle de

Source : BIU Cujas

lois qui blessent l'ordre. Cela se rapproche de l'ordre public. C'est dans son premier Traité qui précède les lois civiles, livre I, chapitre 5 n° 3 "Chaque particulier étant lié à ce corps de la société dont il est membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre" et il ajoute : "l'engagement de chaque particulier à ce qui regarde l'ordre de la société dont il fait partie, ne l'oblige pas seulement à ne rien faire à l'égard des autres qui blesse cet ordre, mais ..... etc". Enfin, cette expression :"ceux qui violent les bonnes moeurs, la pudeur ou l'honnêteté d'une manière qui blesse l'ordre extérieur".

L'ordre public chez Bossuet

Je m'imaginais que cette expression d'ordre public devait appartenir au langage révolutionnaire et j'avais l'intention de poser la question au Doyen Ferdinand Brunot, mais M. Joseph Barthélemy m'a révélé que cette expression n'avait fait que changer de sphère et qu'il l'avait relevée dans Bossuet : "Si le prince n'est ponctuellement obéi, l'ordre public est renversé et il n'y a plus d'unité, par conséquent plus de concours ni de paix dans un Etat".

Disparition de l'expression des Codes modernes

Les codes modernes n'emploient plus cette expression et ils n'ont pas tort. Le Code civil allemand en particulier ne s'en sert pas. Il se contente de l'expression de bonnes moeurs à laquelle tout naturellement, par le fait qu'elle n'est pas accolée à celle d'ordre public, on donne dans la doctrine allemande et dans les textes allemands, un sens plus étendu que chez nous. L'expression de bonnes moeurs correspond à quelque chose de plus concret que l'expression d'ordre public. Nous trouvons la même formule dans le Code civil suisse dans le livre des Obligations, livre 5 article 20 : "Le contrat est nul s'il a pour objet une chose illicite contraire à la loi ou aux moeurs. Article I57 : "Lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte, soit une omission illicite ou contraire aux moeurs, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet".

Dans un code récent qui est renommé parmi les Codes bien rédigés, le Code civil brésilien de I916, il n'est question ni de l'ordre public ni des bonnes moeurs. Ce n'est pas qu'il soit plus immoral que les précédents, mais il a jugé inutile de parler même des bonnes moeurs, jugeant suffisantes par conséquent les prohibitions prononcées par la loi.

Emploi incessant de l'expression en droit interne et en droit international

Cette expression d'ordre public revient à chaque instant, non seulement dans le droit interne, mais dans le droit international privé. Mais ce serait sortir de notre domaine que de rechercher si l'ordre public international est le même que l'ordre public interne. Sur le terrain du droit interne, cherchons la défini-

tion qu'on peut donner de l'ordre public.

Quelques définitions de l'ordre public. Leur insuffisance.

Les définitions qu'on en donne sont aussi vagues que le mot. Japiot, dans sa thèse sur les nullités Dijon I909 page 302, a dit joliment : "L'ordre public emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne. Pratiquement sa supériorité s'est manifestée surtout par ce fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir". Il n'y a rien de plus vrai que cette observation. Les formules que nous trouvons varient d'auteur à auteur. Elles n'en valent pas mieux pour cela. Toullier ne le définit que par opposition.Il nous dit "Les citoyens peuvent renoncer aux dispositions des lois introduites en leur faveur". Par conséquent pour lui les lois d'ordre public sont les lois qui ne sont pas introduites en faveur des citoyens. Je ne vois pas bien ce que signifie cette formule.

Les lois d'ordre public, nous dit Demolombe, ont pour but, directement ou indirectement, l'intérêt général, l'intérêt public. Et il oppose à l'intérêt général et à l'intérêt public, l'intérêt des particuliers Cela revient à opposer le droit public au droit privé. Ici nous ne nous occupons pas du droit public, mais il y a des lois d'ordre public dans le droit privé. Donc opposer le droit public en droit privé cela ne mène à rien. Marcadé, un des commentateurs du XIX° siècle renommé par la vigueur de son esprit, donne une définition qui correspond à peu près à celle de Demolombe : "Les lois qui ne sont pas d'ordre public sont les lois dans lesquelles le législateur s'occupe uniquement de l'intérêt privé des personnes". C'est toujours l'idée qu'il y a un intérêt privé distinct de l'intérêt public. Après tout il y a là quelque chose de vrai

Quand on réglemente la vente on s'occupe de l'intérêt privé des personnes. Il y a dans la vente des articles auxquels on ne peut pas déroger. Il y a donc dans les mesures qui concernent l'intérêt privé des personnes des mesures qui sont d'ordre public.

Aubry et Rau, nos plus grands civilistes, dans le tome I § 36, cherchent à faire une énumération des lois d'ordre public. Ils nous citent des lois constitutionnelles, les lois administratives, les lois criminelles. Tout cela est en dehors de la difficulté. "Ainsi, ajoutent-ils, sont d'ordre public toutes les lois qui rentrent dans les lois de police" (il est certain que la police des rues et la police de la circulation concernent l'ordre public) "et toutes les dispositions concernant l'état des personnes, l'autorité paternelle, la puissance maritale, les institutions destinées à protéger les incapables, les individus in-

Source : BIU Cujas

capables de gouverner leur personne ou de gérer leurs biens (voilà des lois d'intérêt privé) et la capacité juridique exigée soit pour tous les actes de la vie civile en général, soit pour quelqu'un en particulier" Voilà une énumération qui nous donne une idée du domaine très vaste que peut embrasser l'ordre public. Puis ils ajoutent : "Chacun est libre de déroger en renonçant au bénéfice des lois qui ne sont pas d'ordre public, aux dispositions légales qui ne sont introduites qu'en faveur de l'individu et qui n'ont en vue que son intérêt privé". C'est la formule de Marcadé de Demolombe qui réapparait. On oppose l'intérêt privé à l'intérêt public.

"Il en est ainsi, continuent Aubry et Rau, sauf défense contraire, même en ce qui concerne les dispositions légales, qui bien que fondées sur un motif d'utilité générale n'ont cependant pour objet que la protection d'intérêt privé, sans toucher en aucune manière à l'ordre public". Après cette addition, on détruit tout ce qui vient d'être dit.

Planiol s'inspire de la définition d'Aubry et Rau, n° 291 : "Une loi peut appartenir au droit privé et être cependant d'ordre public (c'est incontestable) il en est ainsi toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi". Ce n' st pas mauvais comme définition. Pour éclairer sa formule Planiol essaie de grouper les lois d'ordre public, et il y range, ne parlant que du droit privé I° les lois sur l'état et la capacité, 2° les lois sur l'organisation de la propriété, 3° les lois de protection des tiers, 4° les lois qui ont pour objet la protection des contractants. Un autre essai de définition a été tenté dans une thèse sur l'ordre public en droit interne, Marmion, Paris, 1924. Cette thèse a jeté quelques lueurs sur la matière et c'est déjà un beau résultat. Pour Marmion, l'ordre public comprend toutes les lois impératives ou prohibitives.

Définition proposée

Toutes ces tentatives de définitions sont donc insuffisantes. Que peut-on dire de mieux ? Après y avoir réfléchi, je dirais plus volontiers : "L'ordre public est la discipline imposée aux individus, d'une part, en vue d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement de l'organisation sociale, et, d'autre part, en vue de maintenir un minimum de justice dans les rapports sociaux".

Caractère variable et provisoire de la

Ceci expliquerait toutes les lois récentes qui sont d'ordre public et qui limitent la liberté des contractants dans les contrats d'adhésion.

Source : BIU Cujas

notion d'ordre public

Mais il faut ajouter tout de suite que l'ordre public est une conception essentiellement provisoire, variable suivant les époques, de l'intérêt général. C'est une conception de ce qu'exige le milieu social, conception qui varie suivant les époques. Notre conception de l'ordre public n'est pas celle que l'on avait au moment de la rédaction du code.

Telle clause qui parait contraire à l'ordre public à un moment sera estimée permise à une autre époque et vice versa.

Conception de M. de la Morandière d'après laquelle la notion d'ordre public doit être envisagée elle même et souvent indépendamment des textes/

Il reste, à propos de cette notion de l'ordre public à faire encore quelques observations.

D'abord un mot du système proposé par M. de la Morandière, dans son cours sur la notion de l'ordre public, en droit interne. Il se place à un point de vue différent de celui auquel se placent ordinairement les auteurs, point de vue qui est assez intéressant mais qui a besoin d'être un peu plus précisé. D'après lui pour déterminer ce qu'est l'ordre public, il faudrait considérer non seulement les lois elles mêmes, mais les actes juridiques, les contrats.

Ce n'est pas seulement dit il par les caractères de la loi que l'on peut trouver une notion précise de l'ordre public, et il insiste sur le terme qu'emploie l'article 6 : "On ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public". Il y a dit il un certain nombre de lois qui intéressent l'ordre public. On ne peut pas dire à proprement parler qu'elles soient d'ordre public mais ces lois peuvent dans certains cas interdire certaines conventions entre particuliers. Il y a des conventions entre particuliers qui pourront être permises par ces lois, d'autres qui ne le seront pas, et pour lui il faut regarder davantage du côté de la convention que du côté de la loi. Sans doute reconnait il qu'on ne peut pas faire abstraction de la loi elle-même, ni de la pensée du législateur, mais le caractère d'ordre public ne doit pas être envisagé uniquement comme étant un caractère de la loi. La question d'ordre public doit être considérée en elle même et souvent indépendamment des textes.

Il y a dans théorie un fond d'exactitude. Il est certain qu'on ne peut pas faire abstraction de la loi surtout en présence des lois actuelles dans lesquelles on trouve si souvent cette formule : "La présente loi est d'ordre public". Les dispositions de la loi sont d'ordre public". On ne peut pas y déroger. Mais il est vrai qu'étant admis qu'une loi présente ce caractère, il s'agit encore de rechercher cependant ce qu'elle a voulu interdire, quelles sont les conventions qui sont prohibées par elle, et quelles sont au contraire celles

Source : BIU Cujas

qui pourraient s'accorder avec cette convention. En particulier on en trouve un exemple dans cette loi du 3 Août 1914, qui a établi le cours forcé des billets de la Banque de France et de la Banque d'Algérie Cette loi s'est contentée de dire qu'à l'avenir, c'est à dire tant qu'a duré le régime du cours forcé, la Banque de France et la Banque de l'Algérie étaient dispensées de rembourser en or leurs billets. Que fallait-il en conclure ? Fallait-il en conclure que les clauses de paiement en or, en valeur or, ou en monnaies étrangères appréciées, c'est-à-dire ayant gardé au cours du change leur valeur, étaient prohibées par le fait de cette disposition ? La loi ne le disait pas et c'est une question qui a été très vivement discutée par les auteurs, et en jurisprudence, la jurisprudence s'est prononcée, pour des motifs que nous n'avons pas à étudier ici, pour la nullité de ces clauses tandis que la grande majorité de la doctrine en affirmait la validité. Ici donc en présence d'une loi déterminée, dont le caractère d'ordre public est incontestable, puisqu'il s'agissait de sauver le trésor de guerre de la France, on pouvait se demander si telle clause, si telle convention pouvait se concilier avec la disposition légale, ou si elle n'y était pas contraire. Il y a donc quelque chose de vrai dans cette idée développée par M. de la Morandière, mais il faut remarquer qu'elle s'applique surtout dans le cas où il y a absence de textes, où il n'y a pas de loi qui défende un acte et où il faut se demander si cet acte est contraire à la notion d'ordre public en général, abstraction faite d'une loi en particulier, ce qui est la seconde limitation que nous aurons à étudier.

La conception de M. Ripert sur l'ordre public ramenant celui-ci à des limitations apportée à la liberté de l'individu du fait des groupements superposés auxquels il appartient.

D'autre part, M. Ripert, qui a fait un cours en 1930-1931 sur les limites à la liberté de contracter, a naturellement été aux prises au début de ce cours avec la notion d'ordre public, et, en en constatant le vague, l'inconsistance, il est arrivé à cette conclusion que mieux valait l'abandonner car on n'en pouvait pas tirer un criterium suffisant, et il y a substitué d'autres critères. Il a constaté que l'homme fait partie de groupements sociaux, familial en premier lieu, groupements politiques ou étatiques, d'autre part, groupements corporatifs, car la plupart des hommes adhèrent à des associations ou à des groupements économiques, c'est à dire groupements d'individus en vue de défendre leurs intérêts, ou de gagner de l'argent, telles les sociétés, enfin, que les hommes font partie d'une grande communauté morale, que le droit seul ne règle pas les rapports des individus

Source : BIU Cujas

mais qu'ils sont également dominés par les règles de la morale, et il établit que le fait même d'appartenir à ces divers groupements impose à l'homme des limites à sa liberté, le soumet à des règles impératives auxquelles il ne peut pas se soustraire. Tous ses développements ont consisté à étudier les diverses limitations que l'on peut rattacher à ces idées et ces notions de groupements dans lesquels l'homme se trouve enfermé. Tout ceci montre bien que la notion d'ordre public est vague, insuffisante et qu'il est bien difficile de préciser son étendue.

Pour le moment, nous nous en tenons à ce que nous appelons les lois d'ordre public et j'arrête là mes observations sur l'ordre public, sentant bien ce qu'elles ont d'incomplet, d'imparfait.

Les bonnes moeurs; synonymie de cette expression avec celle de morale

A côté des lois qui intéressent l'ordre public, la loi cite les lois qui intéressent les bonnes moeurs L'expression de bonnes moeurs est plus facile à définir. Les bonnes moeurs se rattachent de très près à l'ordre public.

Que faut il entendre par les bonnes moeurs ? L'expression me parait synonyme de celle de la morale. Les bonnes moeurs sont l'ensemble de ces règles qui s'imposent à l'homme vivant en société et qui sont en principe autre chose que les règles juridiques. Ordinairement et dans tous les ouvrages sur la philodophie du droit, on fait une distinction entre la morale et le droit. Il est banal de dire que l'organisation sociale repose à la fois sur le droit et sur la morale, spécialement sur la morale collective que l'on vise particulièrement ici. La morale collective comprend donc l'ensemble des préceptes qui, suivant une conception régnante à une époque, sont considérés non pas par l'unanimité des hommes mais par leur très grande majorité, comme des règles de conduite qui s'imposent que chacun doit respecter sous peine d'encourir la réprobation générale. L'ensemble de ces règles de conduite est encore quelque chose sur lequel on peut discuter. Il est bien certain que la morale d'un bourgeois peut ne pas être celle d'un ouvrier, la morale d'un homme conservateur, ne pas être celle d'un socialiste, mais il y a un fond d'idées morales qui s'imposent à un moment donné dans une société, et ce qui nous a peut être le plus choqués dans le régime soviétique c'est que tout ce que nous considérions comme le fondement de la morale, le fait de tenir la parole donnée, de ne pas mentir, a été considéré par les bolchevistes comme des préjugés. Il y a un fond de règles devant lesquelles on s'incline, et il y a des actes qui soulèvent la

Source : BIU Cujas

réprobation générale. Ce fond d'idées commun sur le bien, le juste, on peut dire qu'il forme ce que l'on appelle, d'une expression qu'aiment les sociologues, la conscience commune d'un pays à un moment déterminé.

Le domaine respectif et le domaine commun du droit et de la morale. Exemples de lois fondées sur des considérations morales.

Le droit et la morale ajoute-t-on ont deux domaines distincts. Le droit en principe ne s'occupe pas de la morale; les deux domaines sont séparés, les règles de droit sont sanctionnées par la contrainte, les pouvoirs publics tiennent la main à ce que les règles de droit soient respectées, et celui qui ne les respecte pas est soumis à la contrainte de l'autorité. Les règles de la morale ne sont pas sanctionnées matériellement, elles ne sont sanctionnées que par la réprobation qui s'attache à certains actes, mais si la morale et le droit ont deux domaines distincts, ils ont le même centre s'ils n'ont pas la même périphérie, et il y a des préceptes moraux qui sont sanctionnés par le droit. Il y en a qui ne sont pas sanctionnés par le droit, tel le devoir de respect des enfants envers les parents. Le Code civil dans l'article 371 nous dit que les enfants doivent à tout âge honneur et respect à leurs parents, mais cette prescription n'a pas de sanction juridique. De même pour l'obligation alimentaire vis à vis des parents, entre lesquels la loi ne l'établit pas; l'obligation alimentaire entre les frères et soeurs est sanctionnée par la morale et non par le droit. L'inceste est un crime aux yeux de la morale et non à ceux de la loi. A l'inverse, il y a des principes de morale qui deviennent des principes de droit. Les crimes et délits punis par le Code pénal, sont pour la plupart des actes immoraux qui appellent la réprobation publique. De même, en droit privé, il y a des lois qui interdisent certains actes, certaines conventions parce qu'elles sont immorales. D'une façon générale nous trouvons des textes comme l'article 900 qui nous dit que dans une donation on ne peut pas insérer une condition contraire à la morale. L'article 1172 en dit autant en ce qui concerne les actes onéreux. L'article 1387 nous dit que dans un contrat de mariage les époux peuvent faire librement leurs conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs. Voici quelques exemples de lois qui sont fondées sur des considérations morales. La loi interdit toute donation qui assimilerait un enfant naturel à un enfant légitime. Les père et mère d'un enfant naturel ne peuvent lui donner plus que ne leur permet la loi. De même on interdit les donations qui seraient faites à une personne en vue d'établir entre elle et le donateur des relations illicites. Les lois qui interdisent le ma-

Source : BIU Cujas

riage entre proches parents sont des lois destinées à faire respecter la morale dans la famille. L'article I965 C.C. n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. C'est un article qui repose sur des considérations morales. Les lois qui intéressent les bonnes moeurs sont certainement moins nombreuses que celles qui intéressent l'ordre public, mais la notion des bonnes moeurs est plus facile à préciser que celle de l'ordre public.

II - Toutes les lois impératives sont elles d'ordre public

Deuxième question : Il s'agit de savoir si toutes les lois impératives sont des lois d'ordre public ou si parmi les lois impé ratives il y en a qui sont fondées sur des considérations n'intéressant pas l'ordre public ?

Critique de l'opinion assimilant les lois impératives aux lois d'ordre public ou concernant les bonnes moeurs

Ici encore c'est une question fort difficile sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord. Le plus simple serait d'assimiler le caractère impératif de la loi et le caractère d'ordre public et de dire que toute loi impérative est une loi qui intéresse l'ordre public ou les bonnes moeurs. C'est notamment la thèse que soutiennent certains auteurs. On trouve aussi des lois modernes qui énonçant un certain nombre de prescriptions impératives, disent que toutes ces prescriptions sont d'ordre public, semblant ainsi assimiler la disposition impérative à la règle d'ordre public, en particulier c'est la formule que je trouve dans la loi sur les baux à loyer du Ier Avril I926 qui, dans son article 28, s'exprime ainsi : "Les dispositions de la présente loi sont d'ordre public; en conséquence toutes clauses ou conventions contraires même antérieures à la promulgation de la loi sont réputées nulles de plein droit.

Intérêt que présente le point de savoir si une loi impérative est d'ordre public

Quel intérêt y a-t-il à rechercher si une prescription dont le caractère impératif est certain intéresse l'ordre public ou ne l'intéresse pas ? Ne pourrait-on s'en tenir à ce caractère impératif de la loi ?

Au début de ce cours j'étais parti sur cette voie et je voulais me contenter de dire : il y a des lois impératives. Mais la jurisprudence et la tradition attachent certains effets à la violation de l'ordre public, et il s'agit alors de savoir si toutes les lois impératives ont ce caractère et en particulier si la violation d'une loi impérative va produire les effets qui résultent de la violation de l'ordre public.

Intérêt au point de vue de la sanction. Conséquences attachées à la violation d'une loi d'ordre public

Voici les conséquences que la jurisprudence fait découler de la notion d'ordre public (ordre public embrassant les bonnes moeurs). Il est admis qu'une convention contraire à l'ordre public est nulle d'une nullité absolue, c'est-à-dire d'une nullité qui peut être invoquée par tous les intéressés et qui en principe n'

Source : BIU Cujas

est pas susceptible de se couvrir par la prescription. Première conséquence. Or toutes les nullités ne sont pas des nullités absolues. Il y a de simples nullités relatives et il n'est pas admis qu'une nullité d'ordre public soit une nullité relative.

Seconde conséquence : lorsque, dans un procès, le juge a à statuer sur une nullité d'ordre public, la jurisprudence décide qu'il doit relever d'office ce moyen de nullité, quand même celui à qui on oppose la clause contraire à l'ordre public ne se prévaudrait pas de la nullité. Voyez notamment la jurisprudence relative au contrat de travail passé par un mineur âgé de moins de 13 ans avec un patron. La jurisprudence décide qu'un contrat de ce genre est frappé d'une nullité d'ordre public et elle en tire une conséquence très grave pour le mineur lui même. C'est que, s'il est atteint dans son travail par un accident du travail, la loi qui protège les ouvriers contre les accidents du travail ne s'applique pas, parce que cette loi suppose un contrat de travail valable entre le salarié et le chef d'entreprise responsable des accidents, et que, dans ce cas, le contrat est nul d'une nullité d'ordre public.

Troisième conséquence : le moyen de nullité d'ordre public peut être invoqué en tout état de cause, par conséquent non seulement en première instance, mais en appel et, pour la première fois, devant la Cour de Cassation. Voilà les effets que produit la violation d'une règle impérative d'ordre public.

Toute règle impérative ne présente pas les caractères de l'ordre public et sa violation n'entraine pas toujours les mêmes conséquences

Toutes les règles impératives présentent-elles ce caractère, et toute violation d'une règle impérative produira-t-elle cet effet ?

En principe il faut dire non parce qu'il y a bien des cas où la violation n'a pas ces conséquences. Cela m'avait décidé dans mon Introduction à l'étude du droit civil et dans notre Cours élémentaire de droit civil, publié avec Ambroise Colin à distinguer parmi les lois impératives celles qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs, et celles qui sont simplement des lois de protection d'intérêt privé. Je disais il y a des prohibitions, des ordres donnés par la loi qui ont pour but d'assurer le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ordre nécessaire à l'organisation sociale, à l'intérêt social. Puis, il y a des lois qui ont pour but de protéger les intérêts privés, de protéger les incapables, les personnes que leur âge leur sexe, leurs infirmités, rendent incapables de défendre elles-mêmes leurs intérêts et qui pourraient être victimes de leur faiblesse ou de leur inexpérience Telles sont les lois qui frappent d'incapacité les mi-

Distinction parmi les lois impératives entre celles qui intéressent l'ordre public et celles qui sont simplement des lois de protection d'intérêt privé.

Source : BIU Cujas

neurs, les femmes mariées, l'interdit, etc..; telles sont les lois qui permettent à un contractant dont le consentement a été vicié, de demander l'annulation du contrat pour cause d'erreur, de dol, de violence. Ces dernières lois, qui ont pour objet la protection des intérêts des incapables, ou de l'intérêt du contractant, dont le consentement a été vicié, ont pour sanction une nullité relative et non pas une nullité absolue, c'est-à-dire une nullité qui ne peut être invoquée que par celui dans l'intérêt duquel cette nullité, cette disposition, cette prescription a été établie, et d'autre part si l'incapable lui même ou celui au profit duquel existe la causse de nullité ne la fait pas valoir, le juge ne pourra pas la suppléer d'office, de même que si l'intéressé n'invoque pas cette nullité en première instance, il ne pourra pas l'invoquer plus tard. Il y a donc là des caractères différents qui peuvent déterminer à faire cette distinction.

Sans doute il y a dans cette distinction quelquechose de critiquable et Marmion, dans sa thèse ne manque pas de le critiquer. "Les lois qui protègent les incapables, dit il, sont des lois qui intéressent l'ordre public, l'intérêt social exige que protection soit donnée à ceux qui ne sont pas capables de se défendre eux mêmes, et il y aurait trouble dans la société s'il en était autrement".

D'après lui, peu importe la sanction de la loi, qu'elle soit une nullité relative, ou une nullité absolue, cela n'empêche pas que, dans tous les cas l'orpublpublic ne soit intéressé. Le but est le même, le moyen varie.

La critique n'est pas décisive. Il faut bien reconnaitre et je reconnais que les mesures de protection des incapables édictées par le législateur, intéressent l'ordre public. Je reconnais qu'il est indispensable que, dans une société civilisée, les personnes que l'âge, la condition, les infirmités mettent dans un état d'infériorité ou les personnes dont le consentement se trouve vicié par erreur, dol ou violence soient défendues contre les embûches des tiers de mauvaise foi ou les conséquences d'une administration imprudente de leur patrimoine. Le principe de la protection des incapables est un principe qui intéresse l'ordre public, mais, le mode d'organisation de la protection, le fait de sanctionner la violation de cette protection n'est plus d'ordre public, parce que la nullité est limitée à l'intérêt même de l'individu et qu'il peut s'en prévaloir ou ne pas s'en prévaloir.

Voici un exemple pour éclairer ces explications.

Source : BIU Cujas

Je suppose que dans un contrat passé entre un individu capable et un incapable, il soit dit d'une façon générale : "Il est convenu que l'incapable ne pourra pas se prévaloir de son incapacité et qu'il ne pourra pas demander l'annulation du contrat". C'est une violation de l'ordre public et il n'est pas douteux qu'une clause de ce genre serait frappée d'une nullité d'ordre public. Mais, quand un incapable passe un contrat, sans qu'il y ait une clause comme celle que je viens d'indiquer, quand un incapable passe un contrat sans être habilité, il n'est pas douteux que la nullité est une nullité purement relative et que seul l'incapable peut demander l'annulation du contrat. Celui qui a traité avec lui ne le peut pas. Comme disent les Allemands dans une formule assez saisissante, le contrat est boiteux, il est "claudicans".

On voit que la sanction de la nullité relative ne correspond pas à la conception, aux effets de l'ordre public, et on n'aura pas l'idée de dire dans le langage juridique, pas plus dans la jurisprudence que dans les livres, que le contrat passé par un incapable non habilité, comme le veut la loi, est un contrat contraire à l'ordre public, de telle sorte que l'assimilation que fait Marmion est discutable. Sans doute elle est plus simple, et il semblerait commode de l'accepter. Après tout, assimiler lois impératives et lois d'ordre public, cela parait donner une certaine tranquillité d'esprit, mais elle consiste à fermer les yeux sur les difficultés sans les résoudre, à les ignorer. C'est pourquoi je persiste à penser que toutes les lois impératives ne sont pas des lois d'ordre public.

Admettons donc que toutes les lois impératives ne sont pas d'ordre public, et qu'on ne peut considérer comme lois intéressant l'ordre public que celles dont la violation est sanctionnée par les conséquences que j'ai indiquées tout à l'heure.

Détermination du caractère impératif ou prohibitif d'une loi d'après son texte.
Refus de ce caractère aux lois qui déclarent qu'il est permis de déroger à leurs dispositions

Dernière question : à quoi reconnaîtra-t-on qu'une loi est impérative ou prohibitive ?

Il suffit de consulter le texte de la loi.

D'abord, il y a un certain nombre de lois qui autorisent des conventions contraires. Ce sont des lois supplétives. Je vous ai dit que c'est encore la majorité des dispositions qui réglementent la matière des contrats. Nous trouvons souvent dans les articles du titre des contrats des textes qui posent une règle et ajoutent : sauf stipulation contraire, sauf convention contraire.

On sait alors qu'on n'est pas en présence d'une loi impérative mais d'une loi supplétive.

Voyez l'article I627 à propos de la vente, au su-

Source : BIU Cujas

jet de la garantie contre l'éviction : "Les parties peuvent par des conventions particulières ajouter à l'obligation de garantie ou en diminuer l'effet. Elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie. "Voilà bien le type de la loi à laquelle il est permis de déroger".

L'article I754 à propos du louage d'immeubles, nous dit : "Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire sont les suivantes".

Article I76I : "Le bailleur ne peut résoudre la convention, encore qu'il déclare vouloir occuper les lieux loués et s'il n'y a convention contraire".

Les articles I859 et I763, qui sont des textes relatifs à la société, nous disent : "A défaut de stipulation spéciale sur le mode d'administration de la société, on appliquera les règles suivantes."

Quand on est en face de précisions de ce genre, on sait qu'il n'y a pas de dispositions impératives.

Quand pourra-t-on dire qu'une disposition légale est impérative .

Caractère impératif des lois qui sous des formules diverses interdisent d'aller à l'encontre de leurs dispositions

Très souvent la loi le dit expressément. Elle emploie par exemple ces mots : "Il est interdit de".

L'article 896, à propos des substitutions prohibées nous dit : "Les substitutions sont prohibées". C'est une règle impérative.

La loi dit encore : "on ne peut". L'article II30 alinéa 2, nous dit à propos de l'objet des contrats : "On ne peut renoncer à une succession non ouverte ni faire aucune stipulation sur une pareille succession".

L'article I388, à propos des conventions matrimoniales nous dit "Les époux ne peuvent déroger ....."

D'autres fois, le législateur emploie l'expression : "nonobstant toute clause contraire" qui est l'opposé de celle citée tout à l'heure. Voyez la loi du I3 Juillet I907 sur les biens réservés, que nous appelons la loi sur les biens réservés ou le libre salaire de la femme mariée. Elle débute ainsi : "Sous tous les régimes et à peine de nullité de toutes clauses contraires portées au contrat de mariage, la femme a....." La loi est impérative.

Souvent aussi le législateur dit "à peine de nullité".

Voyez l'article 9II à propos des donations à personnes interposées : "toutes dispositions au profit d'un incapable seront nulles".

Dans les articles I599 pour la vente de la chose d'autrui, et I02I nous trouvons des formules impératives qui suffisent. L'article 930 concerne la forme des donations entre vifs : "Tous actes portant donation

Source : BIU Cujas

entre vifs seront passés devant Notaire". De même pour la formation du contrat d'hypothèque. De même l'article 893 : "On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation ou testament". On ne peut disposer par d'autres procédés.

L'article I394 à propos du contrat de mariage proclame le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales : "toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage". C'est une formule impérative.

Les lois modernes déclarent le plus souvent que leurs dispositions sont d'ordre public : la loi du 9 Avril I898, loi sur les accidents du travail nous dit dans son article 30 : "Toutes conventions contraires à la présente loi sont nulles de plein droit" c'est à dire frappées d'une nullité absolue.

La loi du I3 Décembre I926 sur le travail maritime, article I33. La loi du Ier Avril I926 sur les rapports des bailleurs et des preneurs des locaux d'habitation. Article 28 : Les dispositions de la présente loi sont d'ordre public. Enfin, la loi du I3 Juillet I930 sur le contrat d'assurances, article 2 : "Ne peuvent être modifiées par conventions les prescriptions de la présente loi". C'est une formule bien nette. Tout est impératif dans cette loi sauf l'énumération limitative des articles auxquels il peut être dérogé.

Caractère impératif de certaines lois qui cependant n'ordonnent ni ne défendent.

Quand on est en présence de formules de ce genre, il n'y a pas d'hésitation. Mais que décider quand il n'y a pas de formules analogues dans une loi ? Une loi qui n'ordonne pas ou qui ne prohibe pas peut elle être considérée comme impérative ? C'est une question très délicate. Peut-on la résoudre en principe ? Je le crois.

En principe, quand une loi ne prohibe pas ou n'ordonne pas, elle n'est pas impérative, elle est supplétive. Etant donné le principe de la liberté contractuelle, étant donné que les contractants sont libres de faire tous les contrats qu'ils veulent, d'y insérer toutes les clauses qu'ils veulent à moins que la loi ne l'interdise, la règle est la liberté des contrats. En conséquence; la solution me parait s'imposer; la loi n'est pas impérative lorsque le législateur ne l'a pas proclamée telle. Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse pas y avoir des lois impératives alors même que le législateur ne l'a pas dit, cela peut arriver, mais cela ne peut arriver que s'il résulte des considérations qui ont fait adopter la loi, qui l'ont fait établir, qu'il a été dans l'intention du législateur, bien qu'il ne l'ait pas dit, de lui donner le caractère impératif.

Source : BIU Cujas

Donc la solution à mon avis est que lorsque la loi n'est pas déclarée impérative, elle ne l'est pas, à moins qu'il ne résulte des circonstances qui l'ont entourée que l'on doive lui reconnaître ce caractère.

Lorsqu'il n'est pas dit dans la loi si la disposition édictée a un caractère impératif, c'est alors aux tribunaux qu'il appartient de décider, d'abord si elle est impérative, et non pas seulement supplétive, et en outre, si, étant impérative, elle est fondée sur des considérations d'ordre public. Pour faire cette double recherche, ils s'inspireront des circonstances dans lesquelles la loi a été votée, de la pensée du législateur, du but poursuivi, et ils rechercheront si les conventions qui peuvent être contraires à la disposition légale sont ou non interdites, violent ou ne violent pas l'intérêt général, c'est-à-dire l'ordre public. Mais, dans cette recherche le juge ne jouira pas d'un pouvoir d'appréciation absolu. Les juges du fond sont soumis en ce qui concerne cette double question au contrôle de la Cour de Cassation. Ce contrôle ne peut faire aucun doute puisqu'il s'agit de déterminer le caractère, la nature d'une disposition légale. La Cour de Cassation se fondera en conséquence soit sur l'article 6, soit sur le texte visé lui même. Mais, pour vous montrer les difficultés auxquelles on peut se heurter dans la recherche de ces caractères je prendrai quelques exemples.

Difficultés qu'il y a à déterminer le caractère d'ordre public d'une disposition légale.

La prohibition de la preuve testimoniale au delà de 500 frs (art. I34I)

En premier lieu, l'article I34I du Code civil qui prohibe la preuve testimoniale contient une double règle : il doit être passé acte devant un Notaire ou sous signature privée de toute chose excédant la somme ou la valeur de 500 francs.

Sous l'empire du code civil, c'était I50 francs que la loi du Ier Avril I928 a transformés en 500 francs pour tenir compte de la dépréciation du franc. Voilà donc la première règle. Il doit être passé acte écrit de toute opération juridique excédant la valeur de 500 francs.

La seconde règle est ainsi énoncée dans l'article "Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur nominale de 500 francs." Cette seconde règle signifie que lorsque les parties ont constaté par écrit leurs conventions quel qu'en soit le chiffre, l'une d'elles ne peut pas demander, quand même il serait inférieur à 500 frs, à compléter par témoins ou à modifier par la preuve par témoins, les énonciations de l'écrit. Ces deux règles paraissent bien être impératives et intéresser l'ordre

Source : BIU Cujas

public. Voyez comment elles sont rédigées : "Il doit être passé acte, et "il n'est reçu aucune preuve par témoin, contre et outre le contenu aux actes". Cette formule semble bien être une formule qui n'admet pas de dérogation.

La règle parait à la fois impérative et d'ordre public

D'autre part, si on remonte à leur origine, les deux règles contenues dans l'article I34I paraissent intéresser l'ordre public. Elles datent de l'Ordonnance de Moulins de I566. Avant cette ordonnance on admettait la règle contraire que l'on formulait dans cet adage : "Témoins passent lettre", c'est à dire que la preuve par témoins était toujours autorisée. Or, pourquoi l'Ordonnance de Moulins a-t-elle renversé la règle antérieure et a-t-elle substitué la preuve par écrit à la preuve par témoins ? Parce que, ont dit ses auteurs, le témoignage est faillible et l'expérience montre que le témoignage est souvent fait autant d'imagination que de réalité; d'autre part, le témoignage peut être sollicité par le plaideur qui peut arriver à trouver des témoins complaisants, ce que notre vieux Loysel exprimait en disant : "Qui mieux abreuve, mieux preuve".

Il faut ajouter que l'expérience montre que l'admissibilité de la preuve par témoins dans toutes les instances civiles favorise la chicane et l'esprit processif. Cela peut être peut paraitre surprenant et les partisans de la preuve testimoniale, car il en est qui contestent la règle de l'article I34I, opposent l'usage suivi devant les tribunaux de commerce. Devant les tribunaux de commerce, la preuve testimoniale n'est pas de droit mais les juges peuvent l'admettre. C'est dit dans l'article I09 du Code de commerce. Mais on répond d'une façon juste à mon avis qu'il y a une grande différence entre les habitudes des commerçants et celles des non commerçants. Le commerçant doit être l'esclave de la parole qu'il a donnée, sous peine de perdre tout crédit auprès de ceux avec lesquels il est en relations d'affaires. Bien des affaires en matière commerciale se traitent sans exiger un écrit, il n'en est pas de même entre particuliers non commerçants. Et, entre particuliers non commerçants, le législateur a bien fait pour éviter les procès et les chicanes d'exiger la rédaction d'un écrit. Etant données les raisons qui ont fait établir cette double règle on peut dire qu'elle est à la fois impérative et d'ordre public. C'est en effet la solution admise par la doctrine.

Mais il est curieux de constater que la jurisprudence est d'un sentiment contraire et voici quel est l'intérêt de la question. Il se présente dans les cas

Source : BIU Cujas

Solutions jurisprudentielles : le juge ne peut pas refuser d'office l'admission de la preuve testimoniale. Il ne peut pas suppléer d'office ce moyen de nullité.

suivants : I - les personnes qui font un contrat excédant la valeur de 500 francs peuvent-elles convenir que la preuve de ce contrat pourra être faite par témoins contrairement à la prescription de l'article 1341 ? Est-il permis, en d'autres termes de déroger à cette règle qui veut qu'on fasse un écrit au dessus de 500 francs ? Et même si les parties ont constaté par écrit leurs conventions, peuvent elles décider qu'elles auront le droit de prouver par témoins contre et outre le contenu de cet acte, c'est à dire prouver par témoins les clauses ou les conventions de dernière heure qui ont pu modifier cet écrit et qu'on n'y a pas contresignées ? 2 - Supposons que les parties n'aient rien dit, qu'elles aient rédigé un écrit, ou qu'elles n'en aient pas rédigé, et que l'un des plaideurs demande à prouver par témoins une modification aux stipulations de l'écrit, une addition qu'il prétend avoir été verbale aux stipulations écrites, ou qu'il demande à prouver par témoins la convention elle même si elle n'a pas été écrite; et supposons que l'adversaire ne s'y oppose pas. Le juge devra-t-il d'office repousser le moyen de preuve proposé, refuser l'enquête ou bien ne pourra-t-il pas le rejeter ? Cela dépend du point de savoir si l'on considère la règle comme étant ou n'étant pas d'ordre public. 3- Le contractant qui aura laissé faire l'enquête sans protester, qui aura donc accepté que l'autre partie fasse la preuve par témoins, pourra-t-il ensuite, dans le cours du procès, invoquer la nullité de ces témoignages, soit en appel, soit même pour la première fois devant la Cour de Cassation.

La jurisprudence se prononce pour la validité de la preuve par témoins et divers arrêts de Cassation ont décidé : I° que le contractant qui a laissé son adversaire user de la preuve par témoins ne peut plus invoquer la nullité, soit en appel, soit devant la Cour de Cassation, et que d'autre part le juge ne peut pas suppléer d'office ce moyen de nullité. Voyez notamment un arrêt de la Chambre des requêtes du Ier Août 1906, au Dalloz 1909, I, 308. Le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen de nullité de la preuve testimoniale. Il ne peut donc pas se refuser d'office à l'admission de la preuve testimoniale. Je cite deux autres arrêts, l'un de la Chambre civile du 8 Juin 1896, Dalloz 1897, I, 464, Sirey 1897, I, 168, et l'autre de la Chambre des Requêtes Dalloz 1905, I, 428, qui ont décidé que le défendeur qui ne s'oppose pas à la preuve par témoins que son adversaire a administrée est censé renoncer au bénéfice de l'article 1341.

Je relève enfin un dernier arrêt à la Gazette du

Source : BIU Cujas

Palais, Cour d'Appel de Colmar du 4 Novembre I932 (Gazette du Palais du 7 Janvier I933) dans lequel il est dit que l'article I34I du code civil n'est pas d'ordre public et qu'en conséquence s'agissant d'une action en réparation du préjudice causé par la rupture d'une promesse de mariage, l'exception, tirée de ce que la promesse, base de l'action a été établie par témoins, par enquête, se trouve couverte par le fait que le défendeur ne s'est pas opposé à l'administration de ce mode de preuve. Le défendeur qui a fait la promesse de mariage et qui a laissé son adversaire prouver par témoins la promesse, ne peut pas invoquer la nullité de cette preuve en se fondant sur l'article I34I. Je n'ai pas relevé de décision disant formellement que les parties en contrac tant peuvent autoriser contrairement à l'article I34I la preuve par témoins soit de leurs conventions, soit des modifications qu'elles prétendraient y avoir été apportées et qui ne seraient pas relevées dans les écrits. Mais cette conséquence découle logiquement des décisions que je viens de vous citer.

Ainsi vous voyez, qu'en ce qui regarde un texte important, l'article I34I, qui concerne la preuve, il y a opposition de vues entre la dictrune et la jurisprudence; la doctrine admettant que les deux règles de cet article sont impératives et d'ordre public et la jurisprudence se prononçant en sens opposé.

e principe de
'autorité de
a chose jugée
art. I35I

Une autre difficulté analogue se présente toujours en matière de preuve, au sujet de l'article I35I qui pose le principe de l'autorité de la chose jugée. La chose jugée doit être tenue pour vraie, res judicata pro veritate habetur. Cette règle fondée sur une présomption qui peut être contraire à la réalité, car il se peut que les juges aient mal jugé, qu'ils se soient trompés, parait nécessaire dans l'intérêt général. Elle parait bien fondée sur un intérêt d'ordre social, en effet elle a pour but d'empêcher qu'on ne recommence un procès qui a été définitivement jugé. La tranquillité des particuliers, la dignité de la magistrature, exigent qu'un procès qui a été tranché par un tribunal ne soit pas à nouveau porté devant la justice parce que des décisions contradictoires qui pourraient être rendues par les tribunaux successivement saisis, ébranleraient la confiance en la justice, et parce qu' aussi il faut empêcher que des questions jugées ne soient à nouveau débattues. Il y a un intérêt général à ce que ce qui a été jugé soit définitivement abandonné. Donc ce sont là des raisons d'ordre public et cette présomption est une présomption qui a une grande

Source : BIU Cujas

force; il est admis par la jurisprudence qu'elle résiste même à l'aveu et au serment, ce qui veut dire que quand même la partie qui a gagné son procès avouerait qu'en réalité la demande de son adversaire était fondée, la présomption s'appliquerait. La présomption ne cède donc pas devant un aveu de celui qui a gagné son procès, et de même, si l'autre partie lui déférait le serment et que la partie qui a gagné le procès refusât de prêter le serment à elle déféré, la présomption n'en subsisterait pas moins.

Voyez un arrêt de la Chambre des requêtes du I9 Octobre I886, Dalloz I887, I, I65. La jurisprudence admet même que l'exception de chose jugée peut être opposée par l'intéressé en tout état de cause, c'est à dire en appel pour la première fois. Paris 26 Octobre I893, Dalloz I894, 2, 524.

Le défendeur peut renoncer à cette présomption et ne peut l'invoquer pour la première fois en cassation

Pourtant la Cour de Cassation nous affirme dans ses arrêts que l'exception de la présomption de la vérité de la chose jugée n'est pas d'ordre public, que le défendeur peut y renoncer expressément ou tacitement, que si le défendeur y renonce le juge ne peut pas suppléer d'office à son silence, et qu'enfin cette exception ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de Cassation. Arrêt Chambre civile, 22 Décembre I926, Sirey I927, I, I08 et Chambre des Requêtes 7 Mai I928, Sirey I928, I, 285.

Voilà qui parait singulier, la présomption de la vérité de la chose jugée ne serait pas d'ordre public.

La prescription extinctive

Passons à l'institution de la prescription extinctive. La prescription, qu'il s'agisse de la prescription acquisitive ou de la prescription extinctive, parait fondée au premier chef sur des considérations d'ordre public. On a dit souvent que cette institution était la patrona generis humani, c'est à dire une de ces règles nécessaires, indispensables au bon ordre dans la société. En particulier, la prescription extinctive trentenaire a pour but d'empêcher des actions en justice remontant à un temps trop éloigné et qui seraient de nature à troubler la situation actuelle des individus, situation qui s'est prolongée pendant toute la durée de ce délai. Par application de cette idée, un texte du titre de la prescription, l'article 2220 nous dit qu'on ne peut pas d'avance renoncer à la prescription. Cela veut dire que lorsqu'un débiteur s'engage envers son créancier, il ne peut à l'avance déclarer qu'il renonce à invoquer la prescription contre une déclaration tardive du créancier. Bigot de Préameneu en a donné la raison dans les travaux préparatoires. "Si cette convention était valable, a-t-il

Source : BIU Cujas

dit, la prescription ne serait plus pour maintenir l'ordre public qu'un moyen illusoire. Tous ceux au profit desquels seraient les engagements (c'est à dire les créanciers) ne manqueraient pas d'exiger cette renonciation".

Voyez Locré, tomm I6 page 559.

De là on conclut que les délais de la prescription ne peuvent pas être allongés par les parties dans leurs contrats. Le créancier par exemple ne peut pas stipuler que la prescription au lieu de se réaliser par le temps fixé par la loi ne s'opérera que par un délai plus long. La raison qu'en donnent les auteurs est que, par cette clause, il serait aisé de paralyser la disposition de l'article 2220, et de priver en réalisé le débiteur du bénéfice de la prescription en exagérant la durée du délai exigé.

La durée de la prescription ne peut être allongée

Donc toute clause qui tend à augmenter la durée d'une prescription établie par la loi est considérée comme null . Nous sommes ici en présence d'une disposition impérative qui interdit ce genre de clause.

Mais, à l'inverse est-il permis de raccourcir la durée du délai de la prescription ? Le débiteur peut il stipuler que la prescription de son obligation s'accomplira par un temps plus court que le temps fixé par la loi ? Sur ce point, doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que le délai peut être abrégé par les parties et la raison qu'on en donne est que l'abréviation du délai favorise la libération du débiteur et qu'après tout, libérer le débiteur plus vite que ne le fait la loi n'a rien de contraire à l'ordre public.

tendance à proclamer la nullité des clauses qui abrègent le délai de la prescription

Mais cette faculté laissée par les auteurs et par la jurisprudence aux parties d'abréger le délai de la prescription n'est pas sans inconvénient et la pratique a montré qu'elle pouvait avoir aussi des dangers et qu'en réalité, surtout dans les contrats d'adhésion celui qui s'engage à accomplir une obligation use souvent de ce procédé pour imposer au créancier un délai très bref qui peut se retourner contre l'intérêt du créancier. Ainsi les Compagnies de transport stipulent fréquemment que la durée de la prescription de l'article I08 du code de commerce, prescription d'un an, sera diminuée à leur profit et la pratique montre que dans ce contrat, cette abréviation de la prescription peut conduire à de véritables abus au détriment de ceux qui s'adressent à des Compagnies de transport. De même, avant la loi du 13 Juillet 1930, les polices des contrats d'assurance rédigées par les Compagnies imposaient aux assurés créanciers de l'indemnité promise par la Compagnie au cas où le risque assuré venait à se réaliser, l'obligation de la réclamer dans

Source : BIU Cujas

un bref délai et il arrivait que ce délai pouvait être accompli avant que l'intéressé ait eu le temps de réclamer l'indemnité à laquelle lui donnait droit sa police. En présence des abus que présentait cette clause, la loi du I3 Juillet I930 article 26 a formellement interdit les clauses abrégeant le délai de la prescription fixé par elle. Voyez le petit code civil Dalloz page 737 le texte de la loi, article 26 la durée de la prescription ne peut être abrégée par une clause de la police". Nous avons donc tendance aujourd'hui à considérer que les clauses qui abrègent le délai de la prescription sont aussi dangereuses que les clauses qui tendent à l'augmenter. J'en trouve une dernière preuve dans le projet de Code franco italien des contrats et des obligations qui, dans son article 235, alinéa 2, décide que les parties ne peuvent modifier en aucune façon, c'est-à-dire ni allonger ni abréger les délais légaux de la prescription.

Ce à vous montre comment les idées se modifient, changent et comment cette notion d'ordre public évolue suivant les époques.

Le principe de la responsabilité délictuel le art. I382

Enfin, je prends comme dernier exemple un texte du code civil que pendant fort longtemps, doctrine et jurisprudence ont considéré comme étant fondé sur l'ordre public, et auquel certains auteurs aujourd'hui contestent ce caractère. C'est le fameux article I382 relatif à la responsabilité délictuelle : "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". Il semble incontestable que ce texte est un texte fondé sur l'ordre public, et que l'intérêt social, que l'ordre public serait gravement troublé si l'individu qui a subi un dommage par la faute d'une autre personne ne pouvait pas lui réclamer la réparation de ce dommage. D'où l'on conclut qu'à l'avance, entre deux personnes, serait nulle une convention par laquelle l'une dirait à l'autre : s'il m'arrive de vous causer un dommage je ne serai pas obligée de le réparer. Supposez par exemple l'un de ces établissements que l'on range dans la classe des établissements dangereux, incommodes, insalubres, c'est à dire présentant des inconvénients et des dangers pour leurs voisins, une usine, une fabrique de produits nocifs. On n'admettrait pas que le propriétaire de cette fabrique passât avec ses voisins des contrats le dispensant de les dédommager du préjudice que la marche de l'usine pourrait causer à leurs propriétés.

Donc l'article I382 est une règle d'ordre public et la jurisprudence l'applique en particulier pour les clauses de non responsabilité insérées dans un contrat

Source : BIU Cujas

Les clauses de non responsabilité dans les contrats.

Je ne vise plus du tout le genre de clauses auquel je viens de viens de faire allusion. Je suppose que deux personnes ont fait un contrat par lequel elles se sont réciproquement engagées et que dans ce contrat l'un des contractants a stipulé que s'il n'exécutait pas son obligation, il ne serait pas responsable, il ne devrait pas de dommages intérêts pour non exécution de son obligation, même si cette inexécution provenait de sa faute; il ne serait donc pas responsable du fait qu'il n'exécuterait pas son obligation. Ces clauses de non responsabilité se rencontrent fréquemment dans la pratique, au moins dans certains contrats, et elles étaient très fréquentes dans les contrats de transport terrestre avant que la loi, dite la loi Rabier, qui est une loi de I905 insérée dans l'article I03 du Code de commerce, ne les aient définitivement interdites. "Toutes clauses contraires insérées dans toute lettre de voiture est nulle" dit ce texte. Les clauses de non responsabilité sont encore employées dans les contrats de transport maritime que ne vise pas la prohibition prononcée par l'article I03 du code de commerce. On les rencontre également dans d'autres contrats. On peut les rencontrer par exemple dans un contrat de dépôt. Je dépose un objet chez quelqu'un et le dépositaire stipule qu'il ne sera pas responsable de tout dommage qui serait causé à la chose déposée. On les rencontre aussi fréquemment dans les contrats passés par les agences de renseignements, les agences auxquelles s'adressent les commerçants qui veulent avoir des renseignements sur la solvabilité de tel ou tel de leyrs clients. Ces agences ne manquent pas de stipuler qu'elles ne seront pas responsables si elles donnent un renseignement inexact. Ces clauses de non responsabilité contractuelle sont elles valables ?

La jurisprudence reconnait en principe la validité de ces clauses, mais elle décide qu'elles ont simplement pour objet d'écarter la responsabilité née du contrat mais qu'elles ne peuvent pas modifier la responsabilité délictuelle, ce qui veut dire que si le contractant, au profit duquel la clause de non responsabilité a été établie, a commis une faute, d'où résulte la non exécution de son obligation, l'autre partie, à condition de prouver cette faute, peut lui réclamer des dommages-intérêts.

La jurisprudence les interprète comme déplaçant le fardeau de la preuve

En d'autres termes, d'après la jurisprudence, les clauses de non responsabilité ont pour objet de déplacer le fardeau de la preuve. Celui au profit duquel la clause de non responsabilité a été établie est dispensé, en cas d'inexécution de son obligation, de

Source : BIU Cujas

prouver qu'il n'a pas commis de faute, mais si l'autre partie peut prouver qu'il y a eu une faute, c'est à dire qu'il a commis une faute qui en vertu de l'article I382 engage sa responsabilité délictuelle, le contractant, malgré la clause de non responsabilité, tombe sous le coup de l'article I382 et est obligé de réparer le dommage qu'il a causé.

Donc, d'après la jurisprudence, la responsabilité contractuelle peut être écartée, mais non la responsabilité délictuelle. Cependant, cette idée d'après laquelle la responsabilité délictuelle est fondée sur l'ordre public est aujourd'hui très discutée et certains auteurs soutiennent qu'on peut écarter la responsabilité délictuelle, tout comme la responsabilité contractuelle. Vous verrez sur ce point une très belle thèse qui a été soutenue l'année dernière par M. Durand, sur les clauses de non responsabilité.

Certains auteurs admettent que l'un peut se décharger également de sa responsabilité délictuelle

Certains auteurs d'accord avec lui sur ce point admettent qu'ils ne voient rien de contraire à l'ordre public dans une convention par laquelle un individu stipulerait de ses voisins que s'il vient à leur causer un dommage il n'en sera pas responsable, c'est à dire que d'après ces auteurs, la responsabilité délictuelle pourrait être écartée par une convention contraire tout comme la responsabilité contractuelle.

Jusqu'ici la jurisprudence n'admet pas cette solution. Il y a même une loi toute récente qui a condamné dans un cas particulier cette opinion. C'est une loi du IO Mars I930 qui a été rendue au sujet des dommages causés aux récoltes par les lapins de garenne. Petit code Dalloz, page 503. Dans cette loi l'article 3 déclare non écrite toute clause insérée dans les baux stipulant que les détenteurs du droit de chasse dans les bois situés au voisinage des terres louées ne sont pas responsables, au sens des articles I382 et suivants, des dégâts causés aux récoltes par les lapins de garenne vivant dans les bois. C'est une clause que les propriétaires ou les titulaires du droit de chasse imposaient à leurs fermiers pour les terres arables qui peuvent entourer les bois dans lesquels se trouvent des garennes. Ils stipulaient que si les lapins venaient à causer des dommages aux récoltes, le fermier ne pourrait pas réclamer de dommages intérêts. La loi de I930 interdit définitivement ce genre de clauses.

Il faut bien reconnaître au surplus qu'il y a aujourd'hui certaines stipulations qui peuvent militer en faveur de la thèse des auteurs qui soutiennent que la responsabilité délictuelle n'est pas plus d'ordre public que la responsabilité contractuelle. Par

Source : BIU Cujas

exemple disent-ils, il est admis qu'un joueur, qui se livre avec d'autres personnes à un jeu physique dangereux, accepte les risques du jeu et que s'il est blessé au cours de la partie, il ne peut intenter une action en dommages intérêts contre l'un de ses partenaires. C'est ce qu'a décidé un arrêt de Poitiers du 25 Mars I926. Dalloz I927, 2, II5. Par le fait qu'il participe au jeu, le joueur renonce à poursuivre celui de ses partenaires par lafaute duquel il est blessé. Donc, dit-on, l'article I382 n'est pas d'ordre public. L'article I384 vise la responsabilité du commettant pour ses préposés et ses commis. Je vais chez un garagiste et il me loue une automobile pour plusieurs jours avec un chauffeur. Si rien n'est spécifié au moment de la location, la responsabilité ne sera pas déplacée et si le chauffeur par sa faute cause un accident, blesse ou tue des particuliers, ou me tue, c'est le garagiste qui sera responsable en vertu de l'article I384 qui le rend responsable de son préposé. Mais il se peut aussi que le garagiste prudent stipule en me louant l'automobile qu'il ne sera pas responsable de son chauffeur et que c'est moi qui le serai pendant le temps que je l'emploierai. Cette clause est elle nulle ? Est-elle contraire à l'article I384 ? Sommes nous ici dans une matière d'ordre public ? Non. Et la jurisprudence admet la validité de ce déplacement de risque. Elle admet qu'on peut faire passer le risque qui pèse sur le commettant, sur le client auquel il loue la voiture. Voyez un arrêt de la Chambre civile du 8 Mars I922 Sirey I923, I, I06, et un autre arrêt du 3 Décembre I928, Gazette du Palais I929,I,75.

Tout ceci pour vous montrer combien cette notion d'ordre public est vague, fuyante, inconsistante, et combien suivant les époques elle se modifie et comme on a quelquefois des difficultés à dire si un texte est vraiment d'ordre public, et si telle ou telle convention alors même qu'on admet que le texte est d'ordre public, est néanmoins contraire à la disposition légale, et prohibée par l'ordre public.

En dehors de tout texte précis une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs art. II33

— Deuxième limitation à la liberté contractuelle; en dehors de toute disposition impérative ou prohibitive de la loi, sont interdites les conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. La première limitation consiste dans les dispositions impératives ou prohibitives de la loi dont certaines intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs.

La seconde limitation consiste en ce que, même lorsqu'il n'y a pas un texte précis qui interdit une convention, celle-ci peut néanmoins être déclarée par le juge contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs

Source : BIU Cujas

Il y a en effet dans le Code civil un texte général que je vous ai signalé dans la matière de la cause, l'article II33 qui est plus compréhensif que l'article 6, car l'article 6 nous dit qu'on ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs tandis que, d'après l'article II33, la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi ou quand elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Ce texte vise donc d'une façon générale tout ce qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Le rôle du juge chargé de dire si telle ou telle clause, telle ou telle convention est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs est donc ici prépondérant. C'est lui qui décidera si la convention incriminée doit ou ne doit pas être annulée, et le tribunal statuera en tenant compte de l'esprit de la convention et des contractants, et de la conception qu'il se fait de l'ordre public ou des bonnes moeurs. On peut donc craindre ici l'arbitraire du juge et redouter qu'il ne se fasse une conception trop large ou trop étroite de cette double notion. Mais cet arbitraire est limité par le contrôle de la Cour suprême, car la Cour suprême chargée d'assurer le respect de la loi et par conséquent de décider si le juge a bien ou mal appliqué l'article II33 du Code civil décidera, en dernière analyse, si la convention viole ou ne viole pas l'ordre public ou les bonnes moeurs.

Contrôle de la Cour de Cassation

Ce pouvoir de contrôle de la Cour Suprême ne peut faire aucun doute étant donné les termes très compréhensifs de l'article II33. Au surplus la Cour de Cassation invoque souvent à la fois les deux textes, l'article 6 dont elle donne alors une interprétation plus large, et l'article II33.

Nous en avons notamment un exemple dans un arrêt de Cassation Chambre civile Ier Mai I855, Sirey I855, I, 337 sur lequel je reviendrai.

Voyons donc en parcourant quelques applications de cette limitation, quelques cas dans lesquels, en dehors d'un texte précis, la jurisprudence considère qu'il y a clause ou convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. On peut citer tout d'abord en ce qui concerne les bonnes moeurs l'attitude de la jurisprudence pour les maisons de tolérance ou de prostitution. La jurisprudence annule non seulement la vente d'une maison de ce genre, mais d'une façon plus large toutes les conventions qui ont pour objet soit l'installation dans les lieux loués d'une maison de prostitution, soit même les fournitures destinées à être consommées dans cette maison. On peut dire ici que les tribunaux écartent tous ces contrats,

contrats relatifs aux maisons de tolérance

Source : BIU Cujas

qu'il s'agisse même d'un contrat de salaire entre un individu employé par le tenancier de la maison, car ils les considèrent comme immoraux. La jurisprudence n'admet pas que celui qui est créancier en vertu d'un contrat de ce genre puisse réclamer la créance qu'il a contre l'autre, parce qu'elle applique ici un vieil adage qui nous vient du droit romain, qu'on ne peut pas invoquer sa turpitude : nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ou encore : inpari causa turpitudinis actio non nascitur. Un contrat de ce genre ne peut pas donner lieu à une action en exécution des obligations qu'il contient. Voici d'autres applications : la jurisprudence annule les clauses qui peuvent être entachées de corruption électorale, le fait par un candidat d'avoir fait verser à boire pour rien à ses électeurs, comme étant une tentative de corruption. De même elle annule comme étant contraire à l'intérêt social l'engagement que prendrait une personne qui a commis un délit de payer une somme d'argent pour obtenir de la victime qu'elle ne porte pas plainte contre elle.

Corruption de fonctionnaires étrangers.

De même encore la jurisprudence a annulé à plusieurs reprises des contrats en vue de corrompre des agents d'un gouvernement étranger. Je ne parle pas ici d'un contrat de corruption de fonctionnaires français, car le cas est prévu par le Code pénal, et il y a un texte qui annule ces tentatives, mais je suppose qu'une maison française en vue d'obtenir des commandes à l'étranger ait versé des sommes d'argent, la jurisprudence annule le contrat comme étant contraire à la morale internationale, à l'ordre public. Voyez notamment un arrêt de la Chambre des Requêtes du I5 Mars I9II, Dalloz I9II, I, 382.

De même des arrêts ont annulé une société faite entre individus pour exercer la contrebande à l'étranger; je dis, à l'étranger, parce que bien entendu une association entre contrebandiers en France est contraire aux lois concernant les douanes, donc je vise le cas d'une association entre Français pour faire la contrebande à l'étranger.

Voici d'autres cas : certaines professions, certaines fonctions ne peuvent pas être mises en société. Ainsi, d'après un usage courant des barreaux français une société entre avocats est considérée comme nulle, contraire à l'ordre public, parce qu'elle est incompatible avec l'indépendance de l'avocat. Vous noterez sur ce point que la conception peut varier, et qu'au contraire dans des pays étrangers et notamment dans nos trois départements recouvrés, le Haut Rhin, le Bas Rhin et la Moselle les associations entre avocats

Société entre Avocats

Source : BIU Cujas

sont l'usage. Il est vrai que dans ces départements, ce sont les avocats qui font la procédure, de telle sorte que l'un des associés, se charge ordinairement de ce qui est chez nous la fonction de l'avoué, et l'autre de la plaidoirie, mais ceci importe peu. Il y a là une conception différente de l'ordre public. De même aussi les traditions du barreau français interdisent et les tribunaux interdisent ce qu'on appelle le pacte de quota litis parte, c'est à dire le pacte qu'un Avocat passe avec son client par lequel il stipule que s'il gagne le procès, le client lui donnera une quote part de la somme qu'il recevra de son adversaire. Il y a des pays au contraire où ce pacte est considéré comme licite.

Dons entre concubins

Voici encore quelques applications intéressantes que l'on relève dans la jurisprudence, en particulier la nullité dans certains cas des donations entre concubins.

Dans notre ancienne France, les donations entre gens vivant en concubinage étaient frappées de nullité comme contraires à l'ordre public et à la morale. Une ordonnance du XVII° siècle connue sous le nom de Code Michaud, de Janvier I629 déclarait dans son article 32 nulles toutes les donations faites entre concubins. Le Code civil n'a pas maintenu cette prohibition. Elle avait été soutenue lors de la rédaction du code civil, mais elle fut définitivement écartée, et plusieurs fois au cours du XIX° siècle, la Cour de Cassation a décidé que l'Ordonnance de I629 n'était plus en vigueur, qu'aucun texte correspondant n'existait dans la loi et qu'en conséquence, le fait du concubinage n'était pas une cause de nullité d'une donation faite par l'homme à sa concubine. Vous pourrez voir cette affirmation dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 Mars I860 Dalloz I860,I,285 Sirey I860, I,32I : "Considérant que si l'ordonnance de I629, article 32, avait frappé de nullité les donations faites entre concubins, aucune disposition de la loi qui nous régit n'a prohibé les libéralités de cette nature. Que la capacité de donner et de recevoir n'est dès lors soumise sous ce rapport à aucune restriction ..... "

Mais il n'en arrive pas moins que les tribunaux annulent souvent les donations, les libéralités faites par le concubin à sa concubine, lorsqu'ils considèrent qu'elles sont contraires à la moralité. Ils annulent les libéralités de ce genre lorsqu'elles ont pour but soit de déterminer l'établissement de rapports illicites entre le donateur et la donataire, soit de déterminer la continuation de ces relations, mais

Source : BIU Cujas

ils reconnaissent au contraire, la validité de l'engagement lorsqu'il y a cessation du concubinage et que l'engagement pris de verser une somme d'argent a pour objet de permettre à la femme de vivre ou qu'il a pour objet d'amener la cessation des relations irrégulières. Vous voyez donc ici la distinction que font les tribunaux d'après le caractère même de la libéralité faite par le concubin à la concubine.

Dommages intérêts à la concubine à la suite d'accident survenu au concubin.

L'on peut rapprocher de cette jurisprudence celle que nous rencontrons depuis quelques années en ce qui concerne les réclamations qui sont souvent portées devant les Tribunaux par une concubine à la suite d'un accident dans lequel un individu a trouvé la mort. La femme qui vivait irrégulièrement avec la victime de l'accident, peut elle en cette qualité réclamer des dommages intérêts en tant que concubine ? Les tribunaux sont aujourd'hui assez partagés sur la question La majorité se prononce pour la négative et je trouve cette opinion notamment dans un arrêt de la Cour d'Aix du 30 Novembre I932 (Gazette du Palais, 3 Janvier I933) qui déclare que la concubine ne peut pas réclamer de dommages intérêts en se fondant uniquement sur les rapports illicites qui existaient entre elle et la victime de l'accident mais qu'elle pourrait en obtenir si elle démontrait un préjudice matériel, résultant par exemple du fait qu'elle est obligée de subvenir seule dorénavant aux besoins des enfants nés des relations. A l'inverse, il y a des tribunaux qui ne font pas cette distinction. Un arrêt de la Cour de Paris rendu le I8 Novembre I932, Gazette des Tribunaux II-I2 Décembre I932 a admis, ce qui parait scandaleux que si la victime de l'accident avait deux faux ménages, les deux concubines ont droit l'une et l'autre à une indemnité. Les magistrats qui ont rendu cet arrêt ont soulevé d'assez vives protestations, jusqu'au Palais. Voici le sommaire, que je lis à la Gazette du Palais :

" Le Code civil en ordonnant en termes absolus la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice ne formule aucune distinction en ce qui concerne la nature du fait dommageable et, en cas de décès de la victime, la nature du lien d'où résulterait un préjudice actuel et direct pour celui qui en demande la réparation. Ainsi, une concubine a droit à des dommages intérêts en cas de mort accidentelle de son concubin s'ils vivaient ensemble depuis 30 ans avec leurs enfants qu'ils ont reconnus et élevés à frais communs, et si la victime subvenait pour une grande part aux besoins de la vie commune. Jugé dans le même sens que si la victime avait deux concu-

Source : BIU Cujas

bines elles ont droit l'une et l'autre à des dommages intérêts si l'une portait son nom, vivait avec lui sous le même toit depuis 26 ans, entretenue par lui, de telle sorte que sa situation peut être dans une certaine mesure assimilée à celle d'une femme légitime et si l'autre qui portait également le nom de la victime, avait eu un enfant reconnu par le père et pour lequel il versait une pension bimensuelle régulière". Arrêt de la Cour de Paris I8 Novembre I932, I2ème chambre.

Au contraire, dans le même journal, vous verrez rapportées d'autres décisions rendues par des juges plus soucieux des bonnes moeurs. Jugement du tribunal d'Orange du 3 Novembre I932 qui a décidé au contraire que l'atticle I382 ne s'applique pas dans un pareil cas et qui a jugé au sens opposé.

"Le concubinage, association irrégulière, volontairement ignorée par la loi ne saurait quelle que soit sa durée et sa similitude avec l'état de mariage conférer à la concubine, aucun droit contre le concubin"

Voici encore une décision (Cass. Chambre civile du 4 Décembre I929, Dalloz I930 page 50) relative, celle là, à un contrat passé entre un médecin et un entrepreneur de publicité par lequel l'entrepreneur cédait au médecin certaines marques de produits pour la beauté des femmes, moyennant que le médecin s'engageait à lui verser 240.000 francs par an et 6.000 francs pour la publicité mensuelle. La Chambre civile, approuvant la Cour d'Appel dont l'arrêt lui était déféré, a jugé qu'un pareil contrat était contraire à l'ordre public. Le médecin se défendait en disant que la loi n'interdit pas une convention de ce genre, qui n'est pas contraire à la loi sur l'exercice de la médecine. La Cour d'appel cherchant un point d'appui dans les textes avait cru trouver dans la loi sur la médecine du 30 Novembre I892 un texte violé par cette convention, l'article I6, 3°, de cette loi qui vise l'exercice illégal de la médecine et qui dit, qu'exerce illégalement la médecine toute personne qui munie d'un titre régulier sort des attributions que la loi lui confère, notamment en prêtant son concours aux personnes visées dans les articles précédents, c'est à dire les personnes qui font de la médecine sans avoir le titre requis par la loi, médecins ou sages femmes.

autre décision traité de publicité entre un médecin et un tiers.

Il est évident que la convention en question ne tombait pas sous le coup de cet article I6, 3°, et la Cour de cassation le reconnait, mais elle déclare que la convention n'en est pas moins contraire à l'ordre public. Pour écarter l'article I6 tout en maintenant la décision de la Cour d'appel, voici l'attendu qui

Source : BIU Cujas

se trouve dans l'arrêt de la Chambre civile : "Attendu qu'il résulte des termes de l'article II33 que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi, que par suite la nullité du contrat litigieux pourrait être prononcée sans qu'il eut été passé en violation de l'article I6, 3° de la loi de I892. Qu'il est dès lors sans intérêt de rechercher si la Cour d'appel a pu dans un motif surabondant invoquer une violation de ce texte de loi".

On voit ici l'ordre public indépendant d'un texte prohibitif. Je termine en vous disant quelques mots du courtage matrimonial que les Romains appelaient le proxénétisme, et du contrat de claque.

Le contrat de courtage matrimonial

Pour le courtage matrimonial, on a beaucoup discuté pour savoir si l'intermédiaire que les Romains appelaient le proxénète, peut réclamer à la personne qu'il a aidé à marier, la rémunération que celle-ci lui a promise. Les Romains se faisaient une conception plus large que nous de la morale, et les textes du Digeste déclarent que le proxénète a droit à la rémunération de ses soins et peines. Chez nous la question a été très discutée et elle a été tranchée négativement par l'arrêt de la Chambre civile du Ier Mai I855, Sirey I855, I, 337. Vous trouverez au Sirey, avant cet arrêt, le rapport du Conseiller Laborie qui est une étude très complète, fort bien présentée de la question. La Cour de Cassation a décidé que "le courtage matrimonial est contraire à l'ordre public, parce que le mariage est un engagement irrévocable touchant aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société dont il est la base essentielle et qu'il faut que le consentement des époux soit libre, éclairé, et par conséquent affranchi de toute influence étrangère ou intéressée; que tout ce qui serait de nature à compromettre cette indépendance, à altérer la moralité ou la liberté du mariage, du consentement, est par cela même contraire au voeu de la loi, à l'ordre public et aux bonnes moeurs".

Je vous rappelle que c'est la même idée que la jurisprudence invoque pour considérer comme contraire à l'ordre public la convention des fiançailles, qui est cependant entrée dans les moeurs, parce que cette convention disent les tribunaux, ne laisserait pas à l'intéressé l'indépendance de jugement, de volonté qui doit lui appartenir tout entière au moment où il se présente devant l'Officier de l'état civil.

Cet arrêt de Cassation a donc déclaré nulle comme ayant une cause illicite l'obligation de l'époux qui s'est engagé à payer une somme à l'intermédiaire et

Source : BIU Cujas

qui refuse de la payer. Elle a refusé toute action au proxénète : "Est nulle comme ayant une cause illicite l'obligation de payer à un tiers une certaine somme stipulée à forfait pour le cas où à la suite de ses démarches, celui qui s'oblige contracterait mariage avec une personne déterminée".

Depuis lors, la jurisprudence a un peu changé. Elle semble moins sévère qu'elle ne l'était au milieu du XIX° siècle. Des arrêts de Cour d'Appel, Agen I3 Novembre I909, Sirey I9I0, 2, 2II Lyon 5 Octobre I9I3 Sirey I9I4, 2, I02, ont reconnu la validité de ces conventions et condamné l'époux qui a promis une somme d'argent à la payer au proxénète. Vous verrez cette opinion vigoureusement soutenue par mon collègue M. Wahl, Revue trimestrielle I904 pages 37I et suivantes.

On peut dire qu'il est rare qu'un mariage ne se fasse sans qu'il y ait un intermédiaire et qu'entre l'intermédiaire désintéressé et l'autre il n'y a qu'une question de délicatesse, mais que le courtage matrimonial peut aider à rapprocher des gens qui ne se seraient jamais connus et peut être à faire de bons mariages. J'ai toujours été très intrigué par le nombre de journaux qui s'occupent de courtages matrimoniaux. Il faut bien croire que s'ils ne rendaient pas de services ils ne vivraient pas. Il y a là une question qu'on tranche à priori, en disant, c'est immoral ou ce n'est pas immoral. Il faudrait voir en réalité comment cela fonctionne, et si vraiment il sort de ces agences un certain nombre d'unions. Après tout, elles favorisent le mariage et peut être font elles autant de bons mariages que n'en font ceux qui se marient sans intermédiaires. Une enquête serait intéressante à faire à ce sujet. Il faudrait voir ce que c'est, comment cela fonctionne, le rôle joué dans la vie sociale. Il y a là une institution sur laquelle on jette à l'avance, peut être à tort, le discrédit.

Le contrat de claque

Le contrat de claque est un contrat par lequel le Directeur d'un théâtre met à la disposition d'un entrepreneur un certain nombre de places pour que celui ci amène des gens à larges mains qui, au moment d'une bonne réplique, d'un bon mot, font partir comme une fusée les applaudissements. Ce contrat est il contraire à la morale, est-il licite ? On a beaucoup discuté sur la question. La jurisprudence tend à considérer qu'il n'y a là rien d'immoral. Il y a des arrêts dans les deux sens. Le tribunal de commerce de la Seine par un arrêt du 27 Juin I896 S. I896, 2, 286, a déclaré nul comme illicite le traité passé entre un directeur de théâtre et un entrepreneur de succès dramatiques par lequel le directeur de théâtre moyennant une

Source : BIU Cujas

somme payée à l'avance mettait à la disposition de l'entrepreneur un certain nombre de places pour le service de la claque. Un arrêt de la Cour de Paris du 5 Avril I900 D. I903, 2. 279 décide au contraire que le contrat par lequel un entrepreneur se charge moyennant une certaine rémunération d'assurer par des applaudissements ou d'autres démonstrations le succès des pièces représentées au théâtre, n'est prohibé par aucune loi et n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes moeurs.

La limitation de la liberté contractuelle par les principes techniques du droit

Reste enfin la dernière et troisième limitation à la liberté contractuelle.

Elle résulte des principes techniques du droit.

Pour prendre des exemples voyons l'article II08 du Code civil. Il nous dit que pour qu'un contrat soit valable, il faut un objet, une cause. D'où si un contrat n'a pas d'objet, n'a pas de cause, il est entaché de nullité, sans qu'il y ait ici rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

Voici quelques exemples de contrats synallagmatiques annulés pour absence de cause.

absence de cause

D'abord un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 Juillet I876, Dalloz I876, I, 330. Il s'agissait de ces contrats qui se faisaient autrefois pour les jeunes soldats appelés à tirer au sort, lors du service de 7 ans. On partait lorsqu'on tirait un mauvais numéro, et ceux qui tiraient un mauvais numéro pouvaient se faire remplacer au service par un moins fortuné qu'eux qui consentait à faire le service à leur place moyennant une somme d'argent. C'est ce que l'on appelait le contrat de remplacement militaire. Cet arrêt a été rendu au sujet d'un contrat de remplacement militaire passé par un individu qui, à son insu, était libéré du service militaire parce qu'il avait tiré au sort un numéro le dispensant de faire son service. Il ne le savait pas et il avait passé un contrat par lequel il avait promis une certaine somme pour se faire remplacer au service. L'arrêt de la Chambre des requêtes du 30 Juillet I876 a déclaré ce contrat nul faute de cause.

Un autre arrêt du II Décembre I900, Dalloz I90I I, 257, Sirey I904, I, 262, concernait la Compagnie du Canal interocéanique de Panama. Cet arrêt a annulé les contrats passés entre la Compagnie et des syndicats qui en réalité n'avaient pris aucun engagement véritable, ni rendu aucun service en ce qui concernait le placement des titres dans le public. Le contrat a été annulé parce qu'il était sans cause.

Je n'insiste pas davantage, mais vous voyez qu'après tout on pourrait dire qu'ici il est à peine néces-

Source : BIU Cujas

saire de parler de cette limitation à la liberté contractuelle puisqu'il existe un texte qui prohibe les conventions où manque un élément de formation.

Chapitre II

LA FORMATION DU CONTRAT

Section I - Le principe de la consensualité -

Section II - Des éléments constitutifs du contrat -

Section III - Le moment de la formation du contrat-

Section I - Le principe -

Le seul accord de volonté suffit à l'établissement du lien contractuel

On le formule ordinairement dans ces trois mots latins : solus consensus obligat. Ces mots signifient que, ne disons pas le simple accord des volontés suffit pour engendrer les obligations, c'est-à-dire pour former le lien contractuel. Le seul échange des volontés crée le contrat.

Ce principe n'est exprimé en ces termes par aucun texte, mais il résulte, par a contrario, de ce fait que la loi n'impose aucune formalité pour la conclusion des contrats, et que les contrats, dits solennels sont l'exception dans notre droit. Nous le trouvons d'autre part formulé, non pas en ce qui concerne la naissance des obligations contractuelles, mais dans des articles qui visent le transfert de la propriété, car nous verrons plus loin que, dans le droit moderne français, le simple accord de volontés suffit non seulement à créer le contrat, à obliger les parties, mais à transférer le droit de propriété ou un droit réel de l'une à l'autre. C'est ce qui nous est dit dans divers articles que nous verrons plus loin lorsque nous parlerons du second effet de la consensualité. Pour étudier cette règle si importante de notre droit moderne il faut d'abord en retracer l'historique et voir comment elle est née.

I - Notions historiques -

Le droit romain n'admettait pas qu'une obligation pût naître d'un accord de volontés non accompagné d'une solennité. Il ne suffisait pas qu'une personne s'obligeât envers une autre et que celle-ci acceptât pour que le lien obligatoire prit naissance. Il fallait a-

Source : BIU Cujas

jouter à cet accord de volontés une formule solennelle.

Je vais retracer cette histoire du formalisme en droit romain d'après l'ouvrage de notre grand romaniste Paul Frédéric Girard. La règle était donc à Rome que le pacte n'engendrait pas d'obligations. Elle est formulée dans divers passages du Digeste et dans les Sentences de Paul : ex nudo pacto actio non oritur. Cette règle a subi au cours des siècles une série de tempéraments, mais elle a toujours néanmoins subsisté. A l'origine, elle dominait sans exception.

Dans l'ancien droit romain pour qu'une convention devint obligatoire il fallait qu'elle fut incorporée dans une solennité juridique ayant la vertu (ce sont les propres termes de Girard) de la transformer en contrat; il fallait qu'elle prit une forme légale qui la munissait d'une action. Ces formes qui constituaient un ensemble assez complet étaient : I° le nexum, le vieux contrat per aes et libram qui à l'origine servait à réaliser des prêts, 2° le contrat verbal dont le type était la stipulation et qui pouvait s'adapter à toutes les promesses possibles. On pouvait par une double stipulation faire toutes sortes de contrats. Le droit romain avait connu la liberté contractuelle mais avec l'obligation du formalisme. 3° Le contrat litteris dans lequel la solennité consistait dans le fait d'inscrire une mention sur le registre du créancier avec le consentement du débiteur.

l'ancien droit romain aconnu des modes formalistes de s'obliger

Le droit romain tout entier était formaliste. Le formalisme est un phénomène social très général que l'on retrouve à l'origine des législations et dont les auteurs ont bien marqué les avantages et les inconvénients. Ils ont été particulièrement bien développés dans le livre bien connu de Ihering, sur l'esprit du droit romain.

Voici comment dans son manuel, Paul Frédéric Girard résume les avantages et les inconvénients du formalisme :

" Le système où l'on ne peut être obligé que par l'accomplissement d'une solennité légale a ses avantages, les avantages de précision de certitude qu'on a depuis longtemps relevés comme ceux du formalisme. Au point de vue de la preuve, qui à Rome est longtemps restée par excellence la preuve par témoins, les témoins se rappellent mieux une formalité concrète que la conclusion d'un débat souvent long et confus. Au point de vue de la conclusion même du contrat, la nécessité de recourir à une formalité pour s'obliger éveille l'attention des parties, leur assure comme temps de la réflexion le délai bref ou long qui sépare le moment de l'accord des volontés de celui de la formation du con-

Avantages et inconvénients du formalisme

Source : BIU Cujas

trat. Enfin et surtout au point de vue de l'exécution judiciaire, le système où l'obligation nait non pas d'une expression de volonté plus ou moins transparente mais de l'accomplissement d'une solennité, simplifie et précise singulièrement la tâche du juge en faisant dépendre non pas d'interprétations divinatoires ou d'appréciations variables d'équité, mais de faits matériels, patents, le point de savoir d'abord s'il y a contrat puis quel en est l'objet".

Il y a donc dans le formalisme une précision qui favorise les conditions mêmes dans lesquelles l'engagement a été conclu.

Mais il y a d'autre part l'inconvénient de compliquer la formation du contrat, d'apporter une gêne, un retard, puisqu'il faut accomplir les formalités et aussi de compliquer les contrats entre absents. C'est pourquoi avec les progrès de la civilisation, le développement du commerce, le formalisme a cédé la place à de nouveaux modes de contracter non solennels, et qui, à la différence des vieux contrats étaient des contrats de bonne foi.

Avec le développement du commerce il a fallu que le droit romain admit de nouveaux modes de contracter qui n'étaient pas formalistes et qui n'étaient pas de droit strict. Ces nouveaux contrats qui sont apparus à côté des vieux contrats formalistes furent les contrats réels et les contrats consensuels; qui, dit Paul Frédéric Girard, ont été introduits à côté des contrats formalistes par un développement historique absolument parallèle à celui qui a placé dans le droit des personnes le mariage sans manus, à côté du mariage avec manus, et dans le droit du patrimoine, les modes d'acquérir la propriété du droit des gens à côté des modes d'acquérir du droit civil. Les contrats réels furent les premiers admis : leur conclusion n'était pas soumise à une formalité, mais elle exigeait la remise de la chose dans le prêt, ou de l'argent prêté, et dans le dépôt ou le gage, la remise de l'objet au dépositaire ou au créancier gagiste. De même plus tard et par imitation de ces contrats re, lorsque se forma la classe des contrats inno-més qui, eux sont des contrats synallagmatiques que l'on réunit dans ces formules : do ut est, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, il fallut toujours pour la formation de l'un de ces contrats que l'une des parties exécutât sa prestation.

Les contrats réels.

Les contrats consensuels

Cependant, avant l'admission de ces contrats réels autres que le mutuum qui est le plus ancien, vers les premiers temps de la procédure formulaire, c'est-à-dire au moment du développement du droit romain au VI°

Source : BIU Cujas

siècle de Rome, apparurent les contrats consensuels vente, louage, mandat, société, dont les deux premiers sont des contrats de tous les jours.

Ces contrats se formaient par le seul accord de volontés comme aujourd'hui; ils n'exigeaient que l'échange des consentements des contractants. C'était une dérogation profonde au principe du formalisme.

Puis de nouvelles dérogations apparurent postérieurement pour les engagements unilatéraux, soit créés par le droit prétorien soit créés par le droit civil de l'Empire. Le droit prétorien sanctionna, dès avant la fin de la République, au moyen d'actions prétoriennes in factum, certains pactes, c'est-à-dire certains accords de volontés, dépourvus de tout formalisme, qui répondaient à des besoins déterminés et qui venaient en quelque sorte compléter le système des contrats consensuels.

Ces pactes étaient le pacte de constitut qui est un pacte par lequel un débiteur, tenu d'une dette antérieure, s'engage à la payer à un jour déterminé, pacte qui du reste reçut diverses autres applications et qui notamment servit au cautionnement; le pacte de serment, par lequel deux parties convenaient de s'en remettre pour l'existence d'une dette, au serment de l'une d'elles; le receptum, contrat par lequel un banquier cautionnait la dette d'un de ses clients envers un tiers; et enfin le pacte d'hypothèque.

Les pactes munis d'actions

Voilà donc quatre sortes de contrats qui venaient encore s'ajouter aux contrats purement consensuels et qui, eux aussi, se formaient par le simple accord des deux volontés.

De son côté, le droit civil impérial a reconnu la validité de la convention de donner et de la convention de constitution de dot. C'est ce qu'on a appelé des pactes légitimes, c'est-à-dire créés par la loi à côté des précédents qui étaient des pactes prétoriens.

Enfin, il faut ajouter que lorsque deux parties faisaient un contrat même solennel, elles pouvaient y adjoindre un pacte c'est à dire un simple accord de volontés qui prenait sa force obligatoire dans le contrat, soit au moment même de la conclusion pour y ajouter une clause, soit postérieurement.

Donc la règle du formalisme a subi une série d'exceptions qui en ont progressivement restreint le domaine, mais elle a toujours subsisté comme règle générale et en dehors de ces exceptions il restait toujours que le pacte nu c'est-à-dire le simple accord de volontés n'engendrait pas d'obligations : ex nudo pacto actio non nascitur.

Cette règle est énoncée dans divers textes du

Source : BIU Cujas

droit romain, notamment dans les Sentences de Paul, 2, I4 § I, et dans Ulpien au Digeste, livre II, titre I4, de pactis, loi 7 § 4 : nuda pactio obligationem non parit. Voilà la règle qui demeure malgré ces exceptions la règle en droit romain. Et même au Bas Empire, même sous Justinien, en dehors des contrats sus énoncés, il faut toujours recourir pour rendre une convention valable au contrat formel de la stipulation, toutes les fois que l'on veut faire une convention autre que toutes celles que je viens d'énoncer. Par exemple une convention d'échange, de partage sans exécution immédiate. De même les conventions unilatérales qui ne rentraient pas dans la catégorie des contrats réels ou des pactes légitimes ou prétoriens devaient être accompagnées pour devenir obligatoires, d'une stipulation; telle la convention d'ouverture de crédit, ou une promesse unilatérale de vendre ou d'acheter.

Le principe nuda pactio obligationem non parit est maintenu par Justinien

Aux temps byzantins, disent MM. Collinet et Giffar dans leur Traité des Obligations, encore à cette époque, le pacte demeure dépourvu de sanctions civiles, dans 5 cas qu'il est bon d'indiquer pour montrer où les progrès du droit romain se sont arrêtés :

I - La convention d'intérêt,

2 - La promesse de prêt,

3 - La promesse de vente,

4 - Les conventions devant se transformer en contrats innommés par l'exécution de l'une des parties,

5 - Le compromis fait sans écrit ni serment.

Dans ces 5 cas lorsque deux personnes voulaient rendre leur pacte obligatoire, elles devaient l'englober dans la stipulation restée comme autrefois le moule universel, le mode général de s'obliger.

omment est-on assé à la règle moderne du onsensualisme

Comment donc est-on passé de ce système du formalisme au système moderne du consensualisme qui admet que le simple accord de volontés crée le lien obligatoire ?

C'est une histoire assez curieuse à retracer. Tout d'abord, il faut donner comme un premier élément de cette transformation la modification qui s'est produite dans la forme de la stipulation à Rome. L'usage s'introduisit en effet de rédiger des écrits pour servir de preuve aux conventions que passaient les parties, des instruments que l'on appelait des cautiones Cet usage se répandit de bonne heure, dès la fin de la République. Dans ces écrits, il devint d'usage de mentionner la clause stipulatoire qui tenait lieu de la prononciation de paroles solennelles, c'est-à-dire que la stipulation, de verbale qu'elle était auparavant, puisqu'elle consistait dans l'échange de formules

Source : BIU Cujas

solennelles, devint une simple inscription dans l'écrit constatant la convention, et par là même cette inscription donnait à l'écrit la force obligatoire.

La pratique de la stipulation écrite

Cette pratique de la stipulation écrite est courante au Bas-Empire, ainsi que le montre un texte de Justinien (Institutes, livre 3, titre I9, § I2). Pour éviter qu'il y eut discussion sur le point de savoir si vraiment les parties avaient été en présence le jour où elles prétendaient qu'il y avait eu entre elles une stipulation (ce qui était nécessaire pour qu'il y eut stipulation, et cette question donnait lieu à de fréquents litiges) Justinien rendit une constitution déclarant que la mention de la formule stipulatoire au bas de la cautio devait être présumée exacte et qu'on devrait présumer qu'elle correspondait à la réalité, et qu'en conséquence celui qui voulait attaquer la sincérité de cette déclaration était tenu de prouver soit par écrit, soit par témoins, qu'en vérité les deux parties n'avaient pas été au même lieu le jour où la stipulation avait été signée.

En d'autres termes la formule stipulatoire est devenue une simple formule insérée dans les actes. Après avoir énoncé le contrat on ajoutait : ayant été interrogé, j'ai répondu.

son maintien dans l'ancien droit

Cet usage d'insérer la formule stipulatoire au bas des actes s'est prolongé pendant longtemps. On la retrouve après la disparition du Bas-Empire, au Moyen Age, en Italie, en France dans les pays du Midi où cette clause de style fut maintenue par les tabellions formés à l'école du droit romain, et de là elle se répandit dans les pays de coutume, parce qu'elle était un moyen d'échapper à la règle, qui demeurait toujours puisqu'elle était écrite dans les textes romains, que le pacte nu n'engendre pas d'obligations. On joignait ainsi la clause stipulatoire à tous les actes et on l'employait même dans les contrats innommés ce qui était un moyen de leur donner force obligatoire, sans qu'il fut nécessaire que l'une des parties exécutât son obligation. Mais par là-même le caractère de l'acte écrit se transformait, cet acte écrit qui au début du droit romain n'était qu'un mode de preuve devint ainsi un mode de formation du contrat. C'était l'écrit revêtu de la clause stipulatoire qui donnait la force à l'accord des volontés. On retrouve cette mention de la clause stipulatoire chez nous jusqu'au XVI° siècle. Duaren (I509-I559) qui fut un des jurisconsultes de droit coutumier du XVI° siècle, nous dit que de son temps il n'y avait pas de contrat qui ne contint mention de la stipulation. De même Carondas le Caron édit. de I637 l. 2, ch. 25 p. 282 qui décrit

Source : BIU Cujas

la pratique coutumière dans ses Pandectes du droit français, constate aussi l'usage courant d'insérer cette clause dans les écrits. Furgole qui a commenté les grandes ordonnances de d'Aguesseau sur les donations, les testaments et les substitutions, dit encore au XVIII° siècle à un moment où cependant la règle "solus consensus obligat" est définitivement entrée dans la pratique, dans son Traité sur l'Ordonnance de 1731 titre 2 n° 32 : "C'est une maxime en France que la stipulation est censée introduite dans tous les contrats reçus par les notaires et que toutes les conventions sérieuses sont prises pour des stipulations".

Ainsi certains jurisconsultes même alors ne se satisfaisaient pas de la règle que le simple accord de volontés pouvait engendrer des obligations, et pour calmer leurs doutes ils faisaient introduire dans l'écrit la formule stipulatoire.

la règle moderne de l'effet du simple accord des volontés a pris naissance en droit canonique

Après cette transformation comment donc la règle nouvelle de la validité de l'accord des volontés est elle apparue ? On ne la trouve pas dans les vieux contrats de l'ancien droit français et vous pourrez sur ce point consulter les belles études de M. Adhémar Esmein. Elle a pris naissance dans le droit canonique. C'est le droit canonique qui a adopté cette règle, et voici par quelles conceptions. Pour les canonistes, c'est-à-dire pour les théologiens, l'individu qui a promis à un autre et qui ne tient pas sa promesse, c'est-à-dire qui se rend coupable d'un mensonge, commet par là même un péché contre la divinité et comme tel il encourt les peines ecclésiastiques. Dans les décrétales de Grégoire IX qui ont été rédigées au XIII° siècle et sont une collection canonique faite sous la direction de ce grand pape, qui comprend toutes les décisions pontificales depuis le XII° siècle, depuis Alexandre III (elles forment une partie du corpus canonis ancien et on peut les comparer à ce qu'était le Digeste et le Corpus civilis pour les législations civiles) on trouve la proclamation que le pacte, c'est à-dire le simple accord de volontés doit être observé : pacta custodiantur. Que les pactes soient respectés.

Pour mieux assurer le respect de la parole donnée les parties recouraient souvent au serment promissoire, qui ajoutait le caractère religieux à la promesse, et vous pourrez voir l'importance du serment dans les promesses à cette époque dans l'étude de M. Adhémar Esmein, Nouvelle Revue historique 1888 p. 252 ss.

Mais les canonistes admettaient que même si la promesse n'avait pas été accompagnée d'un serment, elle obligeait le promettant parce que, disaient-ils,

Source : BIU Cujas

Dieu ne fait aucune distinction entre la promesse jurée et la simple promesse; c'est le fait de ne pas tenir sa promesse qui est un péché aux yeux de l'Eglise. Dès le XII° siècle, c'est chez les canonistes une doctrine courante que toute convention est valable par le simple accord de volontés, sans qu'aucune condition de forme soit nécessaire. Quand ils sont en face d'une convention de ce genre, les canonistes donnent au créancier une action ex nudo pacto, devant les Cours d'Eglise.

Pacta sunt servanda

Ce qui gênait les canonistes c'est qu'ils étaient en désaccord avec la grande législation, le Corpus juris civilis, avec les lois romaines, et non contents de la raison d'être qui justifiait à leurs yeux le simple accord de volontés ils cherchaient des arguments dans les oeuvres de Justinien, parce que c'était l'oeuvre universellement respectée et admirée. Mais jamais ils ne purent trouver dans le Digeste des dispositions qui parvinssent à apaiser leurs scrupules de juristes.

La pratique commerciale italienne

En même temps que cette transformation se produisait dans le droit canonique, elle se manifestait également dans la pratique commerciale italienne du XIV° siècle. On admettait à cette époque en Italie que dans les procès portés devant la Curie des marchands, la curia mercatorum , c'est-à-dire devant ce que nous appellerions aujourd'hui nos tribunaux de commerce, les contrats conclus entre marchands étaient obligatoires bien qu'ils n'eussent pas été contractés dans les formes, avec les solennités de la loi romaine.

Au XIV° siècle nous lisons dans le commentaire des Décrétales de Balde, sous le n° 8, que les marchands s'obligent ainsi que les banquiers par le simple accord de volontés. Et Barthole, lui aussi du XIV° siècle, fait la même remarque sur une loi du Digeste, la loi 48 au titre Mandati, et il l'appuie sur cette raison que dans la Curia mercatorum, on juge d'après l'équité.

Mais la règle nouvelle n'était vous le voyez jusqu'ici apparue que dans deux cas particuliers, elle n'était admise que devant les tribunaux de l'Eglise et devant les juridictions consulaires. Il a fallu plusieurs siècles pour qu'elle triomphât enfin, pour qu'elle passât en droit civil et y fut consacrée. C'est grâce à la clause stipulatoire que s'est faite cette transformation.

Dumoulin

C'est Dumoulin le premier au XVI° siècle qui déclare que le simple accord de volontés oblige les contractants. Dans ses commentaires sur les lois I et 2 au livre du Digeste, De verborum obligationibus, rubrique n° 42, il est le premier à enseigner que toute con-

Source : BIU Cujas

vention librement conclue sans formalité vaut comme stipulation, c'est-à-dire vaut comme si on y avait mis la clause stipulatoire. Par conséquent toute convention oblige et il déclare que dans la pratique de son époque la juridiction civile acceptait cette règle aussi bien que la juridiction ecclésiastique.

Loisel

Loisel qui écrivait à la même époque, va résumer ainsi la formule nouvelle dans ses Institutes coutumières maxime 357 "on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain". Donc le simple accord de volontés vaut autant que le vieux contrat formel de la stipulation. Mais tous les auteurs, tous les civilistes du XVI° siècle, sont loin d'avoir cette hardiesse, et beaucoup affirment, à l'encontre de Dumoulin et de Loisel, que le pacte nu n'engendre pas l'obligation. Les romanistes soutiennent que le pacte nu ne peut pas créer de liens obligatoires.

C'est à la fin du XVI° siècle que, à la suite de Dumoulin, Grotius, le fondateur du Droit des gens qui a vécu de I522 à I590, se rallie franchement à la règle nouvelle et combat la règle que le pacte nu n'engendre pas d'obligation. Voyez son Traité de la guerre et de la paix, livre 2, chapitre II et I2.

Enfin, au XVII° siècle la résistance cède, la règle nouvelle est admise sans difficultés, et notre grand Domat (I625-I695) donne la règle nouvelle comme définitivement admise. Domat a été chez nous le plus illustre représentant de l'école de Grotius, de l'école du droit de la nature et des gens. Boileau dans une lettre qu'il écrivait au Président Brossette l'a appelé le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. En effet il a été le premier jurisconsulte qui, s'élevant au-dessus du commentaire des textes du droit romain, a tenté d'exposer les lois civiles dans leur ordre naturel, c'est-à-dire dans l'ordre que dicte la raison, au lieu de suivre comme le faisaient ses devanciers l'ordre des livres du Digeste. Domat a été un très grand jurisconsulte. Il a vécu d'une vie modeste à Clermont Ferrand, où il était avocat du Roi, c'est-à-dire ministère public au présidial. Il a été le grand ami de Pascal et l'a assisté dans ses derniers moments.

Domat proclame le principe moderne de la puissance de la volonté

Dans ses lois civiles, livre I, titre I, section I, n° 7 il nous dit : Les contrats nommés ou innomés ont toujours leur effet, c'est à dire qu'ils sont toujours obligatoires. Ils obligent à ce qui est convenu".

Et il ajoute : "Il n'est pas nécessaire d'expliquer ici la différence que l'on faisait dans le droit romain entre les contrats qui avaient un nom et ceux

Source : BIU Cujas

qui n'en avaient point. Ces subtilités qui ne sont point de notre usage embarrasseraient inutilement". Il traite donc la vieille règle romaine de subtilité. Ainsi la règle nouvelle a fini par remplacer l'ancienne; les vieux cadres romanistes ont été brisés. Le contrat est devenu un simple accord de volontés. Il est intéressant de suivre cette transformation dans toute son évolution. Mais en même temps au XVI° siècle apparait une règle que j'ai précédemment signalée et qui est comme une compensation des inconvénients que peut avoir le consensualisme.

La nécessité de la preuve

C'est la règle de la nécessité de l'écrit pour faire la preuve des conventions. Jusqu'au XVI° siècle la preuve d'une convention pouvait être faite par témoins; elle était librement admise. On se contentait d'exiger, suivant la constitution de Constantin, que le prêteur produisit deux témoins pour prouver sa prétention. D'où le vieil adage : testis unus, testis nul lus; il fallait au moins deux témoins pour établir la prétention qui était soutenue devant les juges. Mais, à part cette exigence, le témoignage était jusqu'au XVI° siècle considéré comme le meilleur mode de preuve; on estimait que le témoignage valait mieux que l'écrit. Cette préférence trouvait son point d'appui dans une Novelle de Justinien, la Novelle 73 chapitre 3, que l'on désigne souvent par Novelle sivero qui sont les deux premiers mots où Justinien déclarait que ce qui se dit de vive voix et avec serment mérite plus de foi que ce qui est écrit. Le témoignage des actes écrits, disaient les Glossateurs commentant cette nouvelle, est muet et ne peut répondre aux demandes qu'on est tenté de faire, au lieu que le témoin parle, il rend raison de ce qu'il dit et à force d'être interrogé il répond enfin à tout ce qu'on lui demande. Par conséquent on tire plus du témoin que de cette lettre morte qu'est l'écrit. D'où l'adage dominant dans notre ancien droit : témoins passent lettre.

L'ordonnance de Moulins de I566 oblige à constituer un écrit

Cette règle se maintint en France jusqu'à l'ordonnance de Moulins de Février I566, article 54, qui la renversa au moment même où triomphait la règle que le pacte oblige les contractants. L'ordonnance de Moulins, qui fut en quelque sorte une correction de la règle nouvelle, apporta ces deux dispositions que nous retrouvons dans notre article I34I du code civil Elle ordonna d'abord de passer contrat par devant notaire ou sous seing privé de toute chose ou valeur excédant la somme ou valeur de I00 livres pour une fois payée. Elle décida en outre, seconde règle de l'article I34I, que toute preuve doit être faite par écrit seulement sans recevoir aucun témoignage outre le contenu

Source : BIU Cujas
Répétitions Ecrites et Orales « Les Cours de Droit »

au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant le contrat, lors ou depuis. Cette règle nouvelle en matière de preuve ne détruit nullement la force du principe que le simple consentement oblige. Il y a une différence essentielle au point de vue théorique entre la forme et la preuve. La forme est un élément constitutif de la convention, en l'absence de laquelle, celle-ci ne peut pas produire d'effets, ne nait pas à la vie juridique, tandis que la preuve est postérieure à la convention, elle ne fait qu'en constater la formation, le caractère obligatoire. Mais cette différence est bien plus théorique que réelle, elle disparait presque totalement en pratique. La preuve prend dans la vie juridique une importance presque égale à la forme, car l'absence de la forme comme l'absence de la preuve conduisent au même résultat quoique par des chemins différents, résultat qui est de priver celui qui a un droit, de l'efficacité de ce droit, car avoir un droit et ne pas pouvoir le prouver, c'est à peu près la même chose qu'avoir un droit qui ne résulte pas d'un acte valable aux yeux de la loi. Ceci vous montre quelle importance a dans une législation comme la nôtre qui est une législation fondée sur le principe de la consensualité, la nécessité de la preuve écrite. Cette nécessité corrige la première règle et oblige les parties toutes les fois qu'elles font un acte de quelque importance, à rédiger un écrit afin de s'assurer une preuve qui leur permettra de faire exécuter leurs droits. Voilà donc la règle nouvelle qui a passé dans le code civil.

e principe
du transfert
consensuel de
la propriété

Il faut encore ajouter que non seulement le code civil a adopté le principe que le pacte nu suffit pour créer les obligations mais il lui a donné encore une portée qu'il n'avait jamais eue avant lui, car il l'a transporté dans le domaine du transfert de la propriété. Non seulement, d'après le Code civil, le simple accord de volontés engendre des obligations, mais le simple accord de volontés suffit pour transférer la propriété d'une personne à l'autre, ce qui est un point de vue tout à fait nouveau car dans notre ancien droit il fallait pour transférer la propriété un mode particulier qui était la tradition. Ainsi la règle nouvelle du consensualisme a été non seulement appliquée par le Code à l'effet obligatoire des contrats mais même au transfert de la propriété. Si bien que chez nous sous l'empire du Code civil, lorsque que quelqu'un vend une chose à une autre personne, non seulement la vente est parfaite par le seul consentement, mais en outre le transfert de la propriété s'opère au même moment sans aucune formalité, ipso jure, automatiquement par

Source : BIU Cujas

la simple conclusion du contrat, l'acheteur devient propriétaire de la chose vendue.

Voilà quelle a été l'évolution historique, vous voyez comme elle est intéressante et comme on est passé presqu'insensiblement de la vieille règle à la nouvelle. Je n'ai pas montré comment on est passé insensiblement de la règle en ce qui concerne le transfert de la propriété mais vous en trouverez l'explication dans tous les traités de droit civil concernant la propriété.

Les contrats solennels dans le Droit actuel

Des exceptions subies à la règle - S'il est vrai que le simple accord de volontés suffit pour rendre la convention obligatoire, il y a pourtant à cette règle des exceptions. Il y a certains contrats qui restent soumis au formalisme qui sont des contrats solennels. Je laisse ici de côté les actes juridiques du droit de la famille. Tout est solennel dans le droit de la famille, le mariage, l'adoption sont solennels, l'émancipation, la reconnaissance d'enfant naturel, tous ces actes sont soumis à des formes déterminées. De même dans le droit des successions, les testaments, l'acceptation d'une succession, la renonciation à une succession, l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire sont des actes solennels. Je ne parle que du droit des contrats proprement dit.

Il y a certains contrats de l'ordre économique que notre loi française soumet à la règle de l'authenticité qui exige que ces contrats soient passés dans la forme notariée. Ils sont peu nombreux. En voici l'énumération :

Enumération

I - la donation entre vifs, article 931;

2 - Le contrat de mariage, c'est-à-dire le contrat qui règle le régime matrimonial des époux, article I394;

3 - La constitution d'hypothèque, article 2227;

4 - La subrogation ou la renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale, loi du I3 Février I889, article 9;

5 - La subrogation dans les droits du créancier lorsqu'elle est consentie par le débiteur sans l'assentiment du créancier article I250, alinéa 2 dont je rappelle l'hypothèse. Je suis débiteur d'une somme d'argent qui va arriver à échéance, et ne pouvant pas payer, je pris un tiers de payer à ma place et je le subroge dans les droits du créancier qu'il va désintéresser. Par exemple c'est l'acheteur d'un immeuble qui ne pouvant payer son prix charge un tiers de le payer pour lui et le subroge dans le privilège du vendeur sans consulter le vendeur. Il dispose donc de la créance qui existe contre lui sans consulter son ven-

Source : BIU Cujas

deur. Opération qui a paru d'abord assez singulière mais qui est consacrée par l'article I250 alinéa 2 du Code civil, et pour laquelle la loi exige une double solennité. Elle exige que l'acte d'emprunt et l'acte de paiement soient faits dans la forme notariée.

6°- (Ceci est en dehors du code civil) : la cession totale ou partielle d'un brevet d'invention. Article 20 de la loi du 5 Juillet I844.

Règles de forme protectrices du consentement des incapables

Voilà la liste des contrats solennels que l'on cite ordinairement. On peut y ajouter encore, comme rentrant dans le formalisme, les règles de forme imposées pour la conclusion des contrats qui concernent les mineurs en tutelle, et qui consistent pour certains contrats que passe le tuteur dans la nécessité d'obtenir soit l'approbation du conseil de famille, soit même de faire homologuer par le tribunal la délibération du conseil de famille art. 457 et article 458 pour la vente, l'emprunt, l'hypothèque, soit aussi l'avis de trois jurisconsultes, ce qui vise spécialement la transaction, article 457, soit enfin quand il s'agit d'un partage intéressant un mineur, l'obligation de faire le partage dans les formes judiciaires.

Voilà la liste des actes que nous disons soumis à la solennité. Pourquoi la loi exige-t-elle pour ces contrats, l'acte notarié ? C'est tantôt dans l'intérêt de celui qui s'oblige, pour lui donner plus de sécurité, plus de garanties, tantôt pour appeler l'attention du donateur sur l'importance de l'acte, tantôt aussi à cause de l'importance ou de la complication de l'acte (ainsi pour le contrat de mariage).

La vente d'immeubles en Alsace et en Lorraine se fait par accord de volonté

Vous noterez, ce qui peut paraitre curieux, tout d'abord, que la vente des immeubles, n'est pas soumise chez nous à la nécessité de l'acte notarié, alors que la constitution d'une hypothèque doit être faite par devant Notaire. D'après le Code civil, la vente d'immeubles n'a pas besoin d'être faite devant Notaire, elle n'a même pas besoin d'être faite par écrit; l'écrit n'est pas nécessaire pour la validité de la vente. Il en est autrement toutefois pour nos trois départements recouvrés, le Haut Rhin, le Bas Rhin et la Moselle, dans lesquels on a laissé subsister la règle du droit allemand qui exige pour ces contrats la passation devant un Notaire. Je vous renvoie sur ce point à la loi du Ier Janvier I925, article I4, qui a introduit le code civil dans les départements recouvrés.

La raison qui a fait maintenir la règle du droit allemand est qu'on a laissé subsister le système de publicité nécessaire pour le transfert de la propriété et la constitution des droits réels, le système des livres fonciers qui repose précisément sur la solenni-

Source : BIU Cujas

té des actes qui doivent être enregistrés sur les livres fonciers.

A cette liste des actes solennels, on pourrait ajouter d'autres actes d'importance moindre, le warrant agricole qui doit être établi par le Greffier de la justice de paix d'après la loi du 30 Avril I906 article 3, le warrant hôtelier qui doit être établi par le greffier du Tribunal de commerce, article 3 de la loi du 8 Août I9I3, et le warrant pétrolier (loi du 2I Avril I932). Là s'arrête la liste des actes soumis à formalités. Pour tous les autres c'est le principe de la consensualité qui est appliqué : pas de formalités nécessaires.

La rédaction d'un acte écrit sous seing privé n'est nulle part exigée par le code civil, bien qu'il y ait dans le code civil divers articles qui disent qu'il faudra rédiger tel contrat par écrit.

La rédaction d'un écrit n'est exigée en aucun cas pour la validité du contrat par le C. civ.

Nulle part le code civil n'exige pour la validité d'un dontrat la rédaction d'un acte écrit ou sous seing privé, et pourtant il y a plusieurs articles dans le Code civil qui semblent contredire cette affirmation. C'est en particulier l'article 2044 relatif à la transaction qui nous dit : "La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître" et ajoute-t-on, "ce contrat doit être rédigé par écrit".

Nous trouvons des formules analogues dans les articles concernant le nantissement, l'article 2074 pour le gage : "le privilège du créancier gagiste n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte écrit ou sous seing privé". Puis l'article 2085 pour l'antichrèse : "l'antichrèse ne s'établit que par écrit"; mais ces formules qui se rencontrent ainsi dans divers articles du code ne font que rappeler la règle de l'article I34I. Elles exigent la rédaction de l'écrit pour la preuve du contrat et non pas pour sa validité. Dans les lois postérieures au Code on rencontre également des dispositions analogues, ainsi pour la vente et l'hypothèque des aéronefs la loi du 3I Mai I924 articles I2 et I4, pour le contrat d'assurances la loi du I3 Juillet I930 article 8 : "Le contrat d'assurances est rédigé par écrit". Cet article 8 est compris dans une section qui a pour rubrique : "De la preuve du contrat d'assurances". Il est admis que ces textes n'ont pas trait à la validité du contrat. Il n'y a discussion que pour la vente des navires pour laquelle l'article I95 du Code de commerce exige la rédaction d'un écrit et les auteurs discutent pour savoir si la rédaction de l'écrit n'est pas une formalité néces-

Source : BIU Cujas

saire à la formation du contrat. Je vous renvoie au Traité de droit maritime de M. Ripert, tome I n° 44.

La convention collective de travail doit être rédigée par écrit

En dehors des cas ici cités, il en est un où il en est autrement. C'est en ce qui concerne les conventions collectives de travail pour lesquelles le livre I du Code du travail article 3I, C. déclare que "la convention collective de travail doit être écrite à peine de nullité".

Quand il y a une formule pareille dans la loi il n'est pas douteux que la formalité est une formalité constitutive de la convention. Voyez au contraire la formule qui se trouve dans le même code de travail pour le contrat d'apprentissage, livre I, titre I, article 2 : le contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit, ce qui signifie qu'il faut rédiger un écrit en vue de se réserver la preuve de ce contrat. Donc c'est seulement en ce qui concerne la convention collective de travail que nous avons dans notre droit l'obligation de rédiger un écrit.

Pour tous les autres contrats l'écrit n'est pas nécessaire à la formation du contrat, même pour les contrats qu'il est d'usage en pratique de toujours rédiger par écrit. Un contrat d'assurances est toujours fait par écrit. Un contrat de société, un contrat d'association sont toujours rédigés par écrit. Il ne se fait pas de contrat d'assurance, de société, d'association, sans la rédaction de statuts. Néanmoins l'écrit n'est pas une formalité nécessaire à la conclusion de ces contrats.

l'article 272 du projet franco italien exige l'écrit pour un certain nombre de contrats.

Vous voyez donc combien est brève la liste des contrats restés solennels dans notre droit : quelques contrats soumis à la forme authentique, et un seul soumis à la nécessité de l'écrit.

Le projet franco-italien du code des obligations et des contrats exige au contraire la rédaction d'un écrit pour la formation d'un certain nombre de contrats. L'article 272 de ce projet est rédigé comme suit :

"Doivent être passés par acte authentique ou par acte sous seing privé, à peine de nullité (ce qui montre bien que la rédaction de l'écrit est nécessaire pour la formation du contrat) I - les conventions translatives de la propriété des immeubles ou autres droits susceptibles d'hypothèques (qui dans le droit français actuel n'ont pas besoin d'être rédigés par écrit) 2 - Les conventions relatives à la constitution la modification du droit d'usufruit portant sur un immeuble du droit d'usage ou d'habitation et des servitudes; 3 - Les renonciations aux droits énoncés sous les articles précédents; 4 - les baux d'immeubles pour

Source : BIU Cujas

un temps excédant 9 ans; 5 - les contrats de sociétés qui ont pour objet la jouissance d'immeubles lorsque la durée de la société est indéterminée ou excède 9 ans; 6 - les constitutions de rentes, tant perpétuelles que viagères sauf les dispositions relatives aux rentes sur l'Etat; 7 - tous les autres actes spécialement indiqués par la loi".

Cet article 272 est la reproduction presque textuelle de l'article I3I4 du code civil italien qui date de I865 et qui, lui, à la différence de notre Code civil exige la formalité de l'écrit pour toute une série d'actes.

L'article 272 a été facilement accepté par la Commission française, pour cette raison que les 5 premiers groupes d'actes pour la formation desquels il établit la nécessité de l'écrit sont des actes qui sont assujettis à la transcription, parce qu'ils ont trait à la propriété des immeubles, ou à la constitution de droits réels sur les immeubles, ou enfin à la constitution de baux qui par leur durée doivent être transcrits, car le projet franco italien soumet à la transcription les baux de plus de 9 ans et non pas comme notre code civil les baux de plus de I8 ans. Or, pour les actes qui sont assujettis à la transcription il est fort utile d'imposer la rédaction de l'écrit, parce que la transcription ne peut se faire que s'il y a un écrit et que si une vente d'immeubles par exemple, est faite sans rédaction d'écrit, si elle est purement verbale, il n'est pas possible de la transcrire et qu'il est intéressant d'autre part d'arriver à généraliser la formalité de la transcription, de telle façon que tout le monde s'y soumette.

Vous noterez que l'article 272 n'impose pas la nécessité de l'acte authentique. Il n'exige pas que les actes en question soient passés devant notaire; il se contente d'un acte sous seing privé, car la formalité de l'acte authentique n'aurait pas pu être acceptée chez nous étant donné le nombre considérable de petites parcelles de terre paysanne pour lesquelles les transmissions sont de trop peu d'importance pour que les parties se soumettent aux frais d'un acte notarié. C'est pourquoi on s'est contenté d'un acte sous seing privé.

Notre législation actuelle est donc essentiellement consensuelle.

Très rares sont les contrats assujettis au formalisme. On a depuis quelques années noté une tentative de renaissance du formalisme dont le projet dont je viens de vous parler vous donne une application. On a parlé de la renaissance du formalisme (Thèse de M.

Source : BIU Cujas

Moeneclaey : La Renaissance du formalisme dans les contrats, Lille I9I4).

Le formalisme en droit commercial

L'auteur y expose en particulier que le droit commercial a éprouvé le besoin de revenir pour certains actes au formalisme, en vue précisément, ce qui semble curieux, de renforcer la sécurité de certaines transactions et de permettre plus facilement la circulation et la transmission des créances. On a toujours dit que le formalisme avait l'inconvénient de retarder les opérations juridiques. Le droit commercial, lui, pour les créances qui sont constatées par des titres négociables, a imposé une certaine forme en vue de faciliter la circulation de ces créances tout en en assurant la sincérité. C'est ainsi que les titres au porteur transmissibles de la main à la main exigent nécessairement la constatation du titre dans un écrit. De même les titres à ordre transmissibles par endossement doivent être constatés par un écrit. De même enfin les titres nominatifs.

Il y a donc là une conception nouvelle du formalisme toute différente de la conception ancienne, mais qui est limitée. Il n'en faut pas exagérer l'importance. Elle a pour objet surtout de donner une forme nécessaire aux titres destinés à circuler.

Les contrats réels

Ceci dit, je n'ai plus que quelques mots à ajouter en ce qui concerne les contrats réels, car ce sont des contrats qui paraissent échapper à la règle de la consensualité. Ce sont des contrats qui ne peuvent pas se former par le simple accord de volontés mais exigent la remise de la chose pour leur conclusion.

Ces contrats réels sont en premier lieu : le prêt, prêt d'une chose, c'est-à-dire le commodat ou prêt à usage, articles I875 à I89I; prêt d'argent ou de choses consomptibles, prêt de consommation, articles I892 à I9I4, qui peut être soit gratuit, soit à intérêts; le nantissement, articles 207I à 209I, nantissement des meubles qui s'appelle le gage, nantissement des immeubles qui s'appelle l'antichrèse; enfin le dépôt, articles I9I5 à I954.

Ils sont considérés comme se formant par la remise de la chose

Depuis le droit romain ces contrats sont considérés comme se formant non pas solo consensu, mais par la remise de la chose prêtée que le prêteur fait à l'emprunteur, de la chose donnée en nantissement que le débiteur remet au créancier gagiste ou antichrésiste enfin la remise de la chose déposée par le déposant entre les mains du dépositaire. Il n'est pas douteux, c'est un point qui n'est pas contestable que le code civil a continué à suivre sur ce point la vieille tradition romaine. Voyez l'article I875, notamment pour le prêt : "le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre

Source : BIU Cujas

pour s'en servir à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi". L'article I892 concerne le prêt de consommation, l'article I9I5 concerne le dépôt et l'article 206I le nantissement.

Critique de la théorie classique

Mais cette analyse traditionnelle qui range ces contrats dans une catégorie spéciale, la catégorie des contrats qui se forment re , est très critiquable et très discutable, au moins pour ce qui concerne le prêt et le nantissement. Elle se comprenait à Rome à une époque où le nombre des contrats consensuels était très limité. A Rome la remise d'argent comme prêt, avant d'être reconnue comme contrat obligeant l'emprunteur à restituer, a été sanctionnée par une condictio en raison de cette idée que celui qui détient sans droit la chose d'autrui doit la restituer. Le prêt a donc commencé par une opération qui n'était pas contractuelle, et par l'effet de la remise de la chose à l'emprunteur, le prêteur acquérait une action non pas contractuelle, mais une condictio par laquelle il pouvait réclamer sa chose à l'autre qui à l'échéance convenue n'avait plus le droit de la conserver. Mais il n'y a plus aucune raison aujourd'hui, aucune raison plausible pour soutenir que le prêt et le nantissement ne peuvent se former que par la remise de la chose.

Le prêt et le nantissement apparaissent comme des contrats synallagmatiques

Le prêt et le nantissement, quand on les analyse apparaissent comme des contrats synallagmatiques dans lesquels l'une des parties s'engage à remettre une chose et l'autre à la restituer, et on ne voit pas pourquoi lorsque les deux contractants sont d'accord sur l'objet et la durée du prêt, sur l'objet et la durée du nantissement, le contrat ne se forme pas immédiatement tout comme se forme le contrat de louage d'un bien, dès que bailleur et preneur sont d'accord sans qu'il soit nécessaire pour la formation de ce contrat que la chose louée ait été remise entre les mains du preneur par le bailleur. Il suffit d'ailleurs pour se rendre compte de l'exactitude de cette proposition de considérer comment les choses se passent dans la pratique des affaires. En pratique quand une personne consent à prêter de l'argent ou une chose à autrui, on rédige un écrit et l'emprunteur s'engage à restituer la chose avant de l'avoir à sa disposition. Le prêteur est trop prudent pour remettre les deniers avant que le contrat n'ait été formé et constaté par écrit. Il se fait donc signer un écrit constatant que l'argent a été prêté et que l'emprunteur le lui rendra et c'est seulement une fois qu'il a l'écrit en mains qu'il livre les deniers. En particulier, dans le contrat de prêt avec constitution d'hypothèque, non

Source : BIU Cujas

seulement l'acte de prêt est à l'avance rédigé mais le créancier prend inscription de son hypothèque, et c'est seulement après que l'hypothèque a été inscrite que les deniers sont versés à l'emprunteur. Comme le dit un auteur allemand Collatz, qui était un commercialiste : "Celui qui, dans l'attente que les deniers lui seront remis, signe un acte qui constate qu'il a reçu les deniers, affirme quelque chose d'inexact, et ce mensonge reste un mensonge même si la numération escomptée a lieu réellement après coup".

Le contrat est conclu avant la remise de l'argent

Ceci montre bien qu'en pratique la nécessité fait considérer le contrat de prêt comme un contrat purement consensuel, puisque le contrat est écrit avant que les deniers soient versés. Cela suffit, me semble-t-il, à prouver le caractère artificiel de la vieille conception romaine que nous conservons encore. Aussi arrive-t-il parfois qu'un emprunteur demande la nullité du contrat de prêt qu'il a signé, en soutenant qu'en réalité les deniers ne lui ont pas été versés. Arrêt de la Cour d'Amiens du 20 Février I879, Sirey I880, 2, I34.

Le contrat est donc bien conclu avant la remise de l'argent. Il parait contraire à la réalité de soutenir que par sa nature économique le prêt suppose nécessairement la tradition des deniers. Les partisans de la doctrine classique, de la doctrine traditionnelle à laquelle on est tellement habitué qu'on y renonce très difficilement, répondent qu'en raisonnant ainsi on confond la promesse de prêt et le prêt. Ils sont obligés de faire cette distinction et disent : il peut y avoir une promesse de prêt, mais tant que les deniers n'ont pas été versés il n'y a pas de prêt. C'est une objection qui n'est pas solide. Que peut être une promesse de prêt ? Ce ne pourrait être qu'une promesse unilatérale comme une promesse de vente. Je promets de vous verser des deniers, de vous prêter telle somme d'argent, si vous voulez me les emprunter. Donc promesse unilatérale par laquelle moi seul, prêteur à venir m'engagerai, l'emprunteur futur acceptant pour le moment la promesse que je lui fais, mais ne disant pas qu'il emprunte l'argent de suite. Tandis que si nous considérons l'opération en pratique, nous voyons se former un véritable contrat synallagmatique, l'un prêtant de l'argent comme il est dit dans le contrat, l'autre déclarant l'avoir reçu. Certes il faut vraiment avoir de l'imagination pour considérer une opération de ce genre comme une promesse de prêt alors que les parties déclarent qu'il y a bien un prêt C'est précisément parce qu'on est imbu de l'idée de la promesse de prêt que l'on analyse ordinairement

Impossibilité d'analyser le contrat de prêt sous numération immédiate des deniers comme une promesse unilatérale de prêt

Source : BIU Cujas

comme une promesse de prêt, l'ouverture de crédit qu'un banquier fait à l'un de ses clients. Un banquier met à la disposition d'un de ses clients une certaine somme d'argent que celui-ci pourra prendre quand il voudra. L'ouverture de crédit est dit-on une promesse de prêt. C'est en réalité inexact, car l'ouverture de crédit se fait par un acte dans lequel le client s'engage à restituer à telle date les sommes qu'il aura empruntées et à payer les intérêts, et l'ouverture de crédit souvent est accompagnée d'une constitution d'hypothèque sur les immeubles du débiteur, ce qui montre bien que c'est un contrat synallagmatique. Aussi la jurisprudence est-elle obligée de reconnaitre qu'il y a dans ce cas promesse synallagmatique de prêt arrêt de la Chambre civile du 2I Novembre I849, Dalloz I849 I 265, Sirey I850, et arrêt de la Chambre des Requêtes du I2 Mai I90I, Dalloz I903, I, 349.

Mais une promesse synallagmatique, qu'est-ce autre chose qu'un contrat ? Le Code civil nous dit à propos des promesses de vente qu'une promesse synallagmatique de vente vaut vente, Article I589. Cela va de soi. Lorsque l'un vend et l'autre achète on est en présence d'une vente pure et simple, et pourquoi raisonne-t-on pour le prêt autrement qu'on ne le fait pour le louage de choses ? Dans le louage qui est un contrat synallagmatique, le bailleur s'oblige à mettre la chose à la disposition du preneur et le preneur s'oblige à restituer cette chose au terme convenu. Le contrat est parfait. C'est une fois qu'il est signé que la chose est remise au preneur, ou que le preneur entre dans les lieux loués. Donc ici nous avons un contrat synallagmatique, et c'est seulement après sa conclusion que la chose est remise au preneur. Pourquoi en serait-il autrement en matière de prêt ou de constitution de gage ?

La conception du C. civil suisse.

Le Code civil suisse a adopté cette conception plus moderne et qui me parait plus conforme à la réalité. Dans le livre des obligations, livre 5 du code civil suisse, le prêt est rangé dans les contrats synallagmatiques. Article 305 : "Le prêt à usage (c'est le commodat) est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à céder gratuitement l'usage d'une chose que l'emprunteur s'oblige à lui rendre après s'en être servi". Voilà bien le type du contrat consensuel.

L'article 3I2 vise le prêt de consommation : "Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité".

Source : BIU Cujas

Le nantissement s'analyse également comme un contrat synallagmatique

Le raisonnement que nous venons de faire pour le prêt peut être exactement répété pour le nantissement. Pour le nantissement, le contrat est signé avant que le débiteur remette la chose au créancoer gagiste. S'il s'agit d'antichrèse, la situation est encore plus frappante parce que, très souvent, dans l'antichrèse, le créancier antichrésiste ne se met pas en possession de l'immeuble qui lui est donné en gage. L'opération revêt nécessairement ce caractère, quand il s'agit de créances, parce que la mise en gage d'une créance ne permet pas la remise de la créance, chose incorporelle, au créancier. On se contente de remettre au créancier, faute de mieux, le titre qui constate la créance, et il est peu conforme à la réalité des choses d'exiger que le titre soit remis aux mains du créancier, ce qui aboutit à cette conclusion choquante, quand il s'agit de créances qui ne sont pas constatées par un titre, par exemple de droits successifs ab intestat, ou d'autres créances analogues que leur constitution en gage n'est pas possible par ce qu'il n'y a pas moyen de remplir cette formalité que l'on estime indispensable à la conclusion du contrat. Un arrêt de la Chambre civile du I8 Mai I898 (Sirey I898, I, 433 annoté par M. Lyoncaen) concernait un sieur Picard qui avait donné des titres en gage à son créancier, au jour du contrat les titres se trouvaient déposés à la Caisse des dépôts et consignations, où ils avaient été mis par le sequestre du sieur Picard qui était alors mineur. Ces titres y étaient restés et la Caisse des dépôts et consignations n'avait pas été avertie de la constitution du gage. Le conflit existait ici entre le débiteur et le créancier gagiste et non à l'égard des tiers. Le débiteur contestait la validité du nantissement parce que disait-il, le créancier n'a pas été mis en possession des titres donnés en gage. La Cour d'Orléans avait décidé en présence de cette situation que les formalités de l'article 2075, c'est à dire la remise des titres en la possession du créancier, n'étaient exigées qu'à l'égard des tiers pour les prévenir de la naissance du privilège, pour les prévenir de la mise en gage des valeurs, mais qu'elles n'étaient pas exigées inter partes, et qu'inter partes le contrat était valable, bien qu'il n'y ait pas eu remise des titres. La Cour d'Orléans analysait l'opération telle qu'elle se passe en pratique.

La Chambre civile a cassé cette décision; elle a décidé que, d'après l'article 2075, la remise de la chose aux mains du créancier est une formalité essentielle, nécessaire à la formation du contrat. Du point

Source : BIU Cujas

de vue de l'interprétation du Code civil, la Chambre civile a raison, mais il est intéressant de lire la note publiée à l'occasion de cet arrêt par M. Lyoncaen Il se range à la thèse de la Chambre civile et reconnaît que la Chambre civile a bien fait de casser l'arrêt, parce que la remise de la chose est une formalité nécessaire à la formation du contrat, mais il soutient néanmoins que le débiteur ne peut pas se prévaloir du défaut de remise de la chose parce que, dit-il la simple convention de gage est obligatoire et en vertu de la convention de gage le créancier était en droit d'exiger la remise de la chose du débiteur".

Ceci montre le détour que prend parfois la doctrine pour se rapprocher de la réalité. Dans cette note, l'auteur nous dit : la remise de la chose est nécessaire, mais il se rallie à cette idée qu'une constitution de gage sans remise de la chose est un contrat valable, et si c'est un contrat valable le créancier peut exiger qu'on lui remette la chose. C'est tendre un voile entre la réalité et soi; la réalité est que, par l'accord des volontés, le contrat s'est formé.

Les warants constitution de gage sans mise en possession du créancier

Le Code civil est resté fidèle à la tradition romaine. Toutefois, pour certaines constitutions de gage sans déplacement il a bien fallu que le législateur moderne abandonne la tradition classique.

Il en est ainsi notamment pour les warrants agricoles, hôteliers, pétroliers et pour la mise en gage d'un fonds de commerce. Il s'agit de permettre la constitution en gage, sans obliger le propriétaire de ces valeurs à s'en dépouiller. En effet le commerçant doit pouvoir continuer à exercer son commerce, le propriétaire doit pouvoir garder chez lui les produits, les récoltes qu'il donne en gage. Nous sommes donc bien ici en présence d'opérations de gage sans déplacement. Les auteurs ont trouvé une autre explication. Ils ont dit que ce n'était pas un véritable gage sans déplacement, mais des hypothèques mobilières, parce que l'hypothèque ne suppose pas qu'on mette le créancier hypothécaire en possession du bien hypothéqué, et pour concilier ces lois avec la conception traditionnelle, ils ont soutenu que le warrant agricole, le warrant hôtelier, la constitution de gage d'un fonds de commerce, étaient des hypothèques mobilières. C'est du reste une explication fragile, car en réalité ce sont bien là des contrats de mise en gage et non pas des hypothèques.

La preuve pour en donner une seule, c'est que dans le warrant agricole, le créancier porteur du warrant prime tous les créanciers du débiteur, notamment les ouvriers qui ont aidé à faire la récolte, et qui

Source : BIU Cujas

sont privilégiés, le vendeur de semence qui est privilégié, et même, sauf dans certains cas, le bailleur. Alors peut-on dire que le porteur du warrant est un simple créancier hypothècaire, n'a-t-il pas un privilège, puisqu'il passe avant les créanciers privilégiés? N'est-ce pas la preuve qu'en réalité son droit est un véritable droit de gage muni du privilège qu'y attache la loi ?

Le dépôt seul contrat réel dans notre droit

J'ai laissé de côté dans cette discussion le dépôt, parce que, pour le dépôt, les arguments donnés ne me paraissent pas décisifs, et qu'il me parait à l'analyse que le dépôt est bien un contrat réel et unilatéral et qu'il n'y a pas dépôt tant que la chose n'a pas été remise au dépositaire. Sans doute je peux bien vous promettre de prendre tel objet en dépôt, mais cette promesse est purement unilatérale, elle oblige simplement le dépositaire à accepter le dépôt, de telle sorte que pour le dépôt il me semble que la tradition a raison et qu'il faut bien y voir un contrat re, un contrat qui se forme par le fait qu'on dépose la chose chez quelqu'un. En tout cas ce serait à mon avis le seul contrat réel, avec un autre qui est par excellence le contrat réel; c'est le don manuel que je ne fais ici que citer, le don manuel c'est à dire le don qui se réalise par la remise d'une chose que le donateur fait au donataire. Le don manuel ne se comprend que par la tradition, Il n'existe qu'en vertu de la tradition, et une promesse de don manuel est sans aucune valeur.

Section 2

Les éléments constitutifs du contrat

éléments sur lesquels porte l'accord de volonté des parties.

Le contrat est un accord de deux ou plusieurs volontés. Pour qu'il se forme, il faut que les contractants se mettent d'accord, c'est à dire que leurs volontés s'unissent : I - cela va de soi, sur la nature même du contrat qu'ils veulent conclure; 2 - sur l'obligation que ces contractants attachent à ce contrat et sur l'objet de ces obligations, c'est-à-dire sur les effets du contrat conclu. Il n'est pas nécessaire, au surplus, que l'accord des volontés porte expressément sur toutes les obligations, et toutes les conséquences des obligations que les parties assument. Ordinairement en dehors des cas où le contrat est fait par acte notarié, les parties énumèrent tous les effets de leur contrat, et quand il en est ainsi, on applique les règles établies par la loi pour suppléer au silence des parties.

Source : BIU Cujas

Quels sont les éléments essentiels à la formation d'un contrat ? Ils sont indiqués dans l'article II08 :

" Quatre conditions sont essentielles pour la validité de la convention, le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation".

Laissons de côté la capacité. Restent alors trois éléments qu'il faut étudier :

Le consentement de la partie qui s'oblige,

L'objet,

La cause,

De ces trois éléments, il y en a un qui est la source de difficultés infinies, c'est la cause, et il s'agit de savoir s'il faut rattacher l'étude de la cause à la manifestation des volontés, ou à l'objet.

On étudie aujourd'hui le plus souvent la cause en même temps que l'objet. Voyez notamment le tome 6 du Traité pratique de droit civil de Planiol et Rippert, fait avec la collaboration de M. Esmein. Ces auteurs étudient à la fois la cause et l'objet. Pour moi, je crois que la cause est un élément de la manifestation de volonté du contractant, et il vaut mieux, pour en bien comprendre l'utilité, lier l'étude de la cause à celle du consentement. C'est pourquoi je commencerai par l'objet. Je crois que je pourrai ainsi mieux vous faire comprendre ce qu'est la manifestation de volonté et ce qu'est en particulier la cause, non pas que j'aie l'intention d'étudier la cause très à fond, mais il me parait nécessaire d'en parler, d'abord parce que je suis un peu orfèvre en la matière, et que surtout il y a eu cours de ces dernières années un véritable mouvement sur cette théorie de la cause les uns soutenant qu'elle est un élément artificiel, inutile, ce sont les anticausalistes, et les autres cherchant au contraire à prouver que la cause est un élément dont on ne peut pas se passer.

I - L'objet -

L'objet des contrats est traité dans le code civil aux articles II26 à II30, qui sont assez creux.

jet du con- rat et objet l'obliga- tion

On peut d'abord se demander ce qu'est l'objet d'un contrat. C'est d'engendrer des obligations et dès lors il semble qu'il faut rechercher non pas l'objet du contrat mais l'objet des obligations qui en naissent Ceci est particulièrement vrai quand on est en face d'un contrat bilatéral. Dans la vente, par exemple, il y a l'objet de l'obligation d'un vendeur, c'est-à-dire

Source : BIU Cujas

la chose vendue; il y a l'objet de l'obligation de l'acheteur, c'est-à-dire le prix. De même dans le louage il y a l'objet de l'obligation du bailleur, la chose louée, il y a l'objet de l'obligation du preneur, le loyer qu'il s'engage à payer. Si vous êtes en face d'un contrat unilatéral, la notion d'objet apparait comme unique. Dans le prêt l'objet est, ou la chose prêtée, ou les deniers, et l'on comprend qu'en pratique on puisse dire que l'objet du contrat, dans les contrats unilatéraux, est la chose prêtée ou les deniers prêtés. De même aussi, dans les contrats synallagmatiques on dit par abréviation que l'objet du contrat est la chose, la chose vendue, ou la chose louée.

Le principe, en ce qui concerne l'objet des contrats est simple : toute chose peut être l'objet d'une obligation contractuelle ou d'un contrat, toute chose présente, ou future, cela va de soi, pourvu qu'elle ne soit pas hors du commerce (Article II28).

Les choses hors du commerce ne seront pas étudiées ici. Il n'y a pas de difficultés à leur sujet (1)mais l'article II30 énonce une dérogation à la règle que les choses futures peuvent être l'objet d'un contrat. C'est une dérogation fort importante qui a donné lieu à bien des discussions. L'article II30 prohibe toutes les conventions ayant pour objet une succession non ouverte, et cette prohibition demande à être étudiée de près.

Les articles II26 à II30 C. civ.

(I) Je tiens à signaler en lisant ces articles consacrés à l'objet II26 à II30 qu'aucun d'eux ne fait allusion aux objets illicites ou aux objets contraires aux lois, à l'ordre public, ou aux bonnes moeurs. On peut s'étonner de ce silence. Ce silence tient à ce que la prohibition qui concerne les choses contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs se trouve dans la section de la cause des obligations. Articles II3I et II33. Ce fait que les rédacteurs du Code civil ont parlé de ce qui est contraire aux lois à l'ordre public, et aux bonnes moeurs, uniquement à propos de la cause, montre bien qu'ils ont eu une intention certaine de distinguer la cause de l'objet.

Source : BIU Cujas

La prohibition des pactes sur successions futures

C'est une matière importante à laquelle les traités ne donnent pas assez de place. Elle a suscité en ces dernières années beaucoup de difficultés. En particulier, certaines clauses notariales qui étaient entrées dans l'usage et qui étaient presque devenues de style dans les contrats de mariage ont été annulées par les tribunaux comme étant contraires à cette prohibition.

Bibliographie : Il y a une très bonne thèse de M. Nast, actuellement professeur à Strasbourg. Paris I905, et dans laquelle vous trouverez la bibliographie de la période antérieure. Depuis il y a eu deux thèses peu importantes et de nombreuses notes de jurisprudence, ou des articles dans la Revue trimestrielle, ou dans la Revue critique à l'occasion des décisions de la jurisprudence. Je citerai plus loin les principales.

Textes qui l'édictent

Voyons d'abord quels sont les textes du code civil qui édictent cette prohibition. Ils sont au nombre de trois qui se complètent. C'est d'abord au titre : des successions, l'article 79I : "On ne peut même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession".

Art. 79I

L'article 79I interdit donc deux sortes d'actes la renonciation anticipée à une succession et 2° l'aliénation c'est-à-dire le contrat par lequel un héritier présomptif, aliénerait ses droits dans une succession qui n'est pas encore ouverte c'est-à-dire dans la succession d'une personne qui est encore vivante. L'article 79I dit qu'on ne peut renoncer "même par contrat de mariage", ce qui est une dérogation au droit antérieur, car dans notre ancien droit les renonciations à successions étaient fréquentes par contrat de mariage.

Le second article est au titre "des contrats et des obligations" dans la section consacrée à l'objet des obligations, article II30 alinéa I : "Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation". Alinéa 2 : "On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit".

art. II30

L'article II30 interdit toute convention relative à une succession non ouverte, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit; précision qui, nous le verrons, constitue une innovation du code, parce qu'en droit romain, comme dans notre ancien droit ces pactes sur succession future étaient permis lorsque l'intéressé, c'est-à-dire celui

Source BIU Cujas

de la succession duquel il s'agit, les autorisait et persistait dans cette autorisation jusqu'à la fin de sa vie.

art. I600

Enfin, le troisième texte est une application de la règle de l'article II30 à la vente : "On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement" (art. I600).

La prohibition englobe trois espèces d'actes

Ces articles prohibent donc trois espèces d'actes :

I - Les renonciations à une succession à venir;

2 - toutes les stipulations, c'est-à-dire tout contrat ayant pour objet une succession non ouverte. Ces contrats peuvent être de deux sortes :

A - les contrats par lesquels un héritiers présomptif aliène ses droits éventuels à la succession d'une personne encore vivante, en faveur d'une autre personne. Ce sont les pactes relatifs à la succession d'autrui. Ils sont interdits, même si celui de la succession duquel il s'agit y consent.

B - Tous les contrats par lesquels une personne dispose de son vivant de sa propre succession. La prohibition est donc très large, vous le voyez.

A ces textes il faut en ajouter d'autres du code civil qui sont des applications de la prohibition. D'abord, l'article 943, au titre des donations, qui déclare nulles les donations de biens à venir, expression qui englobe, et même peut-on dire qui vise principalement les institutions contractuelles, c'est-à-dire le contrat par lequel une personne institue une autre personne son héritier pour tout ou partie des biens qu'elle laissera. C'est le type du pacte sur une succession non ouverte.

En second lieu, l'article I389 au titre : Du contrat de mariage, d'après lequel les époux "ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux"; texte qui proclame par conséquent le caractère impératif de l'organisation de la succession ab intestat et qui interdit aux gens qui se marient d'insérer dans leur contrat de mariage aucune clause qui constituerait une modification des dispositions édictées par la loi, soit quant à leurs droits dans la succession de leurs enfants, si ceux-ci viennent à prédécéder, soit quant aux droits des enfants dans leur succession. Nous verrons que cet article I389 a grande importance et qu'il y a des clauses notariales qui sont tombées sous le coup de cette prohibition.

Source : BIU Cujas

En troisième lieu l'article 2I29 au titre : des privilèges et hypothèques, alinéa 2, interdit l'hypothèque des biens à venir, c'est-à-dire qu'il interdit en principe, à un individu d'hypothéquer les biens qu'il pourra recueillir un jour dans une succession et en particulier les biens qu'il pourra recueillir un jour en qualité d'héritier.

Enfin au titre : des sociétés, l'article I837 qui prévoit un contrat peu fréquent, un contrat de société universelle de tous biens décide que lorsque des personnes font une société de tous biens, cette société ne peut pas comprendre les biens qui pourraient advenir aux associés, par succession, donation ou legs (à la différence de ce qui était admis par le droit romain et par notre ancien droit).

Voilà l'ensemble des textes qui prononcent ou appliquent la prohibition des pactes sur successions futures.

La prohibition est donc très large; elle englobe toutes les renonciations et sans exception toutes les conventions, tous les pactes qui ont pour objet une succession non encore ouverte. Nous verrons plus loin qu'à cette prohibition, le Code civil a pourtant apporté quelques exceptions, dont la principale est la faculté de faire par contrat de mariage une institution contractuelle au profit de l'un des futurs époux, c'est-à-dire la faculté pour une personne d'instituer héritier par son contrat de mariage, de tout ou partie de ses biens l'un des futurs époux, institution contractuelle qui peut également être faite par l'un des futurs époux au profit de l'autre, et par l'un des époux au profit de l'autre au cours du mariage; mais l'institution contractuelle n'est permise que dans ces cas spéciaux.

Exception : l'institution contractuelle dans le contrat de mariage

Nous énumérerons plus loin les dérogations que le Code a autorisées.

Voici comment je vais diviser mes explications pour l'interprétation de cette prohibition.

Plan

§ I - Origine historique.

§ 2 - Quels en sont les motifs ?

§ 3 - Eléments constitutifs des pactes sur succession future.

§ 4 - Des cas où la loi autorise les pactes sur succession future.

§ 5 - Des applications de la prohibition qui ont donné lieu à débat devant les tribunaux et en doctrine.

§ 6 - Quelques mots sur les législations étrangères.

Source : BIU Cujas

§ I - Origine historique de la prohibition -

Elle remonte au droit romain.

Origine romaine de la règle

De nombreux textes du Digeste et du Code interdisent en effet les pactes sur les successions non ouvertes. On peut les classer en trois groupes :

I - il y a les textes qui frappent de nullité les conventions conclues entre deux personnes relativement à la succession d'un tiers. Le plus connu est la Constitution de Justinien au Cpde II, 3, 30 qui se référant aux règles anciennes et les précisant annule tous les pactes ayant pour objet les biens d'une personne encore vivante, lorsqu'ils sont faits à l'insu de celle-ci.

Nullité des conventions relatives à la succession d'un tiers

La Curie de l'Empereur était consultée sur la question de la validité d'un pacte intervenu entre plusieurs personnes au sujet de la succession d'un tiers encore vivant, pacte par lequel les contractants convenaient que si ce tiers venait à mourir et que sa succession leur fut dévolue, ils observeraient certaines règles, qu'ils posaient dès à présent, quant à la façon dont ils recueilleraient cette succession, quand même la succession ne serait dévolue qu'à certains d'entre eux. A cette question l'Empereur répond que tous ces pactes, quand ils sont faits à l'insu de la personne sur la succession de laquelle on spécule, sont odieux et subordonnés à la plus triste éventualité, ce que nos anciens auteurs traduiront en disant qu'ils contiennent, de la part de ceux qui font ces contrats, le votum mortis, et que par là même ils deviennent dangereux pour la vie de celui dont il s'agit.

C'est pourquoi l'Empereur, se conformant, dit-il, à la tradition, les condamne tous comme étant contraires aux bonnes moeurs. A moins, ajoute-t-il, que celui sur la succession duquel on spécule n'y donne son consentement, et n'y persévère jusqu'à la fin de sa vie.

Précisant les lois et constitutions antérieures, Justinien interdit et les donations, et les hypothèques des biens à venir et toutes espèces de conventions civiles, dit la Constitution, relatives à de telles choses.

Interdiction de renoncer à une succession non ouverte

Il y a ensuite un second groupe de textes qui défendent de renoncer, même par contrat de mariage, nous disent ils, à une succession non ouverte, en particulier un texte de Papinien au Digeste XXXVIII, I6,I6 qui déclare nulle la renonciation faite dans son contrat de mariage par une fille à la succession

Source : BIU Cujas

de son père qui lui constitue une dot.

D'autres textes interdisent toute renonciation au droit d'intenter après le décès du testateur la querelle inofficiosi testamenti, Sent. Paul 4-5-8; C, III, 4, 28, 35 § 2, ou de réclamer la quarte falcidie D, 3 XXXV 2, I5, § I.

Pour ce second groupe de textes les auteurs ne nous donnent pas la raison de la prohibition. Ils jugent inutile probablement d'y insister, parce que ces conventions leur paraissent trop contraires à l'intérêt général, à l'ordre public.

Nullité des conventions par lesquelles une personne en institue une autre son héritier

Enfin, en troisième lieu, d'autres fragments annulent les conventions par lesquelles une personne en institue une autre son héritier; même lorsque ces conventions sont faites par contrat de mariage. Voyez notamment une Constitution de Dioclétien au Code V, I4, 5 et II, 3, I9.

Le motif invoqué ici et qu'on n'a pas assez remarqué, est que ces pactes par lesquels on dispose de sa succession d'une façon irrévocable, puisqu'on s'est engagé par contrat, sont contraires au grand principe de la liberté de tester, qu'un homme doit conserver jusqu'au moment de sa mort.

La constitution de Valérien et Gallien au Code II, 3, I5 donne cette raison : ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremam exitum. La volonté du défunt peut changer jusqu'au dernier moment de sa vie; il faut donc que jusqu'à sa mort il garde entière sa liberté de disposer de ses biens; or, il la perdrait si, par contrat, c'est-à-dire par un acte irrévocable, il en disposait au cours de sa vie. Considération pleine de sagesse, fondée sur l'observation de la nature humaine et la nécessité de protéger l'homme contre des engagements irréfléchis, qu'il pourrait regretter plus tard.

Ajoutons enfin que d'après les institutes de Gaïus (III § I00) les stipulations ou promesses qui ne devaient produire effet qu'après le décès du stipulant ou du promettant, étaient considérées comme inefficaces ou inutiles. Exemple : promettez-moi de me donner telle somme au moment de ma mort ou promettez moi de me donner telle somme au moment où vous mourrez.

Gaïus donne comme raison qu'on ne peut pas stipuler ou promettre pour ses héritiers sans stipuler ou promettre pour soi-même. Voulant dire par là que le droit ou l'obligation doit prendre sa naissance dans la personne même du stipulant ou du promettant et être transmis par lui à ses héritiers. L'individu ne peut donc pas faire naitre directement un droit ou une o-

Source : BIU Cujas

bligation sur la tête de ses héritiers.

Exception à la prohibition au cas où le tiers intéressé consent à l'acte

Ainsi, le droit romain avait prohibé d'une façon très large toutes les conventions relatives à une succession non ouverte. Néanmoins, la prohibition admettait quelques exceptions. La plus importante résulte de la constitution 30 de Justinien déjà citée. Elle faisait exception à la nullité pour les pactes sur la succession d'autrui, au cas où le tiers intéressé, c'est à dire autrui, avait donné son consentement et y avait persévéré jusqu'à sa mort. Les Romains considéraïent en effet que, dans ce cas, le pacte perdait son principal inconvénient, puisqu'il restait en somme révocable au gré du de cujus, car si le de cujus retirait son consentement au pacte que d'autres avaient fait quant à sa succession, par là même il la faisait tomber. L'efficacité ou l'inefficacité de la convention dépendait alors uniquement de la volonté de celui sur la succession duquel on spéculait.

Les promesses post mortem

D'autre part, et c'est là le point de départ des discussions qui sont nées de nos jours sur la portée des pactes sur succession future, Justinien a également atténué l'interdiction des stipulations ou promesses post mortem, qui, à l'époque classique étaient considérées comme nulles. Il a décidé dans les Institutes III, I9, § 3 au Code IV II c. unique; VIII 38, II, que ces stipulations ou promesses post mortem devaient être tenues pour licites, sans doute, disent les interprétes, parce que ceux qui les faisaient étaient présumés avoir voulu simplement reculer l'exigibilité de la promesse, l'exigibilité du droit, au décès de l'un d'eux. Le droit naissait immédiatement, mais on en reculait le terme, on le soumettait à un terme qui était la mort, soit du promettant soit du stipulant. Voilà ce que nous donnent les textes du droit romain. La prohibition n'a jamais disparu, elle a continué à s'appliquer dans les pays du midi de la France après la chute de l'Empire d'Occident. Elle y a persisté et elle a été admise dans les pays de coutume avec la renaissance du droit romain, c'est-à-dire de très bonne heure. Tous nos anciens auteurs en reconnaisent l'existence et en proclament en même temps la nécessité. On ne trouve d'opposition à cette règle que dans les oeuvres d'un jurisconsulte breton, grand défenseur des traditions de la féodalité, d'Argentré, qui s'est élevé contre cette règle et a critiqué les motifs qui avaient déterminé les jurisconsultes romains à l'admettre. Nos anciens auteurs, reprenant les raisons qu'ils trouvaient dans la Constitution 30 de Justinien, déclarent que les pactes sur la succession d'autrui sont immoraux parce qu'ils

-e maintien de la prohibition dans notre ancienne France

Source : BIU Cujas

impliquent le votum mortis. Comme dit M. Nast, cette idée pour eux s'élève à la hauteur d'une vérité intangible qu'on ne discute pas et qui s'impose à l'esprit. Pour les conventions par lesquelles un individu dispose de sa propre succession, ils reconnaissent aussi l'utilité de la prohibition, parce que ces conventions, disent-ils, sont incompatibles avec le principe de la liberté de tester. Enfin ils sont également d'accord pour condamner les renonciations anticipées à successions, parce qu'elles constituent une violation des lois qui règlent les successions et seraient trop dangereuses pour le renonçant, qui renoncerait à des droits de succession sous l'empire de la nécessité ou du besoin.

dérogation à la prohibition dans le contrat de mariage

Toutefois, une dérogation fut apportée à ce principe en faveur du contrat de mariage. L'institution du contrat de mariage avait dans notre ancien droit une très grosse importance. C'était plus qu'un contrat, c'était non seulement une convention destinée à régler le sort des biens des futurs époux, à constater les libéralités qu'on pouvait leur faire; c'était comme un pacte de famille. Il a bien changé depuis. Il est devenu aujourd'hui quelque chose de très simple et de très discret, à cause des yeux toujours ouverts du fisc. Le contrat de mariage était autrefois pour les parents l'occasion de régler la dévolution de leurs biens entre leurs enfants, au moyen de substitutions, et, en particulier, au moyen des renonciations que l'on imposait à la fille ou au cadet mâle qu'on mariait, renonciations à la succession des père et mère en faveur de l'ainé, principalement dans les familles nobles.

Un de nos anciens auteurs, Thaumassière, caractérise ainsi le contrat de mariage : "le contrat de mariage, dit-il, est le plus simple, le plus universel, le plus favorable, et le premier de ceux qui se font entre les hommes. Un contrat général où tous les autres se rencontrent. C'est la loi inviolable de la famille par laquelle il est permis de faire toutes sortes d'avantages et de donations, les institutions d'héritiers, les substitutions, les conventions de succession, les renonciations aux futures successions".

Pothier de son côté nous dit dans son Introduction au titre "des successions de la coutume d'Orléans, appendice 2, édition Bugnet, tome I, page I7 : "La faveur des contrats de mariage est si grande en France que la jurisprudence y a fait admettre les institutions d'héritier en faveur de l'une quelconque des parties contractantes ou des enfants qui naitront

Source : BIU Cujas

du futur mariage".

Donc la faveur des contrats de mariage avait fait écarter dans notre ancien droit la prohibition des pactes sur succession future. Sans doute, il serait exagéré de dire que dans un contrat de mariage on pouvait insérer toute espèce de pactes sur succession future, néanmoins il y avait un certain nombre de clauses qui se rencontraient dans les contrats de mariage et qui étaient des exceptions à la prohibition.

Les rédacteurs du code ont renforcé la prohibition

Les rédacteurs du code civil ont suivi la tradition de la prohibition des pactes sur succession future. Ils l'ont même renforcée, en ce sens que, contrairement à la constitution de Justinien, ils prohibent les conventions sur la succession d'autrui, quand même celui de la succession duquel il s'agit y consentirait. C'est l'article 1130 qui nous le dit : "On ne peut renoncer à une succession non ouverte ni faire aucune stipulation ..... même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit".

D'autre part le code civil a interdit les renonciations à succession, même par contrat de mariage, parce que ces renonciations usitées dans notre ancien droit et qui avaient pour but de permettre aux parents de concentrer l'ensemble de leurs biens sur celui qui portait le titre de noblesse, ou devait représenter la grandeur de la famille, sur la tête de l'ainé, correspondaient à une conception aristocratique de la famille que la Révolution avait définitivement écartée, et qui ne pouvait être admise sous le régime démocratique que le code civil a consacré.

En résumé, de cet historique, il résulte que la prohibition des pactes sur succession future date du droit romain, qu'elle s'est maintenue à travers l'histoire et que le code civil l'a même aggravée.

§ 2 - Raisons d'être de la prohibition -

Quels sont les motifs qui ont déterminé les rédacteurs du code à maintenir la prohibition et même, comme nous l'avons vu, à en augmenter les effets ?

Les travaux préparatoires sont très brefs

Dans les travaux préparatoires du code civil ces motifs sont très brièvement, très insuffisamment donnés. Comme à nos anciens auteurs, la prohibition apparait aux yeux des rédacteurs du code, si conforme à la raison, si vieille, qu'ils ne jugent pas utile de la justifier par de longues considérations. Ils se contentent de dire ce qu'avaient dit nos anciens auteurs, ce qu'avaient dit les Romains, que ces stipulations, que ces conventions sont incompatibles avec l'honnêteté publique, qu'elles offensent les con-

Source : BIU Cujas

venances. Ce sont leurs expressions, et plus spécialement pour les renonciations anticipées des filles dans leur contrat de mariage, qu'elles sont lésionnaires et contraires à l'égalité. C'est tout ce que nous trouvons dans les travaux préparatoires du code et c'est précisément, parce que ces considérations sont un peu vagues et un peu imprécises, qu'on en a contesté le bien fondé. C'est pourquoi il est utile de rechercher si la prohibition repose vraiment sur des bases solides, et mérite d'être maintenue, ou si au contraire, comme certains auteurs le soutiennent, elle n'est, au moins pour partie, qu'une survivance historique. Pour répondre d'une façon un peu précise à cette question qui a grande importance, il faut examiner successivement les trois groupes de clauses qu'englobe la prohibition et qui sont :

1 - Les renonciations anticipées,

2 - Les pactes concernant la succession d'un tiers,

3 - Les conventions par lesquelles une personne dispose de tout ou partie de sa succession à venir.

La prohibition des renonciations anticipées conséquence des règles sur la réserve

1°- Les renonciations anticipées, nous savons pourquoi le code civil les a prohibées, il les a jugées lésionnaires et contraires au principe de l'égalité. Elles étaient incontestablement opposées à l'esprit démocratique et égalitaire, qui justifie et explique l'organisation du régime ab intestat du code civil. Il me semble qu'en ce qui concerne ces renonciations anticipées il ne peut y avoir de discussion sur la nécessité de les prohiber et que, si on les autorisait, elles favoriseraient de la part des parents des opérations peu justifiées et contraires à la règle de l'égalité. Le préjugé nobiliaire n'est pas éteint, bien que les titres de noblesse n'aient plus aucune valeur juridique, et, même en dehors de la noblesse héréditaire, on pourrait craindre encore que dans certaines familles riches reparut le désir de faire un ainé pour lui laisser avec l'importance du nom la fortune nécessaire pour le bien porter ou encore d'avantager un enfant au détriment des autres. Tout notre système de la réserve et de la quotité disponible est d'ordre public. Il n'est pas possible d'y porter atteinte et ce serait un moyen d'y porter atteinte que d'autoriser des renonciations de ce genre.

Critique de ces dispositions par l'Ecole de Le Play

Il est vrai qu'il y a toute une école qui proteste contre les règles du Code civil relatives à la réserve et à la quotité disponible. Le Play a été un des premiers à en dénoncer les effets qu'il prétendait néfastes et on rencontre aujourd'hui encore

Source : BIU Cujas

des jurisconsultes et des économistes qui soutiennent que si la France est un pays de faible natalité, c'est la faute du Code civil. C'est une thèse que vous verrez souvent développée, parce que le code civil a-t-on dit, est une machine à diviser le sol, à morceler les héritages et par conséquent à relâcher les liens de la famille. Des économistes et des jurisconsultes prétendent que pour rétablir la famille dans son autorité d'autrefois, il faudrait rendre au père de famille le droit d'avantager l'un de ses enfants en particulier, de lui donner le patrimoine familial presqu'en totalité, de telle sorte que la vie de famille pourrait continuer entre l'ainé et les autres enfants qui vivraient autour de lui. Conception surannée, disparue. On ne remonte pas le cours des ans surtout au moment où nous vivons et où les choses changent si rapidement. En tous cas, si jamais le législateur estimait nécessaire de modifier les règles de la réserve et de la quotité disponible et de donner au père de famille une plus grande liberté de tester, il faudrait qu'il modifiât le code civil sur ce point, et ce ne serait pas par cette voie indirecte des renonciations à successions futures qu'il pourrait le faire. Il me parait donc inutile de justifier davantage la prohibition en ce qui concerne les renonciations à successions non ouvertes.

Les pactes sur la succession d'un tiers ne sont pas plus défendables que les renonciations anticipées.

Pour le second groupe, c'est-à-dire pour les pactes sur la succession future d'une tierce personne, ils ne paraissent pas plus défendables que les renonciations anticipées. Les Romains avaient raison de dire que ce sont des conventions contre les bonnes moeurs, contra bonos mores. Il est immoral de voir des héritiers présomptifs disposer à l'avance de leurs droits dans la succession de leurs auteurs, et des conventions de ce genre qui ont pour objet la cession de droits à venir, de droits successifs, sont presque toujours lésionnaires pour celui qui cède ses droits, car il ne s'y résout que sous un pressant besoin d'argent. Il ne trouve guère en face de lui que des usuriers pour spéculer sur son dénuement. Le consentement du de cujus, c'est-à-dire de celui dont la succession s'ouvrira plus tard, à ce genre de conventions, ne suffit pas à en légitimer l'usage ni à leur donner un intérêt économique qu'elles n'ont pas en elles-mêmes.

pacte fait par un individu sur sa propre succession

Restent enfin les pactes ou conventions faits par un individu sur sa propre succession et dont on peut donner comme type l'institution contractuelle, c'est à dire le contrat par lequel une personne promet à une autre de lui laisser tout ou partie de sa suc-

Source : BIU Cujas

cession, ou un bien compris dans sa succession, l'institution contractuelle étant une institution d'héritier ou de légataire faite par un accord de volontés entre le disposant et le gratifié.

Ce genre d'opérations a toujours été interdit par les Romains et assez mal vu au cours de notre ancien droit, pour cette raison que la prudence et la sagesse conseillent à l'homme de ne pas disposer par contrat, c'est-à-dire d'une façon irrévocable de sa succession, sans pouvoir revenir plus tard sur cette volonté. Se lier ainsi d'une façon définitive en faveur d'une personne est une grande imprudence, parce que l'individu qui le fait ne peut pas prévoir les évènements qui se passeront jusqu'à sa mort.

Dans les réponses que le Chancelier d'Aguesseau fit faire aux remontrances que certains Parlements avaient exprimées contre l'Ordonnance qu'il préparait sur les donations, l'ordonnance de Février I73I, il s'exprimait ainsi :

"Personne n'ignore que les plus graves jurisconsultes ont regardé la donation de biens présents et à venir (ce qui était une forme de donation contractuelle) comme un acte de folie qui ne mérite aucune faveur, et que du reste les hommes ne sont pas portés à faire, n'ayant rien à quoi les hommes aient naturellement plus de répugnance qu'à tout ce qui tend, non seulement à les dépouiller du présent, mais à les priver de toute espérance pour l'avenir". Il n'y a qu'un mode de disposer de ses biens pour le temps qui suivra le décès, c'est le testament, parce que le testament présente deux caractères qui protègent l'individu : d'abord il est l'oeuvre unique du testateur, un tiers n'y intervient pas comme dans l'institution contractuelle, ce n'est pas un contrat, c'est un acte unilatéral, et d'autre part, et surtout, il est toujours révocable jusqu'au moment de la mort. Unilatéralité, révocabilité, ce sont là les deux traits qui font la supériorité du testament, et c'est parce que les Romains l'avaient bien compris qu'ils avaient interdit toute disposition des biens devant composer la succession par voie de contrat. La liberté de tester est un principe protecteur qu'il convient de sauvegarder.

Il convient d'assurer la liberté de tester et la révocabilité des dispositions de dernière volonté

Il est vrai que le code civil a autorisé l'institution contractuelle par contrat de mariage en faveur du mariage, dans l'intérêt des futurs époux, même lorsque c'est un tiers qui institue l'un des futurs époux son héritier, mais l'institution contractuelle par contrat de mariage se comprend surtout entre futurs époux. On comprend que dans nos contrats de ma-

L'institution contractuelle par contrat de mariage

Source : BIU Cujas

riage, l'un des futurs époux fasse une libéralité à l'autre, pour le cas où il viendrait à prédécéder, et l'on comprend que les deux futurs époux s'adressent ainsi une libéralité réciproque pour assurer le sort de celui qui survivra.

Au surplus, elles sont aujourd'hui beaucoup moins fréquentes qu'autrefois dans les contrats de mariage, parce que les contrats de mariage se sont beaucoup simplifiés et que depuis le divorce elles offrent un inconvénient, car ces libéralités sont irrévocables et dès lors si l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé en perd le bénéfice, l'autre le conserve si bien qu'il peut venir à la succession d'un ancien époux qui a fait un nouveau mariage et a fondé une nouvelle famille. Aussi, lorsque les futurs époux se font une institution contractuelle aujourd'hui, a t-on soin de stipuler dans le contrat de mariage qu' elle ne produira ses effets que si le mariage se dissou par la mort de l'un des époux. Et encore ces institutions contractuelles sont beaucoup moins fréquentes qu'autrefois. Leur rareté aujourd'hui, tient à ce que la loi a donné au conjoint survivant un droit de succession dans l'article 767.

Quant aux institutions contractuelles qui peuvent être faites par un tiers au profit de l'un des époux, elles sont peu fréquentes et on les rencontre de moins en moins.

Il n'y a pas lieu de permettre l'institution contractuelle en dehors du contrat de mariage

Certains auteurs ont cependant prétendu que la prohibition de l'institution contractuelle en dehors du contrat de mariage, ou en dehors du mariage, n'est pas toujours bonne et qu'il serait bon dans certains cas d'autoriser une institution contractuelle; par exemple de permettre au père ou à la mère de faire une institution contractuelle au profit de leurs enfants, ou de certains de leurs enfamts. Ils ont prétendu que ce mode de disposer de la succession, serait pour les père et mère un procédé préférable à la donation partage, donation partage qui n'est permise qu'aux ascendants par les articles 1075 et suivants du code civil, parce que la donation partage oblige l'ascendant à se dépouiller immédiatement, tandis que l'institution contractuelle ne produit d'effet qu'au moment du décès de l'instituant. Les auteurs qui proposent cette réforme sont les adversaires de la réserve, ceux qui prétendent qu'il faut donner au père de famille une liberté de tester, de disposer de ses biens, plus grande que celle que lui accorde le code civil, et lui permettre de disposer du bien qu'il possède, au profit de l'un de ses enfants, afin d'en éviter le morcellement.

C'est donc toujours la conception de Le Play

Source : BIU Cujas

et je n'insiste pas davantage sur elle.

Justification du maintien de la prohibition

En résumé, la prohibition des trois sortes de pactes sur les successions non ouvertes, garde aujourd'hui toute sa raison d'être, qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces catégories.

Le projet de code civil franco italien a cru utile de la maintenir et de reproduire les textes du code civil français et du code civil italien. L'article 26, alinéa 2 de ce projet des obligations et des contrats est ainsi rédigé : "On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit".

Donc les rédacteurs de ce projet ont conservé la prohibition avec toute l'ampleur que le code civil lui a donnée.

§ 3 - Des éléments constitutifs des pactes sur les successions non ouvertes -

Difficulté qu'il y a à dégager les éléments constitutifs des pactes sur succession future

C'est un point délicat sur lequel on ne s'entend pas très bien. D'abord comment faut-il interpréter les textes qui prohibent les pactes sur les successions à venir ? L'article 1130 du code civil est le texte fondamental où se trouve écrite la prohibition. En principe c'est un texte qui fait échec au droit commun c'est à dire au droit de la liberté des contractants, et le caractère exceptionnel de ce texte est marqué par ce fait que, dans le premier alinéa, il est dit que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. C'est une idée dont il faut s'inspirer dans l'interprétation de ce texte. On ne doit pas l'élargir On ne doit pas l'étendre par analogie à des conventions qui ne présentent pas d'une façon certaine les traits caractéristiques, constitutifs des pactes de ce genre. Mais d'autre part, il faut bien remarquer que la prohibition énoncée dans plusieurs textes du cod civil est formulée en termes très généraux, et que dès lors il n'est pas possible, lorsque les éléments constitutifs du pacte sur succession future se trouvent réunis, d'écarter la prohibition et d'essayer de valider certaines stipulations qui présentent les caractères des pactes sur succession future, pour le motif qu'elles peuvent paraitre utiles, qu'elles n'ont pas d'inconvénients. C'est un point qu'on a souvent oublié dans les discussions qui se sont élevées au sujet des clauses qui ont donné lieu à difficultés. Il y a des auteurs qui ont prétendu qu'il fallait s'inspirer uniquement de l'idée inspiratrice de l'interdiction, c'est-à-dire le votum mortis, pour décider de la

Source : BIU Cujas

validité ou de la non validité de certains pactes qui rentrent dans la catégorie des pactes sur succession future. C'est une conception contraire à la juste interprétation des textes.

Voyons donc quels sont les éléments constitutifs d'un pacte sur succession future. Quels sont en d'autres termes les conditions auxquelles on peut reconnaître l'existence d'un pacte de ce genre ?

Ces éléments sont au nombre de deux.

Il faut en premier lieu qu'il y ait une convention

Le premier va de soi. Il faut qu'il s'agisse d'un pacte c'est-à-dire d'une convention, d'un accord de deux volontés. Sans doute l'article II30 énonce également les renonciations à succession future : "On ne peut, dit-il, renoncer à une succession non ouverte" mais il vise par là, les renonciations conventionnelles les renonciations faites dans un contrat passé avec une autre personne. L'article 79I du code civil a déjà prohibé les renonciations unilatérales.

De là il résulte qu'un legs qui serait fait sous la condition que le légataire renoncerait à une succession non encore ouverte, ne tomberait pas sous le coup de la prohibition de l'article II30, parce que la renonciation ne se présenterait pas comme étant conventionnelle. Ce n'est pas à dire que cette clause serait valable, elle serait nulle en vertu de l'article 79I, puisque la loi ne permet pas à un individu de renoncer à une succession non ouverte. Dès lors, un legs accompagné de cette condition est contraire à la loi. Cette observation a son intérêt, parce que la question se pose alors de savoir si, dans un legs de ce genre, il faut considérer la condition comme étant non écrite, ou s'il faut annuler le legs tout entier. Je rappelle sur ce point le texte qui nous donne la solution, c'est l'article 900, d'après lequel dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux moeurs sont réputées non écrites. La règle est donc que, dans un legs fait sous cette condition, la condition sera réputée non écrite et non avenue, et le légataire pourra réclamer le legs.

Mais je rappelle aussi que la jurisprudence apporte un tempérament à cette règle et qu'elle annule la disposition tout entière, le legs tout entier, lorsqu'elle estime que la condition illicite qui y a été insérée a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

Peu importe qu'elle soit à titre gratuit ou à titre onéreux

La première condition est donc qu'il y ait une convention, un accord de deux volontés, il faut ajouter que toutes les conventions qui ont pour objet une

Source : BIU Cujas

succession future sont prohibées par la loi, qu'elles soient à titre gratuit ou à titre onéreux, car l'article I600 du code civil interdit la vente de la succession d'une personne vivante, même de son consentement Donc premier point important à noter. Les pactes sur succession future ne comprennent pas seulement les libéralités, mais tous les contrats, même à titre onéreux.

2)

Il faut que cette convention s'applique à un objet de la succession

Second élément du pacte sur succession future : Il faut que la convention ait pour objet une succession non ouverte, c'est-à-dire la succession d'une personne encore vivante. Il n'est pas nécessaire que le pacte ait pour objet la succession tout entière ou une quote part de cette succession. Il suffit qu'elle s'applique à un objet déterminé une res singularis faisant partie de la succession. C'est un point qui est admis par tous les commentateurs et qui résulte des termes mêmes de la loi, qui interdit de faire aucune stipulation sur une succession non ouverte. En voici une application assez curieuse dans un arrêt déjà ancien de la Chambre civile du II Novembre I845, Sirey I845, I, 785, dans lequel nous lisons que la vente d'un objet déterminé dépendant de la succession d'une personne encore vivante, constitue un pacte sur succession future, aussi bien que la vente de l'universalité ou d'une quote part des droits successifs. L'espèce était vraiment singulière. Deux époux avaient en I8I5 fait donation partage de leurs biens entre leurs enfants (c'est fréquent, surtout à la campagne) sous réserve de quelques immeubles qu'ils avaient conservés pour eux, et notamment une ferme. L'année suivante l'un des enfants co partageants avait cédé cette ferme à ses frères et soeurs, bien qu'elle ne fut pas à lui puisque les père et mère se l'étaient réservée dans la donation partage. Il l'avait cédée, et ceci peut s'expliquer parce que les enfants se trouvaient en possession de la ferme au moment de la cession comme des autres biens des père et mère. Les père et mère étant décédés, les enfants avaient procédé au partage des biens que les père et mère s'étaient réservés, à l'exception de la ferme qui était restée à ceux des enfants qui l'avaient acquise. C'était en I8I6, le temps passe, et c'est en I839 que l'un des héritiers du cédant attaque l'acte comme constituant un pacte sur succession future. La prescription de 30 ans n'était pas encore accomplie, la prescription de I0 ans seule était accomplie, mais elle ne s'applique qu'aux cas de nullité relative. La question était alors de savoir s'il fallait traiter cette opération comme une vente de la chose d'autrui, auquel cas la nullité était

Source : BIU Cujas

une nullité relative. La nullité de la vente de la chose d'autrui, article 599, ne peut être demandée que par l'acheteur, ou, au contraire, s'il fallait y voir un pacte sur succession future, nul d'une nullité absolue. De telle sorte que si on considérait l'opération comme un pacte sur succession future, la nullité pouvai encore être invoquée. C'est cette dernière opinion qui a triomphé devant les tribunaux. Espèce curieuse qui montre que le pacte sur succession future peut avoir pour objet un bien de la succession qui n'est pas encore ouverte. Mais à quoi va-t-on reconnaitre la convention qui a pour objet une succession non ouverte ?C'est là que git la difficulté. C'est cette question qui donne lieu très souvent à discussion. Il faut donc tâcher de trouver un criterium. Je crois qu'on peut dire que ces conventions se reconnaissent à ceci qu'ayant trait à un élément d'une succession non ouverte, elles ne peuvent faire acquérir à celui au profit de qui elles interviennent qu'un droit éventuel, c'est-à-dire un droit enespérance, une espérance de droit subordonnée au prédécès de la personne dont la succession est en question.

Les pactes sur succession non ouverte ne font naitre qu'un droit éventuel

Précisons, en prenant les deux types de pactes successoraux, les pactes sur succession d'autrui, et les pactes sur sa propre succession.

Exemples

Pactes sur succession d'autrui : je suppose qu'un individu renonce dans un contrat au profit de son cocontractant à la succession d'une autre personne, renonciation contractuelle à la succession d'une tierce personne. Le contractant bénéficiaire de cette renonciation verra son droit d'héritier présomptif, c'est-à-dire son droit éventuel de succession, accru par l'effet de la renonciation qui est intervenue en sa faveur. Donc son droit ne sera pas modifié, ce sera toujours une espérance de succéder à la personne, mais cette espérance aura grandi. De même si un héritier présomptif cède ses droits héréditaires ou les hypothèques, le cessionnaire ou le créancier hypothécaire n'acquiert pas immédiatement un droit, il n'acquiert que le droit éventuel du cédant ou du constituant, à la succession qui s'ouvrira plus tard.

De même enfin si plusieurs héritiers présomptifs partagent à l'avance une succession non ouverte, ils ne peuvent partager que les droits qu'ils espèrent avoir un jour.

Même caractère quand il s'agit de conventions ayant pour objet la succession de l'un des contractants Le type est l'institution contractuelle; le disposant donne au bénéficiaire un droit éventuel à sasuccession droit irrévocable, je le veux bien, mais il ne lui donne que le droit de venir à sa succession, le jour où

Source : BIU Cujas

elle s'ouvrira, c'est-à-dire que le bénéficiaire acquiert un droit éventuel à cette succession s'il ne meurt pas avant le donateur.

Ces exemples montrent que le pacte sur succession future ne fait acquérir à celui qui en bénéficie qu'un droit à venir qu'on peut appeler un droit éventuel.

Notion du droit éventuel

Qu'est-ce qu'un droit éventuel ? Nous n'en parlons pas souvent dans le langage juridique. On peut dire que c'est une espérance de droit, et cela correspond assez à la distinction que fait la jurisprudence pour interpréter l'article 2 du Code civil relatif à la non rétractivité des lois. Pour interpréter cet article 2, la jurisprudence distingue en effet entre les droits acquis, auxquels, dit-elle, la loi nouvelle ne peut pas toucher et les simples expectatives que la loi nouvelle fait disparaître. Le droit éventuel est quelque chose comme cette notion de la simple expectative que la jurisprudence invoque pour préciser la portée de la règle de la non rétroactivité des lois. Le droit éventuel a déjà été étudié, notamment par M. Demogue dans un article de la Revue trimestrielle d'avant la guerre. C'est une des rares études qui aient été faites sur le droit éventuel. Il y a chez lui une conception un peu particulière de cette notion du droit éventuel.

distinction du droit soumis à une condition suspensive

Le droit éventuel est quelque chose de différent du droit suspendu par une condition suspensive. En effet, dans le droit qui dépend de l'arrivée d'une condition suspensive, quand la condition s'est réalisée il y a effet rétroactif (art. II79 c. civ.). Le droit rétroagit au jour où l'acte a été conclu, tandis que le droit éventuel ne devient un véritable droit que le jour où s'ouvre la succession dont il s'agit, que le jour où se produit le décès du tiers ou du contractant.

Comparaison entre le droit de l'institué contractuel et le droit de l'appelé dans une institution permise

On peut comparer par exemple le droit de l'institué contractuel au droit de l'appelé dans une substitution permise. Il est question des substitutions permises dans les articles I048 et suivants du Code civil. Un père peut léguer ses biens à son enfant, à charge par lui, dans la mesure de la quotité disponible, de les conserver et de les rendre à ses propres enfants. Un frère peut également léguer ses biens à son frère à charge pour lui de les rendre à ses enfants, c'est-à-dire aux neveux ou nièces du disposant.

Les substitutions permises sont un moyen pour le père, la mère ou le frère de protéger les descendants contre la prodigalité de tous les héritiers du premier degré. Or, dans une substitution permise, il y a le grevé de la substitution, c'est-à-dire l'en-

Source : BIU Cujas

fant ou le frère, et il y a ceux au profit desquels la substitution est faite et qu'on appelle les appelés, les petits-enfants, les neveux ou les nièces. Or les droits des appelés et du grevé sont organisés d'après le code civil suivant le type des droits conditionnels jusqu'à l'ouverture de la substitution, c'est à-dire jusqu'au moment du décès du grevé. Le grevé est propriétaire sous condition résolutoire; l'appelé lui, est un propriétaire sous condition suspensive, c'est-à-dire sous la condition qu'il survive au grevé. Il est propriétaire sous condition suspensive ce qui veut dire qu'il tient ses droits non pas du grevé, mais directement du disposant, auteur de la libéralité. De là on conclut que l'appelé, du vivant du grevé, peut hypothéquer les droits conditionnels qu'il a sur les immeubles compris dans la substitution, il peut céder son droit sans enfreindre la prohibition des pactes sur succession future. Lorsque l'appelé, avant la mort du grevé, alors qu'il n'est qu'un héritier présomptif, cède son droit à la succession du grevé, lorsque, d'autre part, il hypothèque les biens qu'il trouvera au moment de cette succession, ce n'est pas un pacte sur succession future qu'il fait, parce que dit-on, il a un droit conditionnel, un droit suspendu par la vie du grevé et que au décès de ce dernier il sera censé avoir été propriétaire depuis le jour de la mort du disposant. On voit la différence qu'il y a entre le droit conditionnel et le simple droit éventuel. Par exemple le droit éventuel d'un institué contractuel. Dans son contrat de mariage, j'institue un des futurs époux héritier de tout ou partie des biens que je laisserai. Quel est le droit de cet institué ? C'est un droit éventuel, c'est-à-dire le droit de me succéder le jour où je mourrai, mais jusque-là l'institué n'a pas un droit propre, il ne peut pas disposer de ce droit, il ne peut pas l'hypothéquer. Je lui ai simplement donné une vocation, irrévocable, il est vrai, à mon hérédité. C'est là qu'est le trait véritablement caractéristique du pacte sur succession future. Le droit qu'il engendre ou qu'il transmet est un droit éventuel et non pas un droit dès à présent certain.

Conceptipn selon laquelle le pacte sur succession future est une convention où intervient l'héritier présomptif

Ordinairement les auteurs qui étudient la prohibition des pactes sur succession future, emploient une autre formule qui n'est pas fausse en elle-même mais qui est trop étroite. Ils disent : pour qu'un acte constitue un pacte sur succession future, il faut que l'une des parties soit envisagée comme ayant, ou comme devant acquérir, un titre successif à l'égard de l'autre partie ou d'un tiers. Le pacte sur succession fu-

Source : BIU Cujas

ture ajoutent-ils (et c'est l'analyse que vous trouverez dans la thèse de M. Nast) est une convention qui a pour objet tout ou partie d'une succession à venir et dans laquelle l'une des parties contractantes figure à titre d'héritier présomptif. C'est exact pour le pacte sur succession future type, pour l'institution contractuelle. L'institution contractuelle donne bien un titre successif à l'institué, mais la formule est trop étroite parce qu'elle ne convient qu'aux pactes à titre gratuit; elle n'englobe pas les pactes à titre onéreux. Celui qui hypothèque des biens à venir ne transfère pas sa qualité d'héritier au créancier. Il ne lui transfère pas un droit successif. Il lui donne simplement une hypothèque sur des biens à venir sur des biens qu'il espère recueillir plus tard. Il lui donne donc un droit éventuel d'hypothèque. Celui qui promet de vendre un bien qu'il espère recueillir dans une succession, ou qui vend toute cette succession ne transfère pas sa qualité d'héritier. Il cède un droit éventuel de propriété. Le stipulant est un acheteur éventuel, il ne devient pas un héritier.

Cette conception écarte les pactes à titre onéreux

Si j'insiste sur la différence de ces deux formules, c'est que ceux qui se servent de la seconde et qui disent que le pacte sur succession future est celui qui fait naître un droit successif, ont écarté par là même de la prohibition tous les pactes à titre onéreux sous prétexte qu'ils ne donnaient pas naissance à un droit successif, ce qui est manifestement contraire à l'esprit du code civil, à la formule de l'article II30 et surtout à la disposition de l'article I600 qui prohibe la vente d'une succession non ouverte.

Certains auteurs ont essayé d'autre part de restreindre le champ de la prohibition, en faisant appel aux stipulations post mortem.

distinction du pacte sur succession non ouverte et de la stipulation post mortem

Il importe en effet de distinguer d'une part les stipulations post mortem et les pactes sur les successions non ouvertes. J'ai parlé des stipulations post mortem à propos du droit romain. Je vous ai dit que du temps de Gaius elles étaient interdites en partie, et qu'une constitution de Justinien désirant mettre fin aux controverses qui s'étaient élevées à ce sujet avait décidé qu'à l'avenir les stipulations post mortem seraient valables, mais par là Justinien n'entendait pas supprimer la règle de la prohibition des pactes sur succession future. Nous n'avons rien dans le Code civil relativement à ces stipulations post mortem Nous n'avons aucun texte non plus dans notre ancien droit. Mais la constitution de Justinien garde son autorité et, de nos jours encore, il est admis qu'une stipulation post mortem est valable alors que les pac-

Source : BIU Cujas

tes sur succession future sont prohibés.

Qu'est-ce donc qu'une stipulation post mortem ?

C'est un point délicat et les adversaires de la prohibition des pactes sur succession future quand ils se trouvent en présence d'un pacte de cette nature sont tout naturellement portés à dire : c'est une stipulation post mortem, donc valable en vertu de la vieille constitution de Justinien. Qu'a donc voulu dire Justinien dans cette constitution ? Il vise les stipulations par lesquelles une personne promet une somme d'argent pour le moment de sa mort. Les textes sont : la fameuse constitution unique, Code 1. 4 titre II, et la constitution II Code livre 8 titre 38.

dans la stipulation post mortem les parties ont entendu retarder non la naissance du droit mais son exigibilité.

Les commentateurs du droit romain admettent que ces constitutions ne visent que les stipulations par lesquelles les parties ont voulu retarder au jour du décès, non pas la naissance du droit parce qu'alors ce serait un droit qui prendrait naissance après leur mort et qui ferait partie de leur succession, on retomberait dans la prohibition, mais simplement son exigibilité.

Justinien a décidé que ces stipulations sont valables, parce qu'elles font naître immédiatement un droit au profit du stipulant; seulement le stipulant ajoute qu'on ne pourra exiger le droit qu'au moment du décès; en d'autres termes par l'effet d'une stipulation de ce genre le stipulant devient bien créancier, mais créancier à terme, et le terme est le moment de la mort, soit de sa mort, soit de la mort du promettant. C'est du moins ainsi que notre jurisprudence a interprété la vieille constitution. Il est curieux de voir que cette vieille constitution de Justinien est encore invoquée de nos jours devant les tribunaux alors qu'il n'existe aucun texte qui en rappelle les dispositions.

application par la jurisprudence de la Constitution de Justinien

La jurisprudence qui a eu l'occasion de l'appliquer soit à des stipulations à titre onéreux, soit surtout à des donations l'a toujours interprétée comme je viens de vous l'indiquer. Par exemple elle a déclaré licite le fait pour les père et mère de cautionner la dette de leur fils, sous la condition que le créancier ne pourrait le poursuivre qu'après leur décès et sur leur succession. La jurisprudence a dit qu'il y avait là un engagement de caution qui était valable; mais le droit qui est né au profit du créancier contre la caution, est reculé jusqu'au moment de la mort des cautions et le créancier ne pourra l'exercer qu'à ce moment.

Autre application de cette vieille constitution

Source : BIU Cujas

La jurisprudence a également déclaré valable l'engagement pris par l'héritier présomptif d'une personne de payer sa dette au moment où elle mourrait. Un héritier présomptif s'engage à payer la dette de son père, mais il ajoute : je ne la paierai qu'au moment où mon père mourra parce qu'à ce moment je recueillerai sa succession. Il recule donc l'échéance de l'obligation qu'il contracte. La jurisprudence admet qu'il y a là, conformément à la constitution de Justinien, un engagement pris, qui naît dès à présent et qui ne sera exigible qu'au moment du décès de la personne intéressée.

Au contraire si l'enfant ne s'était engagé à payer ses créanciers ou ceux de son père que sur les biens à provenir de la succession, la convention serait nulle, dit la jurisprudence, car elle ne donnerait un droit aux créanciers que contre la succession. Cf un arrêt de la Chambre civile 26 Janvier I886, Dalloz I866 I, 442, Sirey I888, I, 253.

Il faut reconnaître qu'on est là en présence d'une véritable énigme et que cette question des stipulations post mortem n'a jamais été bien éclaircie.

Les constitutions de Justinien ne sont pas suffisamment explicites mais c'est ainsi qu'on les interprète. Il y a donc une différence très marquée en tous cas entre le pacte sur succession future et la stipulation post mortem.

Comparaison entre les pactes sur succession future et l'assurance sur la vie au profit d'un tiers

Comparaison des pactes sur succession future à l'assurance sur la vie au bénéfice d'un tiers.

Voici les différences qui séparent les deux opérations ; un individu s'assure sur la vie au bénéfice de sa veuve ou de ses enfants. Nous savons que ce genre de contrat qui s'analyse en une stipulation pour autrui, fait naître au profit du tiers bénéficiaire de l'assurance un droit direct contre l'assureur, droit qu'il tient non pas de l'assuré, c'est-à-dire du stipulant, mais qui naît directement en sa personne contre l'assureur. Cette opération peut au premier abord ressembler à un pacte sur la succession de l'assuré, car par cette opération l'assuré fait naître un droit dans la personne du tiers bénéficiaire, droit qui sera payable à son décès. Mais voici les différences qui existent entre les deux opérations.

D'abord le tiers bénéficiaire n'est pas partie au contrat conclu entre l'assureur et l'assuré. Il acquiert un droit direct contre l'assureur au moment même de la signature de la police. Enfin, de ce que le bénéficiaire n'est pas partie au contrat d'assurances, il résulte que l'assuré a le droit de révoquer la désignation qu'il a faite jusqu'au moment où le

Source : BIU Cujas

tiers bénéficiaire accepte l'opération. Les effets des deux opérations juridiques sont donc différents et il ne faut pas confondre le pacte sur succession future et la stipulation pour autrui.

§ 4 - Des cas où la loi autorise les pactes sur succession future -

Certains pactes sur succession future sont autorisés dans les contrats de mariage

Ces cas sont assez nombreux. En première ligne la loi autorise non pas tous les pactes sur succession future, mais certains pactes sur succession future dans les contrats de mariage. Ce serait une erreur de dire que par contrat de mariage on peut faire toute espèce de pactes sur succession future. Cette erreur sauterait aux yeux, à la simple lecture de l'article 1389 relatif aux dispositions concernant le contrat de mariage. L'article 1389 nous dit en effet que les futurs époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. Voilà donc bien un texte qui, d'une façon générale, interdit les pactes sur succession future, c'est-à-dire les pactes pouvant modifier l'ordre légal des successions dans les contrats de mariage.

J'ajoute que l'article 791 du Code civil qui nous dit qu'on ne peut pas renoncer à l'avance à une succession, déclare lui-même qu'on ne le peut pas même par contrat de mariage. Donc certains pactes sur succession sont seuls autorisés dans un contrat de mariage.

L'institution contractuelle

Le principal de ces pactes est l'institution contractuelle. Toute personne peut dans un contrat de mariage,

1° faire une institution contractuelle au profit des futurs époux, ou des enfants à naître du mariage (article 1082).

2° les futurs époux peuvent se faire entre eux au profit l'un de l'autre, une institution contractuelle. Article 1091 : "Les époux pourront par contrat de mariage se faire réciproquement ou l'un des deux à l'autre telle donation qu'ils jugeront à propos", c'est-à-dire toute espèce de donation, y compris ce que le code appelle la donation de biens à venir, qui n'est autre que l'institution contractuelle.

3° Nous sortons ici du contrat de mariage, mais disons que l'institution contractuelle est encore permise entre époux pendant le mariage (article 1093 du code civil).

Source : BIU Cujas

Voilà donc la première exception très importante que nous rencontrons : l'autorisation de faire des institutions contractuelles par contrat de mariage ou pendant le mariage.

D'autres pactes peuvent encore être faits par contrat de mariage, entre futurs époux, lorsque ceux-ci adoptent le régime de la communauté de biens. La loi leur permet alors de régler à l'avance dans leur contrat de mariage, la façon dont la communauté, c'est-à-dire les biens communs qui forment un patrimoine indivis entre les deux époux, se partagera au jour du décès de l'un des époux.

Conventions relatives au partage de la communauté.

Ces conventions relatives au partage de la communauté peuvent être de diverses sortes. Le Code civil les énumère dans les articles I5I5 à I525. Tout d'abord il cite le préciput, articles I5I5 et suivants, qui est une clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever avant le partage des biens communs, une certaine somme ou une certaine quantité d'objets mobiliers en nature. Le préciput est un avantage attribué au survivant des époux, avantage qui lui permet de prendre avant tout partage certains biens, de prélever par conséquent conformément à l'

La clause de préciput

expression de préciput, sur la masse commune, certains biens, ou une somme d'argent. S'il arrive que la communauté se dissout avant la mort de l'un des époux, c'est-à-dire si elle se dissout prématurément, soit par la séparation de corps soit par le divorce, la clause de préciput ne produit pas encore son effet. Elle ne jouera qu'au moment de la mort du prémourant des époux.

Cette clause se rencontre fréquemment dans les contrats de mariage; il est d'usage notamment de stipuler que l'époux survivant aura le droit de prélever le mobilier commun, c'est-à-dire de prendre pour lui les meubles au milieu desquels les époux ont vécu, tant comme souvenir que pour éviter que n'étant compris dans le partage ils ne soient attribués aux héritiers du prédécédé ou ne soient vendus aux enchères. Dans cette clause de préciput qui est stipulée au profit du survivant, on indique dans la clause que la femme, si elle survit, aura le droit de prélever le préciput alors même qu'elle renoncerait à la communauté, c'est-à-dire alors même que la masse de la communauté reviendrait tout entière aux héritiers du mari.

D'autres clauses sont également autorisées par les articles I520 à I525. Elles sont les suivantes.

Convention de partage inégal

Les époux peuvent déroger au partage égal de la communauté qui est la règle et donner à l'un d'eux,

Source : BIU Cujas

ordinairement à celui qui prédécède, une part moindre que la moitié, ou une somme fixe à prendre dans la communauté, tout le reste allant au survivant. Ils peuvent même stipuler dans leur contrat de mariage que la communauté tout entière appartiendra au survivant des deux époux et même que dans cette communauté on laissera les biens qui sont tombés à titre d'apport du chef de l'autre époux, par exemple s'il s'agit de communauté légale les successions mobilières que l'époux prédécédé a pu recueillir. Tout cela est énoncé dans l'article I520 "Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers dans la communauté d'une part moindre de la moitié, soit en lui donnant une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière dans certains cas appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux seulement".

En quoi ces clauses sont-elles des pactes sur succession future ? On ne le voit pas tout d'abord, puisque ce sont des clauses qui ont simplement pour objet de partager à l'avance la communauté. Ce n'en sont pas moins des pactes sur succession future, en ce qu'elles modifient l'ordre légal de dévolution de la communauté entre l'époux survivant et les héritiers de l'époux précédé. En somme la clause a pour objet des biens qui, sans elle, tomberaient partiellement dans la succession de l'époux prédécédé; les époux sont copropriétaires des biens communs; lorsque l'un d'eux meurt, sa quote-part indivise dans les biens de la communauté passe à ses héritiers, et par l'effet de la clause insérée dans le contrat de mariage, cette quote-part indivise est soit diminuée, soit même supprimée. Vous trouvez donc bien là les deux traits caractéristiques du pacte sur succession future. Ces clauses d'abord sont une convention entre les deux futurs époux, et elles font naître au profit de l'époux qui survivra un droit éventuel à une part de la communauté qui dépasse la quote-part indivise qu'il possède.

Mais, pourrait-on être porté à dire, après tout, au cours du mariage les époux pourraient faire chacun d'eux un testament par lequel il laisserait à l'autre pour le cas où celui-ci lui survivrait, sa part de communauté. Un époux peut fort bien par testament dans le mariage laisser à son conjoint sa part de communauté. C'est licite. Pourquoi donc la clause est-elle une dérogation à la prohibition ? Le legs fait par l'époux pendant le mariage est licite, parce que ce n'est pas un contrat, ce n'est pas un pacte. Le legs

Source : BIU Cujas

est le mode normal de disposer de sa succession. Le legs est un acte unilatéral, il est révocable. Il ne présente aucun des inconvénients des pactes sur succession future. Les clauses insérées dans le contrat de mariage au contraire sont conventionnelles, orrévocables. C'est là ce qui les distingue profondément des dispositions testamentaires. Mais une question de grande importance, se pose. Ces clauses ne constituent-elles pas une libéralité ? Par ces clauses les époux ne se font-ils pas réciproquement une libéralité au profit de celui d'entre eux qui survivra ? Au point de vue des principes, au point de vue des règles théoriques du droit, certainement oui. C'est une libéralité réciproque, aléatoire sans doute puisqu'on ne sait encore auquel des deux époux elle profitera, mais qui n'en est pas moins une libéralité. Cependant le code civil ne traite pas ces clauses comme des donations. Il nous dit au contraire qu'elles n'en sont pas. Il nous le dit d'abord pour le préciput, article I5I6 : "Le préciput n'est pas regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage". La formule n'est pas très heureuse parce qu'elle ne dit pas exactement ce qu'elle veut dire. En effet d'après l'article I5I6 on pourrait croire que le préciput est une donation, mais une donation dispensée des formalités ordinaires des donations. Il y a certains auteurs anciens qui l'ont ainsi interprété, c'est une interprétation inexacte qu'il faut abandonner. L'article I5I6 signifie bien que la clause de préciput n'est pas une donation mais une convention de mariage.

Les clauses de partage inégal de la communauté ne sont pas réputées de libéralités

L'article I525 visant la clause la plus large celle qui attribue à l'époux survivant la totalité de la communauté, déclare dans son alinéa 2 que cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations. Formule préférable à la précédente, plus claire, plus nette. La clause attributive de la totalité de la communauté au survivant n'est pas considérée comme une donation. Cela peut paraître tout d'abord assez étonnant, parce qu'au point de vue théorique l'opération s'analyse en une libéralité et que d'autre part, nous trouvons au titre du divorce, un article, l'article 299, aux termes duquel l'époux aux torts duquel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé, car on applique l'article 299 à la séparation de corps, est déchu des avantages que l'autre époux lui a faits. Cette formule de la déchéance vise les clauses dont je m'occupe en ce moment. Néanmoins la loi affirme qu'il ne

Source : BIU Cujas

faut pas y voir des donations. Quelle est donc la nature de ces clauses ? Les articles que nous avons cités nous répondent. Ce ne sont pas des libéralités. Ce sont des conventions de mariage et entre associés. Expression qui se conçoit puisque les époux sont copropriétaires indivis des biens communs, et quand ils décident que tout ou partie de ces biens iront au survivant d'entre eux, ils font un partage anticipé. Ceci est très important. C'est une règle traditionnelle de notre droit que le Code civil a recueillie de nos anciens auteurs et dont voici l'intérêt. Si l'on considérait l'avantage fait à l'époux survivant comme une donation, deux conséquences en résulteraient qui seraient défavorables à l'époux survivant, et qui par là même enlèveraient à la clause une partie de l'utilité que les futurs époux ont entendu lui donner.

Ces clauses sont des conventions de mariage et entre associés

D'abord l'époux survivant a droit nous le savons à une part d'usufruit sur les biens du prédécédé. Cette part d'usufruit est déterminée par l'article 767 du code civil et varie en étendue suivant le degré de proximité des héritiers du conjoint prédécédé. Or, d'après l'article 767 du Code civil, l'époux ne peut pas cumuler ce droit d'usufruit et les libéralités qu'il a reçues de son conjoint : "L'époux cessera d'exercer son droit d'usufruit dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités dont le montant atteindrait celui des droits que la loi lui attribue". Il faut donc que l'époux impute les libéralités qu'il a reçues de son conjoint sur l'usufruit légal que la loi lui attribue.

Maintien du droit d'usufruit de l'art. 767 C. Civ. au profit du bénéficiaire

Second intérêt plus grand encore que le précédent : si l'époux prédécédé laisse des héritiers à réserve, c'est-à-dire des descendants (je ne parle ici que des descendants nés du mariage) ou des ascendants, ceux-ci ont droit à une part de réserve dans sa succession; ce sont des réservataires. Il y a donc une part de la succession de leur auteur que celui-ci n'a pas pu leur enlever. Or si on considérait comme une donation l'avantage fait par l'époux prédécédé au survivant, cette donation serait sujette à réduction pour le cas où elle dépasserait la quotité disponible, c'est-à-dire pour le cas où elle empiéterait sur la part de réserve des héritiers réservataires du défunt, article 920 du code civil, qui donne aux héritiers réservataires le droit de faire réduire les libéralités qui dépassent la quotité disponible.

Ces clauses ne sont pas soumises à la réduction

Je suppose que la clause du contrat de mariage attribue toute la communauté à l'époux survivant. Il y a deux enfants nés du mariage, donc deux héritiers

Source : BIU Cujas

réservataires, et la succession de l'époux prédécédé, ne comprend que la part qui devait lui revenir dans la communauté. Si on traitait la clause comme une donation, les enfants pourraient demander que l'effet de cette libéralité fût restreint à la quotité disponible entre époux, et d'après l'article 1094 du Code civil, la quotité disponible entre époux, lorsqu'il y a des enfants nés du mariage est soit d'un quart en pleine propriété et d'un quart en usufruit, soit de moitié en usufruit, que deviendrait alors la clause ? Elle serait presque totalement effacée puisque l'époux survivant ne pourrait prendre sur la communauté plus d'un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, ou plus de la moitié en usufruit. Comme la loi ne traite pas ces avantages comme des libéralités mais n'y voit que des conventions de mariage, il en résulte que la clause échappe à ces deux dispositions. L'époux survivant pourra donc recueillir le bénéfice de la clause sans être obligé de l'imputer sur l'usufruit que la loi lui attribue en vertu de l'article 767 sur les biens de son conjoint prédécédé. D'autre part, les enfants nés du mariage ne pourront pas demander la réduction de cet avantage? Ils ne pourront pas faire réduire les effets de la clause. Le résultat est que dans cet exemple où l'époux prédécédé n'a laissé pour toute fortune que sa part dans la communauté, les enfants n'auront droit à rien, au moment de son décès. Leur réserve sera réduite à zéro, car il n'y aura rien dans la succession. L'époux survivant aura tout en vertu d'une convention de mariage, et non en vertu d'une donation.

Elles échappent à la réserve des enfants

Vous voyez le grand intérêt que nos anciens auteurs attachaient à ces clauses, c'était de permettre aux futurs époux, d'avantager le survivant d'entre eux, sans avoir à craindre que la libéralité ainsi faite ne fût entamée par la réserve des enfants.

Cependant à cette règle que ces clauses ne sont pas des libéralités, la loi apporte une exception au profit des enfants nés d'un précédent mariage. Article 1527 alinéa 2. Quand il y a des enfants nés d'un lit précédent, la loi restreint la quotité des biens dont le père ou la mère de ces enfants peuvent disposer au profit de son nouvel époux, par contrat de mariage, ou par testament.

en présence d'enfants nés d'un précédent mariage ces clauses reprennent leur caractère de libéralité

D'après l'article 1098, il ne peut lui donner qu'une part d'enfant, le moins prenant, avec au maximum un quart de ses biens. Or, cette règle restrictive des libéralités que l'un des époux peut faire à son nouveau conjoint lorsqu'il a des enfants nés d'un précédent mariage, s'applique aux clauses par lesquel-

Source : BIU Cujas

les les futurs époux attribuent au survivant tout ou partie de la communauté. Ici on revient à la règle et à la réalité. A l'égard des enfants du premier lit ces clauses sont traitéss pour l'époux survivant c'est-à-dire pour le beau-père ou la belle-mère des enfants, comme étant de véritables donations sujettes à réduction.

Cette différence se comprend aisément. La loi a voulu protéger les enfants du premier lit contre les avantages que leur père ou mère pourrait se laisser aller à faire à un nouveau conjoint. La loi n'a pas voulu protéger les enfants nés du mariage comme les enfants nés du premier lit, pour cette raison qu'on n'a pas à craindre ici l'abus d'influence qui pourrait se produire dans le premier cas de la part du nouvel époux, et que, d'autre part, ce que les enfants ne vont pas recueillir par l'effet de ces clauses dans la succession du prédécédé, ils le retrouveront dans la succession du survivant puisque ce sont des enfants nés de l'un et de l'autre époux.

Voilà donc dans quelle mesure le code civil a fait échec à la prohibition pour les contrats de mariage. Mais je répète que ce sont là les seuls pactes successoraux que l'on puisse introduire dans les contrats de mariage, et qu'en dehors de ces cas la règle reprend son empire.

Ces clauses ne sont possibles que sous le régime de la communauté

En voici quelques conséquences. D'abord les clauses attributives de tout ou partie de la communauté au profit du survivant ne sont possibles que sous le régime de la communauté. Il n'y a rien de semblable sous les autres régimes dans lesquels des clauses de ce genre ne pourraient être introduites parce qu'elles constitueraient des pactes sur succession future. C'est une solution que l'on peut affirmer quoiqu'elle ait été discutée.

Nullité de clauses par la quelle dans le contrat de mariage un enfant laisse le survivant de ses parents jouir de la communauté

Serait nulle aussi une clause que l'on rencontrait autrefois dans certains contrats de mariage, par laquelle un enfant doté par ses père et mère s'engagerait à laisser le survivant de ses parents, jouir des biens du prémourant sans pouvoir lui demander aucun compte. Il s'engageait par conséquent à laisser le survivant en possession de tous les biens du prédécédé, à en jouir sans lui demander la part qui lui revient. C'est un pacte sur succession future au premier chef. L'enfant dispose ainsi à l'avance dans un contrat de mariage de ses droits éventuels à la succession du prédécédé, et, sans hésiter, il faut décider qu'une convention de ce genre introduite dans un contrat de mariage est nulle comme contraire à la prohibition.

Source : BIU Cujas

La propriété des acquêts est attribuée aux enfants nés du mariage

On a rencontré aussi pendant un certain temps au XIX° siècle une clause qui était en vigueur dans le Midi de la France et particulièrement dans le sud-ouest parce qu'elle était autrefois permise et usitée dans le ressort du Parlement de Bordeaux. C'était une clause attribuant la propriété ou la nue propriété des acquêts aux enfants nés du mariage. On ne comprend pas bien cette clause, tout d'abord. Pourquoi attribuer les biens aux enfants plutôt qu'au survivant des époux ? Cette clause s'employait surtout quand il y avait des enfants d'un premier lit et c'était un moyen d'avantager les enfants nés du mariage en leur donnant la propriété ou la nue propriété des acquêts, c'est-à-dire des acquisitions que les époux pouvaient faire pendant le mariage. Il faut se rappeler que le régime usité dans la région de Bordeaux autrefois était un régime dotal avec société d'acquêts, c'est-à-dire une société qui ne comprenait que les biens acquis pendant le mariage par chacun des époux, par son travail, son industrie et son esprit d'économie.

La validité de ces clauses qui se rencontraient dans un certain nombre de contrats de mariage, postérieurement au code civil, a été discutée. Le Tribunal de Bordeaux en particulier en a proclamé la nullité. Arrêt de Bordeaux du I8 Août I864, Sirey I865, 2, I5, et arrêt du 23 Août I865, Sirey I866, 2, 8I, avec une note de M. Labbé.

Que la clause soit nulle quand il y a des enfants d'un premier lit, c'est indiscutable, car elle a pour effet de changer l'ordre légal des successions par rapport aux enfants des époux entre eux, contrairement à l'article I389.

On a discuté pour savoir si la clause était nulle quand il n'y a pas d'enfants nés d'un premier lit. C'est une espèce un peu théorique, mais ici il faut encore admettre la nullité de la clause, car la clause n'est autre chose qu'une institution contractuelle au profit des enfants nés du mariage. Les époux les instituent pour la nue propriété ou la propriété à l'avance, héritiers des biens qu'ils acquerront pendant la communauté. Or, si la loi autorise l'institution contractuelle par contrat de mariage, elle l'autorise au profit des futurs époux, et uniquement à leur profit. Elle ne permet pas aux futurs époux de faire eux-mêmes une institution contractuelle au profit de leurs enfants, car ce serait changer l'ordre légal des successions. Donc, dans un cas comme dans l'autre, la clause est entachée de nullité, et c'est avec raison que la jurisprudence a prononcé l'annulation de clauses de ce genre.

Source : BIU Cujas

Voilà pour les dispositions qui peuvent se rencontrer dans les contrats de mariage, mais il y a encore dans le code civil d'autres dérogations à la prohibition des pactes sur succession future.

Autres dérogations à la prohibition des pactes sur succession future

On peut citer les partages d'ascendants, l'article 938 du Code civil, les articles 2129 et 2130 du Code civil. Enfin, la question s'est posée au sujet de l'article 1868.

Le partage d'ascendants

Et d'abord qu'est-ce qu'un partage d'ascendants ? C'est une institution assez particulière dont il est traité dans le code civil (articles 1075 et suivants). Le partage d'ascendants se présente sous deux formes, la donation-partage et le testament partage. C'est une opération qui n'est permise qu'aux ascendants. C'est une opération par laquelle, donation ou testament, l'ascendant donne ou lègue ses biens ou partie de ses biens à ses enfants ou descendants et les partage en même temps entre eux.

Au premier abord quand on définit ainsi le partage d'ascendants, on ne voit pas bien ce que l'institution peut avoir d'exceptionnel et on se demande pourquoi la loi ne la permet qu'aux ascendants. Après tout, peut-on dire, qu'est-ce qui empêche un individu qui, par exemple, a des neveux de partager ses biens entre eux, de les leur donner de son vivant, ou de faire un testament par lequel il fera à chacun de ses neveux une part dans ses biens. Qu'est-ce qui l'empêche de son vivant de distribuer ses biens à ses neveux ?

le partage d'ascendant est le partage anticipé d'une succession non ouverte.

Rien, alors n'est-ce pas la même chose qu'un partage d'ascendants ? Non. Il y a en effet dans le partage d'ascendants quelque chose de tout particulier qu'on ne rencontre pas dansl'opération que je viens d'indiquer lorsqu'elle émane d'un oncle ou d'une tante. C'est que l'acte de l'ascendant constitue non seulement une donation ou un legs, mais produit les effets d'un partage. C'est, en d'autres termes, le partage anticipé d'une succession qui n'est pas encore ouverte. En vertu de cet acte, les enfants sont non seulement des donataires ou des légataires, mais des co-partageants, biens qu'ils n'aient jamais été dans l'indivision. Si c'est une donation partage, ils ont bien pris part à la donation, ils y ont été partie, ils ont donné leur consentement comme donataires, mais comment auraient-ils pu le donner comme copartageants puisqu'ils ne sont pas dans l'indivision, puisqu'il n'y a rien à partager, puisqu'il n'y a pas de succession ouverte ?

C'est là le trait caractéristique. C'est un partage anticipé que ce partage d'ascendants ainsi qu'une

Source : BIU Cujas

libéralité, et par là c'est un pacte sur succession future, c'est le partage d'une succession non ouverte.

Quant au testament partage, ce n'est pas un pacte sur succession non ouverte, parce que c'est un acte unilatéral, mais c'est tout de même un partage fait par la volonté d'un homme qui est vivant et qui partage entre ses descendants une succession qui n'est pas ouverte. C'est donc bien quelque chose qui ressemble à un pacte sur succession future. Ce n'est pas à proprement parler un pacte puisqu'il n'y a qu'une volonté, mais cela dépasse l'effet d'un testament ordinaire par lequel on peut disposer de ses biens pour le temps où vos héritiers auront recueilli votre succession. Ainsi, vous le voyez, la donation partage aussi bien que le testament partage, est une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future. J'arrive à une autre dérogation qui elle aussi demande une explication. Article 918 du Code civil au titre des donations entre vifs. Il prévoit l'espèce suivante : un ascendant vend un de ses biens à l'un de ses enfants moyennant que celui-ci lui paiera une rente viagère ou en se réservant l'usufruit du bien qu'il vend; c'est un acte à titre onéreux. Néanmoins la loi le considère comme une donation faite par l'ascendant au descendant, parce qu'elle présume que, dans la plupart des cas, cette vente cachera une libéralité faite au détriment des autres héritiers, et que probablement il n'y a jamais eu de prix payé. C'est une présomption très grave, elle est irréfragable. Il ne dépend pas de l'enfant qui a fait cette opération avec son ascendant de prouver qu'il n'y a pas eu libéralité, et que le prix a bien été payé; non, c'est une présomption contre laquelle il ne peut rien, car d'après l'article 1352 alinéa 2, nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de ces présomptions la loi annule certains actes. Or ici la loi annule l'acte comme vente, la loi le transforme et en fait une libéralité. Par conséquent il n'y a pas de preuve contraire.

La vente d'un bien à un descendant à charge de rente viagère est considérée comme une libéralité

Cela paraît très dur pour le descendant, car il se peut après tout qu'il ait bien payé le prix; mais l'article 918 tempère cette sévérité en ce sens qu'il dispense cette libéralité du rapport. Elle présume qu'elle a été faite par préciput et hors part; par conséquent l'enfant n'est pas tenu de rapporter le bien à la succession de son ascendant. Mais si la libéralité est dispensée du rapport, elle est soumise à la réduction au cas où elle excède la quotité disponible et empiète sur la réserve des autres.

dispensée du rapport

Par exemple l'ascendant possède pour tout bien un immeuble. Il a deux enfants, il vend l'immeuble à

Source : BIU Cujas

l'un d'eux avec réserve d'usufruit ou en stipulant le paiement d'une rente viagère. A son décès, la loi permet à l'autre enfant de réclamer sa réserve sur cet immeuble, c'est-à-dire de faire réduire l'opération à la quotité disponible. Comme le réservataire c'est un point à noter a droit à sa réserve en nature, l'enfant qui demande la réduction pourra exiger le partage en nature de l'immeuble ou saliquidation. Jusqu'ici l'opération n'apparaît pas comme pacte sur succession future. Il n'y a rien de contraire à la prohibition. Mais voici où apparaît la dérogation à la prohibition des pactes sur succession future. L'article 918 ajoute en effet que si les autres enfants ont donné leur consentement à l'aliénation, si, au moment où l'ascendant a fait cette vente à l'un de ses descendants, les autres y ont consenti, et en ont par là même reconnu la sincérité, ils ne peuvent plus demander la réduction de l'aliénation. Ce consentement qu'ils donnent à l'aliénation est un pacte sur succession future, c'est un pacte sur la succession à venir de l'ascendant, car par là même ils renoncent à leur part réservataire dans la succession de l'ascendant. Donc convention, et convention ayant pour objet une renonciation à un drtit éventuel à cette succession.

Mais la réduction est applicable

Les deux caractères du pacte sur succession future se trouvent donc réunis.

Enfin la dernière dérogation vise l'hypothèque des biens à venir. L'article 2129 interdit à un individu d'hypothéquer ses biens à venir. C'est la règle mais à cette règle l'article 2130 apporte une exception. Il permet l'hypothèque des biens à venir dans le cas où le constituant possède déjà des immeubles, mais où ceux-ci sont insuffisants pour la sûreté de la créance.

L'art. 1868 est-il une exception à la prohibition des pactes sur succession future ?

Le dernier article du code civil au sujet duquel on peut se demander s'il fait exception à la prohibiti des pactes sur succession future, est l'article 1868 au titre des sociétés. En principe une société de personnes, ce sont les seules dont s'occupe le code civil finit par la mort de l'un des associés. Article 1865. Mais cette règle est gênante dans la pratique parce qu'elle peut amener soudainement la dissolution de la société. C'est pourquoi l'article 1868 autorise une dérogation qui est devenue la règle, en ce sens qu'on ne manque pas de l'insérer dans les contrats de sociétés. L'article 1868 décide en effet que s'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront

Source : BIU Cujas

suivies. Et, ajoute le texte, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait entre les survivants, l'héritier de l'associé décédé n'a droit qu'au partage de la société c'est-à-dire à la part de son auteur dans la société, lors de son décès.

clause stipulant la continuation de la société entre les survivants au cas de décès d'un des associés

Une clause de ce genre fait-elle exception à la prohibition des pactes sur succession future ? On peut répondre que non. Prenons d'abord la clause stipulant que la société continuera entre les survivants au cas de décès de l'un des associés. Aucun doute n'est possible. Il n'y a rien dans une clause de ce genre qui porte échec à la prohibition des pactes sur succession future. Les associés survivants conviennent que la société qu'ils forment continuera entre eux. Par conséquent, il n'y a rien là de contraire à la prohibition des pactes sur succession future. Supposons maintenant qu'il soit dit dans les statuts que la société continuera avec l'héritier du défunt. Ici encore on ne voit pas de pacte sur la succession du de cujus. La clause stipule simplement que l'engagement pris par l'associé passera à ses héritiers et que les héritiers continueront comme lui à faire partie de la société. Or, il est permis de stipuler pour ses héritiers en même temps que pour soi-même. Article 1122 : on est censé avoir stipulé pour soi-même, pour ses héritiers et ayant cause. De même qu'on peut stipuler pour soi et pour ses héritiers on peut promettre pour soi et pour ses héritiers. En d'autres termes la clause fait simplement échec à la règle que l'engagement pris par l'associé lui est personnel. Mais les héritiers pourraient-ils refuser de continuer la société ? Oui, s'ils renoncent à la succession de leur auteur, car alors ils ne sont pas tenus d'exécuter les engagements qui pesaient sur leur auteur, non au contraire s'ils l'acceptent.

clause stipulant la continuation de la société avec un héritier

La clause peut stipuler d'autre part que la société continuera avec tel des héritiers. Ici encore il ne semble pas qu'il y ait pacte sur succession future, car il n'est pas interdit au défunt de stipuler pour tel ou tel de ses héritiers, pourvu bien entendu qu'il ne porte pas atteinte aux règles de la réserve.

clause attribuant à la veuve le droit de prendre les droits sociaux du défunt

Mais il est une autre clause que je ne fais ici que signaler, qui se rencontre souvent dans les actes de société et qui est un peu plus douteuse. C'est celle où il est dit par exemple qu'au cas où l'un des associés viendrait à mourir sa veuve aura le droit de prendre pour sa part les droits sociaux du défunt et de continuer à faire partie de la société à condition d'en payer la valeur aux autres héritiers.

Il semble bien ici que le défunt dispose d'un

droit éventuel, c'est-à-dire d'un droit qui fera partie de sa succession au profit de celui auquel il donne la faculté de prélèvement, la faculté de continuer pour son compte la société. La question en effet a été discutée. Mais il convient de noter la différence qu'il y a entre cette hypothèse et le pacte sur succession future. Le pacte sur succession future est un pacte qui intervient entre celui de la succession duquel il s'agira, le de cujus, et une personne à laquelle il concède un droit éventuel à sa succession. Quand il s'agit d'un contrat de société, le contrat est conclu entre les associés, le conjoint de chacun des associés n'y intervient pas; il n'est pas partie au contrat de société, puisqu'il n'est pas associé. C'est donc un contrat qui se passe en dehors de l'intéressé, en dehors de celui qui plus tard pourra faire valoir ses droits à la part du prémourant. Il y a là une stipulation pour autrui. L'associé stipule au profit de son conjoint pour le cas où lui même viendrait à mourir, et la stipulation pour autrui n'est pas un pacte sur succession future, pour cette raison que le tiers bénéficiaire n'y intervient pas, et, d'autre part, à la différence du pacte sur succession future, la stipulation pour autrui est révocable par le stipulant, ici par l'associé jusqu'au moment où elle est acceptée par le tiers bénéficiaire. J'aurai l'occasion de revenir sur cette idée. Ainsi, on peut conclure que l'article I868 ne fait en rien échec à la prohibition des pactes sur succession future.

§ 5 - Applications intéressantes de la prohibition -

I - Institution contractuelle faite par contrat de mariage dans laquelle le donateur s'interdit de vendre une partie de ses biens

Quelques applications de la prohibition sont particulièrement intéressantes, et ont donné lieu à des discussions. J'en prendrai quatre que j'emprunte à la jurisprudence de ces dernières années. La première se trouve dans un arrêt de la chambre civile du 5 Juillet I928. Dalloz I929, I, 43 Sirey I929, I, 56.

Les époux Bonnet Martin mariant leur fille lui ont fait par contrat de mariage donation, par préciput et hors part (c'est-à-dire en la dispensant de rapport, ce qui était l'avantager par rapport à ses frères et soeurs, et ce qui est permis) du quart de tous leurs biens, meubles et immeubles qu'ils laisseraient à leur décès. C'est une institution contractuelle, ayant pour objet une fraction de la succession des constituants de la dot, institution contractuelle qui, nous le savons, est autorisée, par contrat de mariage. Jusque-là tout est correct. Mais ils ont en

Source : BIU Cujas

outre stipulé que pour remplir l'entière exécution de la donation de ce quart préciputaire, ils s'interdisaient de vendre aucune propriété faisant partie de leurs biens, au détriment de ce quart. On voit ce qui était ainsi ajouté à l'institution contractuelle. Lorsqu'une personne fait une institution contractuelle au profit de l'un des futurs époux, cette institution est irrévocable, ce qui veut dire que l'instituant ne peut plus donner à titre gratuit les objets compris dans l'institution (article 1083). Il les a donnés par contrat, c'est un acte définitif, irrévocable, il ne peut plus en disposer au profit d'un tiers. Art. 1083 :"La donation de biens à venir ou de biens présents et à venir dans la forme portée au précédent article sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement." Il résulte de cet article que le donateur conserve le droit de disposer à titre onéreux de ses biens, c'est-à-dire de les vendre.

Peut-il dans l'institution contractuelle se retirer ce droit de vente et promettre qu'il n'aliénera pas à titre onéreux les biens qu'il a donnés ? La Cour de cassation, appelée à statuer sur cette question, a décidé que cette clause tombait sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future, pour cette raison décisive que si le code civil autorise une dérogation par contrat de mariage, à la prohibition, il ne l'autorise que dans la mesure où elle prive l'instituant du droit de disposer à l'avenir à titre gratuit de ses biens, mais l'institua garde le droit de disposer à titre onéreux, et, comme l'institution contractuelle est une exception à la règle de la prohiibition des pactes sur succession future, on n'a pas le droit de l'élargir, on ne peut pas ajouter à la disposition de la loi. Donc, s'interdire de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution contractuelle, c'est retomber sous le coup de la prohibition. Il n'y a rien à reprendre à cette application de l'article 1130.

On ne peut par institution contractuelle s'interdire de faire une aliénation à titre onéreux

On a fait pourtant une objection. On a dit : mais les père et mère auraient pu donner immédiatement la nue propriété de leurs biens à leur enfant et s'en réserver l'usufruit. Les donations avec réserve d'usufruit sont permises (art. 949). Le résultat eût été analogue pour l'enfant puisqu'étant nu propriétaire, il n'avait pas à craindre l'aliénation de la propriété de la part des père et mère, lesquels n'étaient plus qu'usufruitiers. Le résultat final en effet eut

Constructions juridiques tentées pour valider la clause

Source : BIU Cujas

été analogue, mais l'effet immédiat bien différent. Il est bien différent de donner hic et nunc, de transférer dès à présent la nue propriété des biens et de faire une institution contractuelle. Que les deux opérations arrivent dans l'avenir à un résultat analogue c'est possible, elles n'en sont pas moins pour le présent deux opérations juridiques toutes différentes.

D'autres auteurs ont dit : sans doute il y a prohibition, mais après tout, la prohibition ne vaut que pour les biens à venir, et si les parents faisaient une donation dite cumulative de biens présents et à venir, ils pourraient se retirer le droit d'aliéner à titre onéreux, les biens présents; la clause ne vaudrait rien pour les biens à venir, dit-on, mais elle devrait être valable, pour les biens présents. Le défaut du raisonnement est facile à apercevoir. La donation de biens présents et à venir n'est pas autre chose qu'une modalité de l'institution contractuelle, elle ne donne aucun droit actuel au donataire; le donataire n'a pas le droit de s'emparer au moment de la donation des biens présents. Elle lui donne simplement une option au moment de la mort de l'instituant option entre les biens qui constituaient son patrimoine au moment où il a fait la donation et ceux qui constituent ce patrimoine au moment de sa mort (art. 1084). Donc l'opération reste une institution contractuelle, et si la clause est nulle pour les biens à venir, elle l'est également pour les biens présents Voilà pour la première hypothèse qui s'est présentée devant la jurisprudence.

- Acquisition d'un bien avec clause d'accroissement au profit des survivants

En voici une autre que je relève dans un arrêt de la chambre des requêtes, 24 Janvier 1928, Dalloz 1928 I, 157 Sirey 1929, I, 137, avec une note de M. Vialleton. Deux soeurs se marient, et les deux nouveaux ménages acquièrent en 1912 à frais communs une propriété rurale qu'ils se proposent d'exploiter ensemble L'acte d'acquisition contient, outre certaines dispositions réglementant l'organisation et la gestion de la copropriété de ce domaine, une clause aux termes de laquelle, lors du décès de chaque ayant droit, sa part accroîtrait aux survivants, de manière que toute la propriété se trouverait consolidée sur la tête du dernier survivant. Quelque temps après, en 1920, les intéressés, passent un nouvel acte complétant les règles d'exploitation, de mise en valeur, et de répartition des bénéfices du domaine commun. Puis, peu à peu la brouille se met entre eux, et du vivant de tous les intéressés, l'un des co propriétaires demande le partage de la chose indivise.

Source : BIU Cujas

Pouvait-on demander le partage ?

Première question : pouvait-il demander le partage ? Il invoque l'article 815 : "Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué nonobstant toutes conventions contraires". Mais il s'agit de savoir si l'article 815 s'applique à toutes les indivisions, quelles qu'elles soient, et si, en particulier, il s'applique aux indivisions qui ont été convenues, établies par voie de contrat, entre plusieurs personnes et qui forment une véritable société, ce qu'on peut appeler une société d'indivision. Lorsque des individus se sont ainsi mis en indivision peuvent-ils demander le partage ? Question délicate. On peut soutenir que l'article 815 n'est fait que pour les cas où il y a indivision involontaire, résultant de succession ou se produisant par exemple, après la dissolution d'une société. D'autre part, aussi, on peut soutenir qu'un individu ne peut pas s'engager pour toute sa vie, et qu'après tout la société qui avait été constituée était une société sans terme et que, par conséquent, on peut toujours mettre fin aux contrats qui ne sont pas faits pour une durée déterminée. Voir sur ce point une note de M. Solus, Sirey 1924, I, 353 et une note de M. Capitant, Dalloz 1923 I, 113. La question venant devant la Cour de Cassation a été par elle envisagée sous une autre face. La Cour de Cassation s'est demandé s'il n'y avait pas dans cette convention un pacte sur succession future et elle a répondu affirmativement. La Chambre des Requêtes a décidé que la convention avait pour objet d'attribuer aux survivants un droit sur des successions non encore ouvertes, et qu'en conséquence elle était un pacte sur succession future. On ne peut que se rallier à cette opinion, car elle est tout à fait conforme au critérium déjà donné, et nous retrouverons bien ici les deux caractères des pactes sur succession future : un accord relatif à des successions à venir, et un accord faisant naître au profi des intéressés un droit éventuel, c'est-à-dire un droit à venir à cette succession, si elle s'ouvre de leur vivant. Les deux caractères des pactes sur succession future se rencontrent donc ici, et c'est avec raison que la Cour de Cassation a appliqué la prohibition et déclaré la clause nulle. Voir sur ce point la note de M. Vialleton. Il cherche par des moyens détournés à valider la clause, à mon avis, sans pouvoir y arriver.

La convention constitue un pacte sur succession future

3 - Clauses introduites par le notariat dans les contrats de mariage

J'arrive à deux espèces qui ont fait beaucoup de bruit et qui ont soulevé l'émoi du notariat, parce qu'il s'agissait de clauses que les notaires avaient l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage. Les intéressés attaquent très rarement ces clauses, elles fonctionnent

Source : BIU Cujas

souvent pendant de longues années sans être critiqués jusqu'au jour où quelqu'un de mieux informé, ou de plus processif en discute la validité, et prétend qu'elles sont nulles dans l'espèce comme constituant un pacte sur succession future. Grand émoi de la part du notariat habitué à ces clauses dont il voit l'utilité. C'est pourquoi dans ces deux hypothèses la discussion a été fort longue et très vive de la part de la pratique.

stipulant le retour des biens donnés par l'ascendant au cas de décès sans postérité du descendant, avec réserve de l'usufruit pour le conjoint de l'enfant doté

La première est ce qu'on appelle la clause de retour des biens donnés par des ascendants, à leurs descendants pour le cas où ceux-ci mourraient sans postérité, avec réserve toutefois du droit d'usufruit du conjoint de l'enfant doté. Ceci demande explication. Je rappelle que l'article 747 du code civil a institué un droit de succession, dite anomale, ou droit de retour successoral, au profit de l'ascendant qui donne des biens à son descendant, droit de succession qui s'ouvre lorsque le descendant meurt avant l'ascendant donateur, sans postérité, et sans avoir disposé des biens qui lui ont été donnés. Article 747 du Code civil : "Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession". Si donc des père et mère donnent un bien à leur enfant qui se marie, et que cet enfant vienne à décéder avant eux sans laisser d'enfants nés de son mariage, et sans avoir disposé pendant sa vie, sans avoir légué ou donné le bien qu'il a reçu en dot, ce bien fait retour aux ascendants en vertu de l'article 747. Nous dirons tout à l'heure que le conjoint survivant de cet enfant prédécédé ne peut pas exercer sur ce bien le droit d'usufruit que l'article 767 lui donne sur la succession de son conjoint; ce bien revient en pleine propriété aux ascendants donateurs.

D'autre part, lorsqu'une personne quelconque, non plus seulement un ascendant, fait une donation à une autre, elle peut stipuler dans la donation que, si le donataire meurt avant elle sans laisser d'enfants, la donation sera résolue, c'est-à-dire que le bien donné fera retour au donateur. Article 951 du Code civil. C'est ce qu'on appelle le droit de retour conventionnel, lequel, nous le répétons, peut être stipulé à la différence du droit de retour successoral par tout donateur, quel qu'il soit.

Il y a une grande différence entre le retour successoral et le retour conventionnel. Le retour successoral est un droit de succession établi par la loi qui, par conséquent, ne s'ouvre que si les biens donnés se

Source : BIU Cujas

retrouvent dans la succession du donataire de l'enfant, tandis que le retour conventionnel est une condition résolutoire qui, quand elle se produit, c'est-à-dire quand le donataire meurt sans postérité, résout la donation, l'anéantit dans le passé rétroactivement, de telle sorte que le retour s'opère quand même le donataire aurait aliéné les biens donnés, parce que les aliénations faites par le donataire sont résolues comme son droit lui-même. Article 952. Il est d'usage dans les contrats de mariage d'insérer, lorsque les père et mère constituent une dot à leur enfant, une clause de retour conventionnel, qui vient ainsi s'ajouter à la disposition de l'article 747.

Pourquoi ajoute-t on une clause de retour conventionnel à l'article 747 qui, lui, suffit à faire revenir les biens aux père et mère ? Parce que le retour conventionnel est plus large que le retour successoral, puisqu'il assure le droit de retour, alors même que l'enfant doté, aurait aliéné les biens donnés. C'est pourquoi dans l'exemple que vous allez voir vous trouvez la clause de retour conventionnel insérée dans la constitution de dot.

droit d'u-
fruit de l'é-
ux survivant
s'applique
s aux biens
umis au re-
ur légal
. 767 C.
ivil

Lorsqu'un époux meurt, nous rappelons tout d'abord que la loi accorde au conjoint survivant un droit sur les biens du prédécédé. C'est ordinairement un droit d'usufruit. Article 767.

D'après cet article, de droit d'usufruit ne peut pas être exercé par l'époux survivant sur les biens qui ont été donnés en dot à son conjoint prédécédé, et qui font retour en vertu de l'article 747 aux ascendants donateurs, aux constituants de la dot, si bien que pour ces biens, qui peut-être constituent toute la succession de l'époux prédécédé, le droit d'usufruit établi par la loi au profit du conjoint survivant, ne fonctionne pas.

Les Notaires se sont préoccupés d'empêcher ce résultat qui paraît contraire à la volonté des parents qui veulent bien retrouver les choses qu'ils ont données à leur enfant, s'il n'y a pas d'enfants nés du mariage, mais qui n'ont pas l'intention de priver l'autre époux, leur beau-fils, ou leur belle-fille, de l'usufruit de moitié, que la loi lui donne pour ce cas, sur les biens du prédécédé. C'est pourquoi le notariat avait pris l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage, la clause suivante : si le donataire vient à mourir avant les donateurs (il s'agit des ascendants) sans postérité, et pour le cas où les enfants à naître du mariage, viendraient eux-mêmes à décéder avant l'un des donateurs sans laisser de postérité, les biens constitués en dot, feront retour aux donateurs ou aux

Source : BIU Cujas

survivants d'entre aux". Cela, c'est le retour conventionnel, qui viendra s'ajouter au retour successoral, mais voici la clause ajoutée par le notariat "Toutefois, ce droit de retour ne fera pas obstacle à l'exécution de toute donation et disposition en usufruit que la future épouse pourrait faire à son conjoint pendant le cours du mariage, ni à l'effet de tous autres avantages ou dispositions pouvant résulter au profit du futur époux, de la loi". Si l'on avait été en présence seulement de l'article 951, c'est-à-dire du retour conventionnel, la validité de la clause n'aurait pas été discutable, parce qu'on peut stipuler le retour conventionnel dans la mesure où on le veut. Mais à côté du droit de retour conventionnel qui avait été ainsi stipulé, restait le droit de retour successoral établi pat l'article 747, droit de succession donné aux père et mère aux ascendants donateurs, sur les biens de l'enfant donataire. Les ascendants donateurs pouvaient-ils ainsi, par une clause insérée dans le contrat de mariage, restreindre leur droit de retour successoral et donner effet contre la disposition de l'article 767 au droit d'usufruit de moitié de l'époux survivant, lequel d'après l'article 767 ne porte pas sur les biens sujets au droit de retour ? La question a fait l'objet d'une très longue discussion, qui s'est terminée par un arrêt des Chambres réunies du 2 Juillet 1903, Dalloz 1903, I, 353, Sirey 1904, I, 65 note du doyen Lyon Caen, et aux Pandectes françaises 1903 I, 497, une note du doyen Gény. Voir en outre, car la question a été très discutée par les auteurs, une très bonne étude de M. Gaudemet, dans la Revue trimestrielle de droit civil, de 1902 , PP. 739 et ss. Voir aussi sous le premier arrêt rendu par la Chambre civile, avant que l'affaire revint devant la Cour de Cassation 24 Juillet 1901, le rapport du Conseiller Falcimaigne et une note de M. Sarrut procureur général à la cour de Cassation, Dalloz 1901 I 537.

Les ascendants donateurs peuvent-ils donner effet à l'usufruit de l'époux survivant, malgré l'article 767 en renonçant à leur droit de retour légal.

Voici comment la question se posait. La fille dotée était décédée avant ses père et mère, sans laisser d'enfant, et sans avoir disposé des biens qui lui avaient été donnés par eux. Son mari survivant réclamait, en vertu du contrat de mariage, l'usufruit de moitié sur ces biens. Réclamation qui était contestée d'autre part, parce que la clause, disait-on, constituait un pacte sur succession future. La cour d'appel avait déclaré que la clause était valable, mais son arrêt fut cassé par la Chambre civile le 24 Juillet 1901. L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Amiens qui le 6 Mars 1902 se prononça pour la validité de

Source : BIU Cujas

la clause, et c'est ainsi que la question revint devant les Chambres réunies de la Cour de Cassation qui ont à nouveau cassé l'arrêt d'Amiens, et décidé que la clause constituait bien un pacte sur succession future, parce qu'il y avait dérogation dans cette clause au droit de succession que l'article 747 accorde aux ascendants donateurs.

La cour de cassation a décidé qu'il y avait là un pacte sur succession future

Voici comment raisonne, et très justement, la Cour de Cassation. Le droit de retour successoral de l'article 747 est un droit de succession réservé aux ascendants donateurs, et qui forme un droit distinct du reste de la succession. C'est une sorte de succession privilégiée. L'enfant laisse ainsi deux successions, l'ensemble de ses biens, et d'autre part les biens qu'il a reçus de ses père et mère. Ces derniers biens forment une petite succession à part qui retourne, en vertu de l'article 747 à ses père et mère. Or, en renonçant par le contrat de mariage à une portion de cette succession à venir qui devait s'ouvrir à leur profit, pour laisser s'exercer sur elle le droit d'usufruit du gendre survivant, les père et mère ont par un contrat renoncé à leur droit éventuel à cette succession. Il s'agit donc bien d'un pacte sur succession future. Il ne dépendait pas d'eux de pouvoir ainsi renoncer à un droit éventuel qui ne devait s'ouvrir qu'au jour où leur fille dotée viendrait à mourir sans laisser d'enfants.

Il n'y a rien à répondre à cette argumentation. Les deux éléments du pacte sur succession future se rencontrent certainement ici : renonciation des père et mère par contrat au droit éventuel qu'ils ont aux biens donnés par eux, si leur fille vient à mourir sans descendants, avant eux, donc renonciation à une succession future.

Tentatives faites pour valider la clause

On a cherché par toutes espèces de moyens à tourner la prohibition, à valider la clause sans y parvenir. Voici les arguments qui ont été présentés. On en a d'abord invoqué un premier qui consiste à dire cette clause est favorable; elle a été insérée dans les contrats de mariage par les notaires, à cause de l'intérêt qu'elle présente, elle est conforme à la volonté des constituants de la dot, qui n'ont pas l'intention de priver leur gendre ou leur belle fille du droit d'usufruit que la loi accorde sur les biens de son conjoint prédécédé. Pourquoi donc l'annuler.

intérêt qu'elle présente : cessante ratione legis

On a invoqué ici un adage. On a dit : les raisons qui ont fait interdire les pactes sur succession future ne se rencontrent pas ici. Donc il ne faut pas appliquer la prohibition : cessante ratione legis, cessat

Source : BIU Cujas

lex. L'argument est développé par M. Lyon-Caen dans les deux notes qu'il a publiées sur cette affaire. Il faut répondre que cet adage ne doit servir à l'interprète que dans les cas où il y a doute sur la portée d'application d'une loi; quand ce doute n'existe pas, quand cette volonté est précise, il n'y a plus lieu d'y recourir. Sans cela, avec l'adage en question il serait facile de distinguer entre ce qu'on appelle les bons pactes, et les mauvais pactes et on dirait : nous appliquons la prohibition là où le pacte a des inconvénients, nous ne l'appliquerons pas là où le pacte paraît avoir quelque utilité. Ce qui ne serait pas sans danger, car on se confierait ainsi à l'esprit de chaque juge et à la façon dont il comprendrait le pacte qui serait porté devant lui. Or, d'après l'article 1130 il n'y a pas de discussion possible. Tous les pactes sur succession future ont été jugés dangereux incommodes et écartés par la loi

Analyse de la clause en un droit d'usufruit conditionnel fait au gendroit de retour viendrait s'ouvrir

Une autre considération a été invoquée et que voici. On a dit : les père et mère auraient pu donner à leur fille la nue propriété de la dot et faire une donation d'usufruit à leur gendre, pour le cas où le pour le cas ils auraient fait alors une donation d'usufruit conditionnel à leur gendre, et le jour où la fille serait morte, la donation d'usufruit par eux faite à leur gendre se serait trouvée rétroactivement validée parce que la condition produit un effet rétroactif. C'est une subtilité. Il ne s'agit pas ici de parler d'effet rétroactif, ni d'envisager comme une donation conditionnelle un pacte sur la succession qui va s'ouvrir. Alors même que les père et mère auraient pris ce subterfuge, la clause n'en aurait pas moins été nulle, parce qu'ils auraient donné à leur gendre un droit d'usufruit portant sur le droit éventuel qu'ils ont sur la succession de leur fille. C'est donc simplement un changement de mots, et non pas un changement dans la réalité des choses.

C'est pourquoi la Cour de Cassation devant laquelle cette idée a été soutenue n'en a tenu aucun compte; elle a déclaré que cette interprétation ne pouvait pas s'accorder avec la volonté des père et mère, et qu'en réalité, de quelque façon qu'on put envisager la clause, elle constituait bien un pacte sur succession future.

La clause de prélèvement du fonds de commerce au profit de l'époux survivant

Nous abordons maintenant les difficultés qu'a soulevées la clause donnant à l'époux survivant la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par les époux, ou par l'un d'eux au cours du mariage (I)

I) On trouvera la bibliographie relative à cette clause

Source : BIU Cujas

Sa fréquence dans la pratique notariale

La question a agité la doctrine et s'est plusieurs fois posée en jurisprudence au cours de ces dernières années.

Formes de la rédaction

Cette clause notariale qu'il est de style d'insérer dans les contrats de mariage lorsqu'au moment de la rédaction du contrat l'un des époux exploite un fonds de commerce, ou est associé dans une société avec un tiers ou lorsqu'on peut présumer qu'un fonds de commerce sera acquis au cours du mariage, ou que l'époux entrera dans une société, est assez longue comme rédaction. Voici la formule qui se trouve habituellement dans les contrats de mariage de la région parisienne. Elle varie un peu dans les régions du Nord où elle est très fréquente; en Belgique et dans les Flandres, elle se rencontre dans presque tous les contrats de mariage.

Les deux cas prévus selon que l'un des futurs époux meurt étant ou non dans une association.

"Clause d'établissement industriel, financier, agricole ou commercial ." On vise deux hypothèses :

I - Cas de décès de l'un des futurs époux, sans association.

" Les futurs époux conviennent que le survivant d'entre eux, la future si c'est elle, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, pourra si bon lui semble conserver pour son compte personnel (c'est-à-dire prélever avant qu'on ne partage la communauté) tout établissement industriel, financier, agricole ou commercial faisant partie de la communauté ou propre à l'époux prédécédé, qui, au jour du décès du prémourant, pourrait être exploité par les futurs

---

(I) suite - I - dans un article de M. Capitant dans la Revue Critique I927 page 2I sur les effets de cette clause, 2 - dans deux articles du Doyen Gény parus dans la Semaine juridique de I928 n° 23 et 24. 3 - dans un article de M. Nast; validité de la clause dite de conservation d'une exploitation propre à l'un des époux D.H. I929 Chronique page 37. 4 - Dans un article au Répertoire général du notariat, 28 Février I929 article 2795, Sabatier un article au Répertoire général du notariat I5 Avril I929; article 2I.997. 5 - dans les notes de jurisprudence suivantes : Gény, Sirey I928 2, 33, I930, 2, 57 et 97, I932, 2, I. Vialleton Sirey I926 I, I69. Capitant, Dalloz I933, 2, I, I929, 2, I05; I93I, 2, I; 2, 4; 2, 6.

Source : BIU Cujas

époux ou par l'un d'eux, ensemble la clientèle, le droit au bail, l'achalandage, les marchandises, etc... à la charge par le survivant de prendre l'établissement avec les marchandises, matériel, et accessoires en dépendant, pour la valeur qui en sera fixée dans l'inventaire après le décès du prémourant par deux experts.

" L'époux survivant sera tenu de faire connaître son intention de bénéficier ou non de la présente clause dans les trois mois qui suivront le décès du prémourant, à défaut de quoi il sera réputé avoir opté pour la conservation dudit établissement .....

2ème cas : Décès de l'un des époux au cours d'une association.

" Dans le cas où les époux, ou l'un d'eux, auraient des droits comme associés dans un établissement industriel, ou commercial quelconque, le survivant, en tant que les actes constitutifs de la société n'y feraient pas obstacle, pourrait les conserver pour lui seul en tenant compte de l'importance de ces droits d'après le dernier inventaire social, sans que les héritiers ou représentants de son conjoint prédécédé puissent prétendre à aucune participation aux opérations faites postérieurement audit inventaire, mais seulement à l'intérêt au taux légal commercial d'alors, de leur part, depuis l'époque de l'inventaire.

" L'époux survivant aura droit d'option expresse ou tacite pour conserver lesdits droits sociaux aux mêmes conditions que ci-dessus ".

La clause fixe enfin un délai de remboursement par l'époux survivant qui opte pour la conservation du fonds, délai qui varie de un an à plusieurs années, et enfin, il y est stipulé que la clause n'aura d'effets qu'en cas de dissolution de la communauté par décès de l'un des époux, ce qui veut dire que si la communauté vient à se dissoudre, soit par la séparation de corps, soit par le divorce, la clause ne jouera pas.

Une observation en passant à propos de la seconde partie de la clause. Il y est dit que "dans le cas où les époux, ou l'un d'eux auraient des droits comme associés dans un établissement industriel ou commercial". Ceci soulève une question : deux époux peuvent-ils faire partie d'une même société de personnes ? La jurisprudence ne l'admet pas, puisqu'elle considère qu'une société entre époux est contraire à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et à la règle des pouvoirs du mari comme chef.

La clause vise donc, soit le fonds de commerce, soit l'établissement industriel, soit l'exploitation agricole, qui peut être au cours du mariage, exploité

Source : BIU Cujas

par les deux époux ou l'un d'eux. Elle vise également le cas où l'un des époux est entré dans une société.

Utilité de cette clause; son ancienneté.

Quelle est l'utilité de cette clause ?

On voit aisément la raison qui la fait introduire dans les contrats de mariage. A défaut de cette clause, le fonds de commerce, l'établissement industriel ou agricole, les droits sociaux de l'époux prémourant, qu nd ils sont tombés dans la communauté, font partie de la masse indivise qui succède à la dissolution de la communauté. L'époux survivant en est donc co propriétaire avec les héritiers du conjoint prémourant. S'il veut continuer l'exploitation, il ne le peut que si le fonds de commerce est mis dans son lot. Très souvent le fonds de commerce représentera toute la communauté; il faudra le vendre aux enchères, et l'époux survivant devra se porter adjudicataire s'il veut conserver le fonds. Grâce à la clause dont l'utilité est certaine, l'époux survivant peut ainsi continuer pour lui-même et pour les enfants, lorsqu'il y a des enfants nés du mariage l'exploitation du fonds de commerce qui faisait vivre la famille, sans courir l'aléa du partage et de l'adjudication. Aussi l'usage de cette clause, est il ancien. On en a relevé des exemples dans certaines coutumes du Nord, au XVIII° siècle, et même au delà. Des recherches historiques ont été faites sur ce point dans une bonne thèse de M. Degand, intitulée "Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux"; Paris 1916 dans laquelle l'auteur a consacré quelques pages à cette clause. Il était un des premiers à en parler.

Or, jusqu'à ces dernières années, ces clauses de prélèvement n'avaient donné lieu à aucune difficulté. Assez inconnues de la doctrine qui ne les étudiait guère, elles n'étaient à peine mentionnées dans les grands traités de droit civil; elles ne faisaient pas parler d'elles devant les tribunaux et elles fonctionnaient sans soulever de contestations.

Contestations récentes soulevées par la validité de cette clause

L'attention a été appelée sur elles, et le conflit est né, à propos d'une affaire qui s'est présentée devant le tribunal civil de Rouen, et la Cour de Rouen qui ont l'un et l'autre prononcé la nullité de cette clause comme étant un pacte sur succession future, pour le cas où elle s'applique non pas à un bien commun, mais pour le cas où le fonds de commerce appartient en propre à l'époux prémourant (arrêt de Rouen 15 Décembre 1922, Dalloz 1923, 2, 1).

Depuis, la question s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux, jusqu'à une dernière affaire qui vient de donner lieu à un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation, se prononçant dans le

Source : BIU Cujas

même sens que la Cour de Rouen.

Etudions donc cette clause, suivant que le fonds de commerce ou les droits sociaux font partie de la communauté, ou sont propres à l'époux prémourant.

I° cas où la clause s'applique à un bien commun - validité de la clause

Premier cas : le fonds de commerce, objet de la clause, est commun.

Dans ce cas on ne peut pas mettre en doute la validité de cette clause. Elle ne tombe sous le coup d'aucune des prohibitions énoncées par les articles I388, I389, I390, en ce qui concerne les stipulations que l'on peut insérer dans le contrat de mariage et d'autre part, elle présente une analogie certaine avec les clauses par lesquelles les époux conviennent de modifier la règle du partage égal de la communauté, clauses qui sont licites, et prévues dans les articles I5I5 à I525. En particulier elle ressemble à la clause de préciput qui permet à l'époux survivant de prélever dans la communauté certains biens, certains meubles avant le partage; la seule différence étant ici que le prélèvement ne se fait pas à titre gratuit, mais que l'époux survivant qui veut prélever le fonds de commerce existant dans la communauté doit, d'après la clause, en payer la valeur fixée par expertise. Donc, on ne peut pas élever de doute sur la validité de cette clause.

cure juridique la clause; son assimilation à une convention de mariage et entre associés. Son caractère généralement onéreux mais possibilité d'en faire une opération à titre gratuit

Quelle en est la nature juridique ?

On a beaucoup discuté sur ce point. Elle rentre certainement parmi les conventions que le code civil appelle "conventions de mariage et entre associés" c'est-à-dire qu'elle est considérée par le code civil comme une opération faite entre les deux époux copropriétaires des biens communs. Elle est une clause entre associés, ce qui signifie qu'elle est une clause préparatoire au partage, ou une clause concernant le partage de la communauté, mais elle n'est pas à titre gratuit, puisque l'époux qui prélève le fonds de commerce doit en verser la valeur dans la communauté et c'est par là qu'elle diffère du préciput. Elle est à titre onéreux, à moins que, ce qui est permis, mais ce qui ne se rencontre pas ordinairement, il n'ait été stipulé dans la clause que l'époux survivant pourra prélever le fonds de commerce, sans avoir à en payer la valeur, ce qui serait licite. La clause alors deviendrait quelque chose de gratuit, mais ne serait pas une donation, parce que la clause de préciput, elle même, n'est pas considérée comme une donation, mais comme une convention entre associés, c'est-à-dire une opération de partage, pas plus que la clause par laquelle on attribue toute la communauté au survivant des époux.

Donc la clause est une opération entre associés,

Source : BIU Cujas

différence entre cette clause et une vente.

relative au partage des biens communs. De ce qu'elle est à titre onéreux, il ne faudrait pas conclure qu'elle est une vente que l'on fait à l'époux survivant; elle ressemble à une vente puisque l'époux survivant va payer la valeur du fonds de commerce qu'il prélève, de même que le préciput ressemble à une donation, en ce que l'époux survivant prélève certains biens sans en payer la valeur. Mais de même que l'article 1516 du code civil nous dit que le préciput n'est point une donation, de même ici nous dirons que la clause de prélèvement n'est pas une vente.

La clause est une opération de partage et une convention entre associés intérêts pratiques de cette analyse

Elle n'est pas une vente parce qu'elle est une opération de partage, elle fait partie du partage de la communauté. Elle est une convention entre associés et voici le grand intérêt que présente l'analyse juridique de cette clause :

I - L'époux survivant n'est pas obligé de payer un droit de mutation sur le fonds de commerce qu'il prélève, parce qu'il n'est pas acheteur, il est considéré comme copartageant. Le fisc avait émis la prétention de prélever le droit de mutation sur l'opération, mais cette prétention a été repoussée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 7 Avril 1866, Dalloz 1856, I, 207, Sirey 1856, I, 538. La Cour suprême a répondu aux prétentions du fisc : "Ce n'est ni une donation, ni une vente, c'est simplement une convention de mariage et entre associés. Le droit de propriété du survivant prend son origine et son titre, non dans un contrat consensuel à intervenir entre le survivant et les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui fait attribution de ce droit à l'époux pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur. "Donc l'époux survivant n'est pas obligé de payer le droit de mutation parce qu'il ne fait pas une acquisition. Il prend le fonds en qualité de copartageant.

2 - Il n'est pas obligé de remplir les formalités de publicité que la loi du 17 Mars 1909 a établies en matière de fonds de commerce.

3 - Les héritiers du prémourant ne jouissent pour le paiement du prix qu'ils doivent, ni du privilège du vendeur, ni de l'action résolutoire qui complète le privilège du vendeur.

Voilà donc la nature juridique de la clause bien déterminée quand il s'agit d'un fonds faisant partie de la communauté.

La clause stipule que si c'est la femme qui survi elle pourra exercer le prélèvement, même si elle renonce à la communauté. On ne manque jamais de le met-

Source : BIU Cujas

la droit de prélèvement pour la femme même en cas de renonciation peut-il être considéré comme une opération de partage.

tre dans la clause, de même que quand on stipule au profit du survivant un droit de préciput, d'après les articles 1515 et suivants, on stipule que la femme pourra exercer ce droit de préciput, même si elle renonce à la communauté. Mais, dans ce cas, peut-on dire, le prélèvement n'est plus une opération de partage, la clause n'est plus une convention entre associés, puisque, par sa renonciation, la femme perd tout droit à la communauté, que l'indivision cesse par sa renonciation, et que les biens indivis, c'est-à-dire les anciens biens communs deviennent pour le tout la propriété des héritiers de l'époux prémourant. Cet argument avait été admis par la Chambre civile, arrêt du 12 Juin 1872, Dalloz 1872 I 327 Sirey 1872 I 308 Cet arrêt, faisant droit à la prétention du fisc a décidé que la femme renonçante devait payer le droit de mutation, parce qu'on ne pouvait plus la considérer comme copartageante, mais qu'elle devait être traitée comme si elle avait acheté la communauté. Cet argument spécieux doit être rejeté; il est contredit d'abord par l'article 1516 en ce qui concerne le préciput qui, sans distinguer si la femme accepte ou non la communauté, nous dit que le préciput est toujours une convention de mariage entre associés, et par l'article 1527 pour le cas où la clause donne toute la communauté à l'époux survivant, qui dans son alinéa 3, déclare que la clause qui donne à l'époux survivant toute la communauté est aussi une convention de mariage et entre associés.

La clause conserve pourtant son caractère

Voici en effet le point faible de l'argument de la Cour de Cassation. La clause attribue à la femme survivante, même si elle renonce, un droit dans les biens communs, dans le fonds de commerce qui fait partie de la communauté, elle lui permet donc de le prélever sur la communauté, bien qu'elle y renonce. C'est bien par conséquent une clause anticipée de partage, une clause relative au partage, puisqu'on lui dit : Même si vous renoncez à la communauté, vous aurez le droit d'y prendre quelque chose, vous y prendrez le fonds de commerce. La femme renonce sous réserve du droit de prélèvement que la clause lui a donné. Comme le disent Aubry et Rau 5° Ed. tome 8, note 5, le caractère juridique de ces clauses ne peut pas dépendre du parti que la femme prendre, ou du fait que la communauté suffira, ou ne suffira pas à lui payer son préciput.

En résumé, la clause est une convention de mariage quand le fonds de commerce fait partie de la communauté. Elle l'est toujours même lorsqu'elle joue au profit de la femme survivante et que celle-ci renon-

Source : BIU Cujas

ce à la communauté.

Quels en sont les effets dans ce cas ?

ets de la
ause pendant
a communauté

Pendant la communauté, elle ne produit aucun effet. Elle ne modifie en rien les droits du mari, administrateur, maitre et seigneur des biens communs. Elle ne lui enlève pas le droit de disposer du fonds, sauf à titre gratuit, puisque nous savons que les dispositions à titre gratuit, ne sont permises au mari que dans une mesure très modérée. La question s'est posée en particulier à propos d'une espèce où le mari avait, au cours du mariage, mis le fonds en société. Il s'était associé avec un tiers pour exploiter le fonds de commerce, et il avait été stipulé dans les statuts de la société, que le tiers aurait la faculté de continuer seul l'exploitation, si le mari mourait avant lui. C'était contraire au contrat de mariage qui attribuait au survivant, le droit de prélever le fonds. Il y avait donc inconciliabilité entre cette stipulation des statuts et le contrat de mariage, et naturellement au décès du mari, un conflit se produisit entre l'associé qui prétendait garder pour lui le fonds de commerce et continuer à l'exploiter pour son compte, et la femme qui entendait le prélever en vertu du contrat de mariage.

e mari conserve
le droit de dis
oser du fonds
sauf à titre gra
uit.

La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation a tranché définitivement le débat par un arrêt du 24 Mars 1903, Dalloz 1905, I, 33 Sirey 1904, I, 137, en décidant que l'insertion de la clause dans le contrat de mariage n'enlevait pas au mari le droit de disposer du fonds, et elle a donné cet argument qui est décisif : quel est le droit que la clause donne à la femme survivante ? Le droit de prélever le fonds de commerce, s'il en existe un au moment du décès du prémourant dans la communauté. Or, il n'en existe pas lorsque le mari a fait sortir le fonds de commerce de la communauté, pour le cas de son prédécès. Par conséquent la stipulation insérée dans les statuts de la société l'emporte sur la clause du contrat de mariage.

Mais en revanche, le mari ne pourrait pas léguer s'il regrettait la clause et s'il voulait priver la femme de son droit de prélèvement, le fonds de commerce à un tiers, parce qu'il s'est engagé; il a déjà disposé du fonds de commerce dans le contrat de mariage, et la disposition qu'il a faite est irrévocable. Nous savons que le mari ne peut léguer un bien déterminé de la communauté, d'après l'article 1423, que si ce bien est mis dans le lot de ses héritiers, que si au contraire le bien est mis dans le lot de sa femme, le legs ne s'exécute pas en nature, mais en équiva-

Impossibilité
de léguer le
fonds

Source : BIU Cujas

lent. Or le bien ne sera pas mis dans le lot du mari puisqu'à l'avance il est attribué à la femme survivante, même pour le cas où elle renonce. Donc le mari ne pourrait pas, par un legs, priver la femme du bénéfice de la clause.

Effets de la clause à la dissolution de la communauté.

La clause produira ses effets à la dissolution de la communauté, elle se produit par la mort de l'un des époux. Si la communauté se dissout par la séparation de corps ou par le divorce, la clause ne joue pas.

Si la communauté se dissout par la mort de l'un des époux l'époux survivant peut exercer son option, c'est à dire prélever le fonds avant le partage de la communauté.

Il se pose ici des questions que je laisse de côté ne voulant donner qu'une vue d'ensemble des effets de cette clause.

2) Cas où le fonds est propre au prémourant.

2°- Cas où le fonds de commerce est propre à l'époux prémourant, soit parce qu'il ne faisait pas partie de la communauté, soit parce que les époux se sont mariés sous le régime de la séparation de biens et que la clause a été insérée dans le contrat de mariage. Il y a donc un fonds de commerce ou des droits sociaux, qui sont propres à l'époux prédécédé.

Les effets que la clause va produire dans ce cas sont différents de ceux qu'elle produit lorsque le fonds est commun. Elle perd le caractère de réciprocité qu'elle avait dans le premier cas. Elle n'a plus aucune utilitépour l'époux propriétaire du fonds de commerce, qui garde son droit de propriété s'il survit ou s'il prédécède.

Nature juridique de la clause : la clause devient une promesse conditionnelle de cession à titre onéreux.

D'autre part, on ne peut plus considérer la clause comme une convention de mariage et entre associés, comme une opération préparatoire du partage. Une convention entre associés suppose l'indivision, suppose par conséquent qu'il existe des biens communs, elle ne peut concerner que les biens communs.

La nature juridique de la clause va donc changer. La clause devient une promesse conditionnelle de cession à titre onéreux faite par l'époux propriétaire du fonds, ou qui le deviendra pendant le mariage, à son futur conjoint.

Je dis qu'elle est conditionnelle, parce qu'elle est soumise à la condition que le futur conjoint survivra à l'époux propriétaire du fonds. En d'autres termes l'époux propriétaire actuel ou futur du fonds promet par cette clause de vendre son fonds à son conjoint pour le cas où ce dernier survivrait, et voudrait à ce moment opter pour le prélèvement du fonds. L'époux propriétaire actuel ou futur promet à son

Source : BIU Cujas

conjoint, s'il survit, de prendre dans sa succession le fonds de commerce, à charge d'en payer la valeur. On voit la difficulté qui va naître.

L'époux propriétaire permet au conjoint survivant de prendre le fonds de commerce dans sa succession. Voilà qui ressemble aux pactes sur succession future, et on voit comment la question va se poser. Auparavant précisons l'opération : Supposons que l'époux survivant accepte la promesse qui lui a été faite et opte pour le prélèvement du fonds propre à son conjoint prédécédé, au moment du décès. En quelle qualité va-t-il acquérir le fonds ?

En quelle qualité l'époux va-t-il acquérir le fonds ?

Comme donataire ? comme institué contractuel ? ou comme acquéreur à titre onéreux ? La question a le plus grand intérêt. Si nous le considérons comme un institué contractuel, c'est-à-dire comme un donataire, à charge de payer la valeur du fonds, la clause sera valable, parce que l'institution contractuelle est permise entre futurs époux, et dès lors la clause sera valable.

Si au contraire, nous considérons le futur époux comme un acquéreur à titre onéreux, comme un acheteur, il y a le plus grand doute sur la validité de la clause, parce qu'elle paraît bien être une vente d'une chose faisant partie de la succession du prédécédé, et que d'après l'article 1600 du Code civil qui n'est qu'une application de l'article 1130, on ne peut pas vendre une succession non ouverte ou un objet faisant partie d'une succession non ouverte.

Les auteurs, désireux de sauver la clause, c'est à dire de la considérer comme valable se sont accrochés à l'idée d'une institution contractuelle. Ils ont dit : il y a une donation du bien à venir, du fonds de commerce qui se trouvera dans la succession du prédécédé. A quoi on a répondu victorieusement : une donation suppose qu'on donne quelque chose sans compensation, qu'on acquiert sans payer. Mais précisément la clause stipule que l'époux survivant devra payer à la succession du prédécédé la valeur du fonds, fixée par expertise. Si la clause décidait que l'époux survivant ne paierait pas la valeur du fonds, il y aurait institution contractuelle et la clause serait valable. Mais, lorsque, comme c'est le cas ordinaire, elle exige que l'époux survivant verse la valeur du fonds aux héritiers du prédécédé, il est impossible de considérer qu'il est un donataire, ou un institué contractuel". Néanmoins certains jurisconsultes belges, en particulier M. Van den Bosch, ont soutenu, pour tourner la difficulté, que ce qui était donné ce n'était pas le fonds de commerce, mais le droit de le pré-

tentatives faites pour analyser la clause comme une donation, ou un legs.

Source : BIU Cujas

lever moyennant argent. Alors, on peut dire que toutes les promesses de vente sont des donations. Lorsque je promets de vous vendre ma maison et que vous acceptez cette promesse, il se forme entre nous un contrat unilatéral. Je me suis obligé à vous vendre ma maison si vous voulez l'acheter plus tard. Le jour où vous l'achetez, vous payez le prix. Puis-je dire que je vous ai fait donation d'une option sur ma maison Non, je me suis engagé à vous la vendre s'il vous plaisait de l'acheter. Ce n'est certainement pas une libéralité.

M. Nast a fait un raisonnement plus subtil que voici. Il a dit : la donation d'un bien à venir n'est pas autre chose qu'un legs de ce bien à titre irrévocable. Le but et la nature de la donation sont les mêmes que ceux du legs, avec cette différence qu'on peut révoquer le legs et qu'on ne peut pas révoquer l'institution contractuelle. Or, qu'est ce qui m'empêcherait de faire un legs, dans les termes que voici : je vous lègue tel bien à condition que vous en paierez le prix à mes héritiers. Ce legs serait certainement valable, et l'hypothèse n'est pas purement théorique, car ce genre de disposition peut avoir de l'utilité pour le légataire qui peut contraindre les héritiers à lui vendre un bien à la possession duquel il peut attacher un intérêt. Or, dit M. Nast ce n'en est pas moins un legs, et l'institution contractuelle peut très bien avoir pour objet un bien, le fonds de commerce, quand on ajoute : vous en paierez le prix à mes héritiers.

Critique

L'argument est subtil, mais il n'est pas solide. On en voit le point faible. Il est permis de dire dans un testament : je vous lègue mon bien, à condition que vous l'achetiez, mais alors ce n'est pas une opération à titre gratuit, c'est une opération à titre onéreux; ce n'est pas un legs. Nous avons l'habitude de dire que dans un testament on fait des legs, mais il n'est pas interdit d'y faire toutes sortes de dispositions, comme des dispositions à titre onéreux. Au contraire, par une institution contractuelle on ne peut pas faire toute espèce de dispositions, on ne peut faire que des dispositions à titre gratuit. L'institution contractuelle est une donation de biens à venir, c'est une exception à la prohibition; elle n'est permise que dans la mesure où elle est une donation, et dès lors s'il n'y a pas ici une donation, il faut bien avouer que ce n'est pas une institution contractuelle.

La clause constitue en réalité une promesse de vente

Comment faut il donc envisager l'opération ? Il n'y a qu'une façon de l'analyser. La clause du contrat de mariage, constitue dans ce cas une promesse de vente

Source : BIU Cujas

faite par l'époux propriétaire à son conjoint, pour le cas où celui ci lui survivra. Mais, a-t-on dit, "C'est une promesse de vente conditionnelle, et le jo où la condition se réalise, elle va rétroagir, au jour où la clause a été insérée". Erreur ! Une promes se de vente ne rétroagit jamais. Quand j'ai promis de vendre un bien à quelqu'un, il peut un jour profiter de cette promesse et venir me dire : "J'achète le bien que vous avez promis de me vendre". A quel moment le contrat de vente se formera-t-il ? Au momen où le créancier de la promesse dira : j'achète parce que c'est à ce moment que les deux consentements, celui du vendeur, celui de l'acheteur, seront réunis. Au paravant, il y avait bien un contrat mais un contrat unilatéral, ce qu'on appelle dans le langage de la doctrine, un avant contrat. Cet avant contrat ne peut devenir vente, que le jour où celui qui a accepté la p messe manifeste l'intention d'en profiter.

C'est pour cette raison que la jurisprudence, à la suite de la guerre, a permis la rescision pour lésion de promesses de vente, parce que précisément la valeur du prix fixé dans la promesse de vente était inférieure de plus des 7/I2 à ce que valait l'immeuble le jour où, par l'effet de la dépréciation du franc, celui à qui la promesse a été faite, l'achetait. C'est au moment de la vente qu'il faut se placer pour estimer la valeur du bien vendu.

Mais elle présente les caractères d'un pacte sur succession future.

Mais s'il y a promesse de vente, cette promesse de vente s'applique à un bien, qui au moment où la vente se produira, fera partie de la succession de l'époux prémourant, et qui, par conséquent présente les caractères du pacte sur succession future.

La clause commerciale portant sur un bien propre est un pacte sur succession future.

Je vais vous exposer l'affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile du II Janvier I933, D.H. I933, 3I, sur cette question. Exposons d'abord les faits :

L'affaire Crémieux Millaud

Le 3 Septembre I907 Messieurs Crémieux et Millaud ont formé entre eux une société en nom collectif pour l'exploitation d'un fonds de commerce de tailleur. L'article 9 des statuts stipulait qu'en cas de décès de l'un des associés au cours de la société, sa veuve aurait la faculté d'opter pour la continuation de la société ou pour sa dissolution, à charge par elle de notifier son intention, aux associés, dans les trois mois du décès de son mari; et si elle optait pour la continuation de la société, les héritiers du mari ne seraient pas personnellement associés et n'auraient contre elle qu'une créance dont les statuts détermineraient le montant. C'était donc une clause d'option insérée dans les statuts de la société.

Source : BIU Cujas

En I92I M. Crémieux se marie; le contrat de mariage établit entre les futurs époux le régime de la séparation de biens. Dans ce contrat figure un article en vertu duquel, si, au décès du premier mourant des époux, ceux-ci avaient des droits comme associés dans un établissement commercial, le survivant pourrait conserver les droits sociaux du prédécédé pour son compte personnel, autant que le permettraient les actes constitutifs de la société, en tenant compte de leur valeur d'après le dernier inventaire social, valeur agumentée des intérêts au taux légal, depuis cet inventaire jusqu'au décès.

En I927, au cours du mariage, la société en nom collectif Crémieux Millaud, est transformée en société à responsabilité limitée dont l'article 44 reproduit la disposition contenue dans les statuts de la première société, et donne par conséquent le droit d'option à la veuve de l'associé qui viendrait à mourir au cours de la société.

M. Crémieux meurt le I3 Octobre I927. Par testament du 24 Août de la même année, il avait laissé à sa fille, une dame Moritz tout ce qu'il possédait, notamment, disait-il dans son testament, tous ses droits dans la société à responsabilité limitée Crémieux et Cie à l'exception d'une villa à Biarritz qu'il abandonnait à sa femme. Dans les trois mois suivant le décès, en Novembre I927, la Veuve fait connaître à la fille son intention de conserver les droits sociaux de son mari. Elle en avise en même temps l'associé du défunt. Pour fonder sa prétention elle invoque le double titre qu'elle tient de son contrat de mariage et des statuts de la société.

Que valait cette prétention ? La clause du contrat de mariage constituait-elle un pacte sur succession future ? C'est ainsi que la question s'est posée devant la justice.

Voyons successivement la clause du contrat de mariage, et la clause insérée dans les statuts de la société.

La clause du contrat de mariage est un pacte sur succession future

La clause du contrat de mariage constituait-elle un pacte sur succession future ? On remarquera que les droits sociaux appartenaient au mari en propre, puisque les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. C'est ce qui donnait lieu au litige, car nous savons que lorsqu'il s'agit d'une valeur commune, la clause de conservation du fonds de commerce est indiscutablement valable. Nous avons dit d'autre part que cette clause s'appliquant à des droits sociaux propres au mari constituait de la part du mari une promesse de vente à sa femme, pour le cas

Source : BIU Cujas

où elle lui survivrait, de ces droits sociaux, s'ils existaient encore au moment de son prédécès. Existaient ils encore ? Oui certainement, bien qu'il les eut légués à sa fille. Le legs était nul si la clause était valable, parce que la donation faite par contrat de mariage est irrévocable et que l'époux qui a fait cette donation à son conjoint ne peut plus disposer à titre gratuit de ce qu'il a donné. Mais la clause du contrat de mariage était-elle valable ou ne constituait-elle pas un pacte sur succession futur

Les trois raisons qui doivent la faire considérer comme un pacte sur succession future sont les suivantes :

I - C'est une promesse de vente

I - C'est une promesse de vente. Tout le monde est d'accord sur ce point, même ceux qui ont soutenu que la clause était valable, ont admis qu'elle constituait une promesse de vente puisque l'époux survivant devait payer la valeur des droits sociaux. C'est donc une promesse de vente qui a pour objet des valeu qui feront partie de la succession du mari; c'est-à-dire un élément de la succession du mari. Cette promesse de vente doit produire son effet au moment du décè du mari. Elle fait donc naître au profit de la femme un droit éventuel à la succession du mari. Nous trouvons par conséquent ici les deux éléments caractéristiques du pacte sur succession future : Accord de volontés, et accord de volontés faisant naître au profit de l'un des intéressés un droit éventuel à la succession de l'autre.

2- Prohibition de la clause par l'art. I600 C. civ.

2- L'article I600 du Code civil qui interdit la vente d'une succession. "On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement" De l'avis de tous les interprètes, l'article I600 s'applique non seulement lorsque la vente a pour objet l'universalité ou une quote part de la succession, mais un objet déterminé considéré comme faisant partie de la succession du de cujus. Or, si la loi interdit de vendre un objet qui fera partie de la succession d'un vendeur, il est bien évident qu'elle interdit par là même, la promesse de vente, car la promesse de vente a le même caractère que la vente. C'est nous l'avons dit, un avant-contrat, qui se transformera en vente au moment du décès du promettant si celui auquel la promesse a été faite consent à acheter l'objet. Ce second argument paraît décisif.

3- L'institution contractuel le doit être gratuite

3 - Il en est un troisième qui viendrait au besoin renforcer le précédent. Supposons que dans le contrat de mariage, le mari ait donné gratuitement à sa femme ses droits sociaux, pour le cas où celle-ci lu survivrait, au lieu de promettre de les lui vendre. Il

Source : BIU Cujas

lui aurait fait ainsi une institution contractuelle licite, puisqu'il est permis aux futurs époux de se faire par contrat de mariage une institution contractuelle. La clause aurait donc été valable; elle aurait été une institution contractuelle, or l'institution contractuelle est le type du pacte sur succession future. La promesse de vente que le mari a faite à sa femme a nécessairement le même caractère, elle est comme l'institution contractuelle un pacte sur succession future, mais, à la différence de l'institution contractuelle, elle n'est pas permise par contrat de mariage. C'est donc un pacte sur succession future prohibé.

n a prétendu
ue les parties
ne traitaient
pas sur une suc
cession non ou
erte

Ces trois considérations conduisent à décider que la clause est nulle. On a élevé toutes sortes d'objections contre cette solution. Voici les principales, dont aucune n'est solidement établie. Les parties a-t-on dit ne traitent pas sur une succession non ouverte. La promesse de vente étant subordonnée à la condition suspensive que le conjoint de l'époux propriétaire des droits sociaux ou du fonds de commerce lui survivra, doit rétroagir au jour où elle a été faite, puisqu'elle est conditionnelle et que la condition rétroagit. L'erreur est évidente. Avec ce raisonnement, on validerait tous les pactes sur succession future, car tous sont faits sous la condition que le bénéficiaire vivra au jour de l'ouverture de la succession, par conséquent survivra à celui qui lui donne un droit éventuel à sa succession. Ici il n'y a pas de rétroactivité possible. Le droit ne naît qu'au moment du décès de celui qui a promis. L'institution contractuelle est faite sous la condition que l'institué survivra à l'instituant. Nous savons que l'institué n'acquiert son droit qu'au décès de l'instituant; il devient héritier ou légataire de ce dernier au moment du décès de celui qui fait le pacte sur succession future, la chose donnée ou vendue fait partie de sa succession, et par conséquent il s'agit bien d'un élément de la succession.

La promesse
de vente immé-
diate d'un bien
est différente
de la clause

On a formulé l'objection sous une forme plus spécieuse et qui tout d'abord paraît plus solide.

Quelle différence a-t on dit, y a-t-il entre ce cas et celui d'une promesse de vente immédiate d'un bien, à supposer que le promettant meure avant l'expiration du délai donné au créancier pour acheter, pour lever l'option, comme on dit en pratique ? C'est une objection qui a été faite en particulier dans un jugement du tribunal civil de la Seine du 4 Juillet 1924. Je donne un immeuble à bail et je promets au preneur de le lui vendre pour un prix déterminé pen-

Source : BIU Cujas

dant toute la durée du bail, s'il veut l'acheter. Le bail étant en cours, le bailleur meurt. Les héritiers du bailleur resteront liés comme le bailleur lui-même par la promesse de vente qu'il a faite au preneur et par conséquent le preneur pourra après la mort du bailleur déclarer son intention d'acheter l'immeuble. Or, il achètera bien un immeuble qui fait partie de la succession du bailleur.

Le raisonnement repose sur une confusion. Il y a une différence essentielle entre les deux situations. Dans la seconde hypothèse, la promesse de vente oblige immédiatement le bailleur; elle n'est pas subordonnée à son décès; dès lors le preneur peut en profiter quand il veut, du vivant du bailleur. Il peut acheter l'immeuble du vivant du bailleur puisqu'il peut l'acheter pendant toute la durée du bail.

Mais dans la première hypothèse, promesse de vente de droits sociaux qui feront partie de la succession le promettant ne vend pas les droits sociaux de son vivant. Il oblige ses héritiers à les vendre, ce qui est précisément la caractéristique du pacte sur succession future. En d'autres termes le droit du créancier ne prend naissance qu'au moment du décès du promettant.

La présence de la clause dans un contrat de mariage ne suffit pas à la valider

Une troisième objection a consisté à dire que la clause se trouvait dans un contrat de mariage et que la loi a dérogé à la prohibition des pactes sur succession future en faveur du mariage et qu'elle permet d'introduire des pactes sur succession future dans les contrats de mariage. A quoi il faut répondre : la loi permet d'introduire certains pactes sur succession future dans le contrat de mariage; l'institution contractuelle, les clauses de partage inégal de la communauté, mais non d'autres. En dehors des exceptions à la prohibition autorisées par la loi dans le contrat de mariage la prohibition reprend son empire. La loi n'autorise pas toutes espèces de pactes sur succession future par contrat de mariage.

la clause n'est pas non plus un contrat post mortem valable

Une dernière grave objection a été présentée par le doyen Gény qui a soutenu que la clause devait être considérée comme une stipulation post mortem, stipulation dont la Constitution de Justinien a proclamé la validité. D'après lui, serait contrat post mortem tout contrat par lequel le contractant s'oblige lui même en même temps qu'il oblige ses héritiers, et seuls seraient nuls, c'est à dire constitueraient des pactes sur succession future les contrats par lesquels le contractant ne s'obligerait pas lui-même mais obligerait seulement ses héritiers.

Cette façon de comprendre le contrat post mortem

Source : BIU Cujas

en exagère l'importance, et dépasse de beaucoup l'interprétation qu'on a toujours donnée à la Constitution de Justinien. Tout contrat quel qu'il soit oblige celui qui le fait. Tout pacte sur succession future contient un engagement du promettant puisque c'est un contrat, sinon il ne serait pas un contrat. Voici l'interprétation qu'on a toujours donnée de la Constitution de Justinien : un contrat n'est valable comme stipulation post mortem que s'il fait naître un droit immédiat au profit du bénéficiaire, mais en recule simplement l'exigibilité au décès du promettant. Prenons un exemple : Pierre vend à Paul son immeuble, mais il est convenu entre eux que l'acheteur n'entrera en possession ou même ne deviendra propriétaire qu'au décès du vendeur. Voilà le type de la stipulation post mortem. Il y a contrat de vente, qui dès à présent est conclu définitivement entre les parties, seulement on en recule l'effet soit la livraison de l'immeuble, soit même le transfert de la propriété, ce qui est permis, au moment où le vendeur mourra. Quand, au contraire, une personne vend un bien de sa succession, il y a pacte sur succession future et c'est bien ici ce qui se produit dans la promesse de vente, telle que nous l'analysons. Dans cette promesse de vente, le vendeur ne donne qu'un droit éventuel au créancier contre sa succession.

Tels sont donc les arguments qui doivent nous conduire à décider que la clause constitue un pacte sur succession future.

La clause insérée dans les statuts de la société; elle constitue une stipulation pour autrui

Voyons maintenant la clause insérée dans les statuts de la société.

La Veuve Crémieux invoquait non seulement son contrat de mariage, mais le clause contenue dans les statuts de la société à responsabilité limitée qui avait remplacé la société en nom collectif.

Cette clause était elle nulle comme la clause insérée dans le contrat de mariage ? Je crois qu'il faut répondre non, pour la raison suivante : La femme de l'associé n'avait pas été partie à la rédaction des statuts; les statuts avaient fait l'objet d'un contrat entre les associés seuls, mais chacun d'eux avait, dans ces statuts, inséré la clause au profit de sa femme pour le cas où elle lui survivrait. La clause constituait par conséquent une stipulation au profit de la femme, soit une stipulation pour autrui. Or, d'après l'article 1121 du Code civil, la stipulation pour autrui est valable, mais celui qui a stipulé pour autrui conserve le droit de révoquer cette stipulation, tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir

Source : BIU Cujas

en profiter. Par conséquent, le sieur Crémieux, ayant stipulé dans les statuts au profit de sa femme, conservait le droit de révoquer le bénéfice de cette stipulation, parce qu'elle n'avait pas été acceptée, et il avait révoqué cette stipulation dans son testament puisqu'il avait légué tous ses biens à sa fille.

Cette affaire Crémieux a été soumise au Tribunal civil de la Seine le 24 Décembre I928 Dalloz I929, 2, I05, qui a décidé que la femme Crémieux n'avait aucun droit dans la Société Crémieux, motifs pris de ce que la stipulation pour autrui qui résultait en sa faveur de l'article 44 des statuts de la société avait été tacitement révoquée par le testament du défunt du 24 Août I927, et de ce que d'autre part la clause du contrat de mariage était entachée de nullité comme constituant un pacte sur succession future prohibé par l'article II30 du code civil.

Le tribunal de la Seine annule la clause

La Cour de Paris, au contraire, dans son arrêt du 2I Février I930, Dalloz I93I, 2, I, Sirey I930, 2 97, avait infirmé cette décision et déclaré, par un subterfuge assez ingénieux, que la Veuve Crémieux avait valablement opté pour la continuation de la société, pour cette raison que la clause insérée dans le pacte social de I907 de la société en nom collectif, faite par Crémieux avant son mariage était valable : c'était une stipulation pour autrui. Or, a dit la Cour de Paris, cette clause avait été confirmée dans le contrat de mariage des époux Crémieux, et Madame Crémieux l'avait acceptée. En se mariant et en insérant dans son contrat de mariage la clause de prélèvement établie à son profit, elle avait accepté la clause insérée dans les statuts antérieurs, si bien que la stipulation pour autrui était devenue définitive et irrévocable. L'arrêt ajoutait, sentant bien qu'il passait à côté de la difficulté, ne voulant pas répondre à la question de savoir si la clause insérée dans le contrat de mariage était ou n'était pas un pacte sur succession future, que dans ces conditions, il n'y avait pas lieu de s'inquiéter de savoir si la clause était ou non un pacte sur succession future ou plus exactement, il disait au surplus que ce n'en était pas un, mais sans en donner les raisons.

Validation par la Cour de Paris.

La Chambre civile de la Cour de Cassation a été saisie et par un arrêt du II Janvier I933, D.H. I933 p. 8I, G.P. II Février I933, elle a cassé l'arrêt de la Cour de Paris, en ces termes : "Vu l'article II30, attendu que toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succes-

La Cour de Cassation a déclaré la clause nulle

Source : BIU Cujas

sion future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti; que cette prohibition est formelle et d'ordre public et ne comporte d'autre dérogation que celles qui sont limitativement déterminées par la loi". Examinant ensuite l'argument donné par la Cour de Paris, consistant à dire que la clause insérée dans les statuts de la première société s'était trouvée acceptée par la femme dans son contrat de mariage : "Attendu, répond la Chambre civile, que par l'article 5 du contrat de mariage, ci-dessus analysé, Crémieux avait disposé pour le temps où il n'existerait plus, de ses droits dans la Société Crémieux et Cie, qu'une telle stipulation avait pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte, que du moment que les droits sociaux du mari étaient attribués à la veuve contre versement de leur valeur aux héritiers de celui-ci, donc à titre onéreux, cette stipulation tombait nécessairement sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future; que nulle de plein droit et par suite dépourvue de toute existence légale, la clause de l'article 5 sus visée, était réputée n'avoir point été consentie (c'est là la réponse à la Cour de Paris, si la Clause est nulle comme étant contraire à l'ordre public, elle ne peut produire aucun effet) et qu'ainsi il ne pouvait en être fait état à quelque titre que ce soit. D'où il suit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la stipulation pour autrui résultant du pacte social était elle-même valable au regard de l'article II30 que l'arrêt attaqué n'a pas justifié légalement sa décision".

La clause de prélèvement du fond de commerce propre, à titre onéreux est un pacte sur succession future

On voit que, dans la fin de l'arrêt, la Cour émet un doute sur le point de savoir si la clause insérée dans les statuts est valable ou tombe elle-même sous le coup de l'article II30. Pour ma part elle me paraît valable comme constituant une stipulation pour autrui. La cour ne tranche pas la question. En résumé on voit que la jurisprudence de la Cour de Cassation affirme que la clause quand elle s'applique à des biens propres, constitue un pacte sur succession future.

§ 6 - Les législations étrangères concernant cette prohibition -

Il faut ranger ici les législations étrangères en deux groupes :

Premier groupe : Les législations qui prohibent les pactes sur succession future, sans distinction. La plupart sont inspirées de notre Code civil et du

Source : BIU Cujas

droit romain.

Second groupe : Les législations qui, en principe, permettent les pactes sur succession future, à l'exception toutefois des pactes sur la succession d'autrui, faits sans le concours et l'assentiment du de cujus. Le type de ces législations est le code civil allemand qui est resté sur ce point fidèle aux traditions germaniques, lesquelles étaient contraires aux traditions romaines, sur ce point.

Législations qui prohibent les pactes sur succession future

Dans le premier groupe, il y a de nombreuses législations dont beaucoup même sont plus sévères que notre Code civil en ce qu'elles ne permettent pas l'institution contractuelle par contrat de mariage.

J'ai relevé dans ce groupe, sans prétendre y avoir réuni toutes les législations qui peuvent en faire partie, le Code civil du Portugal, le Code civil de l'Italie, le Code civil de l'Espagne et certains codes civils de l'Amérique du sud : Code civil du Venezuela, code civil de la République Argentine, Code civil du Brésil.

On peut ajouter à cette énumération le projet de Code civil franco-italien qui ne fait que reproduire les dispositions du code civil français et du code civil italien.

Le Code civil italien

Le Code civil italien le plus ancien en date a été promulgué en I865. D'après ce code, la prohibition des pactes sur succession future est encore plus étendueque chez nous, en ce qu'il prohibe absolument les institutions contractuelles, même par contrat de mariage. Par conséquent d'après le Code civil italien il est interdit de disposer de sa succession par voie de contrat; le seul mode de disposition autorisé est le testament.

C'est l'idée romaine pure qui ne s'est pas amalgamée avec l'idée de notre ancien droit, qui, en vue de favoriser le mariage, autorise par conséquent l'institution contractuelle au profit des futurs époux.

Les articles du Code civil italien qui ont trait à cette prohibition sont les articles 954, III8, I379 I380 et I460. Ils prohibent la donation de biens à venir, l'institution contractuelle, la renonciation à une succession non ouverte, frappent de nullité tout pacte ayant pour objet une succession non ouverte, et enfin interdisent l'hypothèque des biens à venir.

Le Code civil portugais

Le Code civil du portugal s'inspire du même esprit. Il a étépromulgué en I867. Le texte fondamental est l'article 2042 : "On ne peut même par contrat de mariage renoncer à la succession d'une personne vivante ni aliéner ou engager les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession". C'est l'esprit du code ci-

Source : BIU Cujas

vil italien. La formule est plus large que celle de notre article II3C.

Article I433 : "La donation ne peut avoir pour objet des biens à venir". Article I457 : "Les donations qui doivent produire leur effet par la mort du testateur ont le caractère d'actes de dernière volonté et sont soumises aux règles des successions" Elles sont donc considérées comme révocables.

Le Code civil espagnol

Le Code civil espagnol date de I889. Il a été assez secoué par la Révolution. La grande réforme a consisté dans l'introduction du divorce mais les règles des pactes sur succession future n'ont pas été modifiées.

Article I27I : "Sur une succession future non ouverte on ne pourra faire d'autres conventions que celles dont l'objet est de faire entre vifs le partage d'un héritage".

La loi permet en effet le partage anticipé d'une succession, ce que nous appelons la donation partage ou le partage d'ascendant. La législation espagnole permet ce partage non seulement au profit des ascendants, mais au profit de toutes personnes.

L'article II20 décide que nul ne pourra accepter ni répudier une succession sans être certain de la mort du de cujus et de son droit héréditaire.

Enfin, en ce qui concerne les donations par contrat de mariage, le code espagnol est très sévère. Il ne permet aux futurs époux de se donner que le dixième de leurs biens présents, et ajoute qu'ils ne peuvent disposer de leurs biens futurs qu'en cas de mort. Article I53I. On voit que le système est le même dans tout le bassin de la Méditerranée : pas de donation de biens à venir, et pas d'institution contractuelle. La règle est plus sévère et notre règle coutumière qui a autorisé l'institution contractuelle dans les contrats de mariage n'apas pénétré. On est resté fidèle au système du droit romain.

Les Codes de l'Amérique du Sud

L'article II93 alinéa 2 du Code Vénézuelien prohibe d'une façon générale les pactes sur succession future et correspond à notre article II30. La prohibitio est même plus large que chez nous, en ce que dans le droit civil venezuelien l'institution contractuelle n'est pas autorisée. Elle est interdite même par contrat de mariage : article II42 d'après lequel la donation ne peut comprendre que les biens présents du donateur, si elle comprend les biens futurs, elle est nulle quant à ces biens.

Disposition analogue dans le code civil de la République Argentine qui date de I869 et a été révisé en I882, articles I209, I2I0 et I834. L'article I209 édi

Source : BIU Cujas

te la prohibition en ces termes : "La succession future ne peut pas être l'objet d'un contrat, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. Ne peuvent être non plus l'objet d'un contrat les droits héréditaires éventuels ou les objets particuliers". La prohibition est donc énoncée dans les mêmes termes que chez nous et comme chez nous, à la différence du droit romain, les pactes sur succession future sont interdits même avec le consentement du de cujus. Puis l'article 1210 ajoute que les contrats ayant pour objet, simultanément les biens présents et les biens qui dépendent d'une succession non ouverte sont nuls pour le tout, tant pour les biens présents que pour les biens de la succession à venir, quand ils ont été conclus pour un seul et même prix, à moins que celui au profit de qui le contrat a été fait ne consente au paiement de la totalité du prix pour les biens présents.

Enfin, l'article 1834 complète ces dispositions en décidant que les donations ne peuvent comprendre que les biens présents du donateur, et, si elles comprennent des biens futurs, elles sont nulles pour eux. Disposition qui ne se confond pas avec les précédentes parce que les biens futurs comprennent non seulement les biens qui doivent faire partie d'une succession que l'on espère recueillir, mais les biens qu'on acquerra de son vivant, postérieurement à la donation.

En dernier lieu, je cite dans cette catégorie le Code civil du Brésil qui est de 1916 et qui, moins complet que les autres, ne contient, d'après mes recherches qu'une disposition insérée dans l'article 1089 : "La succession d'une personne vivante ne peut faire l'objet d'un contrat".

Je n'ai rien trouvé dans le code civil brésilien concernant l'institution contractuelle et rien de particulier pour le contrat de mariage, de telle sorte qu'il faut en conclure, me semble-t-il, d'après les termes de l'article 1089, que l'institution contractuelle est interdite dans tous les cas d'après ce code civil, comme elle l'est, d'après les codes étrangers.

Législations admettant de larges exceptions à la prohibition des pactes sur succession future.

Second groupe de législations : celles qui interdisent en principe, mais avec des dérogations, les pactes sur la succession d'autrui et permettent au contraire les pactes sur la succession du contractant.

Dans ce groupe se rangent le code civil allemand et le code civil suisse.

Le Code civil allemand, promulgué en 1900 a continué en cette matière les traditions du droit prussien

Source : BIU Cujas

qui, imbu des souvenirs de l'époque féodale, autorisait largement les pactes sur succession future.

Voyons d'abord quelles sont les règles pour les pactes sur la succession d'autrui.

Le Code civil allemand

Dans le code civil allemand les dispositions ne sont pas divisées en articles mais en paragraphes. Voici la traduction du paragraphe 312 : Un contrat sur la succession d'un tiers encore vivant est nul. Il en est de même d'un contrat sur la réserve ou un legs concernant la succession d'un tiers encore vivant.

Ces dispositions ne s'appliquent pas à un contrat entre héritiers présomptifs au sujet de la part héréditaire légale ou de la réserve de l'un d'entre eux. Un pareil contrat doit être fait sous la forme judiciaire ou notariale".

Ainsi le principe est bien la prohibition comme chez nous, mais avec des exceptions que ne connaissent pas les législations latines.

La première est celle qui est énoncée dans le second alinéa de ce paragraphe.

Les héritiers présomptifs peuvent passer contrat au sujet de leurs parts héréditaires de leur réserve

Le Code civil allemand autorise les contrats entre héritiers présomptifs au sujet de leur part héréditaire, de leur réserve ou de la réserve de l'un d'eux, dans une succession non ouverte, et en particulier les contrats entre enfants quant à leurs droits à venir de la succession de leurs parents. Cette exception qui nous paraît singulière et qui est une très large brèche au principe de la prohibition a été le résultat d'un amendement admis par la seconde commission préparatoire du Code civil allemand. On fit remarquer qu'il y a des cas où il peut être très utile pour les futurs héritiers de pouvoir prendre certains arrangements entre eux relativement à la succession commune dans laquelle ils doivent être appelés, par exemple en prévision de l'absence de l'un d'eux au moment de l'ouverture de la succession. (Je ne vois pas comment le simple fait de l'absence d'un des héritiers pourrait justifier un arrangement avant la mort du défunt, car il est toujours possible de faire représenter l'un des héritiers intéressés au moment de cette mort). On a ajouté que les dangers des pactes sur succession future sont considérablement atténués, lorsqu'ils ont lieu entre futurs héritiers; ils ne présentent pas les mêmes risques que les pactes conclus entre un héritier présomptif et un tiers qui peut abuser de l'état d'indigence, de nécessité du futur héritier pour obtenir de lui une cession de droits à prix vil. Mais la distinction ne me paraît pas justifiée car on peut craindre de la part de certains des futurs héritiers le même

Source : BIU Cujas

abus de leur autorité, ou de l'état de nécessité dans lequel peut se trouver l'un d'eux. Quand on sait, l'expérience le montre à tous ceux qui ont un peu vu la vie juridique, combien sont rudes les disputes entre héritiers et même entre enfants au moment de la mort de l'un des ascendants, et combien l'esprit d'égoïsme se donne libre cours, il est à craindre que des pactes de ce genre ne soient au contraire fort dangereux Si on les a autorisés néanmoins dans le droit civil allemand, c'est qu'ils étaient déjà permis par le droit prussion en vertu de vieilles traditions féodales. Voilà pour le premier genre de pactes. Voyons le second groupe, c'est à dire les conventions passées entre le de cujus et une autre personne.

Contrats passés par un individu pour sa propre succession

A la différence du droit français, ces contrats passés par un individu en ce qui concerne sa propre succession à venir, sont licites. Ils sont de deux sortes. L'un, dit le contrat d'hérédité, l'autre la renonciation anticipée par contrat formé entre le renonçant et le de cujus. Le contrat d'hérédité est dénommé en droit allemand Erbvertrag. Il est longuement réglementé par le Code civil dans les §§ 2274 à 2302.

Le contrat d'hérédité erbvertrag.

Ici encore c'est la tradition germanique qui a fait maintenir ce genre de contrat. L'institution par contrat a en effet ses racines dans le plus ancien droit germanique. Cela tient sans doute, nous dit Saleilles dans son Essai sur l'obligation dans le Code civil allemand, n° I48, page I58, à ce que le testament fut longtemps inconnu des Germains, alors qu'il était si fort à l'honneur à Rome et que, ne pouvant pas tester, l'on disposait de ses biens par voie contractuelle. Après l'introduction du droit romain, ajoute Saleilles, un courant hostile à l'institution d'héritier se produisit, mais les moeurs furent plus fortes. On tenait surtout à sauver de la prohibition les renonciations qui étaient en honneur dans le monde féodal.

Le contrat d'hérédité que l'on peut comparer à notre institution contractuelle, est bien plus largement admis que cette dernière chez nous, par le code civil allemand. Il est permis de faire un contrat d'hérédité avec toute personne, même en dehors d'un contrat de mariage, mais en fait, d'après les travaux préparatoires du code civil allemand (tome 5 des Motifs p. 572) l'Erbvertrag est presqu'uniquement usité entre fiancés ou entre époux. C'est en effet dans ces deux cas qu'il peut se comprendre. Ce contrat peut contenir les dispositions à cause de mort de l'un des contractants, ou des deux contractants. On peut y insérer des dispositions testamentaires au profit

Source : BIU Cujas

d'un tiers, mais ces dispositions testamentaires sont alors soumises aux règles des testaments c'est à dire qu'elles sont révocables.

Conditions mises à la conclusion de ce contrat.

Pour la conclusion du contrat on prend certaines précations qui sont en effet indispensables. D'abord le disposant doit intervenir en personne au contrat, ce qui veut dire qu'il ne peut pas s'y faire représenter. L'acte est trop grave. De plus, le contrat doit être fait devant un juge (c est un mode de formalité que nous ne connaissons pas en droit français) ou devant un notaire, en la présence simultanée des deux parties. L'acte doit être clos, muni d'une suscription, de façon à éviter toute fraude postérieure, et placé dans un dépôt officiel spécial, à moins que les parties n'exigent le contraire.

Effets

Quant à ses effets, ils sont moins complets que ceux de notre institution contractuelle et c'est un point qu'il est intéressant de noter. L'instituant conserve le droit de disposer de ses droits entre vifs, même par donation. Il continue non seulement de pouvoir en disposer à titre onéreux, ce qui est la règle chez nous, mais il conserve le droit d'en disposer par donation. Toutefois, s'il a fait une donation en vue de léser l'héritier contractuel, celui-ci peut, après que l'hérédité lui est dévolue, exiger du donataire la restitution de la donation. Mais il faut pour cela que la donation ait été faite en vue de le léser, c'est à dire animo nocendi; il ne suffit pas que le testateur sache que la donation va porter atteinte aux droits de l'institué, car il est bien évident qu'une donation postérieure porte atteinte aux droits de l'institué, il faut en outre qu'il ait eu l'intention de nuire à l'institué.

Le contrat d'hérédité est irrévocable, en ce sens qu'il ne peut être modifié que par la volonté des deux intéressés. C'est là son inconvénient, celui que j'ai déjà signalé précédemment.

Infériorité de ce contrat sur le testament

Ce mode de disposer est bien inférieur au testament. Il ne peut être supprimé que par un nouveau contrat passé par les contractants. Au surplus l'instituant peut dans l'Erbvertrag se réserver le droit de révoquer le contrat par sa seule volonté. N'oubliez pas qu'il en est de même en droit français et qu'il est permis à celui qui, par contrat de mariage fait une institution contractuelle, de stipuler que cette institution sera révocable, car nous savons que les donations par contrat de mariage ne sont pas assujetties chez nous à la règle : Donner et retenir ne vaut, c'est à dire qu'elles ne sont pas à ce point de vue irrévocables. C'est une distinction que très souvent on

Source : BIU Cujas

oublie ou que l'on fait mal. Les donations par contrat de mariage, les institutions contractuelles en particulier sont irrévocables, en ce sens qu'étant faites par contrat elles ne peuvent être révoquées que par la volonté des deux contractants. Mais dans ces donations, le donateur peut insérer une clause révocatoire, parce que chez nous ces donations par contrat de mariage ne sont pas assujetties à la règle spéciale de l'article 943 c'est à dire à la règle de l'irrévocabilité des donations : Donner et retenir ne vaut.

L'instituant peut également résilier la libéralité qu'il a faite dans le contrat, si le gratifié s'est rendu coupable envers lui d'une faute qui autoriserait le testateur à lui enlever sa réserve.

Enfin, dans ce contrat chacun des contractants peut prendre en ce qui le concerne toutes les dispositions qui peuvent être prises par testament, de tel le sorte que l'Erbvertrag peut en outre servir de disposition testamentaire à chacun des contractants. Mais ces dispositions sont alors révocables par sa seule volonté. Voilà une idée en gros de ce qu'est le contrat de l'Erbvertrag, bien plus largement entendu que chez nous, mais qui ne produit pas un effet semblable, puisque l'instituant peut, malgré l'Erbvertrag disposer de ses biens même à titre gratuit.

Renonciations aticipées à succession.

La renonciation anticipée à succession

C'est la seconde espèce de contrats autorisés par le Code civil allemand. §§ 2346 à 2352.

Ces renonciations étaient permises dans le droit germanique antérieurement au Code civil de 1900. C'est pourquoi le Code civil allemand continuant la tradition les autorise. La renonciation à une succession non ouverte est possible par contrat passé entre le de cujus et le renonçant; c'est une renonciation à la qualité d'héritier que l'héritier présomptif consent. Elle peut être accompagnée d'une indemnité payée par le de cujus, ou elle peut être gratuite. Par ce contrat le renonçant est exclu de l'ordre légal de la succession, comm s'il ne vivait plus au moment où celle-ci s'ouvrira. Il n'a pas de droit de réserve. Comme c'est un contrat dont les conséquences sont très graves pour le renonçant, la loi exige qu'il soit passé en justice ou devant notaire. Ce sont des opérations bien dangereuses pour celui qui renonce; elles peuvent lui être arrachées en vue de favoriser un autre enfant, un autre héritier présomptif et de ce point de vue elles sont tout à fait contraires aux habitudes de nos familles françaises et à l'esprit d'égalité que le code civil a voulu établir entre les

Source : BIU Cujas

héritiers et particulièrement entre les descendants.

Enfin, il y a lieu de signaler le § 3IO qui interdit les donations de biens à venir "un contrat par lequel une des parties s'oblige à transférer son patrimoine à venir ou une partie de son patrimoine à venir ou à le grever d'usufruit est nul"; donc est nul tout acte par lequel on dispose de ses biens à venir, mais entendez ici l'expression dans un sens restreint; il s'agit des biens que l'on pourra acquérir dans l'avenir de son vivant, car l'article 3IO ne fait pas échec à la possibilité du contrat d'héréditié.

Interdiction par le droit allemand de la donation de biens à venir

Pourquoi le Code civil allemand a-t-il interdit la donation de biens à venir ? Parce que, a-t-on dit, cela reviendrait pour le disposant à aliéner sa capacité d'acquérir. Notez en plus que la prohibition ne vise que les aliénations portant sur tout le patrimoine à venir ou une quote part de ce patrimoine, et non pas celles qui ont pour objet un bien déterminé que le disposant espère acquérir.

Le Code civil suisse

Donnons maintenant quelques indications sur le Code civil suisse, qui se rapproche du code civil allemand. Il date du IO Décembre I907. Il contient la même distinction que nous venons de trouver dans le code civil allemand, ce qui veut dire qu'en premier lieu il prohibe les pactes sur la succession d'autrui, article 636 : "Sont nuls et de nul effet tous contrats passés au sujet d'une succession non ouverte par un héritier avec ses cohéritiers ou un tiers sans le concours, et l'assentiment, de celui dont l'hérédité a fait l'objet de la convention". Conformément au droit romain, le concours ou l'assentiment de celui de la succession duquel il s'agit valide le pacte sur cette succession.

Les prestations faites en vertu d'un pacte de ce genre sont sujettes à répétition. Donc prohibition des pactes sur la succession d'autrui sous la réserve que je viens d'indiquer.

autorisation du pacte successoral

Quant aux pactes concernant la succession du contractant, le Code civil suisse, comme le Code civil allemand, autorise le pacte successoral proprement dit et les renonciations. Il autorise le pacte successoral proprement dit, comme le Code civil allemand. Article 494 : "Le disposant peut s'obliger dans un pacte successoral à laisser sa succession ou un legs à l'autre partie contractante ou à un tiers. Il continue à disposer librement de ses biens". Peuvent être attaquées toutefois les dispositions pour cause de mort et les donations inconciliables avec les engagements résultant du pacte successoral. Ce pacte successoral

Source : BIU Cujas

doit être fait dans la forme solennelle, comme dans le code civil allemand, il peut être révoqué par une convention intervenue entre les deux parties. Voir les articles 513, 514, 515, 516 qui traitent de ce genre de pactes.

Les renonciations à succession non ouverte sont permises entre le de cujus et l'un de ses héritiers.

Quant aux renonciations à successions non ouvertes, ici encore elles sont permises entre le de cujus et l'un de ses héritiers. Articles 495, 496, 497. Le disposant peut conclure à titre gratuit ou à titre onéreux un pacte de renonciation à succession avec l'un de ses héritiers. Le renonçant perd sa qualité d'héritier et le pacte est, sauf convention contraire, opposable aux descendants du renonçant, c'est à dire que les descendants du renonçant ne peuvent pas venir le représenter à la succession du de cujus (c'est la même règle chez nous : on ne représente pas un héritier renonçant). Article 496 : la renonciation est non avenue, lorsque pour une cause quelconque, les héritiers institués dans l'acte, au lieu et place du renonçant, ne recueillent pas la succession. La renonciation n'est donc censée faite qu'au profit des héritiers du même ordre, ce qui veut dire que si un enfant a ainsi renoncé dans un contrat avec son père à la succession de ce dernier au profit de ses frères et soeurs, et qu'au moment du décès il n'existe plus de frères ni de soeurs, la ranonciation est tenue pour non avenue en ce qui concerne les héritiers d'un rang plus éloigné.

Enfin le Code civil suisse traite des actions dérivant des pactes successoraux, dans les articles 534 535, 536, auxquels je vous renvoie.

Conclusion

Ces indications rapides sur les législations étrangères étaient indispensables pour terminer l'étude de la prohibition des pactes sur successions non ouvertes. Elles ne sont pas de nature à modifier l'opinion que j'énonçais au début de cette étude. La prohibition formulée par l'article 1130 du code civil est fondée sur des bases solides, sur des raisons plausibles, qui n'ont rien perdu de leur valeur, et le jour où l'on révisera notre code civil, j'estime qu'il y aura lieu de conserver cette prohibition. Il est vrai que dans certains cas elle aboutit à des résultats gênants pour la pratique; nous l'avons vu en étudiant les deux clauses insérées par les notaires dans les contrats de mariage, qui ont été annulées par la Cour de Cassation, comme constituant des pactes sur succession future. On pourrait remédier à cet inconvénient par une disposition de loi qui reconnaîtrait la validité des clauses dont nous avons parlé.

Source : BIU Cujas

Ayant terminé cette matière des pactes sur succession future, arrivons au second élément constitutif du contrat, le consentement et la cause.

Section II - La cause - (I)

§ I - Notions générales
§ 2 - Notions historiques
§ 3 - Cause illicite ou immorale, et la jurisprudence. Nous parlerons de la conception spéciale que la jurisprudence se fait de la cause et qu'on peut appeler la conception subjective de la cause.
§ 4 - Des contrats abstraits.

(I) Sur cette question cf. Capitant. La cause des obligations 3° ed. I927. Josserand : les mobiles dans les actes juridiques et le droit privé; Bonnecase Supplément au Traité de droit civil de Baudry La Cantinerie, tome 2, n° 242, p. 669 à Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert (tome VI Paul Esmein).
Battistoni, magistrat italien, conseiller de Cour d'Appel : La cause dans les actes juridiques. Padoue I932 -
Un article de M. Trajan Yonasco, qui a fait une thèse sur la cause, à la Faculté de Paris, sous la direction de Ripert, et qui s'est trouvé en plein accord avec M. Capitant, au moment où celui ci publiait son ouvrage -
Un article de Jean Dabin, Professeur à Louvain, (Belgique judiciaire, n° II, Juin I929). Yonasco a répondu à Dabin qui est un anticausaliste, dans l'article susindiqué : Les récentes destinées de la cause, Revue trimestrielle n° I, I93I.

Source : BIU Cujas

§ I - Notions générales sur la cause -

J'ai déjà insisté sur l'importance de la notion de but dans les actes juridiques volontaires et tout spécialement dans les contrats. J'ai dit que tout individu qui s'oblige envers un autre le fait en vue d'un but déterminé qu'il se propose d'atteindre au moyen de cette obligation. Celui qui contracte une obligation est toujours nécessairement déterminé par le désir d'arriver à une fin. Comme l'a dit Ihering : s'obliger sans but serait l'oeuvre d'un fou.

Importance du but dans les obligations il distingue les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit

C'est précisément sur cette notion de but que se fonde la grande division des contrats. contrats à titre onéreux, contrats désintéressés, contrats à titre gratuit. Les contrats à titre onéreux sont ceux dans lesquels chacun des contractants est guidé par son propre intérêt, c'est à dire par le désir d'acquérir quelque chose en échange de ce qu'il promet. Les contrats désintéressés sont dictés par la volonté de rendre service à autrui, comme le prêt gratuit ou l'acte de dépositaire. Le contrat à titre gratuit s'explique par la volonté du disposant d'enrichir autrui sans rien recevoir en échange, ce que nous appelons l'animus donandi.

L'étude de la notion de cause va nous permettre de mieux comprendre l'importance de cette idée de but dans la matière des contrats et plus généralement pourrait-on dire, dans celle des actes juridiques, mais je m'en tiendrai ici à la matière des contrats et particulièrement des contrats synallagmatiques. Dans la manifestation de volonté de celui qui s'oblige, de celui qui contracte une obligation, puisque nous visons spécialement les contrats, on découvre deux éléments constitutifs de cette volonté.

I- Le fait de s'obliger, de promettre quelque chose, ce que le Cpde civil appelle dans l'article 1108 : le consentement de celui qui s'oblige, c'est à dire le fait de dire : je m'oblige.

2- Comme support et explication de ce consentement, le but en vue duquel le consentement est donné. Le but, peut-on dire, est dans cette manifestation de volonté, l'élément essentiel, primordial, décisif, car le contractant ne s'oblige que pour arriver à ce but. L'obligation est donc le moyen en vue du but. Cette idée a été exprimée par nos plus grands civilistes; on la trouve chez Bufnoir, qui a été un des grands maîtres de cette Faculté, qui a peu écrit, mais dont on a réuni les plus substantiels enseignements dans un livre intitulé : Propriété et contrats, publié

Le but est l'élément essentiel de la volonté

Source : BIU Cujas

par ses disciples en première ligne par Saleilles.

Voici ce qu'on lit dans ce livre de Propriété et contrats page 529 :

"La cause est comme un élément subjectif qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige. Il s'oblige, ce n'est qu'une partie de sa volonté; c'est encore pourrait on dire, sa volonté prise par sa décision finale, et non dans l'unité de son but et la complexité de ses éléments. En réalité il s'oblige pour atteindre tel résultat qu'il attend du contrat, ou encore il s'oblige parce que ce résultat se trouve déjà réalisé. Telle est sa volonté prise dans son unité psychologique".

Ce résultat se trouve déjà réalisé. Par cette dernière phrase, Bufnoir fait allusion aux contrats réels qui, dans notre droit français, ont gardé le caractère qu'ils avaient à Rome et sont considérés comme des contrats se formant par la remise de la chose. J'ai contesté précédemment cette idée du point de vue théorique, mais il n'est pas douteux que le code civil considère le prêt, le gage, comme des contrats qui se forment par la remise de la chose donnée ou prêtée et lorsque Bufnoir dit que le contractant s'oblige, parce que tel résultat se trouve déjà réalisé, il veut dire que l'emprunteur s'oblige parce qu'on lui a remis la chose, de même que le créancier gagiste s'engage parce qu'il a reçu l'objet. La fin est déjà réalisée.

Cette idée de Bufnoir sur le but visé par le contractant, avait été déjà exposée et développée dans une thèse très remarquable d'un grand jurisconsulte allemand Schlossmann : thèse de doctorat sur la notion de la cause dans les contrats obligatoires (Breslau 1886).

On dit souvent que les Allemands ne connaissent pas la notion de cause. On répète que c'est une notion française, inutile, artificielle. La preuve contraire en est dans cette thèse. Voici ce que j'y lis :

"Le but n'est pas d'après sa nature quelque chose de distinct de la volonté exprimée dans un acte juridique, mais un élément constitutif, et même du point de vue de celui qui veut, l'élément essentiel de sa volonté. Je donne ou je m'oblige pour atteindre un but. Je ne donnerais pas, je ne m'obligerais pas si je n'espérais pas par là arriver à mon but. La tradition, l'obligation assumées par moi sont pour moi en elles-mêmes sans intérêt; elles ne m'intéressent que par leur résultat attendu; elles ne sont pas pour moi, but, mais moyen pour parvenir au but. Le moyen est subordonné au but. But et moyen tous deux sont voulus

Source : BIU Cujas

par moi; mais ce dernier seulement en tant qu'il conduit à la réalisation du premier, en tant qu'il n'y conduit pas, il n'est pas voulu par moi".

On ne peut mieux exprimer, en termes plus précis la notion que j'exposais tout à l'heure, et qui, vous le voyez, n'a rien de personnel.

La cause finale du but, support de l'obligation

Dans le langage juridique, le mot cause peut donc être pris comme synonyme de but, et, très souvent, pour préciser le rapport qui existe entre les deux termes, on emploie l'expression de cause finale. La cause, ainsi entendue est le support de l'obligation; l'obligation est le moyen et la cause est le but; l'obligation est contractée en vue du but que le contractant se propose d'obtenir.

Même après la conclusion du contrat, la cause est le soutien et l'explication de l'obligation, et l'on peut exprimer cette corrélation entre l'obligation et la cause en disant : cessante causa, cessat obligatio, ce que nous pouvons paraphraser ainsi : si au cours du contrat, avant qu'il ne soit exécuté, la cause de l'obligation contractée vient à disparaître l'obligation disparaît. Nous verrons plus loin l'application de ce principe.

Application de cette idée dans les contrats synallagmatiques

Sans reprendre toute la théorie de la cause, je vais me contenter d'en faire application aux contrats les plus fréquents, les plus usuels c'est à dire aux contrats synallagmatiques.

Prenons d'abord la vente. Le contrat synallagmatique engendre des obligations à la charge de chacun des contractants, et puisque chacun des contractants s'oblige, il faut rechercher quelle est la cause de l'obligation que chacun d'eux contracte. Dans la vente, il faut se demander d'abord pourquoi le vendeur s'oblige. On dit ordinairement, et cela a été pendant longtemps la réponse à cette question de la part des tenants de la théorie de la cause, que le vendeur s'oblige parce que de son côté l'acheteur s'oblige; en d'autres termes on dit souvent que l'obligation du vendeur a pour cause l'obligation de l'acheteur, ou encore en précisant un peu plus, que l'obligation du vendeur a pour cause l'objet de l'obligation de l'acheteur, c'est-à-dire le prix.

La cause de l'obligation de chaque partie est l'exécution de l'obligation de l'autre.

Ni l'une ni l'autre de ces explications ne sont suffisantes parce qu'elles ne donnent pas une vue nette de ce qu'est la cause. En vérité, lorsque le vendeur s'oblige, ce n'est pas seulement pour que l'acheteur s'oblige de son côté, mais en vue d'obtenir la prestation que l'acheteur lui a promise, c'est-à-dire en vue d'obtenir le paiement du prix, et c'est rester en route, à mi chemin que de dire simplement que l'o-

Source : BIU Cujas

bligation du vendeur a pour cause l'obligation de l'acheteur. L'analyse exacte nous conduit plus loin; l'obligation du vendeur a pour cause l'exécution de la prestation qui doit lui être faite, c'est-à-dire l'exécution par l'acheteur de sa promesse, ou, en d'autres termes, le paiement du prix. Et vice versa, l'acheteur de son côté s'oblige, c'est-à-dire contracte, parce qu'il veut avoir à sa disposition la chose que lui promet le vendeur, c'est à dire acquérir la propriété et le droit de se servir de cette chose.

Définition de la cause dans le contrat synallagmatique Opinion de Labbé

De telle sorte que dans ces contrats la définition exacte de la cause peut ainsi se donner : dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour. C'est une idée qui a été très bien développée par un des plus grands juristes de notre Faculté au XIXème siècle, par M. Labbé qui a été le premier grand arrêtiste de notre Faculté en même temps qu'il a été un des grands professeurs de droit romain. Dans son étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due (p. II8 n° IOI) il s'exprime comme suit : "Dans les contrats consensuels, le consentement, un consentement qui porte sur un objet réel et licite, un consentement donné sur les éléments du contrat est la cause efficiente, génératrice des obligations, mais non pas leur vraie cause, en prenant ce mot dans le sens de la question cur debetur ?" (c'était alors de cette expression que parmi les civilistes on se servait pour désigner la cause) "Considérons la vente, ajoute-t-il Le consentement engendre les obligations des parties, et d'après la nature du contrat et l'intention des contractants, les obligations qui naissent sont unies entre elles par une réciprocité essentielle. Les obligations naissent ensemble ou le contrat est nul dès l'origine, nul dans sa racine. Est-ce à dire que l'obligation d'une partie ait pour cause l'obligation de l'autre ? Pour condition d'existence, oui, mais pour cause impulsive, non. L'affirmer serait méconnaître le but que les parties se sont proposé. L'acheteur s'oblige à payer un prix pour avoir en sa possession ou dans son domaine la chose par lui achetée, le vendeur s'oblige à procurer la chose avec toute son utilité pour avoir le prix; cela est si vrai que le vendeur qui livrait sa chose avant le paiement du prix était dans la plupart des cas réputé subordonner la translation de la propriété au paiement du prix; le vendeur retenait la propriété afin d'avoir un moyen de reprendre la chose si le prix n'était pas payé. Donc une créance contre l'acheteur n'était pas son but. L'avantage

Source : BIU Cujas

en vue duquel il avait consenti, son motif déterminant la cause impulsive de sa volonté c'était l'acquisition de la somme fixée comme prix. Pourquoi l'intention de l'acheteur serait-elle interprétée différemment, pourquoi l'acheteur se contenterait-il d'acquérir une créance contre le vendeur et n'envisagerait-il que ce résultat ? Non, l'acheteur veut acquérir la chose, avoir la possession utile de la chose, c'est le résultat en vue duquel il contracte; s'il n'arrive pas à ce résultat, son obligation manque de cause, la cause impulsive de la volonté s'évanouit".

Même analyse des contrats synallagmatiques dans l'opuscule de Schlosmann que je vous citais la dernière fois, et vous trouvez ces explications à la page 43 de l'étude de Schlossmann sur la cause des obligations contractuelles.

Adoption de cette conception par la jurisprudence

Cette façon de comprendre la cause; qui est la seule exacte, est du reste aujourd'hui adoptée par la jurisprudence et voici une formule que je relève dans des arrêts de la Cour suprême. D'abord dans un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 22 Novembre 1921 (Dall. 1925,I-116) : "Dans une convention synallagmatique, l'obligation de chacune des deux parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie". Et un autre arrêt de la même chambre civile du 14 Avril 1891 (Dall. 1891, I, 329 S. 1894 I 391) déclare que si, dans un contrat synallagmatique l'obligation de l'une des parties n'est pas remplie c'est-à-dire n'est pas exécutée quel qu'en soit le motif, ce qui signifie que la non exécution provienne de la faute ou d'un cas fortuit, l'obligation de l'autre devient sans cause. Il s'agissait en l'espèce d'un bail utilisé dans certaines régions de la France, d'un bail à complans, bail qui a pour objet des terrains destinés à être plantés en vignes, et, le preneur qui s'était engagé à planter des vignes en ayant été empêché par l'invasion du phylloxéra, le bailleur demandait la résolution du contrat. L'arrêt de la Chambre civile a prononcé cette résolution pour ce motif que du moment que l'obligation du preneur n'était pas remplie, alors même que l'inexécution provenait d'un évènement indépendant de sa volonté, l'obligation du bailleur devenait sans cause et celui-ci avait le droit de demander la résolution du contrat.

Précision de la notion de cause recherchée non dans la matérialité mais dans l'utilité de la prestation pro-

Telle est l'analyse exacte de la notion de cause dans les contrats synallagmatiques. L'auteur Italien Battistoni qui, comme je vous l'ai dit, vient d'écrire un ouvrage sur la cause dans les actesjuridiques, pousse un peu plus loin encore l'analyse et précise davantage cette notion. Il explique, ce en quoi il a tout à fait

Source : BIU Cujas

mise

raison, que la cause doit être cherchée, non pas uniquement dans la matérialité de l'objet ou de la prestation promise en contre-partie de l'obligation, mais dans l'utilité que cette chose ou cette prestation doit procurer au contractant. Mais il vise par là non pas l'utilité purement subjective que le contractant peut rechercher dans l'objet qu'il a stipulé mais l'utilité qui résulte de la nature des qualités normales de cet objet. La finalité dit-il, va au-delà de la matérialité de la prestation, elle arrive à toucher la raison purement personnelle, individuelle de celui qui contracte. Ainsi l'acheteur vise non seulement à avoir la chose elle-même, mais à avoir la chose avec les qualités qu'elle doit normalement présenter, de telle sorte qu'il puisse retirer de cette chose l'utilité qu'elle doit véritablement fournir étant donné sa nature; non pas une utilité purement subjective qu'elle aurait pu avoir dans son esprit, mais l'utilité que n'importe quel acheteur doit pouvoir réclamer trouver dans la propriété de cette chose. Et par là même il précise que cette utilité n'est pas simplement le motif en vue duquel l'acheteur a acquis "Nous disons que l'usage considéré par la loi auquel la chose est destinée et qui en représente la vraie utilité se concrétise en celui ou tous ceux que raisonnablement on peut obtenir d'après l'expérience commune, suivant la nature de la chose, suivant ses qualités naturellement ou ordinairement inhérentes ou expressément demandées, usage ou utilité que l'acheteur a pour cela raison d'espérer". Il s'agit donc ici de l'utilité contractuelle nécessairement considérée et envisagée par les parties au contrat, et non plus de l'utilité purement subjective. Je crois que cette façon de présenter l'analyse de la cause est tout à fait juste et exacte, et, pour l'appuyer, l'auteur cite les textes du code concernant l'erreur, vice du consentement, et la théorie des vices cachés que l'acheteur peut invoquer lorsque la chose est entachée d'un vice qui l'empêche de rendre les services qu'elle est naturellement appelée à rendre.

Rapport entre la théorie de la cause et celle de l'erreur

J'insiste ici un peu, parce que c'est une idée qui m'avait également frappé, sur les rapports de la cause et de la théorie de l'erreur telle qu'elle est présentée dans l'art. 1110 du Code civil : "l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause prin-

Source : BIU Cujas

cipale de la convention". En d'autres termes, l'erreur devient une cause de nullité de la convention, d'abord lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose objet du contrat, et, en second lieu, lorsqu'elle porte sur la personne avec qui l'on contracte dans les contrats conclus intuitu personae.

Si nous prenons le premier cas d'erreur, l'erreur sur les qualités substantielles de la chose, ce sont précisément les qualités qui ont été prises en considération dans le contrat par l'acheteur, ces qualités qu'il espérait trouver dans la chose et en l'absence desquelles il n'aurait pas acheté, parce que la chose ne présente plus pour lui aucune utilité. A propos de la théorie de l'erreur, tous les auteurs font une distinction bien nette entre l'erreur sur les motifs et l'erreur sur la substance de la chose, précisément parce que l'erreur sur les motifs représente l'erreur purement subjective de l'intéressé, erreur qui ne doit pas influer sur la validité du contrat parce qu'elle est de caractère purement interne, psychologique, et que le motif ne se rencontre pas dans la chose elle-même, mais dans des considérations toute particulières qui ont déterminé un individu à faire un contrat; par exemple celui qui achète un objet peut l'acheter pour des raisons bien différentes suivant l'intérêt qu'il a à acquérir, raisons qu'il ne fait pas connaître. Il peut l'acheter parce qu'il a perdu un objet du même genre, qu'il l'a cassé, parce qu'il veut s'en servir pour son utilité personnelle ou pour telle ou telle raison, tous motifs qui ne concernent que lui, motifs qui ont déterminé sa volonté, qui l'ont poussé à contracter, qui, s'ils n'avaient pas existé, auraient certainement empêché l'acheteur d'agir, mais qui n'en ont pas moins un caractère subjectif qui fait qu'ils sont extérieurs au contrat et que le législateur n'en tient pas compte. L'erreur sur les motifs n'est pas une cause de nullité Quand même l'acheteur se serait trompé sur le motif qui l'a déterminé à acquérir un objet, le contrat n'en serait pas moins valable. Mais lorsque l'erreur porte sur la substance même de la chose, c'est à dire sur la qualité substantielle que les parties ont eue en vue et qu'elles pensent trouver dans cette chose, alors elle devient une cause de nullité de la convention. On sait que l'on entend par substance de la chose, non pas les qualités purement objectives de la chose, mais les qualités subjectives que l'individu a en vue. Depuis Pothier on donne l'exemple de l'acheteur qui a voulu acheter des flambeaux qu'il croyait d'argent et qui sont de cuivre argenté. Eh bien, dit Pothier l'ache-

Source : BIU Cujas

teur peut demander la nullité du contrat parce qu'il n'a pas acheté l'objet qu'il se proposait d'acquérir il n'a pas obtenu le but qu'il visait puisqu'il voulait acheter des flambeaux d'argent. Alors même que dans notre conception générale, dans l'interprétation générale que nous donnons de IIIO, nous considérons la substance de la chose non pas comme quelque chose d'objectif mais la substance telle que nous la concevons, telle que nous la pensons, néammoins nous faisons une distinction bien nette entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur les motifs qui elle n'an nule pas le contrat.

Il en est de même pour la seconde cause d'erreur du contrat qui, d'après l'art. IIIO vicie le consentement; l'erreur sur la personne du co-contractant dans les contrats conclus intuitu personae, tel que le mandat salarié, le contrat passé avec un artiste, un avocat, un chirurgien, etc..... pour ne parler que des contrats synallagmatiques. Dans ces contrats la considération de la personne avec laquelle je contracte, du peintre par exemple auquel je commande un tableau ou mon portrait, est évidemment une considération décisive. C'est avec tel homme que je veux contracter, parce que je connais son talent, ses aptitudes, ce n'est pas avec un individu quelconque, et l'erreur commise sur la personne du co-contractant permet alors de demander l'annulation du contrat, toujours pour cette raisnn que le but visé n'apas été atteint.

Rapport entre la théorie de la cause et celle des vices cachés dans la vente.

Il y a donc un lien très étroit, indiscutable, entre la théorie de l'erreur dans les contrats et la théorie de la cause, et nous rencontrerions la même parenté entre la notion de cause et la théorie des vices cachés dans la chose vendue, l'art. I64I dit : "si la chose vendue est entachée d'un vice tel qu'il diminue tellement l'usage de la chose que cet usage ne présente plus d'utilité pour l'acheteur, l'acheteur peut alors demander soit la résolution du contrat, soit une diminution du prix". Et l'on pourrait encore ajouter qu'ily a le même lien entre la notion de cause et la garantie pour cause d'éviction, car il est bien évident que le premier but que poursuit l'acheteur d'une chose c'est d'en devenir propriétaire et que si, par conséquent, il a traité avec un non propriétaire ou s'il n'a acquis qu'une propriétéincomplète de la chose, le contrat ne présente plus pour lui l'utilité qu'il en espérait et il peut en conséquence intenter contre le vendeur la garantie pour cause d'éviction.

Ce rapprochement que fait Battistoni et qu'on a déjà fait plusieurs fois entre ces théories vient à l'appui de sa conclusion que pour trouver la cause de

Source : BIU Cujas

l'obligation il faut considérer non pas la chose matériellement mais l'utilité qu'elle doit naturellement présenter pour le contractant. Il reste néanmoins une petite difficulté, c'est que l'erreur dans le contrat est une cause de nullité relative, d'annulabilité du contrat, tandis que, d'après la théorie générale, l'erreur sur la cause, ou l'absence de cause dans le contrat emporte la nullité absolue de celui ci; c'est une difficulté que nous examinerons plus loin.

La théorie anti causaliste; la cause se confondrait avec l'objet et la théorie de la cause serait fausse et inutile

Ceci dit de la notion de cause dans les contrats consensuels, contrats synallagmatiques, il faut ajouter que cette notion n'est pas acceptée par tous les auteurs et qu'il y a une partie de la doctrine que l'on désigne sous le nom d'anti-causaliste et qui conteste l'utilité de cet élément, qui soutient que l'on pourrat sans inconvénient supprimer dans l'article 1108 du code civil la notion de cause.

Cette thèse anti causaliste a été soutenue au début par un auteur belge, Ernst, qui a été un civiliste du milieu du XIXème siècle, puis par Laurent qui a été le grand jurisconsulte belge dont vous connaissez le traité de droit civil en trente-trois volumes, oeuvre considérable qui a gardé une très grande réputation en Belgique. On peut dire que Laurent exerce encore une influence dominante sur le droit belge et sur la jurisprudence belge; il a été vraiment le plus grand civiliste de la Belgique au cours du XIXème siècle. En France, la théorie anti-causaliste a été défendue dans deux thèses de doctorat, Artur et Timbal, l'un et l'autre Professeurs de nos facultés; elle a été reprise peu après dans le traité des obligations de Baudry la Cantinerie et Barde et soutenue, ce qui lui a donné tout naturellement une grande valeur, par M. Planiol dans son manuel. En Belgique où elle avait ses premiers fondements, elle a trouvé un nouvel adepte en M. Jean Dabin, dont je vous ai cité dernièrement la thèse et un article. En France, elle garde des partisans, mais la jeune école, peut on dire, s'est presque toute entière ralliée à la théorie de la cause, avec quelques variantes; la jeune école est, si nous pouvons employer cette expression, causaliste.

Les objections que l'on a opposées à la théorie de la cause reviennent à soutenir que la cause se confond avec l'objet. Parler de cause cela revient à considérer l'objet sous un angle particulier, mais ce point de vue n'ajoute rien au contrat, lequel se compose en réalité de trois éléments : le consentement, la capacité, un objet, et du moment, dit-on, que ces trois

Source : BIU Cujas

éléments existent, le contrat est complet, il a tout ce qu'il faut pour se former. Ainsi la vente est parfaite du moment que les parties, supposées capables, se sont mises d'accord sur la chose et sur le prix. A quoi bon ajouter à ces éléments un autre élément qui serait la cause ? Parler de la cause dans la vente, dans les contrats synallagmatiques, c'est toujours considérer sous un angle spécial l'objet de l'obligation de l'autre partie. Par exemple dans le louage, quand la chose louée vient à périr par cas fortuit, la jurisprudence décide que l'obligation du preneur s'éteint faute de cause; n'est-il pas plus simple de dire que le contrat s'éteint faute d'objet ? D'où l'on conclut que toutes ces discussions interminables sur la cause sont vaines; ce sont des discussions d'école dont on pourrait débarrasser le droit civil, car elles se rapportent à une conception artificielle qui n'ajoute rien à la réalité.

Cette objection est évidemment saisissante dans sa simplicité et, au premier abord, elle est de nature à convaincre d'autant plus qu'elle a cet avantage de dispenser d'étudier la notion de cause et que je pourrais dire que, dans une certaine mesure, c'est la solution paresseuse. Je me rappelle que, débutant comme jeune professeur de Droit civil en province, je n'avais pas manqué de l'adopter et d'éviter de me jeter dans les complications de cette théorie.

Impossibilité de faire abstraction de l'idée de but dans le contrat synallagmatique

Mais, à la réflexion, quand on a étudié l'histoire de la matière, quand on voit que l'article 1108 a inséré la cause dans le contrat et qu'on réfléchit un peu longuement sur la matière, on se rend compte qu'c'est bien vite trancher la difficulté, c'est la supprimer sans aller au fond des choses et que sous prétexte de simplifier, on ne donne pas une idée exacte de ce qu'est la manifestation de volonté du contractant. En effet, comme je l'ai dit en commençant, et c'est là que réside tout le problème, dans la manifestation de volonté du contractant il n'y a pas seulement le consentement, au sens de l'art. 1108, c'est à dire le fait de s'obliger, parce que l'individu ne s'oblige jamais pour s'obliger, mais il s'oblige nécessairement en vue d'un but qu'il essaie d'atteindre. Dans la manifestation de volonté, quand on la considère dans son ensemble on voit nécessairement ces deux éléments, je m'oblige pour obtenir un résultat déterminé, et nous ne pouvons pas ne pas tenir compte du but visé parce qu'il est l'élément essentiel de la manifestation de volonté. Essayez de réduire le contrat synallagmatique comme on le propose au con-

Source : BIU Cujas

sentement et à l'objet et vous vous rendrez compte qu'il n'est pas complet, parce que si l'obligation de chaque contractant se soutenait toute seule, si elle était détachée de sa cause, il en résulterait que chaque obligation vit sa vie propre et indépendante de l'autre. L'une pourrait disparaître et l'autre subsister. Il faudrait donc admettre que, dans une vente, l'acheteur resterait tenu de payer le prix, même si le vendeur ne livrait pas la chose ou s'il livrait la chose d'autrui, et que, dans le louage, le preneur, qui a promis de payer des loyers pendant un temps déterminé, resterait tenu de les payer alors même que le bailleur ne le maintiendrait pas en jouissance de la chose louée. L'utilité de la cause dans les contrats synallagmatiques c'est précisément d'établir le lien de connexité qui unit les obligations réciproques des parties. La cause est l'élément qui donne au contrat synallagmatique son véritable caractère.

Embarras des anti-causalistes à expliquer la connexité des obligations dansle contrat synallagmatique.

Au surplus, les anti-causalistes, une fois qu'ils se sont débarrassés de la notion de cause se trouvent fort embarrassés pour expliquer l'idée de connexité des obligations des contrats synallagmatiques; notamment c'est très frappant dans la thèse de Timbal publiée en 1880. Après que l'auteur a combattu la théorie de la cause, il n'a plus qu'une idée c'est de construire la théorie du contrat synallagmatique, théorie dit-il qu'on a négligé de construire. Il s'efforce de justifier la connexité des obligations. Il se demande comment les obligations une fois nées se comportent les unes à l'égard des autres, si elles vivent d'une vie indépendante ou si elles sont corrélatives dans leur existence et dans leur durée. Il arrive à cette conclusion qu'on est bien obligé de les considérer comme corrélatives, comme étant connexes comme étant liées l'une à l'autre, mais sans pouvoir en donner la raison, par ce qu'il s'est privé précisément de la considération de l'élément qui explique cette connexité, c'est-à-dire de la cause.

Au surplus, et je vous le montrerai plus loin, c'est précisément parce que les Romains n'avaient pas dégagé exactement cette notion de cause qu'ils ont mis si longtemps à comprendre la véritable nature du contrat synallagmatique.

Une autre objection qui a été faite à la théorie de la cause et sur laquelle je reviendrai plus loin consiste à dire que dans cette théorie il n'est pas possible de distinguer la cause du motif, mais je réserve pour le moment cette objection parce que j'aurai l'occasion d'en parler lorsque je vous exposerai

la jurisprudence relative à l'art. II33 du Code civil, c'est-à-dire lorsque je parlerai de la clause illicite.

Explication par l'idée de cause des trois traits caractéristiques du contrat synallagmatique

Je vous ai dit tout à l'heure que dans les contrat synallagmatiques la cause est le soutien de l'obligation, et tant que le contrat n'a pas été exécuté, l'obligation de chacune des parties reste soutenue par la cause, c'est-à-dire par le but en vue duquel elle a été contractée, de telle sorte que tant que le contrat n'a pas été exécuté pendant la vie du contrat, si l'une des parties n'exécute pas son obligation l'autre va se trouver sans cause Ainsi la théorie de la cause explique les trois effets caractéristiques des contrats synallagmatiques ;

I - L'exception non adimpleti contractus;

2 - La disparition du contrat au cas où l'une des obligations ne peut être exécutée par suite d'un cas fortuit;

3 - La résolution judiciaire du contrat.

Je voudrais sur ces trois points vous donner quelques explications.

I - L'exception non adimpleti contractus -

Les applications particulière de cette exception dans le C.C.

Cette exception que l'on désigne sous cette expression romaine, consiste dans le droit pour le contractant poursuivi par son adversaire en exécution de refuser d'exécuter sa propre prestation tant que l'autre n'exécute pas la sienne. C'est ce qu'on appelle quelquefois l'exécution trait pour trait traduisant ainsi l'expression allemande par laquelle on désigne l'exception non adimpleti contractus. Sur cette exception il n'y a presque rien dans le code civil, il n'y a pas d'article qui en pose le principe, et pendant fort longtemps on n'en a pas parlé précisément à cause du silence du code civil. Ce sont les travaux de Saleilles qui ont appelé l'attention des jurisconsultes sur son importance. Néanmoins, nous trouvons dans le code civil certaines applications de l'exception, dans le titre de la vente, mais on les explique ordinairement en disant qu'elles sont des applications du droit de rétention, le droit de rétention n'étant qu'une des faces de l'exception non adimpleti contractus.

Ces applications se rencontrent d'abord dans les articles I6I2 et I6I3. Art. I6I2 : "Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai de paiement". Si donc le vendeur n'a pas accordé un terme pour le paiement, en d'autres

Source : BIU Cujas

termes, si la vente a été faite au comptant, l'acheteur ne peut pas exiger la remise de la chose tant qu'il n'offre pas le prix, c'est bien l'exécution trait pour trait. Nous disons couramment que le vendeur a le droit de rétention sur la chose vendue jusqu'au moment où l'acheteur lui paye le prix; ce n'est qu'une façon d'exprimer par d'autres mots l'exception non adimpleti contractus. L'art. 1613 ajoute que quand même le vendeur a accordé un délai à l'acheteur pour le paiement du prix, si depuis la vente l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix, le vendeur n'est pas obligé à la délivrance de la chose. Il recourt dans ce cas à l'exception non adimpleti contractus à laquelle il avait au début renoncé en accordant un terme.

D'autres applications se trouvent dans les articles 1651 et 1653. L'art. 1651 n'est que le développement de l'art. 1612 : "S'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer le prix au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance". Toujours la connexité, le lien entre les deux obligations, l'acheteur doit payer au moment où le vendeur lui délivre la chose. Et l'art. 1653 : "quand l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix, il peut refuser de payer le prix s'il craint d'être évincé par un tiers".

Enfin, la dernière application se rencontre dans l'échange, contrat proche, de la vente, art. 1704 : "si l'un des co permutant a déjà reçu la chose à lui donnée en échange et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre échange mais seulement à rendre celle qu'il a reçue". C'est le parallèle de la disposition de l'art. 1653 que nous venons de lire.

Fondement de l'exception sur la notion de cause

Quel est le fondement de l'exception non adimpleti contractus ? Il s'appuie sur la théorie de la cause : si le vendeur est dispensé de livrer la chose c'est parce qu'il n'a livré qu'en vue d'obtenir le paiement du prix, et du moment qu'il est menacé de ne pas recevoir le prix, il n'y a plus aucune raison pour qu'il livre la chose. La connexité des deux obligations se trouverait faussée; l'exécution simultanée est donc la conséquence logique et naturelle de la théorie de la cause. C'est déjà l'idée que nous trouvons chez Domat dans son passage des lois civiles : "dans toute convention synallagmatique l'enga-

Source : BIU Cujas

gement de l'un est dans le fondement de celui de l'autre; le premier effet de la convention est que chacun des contractants peut obliger l'autre à exécuter son engagement en exécutant le sien de sa part". Et les auteurs modernes, Saleilles en particulier, qui a remis en lumière toute cette théorie de l'exception non adimpleti contractus, n'hésite pas à lui donner pour fondement la notion de cause (Saleilles, Théorie générale de l'obligation n° 171) : "dans le contrat "synallagmatique les deux obligations ne sont pas seu-"lement des obligations connexes, ce sont des obliga-"tions dont chacune est la cause juridique de l'autre, "si bien que ce n'est pas seulement par voie de faveur "et sous forme de mesure d'équité que l'on permet au "débiteur de l'une de ne pas s'exécuter si le paiement "de l'autre ne lui est pas offert, mais c'est en vertu "d'un droit qu'il tient du contrat lui-même".

Au surplus c'est bien ainsi que la jurisprudence explique l'exception. Citons deux arrêts de la Cour de Cassation, l'un de la Chambre civile, 5 Mars 1894 (Dall. 1894 I - 508 - S. 1897 I 174) où je lis cet attendu à propos d'un contrat de bail d'immeuble (le preneur refusait de payer les loyers, parce que le bailleur n'avait pas exécuté les réparations par lui promises) :"L'obligation du preneur étant corré-"lative à celle du bailleur de délivrer la chose, cet-"te obligation se trouve sans cause dans la mesure où "cette dernière n'a pas été exécutée". Et, en conséquence, la Cour déclare que le preneur peut refuser de payer le loyer tant que le bailleur n'exécute pas les réparation qu'il a promis de faire. Et second arrêt, arrêt de la Chambre des requêtes, 20 Avril 1921 (Dall. 1922 I 181) qui décide que la privation continue de jouissance, toujours à propos d'un bail, résultant de l'inexécution de travaux que le propriétaire avait été condamné à effectuer, autorise le locataire à résister à la demande en paiement des loyers parce que les loyers ne sont que la contre-partie de la jouissance de l'immeuble loué.

Inexécution de l'obligation en dehors de toute faute. Le cas fortuit et la force majeure libèrent le contractant de son obligation.

2°- L'un des contractants est empêché d'exécuter son obligation par un événement indépendant de sa volonté. Lorsque l'un des contractants a prouvé, conformément à l'art. 1147 du code civil qu'il a été empêché d'exécuter sa prestation par l'effet d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, il est par là libéré de son obligation.

Mais, que devient l'obligation de l'autre contractant ? Est-il lui aussi libéré ? Est-il dispensé lui aussi d'exécuter sa prestation ? Si nous faisons abstraction de la notion de cause et si nous considérons

Source : BIU Cujas

chacune des obligations comme étant indépendante, nous répondrons : la force majeure a libéré l'un des contractants de son obligation, mais l'autre demeure obligé par le contrat et doit exécuter sa prestation. Mais on sent tout de suite qu'une telle réponse est contraire à la volonté des contractants, qu'elle n'en tient pas compte, car chaque contractant ne s'est obligé, nous l'avons déjà dit, que pour obtenir la prestation qui lui a été promise en retour, et l'on ne peut pas le contraindre à exécuter son obligation du moment qu'il ne reçoit pas la prestation en vue de laquelle il s'est obligé. Cela est particulièrement visible dans les contrats successifs, par exemple dans le louage. Si l'immeuble donné à bail vient à périr par cas fortuit, on arrive nécessairement à dire que le preneur se trouve libéré de son obligation de payer le loyer pour l'avenir. La même solution s'impose quand il s'agit d'une obligation de faire. Si par exemple j'ai commandé une oeuvre d'art à un peintre et que celui-ci se trouve, par l'effet de la force majeure, dans l'impossibilité d'exécuter l'oeuvre dont je l'ai chargé, il faut bien conclure que je ne serai pas obligé de lui payer le prix convenu. Enfin, lorsqu'un fabricant vend des marchandises qu'il doit fabriquer, si avant que les marchandises aient été livrées ou individualisées par l'accord des deux parties, elles viennent à périr par cas fortuit, la perte sera pour le fabricant; il ne pourra pas réclamer le montant du prix à son acheteur.

en vertu de l'idée de cause l'autre partie est libérée de son obligation

Nous trouvons du reste diverses applications de cette règle dans le code civil, d'abord au louage d'immeubles, dans les articles I722 et I74I. L'art. I722 dit : "Si pendant la durée du bail la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit le bail est résilié de plein droit". Et cette règle se trouve répétée en termes analogues dans l'art. I74I : "le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée".

applications dans les art. I722, I788, I867 C. civ.

Même solution à propos du contrat d'entreprise qui, dans le Code civil est considéré comme une variété du louage et étudié sous la rubrique des devis et marchés (art. I787 et suivants). Dans cette section se trouvent deux articles, les art. I788 et I790, qui prévoient le cas où la chose qu'un individu s'est engagé à fabriquer vient à périr entre ses mains. L'art. I788 vise d'abord le cas où l'ouvrier, c'est-à-dire l'artisan qui s'est engagé à fabriquer un objet, par exemple un meuble, fournit lui-même la matière; il fournit par exemple le bois avec lequel il fera le meuble qui lui a été commandé. L'art. I788 nous dit que si la chose vient à périr avant d'être livrée, la per-

Source : BIU Cujas

te est pour l'ouvrier, ce qui signifie que l'ouvrier ne pourra pas réclamer le prix du meuble à son client, il ne pourra pas exiger le prix, ne pouvant pas livrer l'objet qu'il devait fabriquer. Et l'art. .I790 visant le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail, c'est-à-dire le cas où le client lui a fourni la matière nécessaire à la fabrication de l'objet, donne la même solution : "Lorsque la chose vient à périr sans aucune faute de la part de l'ouvrier avant que l'ouvrage ait été reçu, l'ouvrier n'a point alors de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière qui a été livrée à l'ouvrier".

Et enfin, l'art. I867, au titre de la société est encore une application de la même règle. Il suppose qu'un associé s'est engagé à mettre dans la société la propriété d'une chose et il nous dit que tant qu'il n'a pas apporté la propriété de cette chose à la société, par exemple parce qu'il s'agissait d'apporter la propriété d'un certain nombre de mètres carrés qui n'étaient pas déterminés, ou pour toute autre cause, si la chose vient à périr, la société se trouve dissoute, ce qui veut dire que la perte est pour l'associé; que si, au contraire, ajoute l'article, le transfert de propriété a eu lieu, la perte est pour la société.

Contrat de transport de marchandise

Et voici enfin une dernière application de l'idée au contrat de transport de marchandises. Je suppose que les marchandises transportées viennent à périr par cas fortuit (bien entendu je ne vise pas le cas où il peut y avoir faute du transporteur) au cours du transport, le transporteur ne pourra pas demander à l'expéditeur le paiement du prix du transport; et si même l'expéditeur a déjà acquitté le prix du transport, il pourra se le faire rembourser, toujours pour cette raison que le transporteur ne pouvant pas exécuter par suite d'un cas de force majeure l'obligation qu'il avait assumée, l'autre partie se trouve par là même libérée de la sienne. On décide même dans ce cas que quand même les marchandises auraient déjà accompli une partie du transport, le transporteur ne pourrait pas réclamer une taxe proportionnelle au trajet que les marchandises ont fait, parce que l'obligation contractée par le transporteur est indivisible Il a promis de transporter les choses à un point déterminé; du moment qu'il ne les transporte pas, il n'exécute pas son obligation.

dans la vente l'acheteur reste cependant débiteur du prix art. II38 C. Civ

Tout ceci vous montre bien que dans le contrat synallagmatique, quand l'une des obligations ne peut pas être exécutée, l'autre partie est libérée par là même, pour cette raison que l'obligation qui subsiste

Source : BIU Cujas

se trouve éteinte faute de cause. Mais nous trouvons dans le code civil un article qui ne s'accorde pas avec cette théorie; il vise le cas où il s'agit d'un contrat portant sur un corps certain et translatif de la propriété, le cas en particulier de la vente. Lorsque la vente a pour objet un corps certain et que la chose vendue vient à périr par cas fortuit entre les mains du vendeur, avant que celui-ci en ait fait la livraison à l'acheteur, la perte est pour l'acheteur, c'est-à-dire que l'acheteur doit néanmoins payer le prix. Art. II38 c. civ. : "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes" ce qui signifie que le transfert de propriété s'opère au moment même du contrat, et, ajoute l'article "elle rend le créancier propriétaire (le créancier, c'est-à-dire l'acheteur) "et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite".

Origine romaine de la règle res perit emptori

On a beaucoup discuté sur l'explication de cet article II38; il se rattache incontestablement au droit romain. En droit romain, il en était de même et c'était un adage que la chose, quand elle venait à périr par cas fortuit entre les mains du veudeur, périssait pour le compte de l'acheteur. Res perit emtori. C'est ce que nous lisons dans les Institutes de Justinien (Livre 3 - 3 - 3) : "Le risque de la chose vendue pèse sur l'acheteur bien que la chose ne lui ait pas encore été livrée". Mais à Rome, l'acheteur ne devenait pas propriétaire comme aujourd'hui, au moment de la vente; le vendeur gardait la propriété de la chose vendue tant que le prix ne lui avait pas été payé, même après qu'il avait livré la chose à l'acheteur, à moins qu'il n'eût consenti à celui-ci un terme pour le paiement. Donc à Rome, le vendeur restait propriétaire de la chose, et si la chose venait à périr par cas fortuit entre ses mains, l'acheteur n'en était pas moins obligé de payer le prix.

Cette solution, qui est formellement énoncée dans les Institutes et dans certains textes du Digeste, a intrigué les interprètes; ceux-ci se sont évertués à en trouver la justification, car rationnellement elle est critiquable et il paraît excessif que l'acheteur qui ne reçoit pas la chose en vue de laquelle il a contracté soit néanmoins obligé de payer le prix. Pour la justifier, on a donné diverses raisons qui, ni les unes ni les autres, ne sont satisfaisantes. On a dit si l'acheteur a le risque de la perte de la chose, c'est parce que, d'autre part, il a le bénéfice de la plus-value qu'elle peut acquérir

Source : BIU Cujas

depuis le moment de la vente; comme il profitera de la plus-value de la chose, il est naturel qu'il supporte le risque de la perte. Il est bien évident qu'il n'y a pas balance entre ces deux idées et que l'espoir d'une plus-value hypothécaire ne peut pas compenser le risque de la perte; le vendeur savait bien que la plus-value de la chose n'était pas pour lui, mais l'acheteur ne peut pas tout de même par l'espoir de cette plus-value consentir à payer le prix d'une chose qu'il ne reçoit pas.

Essais d'explications

On a donné une autre raison; on a prétendu que dans la vente, le vendeur avait pour premier but de remplacer la chose vendue qui est de valeur variable par un élément stable, fixe, déterminé qui est le prix, tandis que l'acheteur est guidé par la préoccupation inverse. Cela n'est pas conforme à la volonté des parties, ce sont des explications subtiles et laborieuses; la volonté des parties c'est incontestablement pour l'acheteur de recevoir la chose.

Quoi qu'il en soit, telle était la règle romaine et cette règle a été acceptée par notre ancien droit et l'on a continué à décider que dans la vente d'un corps certain la perte par cas fortuit entre les mains du vendeur pesait sur l'acheteur.

Aux XVIème et XVIIème siècles les auteurs de l'école dite du droit des gens, Grotius, Puffendorf, ont critiqué cette règle en déclarant qu'elle était contraire aux vrais principes et qu'il était inadmissible qu'on obligeât l'acheteur à payer le prix d'une chose qu'il ne recevait pas. Mais, comme en même temps ils ont été les premiers à soutenir que la propriété de la chose se transférait par l'effet du contrat et que l'acheteur devenait propriétaire au jour même du contrat, ils ont donné de cette règle une nouvelle explication, il est naturel ont ils dit que l'acheteur supporte le risque de la perte puisqu'il est propriétaire au moment même du contrat : à Rome, la règle ne se comprenait pas, elle était contraire aux principes; mais elle devient logique du moment que par l'effet de la vente, la chose devient la propriété de l'acheteur. Il est juste que la chose périsse pour le compte de celui qui en a la propriété, res peri domino. Ils ont ainsi, à la vieille explication, à la res perit emptori, substitué celle-ci res perit domino c'est l'explication qu'on trouve dans Domat.

L'art. II38 C. civ. est une application de la règle : res perit domino

Après la rédaction du Code civil, l'art. II38 ayant maintenu la règle que la perte par cas fortuit de la chose vendue entre les mains du vendeur est aux risques de l'acheteur, les interprètes se sont demandé à leur tour comment il fallait expliquer cette règle.

Source : BIU Cujas

Les uns ont continué à l'expliquer comme à Rome en disant : il est admis que dans la vente la chose périt pour le compte de l'acheteur, res perit emptori; d'autres au contraire, et ils sont aujourd'hui presque l'unanimité répondent que si, d'après le Code civil, le risque de la chose est pour l'acheteur, c'est parce que la propriété est transférée de plein droit du jour du contrat et que les rédacteurs du code ont considéré comme logique de faire peser le risque sur l'acheteur. De telle sorte que l'on explique aujourd'hui l'article II38 par la règle res perit domino.

A l'appui de cette explication, on peut citer les observations présentées lors des travaux préparatoires du Code civil par Bigot Préameneux qui a dit dans son exposé des motifs : "il n'est pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire; aussitôt que l'instant où doit se faire la livraison est arrivé, il n'est pas besoin de tradition réelle, parce que la propriété se trouve transférée de plein droit". "Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, ajoute Bigot Préameneux, c'est un droit de propriété. Si donc la chose périt par force majeure ou cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier suivant la règle res perit domino". Et le tribun Favart a reproduit de son côté ces explications : "L'obligation de livrer rend le créancier propriétaire, du moment que le consentement a formé le contrat; d'où il résulte que la chose a péri pour lui".

Que l'article II38 s'explique par cette idée nouvelle "res perit domino, cela parait certain, non seulement en raison des déclarations de ses rédacteurs, mais en vertu même du texte qui, dans son deuxième alinéa, emploie cette formule : "elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée". L'article nous montre bien le lien qu'il y a entre les deux idées de propriété et de risque de la chose, c'est pourquoi aujourd'hui presque tous les auteurs s'accordent à donner cette explication de l'art. II38 Voici l'intérêt pratique qu'il y a à justifier de cette façon la dérogation apportée par l'article II38 à la règle que j'énonçais tout à l'heure, c'est que si les contractants ont, comme ils ont le droit de le faire, reculé le transfert de la propriété, s'ils ont décidé que la propriété de la chose vendue, du corps certain ne serait transférée à l'acheteur qu'au moment où elle lui serait livrée, la règle change. Il

Source : BIU Cujas

faut décider alors que, dans ce cas, l'art. II38 ne s'applique plus et que la perte par cas fortuit doit peser sur le vendeur parce que c'est lui qui reste propriétaire, res perit domino, tandis que si on expliquait l'art. II38 d'après la tradition romaine on devrait dire ici encore res perit emptori; car nous serions ici dans la même situation qu'à Rome, puisqu'à Rome la propriété n'est transférée que par l'effet de la tradition.

L'art. IOO C. Com.

Enfin, un dernier argument en faveur de l'explication donnée se trouve dans l'art. IOO du Code de commerce. Cet art., à propos du contrat de transport, nous dit que la marchandise transportée voyage aux risques et périls de celui auquel elle appartient, ce qui signifie à la charge de celui qui en est propriétaire. Si donc il a été décidé dans le contrat que la marchandise ne deviendrait la propriété de l'acheteur qu'au moment où il la recevrait, ce qui est fréquent, les risques du voyage seront pour le vendeur; ils seront au contraire pour l'acheteur s'il a été convenu que le transfert de la propriété s'est opéré par la livraison même de la chose au transporteur.

Ainsi donc l'article II38 s'explique par cette idée que l'acheteur étant propriétaire, la chose périt pour son compte. La solution n'en est pas moins critiquable, nous ne nous en apercevons pas parce que c'est une vieille tradition qui nous la fait admettre mais au fond, en législation, mieux vaudrait dire que la perte de la chose est pour le vendeur. Il n'est pas logique que l'acheteur paye le prix sous le prétexte qu'il est devenu propriétaire au moment du contrat; en effet ce qu'il a voulu, c'est avoir la chose à sa disposition; or, il ne l'a pas du moment qu'elle périt par cas fortuit avant la livraison et dès lors, il ne semble pas équitable de faire peser sur lui la perte de la chose. Au surplus, il faut reconnaitre qu'en pratique la question se présente bien rarement.

L'art. II38 ne s'applique qu'aux contrats ayant pour objet un corps certain et translatif de propriété.

Enfin, et pour terminer, vous constaterez que l'art. II38 est spécial aux contrats translatifs de propriété ayant pour objet un corps certain, l'art. II38 ne vise que le cas d'un contrat ayant pour objet un corps certain et translatif de propriété; pour tous les autres contrats la règle c'est que du moment que la prestation qui devait être accomplie par l'une des parties devient impossible par l'effet d'un cas de force majeure, la prestation de l'autre se trouve par là éteinte, l'autre partie se trouve libérée elle aussi de son obligation.

Source : BIU Cujas

a résolution udiciaire pour nexécution 'autive

3°- La résolution judiciaire du contrat pour inexécution de la prestation promise : article II84 du code civil. Cet article II84 est rédigé dans des termes bien spéciaux dont il nous faudra expliquer la genèse parce qu'il ne semble pas du tout conforme à l'idée que je défends que, dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties n'exécute pas, l'autre peut demander la résolution.

'art. II84 Code civil suppose la clause résolu toire tacite

Je rappelle comment l'article est rédigé. Il suppose que dans tout contrat synallagmatique il y a une condition résolutoire tacite : "La condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

Quel est le fondement de l'art. II84 ? Est-ce vraiment cette idée que dans un contrat synallagmatique il faut supposer une condition résolutoire tacite ? Nous ne le croyons pas. Si l'art. II84 est ainsi rédigé, je vous montrerai tout à l'heure que c'est parce que les rédacteurs ont maladroitement reproduit une disposition qu'ils ont trouvée dans le traité des obligations de Pothier.

L'art. II84 est une application de l'idée de la cause

En vérité voici quelle est l'explication naturelle du droit pour le contractant qui ne peut pas obtenir l'exécution de la prestation qui lui a été promise d'opter soit pour l'exécution forcée soit pour la résolution. Il faut distinguer d'abord suivant que l'inexécution provient d'un cas de force majeure ou est imputable à la faute de l'autre contractant : lorsque le contractant a été empêché d'exécuter par un évènement indépendant de sa volonté, alors, comme nous le disions pour le cas précédent, le droit de l'autre contractant de demander la résolution du contrat apparait bien comme étant l'application de la théorie de la cause. Le contractant qui ne peut pas obtenir par suite d'un cas de force majeure exécution de la prestation qui lui a été promise, doit pouvoir demander la résolution du contrat, s'il préfère la résolution à l'exécution forcée, si l'exécution forcée ne présente pas pour lui assez d'intérêt, et s'il préfère se délivrer du contrat Il a le droit de demander que le contrat tombe parce

Source : BIU Cujas

qu'il ne s'est engagé qu'en vue de l'exécution de l'obligation qui lui a été promise.

Mais quand l'inexécution provient de la faute ou de la mauvaise volonté de son co contractant, on peut hésiter : Pour certains auteurs, on ne peut plus dire ici que l'obligation de l'autre partie soit sans cause : elle a toujours une cause puisque cette partie se trouve en face d'un débiteur qui reste tenu en vertu du contrat. Tant que l'une des obligations, a-t-on dit, a l'autre pour équivalent, elle n'est pas dénuée de cause juridique et il n'y a pas de raison par conséquent pour ne pas exécuter le contrat, il n'y a pas de raison pour que le contractant en demande la résolution; il n'a qu'à agir contre son co contractant et le contraindre à l'exécution.

Cet argument est loin d'être décisif, ce qui en fait le point faible, c'est que ceux qui le présentent se font une fausse idée de la notion de cause. Ils considèrent que la cause d'une des obligations c'est l'obligation de l'autre; ils admettent que l'obligation de l'un des contractants a pour cause l'obligation de l'autre; or, je vous ai montré ce qu'il y avait d'imparfait, d'incorrect, d'incomplet dans cette explication. Du moment que l'on admet que la cause de l'obligation c'est l'exécution de l'obligation de l'autre, alors le point de vue change. Le contractant qui n'obtient pas l'exécution de la prestation qui lui a été promise doit avoir le droit de préférer la résolution à l'exécution forcée parce que l'exécution forcée peut présenter pour lui des frais, exiger du temps et peut être n'aboutir qu'à des dommages intérêts. Si donc il estime que l'exécution forcée ne lui donnera pas la satisfaction qu'il espérait du contrat, le bénéfice qu'il en voulait tirer, c'est à dire la prestation même sur laquelle il comptait, il est fondé à dire qu'il préfère la résolution parce que le contrat ne présente plus pour lui l'utilité qu'il en attendait. Mais ce n'est pas lui seul qui est juge de cette question. La résolution n'a pas lieu de plein droit, il faut qu'il demande au juge de la prononcer et il ne peut pas lui imposer l'obligation de la prononcer. Une jurisprudence bien établie et qui sur ce point, a devancé la doctrine parce qu'elle a bien compris le fondement et l'esprit de l'art. 1184 décide que le juge est souverain maître de sa solution; lui seul apprécie s'il doit ou non résoudre le contrat; il appréciera si l'exécution forcée peut donner au contractant, quoi qu'il dise, une satisfaction suffisante, ou si, au contraire, il faut prononcer la résolution. Il appréciera surtout dans

La jurisprudence a bien compris l'esprit et le fondement de l'art. 1184

Source : BIU Cujas

quelle mesure l'obligation de l'autre partie est inexécutée et si elle n'est inexécutée en particulier que pro parte, il jugera s'il n'est pas préférable de poursuivre l'exécution forcée. En d'autres termes, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation et ce sont eux seuls qui diront si le but visé par celui qui demande la résolution peut être atteint par une exécution forcée; ils statueront donc souverainement.

Ceci dit, et sans insister davantage pour le moment, je vais vous expliquer l'évolution historique qui a conduit du droit romain à l'art. II84 pour vous montrer que le fondement que j'indique est bien son véritable fondement et non pas celui qui paraît résulter des termes mêmes de cet article.

§ 2 - Notions historiques en ce qui concerne spécialement la cause dans les contrats synallagmatiques -

ndépendance es obligations ans la vente omaine

Les jurisconsultes romains, c'est un point certain, n'ont jamais eu la claire vision du lien de connexité qui attache dans un contrat synallagmatique les obligations des contractants l'une à l'autre, de par leur volonté même. Prenons par exemple le contrat de vente : dans la vente, les Romains considéraient que les obligations du vendeur et de l'acheteur une fois nées vivaient d'une vie indépendante et n'étaient pas unies l'une à l'autre, et même à l'époque classique, cette indépendance des obligations a laissé des traces alors que le contrat de vente est arrivé à son état définitif, à sa construction complète. Ainsi, notamment, nous en avons l'exemple dans la solution qui met les risques de la chose vendue à la charge de l'acheteur, solution peu explicable puisque le vendeur restait propriétaire jusqu'à la tradition.

De même, les Romains n'ont pas admis l'idée de résolution du contrat synallagmatique pour défaut d'exécution des obligations de l'une des parties. Ils décidaient que lorsque l'un des contractants n'exécutait pas son obligation, par exemple, lorsque l'acheteur ne payait pas le prix, le vendeur ne pouvait pas pour cela demander la résolution de la vente, il était obligé de poursuivre en justice l'acheteur pour se faire payer. Mais, comme cette règle paraissait en pratique gênante et rigoureuse pour le vendeur, on était arrivé dans la pratique à insérer dans le contrat au profit du vendeur une clause dite lex commissoria, c'est à dire une condition résolutoire qui donnait au vendeur la faculté de résoudre la vente de plein droit sans s'adresser à la justice puisque

a pratique de a lex commis- oria

Source : BIU Cujas

c'était une condition résolutoire qu'on insérait dans le contrat, la faculté de résoudre la vente de plein droit pour le cas où l'acheteur ne paierait pas le prix au terme convenu. Et lorsque cette lex commissoria, cette condition résolutoire était insérée dans le contrat, le vendeur n'avait qu'à faire connaître à l'acheteur, qui ne payait pas le prix au temps convenu, son intention de se prévaloir de la résolution du contrat; le contrat se trouvait résolu de plein droit par la simple volonté du vendeur. Vous remarquerez que la lex commissoria ne concernait que le vendeur. Il n'y avait pas de clause équivalente pour l'acheteur, au cas où le vendeur ne livrait pas la chose vendue.

L'origine de l'art. II84 doit être recherchée dans la théorie des contrats innomés.

Donc, ce n'est pas dans l'histoire de la vente qu'il faut chercher l'origine de l'article II84 du Code civil. Cette origine se trouve dans les textes relatifs aux contrats innomés, et c'est en effet dans la matière des contrats innomés que la théorie moderne de la cause a trouvé son fondement. La classification même que les Romains ont faite, probablement au Bas Empire, de ces contrats en quatre classes, fait apparaître pour ces opérations le but visé par les contractants. Vous vous rappelez comment ils les classaient : les contrats do ut des, je livre une chose pour que vous m'en donniez une autre; 2ème groupe : do ut facias; 3ème groupe : facio ut des; 4ème groupe : facio ut facias. Par la façon même dont on désignait ces quatre groupes de contrats, on mettait en lumière le but voulu par chacun des contractants. Mais, même dans ces contrats, les jurisconsultes romain ont négligé ce point de vue de la connexité des obligations. Je vous rappelle tout d'abord qu'au début, ces opérations n'étaient pas considérées comme des contrats et que celui qui exécutait le premier sa prestation ne pouvait pas exiger la contre prestation qui lui avait été promise. Celui qui avait exécuté sa prestation n'avait qu'une ressource, c'était en demander la restitution par une condition que l'on appelait la condictio causa data, causa non secuta, expression dans laquelle le mot causa prend un peu le sens moderne dans lequel nous l'entendons.

Lorsque ces opérations ont pris le caractère contractuel, on a donné au tradens, c'est à dire à celui qui avait exécuté sa prestation une action en exécution contre l'autre partie, action qui a d'abord été une action in factum puis qui est devenue l'actio praescriptis verbis, action qui lui permettait de contraindre l'autre partie à faire ce qu'elle avait promis. Mais, en même temps, le tradens a

Source : BIU Cujas

conservé le bénéfice de la condictio, c'est à dire le droit de demander la résolution du contrat lorsque l'autre ne consentait pas à exécuter. Seulement il ne pouvait opter pour la répétition que si l'inexécution de l'autre partie provenait de la faute de cette dernière. Quand, au contraire l'inexécution était le résultat d'un cas de force majeure, le contractant qui avait exécuté ne pouvait pas répéter ce qu'il avait livré; il supportait alors le risque de la perte de même que l'acheteur dans la vente. C'est là qu'est l'origine de l'action en résolution du contrat, mais cette action en résolution du contrat n'a été mise en lumière que par les canonistes Ce sont les canonistes qui ont posé cette règle nouvelle que, dans tout contrat synallagmatique, quand l'une des parties n'exécute pas, l'autre peut demander la résolution. Vous vous rappelez, nous l'avons dit précédemment, que les canonistes ont été les premiers à admettre que le simple accord de volonté, le pactum nudum suffisait à créer le contrat. Ce sont eux les premiers qui ont posé la règle que le seul consentement oblige, solus consensus obligat; mais en même temps qu'ils posaient cette règle toute nouvelle, inconnue du droit romain, ils ont observé que cet accord des volontés n'a de valeur, n'a de force qu'autant qu'il doit conduire les contractants au but qu'ils se proposent d'atteindre par le contrat, c'est à dire qu'autant que chaque obligation est soutenue par l'idée de cause. Ce sont les canonistes qui ont fait de la cause le substratum, le soutien du simple accord de volontés dénué de tout formalisme. Spécialement en matière de contrats synallagmatiques, faisat application de cette idée de la cause, ils en sont arrivés à poser le principe du droit pour le contractant de demander la résolution du contrat lorsque l'autre n'exécute pas son obligation et de choisir entre la résolution et l'exécution forcée. La règle se trouve formulée dans les écrits des canonistes et en particulier dans un texte fameux dans la Somme d'Hostiensis, canoniste du XIII° siècle, "Frangenti fidem non est fides servanda" : "A celui qui n'observe pas la foi promise il n'y a pas lieu de maintenir la foi qui lui a été promise". En d'autres termes, quand on est en face d'un contractant qui n'exécute pas, on est dispensé d'exécuter. Les canonistes ont appliqué cette règle à tous les contrats synallagmatiques. Ils en ont trouvé l'origine dans les contrats innomés de Rome mais ils l'ont appliquée à tous les contrats synallagmatiques y compris la vente. Au surplus, ils n'ont pas admis que le contractant qui se

Les canonistes ont dégagé que dans tout contrat synallagmatique quand une partie n'exécute pas l'autre peut demander la résolution

Source : BIU Cujas

plaignait de l'inexécution pût ainsi rompre par sa seule volonté le contrat; ils ont décidé que ce contractant devant s'adresser aux juges. Il devait traduire son adversaire devant le tribunal de l'officialité et demander à celui-ci de le relever de so engagement, le plus souvent accompagné du serment, de la relever de son serment, parce que l'autre ne tenait pas le sien.

Origine de l'action résolutoire dans le droit canon

Voilà l'origine de l'action résolutoire; elle es dans le droit canonique. Comment est-elle passée dan le droit civil ? l'évolution a été lente, c'est Dumoulin qui le premier s'est rallié à la règle des canonistes.

La conception canonique de la résolution de tout contrat pour inexécution n'a pénétré que lentement dans la pratique

Ce sont les canonistes qui, pour la première foi supprimant la distinction entre la vente et les contrats innommés, ont posé comme règle que, dans tous les contrats synallagmatiques, sans distinction, lor qu'un des contractants n'exécute pas son obligation, l'autre peut demander la résolution du contrat, à moins qu'il ne préfère poursuivre l'exécution de la prestation qui lui a été promise. Mais cette idée nouvelle n'est passée que très lentement du droit canonique dans le droit civil, et pendant plusieurs siècles les civilistes et les romanistes, ont continué se référer à la distinction romaine, entre les contr innommés et les contrats consensuels, et à admettre que dans la vente, la résolution du contrat au cas d'inexécution de la prestation promise n'était pas possible, parce que les textes du droit romain n'admettaient pas l'action en résolution.

C'est Dumoulin qui le premier s'est rallié à la Théorie des canonistes, d'abord dans certains cas particuliers, et qui a essayé d'appliquer à la vente des textes du Digeste qui visaient les contrats innommés. Sous son influence l'idée nouvelle a pénétré dans la jurisprudence, et les civilistes s'y sont peu à peu ralliés.

Au XVIIème siècle, Domat affime très nettement que, dans tous les contrats synallagmatiques, le contractant qui n'obtient pas la prestation qui lui a été promise, peut demander la résolution du contrat. Dans plusieurs passages de ses lois civiles, cette théorie est soutenue par lui, et en particulier au titre du Contrat de vente, Section 2, n° I9, il s'exprime ainsi : "Outre les dommages intérêts causés par le défaut de la délivrance, c'est encore une peine du vendeur qui manque d'avoir délivré que la vente soit résolue s'il y a lieu. Comme, par exemple, si celui qui devait délivrer une marchandise au jour d'un embarquement, ou à un jour de foire, n'y

Source : BIU Cujas

satisfait pas, il sera obligé de reprendre sa marchandise si l'acheteur le veut, et de rendre le prix s'il l'avait reçu. Et il sera tenu, de plus des dommages intérêts pour n'avoir pas fait la délivrance au jour et au lieu".

Ainsi Domat admet que, lorsque le vendeur n'exécute pas son obligation, l'acheteur peut demander la résolution du contrat.

Pothier

Au XVIIIème siècle, nous trouvons des passages analogues dans Pothier. Après avoir déclaré que le défaut de paiement du prix permet au vendeur de demander la résolution du contrat, bien qu'il n'y ait pas eu de pacte commissoire inséré dans la vente, Pothier élargit cette solution et ajoute : "à l'égard de toutes les autres obligations soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat. Elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela". Traité du Contrat de vente n° 475. Vous voyez donc comment peu à peu l'idée de la résolution pour cause d'inexécution s'est introduite dans le droit civil. Elle est définitivement admise par les auteurs du XVIIème et du XVIIIème siècles.

Ce sont là les précédents de l'article 1184 du Code civil, mais la rédaction de l'article 1184 et la place que lui ont donnée les rédacteurs du Code civil ne correspondent pas à ces précédents. Cet article est inséré dans la section des conditions, § 3, de la condition résolutoire; et la façon dont il est rédigé laisse supposer que dans tout contrat synallagmatique il y a une condition résolutoire sous entendue, ce qui parait être l'élargissement de la vieille lex commissoria romaine qui serait devenue tacite. Il y a une condition résolutoire sous entendue au profit de chacun des contractants. Je vous rappelle comment ce texte est rédigé : "La condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où une des parties ne satisfera pas à son engagement. Dans ce cas le contrat n'est pas résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages intérêts. La résolution doit être demandée en justice".

Les rédacteurs du code se réfèrent à une idée d'élargissement de la lex commissoria romaine devenue tacite.

Cette rédaction de l'article 1184 ne correspond pas aux précédents que je viens de vous rappeler, puisque d'après elle, il faudrait supposer qu'il y a dans tout contrat synallagmatique une condition résolutoire tacite qui peut être invoquée par chacun des contrac-

Source : BIU Cujas

tants, lorsque la prestation qui lui a été promise n'est pas exécutée. Cette rédaction est assez curieuse. Elle ne peut s'expliquer que par une erreur qu'ont commise les rédacteurs du code civil. Ils ont emprunté en effet le texte de l'article II84 à un passage de Pothier que celui-ci écrivait à propos de l'étude des conditions résolutoires, dans son Traité des Obligations, n° 672. L'origine de l'article II84 ne fait pas de doute quand on lit ce passage :

La rédaction de l'art. II84 s'explique par une erreur d'interprétation de Pothier

"Dans les contrats synallagmatiques, on met souvent comme condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre".

Pothier voulait dire que, dans les contrats synallagmatiques on insère souvent une condition résolutoir expresse. C'est en effet très fréquent de nos jours comme autrefois, et dans de nombreux contrats synallagmatiques nous trouvons la clause résolutoire expresse, en vertu de laquelle l'un des contractants pou ra non pas demander, mais opter pour la résolution du contrat si l'autre n'exécute pas en temps convenu, Grâce à cette condition résolutoire expresse, le contrat se trouve résolu de plein droit, par la seule manifestation de volonté du contractant, sans qu'il ait besoin de demander la résolution en justice. C' est cette vieille tradition, cette vieille habitude que rappelle Pothier.

Pothier distinguait entre la condition résolutoire expresse et la résolution judiciaire

Il ajoute : "Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement, comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous, néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation, mais il faut alor que je fasse prononcer le résiliement par le juge.

Donc, dans cette seconde partie, Pothier nous dit que, même si l'on n'a pas inséré une condition résolutoire expresse dans le contrat, l'inexécution peut entrainer la résolution judiciaire du contrat, mais il s'agit alors de la résolution qui doit être demandée à la justice et prononcée par elle. Or, quand on compare ce passage de Pothier à la rédaction de l' article II84, on comprend très bien la méprise qu'ont commise les rédacteurs du Code civil, qui n'ont pas distingué eux, entre la condition résolutoire expres se, et le cas où il n'y a pas de condition résolutoire, et ils ont dit qu'il faut toujours supposer que dans le contrat synallagmatique il y a une condition résolutoire sous entendue.

La plupart des interprètes du code civil, se conformant aux termes de cet article, expliquent ses dis-

Source : BIU Cujas

positions par cette idée qu'il y a dans les contrats synallagmatiques une condition résolutoire sous entendue, et ils ajoutent : l'origine de l'article II84 remonte au droit romain; mais en droit romain, le contrat de vente, c'est-à-dire le type du contrat synallagmatique, ne pouvait être résolu qu'au profit du vendeur et seulement dans le cas où le vendeur avait fait introduire dans la vente, la lex commissoria. Aujourd'hui point n'est besoin d'introduire une condition résolutoire. Le Code en suppose la présence, la considère comme étant tacitement voulue par les parties, et au profit de chacune d'elles, alors que la lex commissoria ne visait que l'intérêt du vendeur, c'est à dire le cas où l'acheteur ne payait pas le prix.

Explication de l'article II84 qui se réfère à une interprétation de volonté.

Mais cette explication de la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques est certainement inexacte, d'abord parce que contraire au mouvement historique que je vous ai retracé, et, en second lieu, parce que les effets de la résolution judiciaire sont tout différents de ceux d'une condition résolutoire expresse. A Rome, lorsque le vendeur insérait dans le contrat de vente une lex commissoria, c'est-à-dire le droit de résoudre le contrat si l'acheteur ne payait pas le prix, la résolution avait lieu de plein droit sans que le vendeur fut obligé de s'adresser au juge; elle avait lieu par la réalisation même de la condition insérée dans le contrat.

critique

En second lieu, le vendeur qui demandait la résolution du contrat ne pouvait pas exiger en même temps des dommages intérêts parce que, le contrat étant résolu, les obligations de chacune des parties se trouvaient effacées. Le vendeur reprenait sa chose, mais il ne pouvait pas demander à l'acheteur défaillant de lui donner, en sus, des dommages intérêts.

Distinction de la résolution judiciaire et de la lex commissoria

Or, les effets de l'action en résolution judiciaire du contrat, sont précisément opposés à ceux de la lex commissoria, car, d'après l'article II84, la résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, elle doit être demandée par le contractant, à la justice et c'est le juge qui décide s'il y a lieu ou non de prononcer la résolution. D'autre part, le juge peut en outre, condamner celui qui n'a pas exécuté sa prestation et qui a donné lieu à la résolution du contrat à des dommages intérêts. Or, ces deux effets de la résolution judiciaire ne cadrent pas du tout avec l'idée qu'il y a dans le contrat une condition résolutoire tacite. Ces deux effets sont bien ceux qu'admettaient nos anciens auteurs, expliquant la résolution du contrat comme étant une des conséquences de la connexité des obligations.

Source : BIU Cujas

Donc l'article II84 est mal rédigé et il ne faut pas se fier à son texte, il faut chercher la réalité sous le voile des expressions qui la dissimulent.

Le texte du projet Franco Italien des obligations

Le projet franco-italien de code civil des obligations et des contrats qui reproduit la règle que dans les contrats synallagmatiques l'une des parties peut faire résoudre le contrat si l'autre n'exécute pas son obligation, a employé une formule beaucoup plus correcte. Il a réformé la rédaction de l'article II84 et voici comment l'article 47 de ce projet de code franco-italien est rédigé : "Si l'une des parties dans le contrat synallagmatique n'exécute pas son obligation, l'autre partie a le choix ou de réclamer l'exécution du contrat ou d'en demander la résolution en justice s'il y a lieu". Il n'est plus question de condition résolutoire tacite, mais simplement de la règle que dans le contrat synallagmatique chacune des parties peut demander au juge la résolution. L'article ajoute que le juge peut accorder un délai au défendeur, suivant les circonstances. Il peut aussi rejeter la demande en résolution lorsque le manquement à l'obligation ne présente que peu d'importance par rapport à la prestation promise.

Voilà une rédaction qui est en parfait accord avec l'origine historique de l'article II84 actuel.

Les tribunaux donnent du texte une interprétation conforme à son origine historique

La jurisprudence a fait preuve de plus de finesse que la doctrine; elle ne s'est pas laissée tromper par la rédaction imparfaite de ce texte et en donne une explication conforme à son origine historique.

Un premier arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile 25 Novembre I865, Dalloz I866, I, 27, Sirey I866, I, 2I, déclare que l'article II84 est la consécration d'une règle d'équité, règle d'équité qui veut que quand l'un des contractants n'exécute pas, l'autre puisse se délier du contrat.

"Attendu dit cet arrêt, que la résolution prononcée par l'article II84 est la consécration de cette règle d'équité, qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens d'un contrat dont l'autre partie ne lui fournit pas l'équivalent". C'est une explication encore un peu vague et imprécise, car on peut invoquer l'équité à propos de la plupart des dispositions de la loi, et l'explication donnée par l'arrêt de I865 ne va pas jusqu'au fond de la question. Postérieurement la Chambre civile a rédigé ses décisions avec plus de précision sur ce point. En I89I elle a rendu un arrêt le I4 Avril, Dalloz I89I, I, 329, Sirey I894, I, I94. Il s'agissait du bail d'un vignoble par lequel le preneur s'engageait à provigner c'est-à-dire à replanter en vignes, et, par l'effet

Source : BIU Cujas

du phylloxera, le preneur avait été empêché de procéder à ce provignage. Le bailleur demandait en conséquence la résolution du contrat pour défaut d'exécution de l'obligation du preneur. La Cour de Bastia avait rejeté cette demande en résolution, mais la Chambre civile a cassé l'arrêt de la Cour de Bastia en ces termes :

"Attendu dit elle que dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que si l'obligation de l'une n'est pas remplie quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause".

L'action résolutoire a pour cause la connexité des deux obligations

Voilà donc le fondement juridique de l'article 1184 bien mis au clair. L'action résolutoire a pour cause la connexité des deux obligations ou, en d'autres termes, si l'un des contractants peut demander la résolution du contrat au juge, c'est que par l'effet de la non exécution de la prestation sur laquelle il comptait, son obligation cesse d'être causée.

Il est intéressant d'ajouter qu'ayant ainsi interprété et justifié l'article 1184 les tribunaux en ont tiré cette conclusion que si le contractant a le droit de demander à la justice la résolution du contrat, le juge n'est pas obligé de la prononcer, il a un pouvoir souverain d'appréciation. Lui seul décidera s'il y a lieu ou non de résoudre le contrat. Ce pouvoir se fonde précisément sur cette idée que le juge doit vérifier si l'inexécution du contrat, reprochée à l'autre partie est suffisante pour détruire la cause de l'obligation du demandeur. En particulier cet examen est nécessaire lorsqu'il s'agit de la part du défendeur de l'inexécution d'une obligation secondaire, ou encore de l'inexécution simplement partielle de l'obligation qu'il avait contractée.

Pouvoir d'appréciation du juge

Je n'insiste pas davantage sur ces questions, parce que l'étude de l'article 1184 m'entrainerait trop loin, mais il me suffit de vous avoir montré que la jurisprudence interprète bien ce texte comme étant une conséquence de la connexité des obligations qui sont engendrées par le contrat synallagmatique.

§ 3 - L'absence de cause - La fausse cause - La cause illicite ou immorale.

Ici nous allons voir l'importance que la jurisprudence donne à ces articles et l'interprétation extensive qu'elle en a faite. Il est question de la fausse cause, de la cause illicite ou immorale dans les articles 1131 et 1133.

Source : BIU Cujas

Article II3I : l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet".

Obligation sans cause :

Comment une obligation peut-elle être sans cause ? Avant de parler des contrats synallagmatiques prenons un contrat ou une convention unilatérale, un paiement, article I235 du C.C., le paiement étant analysé dans notre droit comme étant une convention. Le premier alinéa nous dit : "Tout paiement suppose une dette. Ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ".

Les paiements faits sans cause sont exceptionnels.

Tout paiement suppose une dette, c'est à dire une cause, et si une personne paye une dette qui n'existe pas, qui n'a pas de cause, elle paye mal et peut répéter ce qu'elle a versé. Nous ne trouvons pas fréquemment dans la pratique d'exemples de paiements sans cause. Cependant on peut citer l'espèce sur laquelle a statué un arrêt de la Chambre civile du 22 Novembre I909, Dalloz I9I0, I, 407. Il s'agissait de l'engagement contracté par une Compagnie d'assurances mutuelles, de verser 6% sur le montant des primes encaissées à son fondateur et ancien administrateur, alors que celui ci avait depuis longtemps reçu la rémunération de ses peines et soins comme fondateur de la Société et le remboursement des sommes qu'il avait pu avancer; mais ce fondateur qui dominait la société s'était fait attribuer ces avantages, sous la raison qu'il était fondateur et qu'il avait été longtemps administrateur, sans qu'il y eût de la part de la société animus donandi, car une société ne peut faire de donation. Postérieurement, la validité de cet engagement fut attaquée comme étant sans cause. Or, le contrat a été annulé par les tribunaux pour cette raison que la Société d'assurances mutuelles ne devait rien au fondateur, qu'elle avait rémunéré celui ci depuis longtemps de ses peines et soins et qu'aucune somme ne lui était due. L'obligation contractée a donc été annulée comme étant sans cause.

Contrats synallagmatiques :

parmi les contrats synallagmatiques la vente faite sans prix réel est sans cause : vente d'immeuble à charge d'une rente viagère inférieure

Dans un contrat synallagmatique l'absence de cause se comprend difficilement parce qu'elle supposerait l'absence de prestation de la part de l'autre partie, ou bien elle supposerait une prestation qui n'est pas susceptible d'être exécutée. Des contrats de ce genre ne se rencontrent pas souvent dans la pratique. Toutefois la jurisprudence annule la vente, lorsque le prix promis par l'acheteur n'est pas sérieux, c'est-à-dire lorsqu'il ne représente rien de la valeur de la chose

Source : BIU Cujas

ses revenus

qu'il acquiert. Elle annule en particulier un contrat de vente fait à condition par l'acheteur de payer une rente viagère au vendeur lorsqu'il est établi que le montant de la rente viagère que l'acheteur s'engage à payer au vendeur n'est pas supérieur au revenu du bien qu'il achète. Dans ce cas l'obligation du vendeur est sans cause parce qu'il ne reçoit rien en contre partie qu'il n'ait déjà, puisqu'il cède son bien sans en retrouver la valeur étant donné que la rente viagère qui lui a été promise ne dépasse pas les revenus que le bien lui aurait procurés s'il était resté propriétaire.

Voyez à ce sujet deux arrêts de la Chambre des Requêtes, 27 Mai 1908, Ier Mai 1911 Sirey 1911, I, 459. Une demoiselle Guérinaud avait vendu tous les biens immeubles et objets mobiliers dont elle était propriétaire dans une certaine commune, moyennant un prix déterminé dont l'acheteur devait conserver la plus grande partie, à titre de fonds perdus, à charge de donner à la vendeuse tout ce qui serait nécessaire à son existence tant en état de santé qu'en état de maladie. Il était constaté en fait que les revenus des biens vendus étaient plus que suffisants pour fournir les prestations imposées. Les tribunaux ont annulé la vente comme étant sans prix, à la demande des héritiers du vendeur, parce que l'obligation contractée par le vendeur était sans cause. Quand il en est ainsi, le vendeur ou ses héritiers peuvent donc

'est en réalité une donation déguisée

revendiquer le bien entre les mains de l'acheteur, mais il reste à l'acheteur la faculté de prouver que la vente était simulée et qu'en réalité le pseudo vendeur avait voulu lui faire une libéralité déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. Les donations déguisées sont valables, elles sont autorisées, mais on s'est demandé si pour qu'une donation de ce genre fût valable, il ne fallait pas que les conditions nécessaires à la validité du contrat à titre onéreux sous lequel il se dissimule fussent réunies, s'il ne fallait pas en particulier que les conditions nécessaires à la validité de la vente se trouvent observées, et si dans le cas où la vente est une vente sans prix, la donation déguisée sous ce contrat nul par lui-même pouvait être considérée néanmoins comme valable. Sur ce point la jurisprudence a hésité, et pendant un certain temps elle a déclaré qu'une donation déguisée ne pouvait être valable qu'autant que les conditions exigées pour la validité du contrat à

sa validité

titre onéreux avaient été respectées, mais les derniers arrêts de la Cour de Cassation ont rejeté cette opinion. Le premier arrêt qui l'a abandonnée, est un ar-

Source : BIU Cujas

rêt de la Chambre civile du 3 Décembre 1912, Dalloz 1913, I, 175, Sirey 1914, I, 388, pour cette raison qui est très exacte, que le contrat à titre onéreux n'est qu'un voile, une apparence et que, dès lors, il n'y a pas à rechercher s'il est valable ou non puisqu'il est simulé. Il suffit que les parties aient simulé un contrat à titre onéreux pour cacher la donation, ce n'est pas le contrat que les parties ont voulu. Depuis cet arrêt la Cour de Cassation décide que la donation peut être valable alors même que la vente manquerait d'un élément essentiel tel que le prix.

La fausse cause -

La fausse cause est l'erreur sur la cause; le contractant croit que la cause en vue de laquelle il s'est obligé existe alors qu'elle n'existe pas en réalité; il commet donc une erreur. On peut trouver une erreur sur la cause de l'obligation notamment dans le cas de la vente de la chose d'autrui dont il est question dans l'article 1599 du Code civil qui est ainsi conçu : "La vente de la chose d'autrui est nulle. Elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à autrui" La vente de la chose d'autrui est nulle. Supposons que l'acheteur ait acheté une chose qu'il croit appartenir à son vendeur et qui en réalité ne lui appartient pas. Il achète une chose parce qu'il pense en devenir propriétaire et comme cette chose n'appartient pas au vendeur, celui-ci ne peut pas lui en transférer la propriété. On peut donc dire que dans ce cas là l'obligation de l'acheteur est sans cause, parce que le but qu'il visait, qui était de devenir propriétaire de la chose, ne peut pas être réalisé. C'est là l'explication la meilleure et la plus simple de l'article 1599 du Code civil, explication qui n'est pas du reste acceptée par tous les auteurs, car certains rattachent l'article 1599 à l'idée de résolution du contrat, mais je laisse ce point de côté. La seule objection que l'on puisse faire à l'idée que la nullité de la vente de la chose d'autrui s'explique par l'absence de cause de l'obligation de l'acheteur, résulte de ce que, d'après l'article 1599, la vente de la chose d'autrui est nulle même si l'acheteur a connu le défaut de propriété du vendeur. Effet la fin de l'article déclare que l'acheteur a droit à des dommages intérêts lorsqu'il a ignoré que la chose fut à autrui, d'où l'on doit conclure par une interprétation naturelle de ce texte que la vente reste nulle, même si l'acheteur a connu le défaut de droit de son

erreur sur la cause : la vente de la chose d'autrui est nulle par suite d'absence de cause de l'obligation de l'acheteur

Source : BIU Cujas

vendeur. Seulement il ne parait pas possible en pratique d'admettre qu'un acheteur qui achète la chose d'autrui le fasse en connaissance de cause, et puisse demander la nullité du contrat, car ou bien il achète la possession du vendeur avec tous les riqques qui y sont attachés, étant donné qu'il n'est pas propriétaire, c'est alors un contrat aléatoire qu'il passe et dont il ne peut demander l'annulation; ou bien il achète parce que le vendeur lui a promis de consolider son droit de propriété, c'est-à-dire dans la pensée que le vendeur le rendra propriétaire, bien qu'il ne le soit pas au moment même du contrat. Ici encore il y a de sa part erreur, si le vendeur ne tient pas la promesse qu'il a faite, si bien que l'objection tirée de l'article I599 n'enlève rien à l'explication qui consiste à expliquer la nullité de la vente de la chose d'autrui, par cette idée que l'obligation de l'acheteur est sans cause.

Je trouve dans la jurisprudence un autre cas de l'application de l'erreur sur la cause, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 Juillet I873, Dalloz I873, I, 330, Sirey I873 I, 448. Il s'agissait d'un conscrit qui ignorait qu'il avait été dispensé par le tirage au sort de l'obligation de faire son service militaire, parce qu'à la suite de la guerre de I870 le contingent exigé de chaque année avait été réduit, et croyant qu'il allait être appelé au service militaire qui était alors de 7 ans, il s'était procuré ce qu'on appelait un remplaçant, c'est-à-dire un individu qui consentait à aller faire son service à sa place, moyennant une somme qui lui était versée. Or, après le contrat, le jeune conscrit avait appris qu'il n'était pas appelé sous les drapeaux. Il demandait en conséquence, la résolution du contrat de remplacement pour la raison qu'il n'y avait plus lieu de le remplacer et que l'obligation qu'il avait contractée envers le remplaçant était une obligation sans cause. Les tribunaux ont fait droit à sa demande, et le pourvoi formé par le remplaçant a été rejeté par la Chambre des Requêtes, par l'arrêt cité.

Nullité d'un contrat de remplacement au service militaire alors que le contractant n'était pas appelé : absence de cause

"Il suit de là, dit cet arrêt, que l'engagement du remplaçant était sans objet, l'obligation de l'autre n'avait plus de cause, d'où le contrat ne pouvait produire aucun effet". Je signale au contraire un récent arrêt de la Cour de Cassation de la Chambre des Requêtes, qui me parait contenir une véritable erreur. Arrêt du I5 Juin I922 Sirey I933, I, 32. Un assuré avait contracté une assurance contre la grêle alors qu'il ignorait qu'une assurance antérieure en-

Source : BIU Cujas

Nullité d'une assurance sur un bien déjà assuré : critique de cette solution

core en cours avait été passée pour les mêmes biens par sa mère décédée avec une autre Compagnie. En d'autres termes un propriétaire avait assuré ses biens contre la grêle alors qu'il était déjà assuré et qu'il l'ignorait. La Chambre des Requêtes a décidé qu'il y avait en cela erreur sur l'efficacité juridique de la cause de l'obligation, et qu'en conséquence le contrat devait être annulé. Cette solution ne me paraît pas exacte. En vérité l'assuré s'était trompé sur le motif qui l'avait déterminé à contracter. Pourquoi avait-il contracté ? Parce qu'il croyait que ses biens n'étaient pas assurés contre la grêle. C'est tout à fait analogue au cas où un individu achète un cheval parce qu'il croit que le sien a péri. On n'admet pas que l'erreur sur le motif soit une cause de nullité du contrat. L'erreur sur le motif est extérieure au contrat, elle n'en détruit pas la validité; l'erreur commise par l'assuré est une erreur purement psychologique, à lui propre, qui n'était pas intervenue dans l'accord de volontés des intéressés. La Compagnie d'assurances ne pouvait pas la connaître; elle ne devait pas en souffrir, et il me paraît qu'il y a eu dans cet arrêt une véritable confusion, entre l'erreur sur le motif et ce qu'il appelle l'erreur sur l'efficacité juridique de la cause de l'obligation.

L'erreur sur la cause emporte la nullité relative

On dit souvent que l'erreur sur la cause emporte la nullité absolue du contrat, et qu'il y a là une différence entre l'erreur sur la cause et l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet, car d'après l'article 1110 l'erreur sur la substance de la chose est une cause de nullité relative, qui emporte non la nullité mais l'annulabilité du contrat. Cette distinction n'est pas fondée. L'erreur, quelle qu'elle soit, qu'elle porte sur la cause, ou qu'elle porte sur la substance de la chose qui a fait l'objet du contrat, doit toujours produire le même effet, c'est à dire ne doit être dans le premier comme dans le second cas qu'une cause de nullité relative, pour cette raison que l'erreur a vicié le consentement du contractant aussi bien dans un cas que dans l'autre, et que le vice du consentement est une cause de nullité relative d'après l'article 1125. Donc il est inexact de dire que l'erreur sur la cause peut emporter la nullité absolue. L'erreur quand elle porte ou sur la cause, ou sur la substance est une cause de nullité relative.

Cause illicite :

Nous avons un article explicatif sur la cause

Source : BIU Cujas

L'art. II33 C. Civ.

illicite. C'est de cet article que la jurisprudence a fait de très larges applications, elle en a étendu beaucoup le champ d'action. C'est l'article II33 : "La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs et à l'ordre public."

Applications de cet article dans le cas où l'objet a un caractère immoral même ou illicite

Il y a dans les contrats synallagmatiques une première série d'applications de la cause illicite qui ne peut faire doute. La cause de l'obligation de l'un des contractants est certainement illicite lorsque la prestation qui lui a été promise par l'autre a un caractère illicite. Toutes les fois que l'objet promis est immoral ou illicite, il est bien évident que par là la cause de l'obligation de l'autre partie se trouve illicite et que dès lors le contrat doit être annulé. Il n'y a donc pas de doute sur cette première série d'applications. J'en ai cité à propos de l'ordre public, plusieurs exemples. Si un contrat a pour objet la vente d'une maison de tolérance, le caractère illicite du contrat ne peut pas faire de doute. De même le courtage matrimonial a été considéré pendant un certain temps comme étant une opération illicite de la part du courtier qui rapproche les deux futurs époux.

La contre lettre insérée dans la cession d'un office ministériel, et par laquelle le cédant exige un prix supérieur à celui qui a été déclaré à la Chancellerie, est une opération contraire à la loi. Dans tous ces cas le caractère illicite du contrat saute aux yeux. Le contrat est illicite parce que la prestation promise par l'une des parties est soit illicite soit immorale. Je n'insiste pas davantage.

C'est à propos de la seconde série de cas que nous allons voir l'extension donnée par la jurisprudence à la notion de cause. Il y a en effet toute une série de cas dans lesquels les deux prestations convenues ne présentent rien d'illicite. Elles sont l'une et l'autre parfaitement conformes au droit. Elles n'ont rien d'immoral, rien de contraire à la loi. Par exemple un individue loue une maison à un autre. Un individu fait des fournitures à un autre. Ni l'une ni l'autre des obligations contractées n'est immorale ou illicite, mais le contrat devient immoral par ce que les deux parties ont visé un but illicite et qu'ils se sont proposé de faire quelque chose soit de contraire à la loi, soit de contraire aux bonnes moeurs.

Dans d'autres cas la prestation n'est pas illicite mais les deux parties ont visé un but illicite

C'est dans ces cas que la jurisprudence appliquant l'article II33 prononce l'annulation de contrats de ce genre. Il y en a deux applications particulières sur lesquelles j'insisterai, la première vise certains

Source : BIU Cujas

contrats se rattachant à l'exploitation d'une maison de tolérance, la seconde, les prêts faits à un individu en vue de le déterminer à participer à un jeu de hasard, tels les prêts faits par un casino à un joueur, c'est à dire par une personne qui est intéressée au jeu et qui cherche à faire jouer les gens en leur prêtant de l'argent.

Dans ces deux cas, par une interprétation de l'article 1133 qui a été souvent contestée, la jurisprudence arrive, en se fondant sur ce texte, à annuler les contrats.

Contrats ayant pour objet l'exploitation d'une maison de tolérance :

Contrats ayant pour objet l'exploitation d'une maison de tolérance

Il y a à ce sujet une jurisprudence nombreuse déjà ancienne. Je ne relève pas ici les décisions ayant annulé des contrats ayant pour objet la vente d'une maison de tolérance ou la prise en location d'une maison de ce genre pour la raison qu'ici la nullité résulte bien de la notion de cause, étant donné que dans la vente d'une maison de ce genre l'obligation du vendeur a pour objet une cause contraire à la morale et par conséquent celle de l'acheteur qui consent à l'acheter, une cause illicite.

On en peut dire de même du contrat de location d'un de ces établissements.

Mais il y a des cas où à la seule inspection du contrat le caractère immoral n'apparait pas. Un propriétaire donne un immeuble à bail à une autre personne. Cette personne installe dans les lieux loués une maison de tolérance. Il n'est pas douteux dans ce cas que le contrat est valable et que le motif, connu seulement du preneur, qui l'a déterminé à prendre à bail les locaux, n'a pas été connu de l'autre, ne doit pas entrainer l'annulation du contrat. Il n'y a pas ici contrat ayant une cause illicite. Il y a simplement une intention d'application de l'objet à un but illicite de la part du preneur; mais, en matière de contrat, le juge ne scrute pas la pensée du contractant et ne recherche pas les motifs particuliers qui ont pu le déterminer à agir. Si, au contraire, il a été convenu entre les deux parties, bailleur et preneur, que la location était faite en vue de l'installation dans les lieux loués d'une maison de prostitution, la jurisprudence décide que les deux parties ont coopéré au même but immoral, que ce but immoral a été pour elles la cause de leur obligation, et en conséquence, elle annule le contrat.

Location d'un immeuble

Je cite deux arrêts : un arrêt de la Cour de Lyon

Source : BIU Cujas

prêt en vue de l'aménagement d'une maison de prostitution

du II Juillet I862 Sirey I863, 2, I05 et un arrêt de Paris du I6 Mars I926 Sirey I926,2,77. Le contrat en lui-même ne présente rien d'immoral dans ces deux espèces et la jurisprudence ne l'en annule pas moins. Lorsque le prêt d'argent est fait dans l'intention des deux parties en vue d'être employé à l'aménagement ou l'amélioration d'une maison de tolérance le contrat est annulable. Arrêt de Paris du 26 Janvier I894 et sur pourvoi Chambre des Requêtes Ier Avril I895 Sirey I896, I, 289.

"Attendu dit l'arrêt de la Chambre des Requêtes que toute convention dont la cause est contraire aux bonnes moeurs ne peut avoir aucun effet, attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que l'obligation souscrite par les époux Fauvre au profit de la dame Berthier avait pour cause l'acquisition d'une maison de tolérance, que chacune des parties a pris une part égale à cette convention".

On voit que ce n'était pas simplement l'emprunteur qui se proposait d'appliquer les deniers qui allaient lui être prêtés à cet objet, mais les deux parties ne faisaient le contrat qu'en vue de l'installation des locaux qui servaient à l'établissement.

Ici il y a une application incontestable de la notion de cause. Je n'ai parlé que des contrats synallagmatiques et le prêt dans la conception du Code civil, est un contrat réel, c'est à dire un contrat qui se forme par la remise des deniers prêtés faite par le prêteur à l'emprunteur. Dans ce contrat quelle est la cause de l'obligation de l'emprunteur ? La réponse est que l'emprunteur est obligé à restituer les deniers prêtés parce qu'il les a reçus. C'est la réception des deniers qui l'a déterminé à s'obliger à les restituer. Donc la cause, entendue dans le sens classique, traditionnel, ne laisse rien apercevoir d'immoral, mais la jurisprudence élargissant cette notion recherche quelle a été l'intention commune des deux parties et déclare que la cause est immorale.

Voici une autre application dans un arrêt de Toulouse du II Janvier I926 Gazette du Palais I926,I,524. L'obligation qui a pour cause l'embellissement d'une maison de tolérance et à laquelle chacune des parties a pris part est contraire aux bonnes moeurs et ne peut produire aucun effet. Voir aussi Requêtes Novembre I890, Sirey I89I,I,3I9. C'est un arrêt relatif au louage de service d'un domestique dans une maison de ce genre.

d'autres décisions refusent d'annuler le contrat

D'autres décisions refusent d'annuler des contrats parce qu'elles ne trouvent pas dans l'espèce qui leur a été déférée cette participation des deux parties au

Source : BIU Cujas

but immoral. Notamment un arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 Mai I903, Sirey I904, I, 509. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'assurances contre l'incendie, passé avec le tenancier d'une maison de tolérance. Le tenancier, pour ne pas payer les primes avait demandé l'annulation du contrat comme étant quelque chose d'immoral. La Cour refuse l'annulation du contrat pour cette raison qu'ici les prestations réciproques ne peuvent être considérées comme ayant en vue la création, le maintien ou l'exploitation d'un établissement de ce genre, qu'après tout elles n'impliquent aucune immoralité de la part de l'assureur susceptible d'entrainer l'annulation de la convention et que le contrat n'a pas une cause illicite.

assurance contre l'incendie

Cette décision n'est pas en opposition avec les précédentes. Si vous la comparez avec celle qui annule le contrat passé entre un bailleur et un preneur en vue de l'établissement d'une maison de tolérance vous voyez que les deux parties participent à l'immoralité de l'opération, l'opération étant faite en vue de cet objet, tandis que le même reproche ne peut être fait à l'assureur et c'est pour cette raison que la Chambre des Requêtes a refusé d'annuler le contrat. Voici encore un autre arrêt de Poitiers du 8 Février I922 plus discutable, Dalloz I922, 2, 33. Il s'agissait du bail d'un immeuble où s'exploitait une maison, mais, par un acte séparé, le bailleur qui avait donné à bail la maison avait cédé les meubles la garnissant. L'acquéreur refusait de payer, motif pris de ce que son obligation avait une cause illicite La Cour a décidé que la vente, ayant été faite par un contrat séparé, et n'étant pas liée à l'exploitation de la maison, devait être considérée comme valable, parce que prise en elle-même c'était une vente de meubles que rien ne rattachait en tant que contrat à l'exploitation de l'établissement.

Vente de meubles

Enfin, je cite un dernier jugement du tribunal civil de la Seine du I6 Juin I928, Dalloz I928, 2, I87 Il s'agissait d'un contrat passé entre un architecte et le propriétaire d'une maison de tolérance en vue de la reconstruction des locaux. Le jugement a refusé d'annuler le contrat et a décidé que le propriétaire était obligé de payer les devis qui lui avaient été remis par l'architecte, parce que la cause juridique de son obligation était le paiement de la rémunération de services qui lui avaient été fournis par l'architecte. Le jugement ajoute : "peu importe que l'architecte ait su ou non que les travaux qu'il s'engageait à faire avaient trait à l'aménagement d'une maison de tolérance, la cause de son obligation n'a rien d'illicite.

Honoraires d'un architecte.

Source : BIU Cujas

Il est fondé à en poursuivre le paiement contre le propriétaire".

Ici, on peut expliquer cette décision par cette idée que l'architecte n'a pas un intérêt à l'exploitation de la maison et que le caractère immoral de l'opération n'apparait pas comme dans les autres cas.

Résumons cette jurisprudence.

La jurisprudence exige que les deux parties aient participé à l'immoralité.

Elle distingue le motif individuel qui peut déterminer l'un des contractants à contracter, du but commun voulu par les deux. En outre, on peut dire que cette jurisprudence exige non seulement que les deux parties aient connu l'usage qui devait être fait de la chose, du prêt, de la maison, mais qu'elles aient participé à l'immoralité, en ce sens qu'elles devaient l'une et l'autre en profiter.

Le second groupe de décisions est encore plus caractéristique. Elles se rapportent au prêt fait par une personne intéressée au jeu, à un joueur, en vue de le déterminer à jouer, parce qu'elle a un intérêt au jeu de hasard auquel il va se livrer.

Prêts faits à un joueur par un établissement intéressé au jeu

Je cite deux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation. I9 Juillet I929, Sirey I933,2 9, en sous note, Dalloz Hebdomadaire I929,492.

Le second se réfère à un pourvoi formé contre un arrêt de Douai I6 Janvier I932, Sirey I933, 2, 9 avec une note de M. Lepaulle. C'est un arrêt de rejet de la Chambre criminelle du I9 Novembre I932 Sirey I933, I, 40. Pour bien vous faire comprendre la doctrine de ces arrêts, je vous rappelle l'article I965 du Code civil. Cet article, qui se trouve dans le chapitre des jeux et du pari, décide que la loi n'accorde aucune action pour dette de jeu, c'est à dire que l'individu qui joue avec un autre et qui gagne, s'il se trouve en face d'un joueur qui refuse de payer ce qu'il a perdu, ne peut pas le poursuivre en justice pour le contraindre à verser la somme qu'il a perdue au jeu.

Impossibilité de poursuivre une dette de jeu.

La raison de cet article I965 - tous les auteurs s'accordent sur elle - est que le jeu est considéré par la loi comme quelque chose d'immoral et qu'il faut le plus possible réprimer, prohiber. Il y a dans ce même chapitre, un article I967 sur le motif duquel on s'entend moins. Il décide que lorsque le perdant a volontairement payé le gagnant, il ne peut répéter ce qu'il lui a versé, ce qui semble d'abord contraire à la disposition de l'article I965, car si le jeu est nul comme étant immoral, il devrait en résulter que celui qui a payé volontairement a le droit de répéter ce qu'il a payé, un contrat nul ne pouvant produire aucun effet. On a donné de cette disposition

et de répéter ce qui a été versé à ce titre.

Source : BIU Cujas

de l'article 1967 deux explications différentes. L'une, à laquelle je me rattache volontiers, consiste à dire que si le jeu n'engendre pas d'action au profit du gagnant, du moins il fait naitre à la charge du perdant une obligation naturelle, ce qui correspond bien aux moeurs et à cet adage couramment répété : Dette de jeu, dette d'honneur. Le perdant n'est pas tenu de par la loi de payer, mais il est tenu par l'honneur, en conscience, par le fait même qu'il a accepté de jouer. Donc il est tenu d'une obligation naturelle, et l'obligation naturelle se transforme en obligation civile lorsqu'elle est acquittée. Article 1235 du Code civil, alinéa 2 : "La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées". Explication qui a été contestée et qui ne concorde pas bien avec la jurisprudence, il faut le reconnaitre. En effet, la jurisprudence considère que l'exception de jeu est une exception d'ordre public qui peut être invoquée en tout état de cause. Aussi d'autres auteurs disent-ils que si le perdant ne peut pas répéter ce qu'il a payé, c'est par application d'un adage qui trouve aujourd'hui encore son application dans notre jurisprudence moderne, adage en vertu duquel quand il y a turpitude commune, celui qui a versé quelque chose en vertu d'un contrat immoral ne peut plus le répéter, la justice ne voulant pas qu'il soit question de contrats de ce genre devant elle "In pari causa turpitudinis melior est causa possidentis". Quand il y a turpitude commune, on ne peut réclamer une somme versée en vue d'un contrat immoral Ou encore : Nemo auditur propriam turpitudinem allegans : Personne ne peut invoquer sa propre turpitude en justice.

Voilà pourquoi le perdant ne peut réclamer au gagnant ce qu'il a perdu, parce qu'il devrait invoquer devant le tribunal l'acte immoral auquel il s'est livré, le jeu.

La première explication était l'explication historique. Vous savez combien en cette matière l'histoire a d'importance. Les textes relatifs au jeu et au pari ont été empruntés à Pothier qui expliquait le défaut de répétition de la part du perdant, par l'idée qu'il était tenu d'une obligation naturelle, et par l'idée que celui qui consent à jouer est en conscience tenu de payer. Pothier, Traité du Jeu, n° 55, Edition Bugnet tome 5, page 387 :

"La loi prive le contrat d'exécution dans le for extérieur, mais le contrat quoique fait en contravention de la loi, ne laisse pas d'exister, et lorsqu'il

Source : BIU Cujas

ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conscience".

Application de l'art. I965 malgré l'autorisation de maisons de jeu

Les deux espèces sur lesquelles ont statué les arrêts de la Chambre criminelle cités plus haut, posent une question que voici : il est aujourd'hui permis aux Casinos des stations thermales de faire jouer pendant la période de l'année où ils reçoivent des étrangers. Ils peuvent obtenir le droit d'ouvrir des jeux moyennant une autorisation que leur accorde l'Etat, qui participe à l'immoralité de l'opération car il en bénéficie par un prélèvement sur les bénéfices.

On a prétendu que depuis la loi de I907 le jeu n'était plus un acte illicite en tant qu'il se pratiquait dans un établissement autorisé à faire jouer. C'est une erreur certaine. Il y a dans le Code pénal un article 4I0 qui interdit les maisons de jeux.

De ce que l'on peut jouer dans les casinos autorisés que résulte-t-il ? C'est que l'établissement ne tombe pas sous le coup de l'article 4I0 du Code pénal et ne peut être puni des peines qui frappent l'ouverture d'une maison de jeu clandestine. Mais cette loi de I907 n'a jamais fait échec à l'article I965 du Code civil qui garde toute sa valeur. Il serait excessif de prétendre que parce que l'Etat autorise le jeu, celui-ci est devenu quelque chose de moral. C'est jusque là que va la note de M. Lepaulle dans le Sirey, et il me parait que c'est une méprise certaine.

interdiction aux établissements de jeu de prêter de l'argent à leurs clients

Voici comment se posait la question dans les espèces qui ont été portées devant la Cour de Cassation et devant la Chambre criminelle. Il est interdit aux établissements de jeu d'avancer de l'argent aux joueurs. L'Etat qui permet le jeu a eu cependant ce scrupule de décider qu'il ne serait pas permis aux tenanciers de maisons de jeu de fournir de l'argent aux joueurs, mais il leur permet d'escompter les chèques que leur remettent les joueurs.

Le chèque n'est pas un mode de paiement, mais c'est un mandat de paiement, et lorsque le chèque est émis dans des conditions normales, c'est-à-dire lorsqu'il y a une provision correspondante chez le banquier sur lequel le chèque a été tiré, la provision appartient au porteur du chèque au moment même où il lui a été remis, et le signataire ne peut pas ensuite bloquer la provision entre les mains du banquier. Quand j'ai remis un chèque à un individu, je n'ai pas le droit d'aller chez mon banquier pour lui interdire de payer le chèque que je viens de tirer. La provision appartient immédiatement au porteur du chèque.

Source : BIU Cujas

Lorsque l'établissement de jeu à affaire à un client honnête, qui lui a donné un chèque garanti par une provision, l'opération est très simple. Mais il arrive assez souvent qu'un joueur dénué de scrupules signe un chèque sans provision. La signature d'un chèque sans provision expose celui qui l'a signé à des poursuites correctionnelles et ne donne aucune satisfaction à celui auquel le chèque a été remis, parce que le chèque ne sera pas payé. La jurisprudence a eu à statuer dans des cas de ce genre, notamment dans les deux espèces qui ont donné lieu aux arrêts de la Chambre criminelle, cités plus haut.

Le Casino auquel un chèque sans provision a été remis devient, bien malgré lui, créancier du tireur, il est créancier de la somme qu'il lui a avancée; tout naturellement il réclame au tireur le montant de cette somme.

Application par extension de l'art. 1965 C. civ. dans le cas où le client remet un chèque sans provision

Les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation ont déclaré que, dans ce cas, l'établissement de jeu étant intéressé au jeu et ayant remis l'argent en vue de faire jouer participait par là même à l'opération du jeu et tombait sous le coup de l'article 1965 du Code civil.

Qu'il y ait là une extension de la disposition de l'article 1965 du Code civil, ce n'est pas douteux. L'article 1965 refuse au joueur heureux le droit d'exiger son paiement du joueur malheureux. Or l'individu auquel de l'argent a été avancé par l'établissement de jeu ne joue pas avec la maison de jeu. Il joue dans la maison de jeu avec l'argent que celle-ci lui a avancé. Il y a une application par analogie de l'article 1965. Le tout est de savoir si cette extension est exacte. Pour la justifier, la Cour de Cassation décide que l'avance d'argent faite par l'établissement de jeu au joueur, a un caractère immoral comme le jeu lui même, comme le gain fait au jeu, du moment que le tenancier de la maison de jeu est intéressé au jeu, a prêté de l'argent pour qu'il soit joué, et par conséquent pour pouvoir profiter du bénéfice que lui rapporte le jeu.

Le caractère immoral est commun aux deux parties

Dans ce prêt ainsi fait les deux parties sont animées par une même intention immorale, et l'opération qu'elles font ne s'explique que parce que l'une et l'autre veulent jouer et faire jouer. En conséquence, les deux arrêts que je vous ai cités ont décidé que l'article 1965 devait s'appliquer étant donné le caractère immoral commun aux deux parties. Il y a ici encore une extension de la notion de cause, parce que dans le prêt la cause de l'obligation de l'emprunteur est la remise des deniers, mais cette extension est

Source : BIU Cujas

justifiée du moment que les deux parties ont été guidées par une même fin immorale. Vous noterez bien que, d'après la jurisprudence, il n'y a opération illicite qu'autant que celui qui a fait l'avance de l'argent se trouve intéressé au jeu, c'est à dire a prêté de l'argent pour alimenter la partie, parce qu'il devait tirer profit de cette partie. Au contraire, lorsque le prêteur n'a pas intérêt au jeu la jurisprudence n'annule pas le contrat. Par exemple un individu est dans la salle de jeu à côté de son ami; celui-ci n'ayant plus d'argent lui demande de lui en prêter et il y consent. Il sait bien que cet argent va être employé au jeu. Néanmoins, la jurisprudence n'annule pas le contrat, c'est à dire qu'elle ne permettrait pas au perdant de refuser de restituer l'argent qu'il a emprunté à son ami, parce que le prêteur n'est pas intéressé au jeu, il n'en doit pas tirer profit. Il n'y a pas alors ce but immoral commun qui se rencontre lorsque le prêt est fait par le tenancier de la maison de jeu. Ceci est important parce que ceci montre l'idée de la jurisprudence; elle n'applique l'article 1965 qu'autant que les deux parties non seulement poursuivent ce but commun, mais sont intéressées à ce but. Voilà pour les prêts faits en vue du jeu.

Validité du prêt quand le prêteur n'a pas d'intérêt au jeu

Je cite enfin deux dernières décisions de jurisprudence qui viennent corroborer les explications précédentes. L'une est un arrêt de la Chambre civile du 4 Décembre 1929, Sirey 1931, I, 49, note Esmein. Dalloz Hebdomadaire 1930 page 50. Il s'agissait d'un contrat passé entre un médecin et un publiciste, par lequel le publiciste cédait au médecin deux marques de produits pharmaceutiques portant des noms de nature à impressionner les malades, à charge par le médecin de lui verser 240.000 francs par an, et de faire un minimum de publicité de 6.000 francs par mois. La Cour d'Appel et la Cour de Cassation ont jugé qu'un contrat de ce genre était fait en vue d'une exploitation éhontée des malades et poursuivait par conséquent un but immoral, et elles l'ont déclaré nul comme ayant une cause illicite. Rapprochez cette décision des précédentes et vous trouverez toujours la même idée : c'est que les deux parties spéculaient sur la crédulité des malades, et voulaient en tirer profit. L'autre espèce est un jugement du tribunal civil de la Seine, 2 Juillet 1932, Gazette du Palais 22 Octobre 1932.

Nullité d'un contrat entre un médecin et un publiciste.

Il s'agissait d'un général américain qui avait décidé de renverser le gouvernement du Venezuela et qui avait à cet effet équipé un navire, réuni des hommes, et passé un contrat pour tout cela avec une

Source : BIU Cujas

maison de Hambourg. L'armateur de Hambourg s'était engagé à lui fournir tous les moyens financiers, les armes, les canons, les munitions, les officiers aviateurs, toute l'artillerie, pour mener à bien l'entreprise du coup d'Etat que ce général se proposait d'opérer dans le Venezuela, plus le bateau pour l'y conduire, étant entendu que le général ne payait qu'une partie de ces fournitures et s'engageait à payer le surplus lorsqu'il serait devenu dictateur du Venezuela. Malheureusement le général fut tué au moment même où il débarquait, les soldats faits prisonniers et l'armateur de Hambourg réclama les sommes qui devaient lui être payées avant le succès de l'affaire. Il s'était fait donner une hypothèque sur tous les biens du général. Le Tribunal a déclaré qu'un contrat de ce genre était un contrat immoral, d'abord parce qu'il était illicite au point de vue international, étant donné qu'il tendait au renversement d'un Etat étranger, et parce que les deux parties ayant contracté en vue du résultat de l'opération, en vue du coup d'Etat dont elles espéraient bénéficier, le caractère d'illicéité du contrat était patent. En conséquence, le tribunal a annulé contrat et hypothèque. Le contrat, a-t-il dit, duquel il résulte que le remboursement des sommes avancées pour cette entreprise révolutionnaire est lié au succès de celle-ci est illicite et nul; un tel contrat ne s'applique pas à un acte de commerce d'armes, mais à la réalisation d'un coup d'Etat, acte absolument contraire et au premier chef à l'ordre public international".

On ne peut qu'approuver cette décision. Ici encore il y a extension de la notion de cause. L'entrepreneur Hambourgeois disait : j'ai promis de fournir des armes, du matériel, des canons, un bateau, par conséquent la cause de l'obligation de mon cocontractant n'est pas illicite. Oui, la cause, au sens classique, juridique du mot, mais derrière cette cause, la jurisprudence en cherche une autre, le but commun que poursuivaient les deux intéressés. Toutes ces explications sont suffisantes pour montrer la tendance de la jurisprudence à l'élargissement de la notion de cause illicite.

On dit quelquefois que cette cause telle que la conçoit la jurisprudence est une cause subjective. Le mot est bien choisi. On désigne la cause ordinaire sous le nom de cause objective en ce sens que la cause est en principe la même dans une espèce de contrat. Ici la cause varie suivant le but visé par les parties.

Approbation de la jurisprudence

Cette jurisprudence a souvent été critiquée, à tort à mon avis. Du point de vue moral, elle ne peut

Source : BIU Cujas

être qu'approuvée et il serait excessif que les tribunaux fussent obligés de reconnaitre la validité d'opérations du genre de celles que je viens de vous indiquer, pour la raison que dans le contrat objectivement considéré il n'y a rien d'illicite ou d'immora.

Les tribunaux ne peuvent s'en tenir à ce seul examen et quand ils constatent le but contraire à la morale ou à l'ordre public, poursuivi par les parties, ils ont raison d'annuler les contrats de ce genre.

On a dit : cette jurisprudence confond la cause et le motif, elle n'arrive à annuler le contrat qu'à l'aide d'une recherche d'intention, qui n'est pas dans les attributions du juge civil. Le juge criminel lui, doit lorsqu'il est en face d'un inculpé, rechercher quels sont les motifs qui l'ont déterminé à agir, mais le juge civil n'a pas à pénétrer dans le for intérieur de l'individu. Il est en face d'une opération juridique et il doit la prendre telle qu'elle est. Il doit constater l'opération juridique qui a été faite. Il est inexact de reprocher à la jurisprudence de confondre le motif et la cause. Je ne dis pas qu'elle fasse une application logique, régulière de la notion de cause, mais je dis qu'elle distingue ici une espèce de cause secondaire qui est autre chose que le motif.

Elle ne confond pas la cause et le motif

La preuve qu'il n'y a pas confusion est que lorsque le motif qui détermine l'un des contractants à faire l'opération, est personnel, inconnu de l'autre partie, la loi n'en tient aucun compte. Le motif illicite ou immoral qui détermine un des contractants à contracter n'annule pas le contrat, pas plus que l'erreur sur le motif n'est une cause d'annulation de la convention. Bien plus. Alors même que le motif illicite ou immoral a été connu de l'autre partie, cela ne suffit pas pour l'annulation du contrat. Je vous l'ai montré tout à l'heure en prenant l'exemple de l'argent prêté par un ami à un ami qui joue à côté de lui. Ici les deux parties savent que l'argent est prêté en vue d'une opération immorale, mais la jurisprudence n'annule pas un contrat de ce genre. Elle n'annule l'opération qu'autant que les deux parties ont participé à l'immoralité, c'est-à-dire que toutes deux ont fait le contrat pour le bénéfice que l'immoralité de l'opération leur procurait. On voit la différence qu'il y a entre cette conception de la jurisprudence et une annulation du contrat pour la simple raison que le motif serait illicite ou immoral. Il y a ici une extension de la théorie de la cause mais nous restons dans la théorie de la cause et nous ne versons pas dans le domaine des mobiles qui peuvent

Elle n'annulle l'opération qu'autant que les deux parties ont participé à l'immoralité

Source : BIU Cujas

déterminer un individu à contracter.

§ 4 - Les contrats abstraits -

Bibliographie.

Sur cette matière, notre littérature juridique est très pauvre. Cela tient à ce que le contrat abstrait n'a qu'un rôle réduit dans notre technique juridique. Comme ouvrages relatifs à la matière, on ne peut guère citer, en dehors de l'étude que j'ai faite dans la théorie de la cause, que deux thèses l'une de M. Duez, le doyen actuel de Lille : la Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations, thèse de Lille 1914, l'autre d'Osias : l'acte abstrait en droit comparé, thèse Paris 1924. Citons aussi un article bien fait, qui contient une comparaison entre le droit français et le droit allemand, de M. Dikoff professeur à la Faculté de droit de Sofia : les actes juridiques abstraits et le Code civil français Revue trimestrielle 1932 pages 327 et suivantes.

I- La preuve de la cause et la promesse non causée. Article 1132 du Code civil.

2- Les contrats abstraits proprement dits, c'est-à-dire les contrats qui sont valables sans qu'il y ait à rechercher la cause de l'obligation qu'ils font naître.

§ 1 - La preuve de la cause et l'article 1132 -

Les principes en matière de preuve; nécessité pour le créancier qui réclame l'exécution de faire la preuve de la cause

Rappelons quelques règles de la preuve en cette matière. Celui qui se prétend créancier doit prouver l'acte ou le fait juridique qui a donné naissance à sa créance, conformément à l'article 1315 du code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Celui qui réclame l'exécution d'une créance doit donc prouver la cause de cette créance, c'est-à-dire l'acte ou le fait juridique qui l'a engendrée. Par exemple il doit prouver le contrat d'où est née sa créance et l'obligation qui en est la contre partie. Ainsi le prêteur, le déposant qui réclament la restitution des choses prêtées ou déposées doivent prouver la remise de ces choses. De même le créancier qui veut profiter d'une promesse de vente pour acheter la chose qu'on a promis de lui vendre, doit prouver cette promesse. Il doit faire cette preuve conformément aux règles énoncées au chapitre de la preuve, au titre des obligations : Articles 1315 et suivants. En prouvant l'existence du contrat ou du fait juridique qui a donné naissance à l'obligation dont il se prévaut, le créancier prouve par là même la cause de cette obligation.

Source : BIU Cujas

Que si, cette preuve étant faite, le débiteur soutient que sa dette est en réalité sans cause, ou qu'elle a une fausse cause, ou qu'elle a une cause illicite, c'est à lui débiteur, de faire cette preuve, toujours en vertu de l'article 1315 alinéa 2. Le débiteur qui soutient par exemple que le contrat a été fait en vue d'un but contraire à l'ordre public ou immoral doitle prouver.

L'emprunteur qui soutient que le prêt lui a été fait pour qu'il joue l'argent prêté at par une personne intéressée au jeu, doit faire cette preuve.

De même enfin celui qui soutient que la cause indiquée dans l'obligation est simulée, et qu'en réalité il y a une donation déguisée, doit également en faire la preuve.

Ce n'est là qu'un rappel des règles générales concernant la preuve. Mais il peut arriver que le créancier fonde son droit sur un titre écrit qui ne constate pas la cause de l'obligation dont il se prévaut.

es billets on causés - le problème de leur validité.

Il a un écrit non causé, qui se présente par exemple ainsi : "Je paierai à telle échéance telle somme à Pierre"; ou encore :"Je reconnais devoir telle somme à Pierre"; ou plus simplement : "Bon pour telle somme payable soit au porteur soit à Pierre". L'obligation se présente alors à l'état abstrait, la cause pour la quelle le signataire de l'écrit s'est engagé n'apparait pas, il ne dit pas : je promets de payer parce que j'ai emprunté, parce que j'ai acheté, il dit : je promets de payer, ou je reconnais devoir.

Des billets de ce genre se rencontrent assez souvent dans la pratique. On y rencontre même, mais plus rarement, ce qu'on appelle des blancs seings, c'est à dire que le débiteur remet à son créancier un papier qu'il a signé en lui laissant le soin de le remplir ce qui suppose une particulière confiance dans le créancier. Nous ne nous occuperons pas des blancs seings.

La validité de ces billets a donné lieu, et depuis fort longtemps à de longues discussions, qui remontent loin dans l'ancien droit et ne sont pas encore épuisées.

l'art. 1132 C. civ. semble en consacrer la validité

Cependant cette validité semble consacrée par l'article 1132 du code civil sur le sens duquel beaucoup de discussions se sont élevées. Article 1132 : "La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit point exprimée. "Ce texte au premier abord parait clair et bien rédigé et semble consacrer la validité de l'obligation non causée. Mais il règne en cette matière et sur son interprétation une confusion que voici.

Source : BIU Cujas

On ne s'entend pas sur le sens qu'il faut donner au mot convention dans cet article et la plupart des interprètes, Aubry et Rau exceptés, soutiennent qu'ici le mot convention est synonyme d'écrit, d'instrumentum rédigé par les parties pour prouver l'engagement qui existe entre elles.

L'art. II32 vise-t-il l'écrit contenant l'obligation ou l'obligation elle-même

La plupart des auteurs déclarent que dans l'article II32 le législateur n'a visé que l'acte écrit. Cela leur parait évident. Ils n'ont même pas l'idée de discuter la question de savoir si un contrat non causé est ou non valable, et ils s'en tiennent au raisonnement en apparence, mais en apparence seulement, satisfaisant, que voici : il est bien évident que les parties qui s'obligent, s'obligent pour une cause déterminée, en vue d'un but déterminé, puisqu'on ne s'oblige jamais qu'en vue d'un but, et que s'obliger sans cause serait ou le résultat d'une erreur, ou l'oeuvre d'un insensé. Donc, disent-ils dans toute obligation il y a une cause. Seulement les parties peuvent dans l'écrit qu'elles rédigent pour constater l'obligation, négliger d'indiquer la cause de cette obligation.

Critique de l'opinion courante rattachant l'art. II32 à l'écrit

On voit aisément le point faible de ce raisonnement, et combien il est artificiel. En effet, l'écrit rédigé par les contractants est toujours la représentation exacte de la convention qu'ils ont passée. Si les parties ne mentionnent pas dans l'écrit la cause de la promesse, c'est qu'elles n'ont pas voulu que cette cause figurât dans leur accord de volontés. C'est en d'autres termes que le débiteur a consenti à s'obliger sans qu'il soit parlé de la cause de l'obligation, parce que sans doute le créancier a intérêt à laisser cette cause dans l'ombre afin d'éviter les difficultés qui pourraient naître à son sujet, et qu'il demande à son débiteur de s'obliger sans conditions. Il n'y a pas de raison pour que l'écrit ne représente pas l'obligation telle qu'elle est contractée; l'écrit est nécessairement la reproduction du contrat, et du moment qu'il ne reproduit pas la cause, c'est que les parties n'ont pas voulu insérer la cause dans leur obligation.

Je pourrais prendre comme point de comparaison la conclusion d'un acte simulé. Par exemple deux contractants simulant une vente pour dissimuler une donation, et ils rédigent un écrit pour constater cette vente simulée. On ne peut pas dire que l'écrit qui constate la vente simulée est quelque chose de différent de la volonté des contractants, pour la raison que derrière l'acte simulé il y a l'acte réel. Si les contractants ont fait un acte simulé, c'est

Source : BIU Cujas

qu'ils ont voulu cacher leur acte réel, et l'écrit qui constate l'acte simulé n'est que la reproduction de ce qu'ils ont voulu, du contrat simulé qu'ils ont passé entre eux.

Pour mieux montrer la faiblesse du raisonnement fait par les auteurs, prenons une promesse verbale. Je suppose une promesse verbale ne dépassant pas 500 francs, de telle sorte que nous ne nous heurtons pas à la nécessité de l'écrit qu'exige l'article 1341 du Code civil. Un débiteur s'engage envers son créancier devant témoins à lui payer 500 francs, sans dire pourquoi, sans dire quelle est la cause pour laquelle il prend cet engagement. Ici il n'y a pas d'écrit, on est bien obligé de reconnaitre que c'est l'obligation elle même qui n'est pas causée et que, si l'on rédigeait un écrit, l'écrit reproduirait exactement l'obligation qui a été contractée.

L'obligation contractée sans indication de cause est-elle valable?

La question se pose alors de savoir si cette obligation ainsi contractée, sans indication de la cause pour laquelle elle a été contractée, est valable.

Hypothèses où pareille obligation peut se rencontrer.

D'abord pourquoi le créancier exige-t-il de son débiteur qu'il s'engage sans indiquer la cause de son engagement ? On ne le voit pas tout d'abord et pourtant on rencontre fréquemment dans la pratique, nous l'avons déjà dit, des billets de ce genre. C'est d'abord parce que le créancier veut donner plus de solidité, plus de force à l'engagement qui a été pris envers lui, il veut obtenir un résultat analogue à celui que les Romains atteignaient par la stipulation. Dans la stipulation la cause n'était pas indiquée : "Promets-tu de payer tant ? Je promets". Telle était la formule de la stipulation. La stipulation était donc un contrat abstrait. On ne disait pas : "Promets tu de payer tant parce que ....." L'obligation non causée représente donc dans la pensée des contractants quelque chose d'analogue à la stipulation. L'avantage qu'il y a pour un créancier est le suivant : un créancier qui veut prouver son droit de créance doit prouver, d'après le droit commun, le contrat ou le fait juridique qui l'a rendu créancier, tandis que quand il a obtenu une obligation non causée, il s'agit de savoir s'il pourra exiger le paiement de la créance sans être obligé d'en prouver la cause, ce qui pour lui constitue une simplification d'autant plus grande que, nous le verrons, ces billets non causés, très souvent dans la pratique cachent quelque chose d'assez louche. Ce sont des créances dont le créancier n'a pas envie d'indiquer l'origine parce qu'il a peur qu'on la conteste. Il veut être dispensé de cette preuve pour éviter une contestation. Donc l'obligation non

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 S

causée va lui donner une créance plus solide, plus ferme qu'une obligation causée. Très souvent aussi le créancier a intérêt à laisser dans l'ombre la cause de sa créance.

Intérêt que le créancier ou parfois le débiteur peut avoir à laisser dans l'ombre la cause de sa créance.

Quand on parcourt la jurisprudence sur cette matière, on voit que, par exemple, c'est un individu qui veut faire une libéralité à une autre personne, libéralité qu'il ne tient pas à faire connaître surtout à ses héritiers. C'est un individu qui veut fair une libéralité à sa concubine par exemple, et au lieu de dire : je donne telle somme, il dira : "Je reconnais devoir; je promets payer à telle personne"; et il remettra l'écrit à l'intéressé qui le sortira après sa mort. Ce sera alors aux héritiers de faire la preuve difficile que, derrière cet écrit, on a dissimulé une libéralité.

Autre supposition : on surprend un employé infidèle en train de faire un détournement. Le patron consent à ne pas le poursuivre, et il lui fait signer une reconnaissance. L'employé ne dit pas pourquoi il est tenu de rembourser, il écrit : je promets de paye telle somme; je reconnais devoir telle somme. Ici c'est le débiteur qui a intérêt à dissimuler la cause de son engagement.

Un engagement de ce genre est il valable ? On a beaucoup discuté dans notre ancien droit, et depuis longtemps cette question. Notre doctrine ancienne se montrait ordinairement défavorable à ce genre d'engagement, précisément parce que ces engagements disait dissimulent souvent quelque chose d'irrégulier, de louch et il ne faut pas les autoriser. ou c'est un débiteur qui a été victime d'un usurier qui préfère ne pas indiquer qu'il a prêté à de gros intérêts et qui demand simplement qu'on reconnaisse devoir telle somme. Ou on veut dissimuler quelque chose d'immoral ou d'irrégulier. Aussi nos anciens auteurs en général condamnaient ils ce genre d'engagements. Perrières, dans so Dictionnaire de droit et de pratique, au mot : Billet déclare qu'un billet sous seing privé qui n'exprime pas la cause de la dette est nul, à moins pourtant, dit-il, que les circonstances ne suppléent à son défaut. Mais les Parlements se sont montrés moins rigoureux que la doctrine, et ils ont fini par reconnaitre la validité de ce genre d'engagements, d'assez bonne heure, sans doute parce qu'ils étaient fréquents dans la pratique. Il a dû se passer ici ce qui s'est passé pour les dons manuels dont la doctrine a longtemps contesté la validité, et que la jurisprudence a fini par admettre, ne pouvant les empêcher, parce qu'ils étaient trop fréquents. De toute façon il est établi

Défaveur de l'ancien droit pour ces sortes d'engagements

Source : BIU Cujas

que dans les derniers siècles de notre ancien droit, les Parlements considéraient les engagements de ce genre comme valables. Maints arrêts du Parlement de Paris qui reconnaissent la validité des engagements dont la cause n'était pas énoncée dans l'écrit.

Cependant les Parlements admettaient la validité des engagements dont la cause n'était pas énoncée dans l'écrit

Voici ce que dit le Journal des audiences, à propos d'un arrêt du I6 Mai I664, du Parlement de Paris. Le chroniqueur qui avait relevé cet arrêt nous dit (la question étant de savoir si une promesse conçue en ces termes : "Je soussigné, promets de payer à M. Bataille la somme de 300 livres dans 6 mois" était bonne et valable quoique n'étant pas causée) que le débiteur fut condamné à payer le contenu en sa promesse sur l'affirmation par la Veuve Bataille que la somme lui était justement due. Le Parlement se contentait donc de l'affirmation du créancier. En d'autres termes, il reconnaissait la validité de l'engagement.

Solution du C. Civ. art I132

Néanmoins, les Parlements ne validaient pas nécessairement ces engagements. Ils s'entouraient de renseignements et ne validaient que ce qui leur paraissait dû.

Lorsque le Code civil a été rédigé, les mêmes hésitations se sont renouvelées, et on a discuté la question de savoir s'il fallait reconnaître la validité des billets non causés. Certains tribunaux s'élevaient contre ce genre de contrats, néanmoins les rédacteurs du Code civil ont conformément à la jurisprudence régnante, décidé que ces billets étaient valables, et ils ont écrit l'article I132 : "La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée".

Les Commentateurs du Code civil, Aubry et Rau exceptés, intrigués par ce texte et n'ayant pas l'idée de ce qu'est l'obligation abstraite, l'ont expliqué en disant : "Quand on rédige un écrit on n'est pas tenu d'y énoncer la cause", ce qui me parait être une interprétation fausse, d'autant plus fausse que le code civil ne dit pas : l'écrit, il dit : la convention. Il n'emploie jamais le mot convention comme synonyme d'écrit, si ce n'est une fois dans l'article I567. Quand il dit : la convention, il ne veut pas dire l'écrit. On peut aussi faire observer, mais ce sont des détails de grammaire, que l'article dit : la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. La cause de quoi ? La cause de la convention, donc la convention est valable quoi qu'on n'en exprime pas la cause. Si les rédacteurs avaient visé l'écrit, ils auraient dit : n'y soit pas exprimé. L'interprétation admise par les auteurs per-

'interprétation habituelle de l'art. I132

Source : BIU Cujas

siste comme les erreurs qui sont anciennes, et aujourd'hui, il n'y a pas d'auteurs qui contestent cette opinion. Cependant dans le tome VI du Planiol et Ripert M. Esmein se rallie à la nouvelle interprétation que je propose. Admettant que l'article II32 vise l'écrit non causé les auteurs se demandent quelle est la valeur d'un écrit de ce genre. Le créancier porteur d'un écrit de ce genre, est il dispensé de prouver la cause de l'obligation dont il se prévaut ? Les premiers interprètes raisonnant d'une façon logique et appliquant les principes de la preuve ont dit : un créancier doit toujours prouver la cause de son obligation il doit prouver le fait juridique qui l'a engendrée, ce qui revient à dire que l'article II32 ne sert à rien.

L'art. II32 dispense le créancier d'apporter la preuve de son obligation.

Aussi les interprètes postérieurs admettent ils que le billet non causé fait preuve complète de la créance qu'il constate et dispense le créancier de prouver la cause de sa créance. Mais ils sont très embarrassés pour expliquer cette dérogation aux règles de la preuve. Ils sont réduits à dire que la loi pose ici une présomption. La loi présume que la cause existe, et c'est parce qu'elle la présume, qu'elle dispense le créancier de la prouver. Ce n'est pas une explication, c'est une affirmation; c'est une explication purement formelle, elle n'est pas d'ordre juridique; on ne voit pas pourquoi la loi poserait cette présomption.

Selon nous l'art. II32 vise la validité de l'engagement abstrait

Tout se simplifie au contraire si on admet que l'article II32 vise l'obligation. L'article II32 dit qu'il est permis à une personne de s'obliger envers une autre sans indiquer la cause pour laquelle elle s'oblige. L'obligation non causée, c'est-à-dire l'engagement abstrait est donc valable, et celui qui l'a contracté est bel et bien obligé; s'il conteste la cause, s'il dit que cet engagement n'a point de cause, s'il prétend qu'il dissimule une cause immorale ou illicite, il doit le prouver. On ne lui enlève pas le droit de faire la preuve, il peut toujours prouver que son engagement n'a pas de cause, ou une cause immorale ou illicite, mais c'est à lui de faire la preuve. Donc l'article II32 quelle que soit son interprétation aboutit à ce résultat que le créancier envers lequel une obligation non causée a été prise, est dispensé de prouver la cause, et que c'est à son adversaire qui la conteste, de faire cette preuve.

Preuve par le débiteur de la non existence de la cause de l'obligation

Comment l'adversaire fera-t-il cette preuve ? Elle ne sera pas facile pour lui. Il devra la faire conformément aux règles du chapitre de la preuve, c'est à dire que s'il prétend que son obligation est sans

Source : BIU Cujas

cause, ou a une fausse cause, il faudra qu'il prouve par écrit, parce qu'on ne peut pas prouver par témoin contre et outre le contenu aux actes, article I34I. Il en sera donc réduit à faire la preuve de sa prétention, par écrit, ou du moins par un commencement de preuve par écrit, qui l'autoriserait alors à citer des témoins ou à invoquer des présomptions graves, précises, et concordantes.

Il en serait autrement s'il prétendait que la cause de son obligation est illicite, c'est à dire contraire à l'ordre public et à la morale.

Dans ce cas il pourrait prouver par tous moyens c'est-à-dire par témoins ou par simples présomptions pour cette raison qu'il y a dans l'article I353 du Code civil, in fine, au titre des présomptions, une disposition d'après laquelle les présomptions de l'homme ne sont admises que là où la preuve testimoniale est admise, à moins, dit l'article, que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

La jurisprudence a toujours interprété d'une façon large cette disposition, ces mots : fraude ou dol. Elle décide en particulier que toutes les fois qu'un acte est attaqué pour cause illicite, on peut recourir à la preuve par témoins, comme aux présomptions de l'homme. C'est donc seulement si le débiteur soutenait que l'engagement par lui contracté est illicite, qu'il pourrait recourir à la preuve par témoins, et par simple présomption. Dans la jurisprudence c'est assez fréquent. Voici par exemple un arrêt de la Chambre civile 25 Février I896, Sirey I896, I, 280.

risprudence

Le sieur Bocher intente un procès contre un nommé Raymond Sellières. Le sieur Bocher est porteur d'un écrit ainsi rédigé : "Bon pour 90.000 francs, payables à Charles Bocher ou à ses héritiers. Paris le 8 Septembre I866. Signé : Raymond Sellières". Ce Raymond Sellières était un prodigue, à qui l'on avait donné un conseil judiciaire, mais la question d'incapacité n'intervient pas ici. Le Sieur Bocher réclame les 90.000 francs. Sellières soutient que l'engagement est nul, parce qu'il constitue une donation qui n'a pas été revêtue des formes légales, et prétend qu'en tous cas il ne doit rien. Le Tribunal déboute Bocher de sa demande, pour cette raison qu'il ne faisait pas la preuve de la cause non exprimée dans l'obligation et qu'en l'absence d'éléments permettant aux juges d'apprécier la cause réelle de l'obligation, l'acte ne pouvait produire aucun effet. La Cour d'Appel confirme. La Cour de Cassation casse pour cette raison que l'arrêt a imposé la charge de la preuve au créancier alors que d'après l'article

Source : BIU Cujas

II32 une obligation sans cause est valable, et que le sieur Pochet était porteur d'une obligation sans cause :

"Attendu qu'en mettant à la charge du créancier la preuve de la cause de l'obligation, et en rejetant sa demande à défaut de cette preuve, l'arrêt a violé l'article II32".

Le Code de commerce exige dans la lettre de change ou le billet à ordre la mention de la valeur fournie.

Ce qu'il y a de curieux, c'est que le code civil a reconnu la validité des obligations civiles non causées et que quelques années après le code de commerce qui date de I809, a exigé dans la lettre de change et le billet à ordre, la mention sous peine de nullité, de la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière. Les articles II0 et I88 du Code de Commerce, exigeaient que la lettre de change ou le billet à ordre fassent mention non seulement de la somme due, mais de la cause pour laquelle elle était due. Il y avait donc contradiction entre le droit commercial et le droit civil. Cette contradiction qui s'explique par l'histoire, a subsisté longtemps et c'est seulement par une loi du 8 Février I922 que le code de commerce a été mis d'accord avec la législation civile, et aujourd'hui depuis cette loi, point n'est besoin de mentionner dans la lettre de change ou le billet à ordre, la cause pour laquelle il a été signé, c'est à dire la valeur fournie.

Conclusion : validité de la promesse non causée; ressemblance avec la stipulation

Ainsi donc si nous interprétons l'article II32 comme je l'ai fait, nous constatons qu'il admet la validité de la promesse non causée, comme les Romains l'admettaient dans la stipulation, avec cette différence que l'engagement devait être pris dans des formes solennelles. Aujourd'hui l'obligation est valable par elle même.

Droit étranger

Cette question de la validité de l'obligation non causée doit être complétée par quelques indications sur les droits étrangers, droit allemand et droit suisse.

Le Code civil allemand admet la validité de la promesse non causée mais exige la rédaction d'un écrit

Lorsqu'on a rédigé le Code civil allemand de I900 la même question s'est posée de savoir s'il fallait valider la promesse non causée, ou au contraire s'il fallait l'interdire. Dans les travaux préparatoires du Code civil allemand, les adversaires firent valoir bien des raisons pour l'interdiction. La pratique, dirent-ils, prouve que l'emploi du billet non causé est dangereux pour le débiteur inexpérimenté, placé en face d'un créancier habile ou retors; l'usurier, par exemple, pour éviter toute contestation ultérieure, imposera à l'emprunteur l'obligation de lui signer une promesse de ce genre. De même le créan-

Source : BIU Cujas

cier qui craint que les héritiers du débiteur ne contestent la dette de leur auteur, demandera un écrit non causé. Ce mode d'engagement peut donc dissimuler une fraude à la loi. Néanmoins cette opinion ne l'a pas emporté et les partisans de la promesse non causée ont fini par faire trimmpher leur système. Seulement si le Code civil consacre la validité de la promesse non causée, il exige, en cela plus prudent que notre droit, la rédaction d'un écrit. La différence n'est pas grande au surplus. Car chez nous, jamais on ne rencontre de promesse non causée qui ne soit constatée par écrit, puisque la preuve par écrit est obligatoire au-dessus de 500 francs, de telle sorte que dans la pratique, les deux systèmes reviennent au même.

Les deux articles du code civil allemand sont les articles 780 et 78I à ce sujet.

art. 780 et 78I du B.G.B.

"Pour la validité d'un contrat par lequel une prestation est promise de telle sorte que la promesse elle même doit fonder elle même l'obligation; il faut la rédaction d'un écrit, dans les cas du moins où la loi ne prescrit pas une autre forme".

L'article 78I vise la reconnaissance de dette : "Pour la validité d'un contrat par lequel l'existence d'une obligation est reconnue, il faut une reconnaissance de la dette faite par écrit". Promesse de payer, reconnaissance de dettes. Chez nous cela s'équivaut, c'est la même chose, on peut dire : "Je promets de payer" "je reconnais devoir". On a longtemps discuté entre ces deux formes, mais le résultat est le même. Dans ces deux cas, d'après le droit allemand, la promesse est valable, pourvu qu'elle soit constatée par écrit, et jamais les Allemands n'ont discuté comme nous du point de vue procédural, ils n'ont jamais posé la question sur le terrain de la preuve; ils n'ont jamais pensé que l'écrit pouvait être quelque chose de distinct de la convention. Pour eux, ce qui est valable, c'est la convention sans cause, la convention non causée, pourvu qu'elle soit constatée par écrit.

Le Code suisse n'exige pas la rédaction d'un écrit

Le Code civil suisse a suivi la même règle, d'une façon plus simple que le code civil allemand, article I7 : "La reconnaissance d'une dette est valable même si elle n'énonce pas la nature de l'obligation".

Le Code civil suisse n'exige pas pour la validité la rédaction de l'écrit. Il se rapproche par là du système français.

Voilà donc, en droit français, constatée par le Code civil, l'existence de l'obligation non causée, de l'obligation abstraite. Je répète que l'article

Source : BIU Cujas

II32 du Code civil ne peut s'expliquer d'une façon plausible que par l'interprétation que je viens d'en donner. Mais à côté de cette obligation abstraite qui permet au débiteur de faire la preuve contraire, il y a dans le droit français, de même que dans les droits étrangers, certains contrats dits abstraits, en ce sens qu'ils sont absolument indépendants de leur cause, et qu'ils restent valables quand même la cause pour laquelle le débiteur s'est obligé, serait reconnue non existante, ou illicite.

Ce qu'il faut entendre par contrat abstrait différence entre la promesse non causée.

Nous devons nous occuper maintenant des contrats abstraits proprement dits, c'est-à-dire des contrats valables sans qu'il y ait à rechercher leur cause. Il y a en effet certaines opérations juridiques dans lesquelles se rencontre une scission complète entre l'obligation et la cause, en ce sens que l'obligation est valable, abstraction faite de la cause et reste valable. Par là l'opération diffère de la promesse non causée et reste valable quand même le débiteur prouverait que cette obligation est sans cause ou a une cause illicite. Cela s'explique par cette idée que la cause dans ces cas là est extérieure au contrat par lequel le débiteur s'est obligé.

Cette matière des contrats abstraits ne reçoit que quelques applications en droit français. Les principales sont les suivantes :

Ses applications en droit français

I° La délégation.

2° L'engagement de la caution envers le créancier.

3° L'engagement du signataire d'un titre négociable envers le bénéficiaire de ce titre (celle ci est du reste discutée).

I - Délégation -

Définition : différence avec la novation.

Le Code civil traite brièvement de la délégation sous la rubrique de la novation (art. I275 et I276) de telle sorte qu'il fait une variante de celle ci, ce qui est inexact car la délégation est une institution distincte de la novation.

On désigne sous le nom de délégation toute opération par laquelle une personne dite déléguée, s'oblige à faire une prestation à l'autre, dite délégataire, pour le compte d'une troisième personne dite déléguant.

Je dis s'oblige à faire une prestation ou fait un paiement, mais prenons le cas de l'obligation.

Circonstances dans lesquelles elle intervient

Cette opération peut intervenir soit entre personnes entre lesquelles n'existe aucun rapport juridique antérieur, soit, et c'est le cas le plus fréquent, entre créancier et débiteur. Lorsqu'il n'y a aucun rapport juridique antérieur entre les intéressés, c'est-à-dire lorsque le déléguant n'est pas déjà débiteur du délégataire, et créancier du délégué, le délégué qui

Source : BIU Cujas

s'oblige envers le délégataire peut être déterminé soit par l'intention de rendre service au déléguant, soit par celle de lui faire une libéralité, ou de lui faire une avance d'argent. Mais le plus souvent il y a un rapport antérieur d'obligation entre les intéressés.

Ex : Primus, le délégué doit I.000 francs à Secundus le déléguant. Secundus doit I000 francs à Tertius le délégataire. Secundus demande à Primus de s'engager directement envers Tertius à lui payer I000 francs.

La délégation présente alors cet avantage de simplifier les rapports des parties en substituant aux obligations existant entre déléguant et délégataire d'une part, délégué et déléguant, de l'autre, une seule obligation entre le délégué et le délégataire.

Cette institution de la délégation est une institution qui se rencontre assez fréquemment dans la pratique. Comme opération juridique, on a tenté de lui donner un champ d'application très vaste; notre grand commercialiste Thaller, en se servant de la technique de la délégation a tenté - c'est une tentative qui ne parait pas heureuse et n'a guère été suivie - d'expliquer par elle un grand nombre d'opérations juridiques du droit commercial, notamment la cession de titres nominatifs, au porteur, à ordre, la vente par filière et autres opérations.

Il suffit d'ouvrir le Traité élémentaire de Thaller continué par Percerou pour voir la place que tient dans les explications de l'auteur, conservées par Percerou, la notion de délégation.

Délégation reposant sur un rapport préexistant du déléguant et du délégué

Pourquoi le délégué consent-il à s'obliger envers le délégataire ? Si nous prenons le cas d'obligation préexistante entre le délégué et le déléguant, nous dirons : parce que lui délégué est débiteur du déléguant. Que s'il n'est pas débiteur du déléguant, c'est parce qu'il veut rendre service au déléguant ou le gratifier ou lui faire un prêt. C'est là la cause de l'obligation du délégué et c'est pour cela qu'il s'oblige envers le délégataire. Bien des auteurs répondent Non c'est le motif pour lequel le délégué s'oblige envers le délégataire. Ce n'est pas suffisant parce qu'il faudrait alors reconnaitre qu'il n'y a pas de cause à l'obligation du délégué; on n'en peut pas en effet trouver d'autre que celle que j'indique.

Caractère abstrait de l'engagement du délégué envers le délégataire à raison de l'indépendance de cet engagement par rapport à sa cause.

Les auteurs qui disent que les rapports du délégué avec le déléguant constituent le motif pour lequel il consent à s'obliger vis-à-vis du délégataire ne font pas une analyse exacte. Cela saute aux yeux; c'est donc bien la cause de l'obligation du délégué. Cette cause

de l'obligation du délégué, il convient de le noter, reste extérieure, étrangère, contrairement à ce qui se passe ordinairement dans les autres contrats, à l'engagement, c'est-à-dire au contrat qui se forme entre le délégué et le délégataire. Le délégué s'oblige envers le délégataire; le délégataire ne connait que cela. Il consent à l'engagement que le délégué prend envers lui, mais il ne connait pas les rapports du délégué et du déléguant. Il ne sait pas pour quelle raison le délégué consent à s'obliger envers lui, donc la cause de l'obligation du délégué envers le délégataire reste étrangère au contrat qui se forme entre ces deux personnes. C'est pour cela que l'obligation du délégué envers le délégataire est séparée de sa cause, ou abstraite; d'où il résulte que si la cause pour laquelle le délégué s'est obligé n'existe pas, par exemple, il s'aperçoit qu'il n'est pas débiteur du déléguant, ou que l'obligation dont il est tenu envers le déléguant a été compensée, ou qu'elle est entachée de nullité, il reste néanmoins tenu de l'obligation qu'il a contractée envers le délégataire, et il ne peut pas opposer au délégataire le défaut de cause de son engagement. La délégation ne rendrait pas les services qu'elle est appelée à rendre, elle ne jouerait pas dans le domaine juridique, le rôle qui lui est dévolu, si le délégataire ne pouvait pas compter sur l'engagement qui a été pris envers lui, et s'il était obligé de s'inquiéter du rapport secondaire qui existe entre le délégué et le déléguant. Il courrait, peut-on dire, un risque incompatible avec la sécurité qui lui est due, si la validité de sa créance dépendait de la validité de ce rapport de droit qui est indépendant de lui. Donc l'obligation du délégué envers le délégataire est une obligation abstraite.

Cependant il faut faire des réserves.

Possibilité d'une convention contraire

Le délégué peut rattacher son obligation à sa cause, il peut, dans l'engagement qu'il prend envers le délégataire, subordonner cet engagement à l'existence de sa cause c'est à dire à l'existence du rapport de droit qui le lie au déléguant. Par exemple un acheteur d'un immeuble s'engage à la demande du vendeur, son créancier, à payer son prix entre les mains du créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble. Dans ce cas l'acheteur ne s'engage évidemment, du moment qu'il s'engage à payer le prix qu'il doit, qu'à la condition qu'il soit débiteur du prix; s'il n'est pas débiteur du prix, c'est-à-dire si le vendeur ne remplit pas ses obligations, son engagement envers le délégataire tombe. Il pourra opposer au créancier

Source : BIU Cujas

hypothécaire l'exception qui le dispenserait de payer le prix au déléguant, c'est-à-dire au vendeur. Mais il n'en est ainsi que si le délégué a mis au courant le délégataire des conditions dans lesquelles il s'engageait envers lui. En dehors de ce cas il reste vrai de dire que l'obligation du délégué envers le délégataire est une obligation abstraite.

Silence du C.C. sur le caractèabstrait de l' engagement du délégué. Distinction courante à cet égard entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite

De ce caractère cependant important de l'engagement du délégué envers le délégataire, il n'est pas question dans le code civil, dans les articles 1275 et 1276. C'est pour cela que cet effet de la délégation est discuté en doctrine. La doctrine fait ici une distinction suivant qu'on est en présence de ce que l'on appelle la délégation parfaite, ou la délégation imparfaite.

La délégation parfaite est un genre de délégation peu fréquent dans la pratique. Voici en quoi elle consiste : le délégué est débiteur du délégataire. Le délégataire va devenir créancier du délégué par l'effet de la délégation. La délégation est parfaite lorsqu'il est convenu entre les parties que l'engagement du délégué envers le délégataire supprime les deux obligations préexistantes, c'est à dire que le déléguant consent à abandonner sa créance contre le délégué, et le délégataire en même temps renonce à sa créance envers le déléguant. C'est peu fréquent dans la pratique pour la raison qu'en principe le délégataire n'a pas intérêt à abandonner sa créance contre le déléguant. Il consent à avoir un nouveau débiteur le délégué, par l'effet de la délégation, mais il aime mieux en avoir deux, car sa créance contre le déléguant lui servirait pour le cas où le délégué serait insolvable.

Presque toujours la délégation est imparfaite, c'est-à-dire qu'elle laisse subsister les deux rapports préexistants : la dette du délégué vis-à-vis du déléguant, la dette du déléguant vis-à-vis du délégataire.

Quand il y a délégation parfaite, les auteurs admettent, les Romains l'admettaient, que le délégué ne peut pas opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait avoir contre le déléguant. Cela se comprend; on a voulu éteindre les deux rapports préexistants et en faire naitre un nouveau. Le délégataire se trouverait vraiment victime de l'opération si le

Source : BIU Cujas

délégué pouvait encore, alors que lui délégataire a renoncé à sa créance contre le déléguant, lui opposer les exceptions qu'il avait contre le déléguant. Raison d'équité qui a suffi pour faire admettre aussi bien par les Romains que de nos jours que lorsqu'il y a délégation parfaite, l'engagement du délégué est définitif envers le délégataire.

Au cas de délégation imparfaite il y a au contraire un certain nombre d'auteurs, qui prétendent que le délégué peut opposer au délégataire les exceptions qui existent à son profit contre son créancier, le déléguant. La raison de la discussion est que les textes romains ne prévoient pas cette hypothèse et qu'ils ne parlent que du cas de délégation parfaite. En cas de délégation imparfaite, la raison d'équité que j'indiquais ne se rencontre pas, peut-on dire, puisqu'après tout le délégataire conserve son action contre le déléguant. Cette raison est insuffisante pour faire écarter la règle, et un certain nombre d'auteurs, dont je suis, admettent que, dans ce cas comme dans le précédent, l'obligation du délégué est séparée de sa cause, et qu'elle demeure valable, abstraction faite du rapport juridique qui existe entre le délégué et le déléguant.

La jurisprudence, à la différence de la doctrine ne fait pas de distinction, et les quelques arrêts qui ont eu à se prononcer sur la question admettent que le délégué est définitivement engagé vis-à-vis du délégataire. C'est également la solution admise par les Codes étrangers, code civil allemand et code suisse (cf. Capitant, la cause et Hubert : Essai d'une théorie sur la délégation - Thèse Paris 1899).

II - Caractère abstrait de l'engagement de la caution

II - La seconde application du contrat abstrait se rencontre dans le cautionnement : l'obligation de la caution envers le créancier, art. 2011 et ss. CC

Le cautionnement est le fait par une personne de garantir l'obligation d'une autre en s'engageant envers le créancier pour le cas où le débiteur ne satisferait pas à son obligation (art. 2011).

Quelle est la cause pour laquelle la caution s'engage envers le créancier ?

Presque toujours, la caution s'engage pour rendre service au débiteur principal, quelquefois exceptionnellement, dans son intérêt propre. L'engagement de la caution envers le créancier est également un engagement abstrait, c'est-à-dire indépendant du rapport qui existe entre la caution et le débiteur principal. Sans doute cet engagement est subordonné à l'existence de l'obligation principale, mais c'est un engagement abstrait entre tous, il est indépendant

Source : BIU Cujas

de sa cause, laquelle est dans le rapport de la caution avec le débiteur, et quel que soit ce rapport, quand même il serait inexistant, entaché de nullité, la caution reste obligée envers le créancier.

Il n'y a guère que Thaller qui ait signalé ce rapprochement de la caution et de la délégation. Dans les ouvrages de droit civil qui traitent du cautionnement il n'en est pas question. La question ne présente pas dans la pratique grand intérêt. Je n'ai pas relevé d'arrêts faisant application de cette idée. Elle n'en paraît pas moins bien établie.

III - Caractère abstrait de l'engagement du signataire d'un titre négociable. Explication de l'inopposabilité des exceptions

III - La dernière application de l'engagement abstrait est l'obligation engendrée par les titres négociables, c'est à dire l'obligation du signataire d'un titre négociable envers le bénéficiaire de ce titre.

Il y a en droit français une longue discussion sur le point de savoir ce qu'est le titre négociable Pour la majorité des auteurs, le titre négociable, nominatif, au porteur, à ordre, n'est qu'un écrit, un instrumentum, destiné à constater une dette préexistante. Pour quelques autres, auxquels je me rallie et pour la doctrine étrangère tout entière, le titre négociable est un véritable acte juridique qui engendre une obligation du signataire envers le bénéficiaire. C'est seulement par cette seconde explication que l'on peut rendre compte de la théorie de l'inopposabilité des exceptions au bénéficiaire du titre négociable. Mais je n'insiste pas sur cette difficile matière. (cf. Lacour et Bouteron, Traité de droit commercial).

Chapitre III

LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS

Art. 1134

Le principe de la force obligatoire des contrats est contenu dans un des grands articles du Code civil l'article 1134 : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Légalement formées, c'est à dire faites conformément à la loi, d'après les formes requises par la loi, quand il s'agit d'un acte solennel, et ne contenant rien de contraire à la loi ni à l'ordre public, ni aux bonnes moeurs. Voilà ce que signifie le mot "légalement formées".

Il y a bien des auteurs qui s'emparent de ces

Source : BIU Cujas

mots pour soutenir que le code civil lui même a proclamé cette idée que le simple accord de volontés ne peut pas engendrer d'obligation, et que si les conventions créent des obligations, c'est parce que la loi le veut bien, c'est que la loi attache force obligatoire au contrat.

Discussion vaine, stérile que j'ai déjà signalée plus haut.

"Tiennent lieu de loi" : formule énergique, qui signifie que les contractants sont liés par l'accord de leur volonté et qu'ils doivent s'y conformer comme on est tenu de respecter la loi, d'y obéir. Ils doivent exécuter ce qu'ils ont promis, comme si c'était la loi elle-même qui les y obligeait.

Tel est le principe, clair, simple, n'exigeant pas en lui-même plus d'explications.

De ce principe, nous avons à tirer les conséquences et ensuite, en examinant cette expression de loi à comparer le contrat à la loi proprement dite.

Section I - Des consé quences de la force obligatoire des contrats.

Section II - De la comparaison de la loi et des contrats.

Section I

Quelles sont les conséquences de la force obligatoire des contrats ?

Première conséquence :

Obligation pour le débiteur de fournir ce qu'il a promis. Le principe de l'exécution directe; tempéraments qu'elle comporte

Le contractant est obligé de faire ce qu'il a promis, d'exécuter la prestation à laquelle il s'est engagé. Il doit l'exécuter telle qu'il l'a promise et celui envers lequel il s'est engagé peut exiger la prestation même qui lui a été promise. Le créancier n'est pas tenu de se contenter de dommages intérêts si le débiteur contractuel refuse d'exécuter la prestation à laquelle il s'est engagé; il peut demander le recours à la force publique pour le contraindre à l'exécuter. Qu'il s'agisse d'une obligation de donner, d'une obligation de faire, ou d'une obligation de ne pas faire, le règle est la même, malgré que l'article 1142 paraisse tout d'abord contraire, en ce qu'il dit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Mais cette formule n'est pas exacte. L'obligation

Source : BIU Cujas

de faire doit être exécutée en nature. Toutes les fois que le débiteur peut être contraint à faire, le créancier a le droit de l'y contraindre. Quand il s'agit d'une obligation de ne pas faire, l'article I44 nous dit, corrigeant la formule première de l'article II42, que le créancier peut au cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

Le droit du créancier ne s'arrête que là où il faudrait la contrainte physique, la violence sur la personne du débiteur pour obtenir l'exécution de ce qu'il a promis, c'est-à-dire au cas où il s'agit d'un fait personnel qui ne dépend que de la volonté du débiteur - par exemple le cas du peintre qui a promis de faire un tableau, et qu'on ne peut pas contraindre malgré lui à l'exécuter -

En dehors de là, l'exécution directe est la règle. Exemple : Je suis créancier d'une promesse de vente, d'un avant contrat, et lorsque je manifeste l'intention d'acheter l'immeuble, le vendeur refuse de passer le contrat. Les tribunaux décident dans ce cas que la vente sera tenue pour valable et qu'elle aura lieu nonobstant la résistance du vendeur, parce qu'il a déjà donné son consentement, il ne peut pas le retirer. Le créancier pourra se faire mettre en possession de l'immeuble par la force publique.

D'autre part quand il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, les tribunaux usent du procédé de l'astreinte, c'est-à-dire de la condamnation provisoire à tant par jour de retard pour triompher de la mauvaise volonté du débiteur et le contraindre par une condamnation comminatoire élevée à exécuter ce qu'il a promis. L'astreinte est entre les mains de la justice un moyen d'assurer l'exécution directe de l'obligation, moyen sur la validité duquel on a discuté, mais c'est un moyen qu'utilisent couramment les tribunaux.

Seconde conséquence -

2° Exécution en équivalent, si l'exécution est devenue impossible.

Si l'exécution est devenue impossible, le débiteur doit des dommages intérêts représentant l'équivalent de l'exécution directe, c'est à dire réparant le préjudice que le défaut d'exécution cause au créancier.

Exonération du débiteur par le cas fortuit de la force majeure

Le débiteur n'échappe à la condamnation à des dommages intérêts que s'il prouve, article II47 qu'il a été empêché d'exécuter par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Cette cause est ce qu'on appelle le cas fortuit, la force majeure. Prenons ces deux mots comme synonymes, le Code civil les accouple presque toujours et dans l'ensemble du Code

Source : BIU Cujas

civil, ils se complètent l'un l'autre.

Que faut-il pour qu'il y ait vraiment cas fortuit ou force majeure ?

Conditions pour qu'il y ait cas fortuit ou force majeure

Il faut quatre conditions, nous disent les arrêts. Ces quatre conditions sont comprises dans les deux mots mêmes de cas fortuit, et de force majeure.

Il faut d'abord un évènement étranger à la volonté du débiteur Article II47 ; Une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, un évènement étranger à la volonté du débiteur. Il faut en second lieu que cet évènement ne puisse lui être imputé, article II47.

3°- Il faut un évènement qu'il n'a pas pu prévoir : cas fortuit ce qu'on ne prévoit pas est fortuit.

Quand la jurisprudence dit que c'est un évènement imprévisible elle applique l'épithète de fortuit.

4°- Un évènement qui a apporté un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation : force majeure, c'est-à-dire force plus grande que la volonté de l'intéressé.

Quand la jurisprudence exige ces quatre conditions elle ne fait que paraphraser l'article II47 et les deux mots : cas fortuit et force majeure.

I° Evènement étranger à la volonté du débiteur.

Reprenons les : Il faut d'abord un évènement étranger à la volonté du débiteur, c'est-à-dire un évènement dont l'arrivée ne dépend pas de sa volonté, mais lui est étranger.

Un évènement qui dépend de la volonté du débiteur ne libère pas le débiteur. Ex : J'ignore que mon défunt père a vendu un objet, un bien, et de bonne foi je le revends à un autre. Quelle que soit ma bonne foi je serai tenu de dommages intérêts vis-à-vis de ce tiers. Ignorant un legs, qui se trouve dans un testament qu'on découvre plus tard, l'héritier vend le bien qui a été légué; il devra des dommages intérêts au légataire. 2° Il faut que l'évènement ne soit pas imputable au débiteur. Si c'est par sa faute que l'évènement s'est produit, il ne le libère pas.

2° Evènement non imputable au débiteur

Exemple : un incendie a pris feu par le défaut de précautions d'un industriel et a détruit les marchandises qu'il devait livrer. L'industriel n'est pas dégagé de son obligation.

Une grève a éclaté chez lui par sa faute parce qu'il n'a pas fait les concessions nécessaires pour la prévenir. La grève ne sera pas considérée comme un cas fortuit.

3° évènement normalement imprévisible

3° Il faut que l'évènement soit imprévisible.

Le jurisprudence se montre assez sévère à cet égard, mais il faut entendre ce mot d'une façon humai-

Source : BIU Cujas

ne. Après tout, tous les évènements sont prévisibles. On peut prévoir les pires catastrophes, on peut prévoir la guerre, on peut prévoir un orage, un tremblement de terre, alors il n'y aurait plus de cas fortuit. Il faut donc distinguer entre les faits normalement prévisibles et les autres.

4° Evènement rendant l'exécution impossible et non pas seulement plus onéreuse

4°- Il faut un évènement qui apporte un obstacle insurmontable à l'exécution.

Il ne suffit pas que cet évènement ait rendu l'exécution plus lourde, plus onéreuse, plus difficile qu'on ne le croyait. Du moment qu'on peut exécuter, on doit exécuter.

Application : l'affaire des contrats de remplacement

Nous trouvons dans la jurisprudence de célèbres applications de ces conditions. Les premières ont eu lieu à l'occasion de contrats de remplacement militaire, lors de la guerre de Crimée, sous le Second Empire. De jeunes conscrits de la classe 1853 avaient passé des contrats de remplacement avec des agences dont la spécialité était de fournir des remplaçants. Ces agences, moyennant le versement d'une prime, les avaient assurés contre les mauvaises chances du tirage au sort et s'étaient obligées à leur procurer des remplaçants. Or, postérieurement à la conclusion de ces contrats, le contingent fut considérablement augmenté par la loi, en prévision de la guerre de Crimée. Les agences se trouvant de ce fait obligées de trouver plus de remplaçants et de les payer plus cher, puisque la guerre était à craindre, demandèrent la résiliation des contrats qu'elles avaient conclus, pour cause d'imprévision. Un certain nombre de Cours d'appel firent droit à leur demande et prononcèrent la résiliation pour la raison que la substitution d'un contingent beaucoup plus élevé au contingent légal qui avait servi de base aux contrats, constituait un cas de force majeure, parce qu'elle avait aggravé les chances de perte pour les assureurs, et qu'il était injuste de les obliger à fournir des remplaçants qui allaient leur coûter beaucoup plus cher qu'ils ne coûtaient auparavant par rapport à la prime qu'ils avaient demandée sans connaitre la difficulté à laquelle ils allaient se heurter.

La Chambre civile de la Cour de Cassation a cassé tous ces arrêts et elle a décidé que la loi nouvelle élevant le contingent ne constituait pas un évènement imprévisible puisqu'elle était dans le domaine du pouvoir législatif; et elle n'était pas davantage un cas de force majeure parce qu'elle ne rendait impossible ni l'accomplissement de l'obligation

Source : BIU Cujas

de l'assureur, ni l'exécution de celle de l'assuré. En conséquence les assureurs s'étant obligés à garantir les assurés contre les chances du tirage au sort s'étaient fait une loi (II34) dont ils ne pouvaient pas s'affranchir, en alléguant que leurs prévisions avaient été trompées. (Ch. Civ. 9 Janvier I856 I, 33 à 4I, Sirey I856, I, I29 cf également une série de décisions de la Cour suprême, 7 Mars I859, Dalloz I859, I, II8, Sirey I859, I, 233).

Affaire du Canal de Craponne

La seconde application se rencontre dans un arrêt de la Chambre civile du 6 Mars I876, Sirey I876, I, I6 Il s'agissait de taxes d'arrosage en Provence, dans la vallée de la Durance, taxes qui avaient été fixées au XVI° siècle pour des terres irriguées par le Canal de Craponne. Les actes d'établissement de ces taxes qui remontaient à I567 les avaient fixées à une redevance qui était devenue bien infime, de 3 sols pour chaque propriétaire par quarterade de 60 arbres. Ces prix n'étaient plus en rapport avec les prix de l'entretien du canal, qui avaient quadruplé depuis sa création. Certains propriétaires refusaient l'augmentation que demandait le syndicat des arroseurs. Ils furent actionnés en justice par le syndicat. Le Tribunal et la Cour d'Aix autorisèrent l'élévation de la taxe à 35 centimes par quarterade jusqu'en I874 et à 60 centimes à partir de cette date. Mais la Chambre civile de la Cour de Cassation cassa cette décision si équitable qu'elle parut, pour violation de l'article II34.

"Attendu dit la Cour que l'article II34 établit une règle générale absolue qui s'applique aux contrats successifs comme aux autres, que dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelqu'équitable que puisse leur paraitre leur décision, de modifier les conventions des parties et de substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par elles". Il n'y avait pas force majeure, le contrat devait être respecté.

Voici un troisième arrêt. Requêtes, I5 Juin I9II I9I2, I, I80 : un assuré avait été frappé d'une attaque d'apoplexie le jour même où il s'était engagé sous peine de déchéance immédiate à payer une prime, pour le paiement de laquelle il avait obtenu un sursis de la Compagnie d'assurances. Il n'avait donc pas eu le temps de payer la prime. La Cour de Cassation a déclaré que le contrat était résolu, parce que l'assuré aurait du prendre ses précautions pour se mettre en état de payer la prime.

"Ayant eu tort, disait la Cour d'attendre jusqu'au

Source : BIU Cujas

dernier jour, l'assuré encourt la déchéance faute de paiement au dernier jour, parce que la maladie peut et doit être prévue et ne saurait équivaloir à un de ces évènements qui échappent à toute prévision, et qui constituent seuls la force majeure".

Quatrième exemple : La question fut souvent posée au cours de la guerre, pour des contrats passés avant la déclaration de guerre.

Refus par la Cour de Cassation d'assimiler la raréfaction des marchandises du fait de la guerre à un cas de force majeure- Application en matière de marché à livrer

Le contractant, en particulier le vendeur qui se trouvait par suite de la raréfaction des marchandises, obligé de payer beaucoup plus cher les marchandises qu'il s'était engagé à livrer par un marché à livrer, pouvait-il demander pour cause d'imprévision la résolution de son contrat.

La jurisprudence civile continuant sa tradition a repoussé cette prétention, considérant que du moment qu'il n'y avait pas impossibilité absolue dans l'exécution du contrat, mais qu'il y avait seulement une perte qui résultait de son exécution, perte pour le vendeur, résultant de la raréfaction des marchandises ou de leur hausse, il n'y avait pas force majeure.

Quelques tribunaux cependant avaient prononcé la résolution de certains contrats pour cause d'imprévision, mais la Cour de Cassation cassa toutes ces décisions.

Elle déclara que le débiteur restait tenu quand bien même le trouble dans les relations économiques rendait l'exécution de son contrat non seulement plus difficile, mais beaucoup plus onéreuse qu'il n'avait été prévu par les parties. Il est à remarquer en effet que beaucoup de débiteurs de marchés à livrer regrettaient leur contrat d'avant guerre, et étaient désireux de passer de nouveaux contrats, qui seraient plus avantageux pour eux.

Jamais la Cour de cassation n'admit cette prétention et ne considéra qu'il y avait force majeure.

Il faut citer parmi les premiers arrêts rendus sur cette question et dans ce sens, un arrêt de la Cour de Paris du 21 Décembre 1916, Dalloz 1917, 2, 33 avec une note de Mr Capitant exposant l'état de la question à cette époque; et aussi une note plus récente de M. Rouast au Dalloz 1923, 2, 17. Citons aussi une thèse Paris 1920 publiée par M. Radouant aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de Strasbourg dans laquelle il dit, que par suite de la durée de la guerre des répercussions considérables qu'elle eut du bouleversement économique qu'elle entraina, la question se posait en termes nouveaux, de savoir quelle était la différence qui existait au juste entre la difficulté d'exécution et la force majeure. Or

Source : BIU Cujas

il est très intéressant de constater que la jurisprudence de la Cour de Cassation donna une confirmation éclatante de la thèse jusqu'alors admise. Il existe une continuité d'inspiration évidente entre cette jurisprudence et celle qui s'était manifestée au cours de la guerre de 1870 et pendant tout le XIX° siècle.

Cinquième exemple :

La Cour de Cassation a affirmé également cette jurisprudence en matière de contrat de cheptel.

Depuis la guerre, de nombreux litiges se produisirent entre les propriétaires fonciers et leurs fermiers à propos de la restitution en fin de bail des animaux qu'ils avaient reçus en cheptel. Le propriétaire avait remis avant guerre à son fermier un troupeau de 40 têtes de bétail, par exemple, boeufs et vaches, estimé dans le contrat à une valeur de 10.000 francs Le contrat, arrivant à sa fin en 1920, le fermier était-il obligé de rendre le même nombre de têtes de bétail ayant la même valeur, ou bien pouvait-il se libérer en livrant un nombre de têtes de bétail d'une valeur de 10.000 francs ?

Cette question était très importante, vu la raréfaction du troupeau après la guerre et la hausse du prix du bétail qui en était résultée. Les fermiers prétendaient ne remettre, dans notre exemple que la somme de 10.000 francs et les tribunaux furent d'ordinaire favorables aux prétentions du propriétaire qui exigeait la restitution du même nombre de têtes de bétail. Mais la Cour de cassation saisie le 6 Juin 1921, Sirey 1921, I, 93 avec une note de M. Hugueney D.P. 1921, I, 73, note x, rapport de M. Ambroise Colin, cassa l'arrêt qui lui était déféré. La Cour d'Appel de Toulouse avait décidé le 8 Juillet 1920 D.P. 1920, 2, 105, que les parties n'avaient pu prévoir l'augmentation extraordinaire des prix du bétail mais seulement une hausse normale de ce prix, estimé d'après les prix les plus forts constatés dans les années antérieures au contrat, et que l'excédent de valeur représenté par le troupeau à la fin du bail devait se partager entre le bailleur et le preneur. La Cour de Cassation cassa la décision et déclara que l'obligation d'exécuter ponctuellement le contrat subsistait et que le propriétaire était tenu de se contenter de la somme stipulée au contrat. "Attendu qu'en s'astreignant à supporter les risques d'élévation des cours des bestiaux et du troupeau, le bailleur s'était fait à lui-même une loi dont il ne pouvait s'affranchir en alléguant que ses prévisions avaient été trompées, qu'il lui aurait appartenu de restreindre son engagement à un taux déterminé, mais qu'on ne pouvait induire cette restriction de circons-

Source : BIU Cujas

tances sur lesquelles le bail ne s'était pas expliqué". En conséquence la Cour de Cassation a décidé que le fermier pouvait se libérer en livrant tout simplement le nombre de têtes de bétail représentant la valeur pour laquelle le troupeau avait été estimé dans le contrat.

Ainsi la Cour de Cassation a trouvé dans ces affaires une nouvelle occasion de proclamer sa jurisprudence immuable, d'après laquelle le contractant doit exécuter le contrat quels que soient les évènements qui aient pu modifier ou décevoir ses prévisions.

En résumé : d'après la jurisprudence des tribunaux civils, le débiteur ne peut être libéré que dans le cas où il a été empêché d'exécuter son obligation par un évènement fortuit, ou un cas de force majeure. Tant que l'exécution est possible, il doit fournir sa prestation, même si par l'effet des variations du prix des choses, elle est devenue beaucoup plus onéreuse qu'il ne l'avait prévu. La Cour de Cassation n'a jamais varié dans l'interprétation des principes traditionnels, et comme le dit Radouant dans sa thèse précitée, page 109, elle les applique aujourd'hui, comme elle les appliquait il y a un siècle. Elle proclame la nécessité de l'impossibilité absolue d'exécution, comme condition de la force majeure. Il y a là une fixité parfaite, et cette régularité constante de doctrine apparait d'autant plus remarquable, qu'elle se dégage de la diversité successive et sans cesse multipliée à travers le XIX° siècle, des cas qui soulèvent la question de la force majeure.

Fixité et continuité de la Cour de Cassation.

Cette constance de la jurisprudence a été critiquée et nous avons vu dans ces dernières années reparaitre une théorie qui, sous le nom de théorie de l'imprévision, conduit à admettre que toutes les fois que par suite des circonstances les prévisions faites au moment du contrat se trouvent bouleversées, le contractant a le droit de demander la résolution du contrat, ou suivant d'autres (car comme on n'a pas de textes ici, on est un peu dans la fantaisie) a le droit de demander la révision du contrat (I)

La théorie de l'imprévision.

(I) Une note de M. Wahl sous un arrêt de la Chambre civile du 4 Août 1915 Sirey 1916, I, 17; parmi les thèses nombreuses qui ont été consacrées à la théorie de l'imprévision une des meilleures celle de M. Voirin, thèse Nancy 1922, parmi les dernières notes publiées, M. Rouast Dalloz 1923, 2, 17, sous un jugement du Tribunal civil de Gap, 5 Mai 1922, qui s'était montré favorable et avait fait une application de la théorie de l'imprévision et également Esmein, dans le traité pratique de Planiol et Ripert tome VI dû à la collaboration de M. Esmein n° 391 et suivants.

Source : BIU Cujas

Arguments invoqués en faveur de la thèse de l'imprévision

Les adeptes de la théorie de l'imprévision ont cherché à l'étayer sur un certain nombre d'articles du Code civil et sur l'histoire, sans y parvenir du reste.

Ils ont d'abord invoqué l'histoire, à son appui.

La théorie canonique de la clause rebus sic stantibus

Les canonistes, en effet, préoccupés d'assurer le respect de l'équité dans les contrats avaient admis que le contractant qui est lésé au moment de la conclusion du contrat parce qu'il a été victime de l'abus d'autorité, de l'abus de pouvoir de son cocontractant pouvait demander la rescision du contrat, et poussant plus loin cette idée de l'équité dans les contrats ils avaient admis que si, par suite des circonstances, le contractant se trouvait lésé, non pas au moment du contrat, mais dans l'exécution de ses obligations par l'effet du changement qui s'était produit dans les conditions économiques, depuis la conclusion du contrat, il pouvait également se prévaloir de la lésion. Les canonistes avaient soutenu que dans tout contrat il faut admettre comme sous-entendue la clause rebus sic stantibus, c'est-à-dire que quand les contractants traitent ils doivent être présumés ne s'obliger que dans les conditions actuelles du contrat et sous la condition que les circonstances présentes ne seront pas modifiées, qu'elles resteront ce qu'elles sont au moment du contrat.

Cette thèse soutenue par les canonistes rencontra une certaine faveur. Elle fut adoptée par les disciples de Bartole et par quelques-uns de nos anciens auteurs, mais son succès déclina rapidement, et comme elle était contraire à l'idée de stabilité du contrat et qu'elle permettait à la partie qui regrettait d'avoir fait le contrat, d'en demander la résiliation, elle fut abandonnée. Dès le XVIIe siècle, les civilistes n'en parlent plus, et elle n'a pas laissé de traces parmi les auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles.

Cette clause n'a pas laissé de trace dans l'ancien droit

Elle n'a donc pas profondément pénétré dans la doctrine de notre ancien droit. Ni Cujas, ni Domat, ni Pothier n'y font allusion, de telle sorte que l'argument historique n'a pas de valeur, puisqu'il s'agit d'une conception qui a été rapidement abandonnée et n'a pas influé véritablement sur la doctrine de notre ancien droit.

Argument tiré de l'art. 1134 al. 3 : les conventions doivent être exécutées de bonne foi

En dehors de ce premier argument assez faible, les partisans de la thèse de l'imprévision ont invoqué l'article 1134, non pas l'alinéa 1 qui serait contraire à leurs prétentions, puisqu'il dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties, mais l'alinéa 3, aux termes duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. De

Source : BIU Cujas

cette disposition, ils ont prétendu conclure que la bonne foi qui doit présider à l'exécution des contrats de la part de chacun des contractants, s'oppose à ce que l'un d'eux se prévale d'une convention lorsque les circonstances économiques ont changé au point que les parties ne renouvelleraient pas le contrat aux conditions anciennes. Mais cette interprétation tendancieuse, de l'article II34 alinéa 3, n'est pas défendable. D'abord elle va directement à l'encontre du second alinéa dont nous n'avons pas encore parlé mais d'après lequel les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des contractants. Or, on introduirait ici, sans que la loi l'ait dit une cause de révocation qui dépendrait de la volonté d'un seul des contractants. Le sens normal, la signification certaine du troisième alinéa de l'article II34 est la suivante :

Les parties doivent exécuter leur obligation de bonne foi, c'est-à-dire doivent se comporter loyalement dans la façon dont elles exécutent leurs prestations et rien de plus. L'article II35 qui n'est qu'un développement du précédent, le montre à l'évidence, car, d'après lui, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

C'est bien là l'explication du dernier alinéa de l'article II34. Chaque contractant doit exécuter son obligation comme l'exige l'équité.

L'art. II56 : la commune intention des parties

Le troisième argument invoqué par les partisans de cette thèse a été tiré par eux de l'article II56 Mais là encore ils détournent les termes de cet article de leur véritable signification. On doit, dit cet article, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des mots.

Je ne vois pas comment la commune intention des parties contractantes pourrait justifier la résolution du contrat par l'un des contractants pour cause d'imprévision. On dit que la commune volonté des parties contractantes a été de présumer d'insérer tacitement dans le contrat la clause rebus sic stantibus. Elles n'y ont certes pas pensé et cette présomption, cette admission d'une clause tacite est d'autant moins vraisemblable, qu'il n'en a jamais été question ni au XVIIIe siècle, ni au moment de la rédaction du code civil. L'article II56 signifie tout simplement que quand il y a doute sur la signification d'une clause du contrat, on doit pour l'éclairer se référer, non pas à la lettre du texte, mais à l'in-

Source : BIU Cujas

tention commune des parties, c'est-à-dire rechercher ce que les parties ont voulu dire en l'insérant dans le contrat.

D'autres textes ont encore été invoqués, et semble-t-il, avec plus de vraisemblance. C'est d'abord l'article 1150 relatif aux dommages intérêts. D'après cet article le débiteur qui n'a pas exécuter son obligation n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment du contrat. Donc il est bien question dans ce texte d'une prévision qui a été faite par les contractants au moment de la conclusion de leur contrat. Ils ont prévu, ou pu prévoir l'indemnité que l'un d'eux serait tenu de payer à l'autre s'il n'exécutait pas sa prestation. Voilà donc l'idée d'imprévision qui se rencontre dans le code civil. D'où naturellement on peut dire que la même idée d'imprévision, quant à l'exécution de l'obligation elle-même est rentrée dans la pensée des parties.

L'art. 1150 : condamnation aux dommages intérêts prévus.

L'argument ici encore ne peut pas être retenu, parce que l'article 1150 vise une situation toute différente de l'hypothèse à laquelle on voudrait l'appliquer. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation doit des dommages-intérêts, et il s'agit d'en déterminer l'étendue. La loi à l'avance limite cette étendue en déclarant qu'elle ne peut pas dépasser ce qu'il a prévu comme indemnité pour non exécution au moment du contrat. Par exemple, je confie au chemin de fer une malle qui contient des objets précieux, sans que je les aie déclarés au moment où j'ai fait enregistrer la malle. La jurisprudence décide en pareil cas que la Compagnie de Chemins de fer si elle a égaré la malle ne sera tenue de rembourser que la valeur des objets que le voyageur emporte ordinairement avec lui et non pas des objets précieux qu'il n'est pas d'usage d'enfermer dans une telle malle. C'est bien l'idée que les dommages-intérêts ne doivent pas dépasser ce que le contractant a pu prévoir au moment où il s'engageait à une prestation, à une obligation, mais rien de commun, bien entendu avec l'idée de la modification dans les conditions économiques qui pourraient arriver à se produire.

Ce texte pas plus que les autres ne prévoit l'imprévision

Enfin, le dernier argument a été tiré par M. Bonnecasse, Traité de Baudry Lacantinerie, tome 3, n° 314 Bonnecasse a invoqué l'article 1244 al. 3. C'est le texte qui permet au juge d'accorder un délai de grâce au débiteur malheureux. "Les juges peuvent en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution

L'art. 1244 al. 3 délai accordé par le juge au débiteur malheureux

Source : BIU Cujas

des poursuites, toutes choses demeurant en l'état".

Bonnecasse prétend que ce texte donne pleins pouvoirs au juge pour appliquer la notion d'imprévision sans avoir même à se servir de ce terme. C'est encore ici une extension inexplicable du droit tout particulier très limité, que la loi accorde au juge, en faveur du débiteur malheureux, pour lui accorder un délai de grâce et rien de plus.

Admission par la jurisprudence du Conseil d'Etat de la doctrine de l'imprévision

Enfin, on s'est prévalu de la jurisprudence du Conseil d'Etat et on a souvent opposé en cette matière le Conseil d'Etat à la Cour de Cassation. Sa doctrine s'est particulièrement manifestée (elle existait déjà avant la guerre) au cours de la guerre, par des arrêts du 30 Mars I9I6, Dalloz I9I6, 3, 25. Sirey I9I6, 3, I7, avec une note d'Hauriou. II Avril I9I9 Dalloz I9I9, 3, 25, Sirey I920, 3, 32, puis des arrêts plus récents, 8 Mai I925 et du 27 Mars I926, Dalloz I925, 3, I7, avec une note de M. Closset auditeur au Conseil d'Etat (v. aussi enfin une thèse de Déjonquières, Paris I926). Cette jurisprudence s'est particulièrement affirmée au sujet des réclamations faites par les Compagnies auxquelles certaines villes avaient concédé l'éclairage public, qui étaient liées par un cahier des charges, et qui pendant la guerre avaient été obligées de payer le charbon à des prix excessifs, de telle sorte que, loin de réaliser des bénéfices elles se trouvaient en perte et menaçaient de cesser l'exploitation du service dont elles avaient pris la charge. Or, le Conseil d'Etat devant lequel les litiges ont été portés a décidé que le concessionnaire était fondé à demander une modification aux clauses de son cahier des charges, lorsque l'économie du contrat se trouvait absolument bouleversée par la hausse des prix, et que s'il n'arrivait pas à se mettre d'accord avec l'autorité concédante, le Conseil d'Etat pouvait répartir le dommage, c'est-à-dire accorder une augmentation de tarif au concessionnaire, lui accorder des conditions nouvelles lui permettant de continuer l'exploitation du service.

Explication des solutions de la jurisprudence administrative : Le Conseil d'Etat n'est pas lié par le droit privé

A la différence de la Cour de Cassation, c'est pour cela qu'on ne peut comparer la jurisprudence des deux juridictions, le Conseil d'Etat n'est pas lié par les textes du code civil, il ne les applique pas, il ne fonde jamais ses décisions sur les textes du code civil parce qu'il ne statue pas en matière de droit privé, mais en matière de droit public.

Le Conseil d'Etat jouit par conséquent dans ces matières d'une liberté qui n'appartient pas à la Cour de cassation chargée de veiller à la stricte exécu-

Source : BIU Cujas

tion et au respect des lois civiles. C'est pourquoi on ne peut pas dire qu'il y ait opposition de vue entre la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative. Il y a d'autant moins opposition de vue entre les deux que, dans les contrats d'ordre administratif, ce qui importe avant tout, ce qui passe en premier lieu, c'est la continuation du service public. Il ne faut pas que le service public soit arrêté, parce que la collectivité tout entière en souffrirait, et dès lors, lorsque le concessionnaire ne peut pas continuer à l'assurer, il est indispensable de prendre de nouvelles mesures pour permettre le maintien de ce service.

On peut ajouter que, dans ce genre de contrat, la situation des deux parties est toute différente de ce qu'elle est dans les contrats de droit privé. Dans les marchés à livrer conclus entre particuliers, les deux contractants ont un intérêt opposé. Si le contrat devient onéreux pour l'une des parties, pour le vendeur par exemple, il devient par là même très avantageux pour l'acheteur. Plus est grande la hausse des marchandises, objet du contrat, plus le vendeur a intérêt à résilier et plus l'acheteur a intérêt à conserver le marché qu'il a passé. M. Ripert a dit justement que le contrat est un acte de prévoyance. Le contrat est pour l'acheteur, une garantie contre la hausse. C'est pour lui une façon de se protéger contre la fluctuation des prix. Or, dans les concessions de services publics, il y a une liaison des intérêts de l'administration et du concessionnaire qui ne se rencontre pas dans les contrats de droit privé. L'Administration et le concessionnaire poursuivent l'un et l'autre le même but, qui est d'assurer l'exploitation et le bon fonctionnement du service public. Il n'y a pas l'esprit de spéculation qui domine dans les marchés à livrer. On peut dire, dans une certaine mesure, sans rien exagérer, que l'administration est, non plus l'adversaire de son concessionnaire, mais en quelque sorte son associée, et justement il faut remarquer que le Conseil d'Etat n'applique sa jurisprudence que dans les cas où il y a cette liaison d'intérêts entre le concessionnaire et l'administration.

La nécessité d'assurer le fonctionnement du service public

M. Jèze dans la Revue de Droit Public, I923, page IO, déclare que dans les cas où le fournisseur n'est pas associé dans une mesure quelconque à la gestion du service public, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne s'applique plus. Les contrats ne créent plus entre l'Administration et le concessionnaire des rapports différents de ceux qui se forment entre particuliers

Source : BIU Cujas

quelconques et un marchand quelconque, et ce sont alors les règles du droit commun qui s'appliquent.

On constate par conséquent que le Conseil d'Etat n'a autorisé la révision des marchés que dans les cas où il y a une sorte de lien entre l'Administration et celui avec lequel elle a traité. Au surplus, dans tous les cas où le Conseil d'Etat a fait bon accueil aux réclamations des concessionnaires ou des soumissionnaires, car il s'agit non seulement de concessionnaires de services publics, mais de marchés de fournitures, le Conseil d'Etat n'a pas prononcé la résolution du contrat, mais seulement la révision. Il a renvoyé les parties en vue de s'entendre, et au cas où elles ne pouvaient pas s'entendre, c'est lui-même qui a établi les nouvelles conditions. Donc le Conseil d'Etat n'a pas prononcé la résolution, mais la révision du contrat, précisément parce qu'il s'agissait d'assurer le bon fonctionnement et le maintien du service public. Si bien qu'en conclusion on ne peut pas opposer la jurisprudence du Conseil d'Etat à celle de la Cour de Cassation pour ces deux raisons : I° le Conseil d'Etat n'est pas lié par les textes du code civil, et 2° les conditions des marchés sur lesquelles il est appelé à statuer ne ressemblent en rien aux marchés passés entre de simples particuliers.

Révision du contrat par le Conseil d'Etat

Si la théorie de l'imprévision n'a pas trouvé bon accueil auprès de la jurisprudence civile, elle a néanmoins déterminé le législateur à voter quelques lois destinées à venir au secours des contractants qui par l'effet du bouleversement des conditions économiques, se trouvaient placés dans une situation particulièrement difficile.

Lois qui ont été inspirées par la théorie de l'imprévision

La principale de ces lois a été, à la suite de la fixation de la jurisprudence de la cour de Cassation la loi Failliot, loi de guerre, du 2I Janvier I9I8, qui s'est éteinte avec les circonstances de la guerre. Cette loi visait les contrats passés avant la guerre ayant un caractère commercial pour les deux parties, ou pour l'une d'elles seulement, et comportant, soit des livraisons de marchandises, ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou différées. Bien entendu ces questions ne se posent qu'au tant qu'il s'agit de contrats successifs qui doivent lier les intéressés pendant un certain temps.

La loi Failliot sur les marchés à livrer passés avant la guerre

Cette loi a décidé que les marchés passés avant la guerre, pouvaient être résolus sur la demande de l'une des parties, s'il était établi qu'à raison de l'état de guerre, l'exécution de l'obligation de l'un des contractants devait entrainer pour lui des charges

Source : BIU Cujas

ou lui causer un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui avaient pu être raisonnablement faites à l'époque de la convention.

La loi Failliot a donc été une application directe de la théorie de l'imprévision.

Il y a actuellement devant le Parlement toute une série de propositions de lois qui s'inspirent de la même idée, et qui ont été déposées en vue de venir au secours de débiteurs dont la situation s'est trouvée aggravée par suite de la crise dans laquelle nous nous trouvons.

Propositions tendant à la révision des baux à ferme et des baux commerciaux.

Les principales sont : une proposition de loi déposée à la demande des fermiers ayant pour objet de réduire le prix des baux à ferme passés depuis un certain temps, le prix des baux à ferme ayant monté dans des proportions considérables à la suite de la période de prospérité factice qui s'est étendue jusqu'à la fin de 1926.

La seconde proposition est une proposition de loi qui tend à la réduction du prix des baux commerciaux industriels ou artisanaux, consentis entre 1924 et 1931, toujours pour cette raison que le commerce traverse une crise qui ne permet plus, disent les commerçants de payer les loyers auxquels ils sont tenus par leurs contrats.

Ajoutons enfin qu'il y a une autre face de la théorie de l'imprévision qu'ordinairement on ne considère pas. C'est celle qui concerne le créancier. Jusqu'à présent nous n'avons parlé que de l'imprévision rendant beaucoup plus onéreuse l'obligation de l'exécution du débiteur, mais il se peut aussi que l'imprévision diminue d'une façon considérable le bénéfice que le créancier espérait tirer de son contrat. Par exemple un créancier a stipulé une certaine somme d'argent en échange de la prestation qu'il a promis de faire, mais il se trouve que cette somme d'argent, par suite de la dépréciation de la monnaie ne représente plus ce qu'elle valait au moment du contrat.

La théorie de l'imprévision envisagée du côté du créancier par suite de la dépréciation monétaire.

Un bailleur, par exemple, a donné son immeuble à bail avant la dépréciation de la monnaie. Un prêteur a prêté une somme d'argent alors que le franc n'était pas déprécié, qu'il représentait sa valeur en or, et il est obligé d'accepter en remboursement une somme bien inférieure, puisque le franc ne vaut plus que le cinquième de sa valeur antérieure.

En ce qui concerne le prêt il y a un texte dans le Code civil qui oblige le créancier à subir les effets de la dépréciation de la monnaie. C'est un article dont on a beaucoup parlé, dont on ne par-

Source : BIU Cujas

lait certes pas jusqu'à la guerre de 1914, mais qui a été exhumé du code civil à la suite de la guerre de 1914-1918, l'article 1895 d'après lequel l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours au moment du paiement. Un débiteur a emprunté 100.000 francs avant la guerre, c'est à dire 100.000 or, il rend au terme de son contrat, c'est-à-dire alors que le franc est déprécié 100.000 actuels, soit le cinquième de ce qu'il a emprunté. Aux termes de l'article 1895 il ne s'en libère pas moins.

L'art. 1895 sur le prêt d'argent.

La situation du bailleur est analogue à celle du prêteur d'argent, mais avec cette différence que l'article 1895 ne s'applique pas à lui. Les bailleurs qui se sont trouvés dans cette situation et qui étaient liés par de longs baux à leurs locataires ou à leurs fermiers, se sont adressés au législateur, et, invoquant eux aussi l'imprévision, ont demandé que le législateur les autorisât à reviser leurs contrats, c'est-à-dire exiger un supplément de loyer de leurs preneurs. Deux lois ont été promulguées en leur faveur La loi du 6 Juillet 1925 concernant les baux à loyer (code Dalloz page 649) qui autorise la révision du prix des baux à loyer.

La loi du 9 Juin 1927 (Code Dalloz page 669) a été plus longue à voter, elle a soulevé beaucoup de difficultés, elle autorise la révision des prix des baux à ferme, au profit des propriétaires.

La dépréciation monétaire et les promesses de vente; protection que le vendeur trouve dans l'art. 1674 (lésion de plus des 7/12)

Il n'y a eu qu'un cas où le créancier a pu se protéger contre la dépréciation de la valeur de la monnaie, sans que la loi vint à son secours, c'est le cas où il s'agissait d'une promesse de vente.

Une personne avait promis de vendre son immeuble avant la guerre moyennant un prix représentant la valeur d'alors de cet immeuble. Le créancier auquel cette promesse avait été faite en demandait l'exécution postérieurement à la guerre et à la dépréciation de la monnaie, si bien que la somme qui avait été convenue au contrat ne représentait plus en réalité que le cinquième de cette somme. Le créancier a trouvé, dans ce cas, sa défense dans l'article 1674 du code civil, aux termes duquel le vendeur peut demander la rescision du contrat de la vente d'un immeuble s'il prouve qu'il a été lésé de plus des 7/12 dans le prix de l'immeuble.

A quel moment cette lésion doit elle exister pour

Source : BIU Cujas

que la rescision soit possible ? D'après l'article 1674, au moment où la vente a eu lieu. Or, lorsqu'il y a eu promesse de vente et que le créancier de cette promesse demande à lever l'option, c'est-à-dire demande la réalisation de la vente qui lui a été promise, c'est au moment où il demande à acheter que se conclut le contrat de vente. S'il se trouve qu'à ce moment-là par suite de la dépréciation du franc le prix stipulé pour la promesse de vente ne représente plus la valeur requise par l'article 1674, c'est-à-dire s'il est inférieur aux 5/12 de la valeur de l'immeuble, le promettant peut alors invoquer l'article 1674 et demander la rescision de la vente, pour cause de lésion. La jurisprudence a fait droit à ces demandes pour la raison que le contrat de vente se forme au moment même où le créancier de la promesse demande à acheter l'immeuble.

C'est le seul cas où, par application des règles du Code civil, le créancier a pu échapper à la dépréciation de la valeur de la monnaie.

En résumé, et pour en terminer avec la théorie de l'imprévision, dans l'état actuel de nos textes, il parait impossible d'admettre l'application en droit civil de cette théorie et l'on ne peut qu'approuver la jurisprudence de la Cour de Cassation. Que faudrait-il décider au point de vue législatif ?

La théorie de l'imprévision du point de vue législatif

Serait-il bon d'introduire cette théorie dans nos lois d'une façon normale, c'est-à-dire d'admettre que dans tous les contrats la clause rebus sic stantibus, se trouve sous entendue, d'admettre que l'un des contractants pourrait demander la résiliation du contrat, ou la révision du contrat, lorsque par suite des circonstances, il se trouverait subir un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup ses prévisions ?

Il n'est pas douteux qu'une mesure de ce genre serait dangereuse. Elle ébranlerait très sérieusement la stabilité des contrats, elle favoriserait l'esprit de chicane. Tous ceux qui regretteraient d'avoir conclu un marché, s'adresseraient à la justice en vue d'obtenir soit la résiliation, soit la révision du contrat. Il est préférable de laisser au législateur le soin d'intervenir dans les conditions exceptionnelles de crise et de prendre des mesures provisoires en faveur de ceux qui peuvent être frappés dans leurs intérêts par des changements qu'ils n'ont pas prévus.

Une loi qui vaudrait pour tous les cas serait périlleuse et ne parait pas désirable. C'est aux parties, lorsqu'on peut prévoir une période de crise

Source : BIU Cujas

à se montrer prudentes, à ne pas prendre d'engagements inconsidérés, et surtout de trop longue durée.

III- Sauf dans les contrats à durée indéterminée le contrat ne peut être dissous que par un nouvel accord des volontés.

III - Troisième conséquence découlant de la force obligatoire des contrats : elle est énoncée dans l'article II34 alinéa 2 "Le contrat ne peut être dissous que par un nouvel accord de volontés". Un contractant ne peut pas par sa seule volonté se dégager du contrat qu'il a passé. Il est tenu tant qu'il n'y a pas un mutuus dissensus. A cette règle cependant il y a quelques exceptions. La plus importante concerne les contrats à durée indéterminée, en première ligne le contrat de travail fait pour une durée indéterminée, le contrat de louage de choses, fait sans durée déterminée, la société passée pour une durée indéterminée.

La règle est énoncée dans le code civil à propos du contrat de travail, mais elle s'applique à tous les contrats à durée indéterminée. Les contrats à durée indéterminée peuvent toujours cesser par la volonté de l'un des contractants. Article I780 pour le contrat de travail :

Caractère d'ordre public de la résiliation par la volonté unilatérale.

"Le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes". Cette faculté de résiliation est un droit auquel les parties ne peuvent pas renoncer. La loi le considère comme indispensable pour garantir leur liberté, leur indépendance, pour empêcher qu'ils ne se trouvent liés pendant un temps trop long, contre leur intérêt, et la Cour de Cassation vient en particulier d'en faire une application intéressante; Cass 4 Janvier I933, Gaz. Pal. I5 Février I933.

Il s'agissait d'un contrat passé entre un patron et son directeur et il était dit dans le contrat que si le patron congédiait le directeur sans que celui-ci eût commis de faute, il devrait lui payer une indemnité de 80.000 francs. Le congédiement ayant été donné, le chef d'entreprise refusa de payer l'indemnité, pour la raison que cette clause était contraire à l'ordre public en ce qu'elle portait atteinte à son droit de résiliation, et c'est en ce sens qu'a statué l'arrêt de la Cour de Cassation qui a déclaré que le droit de résiliation de chacune des parties était d'ordre public, et ne pouvait pas par conséquent être limité par l'obligation de payer une indemnité en dehors du cas où la résiliation avait été causée par la faute de l'intéressé. L'autre exception à la règle vise les contrats à durée déterminée.

Dans les contrats à durée déterminée, l'une des parties peut se réserver la faculté de résilier au

Source : BIU Cujas

bout d'un certain temps. Par exemple dans un contrat de bail passé pour 3, 6 ou 9 ans, il peut être dit que le locataire aura seul la faculté de résilier au bout de 3, 6 ou 9 ans.

Cette clause n'a rien de contraire à la règle de l'article II34.

IV - Dernière conséquence résultant de la force obligatoire des contrats :

Le juge doit respecter la volonté des contractants

Le juge est obligé de respecter la volonté des contractants, du moment qu'elle n'est pas illicite, qu'elle n'est contraire ni à la loi ni à l'ordre public, ni aux bonnes moeurs.

Il ne peut pas modifier les clauses des contrats sous prétexte qu'il les trouverait contraires à l'équité, injustes, léonines. Par exemple quelle que soit l'exagération d'une clause pénale, le juge est tenu de l'appliquer quand même elle serait infiniment supérieure à la valeur de l'obligation qui n'a pas été exécutée. (Cass. Civ. 6 Juillet I925, Sirey I926, I, 349)

Section II - Comparaison de la loi et du contrat

L'article II34 du Code civil dit que la convention est la loi des parties. Cette expression nous amène à comparer cette loi privée qui règle les rapports des contractants, à la loi au sens propre du mot, à la loi générale, c'est-à-dire à l'ordre donné par le législateur.

Intérêt du rapprochement entre la loi et le contrat.

En effet, de ce que l'article II34 déclare que le contrat est la loi des parties, il ne résulte pas qu'il s'agisse là d'une véritable loi. Mais par certains points cependant, cette loi privée se rapproche de la loi, au sens propre du mot. C'est pourquoi une comparaison entre l'une et l'autre est intéressante. Cette comparaison fait ressortir des différences et quelques rapprochements que l'on peut réunir sous ces quatre notions :

Contrôle du juge

I - Les juges ont le pouvoir de contrôler le contrat passé par des particuliers pour vérifier s'il a été légalement formé. Au contraire le juge n'a pas le pouvoir de contrôler la validité ni la constitutionnalité des lois.

Modes de preuve

2 - Les modes de preuve établis par le code civil au titre des contrats et obligations dans le chapitre 6, articles I3I5 et suivants, ne s'appliquent qu'à la preuve des contrats et d'une façon plus générale des faits juridiques invoqués par les parties en justice au cours d'un procès. Ces règles ne s'appliquent pas quant à la preuve de la loi.

Source : BIU Cujas

Interprétation

3 - Les tribunaux sont chargés d'interpréter les termes des contrats lorsque ceux-ci donnent lieu à un litige entre les contractants ou leurs ayants cause. Ils sont chargés d'autre part d'interpréter les lois lorsque leur sens est discuté, obscur. Or, l'interprétation des contrats et l'interprétation des lois donnent lieu à des différences qu'il est bon de signaler.

Principe de la non rétroactivité des lois.

4 - Quand un contrat produit ses effets entre les parties, quand il s'agit par exemple d'un contrat qui est en cours, un contrat successif ou un contrat qui n'est pas encore exécuté, et qu'il intervient une loi nouvelle différente de celle qui était en vigueur au moment de la conclusion du contrat, se pose la question de savoir si la loi nouvelle va s'appliquer au contrat en cours, ou si, au contraire, il restera régi par la loi en vigueur au moment où il a été formé. Ici encore le principe de la non rétroactivité des lois, énoncé dans l'article 2 du Code civil ne s'applique pas de la même façon, en ce qui concerne les contrats en cours, qu'il ne s'applique dans les autres matières.

Telles sont les diverses idées qu'il convient de développer.

I- Les juges contrôlent les contrats pour vérifier si ils ont été légalement formés; ils ne contrôlent pas la loi.

Je me contente d'énoncer de nouveau la première différence entre le contrat et la loi : les juges ont le pouvoir de contrôler les contrats pour vérifier s'ils ont été légalement formés, c'est-à-dire si les formalités prescrites par la loi dans certains cas ont été observées, ou si la convention ne contient rien d'illicite. Au contraire les juges n'ont aucun contrôle relativement à la loi proprement dite. Ils ne peuvent pas en apprécier la validité, ni chez nous en discuter la constitutionnalité. Je n'insiste pas sur ce premier point de vue qui sort du cadre des études de droit civil.

Seconde différence relative aux modes de preuve des conventions.

2- Les parties doivent prouver les contrats.

Les faits juridiques invoqués par les parties au procès doivent être prouvés par elles. Article 1315 du code civil : chaque partie doit établir l'existence des faits, faits juridiques, faits matériels, sur lesquels elle fonde sa prétention. Mais à l'inverse les plaideurs n'ont pas à prouver quels sont les textes applicables aux rapports de droit qui ont donné naissance au litige. Ils n'ont pas à prouver la loi. C'est une vieille distinction qu'un ancien adage exprime ainsi : "Avocat passez aux faits, la Cour sait le droit".

Aubry et Rau, tome 12, § 749 page 65, nous di-

Source : BIU Cujas

sent : "De sa nature la preuve judiciaire n'a pour objet que la constatation de points de faits susceptibles d'être déniés. Les règles de droit ne sauraient faire la matière d'une preuve proprement dite ".

Donc les plaideurs doivent prouver les faits matériels ou les actes juridiques, en particulier les conventions sur lesquelles ils fondent leurs prétentions.

Ils doivent faire cette preuve conformément aux règles établies par la loi.

D'après les articles 1315 et suivants, et les articles du Code de procédure civile qui complètent les précédents, articles 193 et suivants, la preuve des faits juridiques n'est pas libre, d'après la conception de notre code civil. Les parties ne peuvent pas administrer la preuve par tous les moyens qu'elles jugent bon d'employer. La loi énumère et réglemente les modes de preuve qui sont admis en justice. La preuve n'est libre que pour les faits matériels, parce que quand il s'agit d'établir un fait matériel, il n'est pas possible de s'en réserver la preuve à l'avance et que dès lors la nécessité veut que l'on autorise les intéressés à les prouver par tous moyens, notamment en recourant à des témoins ou à des présomptions graves, précises et concordantes.

La preuve des actes juridiques doit être administrée conformément au code civil

La preuve est également libre quand il y a lieu d'établir des actes dolosifs ou frauduleux, mais en dehors de là, lorsqu'il s'agit de prouver des actes juridiques, la preuve ne peut être administrée que conformément aux règles du code civil. Je vous rappelle toutefois qu'en matière de droit commercial, la loi se montre plus libérale, non pas qu'elle autorise absolument la preuve par témoins, mais elle permet au juge article 109 du Code de Commerce, d'autoriser les parties à faire la preuve par témoins et aussi par simple présomption.

Le juge doit s'en tenir aux preuves administrées par les parties

Le juge devant lequel les parties vont faire la preuve des actes juridiques qu'elles invoquent, doit s'en tenir aux preuves administrées par les parties. Il ne peut pas former sa conviction d'après la connaissance personnelle qu'il a pu avoir des faits, ou d'après sa pensée intime. Il doit juger sur les preuves fournies par les parties. Ces preuves sont les écrits, l'aveu, la délation de serment. Lorsque les parties ont fait la preuve au moyen d'écrits, ou lorsqu'il y a eu aveu de l'une des parties, ou délation de serment par l'une des parties à l'autre, le juge est obligé de s'en tenir à la preuve qui a été administrée par ces divers moyens, et quand même il serait convaincu que cette preuve n'est pas conforme

Source : BIU Cujas

à la réalité, il est lié par les modes de preuve qui ont été employés devant lui. Il n'est libre de juger d'après sa conviction que dans les cas où la loi n'a pas fixé elle-même la force probante des moyens de preuve employés, c'est-à dire les cas où la loi autorise la preuve par témoins, ou les présomptions de fait. Il est libre en pareil cas d'accorder foi aux témoignages qui ont été apportés devant lui ou aux présomptions qui lui ont été proposées ou, au contraire, de les rejeter, de ne pas y conformer sa décision . Mais tout ceci n'est vrai que pour les actes juridiques et pour les faits invoqués par les parties. Ces modes de preuve ne s'appliquent pas aux dispositions légales parce que les parties n'ont pas à prouver la loi, à prouver quel est le texte sur lequel elles fondent leurs prétentions. Les faits étant établis, le contrat étant prouvé, leur preuve est terminée. Sans doute elles peuvent, dans les cas où l'interprétation de la loi donne lieu à discussion, exposer devant le juge, pour l'éclairer, les arguments qui peuvent être donnés en faveur de telle ou telle interprétation, mais cette discussion relative à l'interprétation de la loi n'enlève rien au juge de sa liberté. Lui seul a mission de dire dans quel sens il faut comprendre la loi, et quelle est la loi applicable aux rapports des parties. Peu importe donc que les plaideurs aient invoqué telle ou telle règle de droit ou ne l'aient pas invoquée, c'est la mission du juge de chercher parmi le corps du droit quelle est la règle applicable au procès, et sur ce point, il a sa pleine liberté, tandis qu'il est lié par les preuves que lui apportent les plaideurs en ce qui concerne les faits ou les actes juridiques sur lesquels ils fondent leurs prétentions.

t'interprétation de la loi ne relève que du juge.

3° L'interprétation des conventions et l'interprétation de la loi

A ce point de vue, il y a une différence essentielle entre la convention et la loi.

Troisième différence, la plus intéressante, et qui donnera lieu à de plus longs développements. Elle concerne l'interprétation des conventions et l'interprétation de la loi.

Quand les tribunaux sont-ils appelés à interpréter une convention ?

Les tribunaux sont appelés à interpréter une convention lorsque ceux qui l'ont passée sont en désaccord sur le sens qu'il faut attribuer à cette convention ou à l'une de ses clauses et sur les effets qu'il faut en tirer.

Dans notre système procédural français une des parties ne peut pas demander à l'avance au juge d'interpréter un contrat, en vue de prévenir une difficul-

Source : BIU Cujas

On ne peut demander au juge d'interpréter un contrat tant qu'aucune difficulté n'est née

té qui pourrait naitre dans l'avenir. Ce n'est pas la mission des juges. Les juges ont pour rôle uniquement de trancher les litiges qui sont portés devant eux. Cf notamment un arrêt de la Cour de Douai du 25 Novembre I868, Dalloz I869, 2, 39 dans lequel on trouve le considérant suivant :

"Considérant que l'action judiciaire n'est recevable qu'à la condition d'être basée sur un intérêt né et actuel et que les Tribunaux ne sauraient avoir pour mission de se livrer à l'interprétation des contrats dont personne ne se plaint et de prononcer des décisions dépourvues de sanctions".

Il y a au contraire certaines législations qui autorisent ces actions qui sont des mesures de précaution, en vue de fixer le sens d'une clause qui peut donner lieu postérieurement à discussion. Mais il n'en est pas ainsi dans notre système judiciaire français. Donc c'est seulement en cas de litige que les tribunaux sont appelés à interpréter les contrats. On s'étend peu en général sur cette matière de l'interprétation des contrats. Il y a cependant une thèse qui est intéressante et que je signale, de M. Gauguier, thèse Paris I898 sur l'interprétation des conventions.

Le législateur a donné des indications au juge pour interpréter les contrats dans les art. II56 à II64

Le Code civil a édicté des régles relatives à ce sujet en vue de diriger les magistrats dans l'interprétation des actes juridiques. Ces règles sont énoncées dans plusieurs articles du code civil; les articles II56 à II64.

On les considère non pas comme des règles légales, mais comme des Conseils donnés par le législateur aux magistrats en vue de mieux remplir leur mission et de ce qu'on les considère comme de simples conseils donnés aux magistrats, il en résulte que le fait par le magistrat de ne pas s'y conformer n'est pas considéré par la Cour de Cassation comme une violation de la loi, la Cour de Cassation n'admettrait pas un pourvoi qui serait fondé sur la violation des articles II56 et suivants.

A diverses reprises la Cour de Cassation a eu l'occasion d'exprimer sur ce point sa doctrine. Je cite notamment deux arrêts de la Cour de Cassation 24 Février I868, Dalloz I868, I, 308; et un arrêt de la Chambre des Requêtes, I6 Février I892, Dalloz I892, I, 248.

Le plus important de ces textes est l'article II56 qui se contente de nous dire que, dans les conventions le juge doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes employés. Il doit en d'autres

Source : BIU Cujas

termes, éclairer les expressions employées dans le contrat par l'intention commune des parties contractantes, par leur volonté.

Dispositions des législations étrangères

On trouve des règles analogues dans les divers codes, mais le législateur moderne, précisément parce qu'il s'agit là de simples conseils, se montre beaucoup plus discret.

Ainsi dans le Code civil suisse nous retrouvons dans le livre V des obligations, qu'un article, l'article I8, qui correspond à l'article II56 de notre code civil et qui est ainsi rédigé : "Pour apprécier les formes et les clauses du contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir soit par erreur soit pour déguiser la nature véritable de la convention". C'est bien la pensée qui est formulée dans l'article II56 du Code civil.

Dans le code civil allemand il y a deux textes relatifs à l'interprétation; ils se trouvent dans la partie générale du code, au début, ce sont les §§ I33 et I57.

Le § I33, nous dit, au sujet de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression.

Le § I57, visant plus particulièrement les contrats déclare : les contrats doivent être interprétés comme l'exige la loyauté et la confiance réciproques en corrélation avec les usages admis en affaires".

Lorsque les clauses d'un contrat sont claires, précises, et ne donnent lieu à aucune difficulté d'interprétation il est bien entendu qu'il n'y a pas lieu de les interpréter. Comme je le dirai tout à l'heure, le juge est dans ce cas obligé de les appliquer, quel que soit son sentiment à l'égard de ces clauses quand même il les trouverait contraires à l'équité, à la justice, du moment qu'elles ne sont pas illicites C'est seulement lorsque la clause est obscure que le juge est appelé à en dégager la signification en se dirigeant d'après les dispositions énoncées dans les articles II56 et suivants du Code civil. Quelquefois aussi le juge est appelé à déduire du contrat un effet qui n'y a pas été énoncé. Il peut alors se reporter à la réglementation légale du contrat, aux dispositions édictées par le code en ce qui concerne le contrat dont il s'agit, ou bien s'inspirer de l'ensemble des dispositions du contrat et de la volonté des partis.

Les dispositions du Code relatives à l'interpré-

Source : BIU Cujas

tation des contrats ont été critiquées par un certain nombre d'auteurs.

Critiques adressées aux règles données par le Code

On a prétendu qu'il était artificiel de prétendre résoudre les questions soulevées par les clauses du contrat en recherchant toujours la commune intention des parties, parce qu'a-t-on dit, il arrive souvent que les parties n'ont pas eu une intention commune. La preuve est que dans un procès chaque plaideur interprète la clause litigieuse à sa façon. Ou bien encore très souvent les parties ont traité sur un modèle préparé à l'avance, sur un contrat type, qu'elles n'ont pas rédigé elles-mêmes et dont elles ont accepté les termes sans en comprendre la portée, sans en voir les conséquences.

Tel est bien souvent le cas, notamment pour les clauses que les notaires insèrent dans les contrats qu'ils rédigent et dont les parties ne voient souvent pas l'utilité ou les effets.

Cette critique a un fond d'exactitude. Il est bien certain qu'il n'est pas toujours possible de déterminer la signification d'une clause d'après la commune intention des parties, mais de ce que cette critique est parfois exacte, il ne résulte pas que l'on doit dans une matière où la volonté des parties est souveraine maitresse, se désintéresser de celle-ci. Quoi qu'on dise c'est d'abord dans la volonté commune des parties qu'il faut rechercher la signification des clauses insérées dans le contrat; lorsque cette commune intention ne peut pas être dégagée ou lorsqu'il est établi que les parties n'ont pas entendu la clause de la même façon, il faut bien que le juge cherche d'autres moyens de décision, et qu'il les trouve en général dans l'ensemble de l'acte, en rapprochant la clause litigieuse de l'ensemble des dispositions de la convention.

Les contrats d'adhésion

Les auteurs qui ont critiqué ce mode classique d'interprétation des contrats, sont ceux qui discutent sur la nature contractuelle de ce qu'ils appellent les actes d'adhésion, dont j'ai précédemment parlé et de leur critique ils ont voulu tirer cette conséquence que les tribunaux seraient autorisés, lorsqu'ils sont en face de clauses qui n'ont pas été voulues par les deux parties, à les interpréter en s'inspirant de l'équité, de la justice, de l'intérêt social, ce qui donnerait au juge une liberté d'interprétation très grande et qui ne serait pas sans péril. Jamais les tribunaux n'ont accepté chez nous un rôle de ce genre, et faisant preuve de beaucoup de sagesse et de prudence, ils interprètent les conventions en se fondant soit d'abord et avant tout sur l'intention des

Exagération de ces critiques qui n'ont pas été acceptées par les tribunaux

Source : BIU Cujas

parties, ensuite sur l'ensemble des clauses du contrat ou sur les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu. Il y aurait une véritable exagération à prétendre que les juges ont le droit d'interpréter comme ils le veulent les clauses qui peuvent paraitres imposées à l'une des parties par l'autre, ou qui ont été à l'avance insérées dans un contrat type que les parties ont pris pour modèle. Il y a donc beaucoup d'exagération dans ces critiques. Ces quelques explications étant données, je n'ai pas l'intention d'insister davantage sur les articles II56 et suivants, mais d'aborder maintenant une question très importante qui est relative à la comparaison des pouvoirs des juges du fond, relativement à l'interprétation des clauses du contrat. Nous pouvons poser cette question dans les termes suivants : l'interprétation des contrats donnés par les juges du fond, peut-elle être réformée par la Cour de Cassation, de même que la Cour de Cassation peut réformer l'interprétation inexacte, incorrecte des lois.

Le rôle de la Cour de Cassation dans l'interprétation des lois.

Pour répondre à cette question rappelons d'abord en quelques mots quel est dans notre système judiciaire français le rôle de la Cour Suprême.

La Cour de Cassation, sans remonter dans son histoire, en la prenant telle qu'elle fonctionne aujourd'hui, a pour mission principale de contrôler l'application de la loi, d'en assurer le respect et l'interprétation, en cassant les jugements ou les arrêts qui ont violé la loi, c'est-à-dire qui l'ont mal interprétée.

L'article 7 de la loi du 20 Avril I8I0, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, contient en effet la disposition que voici :

" La justice est rendue souverainement par les Cours d'appel. Leurs arrêts quand ils sont revêtus des formes prescrites, à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi".

D'après ces termes, les arrêts rendus par les Cours d'appel, ajoutons les jugements rendus par les Tribunaux de première instance lorsqu'ils sont en dernier ressort, ne peuvent être déférés à la Cour de Cassation que lorsqu'ils ont contrevenu à la loi. Expression employée par la loi de I8I0 qui se ressent des origines du tribunal de Cassation, car à l'époque où le tribunal de cassation a été établi le législateur vivait sous l'Empire de cette illusion que la loi ne devait pas être interprétée, qu'il n'était pas nécessaire d'interpréter les clauses de

Source : BIU Cujas

la loi, qu'elle était suffisamment précise par elle même, et qu'il n'y aurait lieu à Cassation que si les juges avaient violé la loi, avaient négligé d'appliquer une loi, ou avaient refusé de l'appliquer Mais l'expérience a vite montré que la loi, si bien rédigée qu'elle soit, donne naissance à beaucoup de questions qui n'ont pas pu être prévues par le législateur et qu'il est en conséquence nécessaire de trancher car les juges ne peuvent pas refuser de juger (art. 4 C. Civ.). Il faut donc que les juges interprètent la loi et la mission de la Cour de Cassation est précisément de contrôler la façon dont ils l'interprètent. Certes l'interprétation que donne la Cour de Cassation n'a rien d'officiel. Les décisions de la Cour de Cassation ne s'imposent pas aux tribunaux. Ceux-ci sont toujours libres de juger autrement que ne le fait la Cour de Cassation, mais lorsque la Cour de Cassation a prononcé sur un point déterminé, lorsqu'elle a émis sa doctrine, les tribunaux se conforment à cette doctrine, surtout lorsque la Cour de Cassation a rendu un arrêt toutes chambres réunies. Tel est le rôle de la Cour de Cassation.

Elle contrôle l'interprétation de la loi par le juge

Nous allons tout d'abord préciser en quoi consiste son contrôle en ce qui concerne la loi, les usages et les lois étrangères, en second lieu nous verrons quel est son contrôle en ce qui concerne l'interprétation des contrats.

I- Rôle de la Cour de Cassation en ce qui concerne la loi, les usages et les lois étrangères. Nous envisagerons successivement ces trois ordres de dispositions parce qu'il y a sur ce point dans la doctrine de la Cour de Cassation des conceptions différentes.

La loi -

La Cour de Cassation interprète la loi écrite française

La Cour de Cassation contrôle l'interprétation de la loi. Comment faut-il entendre cette expression la loi ? Il s'agit seulement en principe de la loi écrite, et tous les pourvois portés devant la Cour doivent être fondés sur la violation d'un ou de plusieurs textes de loi, de même que la Cour, dans toutes ses décisions, s'appuie sur un texte de loi pour décider qu'il a été respecté ou violé. Cependant certains pourvois peuvent être fondés aussi sur certaines règles traditionnelles non discutées dont la valeur est certaine, bien qu'aucun texte ne les énonce, telle par exemple la règle de l'enrichissement sans cause, ou certaines autres du même genre : par exemple l'adage que je citais précédemment in pari causa turpidudinis cessat repetitio.

Mais ces cas particuliers laissés de côté, la

Source : BIU Cujas

Cour de Cassation a pour mission d'assurer l'interprétation des lois écrites qui composent le droit français.

De là résulte que sa mission est toute différente quand il s'agit d'assurer l'application des usages ou l'application des lois étrangères.

Les usages -

Quel est son rôle en matière d'usages ? L'usage est une règle de droit née de la pratique des intéressés; c'est une règle de droit qui s'applique parce que dans certaines régions il est d'usage depuis longtemps de décider ainsi, de respecter telle clause ou c'est une règle de droit qui s'applique dans les rapports entre personnes exerçant la même profession.

L'usage est une règle de droit qui s'applique dans les rapports entre personnes exerçant la même profession.

Tel est par exemple dans les rapports des patrons et des ouvriers, le délai-congé, d'après lequel, lorsque le contrat de travail est à durée indéterminée, l'une des parties ne peut le rompre qu'à la condition de prévenir l'autre partie un certain temps à l'avance, temps que l'on désigne sous le nom de délai-congé. Le délai-congé n'existe pas dans toutes les professions; dans certaines il n'est pas connu, il n'est pas le même dans chaque profession.

De même encore nous rencontrons des usages en matière de louage d'immeubles, et un certain nombre d'articles du Code font allusion aux usages et disent que les parties doivent se conformer aux usages locaux. Voyez l'article I736 et l'article I753 relatifs aux contrats de louage d'immeubles; article I736 : "Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux"

Le délai-congé en matière de louage d'immeubles lorsqu'il n'a pas été fixé dans le contrat, c'est-à-dire lorsque le contrat a été fait sans écrit, doit être le délai en usage dans le lieu où se trouve l'immeuble.

Article I753 : "Le sous locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence de sa sous location ..... les paiements faits par le sous locataire soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux ne sont pas réputés faits par anticipation".

La constatation et l'application des usages ressortissent au juge du fond

En ce qui concerne la constatation des usages, le point de savoir s'il existe un usage, quelle en est la signification, dans quels cas il s'applique , toutes ces questions ressortissent au pouvoir souverain des juges du fond, et la Cour de cassation ne se reconnait pas le droit de les contrôler et de rechercher si vraiment l'usage qui a été constaté par

Source : BIU Cujas

les juges du fond existe bien, ou s'il est tel que les juges l'ontindiqué.

Donc, en matière d'usage, il n'y a pas de contrôle de la cour de cassation. De nombreuses décisions de la Cour Suprême l'ont affirmé. Parmi les arrêts les plus récents, voir un arrêt de la Chambre des Requêtes du I6 Novembre I925 Dalloz I926, page 22 où je relève cet attendu :

La Cour de Cassation ne contrôle pas le rôle ni l'application des usages

"L'interprétation des usages locaux entre dans les pouvoirs souverains des juges du fond, spécialement ils peuvent décider par interprétation des usages de la commune, que la taxe de balayage est à la charge exclusive des locataires du rez-de-chaussée des maisons riveraines de la voie publique, et non pas à la charge des locataires des étages".

Un autre arrêt de la Chambre civile du I3 Avril I927, Sirey I927, I, 285, a été rendu dans un litige entre un entrepreneur de spectacles, et un fameux ténor Muratore; ce chanteur avait reçu en francs français de son entrepreneur le montant de ses cachets pour 6 représentations à Buenos Ayres, soit 62.000 francs. Il avait en outre touché à Buenos-Aires pour les mêmes représentations 60.000 pesos d'or. L'impresario avait demandé et obtenu la restitution de 60.000 francs c'est-à-dire presque tout ce qu'il avait versé avant le départ, déduction faite des frais de transports. Il prétendait obtenir la restitution de partie des 60.000 pesos d'or ne devant disait-il que des francs papier. L'artiste invoquait qu'il est d'usage en matière d'engagements théatraux que les artistes soient payés dans la monnaie du pays où ils vont donner leurs représentations, qu'il avait droit par conséquent au paiement en pesos or, et qu'il n'avait à restituer que les francs qui lui avaient été versés. L'arrêt de la Chambre civile devant laquelle la question a été portée a refusé de la juger, en déclarant que la constatation de cet usage qui avait été faite par la Cour d'appel échappait à son contrôle.

La Cour de Cassation ne contrôle donc ni le sens ni l'application des usages. Il n'en est autrement que quand le législateur a codifié les usages, il leur a donné alors, la force de loi, il les a transformés en loi, et dès lors la violation d'un usage reconnu par la loi est la violation d'un texte légal. Il en est ainsi notamment des usages en matière de vente commerciale qui ont été codifiés par la loi du I3 Juin I866.

On pourrait se demander s'il n'en est pas ainsi de l'usage du délai-congé depuis la loi de I928 qui n'en a pas fixé la durée et n'a pas établi l'usage dans toutes les professions.

Source : BIU Cujas

C'est un point que je laisse de côté.

Raisons de cette attitude

Pourquoi en matière d'usages la Cour de Cassation se refuse-t-elle à exercer son contrôle ? Après tout, peut-on dire l'usage a un caractère obligatoire comme la loi. C'est une loi plus étroite, c'est une loi qui ne s'applique que dans certaines régions, qui varie suivant les régions, suivant les professions, mais l'usage n'en est pas moins une disposition obligatoire comme la loi.

L'usage n'émane pas du pouvoir législatif

La raison qu'on en donne ordinairement est que l'usage n'émane pas du pouvoir législatif, et que la Cour de Cassation a pour mission unique de contrôler l'interprétation et l'application des lois.

La Cour de Cassation ne peut pas connaître les usages.

La seconde raison est que la Cour de Cassation serait bien mal placée pour apprécier si un usage existe et quelle en est la signification. Elle statue en effet exclusivement sur les décisions qui lui sont déférées, sur les pièces écrites qui lui sont apportées, elle a à décider si tel ou tel jugement ou arrêt a violé ou n'a pas violé la loi. Elle interprète des textes de loi. Comment pourrait-elle savoir si dans telle région, dans telle profession, il existe un usage déterminé, comment il faut interpréter cet usage, dans quels cas il faut l'appliquer. Elle ne le pourrait que si elle avait le droit de s'entourer de renseignements comme les juges du fait, mais étant donné sa charte, étant donné qu'elle ne juge que les décisions qui lui sont apportées, elle est hors d'état de trancher des questions de ce genre.

Lois étrangères -

La Cour de cassation se reconnait le droit de contrôler si la loi étrangère a été appliquée quand elle devait l'être

Pour la loi étrangère, si curieux que cela paraisse, la doctrine de la Cour de Cassation est la même. Quand il s'agit de l'application d'une loi étrangère, la Cour de Cassation exerce sa censure sur le point de savoir s'il faut appliquer la loi étrangère ou la loi française et quelle est la loi étrangère qu'il faut appliquer. Lorsqu'un juge a appliqué la loi étrangère alors qu'il aurait dû appliquer la loi française, ou vice versa, d'après les principes généraux du droit international privé français, la Cour de Cassation considère qu'il a violé la loi française, dans un cas comme dans l'autre, parce qu'il n'a pas appliqué les principes de la loi française, en particulier les principes de l'article 3 du Code civil, et en conséquence elle se reconnait le pouvoir de casser la décision qui lui est déférée. Elle se reconnait le droit de contrôler si la loi étrangère a été appliquée alors qu'elle devait l'être.

Mais lorsque les juges ont avec raison déclaré que la loi étrangère était applicable, et lorsqu'elle est

Source : BIU Cujas

certainement applicable, la Cour de Cassation ne contrôle pas l'interprétation qu'ils en ont donnée. Elle contrôle l'interprétation des lois françaises, elle ne contrôle pas l'interprétation donnée par les juges du fond aux lois étrangères, parce que, dit-elle, cette interprétation est une question de fait et non pas une question de droit. Il y a sur ce point de très nombreuses décisions. Je cite seulement les dernières, un arrêt de la Chambre civile IO Février I920 Sirey I92I, I, 3I, un arrêt de la Chambre des Requêtes 2I Juin I922, Sirey I922, I, 256, un arrêt de la Chambre des Requêtes, I7 Janvier I933, Gazette du Palais I7 Mars I933.

Mais elle ne contrôle pas si le juge du fond a fait une application correcte de la loi étrangère

La décision fondée sur l'appréciation d'un texte réglementaire émanant d'un Etat étranger, ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation fondé sur la dénaturation de ce texte. Il s'agissait en l'espèce d'un arrêté du Grand Duché de Luxembourg et la question était de savoir si la somme due, en vertu de cet arrêté, devait se calculer en marKs à I,25 ou en marks au taux du cours du mark au moment des échéances ? La Cour d'appel avait statué sur cette question, la Chambre des Requêtes a déclaré que l'interprétation qu'elle avait donnée rentrait dans ses pouvoirs souverains et qu'il n'y avait pas lieu à ouverture à cassation.

Cette doctrine de la Cour de Cassation qui se refuse à contrôler les interprétations de la loi étrangère est très discutée par les auteurs de droit international privé, et très critiquée par eux.

Je n'entre pas dans la discussion, ce qui me ferait sortir de l'objet de ce cours. Cette critique consiste surtout à dire que la Cour rétrécit à l'excès sa mission et qu'elle devrait réprimer les atteintes à la loi étrangère, comme elle réprime les atteintes à la loi française. En vérité l'attitude de la Cour de Cassation s'explique par une raison de fait ou ici encore par son organisation, par les conditions mêmes dans lesquelles elle fonctionne. De même que la Cour de Cassation n'est pas placée pour décider si un usage existe, et comment il doit être interprété, de même sa procédure ne lui permet pas d'apprécier la façon dont il faut interpréter la loi étrangère. Elle ne peut pas ordonner d'enquêtes, elle ne peut pas exiger la production de nouveaux documents, qui pourraient lui faire connaître l'opinion des principaux auteurs, ou la jurisprudence étrangère. Elle n'a donc pas les éléments nécessaires pour décider comment la loi étrangère doit être interprétée. C'est là ce qui explique sa discrétion.

2°- Ceci dit sur le rôle de la Cour de Cassation

Source : BIU Cujas

en matière d'interprétation de la loi et en même temps sur les limites concernant l'interprétation des usages, et l'interprétation de la loi étrangère j'arrive à l'interprétation par la Cour de Cassation, des contrats.

Il appartient au juge du fond d'interpréter souverainement les clauses litigieuses des contrats et des testaments.

Ici encore, nous rencontrons quelque chose de tout spécial et de très intéressant.

D'après une jurisprudence qui remonte à I808 il appartient souverainement aux juges du fond d'interpréter les clauses litigieuses des contrats et des testaments (I)

Jurisprudence de la Cour Suprême. Avant I808 la Cour avait tendance à assimiler les contrats à la loi.

On peut résumer trois périodes dans l'évolution de la Ière période : avant I808. La Cour de Cassation en était à ses premières années d'institution, et dans ses débuts elle avait tendance à assimiler les contrats à la loi, et en conséquence elle décidait que les décisions ayant statué sur l'interprétation des contrats étaient assujetties à son contrôle et pouvaient lui être déférées.

Seconde période : un arrêt des Chambres réunies du 2 Février I808, rapporté au Sirey chronologique, rendu sur les conclusions du Procureur général Merlin, a posé le principe nouveau dont la Cour de Cassation ne s'est plus départie depuis cette époque et que voici : les juges du fond ont un pouvoir souverain pour interpréter les contrats et ce faisant, ils ne peuvent violer l'article II34 du Code civil. Leur décision ne peut donc être déférée à la Cour de Cassation pour violation de l'article II34 du Code civil d'après lequel les conventions sont la loi des parties.

Il ne peut y avoir cassation que si les juges refusent d'appliquer la clause du contrat

Depuis cet arrêt de I808, qui a fixé la doctrine de la Cour suprême, les décisions des juges du fond relatives à l'interprétation d'un contrat ne peuvent lui être déférées que dans deux cas :A-Lorsque les juges, après avoir souverainement déterminé le sens du contrat ou de la clause litigieuse, en modifient l'effet, ou refusent de l'appliquer sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif. Le juge par exemple déclare que la clause est injuste et que, dans le cas

(I) Cf. La distinction du fait et du droit par M. Marty Professeur à la Faculté de droit de Grenoble. C'est une matière très délicate dans laquelle rentre l'interprétation de la matière des contrats par la Cour de Cassation, thèse soutenue devant la Faculté de Toulouse en I929.

Source : BIU Cujas

particulier, elle ne doit pas être appliquée.

Il viole alors la volonté des parties et l'article II34 du Code civil. Rappelez-vous cet arrêt du Conseil des prud'hommes qui avait refusé d'appliquer une amende à l'ouvrière qui était entrée en sabots dans l'atelier, sous prétexte que l'amende était disproportionnée avec la faute commise. La Cour de Cassation a cassé cette décision comme ayant violé une disposition claire, non équivoque du réglement d'atelier.

ou ont mal qualifié le contrat

B - La Cour de Cassation admet qu'il y a également violation de l'article II34 lorsque les juges du Fond ont mal qualifié le contrat. Par exemple, ils ont déclaré qu'il s'agissait d'une vente et la Cour de Cassation estime que le contrat passé est un louage. Ou bien encore ils ont déclaré qu'il y avait donation et la Cour de Cassation estime qu'il n'y a pas donation.

Ce sont les deux seuls cas dans lesquels les décisions des juges du fond relatives à un contrat peuvent donner lieu à un recours en cassation.

En dehors de là reste la règle : l'interprétation du contrat ne peut être déférée à la Cour de Cassation. Voyez en particulier un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 Novembre I865 Dalloz I868, I, I08 Sirey I866, I, 23. Je termine par la citation que j'y relève :

"Il ne peut y avoir violation de l'article II34 qu'autant que le juge, après avoir constaté l'existence et le sens d'un contrat, croirait pouvoir modifier sous un prétexte quelconque, ce qu'il reconnaitrait avoir été convenu entre les parties, et non lorsqu'il se borne à fixer le sens de la convention pour interpréter la volonté des parties; si erronée que cette interprétation puisse être, elle ne constitue qu'un mal jugé qui ne tombe pas sous la censure de la Cour de Cassation".

Elle n'exerce son contrôle qu'autant qu'il y a eu violation de l'article II34

Ainsi d'après sa doctrine, la Cour de Cassation ne peut exercer son contrôle qu'autant qu'il y a eu de la part des juges du fond, violation de l'article II34 du Code civil, c'est-à-dire qu'autant que les juges ont, soit refusé d'appliquer les clauses du contrat sous prétexte d'équité, ou les ont modifiées sous raison d'équité, ou pour tout autre motif, et en second lieu, lorsqu'ils ont mal qualifié le contrat que les parties avaient l'intention de passer. Par exemple lorsqu'ils l'ont qualifié de vente, alors qu'en réalité il s'agissait d'une location ou vice versa, ou encore lorsque sous le contrat apparent ils n'ont pas recherché le contrat réel que les par-

Source : BIU Cujas

ties voulaient conclure. Par exemple lorsque sous le contrat apparent ils n'ont pas recherché la donation déguisée qu'il était dans l'intention des parties de réaliser.

Troisième période.

Plus récemment la Cour de Cassation a ajouté à ces deux causes qui lui permettent de réviser l'interprétation du contrat par le juge, non application des règles du contrat, mauvaise interprétation du contrat, une troisième cause de cassation. Elle admet, depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du II Juillet I876, Dalloz I877, I, I76, que le recours en cassation est possible pour violation de l'article II34 lorsque les termes de la convention sont clairs, précis et que les juges les ont dénaturés. Cette formule revient constamment dans les arrêts actuels de la Cour de Cassation. Son origine remonte à l'arrêt de I876 dans lequel nous lisons l'attendu suivant :

"Attendu que s'il appartient aux juges du fond d'interpréter les conventions des parties, ils ne peuvent pas sous prétexte d'interprétation, en dénaturer le sens et la portée quand les clauses sont claires et précises, parce qu'alors ils violent l'article II34, ils violent la loi que les parties se sont faites.

Quand peut on dire qu'une clause est claire et précise

Quand peut-on dire que les termes d'une convention sont clairs et précis ?

C'est une question fort délicate, car il ne suffit pas que les termes de la convention paraissent être clairs et précis, il faut qu'il y ait correspondance certaine entre les termes employés et la volonté qui les a inspirés ou dictés. Une clause n'est donc pas claire et précise par cela seul qu'à la lecture elle parait telle, par cela seul, qu'objectivement en la lisant, on n'hésite pas sur la signification qu'on va lui donner. Il faut encore qu'elle corresponde d'une façon certaine à la volonté des parties, et s'il est établi que malgré la clarté des termes employés, la clause ne doit pas être entendue telle qu'elle est écrite, mais qu'en consultant la volonté des parties, il faut lui donner une autre signification, alors il n'y a plus clause claire et précise et les juges du fond reprennent leur pouvoir d'interprétation. Prenons un premier cas à propos du testament, car les règles que nous rappelons ici sont appliquées par la jurisprudence aussi bien aux testaments qu'aux contrats.

Supposons que dans un testament un testateur ait légué à une personne ses meubles et ses effets mobiliers. L'article 585 C. Civ. dit que sous ces expres-

Source : BIU Cujas

sions de meubles et effets mobiliers, il faut entendre tout ce qui est censé meuble d'après les règles établies par la loi. Par conséquent l'expression comprend tous les meubles, mais s'il est établi par l'inspection du testament, par les autres clauses, par la recherche de la volonté du testateur que celui-ci a donné en réalité un autre sens à ces mots, meubles et effets mobiliers, c'est bien entendu la volonté du testateur qu'il faut suivre et il ne faut plus s'en rapporter à la définition de l'article 535. Ceci montre bien que la clarté objective de la clause ne suffit pas.

Une clause claire est une clause dont le sens correspond certainement à la volonté des parties.

Ce qu'on appelle une clause claire est une clause dont le sens correspond certainement à la volonté des parties. Pour prendre des exemples, je relève d'abord un arrêt de la chambre des Requêtes du I6 Avril I926, Sirey I926, I, I52. Il s'agissait d'une vente de sucre, faite en gros par une Société bourbonnienne d'importation à un nommé Speyer, vente de 400 tonnes de sucre de la Réunion, et le contrat portait la clause suivante : "Les avaries au-dessous de 5%, s'il y en a, seront prises par les acheteurs jusqu'à concurrence de la franchise d'assurance de 5%. Au delà de 5% les avaries seront conservées par les vendeurs qui feront eux-mêmes valoir leurs droits auprès des assureurs". Donc les avaries ne dépassant pas 5% sont à la charge des acheteurs. Les autres sont à la charge du vendeur. A l'arrivée du navire à Marseille, une part d'avaries s'élevant à 830 sacs est constatée, part bien supérieure à 5%; néanmoins les acheteurs prennent livraison parce que, depuis le jour où ils avaient passé le contrat, une hausse considérable dans les prix des sucres s'était produite et qu'ils avaient tout intérêt à acheter l'ensemble y compris les sacs avariés. Les vendeurs de leur côté, charchant à profiter de cette hausse, réclamaient les 830 sacs avariés et invoquaient la clause insérée dans le contrat, d'après laquelle les avaries supérieures à 5% étaient laissées à la charge du vendeur. La clause était clai et précise, elle ne donnait pas lieu à discussion quant aux termes employés, mais la Cour de Cassation a repoussé la prétention des vendeurs et déclaré que quoique la clause fut conçue en termes clairs et précis, il fallait rechercher dans l'intérêt de qui elle avait été stipulée. Or il résultait du contrat qu'elle avait été stipulée dans l'intérêt des acheteurs. Les acheteurs n'avaient pas voulu supporter des avaries supérieures à 5% des tonnes vendues, ils n'avaient pas voulu qu'on les leur imposât, mais ils ne s'étaien pas refusé à garder la totalité du sucre. C'était une

Source : BIU Cujas

clause dont ils pouvaient ne pas se prévaloir si leur intérêt les poussait à prendre l'avarie pour leur compte. La Cour de Cassation en conséquence a déclaré que cette interprétation de la Cour d'Appel était souveraine et échappait à son contrôle, parce qu'il s'agissait bien ici d'interpréter la clause malgré qu'elle fût claire en apparence.

"Attendu dit la Chambre des Requêtes, que l'arrêt attaqué a constaté à bon droit que, malgré leur clarté, les termes employés pris dans leur sens littéral étaient inconciliables avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties".

Lorsque l'on n'est pas sûr que la clause corresponde bien à la volonté des parties les juges de fond conservent le pouvoir souverain de l'interpréter

Ainsi, lorsqu'on n'est pas sûr que la clause, si claire qu'elle soit, correspond à la volonté commune des parties, les juges du fond conservent le pouvoir souverain de l'interpréter. Voyez également un arrêt de la Chambre civile du I5 Juin I926 Dalloz Hebdomadaire I926 page 395. Ici au contraire la Cour de Cassation décide que les juges ont dénaturé la clause, parce que la clause était certaine, claire, précise et qu'aucun doute ne pouvait s'élever sur sa signification. Il s'agissait d'un bail à cheptel et la difficulté s'était élevée sur le mode d'évaluation et de calcul de la valeur estimative du cheptel. Il résultait de l'interprétation de la Cour d'Appel qu'elle avait dénaturé le sens certain, conforme à la volonté des parties, de la clause. Voici comment s'exprime cet arrêt :

Lorsqu'il est certain que les juges ont dénaturé la clause la Cour de Cassation casse leurs décisions

"Aucune considération d'équité, n'autorise le juge, lorsque les conventions sont claires et précises, à modifier les stipulations qu'elles contiennent sous prétexte de les interpréter."

Enfin, voyez un arrêt de la Chambre civile du 30 Avril I928, Gazette du Palais I928, Second semestre. Le litige portait sur un contrat passé d'après la loi locale d'Alsace c'est-à-dire d'après la loi allemande qui est encore en vigueur sur certaines matières. Un propriétaire de Strasbourg avait donné à bail aux époux Weimar une boulangerie et un logement au prix de 50 francs par semaine, payables hebdomadairement. Deux termes consécutifs étaient restés non acquittés par le locataire, or, d'après l'article 554 de la loi locale, en pareil cas, le propriétaire a le droit de demander la résiliation du contrat alors même qu'un paiement tardif lui serait offert par le locataire. Dans l'espèce, deux ou trois jours après l'échéance du second terme, c'est-à-dire après la fin de la seconde semaine, le locataire avait offert le paiement des deux termes échus, et le jugement avait repoussé la demande en résiliation du bailleur en disant "Le

Source : BIU Cujas

litige n'a pas d'importance, il s'agit d'un retard de 3 jours". Des retards semblables de la part des mêmes locataires ont pu se produire, et la gravité de la mesure, la résiliation, est sans proportion avec l'effet de la clause".

La Cour de Cassation a cassé ce jugement en déclarant que ces considérations par lesquelles les juges s'étaient déterminés à ne pas appliquer la clause établie dans le contrat, étaient inconciliables avec la loi du contrat et sa force obligatoire et qu'il n'appartient pas aux juges de substituer leur appréciation personnelle aux stipulations claires, précises que les parties ont adoptées.

Résumons-nous en ce qui concerne le rôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation des contrats.

Aucun recours n'est possible sous prétexte de violation des articles II56 à II64 du Code civil qui établissent les règles dont les juges doivent s'inspirer pour interpréter les contrats, parce que ce sont de simples conseils donnés aux juges et non pas des dispositions légales qu'ils sont obligés de suivre. Les juges ont plein pouvoir pour interpréter les clauses d'une convention et leur interprétation si fausse, si inexacte qu'elle soit ne peut être contrôlée par la Cour de Cassation. Le contrôle de la Cour de Cassation n'intervient que si les juges ont violé l'article II34, c'est-à-dire s'ils ont violé les clauses claires, précises du contrat ou dénaturé le contrat, ou refusé d'en appliquer les dispositions. Nous pouvons citer encore quelques applications particulièrement saisissantes de ce système de la Cour de Cassation. La plus saillante s'est produite au sujet de l'interprétation de la clause d'aliénation des valeurs dotales appartenant à une femme mariée sous le régime dotal. Sous le régime dotal les biens dotaux, non seulement les immeubles, mais les meubles sont inaliénables, d'après l'article I554 du Code civil. Comme cette inaliénabilité est fort gênante, on ne manque pas d'insérer dans les contrats de mariage une clause stipulant que la future épouse pourra aliéner ses biens dotaux, meubles ou immeubles avec l'autorisation du mari, mais à la condition que les capitaux provenant de l'aliénation seront remployés par le mari en valeurs qui sont ordinairement énumérées au contrat. Lorsque cette clause est insérée dans le contrat de mariage, la femme a droit avec l'autorisation de son mari, d'aliéner les valeurs dotales, mais les tiers qui acquièrent ces valeurs ou qui sont chargés de l'aliénation, sont obligés de surveiller le remploi. Ils ne doivent remettre les de-

Applications du système de la Cour

Les clauses d'aliénabilité des biens dotaux.

Source : BIU Cujas

niers au mari qu'après s'être assurés que la clause a bien été observée, c'est-à-dire que remploi est fait par le mari des deniers dotaux dans les valeurs indiquées au contrat de mariage. S'ils ne prennent pas cette garantie, s'ils ne surveillent pas le remploi, le paiement qu'ils ont fait entre les mains du mari est considéré comme nul, et en conséquence ils sont obligés de payer de nouveau en se conformant bien entendu à l'obligation que la loi leur a imposée. Cette solution se comprend très bien, car d'après le contrat de mariage les valeurs dotales ne sont aliénables qu'à la condition du remploi, si donc le remploi n'est pas exécuté on retombe sous la règle de l'inaliénabilité.

On comprend combian ceci est gênant pour les tiers. En particulier quand il s'agit de valeurs de bourse appartenant à la femme dotale, et constituées par elle en dot, par exemple de titres de rente nominatifs, d'obligations émises par une ville, par le Crédit foncier, ou par d'autres établissements ou sociétés, l'établissement émetteur à qui on demande d'opérer le transfert sur ses registres des valeurs à un autre nom que celui de la femme, ne doit se dessaisir des titres et consentir à rayer le nom de la femme dotale sur ses registres portant les noms des porteurs de titres nominatifs, qu'en s'assurant que le remploi a bien eu lieu.

On décharge les tiers de la responsabilité du remploi

Comme cette obligation de surveiller le remploi est très lourde pour les tiers, le contrat de mariage cherche à les en décharger. A la suite de la clause permettant l'aliénation des valeurs dotales, on ajoute les stipulations suivantes : "La remise par les tiers des deniers dotaux ou des titres nominatifs entre les mains du notaire, ou de l'agent de change chargé d'aliéner les titres et d'en acquérir d'autres, vaudra décharge pour les tiers".

et on la fait peser sur le Notaire et sur l'Agent de change.

On concentre donc la responsabilité sur le Notaire ou l'Agent de change qui sera chargé d'aliéner les titres et d'en acquérir de nouveaux, afin d'en débarrasser les autres, et dans la clause qui était couramte à cette époque dans les contrats de mariage on ajoute : enfin, le Trésor, le Crédit foncier, la ville de Paris, n'auront point à s'immiscer dans ces remplois auxquels ils resteront complètement étrangers. Ils ne seront soumis à aucune responsabilité, même au cas d'inexécution, et ils n'auront par suite aucune justification à demander".

C'était mettre par conséquent à couvert les administrations, les villes, les établissements auxquels un transfert de valeurs dotales était demandé.

Source : BIU Cujas

Or l'interprétation de cette dernière clause a donné lieu à une grave difficulté devant les tribunaux, au sujet d'affaires concernant des obligations de la Ville de Paris

La clause qui dispensait la Ville de Paris de surveiller le remploi la dispensait-elle de remettre les valeurs dotales entre les mains de l'agent de change.

La clause qui dispensait la ville de Paris de surveiller le remploi la dispensait-elle de remettre les valeurs dotales entre les mains de l'agent de change ? Ou ne pouvait-elle être libérée qu'à la condition de remettre les valeurs entre les mains de l'agent de change chargé de les vendre ? Confiant dans la clause, le receveur de la Ville de Paris avait remis les titres au Notaire de la famille, et celui-ci n'ayant pas fait le remploi des titres, le receveur était poursuivi en responsabilité par la femme dotale qui lui réclamait la valeur des titres aliénés.

Sur l'interprétation de cette clause deux décisions en sens contraire ont été rendues : l'une par la Cour de Toulouse du 8 Février 1904, Sirey 1904, 2, 313 qui a décidé que par l'effet de cette clause la Ville de Paris était déchargée de toute surveillance et qu'en remettant les titres entre les mains du Notaire elle avait fait ce qu'elle avait à faire puisqu'elle n'était pas tenue de surveiller le remploi.

La Cour de Paris, dans une affaire analogue, au contraire, par un arrêt du 30 Décembre 1903, Sirey 1904, 2, 313, a déclaré que la Ville de Paris était responsable du défaut de remploi, parce que le receveur avait remis les titres au Notaire et qu'il y avait dans le contrat de mariage une stipulation générale déclarant que c'était l'Agent de change qui était chargé de surveiller le remploi, que par conséquent quiconque était détenteur de valeurs dotales devait les remettre entre les mains de l'agent de change chargé de les aliéner. C'est ainsi que dans une de ces affaires le receveur de la Ville de Paris vit mettre à sa charge une indemnité qui s'élevait à peu près à un million.

La Cour de Cassation s'est refusée à statuer sur l'in-

Un pourvoi fut naturellement formé contre chacun de ces arrêts. La Cour de Cassation fut donc appelée à statuer sur cette interprétation contradictoire de la clause. Or, elle a purement et simplement

Source : BIU Cujas

terprétation contradictoire des clauses données par les Cours d'appel

refusé de se prononcer par deux arrêts de la Chambre civile du 28 Janvier 1907, Sirey 1912, I, 22 en déclarant que la Cour de Paris, d'une part, que la Cour de Toulouse, d'autre part, en interprétant chacune à leur façon les clauses des contrats de mariage, avaient usé de leur droit souverain et n'avaient pas excédé le pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges du fond en ce qui concerne l'interprétation des contrats.

La prohibition des libéralités prohibées et le double legs conditionnel alternatif

Une autre application aussi remarquable se rencontre en matière de substitution prohibée. D'après le Code civil, article 896, les substitutions sont prohibées, et l'article nous explique dans son second alinéa ce qu'il faut entendre par une substitution : "Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire".

Une substitution est donc une donation ou un legs fait à une personne à charge pour cette personne de conserver les biens donnés et de les rendre à sa mort à une autre personne. Ex : je lègue mes biens à Pierre à condition qu'il les conservera et les restituera au moment de sa mort à Paul. C'est une substitution interdite par l'article 896 du Code civil et qui, toute entière est nulle.

Pour échapper à la prohibition de l'article 896, la pratique notariale a imaginé un procédé particulier qu'on appelle le procédé du double legs conditionnel, procédé qui consiste à faire un double legs soumis l'un et l'autre à une même condition, de telle sorte que, la condition se réalisant, il ne restera qu'un legs et non plus deux legs comme dans la substitution. Exemple : je lègue mes biens à Pierre, mais j'ajoute : Si Pierre meurt sans enfants, il devra rendre les biens, au moment de sa mort à Paul.

Entre une libéralité de ce genre et une substitution telle que celle que j'énonçais tout à l'heure on voit qu'il y a une différence, mais aussi un point de contact. Il y a une différence en ce que la substitution contient deux libéralités qui s'exécuteront l'une et l'autre successivement. Première libéralité à Pierre, seconde libéralité à Paul qui s'exécutera au moment de la mort de Pierre. Dans le double legs conditionnel, il n'y aura en définitive qu'une libéralité, qu'un legs. En effet, si Pierre décède en laissant des enfants, la condition ne jouera pas; et le legs qui lui a été adressé sera définitif. Il n'y aura donc rien à reprocher à cela. Que

Source : BIU Cujas

si d'autre part Pierre meurt sans enfants, le legs qui lui a été fait sera résolu. La condition qui suspendait le legs fait à Paul se réalisera. Comme toute condition, elle produira un effet rétroactif et Paul sera réputé avoir été légataire depuis le jour du décès du testateur. Donc dans le double legs conditionnel il n'y aura jamais qu'une libéralité l'une ou l'autre, tandis que dans la substitution ordinaire il y a deux libéralités successives.

A part cette différence qui est une différence d'ordre technique et qui tient à l'effet rétroactif que nous attachons à la condition suspensive ou résolutoire, le résultat obtenu dans les deux cas est presque le même, et le double legs conditionnel a été imaginé par la pratique pour tourner la prohibition de l'article 896. Pour faire mieux voir le point de contact entre les deux procédés je suppose que le testateur ait légué dans les termes suivants : je lègue mes biens à Pierre, mais il sera tenu de les rendre à Paul, s'il meurt avant lui. Pierre ne devra donc rendre les biens que s'il prédécède. Néanmoins il y a ici substitution prohibée car cette condition de la survie de l'appelé est inhérente à toute substitution prohibée.

On voit donc combien le double legs conditionnel se rapproche de la substitution prohibée. C'est pourquoi lorsque cette clause fut imaginée par les Notaires et conseillée à leurs clients, les tribunaux la virent d'un mauvais oeil. Ils la considérèrent comme un procédé destiné à tourner la prohibition des substitutions et déclarèrent que les legs faits dans ces termes étaient nuls comme violant l'article 896. Voyez un arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 Mai 1865, Sirey 1865, I, 553. C'est un des derniers qui ait admis cette doctrine, car à partir de cette époque la jurisprudence des tribunaux a changé. Les tribunaux ont admis qu'il fallait interpréter la volonté du disposant, rechercher quel avait été le but par lui poursuivi et ils ont dit : si le disposant a eu principalement en vue la condition de laquelle doit dépendre l'attribution des biens, alors la libéralité est valable. Si c'est la condition qui l'a déterminé à employer ce procédé du double legs conditionnel, il n'y a rien à dire, il n'a pas essayé de tourner la loi.

Les tribunaux interprètent la volonté du disposant

Si au contraire il est établi qu'il a simplement voulu échapper à l'article 896 et qu'en réalité il entendait masquer la substitution derrière le double legs conditionnel, il faut annuler le legs tout entier par application de l'article 896.

Source : BIU Cujas

La Cour de Cassation reconnaît plein pouvoir au juge du fond pour l'interprétation de ces clauses

En face de cette interprétation de la volonté du disposant donateur, ou testateur, toutes les fois que la question a été portée devant la Cour de Cassation, toutes les fois qu'un pourvoi a été formé contre l'arrêt qui, soit reconnaissait la validité, soit prononçait la nullité du double legs conditionnel, la Cour de Cassation s'est abstenue de statuer. Elle a déclaré qu'il s'agissait là d'une question d'interprétation qui rentrait dans le pouvoir souverain des tribunaux, à condition bien entendu, ajoutent les arrêts, que les tribunaux n'aient pas dénaturé les termes de la convention ou du testament. Voyez en ce sens un arrêt de la Chambre des Requêtes du IO Janvier I922, Sirey I922, I, 206 :

"Attendu que par son testament olographe du I6 Octobre I877, la femme Voelker a disposé de ses biens dans les termes suivants : Comme héritier universel de toute ma fortune, j'institue mon neveu Jules Léon Coumes avec la condition résolutoire que s'il devait mourir sans héritier légitime, Maurice Nettinger de Strasbourg, fils de ma nièce, devra être l'héritier universel de toute ma fortune.

"Attendu que l'arrêt attaqué déclare que par cette disposition la femme Voelker n'a pas entendu faire une double disposition au profit de deux personnes devant successivement recueillir ses biens, mais qu'elle a voulu faire deux legs conditionnels l'un au profit de Léon Coulmes son neveu avec condition résolutoire pour le cas où il viendrait à décéder sans héritier légitime, l'autre sous condition suspensive au profit du mineur Nettinger son petit neveu, pour le même cas du décès de Léon Coulmes sans héritier légitime.

" Attendu que cette interprétation est souveraine, qu'il en résulte que la disposition litigieuse ne peut être considérée comme une substitution prohibée par la loi, que les deux légataires devaient venir à la succession de la femme Voelker, l'un à défaut de l'autre, et que les biens devaient être directement recueillis par celui des deux légataires au profit duquel la condition se réalisait".

Ainsi, nous connaissons bien le système actuel de la Cour de Cassation, mais il est curieux de constater que des arrêts tout récents rendus par elle en matière d'emprunts internationaux paraissent très difficilement conciliables avec ce système. Je fais ici allusion aux décisions de la Cour suprême à propos d'affaires qui ont fait grand bruit au cours des années précédentes, en particulier d'emprunts qu'avait faits en France et dans divers autres pays la

Source : BIU Cujas

ville de Tokio.

L'emprunt de la Ville de Tokio; devait-elle payer en livres aux porteurs français?

La ville de Tokio avait émis un emprunt de 9 millions de livres à 5%. Les prospectus annonçaient que trois millions étaient réservés à la place de Londres, trois millions à la place de Paris et trois millions à la place de New York. La tranche réservée à Paris se trouvait libellée en francs, et représentait suivant mention insérée à la notice et aux titres 4 millions de livres, soit 100 millions 800.000 francs. Cette tranche émise sur le marché français était divisée en obligations de 500 francs français rapportant un intérêt annuel de 25 francs. Il était spécifié dans la notice que l'intérêt annuel de l'emprunt français représenterait tant de livres. Donc dans la notice il était question de francs, mais on indiquait la valeur des francs en livres.

Les porteurs français émirent la prétention d'être payés de leurs coupons en livres, c'est-à-dire en une monnaie appréciée, la livre n'ayant pas encore perdu de sa valeur alors que le franc était déprécié. Ils ont émis également la prétention d'être remboursés de leurs titres, pour ceux qui sortaient au tirage, en livres et non pas en francs.

La Ville de Tokio a soutenu de son côté qu'ayant emprunté des francs français, elle n'était tenue de restituer que des francs français, soit comme coupons soit comme remboursement des obligations sorties au tirage.

Opposition entre la Cour de Paris et la Cour de Besançon.

Sur l'interprétation de ces stipulations, les tribunaux français se sont divisés. La Cour de Paris par un arrêt du 7 Mars 1929, a décide que les porteurs français n'avaient pas le droit de réclamer leur paiement en livres parce que le paiement pour la tranche française avait été stipulé en francs.

La Cour de Besançon, plus favorable aux intérêts des porteurs français a, le 12 Décembre 1928, jugé en sens contraire et a décidé que les coupons devaient être payés en livres. Pourvoi a été formé contre l'une et l'autre de ces décisions pour violation de l'article 1134 du code civil. On était bien en face d'une interprétation divergente d'une clause du contrat d'émission.

Dans cette hypothèse la Cour de Cassation a dû intervenir

Que devait faire la Cour de Cassation ? Ne devait-elle pas suivre la doctrine qu'elle avait appliquée lorsqu'il s'était agi des clauses de remploi, ou lorsqu'il s'était agi du double legs conditionnel et répondre que chacune des Cours avait raison d'user de son pouvoir d'interprétation, et constater que le pourvoi était sans objet et qu'elle ne pouvait exercer son droit de contrôle ? Mais on voit à quels résul-

Source : BIU Cujas

tats singuliers on serait arrivé dans l'espèce, car certains porteurs français auraient eu le droit de se faire payer en livres équivalent à l'or, tandis que d'autres n'auraient pu se faire payer qu'en francs. La Cour de Cassation par un arrêt de la Chambre civile du I4 Janvier I93I, Dalloz I93I, I, 5, avec des conclusions du Procureur général Matter et une longue note de M. Savatier, a jugé l'affaire au fond. Elle a interprété la clause litigieuse, et se prononçant dans le même sens que la Cour de Besançon elle a décidé que les porteurs français avaient le droit de se faire payer en livres sterlings.

Comment concilier ces deux arrêts avec la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation ?

C'est très délicat. C'est d'autant plus délicat que dans deux autres procès rapportés au Dalloz aux mêmes pages, concernant des emprunts internationaux et en particulier les emprunts faits par le port de Rosario et le Crédit franco-Canadien, la Cour de Cassation a respecté les décisions des juges du fond, comme rentrant dans leur pouvoir d'appréciation. Chambre civile, 3 Juin I930 et 9 Juillet I930 (Dalloz).

Dans ses conclusions le Procureur général Matter ne pouvait pas esquiver l'objection, et voici comment il y a répondu : Dalloz I93I, I, page 22, Ière colonne : "De ce que le juge doit rechercher dans les circonstances de la cause l'intention des parties et les motifs de sa décision, on pourrait conclure que son appréciation à cet égard est souveraine et ne tombe pas sous votre contrôle. Peu importerait qu'à Besançon il eut dit : oui, et : non à Paris, mais ce serait mal raisonner ".

Et il invoque trois arguments également discutables :

Arguments invoqués

"D'abord la Cour de Cassation a le droit de contrôler si les juges du fond ont tiré de l'appréciation des faits les conclusions imposées par la loi".

Il est évident que toutes les fois que les juges du fond interprètent des clauses ils en tirent des conclusions juridiques. Cela ne prouve pas qu'ils n'ont pas le droit d'interpréter la clause comme elle doit l'être.

Second argument : La Cour casse, ajoute le Procureur général Matter, quand il y a dénaturation du sens clair et précis de la convention.

Mais ici la convention n'était pas claire et précise puisqu'on discutait, et que les deux parties l'entendaient en sens contraire, que les porteurs prétendaient qu'ils devaient être payés en livres et que

Source : BIU Cujas

la ville de Tokio prétendait qu'elle ne devait payer qu'en francs. On était en présence d'une clause controversée et par conséquent le pouvoir d'interprétation des juges du fond semblait s'imposer.

En réalité il était impossible de laisser s'établir une double interprétation.

Enfin, la véritable raison qui a déterminé la Cour est comme l'a dit le Procureur, qu'il fallait trancher la question. Personne n'aurait compris qu'on rejetât les deux pourvois et qu'on permît à ceux qui avaient obtenu l'arrêt de Besançon de se faire payer en livres, alors que ceux qui avaient été jugés par la Cour de Paris n'auraient pu être payés qu'en francs C'eût été une solution contradictoire, bizarre.

On attendait que la Cour tranchât la question, elle n'a pas pu se soustraire à cette nécessité, et c'est pourquoi, faisant échec à sa jurisprudence antérieure, elle a interprété elle-même au fond la clause litigieuse.

Essai de conciliation des oppositions de la jurisprudence.

Dans la note qu'il a publiée au Dalloz sous ces arrêts, 1931, I, 5, M. Savatier a tenté de concilier cette décision avec les précédentes. Voir notamment, page 8, seconde colonne de la note. Il insiste d'abord sur l'impossibilité morale dans laquelle se trouvait la Cour de ne pas rendre de décision, de ne pas trancher le conflit. L'opinion publique (et c'est déjà l'argument invoqué par le Procureur général Matter) n'eût pu comprendre qu'une inégalité existât entre les porteurs français d'obligations de cet emprunt et qu'il fût possible à certains porteurs d'obtenir satisfaction en s'adressant à une Cour plutôt qu'à une autre.

Mais ceci n'est qu'une considération de fait qui ne prouve rien. Pour justifier la décision prise par la Cour de Cassation, il invoque la nature très particulière du contrat d'émission d'obligations, c'est-à-dire du contrat qui se forme entre la société émettrice et le public qui souscrit aux obligations proposées par elle. Ce contrat, dit-il, est ce que les auteurs de droit public appellent un acte-règle. Expression nouvelle qui n'est pas employée par les civilistes et dont le sens est loin d'être précis. D'autres disent : un acte-condition, c'est-à-dire un acte qui participe à la fois de la nature du contrat et de la nature d'une loi.

Caractère de généralité de certains contrats.

"Par définition dit-il, ce contrat impose aux obligataires une véritable loi impérative, égale pour tous". Cela revient à dire que c'est un contrat d'adhésion dont les termes sont fixés par la Société qui émet les obligations, et qu'elle propose au public désireux de souscrire. C'est un contrat d'adhésion rédigé par la Société émettrice.

Source : BIU Cujas

Savatier insiste sur la différence qu'il y a entre ce contrat et un contrat privé ordinaire destiné à ne lier qu'un nombre restreint de personnes, tandis qu'ici ce contrat s'adresse au public en général sous forme de dispositions générales et produit les mêmes effets à l'égard de tous ceux qui souscrivent aux obligations dans le même pays.

Ce contrat se rapprocherait de la loi, en ce sens qu'il est conclu entre la société et tous les souscripteurs à l'emprunt et dit-il son interprétation présente du point de vue général une utilité comparable à celle qu'offre l'interprétation d'un texte de loi. L'unité d'interprétation parait ici nécessaire, comme il est nécessaire d'assurer l'unité d'interprétation de la loi. Mais au fond, tout ce développement s'emboite dans le premier et revient à dire qu'il était indispensable pour la Cour de Cassation de trancher le conflit qui s'était élevé entre les Cours d'appel. C'est moins une explication qu'une constatation. Il est des cas où il peut être utile et même nécessaire pour la Cour de Cassation d'amender son système et de réviser l'interprétation des clauses litigieuses du contrat, et ce cas se présente lorsque le contrat par sa généralité prend un caractère de petite loi.

En matière d'enregistrement la Cour de Cassation se reconnait le droit de reviser l'interprétation des actes par le juge du fond

Quoi qu'il en soit, et sans insister davantage, il convient de citer encore une autre exception au système de la Cour de cassation, il y en a plusieurs autres, mais je n'en signalerai ici qu'une, qui concerne la matière de l'enregistrement. En matière d'enregistrement, c'est-à-dire en matière d'application des droits établis par la loi aux actes passés par les particuliers, la Cour de Cassation, depuis toujours s'est reconnu le droit de reviser l'interprétation donnée aux actes par les juges du fond et de la modifier lorsqu'elle estime qu'ils ont appliqué à l'acte juridique qui donne lieu à litige entre l'administration de l'enregistrement et les intéressée un droit autre que celui auquel il était soumis. Voyez notamment un arrêt de la Chambre civile du 29 Juillet I890, Dalloz I89I, I, 54, Sirey I89I, I, I83 où il est dit que dans l'application des lois d'enregistrement la Cour suprême a sur le véritable sens des conventions un droit de contrôle, dont l'exercice ne saurait être paralysé par les interprétations des tribunaux civils.

Voyez aussi un arrêt de la Chambre civile 25 Octobre I927, Dalloz I929, 2, 3I avec une note de M. Trotabas qui cherche à expliquer cette différence Dans cette matière de l'application des droits fis-

Source : BIU Cujas

caux aux conventions passées par les particuliers, la Cour de Cassation se reconnait même le droit d'examiner des documents nouveaux, de demander aux parties la production de pièces nouvelles afin de bien préciser quel est le droit applicable.

L'erreur du juge se traduit par une fausse application de la loi fiscale

Comment s'explique cette dérogation à la règle qu'en matière d'interprétation de clauses litigieuses, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'interprétation ? La Cour de Cassation ne l'a jamais dit; ses arrêts se contentent d'affirmer ce pouvoir de contrôle. Pourtant dans quelques-uns, elle déclare qu'il y a eu violation de la loi fiscale. Et reprenant cette idée, notre ancien collègue M. Pilon, aujourd'hui Conseiller à la Cour de Cassation, qui a publié un très remarquable "Traité des principes des droits d'enregistrement", le meilleur ouvrage publié sur cette matière, a tenté l'explication suivante. Il a dit : les droits d'enregistrement étant des impôts sur les actes juridiques, l'erreur des juges quant à l'application du droit qui concerne l'acte en question, est une erreur de droit, parce qu'elle se traduit par une fausse application de la loi fiscale. Voyez : Les principes d'enregistrement, tome I, n° 709. Quand on scrute cette explication on en voit rapidement le point faible. L'argumentation que donne M. Pilon à propos de l'enregistrement pourrait être donnée pour l'interprétation de tous les actes juridiques. Toute fausse interprétation d'un contrat peut conduire à appliquer ou à ne pas appliquer une loi. Ainsi la fausse interprétation de la loi, de l'article 896 en ce qui concerne le double legs conditionnel conduit à appliquer ou à ne pas appliquer l'article 896 qui prohibe les substitutions. Donc toute interprétation conduit à appliquer ou à ne pas appliquer un texte de loi. On pourrait donc dire que toutes les fois qu'il s'agit d'interprétation d'un contrat, la Cour de Cassation a un pouvoir de contrôle, parce qu'il s'agit de savoir si telle ou telle loi devait être appliquée, de telle sorte que cette explication n'explique pas grand chose.

Mais toute interprétation conduit à appliquer ou à ne pas appliquer la loi

Une autre tentative a été faite dans la note de M. Trotabas qui consiste à dire que le juge fiscal a toujours pour mission de défendre le contribuable contre le fisc, c'est-à-dire d'assurer au contribuable le respect de la légalité fiscale à laquelle il a droit Or, le juge ne peut garantir cette sécurité aux particuliers, il ne peut remplir ce rôle qu'en assujettissant l'administration des finances, à un contrôle juridictionnel. C'est constater, ce n'est pas expliquer, me semble-t-il. Je ne vois pas de véritable ex-

Source : BIU Cujas

plication. Marty, dans la thèse que j'ai déjà citée sur le Droit et le fait, reconnait également qu'il n'y a pas d'explication rationnelle de cette exception et la seule explication qu'il trouve est une explication d'ordre historique qu'il développe à la page 359.

En matière d'enregistrement il n'y a pas d'appel

On peut ajouter cette considération de fait qu'en matière d'enregistrement il n'y a qu'un degré, l'appel n'existe pas en matière fiscale. Le contribuable par conséquent est privé de cette garantie de porter le procès devant un juge supérieur. On comprend donc que la Cour de Cassation ait été entrainée tout naturellement à remplir ce rôle de juge d'appel, c'est-à-dire de juge contrôlant l'interprétation donnée par le tribunal saisi.

Si nous laissons de côté ces exceptions pour revenir à la règle, nous constatons que dans la matière de l'interprétation des clauses litigieuses des contrats, la Cour de Cassation n'intervient pas, elle ne se reconnait pas le droit de contrôle et accorde aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation. La Cour suprême ne contrôle l'interprétation que dans les cas où il y a violation de l'article 1134 du Code civil.

Un rapprochement se fait nécessairement dans l'esprit entre cette doctrine et celle que la Cour de Cassation admet quand il s'agit d'application d'un usage, ou d'application de la loi étrangère.

La Cour de Cassation se refuse à contrôler l'application d'un usage ou d'une loi étrangère

Nous avons dit que la Cour de Cassation ne contrôle pas la signification ni l'application des usages locaux et qu'elle se refuse également à contrôler l'interprétation donnée par les juges du fond à une loi étrangère. Du moment qu'il est établi qu'une loi étrangère doit s'appliquer, ce sont les juges du fond qui en déterminent la signification, et quand même ils se seraient grossièrement trompés, la Cour de Cassation n'intervient pas et déclare que l'interprétation de la loi étrangère rentre dans leur pouvoir souverain.

N'y a-t-il pas une raison commune qui explique ces trois décisions de la Cour suprême ? En particulier, pourquoi la Cour de Cassation réserve-t-elle aux juges du fond le pouvoir d'interpréter les contrats ?

Explications données de la jurisprudence

On a donné une première raison déjà citée à propos des usages et de l'interprétation des lois étrangères. On a dit : pour interpréter une convention il faut apprécier les conditions de fait dans lesquelles le contrat a été passé. Il faudrait donc que la Cour de cassation refît l'inspection qu'a faite

Source : BIU Cujas

le tribunal, or, son statut ne lui permet pas de diriger des recherches du côté des faits. Elle juge uniquement sur les pièces produites devant les juges du fond, et ces pièces ne lui permettent pas de faire renaitre devant elle le procès et les circonstances qui l'ont provoqué. Cette prémière considération a plus d'apparence que de fond. Les arrêts cités, précisément à propos des emprunts internationaux de la ville de Tokio, démontrent bien que, quand elle le veut, la Cour trouve dans le dossier de l'affaire tous les éléments nécessaires pour interpréter les clauses du contrat; elle a pu se prononcer au sujet de la clause litigieuse de cet emprunt, avec les documents qui lui ont été légalement soumis, de telle sorte qu'il n'est pas exact de dire que la Cour serait hors d'état de réviser l'interprétation. La preuve en est qu'elle l'a révisée dans ces cas-là, et qu'elle la révise en matière d'enregistrement. Rien ne l'empêcherait de demander la production de pièces nouvelles, comme elle le fait en matière d'enregistrement.

La Cour de Cassation ne peut connaitre les éléments de fait

Il faut donc chercher une autre raison. On n'en trouve qu'une qui est un peu formelle elle aussi. C'est que la Cour de Cassation a pour mission unique de surveiller l'exacte application de la loi et rien que de la loi, qu'il s'agisse du reste de la loi française ou d'une loi étrangère momentanément déclarée applicable sur notre territoire. Ainsi, nous appliquons dans nos trois départements recouvrés certaines dispositions de ce que nous appelons le droit local, qui n'est autre chose que la loi allemande qui s'y appliquait auparavant, et il est bien entendu que quand il s'agit d'interpréter un texte du droit local applicable encore dans l'un de ces trois départements, la Cour de Cassation exerce son contrôle bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de la loi française. C'est au fond la loi française, puisqu'il a été admis par le législateur que ces lois continueraient à s'appliquer sur ces territoires.

La Cour de Cassation se contente de veiller à l'exacte application de la loi

La Cour de Cassation a pour unique mission d'assurer une interprétation uniforme des lois applicables sur le territoire français. Or un contrat n'est pas une loi, malgré la formule de l'article 1134. Un contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes et l'interprétation exacte ou inexacte des clauses d'un contrat n'intéresse pas la collectivité comme l'intéresse l'interprétation de la loi. Il y a une raison d'ordre public qui a fait créer la Cour de cassation pour interpréter la loi.

Il est nécessaire que la loi soit interprétée

Source : BIU Cujas

de même façon par les tribunaux du pays, parce que la loi s'applique à tous les citoyens.

L'interprétation des contrats n'intéresse pas l'ordre public

Mais du point de vue de l'ordre public, du point de vue général nous ne rencontrons pas une considération de ce genre, en ce qui concerne l'interpétation d'un contrat passé entre deux ou plusieurs individus. Qu'un tribunal commette une erreur dans l'interprétation d'une convention, c'est regrettable, mais cela n'intéresse pas l'ensemble de la justice du pays. Au contraire, quand il s'agit d'interprétation de la loi il en est tout autrement. Je rappelle ici un exemple qui montre combien ces divergences d'interprétation peuvent être dangereuses, combien il est nécessaire de les supprimer. Lorsqu'en 1884 on a rétabli le divorce, à côté de la séparation de corps, la loi a décidé que la séparation de corps pourrait au bout de 3 ans être convertie en divorce, à la demande de l'un des époux. Le texte alors en vigueur de l'article 310 était ainsi rédigé : "Le jugement de séparation de corps pourra être converti en divorce". Ce mot :"pourra" qu'employait la loi de 1884 fut interprété comme donnant aux tribunaux saisis de la demande en conversion le pouvoir d'accorder ou de refuser la conversion. On put constater au bout de quelques années que certains tribunaux, favorables au divorce accordaient presque toujours la conversion, tandis que d'autres la refusaient par principe si bien qu'il s'était établi en France une divergence d'interprétation de ce texte d'après les tribunaux et que les époux désireux de faire convertir la séparation de corps en divorce cherchaient à porter l'affaire devant l'un des tribunaux qu'il savait favorables à leur demande. C'était une divergence d'interprétation des plus regrattable et dont les conséquences fâcheuses éclataient aux yeux. On constate par cet exemple combien la divergence dans un texte de loi a d'inconvénients du point de vue de l'ordre public. Aussi, en 1908 le législateur a-t-il modifié l'article 310 en décidant dans le texte nouveau qu'au bout de 3 ans, le jugement de séparation de corps serait converti de droit en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux.

C'est pourquoi la Cour a admis qu'elle ne pouvait pas exercer en cette matière son droit de contrôle

On peut dire que jamais trouble analogue ne se produira lorsqu'il y aura fausse interprétation d'un contrat. C'est précisément parce que l'interprétation d'un contrat n'intéresse pas l'ordre public que la Cour de Cassation a admis qu'elle ne pouvait pas en cette matière exercer son droit de contrôle.

Pourtant nous avons vu que cette considération n'est pas toujours exacte et que, pour certains con-

Source : BIU Cujas

trats, la Cour de Cassation fait échec à la règle précisément pour les contrats, qui peut on dire se rapprochent de la loi par le nombre de personnes qu'ils intéressent. Je fais ici allusion aux contrats relatifs aux emprunts internationaux.

Nous avons ainsi terminé le trosième point concernant la comparaison du contrat et de la loi.

Quatrième point -

Les effets de la promulgation d'une loi nouvelle sur les contrats en cours au moment de cette promulgation (I)

§ I - Notions générales sur le principe de la non rétroactivité des lois.

§ 2 - Applications de ce principe aux contrats.

§ I - Principes généraux -

Je ne connais pas dans le code civil de matière plus difficile. Depuis plus d'un siècle que l'on discute à son sujet on n'est pas arrivé à se mettre d'accord, non seulement entre la jurisprudence et la doctrine, mais même entre les auteurs. C'est du reste ce qui fait le prix des études nouvelles publiées par M. Roubier.

Le principe de la non rétroactivité des lois est écrit dans l'article 2 : "La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif".

(I) M. Roubier, Professeur à la Faculté de Lyon, a publié le premier grand ouvrage que nous ayons sur la non rétroactivité des lois sous ce titre : Les conflits de lois dans le temps. Volume I, paru en 1929. Du même auteur, un très bel article dans la Revue critique 1932 p. 120, sur la question que nous allons étudier : Des effets des lois nouvelles sur les contrats en cours.

Source : BIU Cujas

L'art. 2 C. civ. pose le principe de la non rétroactivité des lois

Ce texte contient deux règles qu'on peut ainsi formuler en renversant l'ordre des propositions de l'art. 2. :

I° : la loi n'a pas d'effet rétroactif.

2° : la loi ne dispose que pour l'avenir.

Première règle : la loi n'a pas d'effet rétroactif. Je rappelle tout d'abord que ce précepte ne concerne que le juge chargé d'appliquer la loi, ce n'est pas un précepte qui lie le législateur. Pour que l'article 2 s'imposât à l'observation du législateur, il faudrait qu'il eût été inséré dans la constitution, or il n'a été inséré que dans la constitution du 5 Fructidor an III, article I4 de la Déclaration des Droits, mais aucune des Constitutions postérieures, ni celle de l'an VIII ni les autres n'ont reproduit cette disposition, ce qui veut dire que le législateur est libre de faire des lois rétroactives. Ce faisant il a tort au surplus, car les lois rétroactives troublent profondément les rapports juridiques des individus, mais le législateur a incontestablement le droit de faire une loi rétroactive.

Il ne s'impose pas au législateur

Quel est le fondement du principe de l'article 2 : la loi n'a pas d'effet rétroactif ? Il est aisé à voir. Si le législateur pouvait appliquer une loi dans le passé, c'est-à-dire dans la période antérieure à sa promulgation, il n'y aurait plus de sécurité pour les particuliers. Un acte conclu alors que la loi l'autorisait pourrait être après coup, déclaré nul pour le passé comme pour l'avenir. Vous voyez quelle atteinte portée à la sécurité juridique. Aussi ce principe est fondé sur des considérations si graves; si sérieuses, que presque toujours le législateur s'abstient de donner un effet rétroactif aux lois qu'il édicte.

Fondement du principe : la sécurité des particuliers

On cite comme exemple regrettable de loi de ce genre le fameux décret du I7 Nivôse an III qui annulait toutes les donations faites depuis le I4 Juillet I789 et réglait à nouveau la dévolution des successions ab intestat qui s'étaient ouvertes entre le I4 Juillet I789 et le I7 Nivôse an II. La perturbation causée par cette mesure, la dépossession de ceux qui étaient régulièrement propriétaires des biens qui leur avaient été donnée ou qu'ils avaient recueillis par succession jeta un tel désordre dans le pays qu'il fallut rapporter au bout de quelque temps cette disposition.

Donc sur le fondement de cette première règle de l'article 2, il ne peut y avoir de doute. Cet article 2 est nécessaire, indispensable, et il serait bon qu'on en fît une règle de droit constitutionnel.

Applications de principe de la non rétroactivité

Voyons en maintenant des applications. Prenons par exemple l'article 755 du Code civil. En matière

Applications du principe de la non rétroactivité

de succession ab intestat, cet article décidait que les parents pouvaient succéder jusqu'au I2ème degré. Il a été modifié par la loi du 3I Décembre I907 qui a limité le droit de succession des parents collatéraux au 6ème degré. Les juges ne doivent pas appliquer cette nouvelle disposition aux successions qui se sont ouvertes au profit de parents plus éloignés que le sixième degré, avant la promulgation de la loi nouvelle.

Autre application : la loi du 2I Juin I907 relative au mariage, a permis aux garçons de se marier sans le consentement de leurs parents, à 2I ans, alors qu'auparavant d'après le Code civil, le consentement des père et mère était nécessaire pour la validité du mariage, en ce qui concerne les hommes, jusqu'à 25 ans révolus. Supposez qu'avant la loi du 2I Juin I907, qui n'est du reste plus en vigueur, un homme âgé de 23 ans se fût marié sans le consentement de ses père et mère, qu'il ait pu obtenir d'être marié sans fournir la preuve de ce consentement à l'officier de l'Etat civil son mariage se trouvait entaché de nullité. La loi nouvelle n'aurait rien modifié à cette situation. Elle n'aurait pas enlevé aux père et mère le droit de demander l'annulation du mariage antérieurement conclu. Si le juge avait refusé aux père et mère le droit de faire annuler le mariage pour la raison qu'une loi nouvelle dispensait le garçon âgé de 2I ans de demander le consentement de ses père et mère il aurait violé le principe de non rétroactivité. Voir également Req.29 Avril et 29 Juillet I93I Gaz. Pal. I93I.2.773. Ces arrêts ont décidé que la loi du I6 Décembre I927, d'après laquelle l'article I780 C. Civ. régit les contrats à durée indéterminée passés entre une Compagnie d'assurances et ses agents, ne doit pas être appliquée aux contrats qui ont été résiliés par la Compagnie avant la promulgation de ladite loi.

Ce principe de non rétroactivité est d'une application très large. Il s'applique à toutes les lois, ce qui se comprend, étant donné le fondement sur lequel il repose.

Le principe ne s'applique pas aux lois de procédure civile et de compétence

Pourtant il subit quelques dérogations, deux en particulier. La première concerne les lois de compétence judiciaire et de procédure civile, la seconde les lois interprétatives.

Disons d'abord un mot de la première dérogation qui vise les lois de procédure civile et les lois de compétence.

Il est admis qu'une loi modifiant la procédure civile doit s'appliquer aux procès en cours, sous la réserve du maintien des actes de procédure anté-

Source : BIU Cujas

rieurement accomplis. Ce n'est pas à proprement parler de la rétroactivité : la loi va s'appliquer pour le cours de la procédure, à partir de sa promulgation. Mais c'est de la rétroactivité en ce sens qu'elle s'applique à un procès qui est né avant sa promulgation. Pourquoi applique-t-on la loi de procédure civile immédiatement ? C'est parce qu'elle ne peut être que favorable aux intéressés, parce qu'elle améliore la procédure dans leur intérêt et qu'il faut donc les en faire profiter. Cela ne peut pas avoir d'inconvénients pour eux.

De même, les lois qui modifient la compétence s'appliquent aux faits qui se sont passés antérieurement à leur promulgation. C'est ainsi qu'une loi du 2 Janvier I902 relative à la compétence en matière d'assurances, loi qui n'est plus en vigueur depuis la loi sur le contrat d'assurances du I3 Juillet I930, autorisait l'assuré à assigner l'assureur devant son propre domicile à lui assuré. Un assuré a pu invoquer cette loi même pour un sinistre antérieur à sa promulgation "A moins, ajoutait la loi, qu'une stipulation contraire ne fût insérée dans la police". Ici la raison qui fait que les lois de compétence s'appliquent immédiatement aux faits antérieurs, est encore la même que pour la loi de procédure. Ces lois sont faites pour assurer une meilleure distribution de la just et il faut dès lors, les appliquer immédiatement. C'est l'intérêt de tous les justiciables.

l ne s'applique as non plus ux lois inter- rétatives

Parlons maintenant des lois interprétatives. Une loi interprétative est une loi que fait le législateur pour donner l'interprétation qui convient à un texte de loi sur le sens duquel les tribunaux sont en désaccord. Ordinairement c'est à la Cour de Cassation que revient ce rôle, mais il se peut que la Cour de Cassation tarde à se prononcer parce qu'un pourvoi n'est pas porté devant elle, ou il se peut qu'elle interprète la loi autrement que ne le voulait le législateur. Dans ce cas le législateur a le droit de donner lui-même l'interprétation.

Une loi interprétative n'est pas, à proprement parler, une loi nouvelle, c'est une mesure qui fixe le sens d'une loi antérieure. Il faut donc l'appliquer comme si elle était incorporée dans la loi ancienne. Elle produit alors son effet, non seulement du jour où elle est promulguée, mais elle produit son effet dans le passé. Voici en particulier deux exemples de lois interprétatives. La première a été rendue à propos du notariat. La loi sur le notariat du 2I Juin I843 a interprété l'article 9 de la loi organique du 25 Ventôse an XI sur la forme des actes notariés.

Source : BIU Cujas

L'article 9 de la loi de l'an XI exigeait que les actes notariés fussent reçus par deux notaires, ou par un Notaire et deux témoins. Dans un but de simplification, les notaires avaient pris l'habitude de recevoir les actes et de les faire signer après par le notaire en second ou les deux témoins. La Cour de Cassation ayant déclaré que cette pratique était illicite, il en résultait cette conséquence très grave que tous les actes qui avaient été passés antérieurement se trouvaient menacés d'annulation.

Le notariat fut très vivement inquiété par cette décision et il sollicita du Parlement le vote d'une loi interprétative de cet article 9, loi qui a eu pour but de valider tous les actes qui avaient été irrégulièrement passés.

Quand une loi est-elle interprétative ?

2°- Il est souvent très délicat de dire si une loi nouvelle est une loi interprétative ou ne l'est pas. La question s'est posée notamment à propos de la modification qui a été apportée au fameux article 1384 alinéa I, qui est censé avoir établi la responsabilité du fait des choses inanimées. La jurisprudence, dans son ardeur à appliquer ce nouveau texte, avait décidé à propos d'un incendie qui s'était produit dans la gare de Bordeaux, incendie qui avait eu pour cause des tonneaux de résine et qui s'était communiqué à des entrepôts voisins, que la Compagnie était responsable de l'incendie en vertu de l'article 1384 alinéa I, parce qu'elle était responsable des choses dont elle avait la garde.

Cette jurisprudence nouvelle avait beaucoup inquiété les Compagnies d'assurances pour cette raison qu'elles craignaient qu'on ne l'appliquât en matière d'immeubles. Or, il était admis jusque-là qu'en matière d'immeubles, le propriétaire dont l'immeuble avait été frappé d'un incendie qui avait endommagé l'immeuble voisin, n'était déclaré responsable vis-à-vis du voisin chez lequel le feu avait été communiqué, que s'il avait commis une faute. C'est pourquoi les Compagnies d'assurances assurent à un prix très bas le propriétaire contre le recours des voisins. Or, si l'on avait appliqué la règle nouvelle en matière immobilière, il en serait résulté que le propriétaire aurait été responsable de la communication du feu à l'immeuble voisin, sans qu'il fût nécessaire pour le voisin de prouver qu'il y avait eu une faute commise. Il aurait été responsable par le seul fait que le feu avait éclaté chez lui et qu'on est responsable des choses dont on a la garde. Les Compagnies d'assurances ont alors demandé l'intervention du législateur. C'est pour cette hypothèse qu'a été faite la loi du 7 Novembre 1922

Source : BIU Cujas

qui a ajouté un alinéa à l'article 1384 : "... Celui qui détient à titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des objets mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance n'est responsable vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé que l'incendie doit être attribué à sa faute, ou à la faute des personnes dont il est responsable ".

Après la promulgation de cette loi, on s'est demandé si c'était une loi interprétative, ou bien une loi nouvelle, ce qui avait le plus grand intérêt pour les sinistres qui avaient pu se produire depuis le jour de la jurisprudence nouvelle de la Cour de Cassation, jusqu'au moment du vote de la loi. La question a été très discutée par les auteurs, mais finalement la jurisprudence l'a tranchée en décidant que la loi était interprétative, ce qui donnait tout apaisement aux Compagnies d'assurances.

La loi nouvelle régit seule l'avenir. Distinction entre la non rétroactivité de la loi et la survie de la loi abrogée.

La seconde règle est la suivante : la loi nouvelle régit seule en principe l'avenir.

D'après la Cour de Cassation, la formule que nous rencontrons dans nombre de ses arrêts est la suivante : toute loi nouvelle régit en principe les situations établies et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, à moins, ajoute la Cour de Cassation, que la loi nouvelle ne porte atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure.

Ce second principe ne concerne que l'avenir, et comme on l'a dit très exactement, il s'agit ici non plus de rétroactivité, mais de savoir si la loi abrogée peut dans certains cas prolonger ses effets dans l'avenir. Il n'y a à proprement parler de rétroactivité que dans les cas où l'on applique une loi nouvelle aux effets juridiques qui se sont produits antérieurement et où l'on prétend, par l'application de cette loi détruire les conséquences passées qu'ont produit ces effets juridiques. Ici il s'agit des effets que les situations antérieures peuvent produire dans l'avenir.

On notera donc bien que la question qui se prés te ici est une question non de rétroactivité mais de survie de la loi abrogée. Cette distinction qui jette de la clarté dans notre matière et que les commentateurs n'ont pas toujours faite, avait déjà été exposé par Portalis dans les Travaux préparatoires, et voici notamment ce qu'il disait dans l'exposé des motifs l'article 2 (Travaux préparatoires du code T. 6 p.

"Détruire une institution juridique qui existe n'est certainement pas faire une loi rétroactive, car

Source : BIU Cujas

si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire, elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus ".

Portalis marquait bien ainsi la différence entre le passé et l'avenir, différence qu'il est important de comprendre pour l'explication de l'article 2.

Justification de l'application de la loi nouvelle à l'avenir

Quelle est la raison d'être de ce second principe ? Pourquoi l'avenir ne doit il être réglé que par la loi nouvelle ? Pourquoi les effets des actes passés seront-ils dorénavant réglementés par la loi nouvelle ?

Pour cette raison que la loi ancienne étant abrogée ne doit plus s'appliquer parce qu'elle a été remplacée par une loi que le législateur a jugée meilleure, mieux adaptée à l'époque présente. Elle ne doit pas non plus s'appliquer parce que l'application concurrente de deux lois, la loi abrogée et la loi à venir, est contraire au principe de l'unité de la législation.

Ces deux motifs justifient donc parfaitement le principe que je viens d'énoncer.

Cependant à ce principe, la Cour de Cassation apporte une exception, puisqu'après avoir exprimé la règle elle ajoute : "à moins que l'application de la loi nouvelle ne porte atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure".

Qu'est-ce donc qu'un droit acquis d'après la jurisprudence .

Distinction jurisprudentielle entre les droits acquis et les simples expectatives

La jurisprudence applique à notre matière une distinction entre ce qu'elle appelle les droits acquis et les simples expectatives, distinction qui peut se résumer ainsi : une loi nouvelle ne détruit pas les droits acquis par une personne antérieurement à sa promulgation, ce qui signifie que ces droits acquis continueront à produire leurs effets dans l'avenir, à moins qu'elle ne le décide expressément. A l'inverse la simple espérance de l'acquisition d'un droit que la loi nouvelle supprime, s'évanouit par le fait de la promulgation de cette loi.

Qu'est-ce qu'un droit acquis ?

C'est une notion peu satisfaisante, difficile à exprimer et la meilleure définition que j'en trouve est celle qu'a donnée dans un récent rapport le Conseiller Pilon dans un arrêt de cassation de 1932, Chambres réunies 13 Janvier Dalloz 1932 I 18.

Essai d'une définition du droit acquis

"Il y a droit acquis, dit-il dans son rapport, au profit d'une personne lorsque le droit dont elle se prévaut est fondé sur un titre légal, contractuel ou ju-

Source : BIU Cujas

diciaire". Laissons de côté pour le moment le titre contractuel, nous en parlerons en traitant de l'effet de la loi nouvelle sur les contrats antérieurement passés. Il y a droit acquis d'après M. Pilon, lorsque le droit dont une personne se prévaut est fondé sur un titre légal ou judiciaire.

Exemples empruntés à la jurisprudence sur la loi de 1912. L'enfant né avant cette loi peut s'en prévaloir sans que son père puisse lui opposer un prétendu droit acquis.

Pour éclairer cette définition il faut que je cite certains arrêts récents de la Chambre civile qui ont considéré qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas droit acquis.

Ce sont d'abord les arrêts de la Chambre civile qui ont été rendus à propos de l'application de la loi du 16 Novembre 1912 qui, modifiant l'article 340, a autorisé la recherche de la paternité : Civile du 20 Février et 24 Juillet 1917, Dalloz 1917, I, 81 avec une note de M. Capitant et Sirey 1917, I, 73 avec une note du Doyen Lyon-Caen.

La question qui se posait devant la Cour de Cassation était de savoir si les enfants naturels, nés antérieurement à la promulgation de la loi du 16 Novembre 1912, mais se trouvant encore dans les délais fixés par cette loi pour l'exercice de l'action en recherche de paternité, c'est-à-dire étant mineurs, ou n'ayant pas encore atteint depuis plus d'un an leur majorité pouvaient exercer une action en recherche de paternité.

La Cour de Montpellier dans un arrêt du 31 Mai 1915 rapporté sous les arrêts de la Cour de cassation précités, s'était prononcée pour la négative, pour la raison que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif.

"Attendu disait la Cour de Montpellier, que si l'on considère à ce double point de vue la loi du 16 Novembre 1912 on constate, non seulement qu'elle ne contient aucune disposition permettant de lui assigner un effet dans le passé, mais encore que les termes dans lesquels elle a été promulguée, montrent qu'elle n'a pas réglementé l'avenir".

Sur pourvoi, cet arrêt a été cassé par la Chambre civile. Celle-ci a décidé qu'il n'y avait pas en l'espèce de droit acquis au profit du père naturel à la non recherche de la paternité. Et voici les attendus par lesquels elle a justifié cette solution :

" Attendu que toute loi nouvelle régit en principe, même les situations établies pour les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation.

" Qu'il n'est fait échec à ce principe par la règle de la non rétroactivité des lois qu'autant que l'application de la loi nouvelle porterait atteinte aux droits acquis sous l'empire de la législation antérieure

" Attendu que l'article 340 du Code civil prohi-

Source : BIU Cujas

bant la recherche de la paternité conférait éventuellement au père naturel la faculté d'opposer une fin de non recevoir à l'action en déclaration de paternité qui serait intentée contre lui mais que ce texte ne lui faisait pas acquérir pour toujours le droit de se soustraire à la constatation du lien l'unissant à l'enfant, et à l'exécution des obligations naturelles en dérivant.

"Attendu dès lors que la loi du I6 Novembre I9I2 n'ayant par la suppression de la faculté résultant de l'ancien article 340, enlevé au père naturel qu'une simple expectative, doit conformément au principe susénoncé, être appliquée, même aux enfants nés avant sa promulgation."

Cette solution me paraît en effet bien fondée, bien justifiée, rien ne s'opposait à l'application de la loi nouvelle au profit des enfants nés antérieurement à sa promulgation.

Mais ces arrêts du 20 Février et du 24 Juillet I9I7 ont tranché une seconde question plus délicate car après avoir ainsi posé le principe du droit pour les enfants de rechercher la paternité, ils ont décidé que les enfants qui auraient obtenu la reconnaissance judiciaire de leur filiation dans les conditions indiquées avaient le droit de venir à la succession de leur père, bien qu'elle se fût ouverte antérieurement à la promulgation de la loi et qu'elle eût été recueillie par les héritiers légitimes du père. Ils avaient le droit de venir au préjudice de ces héritiers réclamer leur part dans la succession. Ici il semble bien que la loi nouvelle porte atteinte à ce que la jurisprudence appelle un droit acquis des héritiers légitimes du père, puisque ces héritiers ont exercé dans la succession du père un droit que la loi leur donnait au moment où cette succession s'est ouverte. A cette objection, les arrêts ont répondu que le fait par les héritiers d'avoir appréhendé une succession ne suffit pas pour leur conférer un droit acquis à l'égard d'autres héritiers dont l'existence serait ultérieurement établie. La Cour de Cassation a fait un rapprochement entre cette situation et celle de l'héritier apparent. Supposez qu'un héritier apparent se soit emparé de la succession du de cujus et que plus tard un héritier plus proche intente contre lui la pétition d'hérédité et réussisse dans sa demande, il aura le droit de se faire restituer les biens par l'héritier apparent. Les deux arrêts précités ont assimilé notre situation à celle de l'héritier apparent. Ils ont dit : l'enfant naturel qui postérieurement à la promulgation de la loi de I9I2 a établi sa filiation naturelle, a

Source : BIU Cujas

le droit lui aussi de réclamer la
ouverte de son père.

L'argument ne paraît pas cependant déc
cette raison qu'ici il s'agit d'une loi no
est la loi de I9I2 qui a donné naissance au
succession de l'enfant naturel, et c'est en v
ne loi nouvelle que l'enfant naturel vient fair
chec à ce que la jurisprudence appelle un droit ac
quis des héritiers qui ont déjà recueilli la succes-
sion du père. S'il n'y a pas dans ce cas vraiment droit
acquis, on se demande quand cette expression peut
s'appliquer. C'est pourquoi les commentateurs ont or-
dinairement critiqué cette seconde solution admise
par la Chambre civile (voir ma note). On pourrait ré-
pondre cependant que la loi de I9I2 n'a pas modifié
l'ordre légal des successions; elle n'a pas touché au
régime successoral; elle a simplement donné aux en-
fants naturels le droit d'établir leur filiation pa-
ternelle, et c'est par la conséquence de l'établisse-
ment de la filiation paternelle que l'enfant naturel
vient à la succession de son père.

J'avoue qu'il y a là quelque chose d'assez délicat
et après avoir combattu le système de la Cour de Cassa-
tion, je me demande s'il n'y a pas dans le fond de ce
raisonnement une idée qui peut être défendue. Voici du
reste comment s'explique la Cour de Cassation sur ce
point :

"Attendu que le fait par certains héritiers d'a-
voir appréhendé une succession ne suffit pas pour leur
conférer un droit acquis vis-à-vis d'autres héritiers
dont l'existence serait ultérieurement établie, que
dès lors l'enfant naturel qui après le décès du père
invoquerait contre les héritiers de ce dernier le
nouvel article 340 pour obtenir sa part dans l'héré-
dité ne saurait être considéré comme blessant un droit
acquis, et qu'il importerait peu que le décès du
père ait eu lieu avant la promulgation de la loi de
I9I2, celle-ci n'ayant apporté aucune modification dans
le régime successoral antérieur .....

"D'où il résulte que l'arrêt a violé l'article
340 du Code civil".

emple de
oits acquis
matière de
ux à loyer

Voilà donc des espèces dans lesquelles la Cour
de Cassation a déclaré qu'il n'y avait pas de droit
acquis.

En voici une autre où au contraire elle a reconnu
l'existence d'un droit acquis. Il s'agit d'un arrêt
rendu par les Chambres réunies de la Cour de Cassation
le I3 Janvier I932 rapporté au Dalloz I932, I, I8 avec
un excellent rapport de M. Pilon. Voici les faits : la
question est relative aux lois concernant les baux a

rs

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions Ecrites et Orales

Le propriétaire d'une maison sise à Limoges, nommé Martineau, avait par exploit du 27 Novembre I928 donné congé à sa locataire la Veuve Bernard, des lieux qu'elle occupait en vertu d'un bail verbal. Il lui avait donné congé régulièrement en vue d'aménager les lieux et de les modifier, dans les conditions qu'autorisait la loi du Ier Avril I926 alors en vigueur. Le congé était donné 6 mois à l'avance et l'exploit offrait une indemnité préalable, égale à une année de loyer conformément à la loi de I926.

Les parties n'ayant pu se mettre d'accord, Martineau intenta une procédure au cours de laquelle fut votée et promulguée la loi du 29 Juin I929, nouvelle loi sur les loyers, sous l'empire de laquelle nous sommes encore, qui modifiant et complétant celle du Ier Avril I926 soumet notamment le droit de reprise du propriétaire à deux conditions plus sévères et plus onéreuses. Le délai de préavis y est porté de 6 mois à un an, et l'indemnité d'éviction de une à deux années, si bien que le délai de préavis donné par le propriétaire en I928 qui était conforme à la loi de I926, alors en vigueur, ne correspondant plus aux conditions plus rigoureuses, imposées pour l'exercice du droit de reprise par la loi de I929. La locataire, la dame Bernard, prétendit que les dispositions de la nouvelle loi, étant d'ordre public, devaient s'appliquer aux procédures en cours et que le droit de reprise du propriétaire était en conséquence soumis aux conditions nouvelles imposées par la loi de I929. Elle obtint gain de cause devant le juge de paix de Limoges.

Sur pourvoi du propriétaire, la Cour de cassation a cassé la sentence du juge de paix pour la raison que le propriétaire ayant donné congé dans les conditions requises par la loi de I926, sous l'empire de laquelle on se trouvait au moment du congé, avait acquis un droit à l'effet de ce congé et que ce droit n'avait pas pu lui être enlevé par la loi de I929; ajoutant qu'il ne s'agissait pas là d'une loi de procédure (car les lois de procédure par exception à la règle de la non retroactivité des lois s'appliquent sur le champ aux procès en cours) parce que la procédure n'était pas commencée et qu'en conséquence il y avait bien un droit acquis que la loi nouvelle n'avait pas pu lui enlever.

"Attendu que si toute loi nouvelle régit en principe, les situations établies, et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation il est fait échec à ce principe par la règle de la non rétroactivité des lois formulée par l'article 2 du code civil, lor

Source : BIU Cujas

que l'application d'une loi nouvelle porterait atteinte aux droits acquis sous l'empire de la législation antérieure.

"Attendu que le jugement a décidé d'appliquer cette disposition ....

"Attendu que l'article unique de la loi du 29 Juin 1929 énonce que plusieurs articles de la loi de 1926 sont modifiés, il ressort de cette disposition que la loi nouvelle n'a pas pour objet d'interpréter des textes anciens, mais au contraire de les compléter sans rétroactivité.

"Attendu d'autre part que le congé préavis donné par le propriétaire n'est pas un acte de procédure, que l'instance ne commence que par la déclaration au greffe, consécutive au préavis, que par suite donné en 1928 pour le 27 Mai 1929, le congé préavis ne saurait être régi par la loi de 1929 sans porter atteinte aux droits régulièrement acquis par le propriétaire sous l'empire de la loi antérieure ".

Insuffisance du criterium entre le droit acquis et la simple expectative

Voilà donc qui précise un peu ce que la jurisprudence appelle un droit acquis. Mais ce criterium, établi par la jurisprudence pour déterminer les cas où un droit appartenant à un individu doit continuer à lui profiter dans l'avenir malgré la promulgation d'une loi nouvelle, est combattu par la doctrine moderne.

Il faut bien reconnaître qu'il est imparfait. Tout d'abord il est parfois très difficile de dire si on est en présence d'un droit acquis ou d'une simple expectative. On a vu en particulier la difficulté pour le droit appartenant aux héritiers du père naturel qui, lui, semble présenter tous les caractères du droit acquis, et qui cependant n'a pas été considéré comme tel par la Cour de Cassation.

Si bien qu'il n'y aurait droit acquis d'une façon indiscutable que si une loi nouvelle venait modifier la dévolution de successions antérieurement ouvertes.

D'une part la distinction se trouve parfois en défaut, car il y a des lois qu'il faut appliquer sans hésitation dès le jour de leur promulgation bien qu'elles suppriment des droits acquis. Les lois révolutionnaires qui ont aboli les droits féodaux ont bien supprimé des droits acquis et pourtant, c'est un point non douteux, ces lois n'ont pas porté atteinte au principe de non rétroactivité. En conséquence de ces critiques, la doctrine moderne abandonne ce criterium comme étant insuffisant et manquant de précision. Mais je dois reconnaître que nous n'avons rien mis à la place et qu'on n'a pas trouvé mieux. D'autre part, malgré les objections fondées de la doctrine, la Cour de Cassation y reste fidèle, comme le montre l'arrêt

Source : BIU Cujas

de 1932 qui cependant a été rapporté par M. Pillon qui étant professeur des Facultés de droit connaissait mieux que tout autre les critiques adressées à ce criterium. Cette matière reste sombre et difficile.

Voilà les quelques notions générales qu'il y avait lieu de présenter sur le principe de la non rétroactivité des lois.

§ 2 - Effets des lois nouvelles sur les contrats en cours (I)

Application en matière de contrat de la loi sous l'empire de laquelle il a été passé

La matière n'est pas plus simple ni plus claire que l'exposé général des principes de la non rétroactivité.

Pour l'éclairer nous resterons sur le terrain des contrats proprement dits. Nous avons au début du cours fait une distinction entre le contrat du droit du patrimoine et les accords de volontés qui se rencontrent dans le droit de famille, le mariage, l'adoption. Le mariage et l'adoption bien qu'exigeant un accord de volontés, l'un des deux époux, l'autre, de l'adoptant et de l'adopté, ne sont pas des contrats mais des accords de volonté qui placent les intéressés sous un statut légal, le statut des gens mariés, ou le statut établi par la loi pour la réglementation de l'adoption.

Dans cette matière du statut légal, il n'est pas douteux qu'il faut appliquer le principe que j'énonçais en second lieu et que quand une loi nouvelle vient modifier le statut légal soit des gens mariés, soit de l'adoption, cette loi nouvelle s'applique sur le champ à tous les époux qui se trouvent dans les liens du mariage ou de l'adoption au jour de sa promulgation. Il n'y a pas de doute sur ce point et c'est bien là ce qui montre l'exactitude de la distinction faite au début du cours. Par exemple des époux qui s'étaient mariés à une époque où la loi française n'admettait pas le divorce, c'est-à-dire en 1884, ont pu certainement se prévaloir de cette loi, et de même aujourd'hui si une loi nouvelle adoptait une cause nouvelle de divorce n'existant pas encore dans notre loi, comme

---

(I) Cf. M. Roubier, Revue critique 1932 p. 120 et ss.

Source : BIU Cujas

par exemple l'aliénation mentale, il n'est pas douteux que tous les époux mariés au jour de la promulgation de cette loi pourraient se prévaloir de cette disposition, en vertu de cette idée que la loi nouvelle s'applique sur le champ et régit les effets à venir des situations juridiques antérieurement établies. Au contraire, en tant que le mariage suppose à son origine un accord de volontés en tant qu'il s'agit de l'accord de volontés, nous sommes en matière contractuelle, et il faudrait appliquer les règles que nous allons énoncer concernant les effets du contrat relativement à la loi nouvelle. Si nous supposons, par exemple, qu'une loi vienne élargir les causes d'erreur qui permettent à l'un des époux de demander l'annulation du mariage, il semble que des époux mariés ne pourraient pas se prévaloir de cette clause nouvelle pour la raison que nous sommes ici dans le domaine du consentement c'est-à-dire de l'accord de volontés, et qu'en matière de contrat il faut appliquer la loi sous l'empire de laquelle l'accord a été conclu.

Voici en effet, en tant qu'il s'agit de contrats, la règle relative aux effets d'une loi nouvelle sur les contrats en cours au moment de sa promulgation. Elle est ainsi formulée par Roubier : "Le contrat une fois formé demeure exclusivement régi quant à l'avenir par la loi en vigueur au moment de sa conclusion".

C'est une formule que nous rencontrons dans nombre de décisions de la Cour suprême (Cf notamment un arrêt de la Chambre civile 7 Juin 1901, Dalloz 1902, I, 105 et un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 Novembre 1920 Sirey 1921, I, 167).

Justification de cette solution

La Cour de Cassation applique ici son critère parce que, dit-elle, il y a un droit acquis à l'application de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont traité. Roubier donne une raison plus solide que voici : la sécurité des rapports juridiques exige, explique et justifie cette solution. Si les rapports créés entre des particuliers par des contrats pouvaient être modifiés par des lois nouvelles, il n'y aurait plus de sécurité. Ce serait un véritable désordre dans le commerce juridique.

Mais Roubier applique ce principe avec une rigueur qui, dans certains cas, paraît excessive.

Il l'applique d'abord à la formation des contrats. "Les conditions de validité d'un contrat, dit-il, sont déterminées par la loi en cours au moment de sa conclusion. Une loi nouvelle ne pourrait pas plus annuler un contrat valablement passé sous la loi précédente qu'elle ne pourrait valider un contrat nul à la teneur de cette loi"

Source : BIU Cujas

Application de cette idée aux marchés à terme en cours au moment où fut votée la loi de I885

Ainsi donc, d'après lui, du moment qu'un contrat a été valablement formé, il ne peut être déclaré nul par une loi postérieure, et à l'appui il cite des décisions qui semblent corroborer cette proposition D'abord il cite des décisions auxquelles j'ai déjà fait allusion et qui ont été rendues à la suite du vote de la loi du 28 Mars I885 qui a proclamé la validité des marchés à terme, les marchés de bourse et de marchandises passés à terme, et qui a refusé à celui qui, à la suite de la passation de ces marchés se trouvait débiteur d'une différence, le droit d'opposer à l'autre l'exception de jeu de l'article I965 que la jurisprudence antérieure lui permettait d'opposer lorsque le marché avait été conclu dans des conditions telles qu'il devait se solder par le réglement de la différence c'est-à-dire que les parties n'avaient pas l'intention de prendre livraison de la marchandise mais jouaient uniquement sur la hausse ou sur la baisse des cours. Or, la question s'est posée devant la Cour de Cassation de savoir si pour les marchés conclus antérieurement à la loi de I885 mais non encore terminés, les intéressés conservaient le droit d'opposer l'exception de jeu, ou s'ils étaient soumis à l'application de la loi nouvelle qui leur en enlevait le bénéfice.

La Cour de Cassation, par plusieurs arrêts de la Chambre des requêtes, I8 Avril I887, Dalloz I887,I,I53 a décidé que la loi de I885 n'avait pas pu porter atteinte au droit acquis par les débiteurs d'invoquer l'exception de jeu. Le débiteur gardait le droit d'invoquer l'exception de jeu de la loi en vigueur au moment où il avait conclu le contrat. Une loi nouvelle ne pouvait pas le lui enlever.

Un autre exemple qui corrobore cette proposition résulte d'un arrêt de la Chambre civile du 7 Juin I90I, Dalloz I902 I I05 Sirey I902 I 5I3. Par une convention qui avait été passée en I8I9 et renouvelée au cours du siècle, la ville de Paris avait concédé aux frères des écoles chrétiennes en échange des avantages que l'Institut des Frères des Ecoles chrétiennes lui promettait pour le développement de l'enseignement populaire, la jouissance d'un immeuble situé rue Oudinot, sans qu'ils eussent à payer de loyer, tant que leur établissement subsisterait dans les locaux concédés. Vint la loi du 30 Octobre I886 qui a organisé l'enseignement primaire laïque, et cette loi ayant interdit aux communes de subventionner directement ou indirectement les écoles privées, la ville de Paris demanda la résiliation de la convention et la restitution de l'immeuble détenu par les frères des écoles

Source : BIU Cujas

chrétiennes.

Un arrêt de la Cour de Paris du 6 Décembre I889 fit droit à cette demande, mais fut cassé par la Cour de Cassation pour cette raison qu'une loi nouvelle ne pouvait pas porter atteinte aux conventions conclues par les particuliers.

"Les effets d'un contrat, a dit la Cour de Cassation, sont régis par la loi en vigueur au moment où il a été passé, notamment les causes de nullité ou de résolution dérivant d'une loi nouvelle ne touchent pas aux droits contractuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne qui était en vigueur au moment où le contrat a été conclu".

Voilà donc des décisions qui semblent corroborer la proposition de M. Roubier.

L'auteur applique la même règle aux effets produits par le contrat.

"Les effets du contrat en cours au moment du changement de législation, dit-il, demeurent déterminés par la loi en vigueur au moment où ils ont été formés".

L'application de la loi ancienne ne comporte-t- elle pas des tempéraments ?

Comme exemple il donne cet arrêt de la Chambre civile de I90I, et il ajoute, et c'est là qu'il y a dans sa doctrine un peu d'excès : "Il n'y a pas à distinguer entre les lois impératives ou d'ordre public et les lois supplétives". Donc quel que soit le caractère de la loi nouvelle, quand même elle serait d'ordre public et quand même elle prohiberait au nom de l'ordre public une clause insérée dans le contrat antérieurement conclu, ou le contrat lui-même , le contrat resterait valable.

"Le contrat dit-il, est le moyen accordé par l'ordre juridique aux particuliers pour diversifier et différencier leur situation juridique. Il sert aux particuliers à orienter leurs prévisions d'une certaine manière et il est dès lors inadmissible qu'une loi nouvelle puisse revenir sur un contrat passé et bouleverser des combinaisons contractuelles parfaitement licites. La distinction des combinaisons contractuelles licites et des combinaisons illicites ne peut être donnée que par la loi du jour du contrat, et ici encore il y a des décisions qui peuvent être invoquées à l'appui de cette proposition".

Application de la loi nouvelle même aux contrats en cours loi de I928 sur le délai congé lois sur les clauses or.

Je rencontre dans la jurisprudence récente de la Cour de Cassation des arrêts qui ne s'accordent pas du tout avec ces affirmations de la thèse de M. Roubier, et en particulier un arrêt de la Chambre civile du 22 Novembre I929 D.H. I929 p. 28I, Sirey I932,I, I29.

Il s'agit de la loi de I928 qui a modifié l'article 23 livre I du code du travail, en décidant que toute clause d'un contrat individuel de travail fixant

Source : BIU Cujas

un délai congé inférieur à celui qui est établi par les usages, est nul de plein droit. Or, un ouvrier, un sieur Joblot qui était entré au cours de l'année I927 au service de la Société des automobiles Delahaye en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée, avait dans son contrat de travail une clause qui fixait un délai congé inférieur au délai congé résultant de l'usage local. Survient la loi du I9 Juillet I928 d'après laquelle toute clause de ce genre est frappée de nullité. L'ouvrier, ayant été congédié peu de temps après la promulgation de la loi de I928, prétendit que la loi avait annulé la clause insérée dans son contrat de travail et qu'il avait droit à une indemnité supérieure à l'indemnité fixée par le délai congé en usage dans la profession de l'automobile. La Société soutint à l'inverse que le contrat ayant été passé antérieurement devait être régi par la loi sous l'empire de laquelle il avait été conclu. La Cour de Cassation, cassant la décision du Conseil des Prud'hommes, a reconnu l'application immédiate au contrat antérieurement conclu, de la loi nouvelle, pour cette raison que lorsqu'une loi nouvelle est fondée sur l'ordre public, cette loi doit s'appliquer sur le champ, même aux contrats antérieurs, parce qu'il n'y a pas de droits acquis contre l'ordre public. Ainsi, dans ce cas, la Cour de Cassation a décidé que la loi nouvelle reposant sur des considérations d'ordre public s'appliquait immédiatement aux contrats antérieurement passés.

D'autres décisions du même genre ont appliqué la même idée, notamment les décisions qui ont reconnu la nullité des clauses de paiement en or insérées dans les contrats antérieurs à la loi du 5 Août I9I4 qui a institué le cours forcé des billets de banque, loi qui, d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation frappe de nullité toutes les clauses ayant pour but d'imposer aux débiteurs l'obligation de s'acquitter d'une dette en or, ou en valeur équivalent à l'or, et non pas en simples billets de banque.

La Cour de Cassation par divers arrêts, le premier rendu après la guerre de I870, II Février I873, Dalloz I873,I,77 et les derniers parmi lesquels je relève un arrêt du I7 Mai I927, Dalloz I927, I, 25, a déclaré que des clauses de ce genre insérées dans des contrats antérieurs étaient nulles de plein droit.

Enfin je cite un arrêt de la Cour de Paris du I9 Juin I93I, Journal des Assurances I93I, page 986. Il s'agit ici de l'application d'une loi du I6 Décembre I927 qui a décidé que l'agent d'assurances qui est lié à la Compagnie d'assurances par un contrat à

Source : BIU Cujas

durée indéterminée peut se prévaloir de l'article 1780 du Code civil et demander des dommages intérêts si le contrat est résilié par la Compagnie d'une façon abusive. La question s'est posée de savoir si la loi nouvelle devait être appliquée aux contrats en cours au moment où elle a été promulguée. La Cour de Paris a hésité, elle a commencé par dire : "non, la loi nouvelle ne peut pas s'appliquer parce que le contrat reste sous l'empire de la loi en vigueur au moment de sa conclusion", puis, elle est revenue à la décision contraire par l'arrêt du 19 Juin 1931 déclarant que la clause prohibée par la loi est considérée par elle comme contraire à l'ordre public, que dès lors, elle ne peut plus produire son effet.

Que faut il donc conclure de là ? Faut il donc admettre la thèse de M. Roubier ?

Nécessité de faire une distinction suivant le caractère supplétif ou impératif de la loi nouvelle

Je crois pour ma part qu'elle est excessive et qu'en ce qui concerne les contrats, il y a une distinction essentielle à faire. Il faut distinguer suivant le caractère de la loi nouvelle qui vient modifier l'ordre juridique existant au moment de la conclusion du contrat. Si la loi nouvelle est une loi simplement supplétive, elle ne s'applique pas aux contrats en cours. Elle ne s'applique pas alors même qu'il s'agirait de clauses tacites du contrat, alors même qu'il s'agirait de la modification d'une disposition du contrat sur laquelle les parties ne se sont pas prononcées, se référant ainsi à la loi en vigueur au moment où elles ont traité. La loi supplétive impérative ne modifie pas les effets du contrat antérieur. Pourquoi le législateur se montrerait il plus sévère pour les contrats conclus antérieurement, que pour les contrats à conclure dans l'avenir ? Dans les contrats à conclure dans l'avenir il sera permis aux parties de ne pas appliquer la loi nouvelle, dès lors du moment qu'ils se sont mis sous l'empire de la loi antérieure, ils peuvent y rester.

Quand, au contraire, la loi nouvelle présente un caractère impératif, un caractère d'ordre public, elle s'impose sur le champ et elle régit les contrats antérieurs, pour cette raison que lorsqu'un motif d'ordr public détermine le législateur à édicter une règle nouvelle cette règle doit s'appliquer immédiatement et toute clause contraire à cette disposition doit sur le champ disparaitre. Il n'y a plus de raison pour qu'elle puisse produire son effet, pas plus pour les clauses qui ont été antérieurement insérées dans les contrats que pour celles qui pourraient y être insérées dans l'avenir. Mais, je reconnais que cette conclusion qui diffère de celle de M. Roubier n'est pas,

Source : BIU Cujas

elle non plus, complètement d'accord avec les arrêts que j'ai précédemment cités, puisqu'il invoque en faveur de la sienne certaines décisions telles que celle de 1887 et celle de 1901. A mon avis, depuis cette époque, il s'est produit un changement dans la doctrine de la Cour de Cassation. Le respect de la volonté des parties, qui était considéré auparavant comme un dogme, a perdu de sa valeur, de son autorité et il me semble qu'aujourd'hui la jurisprudence n'admet plus que la volonté des particuliers puisse se maintenir contre la volonté du législateur. Cependant, je n'affirmerais pas que toute loi impérative détruit nécessairement les effets des clauses ou des contrats antérieurement passés. Il se peut que le maintien d'une clause contraire à la loi nouvelle ne paraisse pas violer l'ordre public. Il faut considérer pour cela le caractère de cette loi, voir quelles sont les considérations, les raisons qui l'ont fait violer, et apprécier d'après les circonstances qui l'ont fait promulguer si vraiment le législateur a voulu supprimer toutes les clauses antérieures, mais il se peut que le maintien de ces clauses à titre transitoire ne compromette pas l'ordre public. Tout cela est affaire d'appréciation du juge.

J'en reviens à une conclusion que j'ai défendue dans notre livre et qui se trouve également être celle de MM. Planiol et Ripert : traité élémentaire de droit civil, 261 bis. Dans certains cas le législateur peut tolérer qu'un contrat ancien continue à produire des effets que la loi nouvelle proscrit parce que ce maintien partiel et temporaire de la loi ancienne ne paraît pas dangereux, mais il en est autrement quand la loi nouvelle édicte une disposition impérative qui ne doit comporter, d'après les raisons qui l'ont fait édicter, aucune dérogation à la règle qu'elle établit.

Chapitre IV

EFFETS DES CONTRATS A L'EGARD DES AYANTS CAUSE A TITRE UNIVERSEL OU A TITRE PARTICULIER ET DES TIERS

On laissera de côté les personnes parties ou représentées au contrat.

Je ne dirai rien des personnes parties au contrat ou qui y ont été représentées, car ce serait étudier tous les effets des contrats inter partes.

Quand je dis personnes qui ont été représentées

Source : BIU Cujas

au contrat, je ne vise que le cas de représentation proprement dite, et non pas les ayants cause, même à titre universel. On range souvent les ayants cause à titre universel et quelquefois les ayants cause à titre particulier parmi les personnes qui sont représentées au contrat. C'est une expression inexacte. L'ayant cause n'est pas un représenté au sens propre. Dans la représentation, le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, qu'il soit un représentant légal ou conventionnel, il agit comme on dit ès qualité, et il ne s'oblige pas personnellement.

Toute autre est la condition de l'ayant cause, qui lui, ne parait pas au contrat, mais on ne peut pas dire que la partie qui contracte agit pour son compte, et la question en ce qui concerne les ayants cause est simplement de savoir dans quelle mesure celui qui contracte les oblige. Je ne parlerai donc ici que des ayants cause et des tiers.

Section I - Effets des contrats à l'égard des ayants cause à titre universel et des ayants cause à titre particulier.

Section II- Effets des contrats à l'égard des tiers.

Les deux textes fondamentaux dans la matière sont les articles II22 et II65, le premier parlant des ayant cause et le second des tiers.

Art. II22 : "On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention". Art. II65 : "Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes. Elles ne nuisent point aux tiers ni ne leur profitent et ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article II2I".

Section I - De l'effet des contrats à l'égard des ayants cause -

a) ayants cause à titre universel.
b) ayants cause à titre particulier.

A- Ayants cause à titre universel ;

L'article II22 nous dit : on est censé avoir stipulé pour ses héritiers. Il ne vise donc que le côté actif du contrat, puisqu'il dit : stipuler, et le sens propre de ce mot est : devenir créancier, passer un co

Source : BIU Cujas

trat en vertu duquel on acquiert un droit de créance contre l'autre partie. Bien des auteurs entendent l'article II22 d'une façon plus large, et remplacent le mot "stipuler", par le mot "contracter" afin de viser à la fois l'effet actif et l'effet passif du contrat, ou mieux, les obligations actives et les obligations passives qu'il engendre; façon d'interpréter très discutable, parce que dans les articles III9 et II2I le mot stipuler est certainement pris dans le sens de devenir créancier. Or, il est fort improbable que les rédacteurs du code qui venaient ainsi de préciser la signification du mot qu'ils employaient lui en aient donné une autre dans l'article suivant. Il serait bizarre qu'à l'article II22 l'expression stipuler eut un autre sens que dans les articles III9 et II2I. Mais ceci n'a pas pour les héritiers grande importance parce qu'il y a d'autres textes du code civil, notamment les articles 724 qui concerne la saisine, 873 qui vise l'obligation des héritiers aux dettes, I009 et I0I2 qui visent l'obligation des légataires universels et à titre universel aux dettes. Ces articles complètent l'article II22 en décidant que les héritiers et les légataires universels ou à titre universel sont tenus des obligations du défunt.

On est censé avoir contracté pour soi ou pour ses héritiers

Nous pouvons donc dire à notre tour qu'on est censé avoir contracté pour soi et pour ses héritiers, ou mieux, pour ses ayants cause à titre universel. L'expression "on est censé" peut du reste être supprimée et il est plus simple de dire : "Les contrats produisent tous leurs effets à l'égard des ayants cause à titre universel des contractants". Tel est le principe et sur ce principe il n'y a pas d'explications particulières à donner. Mais il subit des exceptions qu'indique l'article II22 et qui sont au nombre de deux.

Première exception : "à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention".

Seconde exception : "à moins que le contractant n'ait, de par sa volonté, limité les effets du contrat a sa personne.

Il y a exception pour les contrats faits intuitu personae

Première exception : il y a des contrats qui par leur nature n'obligent que le contractant lui même. Ce sont les contrats qu'on appelle les contrats intuitu personae. Ce sont des contrats qui n'ont d'intérêt que pour le contractant, ou qui ne peuvent être exécutés que par lui. Ce sont ceux dans lesquels l'habileté personnelle les connaissances particulières, les qualités spéciales du contractant, de l'individu, sont prises en considération principale. Le contrat de travail, par exemple, en ce qui concerne l'ouvrier, le

Source : BIU Cujas

contrat d'entreprise en ce qui concerne l'entrepreneur le contrat de société en ce qui concerne les associés car un contrat peut être intuitu personae pour l'un des contractants, et ne pas l'être pour l'autre (cela résulte des exemples que je viens de donner) ou l'être pour les deux.

Ainsi, pour ajouter encore un exemple, dans le colonat partiaire qu'on appelle aussi métayage, la mort du colon, met fin au contrat, c'est à dire que les droits et les obligations du preneur ne passent pas à ses héritiers, mais la mort du bailleur ne met pas fin à ses obligations. C'est ce que dit la loi du I8 Juillet I889 qui a réglé le colonat partiaire article 6 : "La mort du bailleur de la métairie ne résout pas le bail à colonat. Ce bail est résolu par la mort du preneur. La jouissance des héritiers cesse à l'époque consacrée par l'usage des lieux pour l'expiration des baux annuels".

Parmi les contrats qui sont faits intuitu personae se range le contrat de transport en ce qui concerne l'individu transporté. L'individu qui passe un contrat de transport avec un transporteur agit évidemment pour sa propre personne, uniquement pour lui, et le caractère personnel de ce contrat est encore accusé par le fait qu'en pratique les Compagnies de chemins de fer par exemple, interdisent de céder le billet qu'a pris le voyageur.

Caractère du contrat de transport

Mais ici se pose une question des plus délicates relative au caractère personnel de ce contrat dans le cas où un voyageur trouve la mort immédiate dans un accident survenu au cours du voyage. Ce cas a donné lieu à un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 6 Décembre I932 (Gaz. Pal I3 Janvier I933) qui est loin d'éclairer la matière.

Les héritiers du transporté accidenté peuvent agir en vertu de l'art. I382

Avant de prendre l'espèce de cet arrêt, raisonnons d'une façon générale. Un individu est tué au cours du transport. Par quels moyens juridiques ses héritiers ou ayants cause à titre universel peuvent ils demander réparation du dommage ? Deux procédés s'offrent à eux. D'abord intenter une action fondée sur l'article I382 c'est à dire une action délictuelle. S'ils intentent l'action délictuelle, ils demandent réparation du préjudice du dommage personnel qu'ils éprouvent du fait de la mort de leur auteur. Ils agissent en réparation du dommage que cette mort leur a causé. Il faut tout d'abord qu'ils prouvent la faute du transporteur. Ici je me tiens sur le terrain de l'article I382, laissant de côté pour simplifier l'article I384.

Ils ont, semble-t-il, un autre mode de recours, c'est d'agir en vertu du contrat de transport passé par

Source : BIU Cujas

leur auteur. Peuvent ils agir ? Je rappelle que la jurisprudence depuis 1911 et 1912 décide que le transporteur est responsable en vertu du contrat des accidents qui peuvent frapper les personnes qu'il transporte, et qui sont la conséquence de ce transport.

Mais si les héritiers invoquent la responsabilité contractuelle du transporteur, ils n'agissent plus en leur nom personnel. Ils ne demandent plus la réparation du dommage que peut leur avoir causé le décès de leur auteur mais la réparation du dommage qui a été causé par l'accident à la victime elle-même. Ils intentent l'action de la victime qui leur est passée par le fait du décès de celle-ci. On a bien prétendu que, même en vertu de l'action contractuelle, les héritiers de la victime pourraient agir en leur nom personnel pour cette raison, a-t-on dit, que le voyageur en traitant avec le transporteur a stipulé non seulement en son nom mais au profit de tous ceux qui avaient un droit à bénéficier de son existence. Il a donc stipulé au profit non seulement de ses héritiers mais au nom de tous ceux qu'il faisait vivre. C'est ce qu'a dit le tribunal civil de Bourgoin le 8 Octobre 1920, arrêt de Grenoble du 15 Mars 1921, Dalloz 1922, 2, 25 avec une note de M. Rouast.

Peuvent ils agir par l'action du contrat de transport

Il s'agissait d'un accident survenu dans des grottes sur un lac intérieur dans lequel neuf personnes avaient trouvé la mort, et les tribunaux désireux de donner une indemnité pour justifier l'action en responsabilité fondée sur le contrat avaient invoqué cette idée : le voyageur est censé avoir stipulé pour tous ceux qu'il faisait vivre. Cette exploitation est fantaisiste, artificielle.

La victime aurait stipulé au nom de tous ceux qu'elle faisait vivre

On a dit aussi que la victime représente non seulement ses héritiers, mais ceux qui lui sont unis par un lien d'assistance réciproque. Ce n'est pas moins artificiel. Ce n'est qu'une variante de la première idée exprimée par le tribunal de Bourgoin, variante qui n'est pas plus défendable. M. Josserand, dans une note publiée sous l'arrêt d'Angers Dalloz 1929,2, dit très justement qu'une conception pareille bouleverserait le droit contractuel et étendrait arbitrairement le cercle des ayants cause à celui des héritiers.

Ce n'est plus faire du droit, c'est faire de la fantaisie. Admettons donc que les héritiers qui invoquent la responsabilité contractuelle du transporteur ne peuvent agir que du chef de la victime et réclamer uniquement les dommages intérêts que cette victime elle même aurait pu demander si elle avait survécu. Mais que décider lorsque la victime est morte immédia

Source : BIU Cujas

tement des suites de l'accident ?

C'est ainsi que se présentait la question, dans l'affaire sur laquelle a statué la Cour d'Angers, et après elle la Chambre civile, le 6 Décembre 1932.

L'arrêt de la Chambre civile du 6 Décembre 1932

Un voyageur ayant pris place dans un wagon en direction d'Angers était tombé sur la voie. Comment, pourquoi ? On ne savait pas. Sa mort avait été instantanée. Impossible pour les héritiers de prouver la faute de la Compagnie. En conséquence les héritiers ne pouvant intenter l'action délictuelle contre la Compagnie, avaient agi en vertu du contrat de transport comme représentant le défunt. La Compagnie leur objectait que la mort ayant été instantanée, l'action en dommages intérêts n'avait pas eu le temps de prendre naissance dans la personne du défunt et par conséquent elle n'avait pas pu être transmise par lui à ses héritiers.

C'est une idée que l'on retrouve dans de nombreux arrêts que quand l'individu est tué sur le coup il n'y a pas d'action qui naisse à son profit. A quoi l'on peut répondre que la mort n'est jamais instantanée, qu'on peut toujours supposer que l'individu a survécu quelques minutes et que du moment qu'il s'est écoulé un certain temps entre l'accident et la mort, cela suffit pour que l'action en dommages intérêts ait pris naissance en sa personne. Mais ceci ne prouve rien. Que la mort ait été instantanée ou non, du moment que l'individu est mort immédiatement du fait de l'accident, du moment qu'il n'a pas survécu, il n'y a pas d'action en dommages intérêts, voici pourquoi :

en cas de décès instantané les héritiers de la victime ne peuvent rien réclamer

Supposez que le blessé ait survécu à l'accident, et qu'il ait succombé au bout d'un certain temps aux suites de ses blessures. Qu'aurait il pu demander à la Compagnie ? Le remboursement des frais médicaux, du traitement chirurgical qui lui aurait été appliqué l'incapacité de travail résultant des blessures subies Or, lorsque l'individu meurt immédiatement des suites de l'accident, ces dommages n'existent pas. Il n'y a pas eu de soins médicaux, pas d'incapacité de travail. Donc il n'y a pas eu dommage causé, il n'y a pas d'action en dommages intérêts née chez la victime et cette action ne peut pas passer aux héritiers.

La Chambre civile appelée à statuer sur cette délicate question l'a fait dans les termes suivants : "Attendu, d'après le pourvoi, que la veuve Noblet et ses enfants mineurs ne pouvaient obtenir les réparations qui leur ont été accordées sur le seul fondement de l'article 1147 (texte qui consacre la responsabilité contractuelle) qu'agissant du chef de la victime, toujours d'après le pourvoi, ils n'avaient

Source : BIU Cujas

droit d'après ledit article qu'au préjudice matériel subi par le défunt du fait de l'accident antérieurement au décès; que le décès ayant été instantané ce préjudice était nul; qu'ainsi la veuve Noblet et ses enfants mineurs n'avaient droit à aucun dommage; Mais attendu qu'en vertu du contrat de transport, la Compagnie de chemins de fer assume envers la personne transportée l'obligation de la conduire saine et sauve à destination, qu'en cas d'accident mortel survenu en cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice s'est ouvert en vertu de l'article 1147 au profit du conjoint et des enfants de la victime".

moins de considérer qu'elle stipulé en ur faveur

L'arrêt ajoute pour toute explication : "en faveur de qui celle ci a stipulé, sans qu'il ait été besoin de le faire expressément dans la mesure de leur intérêt".

L'argument invoqué par la Chambre civile est donc le même qu'avait invoqué le jugement précité du tribunal civil de Bourgoin : le voyageur, en traitant avec le transporteur, stipule qu'on le transportera sain et sauf, mais il stipule en même temps dans l'intérêt de ses héritiers, c'est-à-dire qu'il stipule que si on ne le transporte pas sain et sauf il faudra payer une indemnité à ses héritiers. Nous avons déjà dit combien cette interprétation du contrat est factice. Quel est l'objet de cette stipulation pour autrui ? A-t-elle pour but d'assurer la séparation du dommage causé au voyageur . Mais nous avons dit que ce dommage n'existe pas au cas de mort immédiate. On en est donc réduit à supposer que le voyageur impose au transporteur l'obligation de réparer le dommage propre que sa mort causera à ses ayants cause. C'est invraisemblable.

Je conclue avec Josserand qu'il faut renoncer à asseoir la responsabilité du transporteur à l'égard des ayants cause sur une base contractuelle, lorsque le transporté n'a pas survécu à l'accident. N'ayant pas lui même droit à des dommages intérêts, il ne peut pas transmettre ce droit à ses héritiers.

Le contractant peut stipuler que ses héritiers ne seront pas obligés /

Deuxième exception : le contractant peut stipuler que le contrat prendra fin au moment de sa mort. Par exemple un individu qui prend à bail un appartement peut stipuler que le bail sera résilié par sa mort, s'il ne veut pas que ses héritiers soient liés par le contrat, s'il juge prudent de ne pas les obliger en même temps qu'il s'oblige lui même. Le contractant peut donc dans le contrat qu'il passe stipuler que le contrat ne profitera qu'à lui même et non à ses héritiers.

Source : BIU Cujas

On rencontre parfois cette formule que donne M. Demogue dans son Traité des obligations, tome 7, page I4, en note : "la présente clause, ou le présent contrat ne pourra être invoqué que par le contractant lui même. La clause ne pourra être utilisée par son héritier".

De même, et à l'inverse, le contractant peut convenir que l'obligation qu'il contracte ne passera pas à ses héritiers. Dans le contrat de louage d'immeuble il y a les deux idées à la fois. Les héritiers ne pourront pas se prévaloir du contrat, mais ils ne seront pas non plus liés par le contrat.

La question de savoir si une obligation contractuelle pèse sur les héritiers est parfois délicate.

Voici notamment un cas : un commerçant vend son fonds de commerce. Il est tenu à la garantie envers l'acheteur et de cette garantie il résulte qu'il ne peut pas lui faire une concurrence directe, et ouvrir un fonds de commerce du même genre dans la ville ou dans le voisinage de celui qu'il a vendu. Presque toujours, dans les contrats de cession des fonds de commerce, cette obligation est expressément formulée. Dans la pensée du cédant, est ce une obligation personnelle ou est ce une obligation qui va passer à ses héritiers de telle sorte que ses héritiers liés par elle ne pourront pas, eux non plus exploiter un commerce analogue à celui qui a été cédé par leur auteur ?

Les tribunaux décident que l'obligation est une obligation transmissible qui pèse sur les héritiers comme sur le vendeur lui même. Il y a des décisions assez nombreuses en cette matière. Je cite en particulier un arrêt de la Cour de Paris du 2I Février I900, Dalloz I900, 2, 476, Sirey I903, 2, 2I0. "Attendu y est-il dit que l'interdiction de créer ou d'exploiter directement ou indirectement un établissement similaire à laquelle s'est soumis le vendeur oblige ses héritiers comme lui-même".

H

Ainsi, en dehors des exceptions que nous venons d'indiquer, le principe est que le contrat oblige les ayants cause universels du contractant, comme il oblige le contractant lui-même.

explication de la transmission active et passive des obligations

Comment s'explique la transmission active et passive des obligations nées du contrat aux ayants cause à titre universel ? Je n'insiste pas sur la question parce qu'elle déborde le domaine des contrats et que c'est après tout, en traitant le domaine de la matière successorale qu'il faut se demander pourquoi les héritiers sont tenus des obligations de leur auteur. Je vous rappelle seulement qu'il y a deux expli-

Source : BIU Cujas

cations. La première qui nous vient du droit romain et qui domine le droit français est que l'héritier est censé continuer la personne du défunt. Chez nous la transmission des obligations du défunt aux héritiers s'explique par l'idée de la représentation du défunt par ses héritiers ou par la notion de personnalité des obligations. La personne du défunt est continuée par celle des héritiers. Il n'est pas douteux que ce principe romain est à la base de notre régime successoral. C'est du reste un principe critiquable.

On a proposé de lui substituer une autre conception, conception d'après laquelle l'obligation est, non pas un rapport entre deux personnes, mais un rapport entre deux patrimoines. Ceci est préférable, car si l'on considère que l'obligation est un rapport entre deux patrimoines, l'héritier n'est plus tenu des dettes utra vires.

L'idée d'un rapport entre deux patrimoines.

Quoi qu'il en soit, le principe de la transmission des effets du contrat aux héritiers répond à un besoin de sécurité pour le commerce juridique. Il est nécessaire pour le contractant créancier que son droit ne s'éteigne pas à la mort de son débiteur "Le crédit comme dit M. Demogue, exige la permanence de l'obligation jusqu'à son paiement". De même il serait illogique inadmissible que la mort du créancier produisit la libération du débiteur.

Les pactes sur succession future

J'ajoute encore deux observations sur le principe que les contrats produisent leurs effets à l'égard des ayants cause à titre universel, des contractants. Le contractant ne peut pas stipuler ou promettre pour ses héritiers, sans stipuler ou promettre pour lui-même Je fais allusion aux explications précédemment données concernant les pactes sur succession future. Toute stipulation ou promesse ainsi faite constitue un pacte sur succession future. Le contractant ne peut pas non plus convenir que le contrat ne liera que l'un de ses héritiers.

La continuité des personnes morales; absorbtion d'une société par une autre.

La seconde observation vise les personnes morales. Dans le cas où une personne morale vient à disparaître, une société par exemple qui est obsorbée par une autre, que deviennent les créances et les obligations existant au profit ou à la charge de la société qui disparaît ? C'est une question qui se pose toutes les fois qu'il y a fusion de deux sociétés. En pratique cette fusion peut se produire de deux façons : soit par la création d'une nouvelle société qui remplace la société antérieure soit par l'absorption d'une société par l'autre. Que deviennent les créances et les obligations de la société absorbée ?

Il n'y a pas de texte dans le code civil, puisque

Source : BIU Cujas

le code civil ne traite pas des personnes morales, mais on peut et on doit appliquer ici par analogie l'article II22 et admettre que les créances et les dettes étant la conséquence du patrimoine pesant sur lui ou existant à son profit, continuent à grever le patrimoine de la société qui a disparu. C'est pourquoi la doctrine décide que la Société absorbante ou la nouvelle société qui a remplacé les sociétés anciennes répond des obligations qui existaient antérieurement, et peut être poursuivie par les créanciers des sociétés qui ont disparu.

La question ne fait pas de difficultés pour les commercialistes. Vous verrez notamment ce que dit à ce sujet le traité de Lyon-Caen et Renault, 5ème édition, par Amiot, tome 2 n° 340 et 341.

Situation des créanciers de la société ancienne

S'il y a création d'une société nouvelle on admet que les créanciers des sociétés anciennes conservent intact le droit de se faire payer sur les biens de la société qui était leur débitrice. La fusion ne leur est pas opposable, mais ils ont aussi le droit de poursuivre la nouvelle société; s'il s'agit d'une société qui a absorbé l'autre la règle est la même: les créanciers de la société annexée restent créanciers de cette société, ils conservent leur droit sur son patrimoine, ils ne sont pas tenus d'accepter la société absorbante comme leur débitrice, parce qu'on ne peut pas obliger un créancier à changer de débiteur. Mais s'ils poursuivent les biens de la société absorbante, d'autre part, les créanciers de cette dernière n'ont pas un droit de préférence à faire valoir contre eux.

La conséquence de cette idée que la fusion de deux sociétés ne porte aucune atteinte au droit des créanciers de chacune de ces sociétés est qu'en pratique la fusion des sociétés se trouve par là gênée, paralysée et habituellement dans la pratique lorsqu'on fait ainsi une fusion de sociétés on charge un liquidateur de payer les dettes des sociétés dissoutes, et on apporte à la société nouvelle l'actif net, le passif étant déduit. (Consulter Jean Copper-Royer, La fusion des sociétés, Dalloz 1932).

B - Effets des contrats à l'égard des ayants cause à titre particulier et des créanciers chirographaires -

Caractères de l'ayant cause à titre particulier

Qu'est ce qu'un ayant cause à titre particulier

Il y a une thèse bien faite sur ce sujet de M. Laborde Lacoste, intitulée "les notions d'ayants cause à titre particulier" thèse de Bordeaux 1916. Dans cette thèse pour déterminer ce qu'est l'ayant cause à titre

Source : BIU Cujas

particulier, l'auteur indique trois caractères :

I°- Un droit exigible ou non sur un bien fongible ou non fongible, compris dans le patrimoine de l'auteur;

2°- l'exemption pour l'ayant cause de toute contribution au payement du passif de son auteur;

3°- La prérogative d'astreindre son auteur, par des moyens variés et dans une mesure variable, à respecter le droit dont l'ayant cause est investi du chef de cet auteur. On peut observer que la non contribution aux dettes que l'on donne ici comme un caractère de l'ayant cause à titre particulier, est plutôt une conséquence de la qualité d'ayant cause à titre particulier qu'un caractère de cette qualité. L'ayant cause à titre particulier n'est pas tenu des dettes parce qu'il est ayant cause à titre particulier.

L'ayant cause à titre particulier est celui qui acquiert un droit déterminé appartenant à un autre.

Il n'est pas besoin pour nous d'entrer dans une analyse aussi détaillée et nous pouvons nous contenter de dire que l'ayant cause à titre particulier est celui qui acquiert un droit déterminé appartenant à une autre personne qui est son auteur. Par exemple : l'acheteur d'un bien, le donataire, le légataire d'un bien, le cessionnaire d'une créance. Il faut ajouter que celui qui usucape un bien par la prescription acquisitive de IO à 20 ans est un ayant cause à titre particulier en ce sens qu'il usucape en vertu d'un juste titre, et qu'il usucape dans les conditions dans lesquelles ce bien existait dans le patrimoine de son auteur.

Les créanciers ne sont pas ayants cause ni à titre universel ni à titre particulier

Mais ce qu'il importe de bien noter, c'est que les créanciers chirographaires ne rentrent pas dans cette catégorie, il faut les mettre à part, ils ne sont ni des ayants cause à titre universel, ni des ayants cause à titre particulier. J'indiquerai plus tard en quoi ils en diffèrent.

Ne parlons donc que des ayants cause à titre particulier. C'est une question très délicate, de préciser dans quelle mesure un contrat passé par l'auteur lie l'ayant cause à titre particulier, c'est-à-dire peut être invoqué par l'ayant cause à titre particulier ou peut lui être opposé.

L'acquéreur ne peut pas acquérir plus que ce qu'avait l'aliénateur. Généralité de ce principe

Il faut d'abord poser un principe qui ne rentre pas dans la question, et qu'on a tort de confondre avec elle. C'est le principe que celui qui acquiert un droit ne peut pas acquérir plus que ce qu'avait l'aliénateur : "Nemo plus juris adalium transfere potest quam ipse habet", ou encore : "nemo dat quod non habet".

Ce principe s'applique non seulement aux droits réels, mais aux droits de créance. Il domine tout notre

Source : BIU Cujas

droit la transcription elle-même n'y fait pas échec. Chez nous l'acquéreur d'un droit n'acquiert ce droit que tel qu'il se comportait dans le patrimoine de son auteur, et s'il s'agit d'un immeuble, quand même l'acquéreur du droit a soin de faire transcrire son titre d'acquisition, il ne consolide pas son droit en ce sens qu'il n'acquiert pas un droit plus fort que celui qu'avait son auteur. La transcription ne lui donne qu'un avantage, c'est de permettre d'opposer son droit à certaines personnes, mais rien de plus, elle ne change pas la nature du droit. Notre système français est différent du système des livres fonciers, en vertu duquel l'inscription du droit dans le livre foncier lui donne une vigueur nouvelle, le rend inattaquable par les tiers.

Effets du principe nemo plus juris ad alium

Le principe nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet joue un grand rôle dans notre droit français. En voici les principaux effets.

En premier lieu, si le cédant n'est pas titulaire du droit qu'il cède, le cessionnaire n'en devient pas non plus titulaire. Ainsi, celui qui n'est pas propriétaire d'une chose n'en peut pas transférer la propriété, réserve faite, toutefois de la règle de l'article 2279 pour les meubles corporels et les titres au porteur, règle en vertu de laquelle la tradition seule du meuble corporel ou du titre au porteur vaut pour l'accipiens, transfert de propriété. Ce premier effet d'après lequel le cédant ne peut pas céder un droit qu'il n'a pas, s'applique non seulement aux aliénations de propriété mais aux constitutions ou translations de droits réels, et même à la concession de droits personnels de jouissance sur une chose. Ainsi, dans le cas où une même chose a été successivement louée à deux personnes différentes, la préférence est due au preneur dont le bail est antérieur en date, pourvu que ce bail ait date certaine par application de l'article 1328, et pourvu aussi qu'il ait été transcrit, s'il a une durée supérieure à 18 ans.

Le cédant ne peut pas céder un droit qu'il n'a pas

l'acquéreur d'un immeuble acquiert cet immeuble grevé de tous les droits

Second effet : l'acquéreur d'un immeuble acquiert cet immeuble grevé de tous les droits réels constitués par son auteur. Cet effet se trouve énoncé par le Code civil au titre des hypothèques, article 2182 al. 2 : "Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété

Note : sur les fusions de société cf. Jean Coper-Royer Fusions de sociétés.

Source : BIU Cujas

réels constitués par son auteur

et les droits qu'il avait lui même sur la chose vendue, il les transmet sur l'affectation des mêmes privilèges et hypothèques dont il était chargé "Une disposition analogue se trouve au code de procédure civile, article 717 "L'adjudication sur saisie ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi".

Ce second effet revient à dire que le titulaire d'un droit réel est pourvu d'un droit de suite qui lui permet d'exercer ce droit contre l'acquéreur du bien qui en est grevé. Au contraire que quand il s'agit d'un meuble, il en est autrement. En matière mobilière il n'y a pas de droit de suite et les privilèges sur les meubles ne donnent pas en principe le droit de suite, sauf exception.

Exception par exemple pour le privilège du bailleur qui a dans des conditions déterminées par l'article 2102 in fine un droit de suite sur les meubles qui ont été déplacés sans sa volonté par le preneur.

si le droit transmis est sujet à résolution, la résolution détruit le droit de l'acquéreur

Troisième effet : si le droit transmis est sujet à résolution, la résolution détruit le droit de l'acquéreur. Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. Règle générale à laquelle on ne trouve guère qu'une exception dans notre code civil au sujet de la révocation des donations pour cause d'ingratitude : article 958 d'après lequel la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il a pu imposer sur l'objet de la donation pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription faite de la demande en révocation, en marge de la transcription de la donation.

Quatrième effet : si le titre d'acquisition de l'auteur est entaché d'une cause de nullité ou de rescision, l'exercice de l'action en nullité ou en rescision anéantit la cession du droit et produit par conséquent son effet contre le cessionnaire.

Voilà les principales conséquences de ce principe nemo plus juris. A l'inverse ce principe ne concerne pas les obligations purement contractuelles contractées par l'auteur. Les obligations purement contractuelles contractées par l'auteur ne sont pas en vertu de ce principe opposables à l'acquéreur, au cessionnaire de ce droit.

Quel est son fondement

Le principe nemo plus juris est fondé sur une considération de bon sens, de logique. On ne comprendrait pas comment une personne pourrait transmettre à une autre un droit qu'elle n'a pas ou plus de droits qu'elle n'en possède, mais il est aussi dans une certaine mesure contraire au besoin de sécurité du commerce ju-

Source : BIU Cujas

ridique, car il résulte de son application que le droit de l'acquéreur se trouve soumis à des causes de nullité, de révocation, de résolution ou à des charges qu'il peut ignorer. Il faut donc que l'acquéreur soit mis en situation de connaitre à la fois la valeur exacte, la validité et l'étendue du droit qui lui est transmis.

nécessité d'une publicité - son organisation

D'où la nécessité de la publicité des charges réelles et des droits concernant le bien transmis lorsqu'il s'agit d'immeubles, d'où la nécessité de la publicité en matière immobilière. Cette nécessité est telle qu'elle existe aujourd'hui partout et dans les législations où elle n'est pas complète on tâcha d'y suppléer Ainsi chez nous les transmissions à cause de mort ne sont pas soumises à la publicité, et pour remédier à cette lacune la jurisprudence a été obligée d'admettre la validité des actes passés par l'héritier apparent, validité qui dispense celui qui acquiert un droit d'un héritier de s'assurer qu'il est bien l'héritier réel du défunt.

Cette première publicité qui seule existe chez nous ne suffit pas du reste à garantir pleinement l'acquéreur, parce que tous les vices susceptibles d'atteindre un droit ne peuvent pas être publiés. Dans des législations plus parfaites que la nôtre, on permet à l'acquéreur de purger son droit des vices qui peuvent l'infecter en faisant enregistrer son acte d'acquisition par l'autorité publique et en le faisant inscrire sur des registres qui sont les livres fonciers. On voit comment l'institution de la publicité joue alors un rôle plus complet que celui qu'elle a chez nous.

Mais la publicité n'est possible que pour les immeubles. Pour les meubles corporels elle n'est pas possible et pour remédier aux inconvénients de la règle nemo plus juris il y a un autre principe : celui de l'article 2279 : celui qui de bonne foi acquiert un meuble trouve dans le fait même de sa possession un titre de propriété. "En fait de meubles, possession vaut titre".

On voit donc comment le législateur a été obligé de corriger les conséquences de la règle nemo plus juris Quand il s'agit de meubles incorporels présentant une valeur plus grande que les meubles corporels, ou plus de fixité, le législateur moderne a établi pour l'aliénation de ces meubles une publicité analogue à celle qui existe en matière immobilière. Telle la publicité des ventes de navires, la publicité des cessions de fonds de commerce ou de la mise en gage des fonds de commerce, etc... ou la publicité des warrants agricoles ou hôteliers.

Source : BIU Cujas

Les contrats passés par l'auteur peuvent ils être invoqués par ou contre l'ayant cause à titre particulier ?

Arrivons maintenant à la question de savoir si les contrats passés par l'auteur concernant le droit transmis peuvent être invoqués par ou contre l'ayant cause à titre particulier.

Voici quelques exemples :

Premier exemple concernant les obligations actives nées du contrat, les créances naissant du contrat : I- l'acquéreur d'un fonds de commerce peut il se prévaloir de l'action en garantie qu'avait son auteur contre un vendeur antérieur ? Le titulaire d'un fonds de commerce l'a cédé à un tiers. Il s'est engagé spécialement à ne pas exploiter de fonds de même nature dans un certain périmètre. Le cessionnaire du fonds de commerce le cède à son tour. Les cessionnaires postérieurs pourront ils se prévaloir de ce droit de créance contre le vendeur primitif, si contrairement à l'engagement qu'il a pris, il ouvrait un commerce de même nature, ou n'auront-ils d'action que contre leur cédant ?

Exemples d'obligations actives

2°- Le sous-acquéreur d'un immeuble peut il se prévaloir de l'obligation de garantie qui par l'effet de la vente est née à la charge du vendeur primitif ?

Voyons d'autres exemples pour les obligations passives naissant du contrat.

d'obligations passives

I- J'ai acheté un terrain et le vendeur m'a imposé la charge de ne pas y installer un commerce déterminé afin de ne pas faire concurrence à celui qu'il exploite sur un terrain voisin. Il m'a donc imposé l'obligation de ne pas ouvrir tel commerce qui ferait concurrence au sien. Le vendeur primitif peut il se prévaloir de sa créance contre mon acquéreur ? A condition naturellement que je ne l'aie pas imposée. L'obligation a-t-elle été transmise avec le fonds à mon acheteur ?

2- Voici un dernier exemple qui a donné lieu à de longs débats et à un arrêt de Cassation ainsi qu'à des discussions dans la doctrine.

Une compagnie de mines vend les terrains superficiaires, et elle impose à ses acheteurs l'obligation de ne pas lui réclamer d'indemnité pour le cas où l'exploitation régulière et diligente de la mine provoquerait des troubles à la surface, des éboulements par exemple. L'acheteur de la surface revend son droit de superficie à un tiers sans imposer à ce tiers la charge qu'il a lui-même acceptée. Le tiers pourra-t-il au cas où des dommages seraient causés à la surface par l'exploitation régulière et normale de la mine, réclamer des dommages-intérêts; aura-t-il un droit de recours contre la Compagnie de mines, ou bien sera-t-il soumis à la charge qui a été imposée à son auteur ?

Source : BIU Cujas

L'art. II22 vise-t-il les ayants cause à titre particulier ?

Ces questions sont très délicates. Dans le code civil nous ne trouvons qu'un article très bref, et on ne sait pas dans quelle mesure il s'applique aux ayants cause à titre particulier, c'est l'article II22 : "On est censé avoir stipulé pour ses ayants cause".

Quel est ici le sens de l'expression "ayant cause" Vise-t-elle les ayants cause à titre particulier ou seulement les ayants cause à titre universel ? Elle ferait dans ce dernier cas alors double emploi avec l'expression "pour ses héritiers". Il est donc permis de penser que par cette formule : ses ayants cause l'article vise les ayants cause à titre particulier. Il y a cependant des auteurs considérables qui ont soutenu que l'article II22 ne concernait que les ayants cause à titre universel. Vous verrez notamment les développements que donne à ce sujet un des anciens maîtres de cette Faculté, M. Bufnoir dans le volume que ses élèves ont publié et qui représente son enseignement : Propriété et contrats, page 753 : "Il est par trop évident que l'article II22 ne peut pas viser les ayants cause à titre particulier. "A peine discute-t-il la question." Il est inadmissible en effet que ceux qui tiennent d'une personne un droit qui leur a été transmis par elle soient obligés par le fait même de supporter une part des dettes contractées par leur auteur". La raison paraît très sérieuse. On ne peut pas grever un tiers d'une dette contre son gré, contre sa volonté. Seulement Bufnoir quand il raisonne, ainsi interprète le mot "stipuler" comme synonyme de "contracter" puisqu'il vise l'obligation contractée par l'auteur et il nous dit que

l'art. II22 ne peut viser les obligations passives

l'obligation passive contractée par l'auteur ne peut pas de plein droit passer à l'ayant cause à titre particulier. Or, sur ce point, j'ai déjà présenté quelques observations et j'ai dit que l'expression stipuler ne doit pas être ainsi entendue, que son sens est précisé par les articles qui précèdent l'article II22 et dans lesquels on vise seulement le fait d'acquérir un droit de créance. Stipuler c'est acquérir un droit de créance. C'est bien la signification que le Code lui donne dans les articles III9 et II2I. Ce doit être le sens qu'il a dans l'article II22, et dès lors j'entends l'article II22 comme disant qu'on peut stipuler, c'est-à-dire acquérir un droit de créance, non seulement pour soi mais pour ses ayants cause à titre particulier, ce qui n'est qu'une réponse partielle à la question que nous nous posons, car nous avons parlé à la fois des obligations actives et des obligations passives.

Obligations actives, résultant d'un contrat re-

Source : BIU Cujas le Droit »
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3
Répétitions Ecrites et Orales
S e s et Or

latif au droit passé par l'auteur.

L'ayant cause peut il se prévaloir des créances acquises par son auteur

L'ayant cause, l'acquéreur de ce droit peut il se prévaloir de ces créances ? D'après l'article II22 on peut donc répondre affirmativement. Mais dans quelle mesure peut-il s'en prévaloir ? C'est encore dans Aubry et Rau nos grands civilistes que l'on trouve la formule la plus précise; tome 2, 5ème édition, pages 97 à 99, 402 à 404, et dans la 4ème édition page 70 : "Le successeur particulier, nous disent-ils, jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt de la chose c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualité actuelle, ou sont devenus ses accessoires. Ainsi l'acquéreur profite des servitudes établies pour l'avantage de cet immeuble. Le cessionnaire d'une créance jouit des privilèges, hypothèques ou autres garanties, cautionnement par exemple, qui s'y trouvent attachés". Sur ce point, nous avons au Code civil les articles I692 : "La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilèges hypothèques "2II2 : "Les cessionnaires des créances privilégiées exercent tous les mêmes droits que les cédants en leur lieu et place" Ainsi, continuent Aubry et Rau, l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix de la vente passe de plein droit au cessionnaire de ce prix".

Celui auquel le vendeur cède le prix peut donc non seulement poursuivre l'acheteur en paiement du prix, mais demander la résolution de la vente si l'acheteur ne paie pas le prix.

Exercice de l'action en garantie pour éviction par un sous-acquéreur

"Ainsi ajoutent encore Aubry et Rau, un sous-acquéreur peut exercer l'action en garantie pour cause d'éviction contre le vendeur originaire, alors même qu'étant acquéreur à titre gratuit, donataire par exemple, il ne jouirait d'aucun recours en garantie contre son auteur immédiat, ou alors même qu'il aurait renoncé en faveur de ce dernier au recours qui lui appartenait comme successeur à titre onéreux". Aubry et Rau admettent donc que le sous-acquéreur, troublé dans la paisible possession du bien qu'il a acquis, peut agir en garantie contre le vendeur de son auteur et cela alors même qu'il n'aurait pas d'action en garantie contre l'auteur lui-même.

Voilà déjà une réponse assez intéressante à la question posée. Pour préciser l'étendue de leur formule Aubry et Rau ajoutent par a contrario "Au contraire, le successeur à titre particulier ne peut, à moins d'une cession spéciale, expresse ou virtuelle, se prévaloir des droits et actions qui, quoique nés de conventions passées par son auteur au sujet de la chose

Source : BIU Cujas

à laquelle il a succédé, ne rentrent pas dans la catégorie de ceux dont il a été précédemment parlé. Il suit de là que l'acquéreur d'un terrain ne peut, à moins de cession spéciale, se prévaloir du bénéfice des conventions passées par son auteur avec un tiers qui se serait engagé à faire des constructions ou des travaux d'amélioration sur ce terrain". Le vendeur a traité avec un entrepreneur qui s'est engagé envers lui à faire des constructions sur le terrain ou à réparer des constructions y existant, puis avant que le contrat soit exécuté, ou même commencé, il vend ce terrain. L'acheteur peut-il se prévaloir du contrat passé par le vendeur avec l'entrepreneur pour contraindre celui-ci à exécuter les travaux aux conditions indiquées entre le vendeur et l'entrepreneur. "Non répondent Aubry et Rau. C'est bien un contrat qui a trait à l'immeuble, au bien vendu, mais le droit qui est né de ce contrat ne s'est pas identifié avec l'immeuble comme qualité active de l'immeuble, ou n'en est pas devenu un accessoire". La solution que nous donnent ici Aubry et Rau ne me paraît pas discutable. Nous avons ainsi la limite des obligations actives transmises de plein droit de l'aliénateur à l'acquéreur et au contraire des créances qui ne sont pas transmises. Voici, dans la jurisprudence des applications qui me paraissent rentrer exactement dans la formule d'Aubry et Rau. D'abord le cessionnaire d'un fonds de commerce peut se prévaloir de la clause de non rétablissement stipulée par un vendeur antérieur en faveur de celui qui lui a cédé le fonds.

Le droit né du contrat doit s'être identifié avec l'immeuble

Solutions jurisprudentielles.

Le cessionnaire d'un fonds de commerce peut se prévaloir de la clause de non rétablissement stipulée par un vendeur antérieur

C'est la solution actuelle de la jurisprudence. Elle a été admise par un arrêt de la Chambre des Requêtes du I8 Mai I868 Sirey I869, I, 366. Pour justifier sa décision l'arrêt se fonde sur cette raison que la clause était établie non pas dans l'intérêt personnel du premier acquéreur, mais dans celui de l'établissement. Il raisonne comme si l'on était en matière immobilière et que la clause fût une espèce de valeur active qui se serait insérée dans le fonds de commerce. C'est un raisonnement qui n'a pas grande valeur. L'établissement n'est pas une personne morale; alors il me semble que l'explication est insuffisante. La décision ne m'en paraît pas moins bien fondée pour cette raison que, comme le disent Aubry et Rau, le sous-acquéreur peut exercer l'action en garantie contre un vendeur antérieur, contre un premier vendeur.

Or, le fait, pour un vendeur antérieur d'ouvrir un commerce analogue à celui qu'il a cédé est une violation de l'obligation de garantie qu'il a contractée

Source : BIU Cujas

en vendant son fonds. Et quand même la clause ne serait pas expressément insérée dans la cession du fonds de commerce il n'en résulterait pas moins que par le seul fait de la vente qui oblige le vendeur à la garantie, le vendeur du fonds de commerce ne pourrait pas faire concurrence à l'acheteur car ce serait de sa part, le troubler, l'évincer. Du moment que nous admettons que l'acquéreur succède à l'actionen garantie de son auteur, nous devons dire que l'acquereur du fonds de commerce peut exiger du vendeur antérieur qu'il respecte l'engagement qu'il a pris. Cette solution se trouve également consacrée par un arrêt de la Cour de Paris du 21 Février 1900, Dalloz 1900,2,476 qui ne donne pas d'arguments bien décisifs à l'appui de la solution.

L'acquéreur d'une forêt peut invoquer contre l'acquéreur de la coupe la résolution de plein droit résultant de l'expiration d'un terme

Voici un autre arrêt qui lui aussi reconnait le droit pour le sous acquéreur de se prévaloir des droits appartenant à son auteur : Chambre des Requêtes, 3 Novembre 1932, Dalloz Hebdomadaire 1932 page 570. Le propriétaire d'un bois en avait vendu la coupe à charge pour l'acheteur de la coupe, un nommé Clérin, d'enlever la coupe avant une date déterminée, le 26 Novembre 1922. Le 30 Janvier 1922 le propriétaire du bois avait vendu à un sieur Martin la forêt elle-même, nouvellement exploitée, disait-il, actuellement en nature de bois taillis, telle qu'elle se comporte avec tous les droits attachés à la propriété. Clérin qui avait acheté la coupe ne l'enleva pas pour le terme indiqué mais il la revendit à un nommé Baruillet qui la revendit à son tour à un sieur Louchy qui commença la coupe postérieurement à la date où elle aurait dû être terminée. Le nouveau propriétaire de la forêt Martin lui intime l'ordre de s'arrêter et lui réclame des dommages-intérêts et se prévaut de l'article 1657 aux termes duquel : "en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retirement".

L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 Novembre 1932 a décidé que l'acquéreur de la forêt pouvait invoquer contre l'acquéreur de la coupe la résolution de plein droit qui s'était produite par la seule expiration du terme convenu. "Le vendeur, dit l'arrêt de rejet, a transmis à l'acheteur tous les droits et actions concernant la forêt, notamment le droit de demander la résolution de la vente, ce droit accompagnant en tant qu'accessoire la chose vendue et s'identifiant avec elle". Cette solution rentre parfaitement dans la formule proposée par Aubry et Rau.

Source : BIU Cujas

Solution plus large de Planiol et Ripert droits dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour celui qui jouit du bien transmis

Faut-il aller plus loin que cette formule ? Certains auteurs sont de cet avis et nous disent, notamment Planiol et Ripert, Traité des Obligations auquel a collaboré Esmein, tome 6, n° 331, page 454. que l'ayant cause peut se prévaloir des contrats passés par son auteur, faisant naître des droits dont l'exercice ne peut être conçu ou ne présente d'intérêt que pour celui qui jouit du bien transmis.

C'est une formule plus large, plus compréhensive, que celle d'Aubry et Rau. M. Demogue dans son tome 7, page 42 s'y rallie. Il en est de même de Lepargneur qui a fait un bon article sur cette matière, article paru dans la Revue trimestrielle de 1924, page 103.

Comment la justifier ?

Caractère accessoire de la créance

M. Demogue la fonde sur deux considérations : d'abord dit-il la créance qui est née au profit de l'aliénateur et qui concernait le bien vendu peut être considérée comme l'accessoire du droit vendu. Et il invoque la règle : accessorium sequitur principale. Mais il ne faut pas faire un usage trop large de cet adage romain. On appliquait cet adage aux fruits et non pas en dehors, ou encore à certains droits accessoires des autres comme l'hypothèque. Demogue invoque également la stipulation pour autrui. Il me paraît plus simple d'invoquer l'article 1122 d'après lequel on est censé avoir stipulé pour tous ses ayants cause à titre particulier. Nous avons donc un texte qui justifie cette solution.

argument tiré de la stipulation pour autrui

Après tout la Cour de Cassation n'a pas demandé plus quand elle a fondé la responsabilité des choses inanimées. Elle a cherché un petit morceau de texte dans le code civil et elle lui a donné une importance considérable. La cause que nous donnerions ici au droit de l'ayant cause serait autrement solide que le lambeau de phrase de l'article 1384 en matière de responsabilité des choses inanimées.

Il y a pourtant bien des auteurs qui contestent cette solution. Baudry la Cantinerie, Traité des Obligations, tome I, page 283 nous dit : "Les stipulations ne sont pas transmissibles avec la chose elle même. Pour expliquer la cession on invoque une présomption de cession du droit de créance que l'on fonde sur ce que la stipulation ne peut plus servir au stipulant du moment qu'il n'a plus la chose. On invoque donc une présomption. Du moment que la créance ne peut plus servir au cédant il faut qu'elle passe au cessionnaire. Mais il faudrait une présomption légale qui n'existe pas". L'article 1122 répond par lui-même à cette objection.

Quant à Demolombe, il admet la transmission du

Source : BIU Cujas

droit à l'ayant cause mais il fait une réserve importante que voici : Il dit : "Les créances peuvent être cédées, les dettes ne le peuvent pas. On ne peut imposer une dette à une personne sans sa volonté. D'où dit-il, il faut faire une distinction. S'il s'agit d'une créance qui ne comporte comme contre partie aucune obligation, l'ayant cause pourra l'invoquer, mais si la créance a pour corrélation une obligation et si notamment elle résulte d'un contrat synallagmatique comme c'est presque toujours le cas, alors il n'est pas admissible que l'ayant cause succède à la créance et non à l'obligation. D'où il conclut que l'ayant cause ne succède ni à la créance ni à l'obligation".

Demolombe pense que l'on ne peut invoquer la créance si elle comporte une contre partie.

La question s'est posée en pratique, notamment au sujet du contrat d'assurance d'un immeuble contre l'incendie. Le vendeur a assuré son immeuble contre l'incendie, puis il a vendu l'immeuble. Le contrat d'assurance n'a plus d'intérêt pour le vendeur, mais il n'a rien été dit dans l'acte de vente. L'acheteur n'a pas assuré l'immeuble puisqu'il était assuré. Un incendie éclate. L'acheteur peut-il se prévaloir du contrat d'assurance passé par son auteur, contre la Compagnie d'assurances ? La jurisprudence avait répondu, non, par un arrêt de Nancy du 29 Juin 1893; Sirey 1893,2,293.

solution pour le contrat d'assurances

"La Compagnie d'assurances, a-t-elle dit, a traité avec le propriétaire qu'elle connaissait et non pas avec un nouvel acquéreur". La question est restée discutée jusqu'à la loi nouvelle sur le contrat d'assurances, qui l'a tranchée définitivement conformément aux besoins de la pratique.

Cette loi du 13 Juin 1930, article 19, décide qu'en cas d'aliénation de la chose assurée l'assurance continue de plein droit au profit de l'acquéreur, à charge par celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat.

Voici encore deux autres cas :

Le contrat d'édition peut il être invoqué par le cessionnaire de la maison d'édition

Le contrat d'édition passé entre un éditeur et un auteur peut il être invoqué par le cessionnaire de la maison d'édition contre l'auteur ? C'est un point assez délicat parce que l'auteur a traité avec un éditeur déterminé et qu'il peut refuser de laisser éditer son ouvrage par un nouvel éditeur qu'il ne connaît pas. Aussi, pour éviter la difficulté la plupart des contrats spécifient que le contrat est passé non pas avec l'éditeur considéré personnellement mais avec la firme ce qui est une solution raisonnable. Il est raisonnable que le cessionnaire de la maison d'édition puisse profiter des contrats qui avaient été

Source : BIU Cujas

passés par son auteur. Mais on est obligé dans la pratique de prendre cette précaution pour éviter les difficultés qui viendraient à naître.

offre de concours à l'administration faite par un propriétaire

Voici une autre décision du Conseil d'Etat à propos de l'offre de concours à un travail public faite par un propriétaire sous la condition d'un certain tracé du chemin qu'il s'agissait d'ouvrir. Un propriétaire fait une offre de concours à l'Administration en vue de faire passer un chemin à proximité de son fonds. L'acquereur du domaine au profit duquel l'offre de concours a été souscrite est-il recevable en tant qu'acquéreur et en l'absence de toute stipulation dans l'acte de vente, à réclamer l'exécution de l'obligation résultant pour l'Administration de ce contrat de souscription ? Le Conseil d'Etat a tranché la question par la négative, pour la raison que l'offre a été acceptée par l'Administration en ce qui concerne telle personne et qu'en conséquence l'administration n'est tenue qu'envers cette personne.

T. imp.

Obligations passives. les obligations contractées par l'auteur à l'occasion du bien cédé lient-elles l'acquéreur de ce bien ?

Le cédant ne peut à l'avance lier la volonté du cessionnaire

Ici la réponse négative s'impose parce que le cédant ne peut pas à l'avance lier la volonté du cessionnaire futur sans le consentement de celui-ci. On ne peut imposer une charge à un tiers sans sa volonté. C'est une solution qui a été admise par de nombreuses décisions, notamment un arrêt de la Chambre civile du 20 Avril 1920, Sirey 1920, I,343.

"Aucun lien de droit, dit cet arrêt n'existe entre le cessionnaire du fonds et l'employé". Il s'agissait de la cession d'un fonds de commerce. L'arrêt en question a décidé que le cessionnaire d'un fonds de commerce n'est pas lié par le contrat qu'avait passé le cédant avec un employé.

Travail

La loi de 1918 ayant pour objet de garantir aux mobilisés la reprise de leur travail s'applique-t-elle aux cessionnaires des entreprises

La même question s'est posée à l'occasion de la loi du 22 Novembre 1918, qui a eu pour objet de garantir aux mobilisés la reprise de leur travail. L'article I de cette loi décide que les entreprises devront garantir à leur personnel mobilisé, pour toutes les personnes ayant un contrat de travail et toutes les fois que la reprise sera possible, l'emploi que chacun occupait au moment de sa mobilisation. A la suite de la promulgation de cette loi, la question s'est posée de savoir si elle permettait aux mobilisés d'exiger du cessionnaire de l'entreprise où il était occupé avant sa mobilisation, sa réintégration dans l'emploi qu'il occupait. La Cour de Cassation s'est divisée sur cette question.

La Chambre civile, par un arrêt du 20 avril 1920

Source : BIU Cujas

s'est prononcée pour la négative, parce qu'a-t-elle dit, aucun lien de droit n'existe entre le cessionnaire du fonds et l'employé ?

Au contraire la Chambre des Requêtes dans un arrêt du Ier Juillet I920, Sirey 1920,I,343 a décidé que le cessionnaire du fonds de commerce était obligé de reprendre l'employé mobilisé. Pour justifier cette solution la Chambre des Requêtes a invoqué un argument qui est assez faible. Elle s'est fondé sur le mot "entreprise" qui se trouve dans l'article I de la loi : Les entreprises devront garantir ...." Elle a dit que la loi de I9I8 s'appliquait non pas aux industriels et commerçants mais aux entreprises elles-mêmes, quel qu'en fut le titulaire.

Les acquéreurs successifs d'un tableau ne sont pas liés par une déclaration d'un vendeur primitif

Voici encore d'autres décisions : Chambre des Requêtes 23 Décembre I89I, Sirey I896, I, 49I, Dalloz I892, I, 409. Cet arrêt dit : les acheteurs successifs d'un tableau ne sont pas liés par la déclaration de l'auteur, du vendeur primitif, d'après laquelle le tableau n'était qu'une copie. Un Mr Terne exposait un tableau représentant Marat et il l'avait fait figurer dans le catalogue de l'exposition comme une oeuvre originale de David. Le petit-fils du peintre prétendant que l'oeuvre n'était qu'une copie de la toile originale dont il était lui-même propriétaire, avait fait assigner le sieur Terne pour voir dire qu'il serait tenu de faire modifier le catalogue de l'exposition. Il fondait sa prétention sur la déclaration d'un vendeur primitif qui avait déclaré que ce tableau était une copie. L'expertise qui fut ordonnée ne donna pas de résultat. Les experts se divisèrent et c'est dans ces conditions que la Chambre des Requêtes a décidé que les acheteurs successifs d'un tableau n'étaient pas liés par la déclaration du vendeur primitif que le tableau n'était qu'une copie.

vente par une société minière de terrains superficiaires avec clause de non garantie des préjudices d'exploitation en dehors de toute faute de société

Donc voilà une série de décisions desquelles il résulte que les obligations contractées par une personne à l'occasion d'un bien déterminé ne pèsent pas de plein droit sur l'acquéreur de ce bien. Mais en sens inverse on peut citer un arrêt devenu célèbre de la Chambre civile du I2 Décembre I899, Dalloz I90I, I, 36I, Sirey I90I, I, 497, avec une note de M. Tissier; Pandectes françaises I900,I,24I avec une note de M. Gény. Il s'agissait en l'espèce de la vente par une société minière de terrains superficiaires et dans la vente des parcelles, la société de mines avait fait insérer une clause de non garantie à l'égard des acquéreurs, à raison du préjudice qui pourrait résulter pour eux de l'exploitation régulière et sagement conduite de la mine, c'est-à-dire d'une exploitation ne

Source : BIU Cujas

relevant aucune faute à l'encontre de la société. Le sous-acquéreur d'une parcelle auquel elle avait été revendue sans que son vendeur lui imposât l'obligation de respecter cette clause de non garantie, a soutenu qu'il n'était pas lié par la clause et qu'il conservait tout entier le droit de réclamer des dommages-intérêts à la société de mines pour les troubles résultant de l'exploitation de la mine. La Cour de Dijon décida que la clause de non responsabilité était opposable au sous-acquéreur parce qu'elle constituait une charge réelle imposée à la surface et que même comme simple obligation elle était applicable au sous acquéreur en vertu de l'article II22. Sur pourvoi, la Chambre civile de la Cour de Cassation a également décidé que la clause était de plein droit opposable au sous acquéreur de la parcelle, pour cette raison qu'elle constituait de la part de l'acheteur qui l'avait acceptée c'est-à-dire de la part du premier acheteur, une renonciation à l'un des attributs du droit de superficie et une restriction de ce droit, sans dire au surplus si elle constituait ou non une charge réelle.

La Ch. civile Cour Cass. a décidé que la clause était de plein droit opposable au sous acquéreur de la parcelle

Si on considère cette clause comme une sorte de servitude imposée à la superficie au profit de la mine il n'y a pas de doute, les servitudes se transmettent de plein droit et le titulaire de la servitude peut l'exercer quel que soit le propriétaire du fonds servant. Mais l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas pris parti sur ce point; il s'est contenté d'une formule vague déclarant qu'il y avait renonciation de la part des acheteurs à l'une des attributions du droit de superficie et par conséquent qu'ils n'avaient pas acheté un droit entier. Mais un droit de superficie qui n'est pas entier est un droit grevé de servitude. Si bien que l'on peut penser que telle était la pensée de la Chambre civile. Pour justifier cette solution la Cour de Cassation a reproduit une formule d'Aubry et Rau : "en ce qui concerne la chose aliénée l'acquéreur est soumis aux mêmes charges et obligations que son auteur lorsque ces obligations ont eu pour effet de restreindre et de modifier le droit transmis ou qu'elles formaient la condition nécessaire de son exercice". Il reste à savoir si Aubry et Rau dans cette formule visent autre chose que les charges réelles qui peuvent être constituées par le propriétaire sur le fonds ou la condition résolutoire qui peut atteindre le droit cédé. C'est pourquoi les auteurs ont beaucoup discuté sur cette décision de la Cour de Cassation. Pour la plupart ils l'ont approuvée pour cette raison qu'ils ont vu dans la clause l'établissement d'une servitude

la clause a été généralement analysée comme créant une servitude au profit de la mine

Source : BIU Cujas

au profit de la mine sur la superficie. Il n'est pas douteux que la société minière aurait pu créer la charge à titre de servitude. Il est vrai qu'on ne peut pas créer n'importe quelle charge pour une servitude. La charge doit être établie sur un fonds et au profit d'un fonds et non au profit de la personne. Ici la servitude aurait été établie au profit de la mine elle-même. On a de nombreux exemples de servitudes de ce genre. La seule difficulté est que dans les actes de vente il n'était pas question de création de servitude. Peut-être pourrait-on justifier autrement la solution admise en l'espèce par la Cour de Cassation. J'ai dit précédemment que l'action en garantie pour cause d'éviction était un accessoire du bien cédé, et que l'acquéreur d'un bien pouvait exercer l'action en garantie contre le vendeur originaire alors même qu'il ne l'aurait pas contre son auteur immédiat; ainsi, le donataire d'un bien menacé d'éviction peut agir en garantie contre l'auteur du donateur. C'est une solution qui est admise d'une façon générale. Or, si l'action en garantie se transmet ainsi de plein droit avec la chose à l'acquéreur, on ne peut pas ne pas admettre aussi que l'acquéreur est tenu de respecter la clause contraire, c'est-à-dire la clause de non garantie et que le vendeur tenu en principe à la garantie à l'égard de tous ceux qui acquerront postérieurement le bien peut se décharger de cette obligation non seulement à l'égard de son acheteur immédiat, mais à l'égard des ayants cause de celui-ci. Cette solution me paraît être la conséquence logique de la première.

de même que l'action en garantie la clause de non garantie établie par le vendeur se transmet avec la chose.

Quoi qu'il en soit, on voit combien sur ces divers points la jurisprudence est hésitante. On rencontre souvent des clauses de ce genre dans la pratique. Par exemple un propriétaire vend une parcelle faisant partie d'un terrain plus important qui lui appartient. Sur le reste du terrain il exploite une industrie déterminée. Il stipule que l'acheteur de la parcelle qu'il vend ne pourra pas y installer une industrie qui ferait concurrence à la sienne. Ici encore la question se pose de savoir si une obligation de ce genre passe de plein droit au sous acquéreur de la parcelle ? La question est délicate quand il s'agit d'une charge qui doit profiter non pas au fonds dominant mais à l'industrie ou au commerce qui y est exploité. La seule réponse est qu'en pareil cas il n'y a pas transmission de l'obligation parce qu'une obligation ne se transmet pas de plein droit d'une personne à une autre sans le consentement de cette dernière. Tout ce qu'on peut faire c'est d'exiger que l'acheteur s'oblige au cas où il vendrait, à imposer la même obli-

difficulté de la question quand il s'agit d'une charge imposée au profit de la personne du vendeur

Source : BIU Cujas

gation à l'acquéreur. Mais s'il ne la lui impose pas, le vendeur primitif n'a d'action que contre son ayant cause.

Voyez notamment un arrêt de la Chambre civile du 27 Novembre 1907, Sirey 1909, I, 262 Dalloz 1908,I, 460. La Compagnie du Chemin de fer de l'Ouest avait vendu un terrain destiné à la construction d'un hôtel et elle s'était engagée à interdire aux acquéreurs éventuels des parcelles voisines d'y établir un commerce similaire. Elle avait donc pris l'engagement de ne pas laisser établir d'Hôtels sur les terrains qu elle avait encore à vendre. Des tribunaux ont décidé que cette clause d'interdiction avait fait naître un simple droit de créance au profit d'un fonds de commerce qui n'était pas opposable aux acheteurs des parcelles voisines.

en principe les obligations de l'auteur ne passent pas à l'acquéreur à titre particulier - à moins de solution législative contraire.

Voilà donc la règle : Il faut admettre comme principe que les obligations de l'auteur ne passent pas à l'ayant cause à titre particulier, mais cette règle est parfois gênante et il y a des cas où elle est contraire aux besoins du commerce. La difficulté est qu'il semble difficile d'imposer à l'avance au cessionnaire une charge dont il n'a pas accepté le poids, si bien qu'on ne voit pas quelle est la solution qui peut être donnée au problème. La seule solution est l'intervention de la loi dans les cas où il paraît nécessaire de faire échec au principe. On peut admettre notamment que les contrats passés par un commerçant ou un industriel sont opposables à celui ou par celui qui acquiert un fonds de commerce, ce qui serait tout à fait conforme aux besoins de la pratique. En dehors de là il faut en rester à la règle indiquée.

Voyons maintenant quelle est la situation des créanciers chirographaires ? Je ne vise que les créanciers chirographaires et non les créanciers qui jouissent d'une sûreté réelle, tels que les créanciers hypothécaires ou privilégiés, car en ce qui concerne la chose sur laquelle porte leur privilège ou leur hypothèque, ils sont des ayants cause à titre particulier. Il n'en est pas de même des créanciers au profit desquels existe une sûreté personnelle, par exemple un cautionnement, la sûreté personnelle ne portant pas sur une chose déterminée, on peut les assimiler à des créanciers chirographaires.

Voyons donc dans quelle mesure les actes passés par le débiteur sont opposables aux créanciers chirographaires.

Beaucoup d'auteurs rangent les créanciers chirographaires dans la catégorie des ayants cause à titre

Source : BIU Cujas

rapprochement habituel entre les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre universel

universel, pour la raison qu'il y a des points d'analogie entre leur situation et celle des ayants cause à titre universel. Voici ces points de ressemblance :

I°- Les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Article 2091 du Code civil.

2°- De même que les successeurs à titre universel succèdent aux droits de leur auteur, les créanciers chirographaires peuvent en vertu de l'article 1166 faire valoir les droits que leur débiteur néglige d'exercer. Ils ont une action indirecte qui leur permet de sauvegarder les droits que le débiteur laisserait dépérir.

3°- Les actes passés par le débiteur sont opposables aux créanciers chirographaires, sous réserve toutefois des actes frauduleux qu'ils peuvent attaquer par l'action paulienne.

Voici des ressemblances entre la situation des créanciers chirographaires et celle des ayants cause à titre universel et c'est pour cela qu'on les range souvent dans la catégorie des ayants cause à titre universel.

Cette assimilation est critiquable

C'est Baudry Lacantinerie qui le premier a proposé cette assimilation. Elle a été combattue dans un article de M. Bonnecasé, Revue trimestrielle de 1920 page 103, intitulé : condition juridique des créanciers chirographaires, article dans lequel invoquant les différences qui d'autre part existent entre la condition des créanciers chirographaires et celle des ayants cause à titre universel, l'auteur se détermine à les ranger dans la catégorie des ayants cause à titre particulier.

Droit de suite des créanciers chirographaires sur certains biens déterminés.

"Il y a des cas, dit il, où les créanciers chirographaires ont le droit de suite sur certains biens déterminés et par là ils ressemblent singulièrement à des ayants cause à titre particulier". Il cite les cas suivants : d'après l'article 193 du Code de commerce la vente volontaire d'un navire ne supprime pas le droit des créanciers du vendeur de le saisir. Les créanciers du vendeur du navire peuvent saisir le navire même après la vente, tant que le navire n'a pas fait un voyage sous le nom et aux risques de l'acheteur. Donc il y a là un véritable droit de suite des créanciers du vendeur contre l'acquéreur du navire.

droit d'opposition du créancier du vendeur en cas de vente d'un fonds de commerce

En second lieu, au cas de vente d'un fonds de commerce, tout créancier du vendeur, que la créance soit ou ne soit pas exigible, peut former opposition au paiement du prix dans les 10 jours de la publication de la vente. Il peut donc empêcher que le prix ne soit payé à son détriment (Loi du 17 Mars 1909).

Source : BIU Cujas

dessaisissement du failli au profit des créanciers chirographaires

En troisième lieu tout créancier devient un tiers quand il poursuit son paiement sur les biens de son débiteur à partir d'un moment déterminé et sous des conditions qui varient suivant les saisies auxquelles il peut recourir. En quatrième lieu, la faillite du débiteur emporte dessaisissement du failli au profit de ses créanciers chirographaires. Le droit de gage des créanciers chirographaires au moment de la déclaration de la faillite se fixe et s'immobilise de façon que les biens du débiteur ne peuvent plus en fait échaper à leur action. Enfin, les créanciers chirographaires peuvent attaquer les actes de leur débiteur passés en fradde de leurs droits, en vertu de l'article II67 du code civil, ou en vertu des dispositions des articles 446 et suivants au cas de faillite.

exercice de l'action paulienne par les créanciers chirographaires

De ces ressemblances Bonnecase conclut que les créanciers chirographaires sont des ayants cause à titre particulier.

On peut faire à son système le même reproche qu'au premier. Entre la condition des créanciers chirographaires et celle des ayants cause à titre particulier il n'y a pas que des ressemblances, il y a des différences qui sont indéniables, et si Bonnecase range les créanciers chirographaires dans la catégorie des ayants cause à titre particulier c'est que pour lui il n'existe que deux catégories. Ne pouvant les mettre dans la catégorie des ayants cause à titre universel, il les range dans la catégorie des ayants cause à titre particulier.

En réalité les créanciers chirographaires se trouvent dans une situation particulière.

C'est une solution repoussée par d'assez nombreux auteurs et que pour ma part je n'accepte pas. Les créanciers chirographaires se trouvent vraiment dans une situation particulière distincte de celle des ayant cause à titre universel et de celle des ayants cause à titre particulier. C'est pourquoi le mieux est d'en faire une catégorie à part, tout en indiquant bien les traits caractéristiques de leur situation, c'est-à-dire en reprenant les divers caractères par lesquels ils se rapprochent à la fois des ayants cause à titre particulier et des ayants cause à titre universel.

Section II

Des effets des contrats à l'égard des tiers

Article II65 du code civil : "Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ils ne nuisent point aux tiers et ne leur profitent pas".

Ce ne sont pas les termes exacts de la loi car elle vise en même temps une exception que nous laisse

Source : BIU Cujas

rons de côté. Voici donc la règle qui nous vient du droit romain : res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest. Que faut-il entendre par les tiers ?

Les tiers sont ceux qui ne sont unis par aucun rapport juridique avec le contractant.

Ce sont ceux qui ne sont ni ayant cause à titre universel ni ayant cause à titre particulier, ni créanciers chirographaires du ou des contractants. Ce sont comme on dit les penitus extranei, ceux qui ne sont unis par aucun rapport juridique avec le contractant.

Souvent la loi donne à l'expression un sens différent ou plus étroit, notamment dans l'article I32I et dans l'article I328 à propos de la date certaine. L'article I32I vise la simulation, les contre lettres il dit que les contre-lettres ne peuvent avoir leurs effets qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne peuvent avoir d'effets à l'égard des tiers. Ici par le mot tiers, la loi vise certains ayants cause des auteurs de la contre-lettre, c'est-à-dire les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre particulier auxquels le contrat eut été opposable s'il n'avait pas été dissimulé. Les créanciers d'un vendeur par exemple, l'acheteur ne peut opposer aux créanciers de son vendeur une clause secrète. De même un ayant cause à titre particulier, le locataire d'un immeuble, peut opposer son bail à l'acquéreur de cet immeuble, article I743, mais il ne peut pas lui opposer une clause secrète de ce bail.

De même dans l'article I328 sous l'expression "tiers" la loi vise les ayants cause à titre particulier.

Le sens du mot tiers dans la loi du 23 Mars I855

Dans la loi du 23 Mars I855, article 3, sur la transcription, le mot "tiers" vise bien les tiers au sens propre du mot mais une certaine catégorie de tiers seulement. Il ne s'agit que des tiers qui ont des droits sur l'immeuble ou qui les ont conservés en se conformant aux lois. Le mot "tiers" vise les ayants cause à titre particulier du propriétaire d'un immeuble dans leurs rapports entre eux.

Exemple : deux acquéreurs successifs d'un immeuble qui l'ont acquis de la même personne. Un acquéreur et un créancier hypothécaire sur cet immeuble; un acquéreur et un locataire de plus de I8 ans; un acquéreur et un cessionnaire de loyers ou fermages pour une durée au moins égale à trois ans. Dans leurs rapports réciproques, ce sont bien des tiers, ils n'ont pas traité l'un avec l'autre, mais ils sont des ayants cause d'une même personne quant aux biens au sujet desquels ils sont en litige.

Dans la loi de I855 par conséquent, les tiers

Source : BIU Cujas

sont des individus qui n'ont pas traité entre eux, mais qui sont tous les ayants cause du propriétaire de l'immeuble. Et encore faut il apporter une réserve qui est énoncée à la fin de l'article.

De même encore deux personnes acquièrent successivement le même meuble du même vendeur et ni l'une ni l'autre n'est mise en possession par le vendeur de ce meuble. Ce sont des tiers l'un par rapport à l'autre. Art. II4I. A l'encontre, et c'est une observation qu'il est bon d'ajouter, les personnes faisant partie d'un même groupement ne sont pas des tiers les uns par rapport aux autres. Ainsi dans une société ou dans une association, les associés ou les sociétaires ne sont pas des tiers, les uns par rapport aux autres, et les actes passés au nom de la société sont opposables à tous alors même qu'ils ne les ont pas voulus. La majorité lie la minorité.

De même en matière de faillite pour le vote du concordat. Les créanciers du failli ne sont pas considérés comme des tiers quant au vote du concordat. Le concordat voté par la majorité requise par la loi oblige ceux des créanciers qui ne l'ont pas accepté.

Qu'est-ce donc que les tiers proprement dits ?

Les véritables tiers.

Quelques exemples :

I°- L'assureur qui a assuré une chose contre un risque déterminé ou qui a assuré une personne sur la vie ou contre des accidents est un tiers par rapport à celui qui cause un dommage à l'objet assuré ou à la personne assurée. Il n'y a aucun rapport juridique entre eux.

L'assureur par rapport à l'auteur du dommage

2°- Un individu vend des engrais à un fermier; il est un tiers par rapport au propriétaire du bien affermé; il n'a pas traité avec le propriétaire du bien affermé. Il ne pourra donc pas en vertu de son contrat demander le paiement des engrais au bailleur propriétaire du bien. La question s'est posée de savoir s'il ne pourrait pas intenter contre lui l'action d'enrichissement sans cause. Un arrêt de la Cour de Cassation, qui remonte à I892 a autorisé le marchand d'engrais à réclamer la valeur des engrais mis dans la terre au profit du propriétaire pour la raison que ce dernier avait été enrichi sans cause. Solution discutable et que probablement la Cour de Cassation n'admettrait plus aujourd'hui, parce qu'elle est plus précise sur les conditions requises pour l'exercice de cette action. On peut dire que le bailleur ne s'est pas enrichi sans cause, puisqu'il s'est enrichi en vertu d'un contrat qu'il a passé avec le fermier et que dès lors, il n'est pas dans les conditions requises pour l'exercice de cette action. Le marchand d'engrais

Le marchand d'engrais par rapport au propriétaire du sol

Source : BIU Cujas

est un tiers à l'égard du propriétaire.

Le bailleur par rapport au sous-locataire

3°- Dans tous les cas où la loi donne une action directe à un créancier d'un contractant contre l'autre contractant on peut dire qu'elle donne une action directe à un tiers contre un tiers. Exemple. Art. I753 la loi donne au bailleur une action directe contre le sous-locataire. Le sous-locataire est tenu contre le propriétaire jusqu'à concurrence du prix de sa sous location. Le sous-locataire est un tiers par rapport au propriétaire. Il n'y a pas de lien de droit entre eux. Art. I798 du code civil qui donne une action directe aux maçons, charpentiers et autres ouvriers employés à la construction d'un ouvrage contre l'entrepreneur qui les a employés. Les maçons et ouvriers sont des tiers par rapport à l'entrepreneur. Art. I994 à propos du mandat qui permet au mandant d'exiger directement contre la personne que le mandataire s'est substitué. Cette personne est un tiers à l'égard du mandant. Art. 2I02, 8° qui donne une action directe à la victime d'un accident sur les sommes dues par l'assureur à l'auteur de l'accident. La victime de l'accident est un tiers à l'égard de l'assureur et vice versa. Enfin, quand un individu promet pour autrui, il promet pour un tiers et c'est pour cela que la promesse pour autrui ne vaut rien. De même quand un individu stipule pour autrui il stipule pour un tiers, mais si cette stipulation est permise, encore ne produit-elle effet au profit du tiers bénéficiaire qu'autant qu'elle a été acceptée par lui.

art. I798

art. I994

art. 2I02

Raisons d'être de la règle de l'art. II65

Quelle est la raison d'être de la règle de l'article II65 ? Pourquoi les contrats ne produisent-ils pas d'effets à l'égard des tiers ?

C'est une règle de bon sens; on ne comprendrait pas qu'un contrat pût produire des effets à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties ou qui ne sont pas des ayants cause des contractants. Aussi existe-t-elle dans toutes les législations, expressément énoncée ou non exprimée.

Les législations qui ont été rédigées sur le modèle de notre Code civil la formulent ainsi que le code anglais. On ne trouve pas dans le code civil allemand ni dans le code civil suisse ou le code civil brésilien d'article qui l'énonce, mais il faudrait bien se garder de penser qu'elle n'existe pas dans ces législations. C'est un principe nécessaire, indispensable.

Il est bon d'ajouter quelques mots au sujet d'une règle voisine que l'on explique ordinairement par la même raison que celle de l'article II65. C'est la règle de l'article I35I sur la relativité de la chose jugée : res inter alios judicata aliis neque nocere

Source : BIU Cujas

neque prodesse potest . L'art. I35I du Code civil nous dit en effet que l'autorité de la chose jugée n'a lieu que sous certaines conditions parmi lesquel les il indique celle-ci : il faut que la demande soit entre les mêmes parties.

Beaucoup d'auteurs rapprochent ces deux règles et disent qu'elles sont fondées sur les mêmes considérations. Cela n'est pas exact, car on comprendrait que la chose jugée soit opposable à tous, vu l'autorité qui s'attache au jugement, et, en effet, il y a des jugements constitutifs de droit qui ont effet erga omnes. Il y a aussi des jugements au sujet desquels on a discuté pour savoir s'ils ont un effet simplement relatif ou un effet absolu. On discutait notamment au sujet du jugement en rectification des actes de l'état civil avant la modification qui a été apportée à l'article I00 du Code civil. On comprendrait fort bien qu'un jugement soit opposable erga omnes tandis qu'on ne comprendrait pas qu'un contrat pût profiter à ceux qui n'y ont pas été parties ou qui ne sont pas des ayants cause des contractants. Quelle est donc la raison véritable de l'article I35I ? C'est qu'il faut ménager les droits des tiers qui n'ont pas été parties au procès; il faut leur permettre de faire valoir leurs moyens de défense, et c'est parce qu'ils n'ont pas été mis à même de les faire valoir que le jugement ne peut être invoqué contre eux.

La raison véritable de cette règle c'est qu'il faut ménager les droits des tiers qui n'ont pas été parties au procès.

Revenant à l'article II65, demandons nous quelle est sa portée d'application. Il signifie que les conventions ne créent de droits qu'au profit et au détriment des contractants ou de leurs ayants cause. Elles ne peuvent ni profiter ni nuire aux tiers. Il n'en faudrait pas conclure qu'une convention ne peut pas être opposée à des tiers ni invoquée par eux comme un fait venant à l'appui d'une argumentation. Sur ce point à plusieurs reprises la Cour de Cassation a interprété comme je viens de l'indiquer le texte de l'article II65. Par exemple du fait que le contrat n'est pas opposable aux tiers on n'aurait pas le droit de conclure qu'un individu victime d'un accident ne peut invoquer, pour prouver le dommage que lui cause l'accident, ce qu'il gagnait par l'effet d'un contrat qu'il avait passé avec un tiers. Pour établir quels sont ses moyens d'existence, la victime est en droit d'invoquer ceux que lui procurait un contrat qu'il avait passé avec un tiers. C'est là établir un fait : le dommage qui lui a été causé.

les conventions ne créent de droits qu'au profit et au détriment des contractants

L'article II65 signifie que le contractant ne peut pas se prévaloir contre un tiers des droits qu'il tient du contrat, de même qu'un tiers ne peut pas non

plus invoquer contre un contractant les obligations que celui-ci a contractées.

Les tiers, les penitus extranei se distinguent des ayants cause à titre particulier et des créanciers chirographaires mais il est bien entendu que les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre particulier rentrent aussi dans la catégorie des tiers dans la mesure où les contrats passés par leur auteur ne leur sont pas opposables. Il n'y a pas par conséquent de cloison entre le groupe des ayants cause à titre particulier et des créanciers chirographaires d'une part et le groupe des tiers proprement dits d'autre part. J'entends en d'autres termes qu'il faut considérer comme tiers les penitus extranei d'une part et en plus les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre particulier et même les ayants cause à titre universel dans les cas où les contrats passés par l'auteur ne produisent pas d'effets à leur égard.

Voyons quelques applications de la règle que les contrats ne produisent pas d'effets à l'égard des tiers. Nous verrons ensuite les principales exceptions qu'elle comporte. Il faut d'abord préciser sa portée d'application en général car il y a souvent sur ce point des hésitations, des incertitudes chez les auteurs.

Portée d'application du principe de l'art. II65

L'article II65 ne s'oppose pas à ce qu'une convention puisse être invoquée par des tiers ou leur être opposée comme un fait venant à l'appui d'une argumentation. Je vous ai dit notamment qu'un individu victime d'un accident, qui a à prouver le dommage que cet accident lui a causé peut invoquer le contrat dont il tire sa subsistance.

Voici une autre limite de la portée d'application de l'article II65.

Cet article n'empêche pas qu'un tiers qui viole sciemment un contrat passé par d'autres personnes n'engage sa responsabilité. Notamment un patron qui cherche à débaucher l'ouvrier engagé par un de ses concurrents et détermine ainsi cet ouvrier à rompre le contrat qui le lie au concurrent commet une faute par le fait même qu'il pousse l'ouvrier à violer le contrat qui le lie à son patron. Il engage sa responsabilité et le patron qui subit un dommage du fait du débauchage de l'ouvrier peut réclamer à l'autre patron complice de cette rupture du contrat, des dommages intérêts.

Un marchand a donné à un commissionnaire l'ordre vendre des marchandises en lui fixant un prix minimum et un acheteur traite avec ce commissionnaire et achèt sciemment les marchandises à un prix inférieur à ce prix minimum. Ici encore il se fait complice de la

Source : BIU Cujas

violation du contrat existant entre le marchand et le commissionnaire et engage par là sa responsabilité. Vous trouverez sur cette question un article intéressant de M. Lalou professeur à la Faculté catholique, publié au Dalloz hebdomadaire sous forme de chronique intitulé : l'article I382 contre II65. A propos du délit consistant dans le débauchage d'un ouvrier employé par un concurrent, voyez un arrêt de la Chambr civile du 27 Mai I908, Dalloz I908, I, 459. Voici le sens exact qu'il faut donner à l'article II65 : le contrat passé entre deux personnes ne crée de droits et d'obligations qu'au profit et à la charge des contractants et de leurs ayants cause, ou, en d'autres termes, un tiers qui n'a pas été partie à ce contrat ne peut pas se prévaloir du droit de créance qu'il a engendré, de même que l'un des contractants ne peut opposer à un tiers une obligation naissant de ce contrat. C'est une formule qui a été quelquefois contestée, mais à tort. Je vous renvoie à deux notes, l'une de M. Esmein, Sirey I923, I, 297 et l'autre de M. Wahl au Sirey I903, 2, 258.

Un tiers étranger au contrat ne peut pas se prévaloir du droit de créance qu'il a engendré - un des contractants ne peut opposer à un tiers une obligation naissant du contrat

Voici quelques applications des deux parties de la règle :

I- Les contrats ne nuisent pas aux tiers.

2- Ils ne leur profitent pas.

Première partie : les contrats ne nuisent pas aux tiers -

I- Les contrats ne nuisent pas aux tiers

a) l'assurance

a) L'assureur qui a assuré une personne contre le dommage qu'elle peut subir du fait d'un tiers, ne peut pas invoquer son contrat d'assurance contre le tiers auteur responsable du dommage en vue de se faire restituer par lui l'indemnité qu'il a été obligé de payer à l'assuré. En d'autres termes, l'assureur ne peut pas se retourner contre le tiers auteur du dommage en lui disant : vous m'avez causé un dommage en ce que vous m'avez obligé à payer une indemnité à l'assuré, je vous demande une réparation en vertu de l'article I382. En ce faisant, il invoquerait contre l'auteur du dommage le contrat qu'il a passé avec l'assuré.

L'assureur ne peut pas se retourner contre le tiers auteur du dommage

I- assurance de personnes

Cette solution s'applique à la fois à l'assurance de personnes et à l'assurance de choses.

Prenons d'abord l'assurance de personnes, c'est à dire soit l'assurance contre les accidents qui peuvent être causés à l'assuré par un tiers, soit l'assurance sur la vie.

La jurisprudence de la Cour de Cassation est sur ce point bien fixée et par plusieurs décisions elle a

Source : BIU Cujas

reconnu que l'assureur ne peut pas se retourner contre le tiers auteur de l'accident pour lui réclamer le remboursement de l'indemnité. Je cite en particulier deux arrêts de la Chambre civile du 6 Janvier 1914 Dalloz 1918,I,57 et de la Chambre des Requêtes du 18 Avril 1932, Dalloz hebdomadaire 1932 page 282.

Le contrat d'assurance est à l'égard de l'auteur de l'accident res inter alias acta

Ce dernier déclare que le contrat d'assurances est à l'égard de l'auteur de l'accident, res inter alios acta, c'est donc un contrat qui ne peut pas lui être opposé. Il déclare que son existence ne peut avoir pour effet d'aggraver la responsabilité du tiers en lui imposant le paiement d'une indemnité prévue au contrat, indemnité qui pourrait du reste excéder le montant de la réparation du préjudice qu'il a réellement causé à la victime.

L'arrêt du 6 Janvier 1914 ne fait pas allusion à l'article 1165 dans ses attendus, mais il n'en repousse pas moins l'action en dommages intérêts de l'assureur contre le tiers reponsable de l'accident, tandis que l'arrêt du 18 Avril 1932 formule expressément cet argument. Dans la note que je citais tout à l'heure M. Wahl discute cette jurisprudence, et soutient qu'on ne peut pas ici faire intervenir l'article 1165. D'après lui, l'article 1165 dit simplement que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Il interdit de réclamer aux tiers l'exécution d'une obligation contractuelle, comme il interdit aux tiers de la réclamer aux contractants, mais dit il, il n'interdit pas à une personne que le fait d'un tiers contraint à exécuter le contrat, de demander des dommages intérêts à ce tiers parce que cette demande ne tend pas à faire produire au contrat un effet vis à vis du tiers. Cette observation ne nous convainc pas. Il est bien certain que si l'assureur n'avait pas contracté avec l'assuré, il n'aurait aucune raison de se retourner contre l'auteur responsable du dommage, et du moment qu'il demande au tiers le remboursement de l'indemnité, c'est qu'il invoque contre lui le contrat, et dès lors sa demande doit être paralysée par l'article 1165.

l'administration publique a le droit de se retourner contre l'auteur d'un accident survenu à un préposé auquel elle verse une pension

La solution indiquée, qui est consacrée par deux arrêts de la Cour de Cassation n'est pourtant pas admise par elle dans tous les cas d'assurances de personnes, ou du moins dans tous les cas analogues à l'assurance de personne. Notamment quand il s'agit d'un accident causé à un agent d'une administration publique, accident qui oblige l'administration publique en vertu du statut ou du réglement qu'elle accorde à ses agents, à leur payer une pension d'invalidité ou au cas de décès à payer une pension à la veuve ou

Source : BIU Cujas

aux enfants. Dans ces cas les Chambres civiles (Chambres des Requêtes et chambres civiles) de la Cour de Cassation, contrairement à la solution qu'elles donnent en ce qui concerne le contrat d'assurance, admettent que l'administration publique a le droit de se retourner contre l'auteur responsable de l'accident et de lui demander le remboursement des sommes qu'elle est obligée de payer par anticipation par le fait de l'accident. Il y a sur ce point des décisions nombreuses des tribunaux et 4 ou 5 décisions de la Chambre civile ou de la Chambre des Requêtes, qui toutes déclarent que l'Administration a droit à réparation parce que l'accident lui cause un dommage et que ce dommage est direct en ce qu'il l'oblige à payer à l'agent blessé ou tué une pension qui ne lui incombait qu'éventuellement. Or, la situation de l'Administration qui est liée à ses agents par un règlement, c'est à dire par une sorte de contrat de droit public ou autre, peu importe, est analogue à la situation de l'assureur qui est lié à l'assuré par le contrat d'assurance, et l'on ne voit pas la raison qui peut déterminer la Cour de Cassation à faire une distinction entre ces deux situations.

La Chambre criminelle résout la question dans un sens différent

A l'inverse des Chambres civiles, la Chambre criminelle qui elle aussi a été appelée à diverses reprises à trancher la même question la résout en sens oppose. Il y a donc une divergence de doctrine en cette matière entre les décisions de la Chambre criminelle et celles de la Chambre civile et de la Chambre des Requêtes.

La Chambre criminelle se fonde précisément sur ce que c'est à raison du lien obligatoire qui existe entre l'administration publique et ses agents, que l'administration publique prétend se faire indemniser par le tiers et la Chambre criminelle objecte que l'administration n'est pas en droit de faire valoir contre les tiers le contrat qui existe entre elle et ses agents. Voyez notamment sur ce point un arrêt de la Chambre criminelle du 21 Novembre 1931, Dalloz 1932 I, 153, avec une note de M. Capitant.

La Chambre criminelle invoque précisément cet argument que le lien de droit qui unit l'administration et ses agents est quelque chose d'étranger aux tiers, et qu'en conséquence elle ne peut s'en prévaloir.

II- Assurance de choses

Dans les assurances de choses la règle est la même que celle que je viens d'indiquer.

L'assureur de choses n'a pas d'action contre celui qui a provoqué le sinistre pour se faire rembourser par lui l'indemnité qu'il est obligé de payer

Source : BIU Cujas

à son assuré. Voyez notamment deux arrêts de la Chambre des Requêtes du 27 Mars I928, Sirey I928, I, 257 avec une note de M. Hugueney, à propos de l'assurance transport.

Par l'effet de la loi de I930 l'assureur se trouve subrogé dans l'action de l'assuré contre l'auteur responsable

Dans cette matière de l'assurance de choses, il faut noter que la loi du I3 Juillet I930 a décidé dans son article 36 que l'assureur est subrogé jusqu'à concurrence de l'indemnité d'assurance dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui ont par leur fait causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. De telle sorte que dans l'assurance de choses, la question ne se pose pas, puisque par l'effet même de la loi du I3 Juillet I930 l'assureur se trouve subrogé dans l'action qui appartient à l'assuré contre l'auteur responsable de l'accident. La raison qui a fait établir ici cette subrogation légle est qu'il y a en matière d'assurance de choses un principe discutable, mais que les assureurs considèrent comme un principe fondamental, que l'indemnité de l'assurance ne doit pas être une source d'enrichissement pour l'assuré, et qu'en conséquence l'assuré qui se trouve indemnisé du dommage à lui causé par la somme que lui verse la Compagnie ne peut pas cumuler le bénéfice de cette indemnité et l'action en dommages intérêts contre le tiers auteur responsable du sinistre.

C'est pour cette raison que la loi du I3 Juillet I930 a subrogé de plein droit l'assureur dans l'action qui appartient à l'assuré contre l'auteur responsable, mais vous noterez bien que cette disposition de l'article 36 de la loi du I3 Juillet I930 n'est pas une dérogation au principe que je vous ai exposé.

mais il ne nait pas une action dans la personne de l'assureur par l'effet du contrat passé avec l'assuré

En effet l'article 36 ne donne pas une action directe, personnelle à l'assureur contre le tiers auteur du dommage; il lui permet seulement d'exercer contre lui l'action qui appartient à l'assuré, c'est à dire à la victime. Donc le principe reste toujours vrai. Il ne nait pas une action dans la personne même de l'assureur par l'effet du contrat qu'il a passé avec l'assuré; il ne peut pas opposer son contrat d'assurances au tiers auteur du sinistre.

b) la Promesse de vente d'un immeuble

b) La promesse de vente d'un immeuble que le propriétaire peut faire à un tiers n'est pas opposable à celui qui acquiert du propriétaire la propriété de cet immeuble. Je suppose que celui qui a fait la promesse de vente enfreigne cette promesse et vende l'immeuble à un tiers. Le créancier de la promesse qui n'a acquis par l'effet de la promesse faite envers lui qu'un droit de créance contre le promettant ne peut invoquer ce contrat de promesse de vente à l'en-

Source : BIU Cujas

contre du tiers acquéreur de l'immeuble, parce que cette promesse de vente est, en ce qui concerne le tiers acquéreur de l'immeuble, res inter alios acta. Pourtant à cette solution la jurisprudence apporte un tempérament. Elle décide que la promesse de vente devient opposable aux tiers et qu'en conséquence le créancier de la promesse peut faire annuler la vente lorsque le tiers a acheté l'immeuble de mauvaise foi c'est à dire connaissant la promesse de vente, parce qu'alors il a participé à la violation du contrat passé par le promettant; il a commis un acte frauduleux et en conséquence la jurisprudence autorise le créancier de la promesse à demander l'annulation de la vente. Voyez à ce sujet un arrêt de la Chambre civile du I2 Janvier I926, Sirey I926, I, I83, et un arrêt du I5 Avril I902, Sirey I902 I 3I6, tous deux rendus à propos d'un pacte de préférence qui est un pacte par lequel le propriétaire d'un immeuble s'engage envers un tiers, en lui disant : Si je viens à vendre mon immeuble, je m'engage à vous donner la préférence et à vous le faire refuser d'abord au prix pour lequel je le vendrai.

Pourtant le créancier de la promesse peut faire annuler la vente lorsque le tiers a acheté l'immeuble de mauvaise foi_

Comment expliquer cette solution ? Le créancier de la promesse de vente peut il donc se prévaloir de l'action paulienne et dire que l'acte passé par son débiteur est un acte accompli de mauvaise foi et que le tiers est complice de la mauvaise foi. Non semble t-il, parce que, pour exercer l'action paulienne, il faut que le débiteur soit insolvable, et qu'il ait agi sachant qu'il allait se rendre insolvable. Or ici on ne suppose pas l'insolvabilité du vendeur de l'immeuble, de telle sorte qu'il ne parait pas possible d'invoquer l'article II67.

il y a une application du principe fraus omnia corrumpit

Aussi la solution admise par la jurisprudence est elle difficile à justifier du point de vue juridique. On ne peut y voir qu'une application de cette règle que la fraude corrompt tous les actes et que dans cette hypothèse la simple mauvaise foi, le fait d'être complice de la violation du contrat passé par le promettant constitue une fraude de la part de l'acquéreur.

2- Les contrats ne profitent pas aux tiers

Seconde partie de la règle : les contrats ne profitent pas aux tiers, en d'autres termes, ils ne peuvent s'en prévaloir. En voici quelques applications

Une première se trouve dans le contrat d'émission contrat qu'un établissement public ou une société qui veut émettre des actions ou des obligations, passe avec ceux qui consentent à souscrire à ces titres et à apporter de l'argent à l'établissement public qui fait l'émission.

Source : BIU Cujas

a) Le contrat d'émission fait par l'intermédiaire des banques.

Le contrat d'émission se fait toujours par l'intermédiaire de maisons de banques. Dès que l'émission a quelque importance, l'établissement public qui veut emprunter est obligé de s'adresser à des banquiers qui ont des succursales et peuvent toucher facilement le public. Les Banques auxquelles il s'adresse et auxquelles il paye une commission peuvent jouer un double rôle dans l'opération. Ils peuvent d'abord se présenter comme étant de simples intermédiaires chargés de recueillir des souscriptions pour le compte de l'établissement émetteur. Ou, au contraire, ils peuvent acheter en bloc une partie de l'emprunt à émettre et se charger personnellement de le placer comme ils pourront dans leur clientèle. Bien entendu quand ils achètent ainsi en bloc une partie de l'emprunt, il ne payent pas immédiatement, mais au fur et à mesure qu'ils trouvent des souscripteurs et c'est seulement s'ils ne peuvent tout passer qu'ils versent en fin de compte, le reliquat à l'établissement emprunteur. C'est ainsi que se font les emprunts publics.

Supposons que le Banquier chargé de participer à l'émission et qui a reçu un certain nombre de souscriptions de ses clients fasse faillite avant qu'il ait pu verser les fonds et faire livrer les titres par l'établissement émetteur, ceux qui ont souscrit chez ce banquier peuvent ils exiger de l'établissement émetteur les titres qu'ils ont souscrits ou vont ils se trouver de simples créanciers chirographaires du banquier auquel ils ont fait confiance ?

dans le cas du contrat de prise ferme les clients de la banque ne peuvent pas agir directement contre l'établissement émetteur

Si le banquier a agi comme simple intermédiaire ce qui est le cas le plus ordinaire, il n'y a pas de doute, il a été un simple mandataire de l'établissement émetteur. Il a agi pour son compte et l'opération se passe alors dans les mêmes conditions que sile public était allé souscrire à la caisse même de l'établissement émetteur. Mais il en est autrement quand il y a ce qu'on appelle contrat de prise ferme. C'est une expression employée dans le langage des financiers, elle signifie que le banquier se rend acquéreur d'une partie de l'emprunt et se charge de la placer pour son compte parmi sa clientèle. Il se présente alors comme mandataire non plus de l'établissement émetteur, mais mandataire de sa clientèle et le contrat qu'il a passé avec l'établissement émetteur est alors un contrat qui à l'égard des souscripteurs qui se sont adressés à lui est un contrat qui ne les concerne pas, et qui est à leur égard res inter alios acta, et dont ils ne peuvent pas, en conséquence se prévaloir. Si bien que, dans ce cas, les clients de l'établissement qui est en déconfiture, en liquidation

Source : BIU Cujas

judiciaire, ne peuvent pas agir directement contre l'établissement émetteur parce qu'ils n'ont pas traité avec lui et qu'ils ne peuvent pas invoquer le contrat qui lie cet établissement et leur banquier. Voyez sur ce point un arrêt de la cour de Paris du I2 Décembre I893, Dalloz I893, 2, 480, et un jugement du tribunal civil de la Seine du 8 Décembre I926 Dalloz hebdomadaire I927 page 22. Ce dernier jugement décide que les engagements qu'ontpu contracter l'établissement emprunteur et le banquier sont pour le public res inter alios acta; et que les porteurs de titres ne peuvent pas plus faire état d'une convention à laquelle ils sont demeurés étrangers qu'on ne pourrait l'invoquer contre eux. On est alors en face d'un contrat qui ne produit pas d'effets et qui ne peut être invoqué par des tiers.

Il faut ajouter que pour déterminer quelle est la situation véritable du banquier qui participe ainsi au placement dans le public d'une émission, il faut tenir compte des circonstances de fait, et que la question ne peut être résolue qu'en examinant pour chaque cas particulier, quel est le caractère réel de la prise ferme, afin de décider si le banquier a joué en vérité le rôle d'intermédiaire ou s'il a vr[illegible]ment souscrit pour son compte et acheté les actions qu'il écoulera ensuite dans sa clientèle.

Les banques ont tendance aujourd'hui à s'en tenir au rôle de simple intermédiaire

La tendance des banques est du reste aujourd'hui d'éviter le contrat de prise ferme et de s'en tenir au rôle de simple intermédiaire pour une autre raison. C'est que lorsqu'elles acquièrent ainsi les titres pour leur propre compte elles engagent par là même plus étroitement leur responsabilité envers les souscripteurs. Elles sont à l'égard des souscripteurs des vendeurs de titres, et comme tels elles sont tenues à la garantie, garantie qui ne pèse pas sur le banquier simple intermédiaire.

b) Contrat de transport passé par un commissionnaire

Voici une seconde application du principe que les contrats ne profitent pas aux tiers. Voyez un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 Mars I928, Sirey I928, I, 257 avec une note de M. Hugueney.

Ces arrêts décident que le commissionnaire ne peut pas s'exonérer de son obligation envers l'expéditeur, obligation de transporter la chose et de la remettre en bon état, en invoquant un contrat d'assurances que ce dernier a passé et auquel il n'a pas été partie. Il demeure donc responsable de la perte ou du vol des marchandises transportées, après que le propriétaire a cependant été indemnisé par son assureur. Il ne peut se prévaloir de ce contrat d'assurance parcequ'il est res inter alios acta.

Source : BIU Cujas de Droit »
3 PLACE DE LA SORBONNE 3

Ces deux arrêts disent : il résulte de l'article 1165 que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et que le tiers pour lequel elles ne contiennent aucune stipulation n'en peut pas profiter.

c) l'assuré ne peut pas au cas de défaillance de la Compagnie se retourner contre la Compagnie réassureuse

Troisième application :

D'après la loi du 13 Juillet 1930 article 4, l'assuré qui a passé un contrat d'assurances avec une Compagnie ne peut pas se prévaloir du contrat de réassurance passé par son assureur. C'est aujourd'hui la règle que toute compagnie d'assurance qui prend un risque à sa charge, le réassure au delà d'un chiffre déterminé. Elle éparpille ses riques, de même que les assurés les éparpillent en s'assurant.

"Dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés, il reste seul responsable envers l'assuré". En d'autres termes l'assuré ne peut pas au cas où la Compagnie d'assurances viendrait à défaillir se retourner contre la Compagnie réassureuse.

d) la victime d'un accident ne peut pas se prévaloir du contrat d'assurance passé par l'auteur

Dernière application. Elle a aujourd'hui perdu son intérêt. Une personne contracte une assurance pour couvrir la responsabilité dont elle peut être tenue vis à vis d'un tiers, qu'il s'agisse d'une personne exerçant une fonction et qui veut se couvrir contre les conséquences des fautes qu'elle peut commettre dans l'exercice de sa fonction, par exemple un notaire, ou qu'il s'agisse d'un automobiliste qui contracte une assurance de responsabilité contre les accidents qu'il peut causer aux tiers. Supposons que l'assuré cause un dommage aux tiers. En principe le tiers victime de l'accident ne peut pas se prévaloir du contrat d'assurance passé par l'auteur responsable pour poursuivre l'assureur et lui demander le paiement exclusif de l'indemnité qu'il doit à l'assuré. En d'autres termes la victime n'a pas en droit une action contre l'assureur pour se faire verser le montant de l'assurance. M. Labbé avait essayé de donner au tiers victime une action contre l'assureur. Voyez son article Revue critique de 1876 page 71, Sirey 1885, page 409.

solution contraire de la législation

Mais cette application n'a plus d'intérêt, parce que, pardes lois successives, notamment par la loi du 13 Juillet 1930, il a été décidé que la victime a une action directe contre l'assureur. Article 53 : L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui quand ce tiers n'a pas été désintéressé. Vous trouverez aussi dans la loi de 1930 l'article 37 qui vise le cas des assurances contre l'incendie, contre la grêle, ou les autres risques et qui donne une solution analogue. Cet article reproduit les termes de la loi du 19 Février

Source : BIU Cujas

I889 il est une superfétation en ce sens qu'il fait double emploi avec l'article 53.

Voyez aussi l'article 2I02, 8° relatif aux privilèges sur les meubles (loi du 28 Mai I9I3) d'après lequel les créances nées d'un accident, au profit d'un tiers lésé par cet accident sont privilégiées sur l'indemnité d'assurance.

Telles sont lesprincipales applications de notre règle. J'en indique une autre que j'ai relevée dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 Novembre I932 Dalloz hebdomadaire I932 page 569. Des indigènes appartenant à un douar d'Algérie avaient requis la délivrance d'un titre de propriété sur deux parcelles dépendant d'un territoire classé comme étant bien collectif de ce douar. Ils avaient donc demandé un titre de propriété personnelle sur deux parcelles de ce douar et les héritiers d'un autre indigène s'opposaient à leur demande en soutenant que ces parcelles en question avaient été acquises par leur auteur à titre de propriété privée. Les premiers objectaient que ces titres d'acquisition étaient nuls. L'arrêt a repoussé leur prétention pour la raison que ces titres d'acquisition étant à leur égard res inter alios acta, ils n'avaient pas le droit d'en prouver la nullité.

Un titre de propriété peut être res inter alias acta

Un tiers qui n'a pas été partie à un acte ne peut en principe invoquer la nullité d'un acte auquel il n'est pas intervenu.

Quelques exceptions au principe de l'article II65

La plus importante est celle que l'article II65 indique in fine : "Les conventions ne profitent aux tiers que dans le cas prévu par l'article II2I "faisant allusion par là à la stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est elle une exception au principe de la règle de l'article II65 ?

3- Exceptions au principe de l'art. II65

Après tout, peut on dire la stipulation pour autrui ne profite au tiers bénéficiaire que dans la mesure où celui-ci l'a acceptée, par conséquent qu'autant qu'il a été partie à l'engagement pris par le promettant. C'est vrai, mais il ne faut pas oublier que dans la conception jurisprudentielle de la stipulation pour autrui, celle ci fait naitre un droit direct au profit du tiers bénéficiaire, au moment même du contrat et c'est par là que la stipulation pour autrui fait échec au principe de l'article II65.

a) la stipulation pour autrui

Ce n'est pas ici le moment d'expliquer la stipulation pour autrui, je vous indique simplement qu'elle est, à mon avis, la seule explication vraiment plausible. Elle consiste à admettre que le promettant contracte, ou plutôt accepte un engagement unilatéral. Il s'oblige unilatéralement par sa seule volonté sans

Source : BIU Cujas

avoir en face de lui la volonté du tiers bénéficiaire. Il y a donc dans la stipulation pour autrui un engagement unilatéral.

Sa véritable explication par la notion d'engagement unilatéral

Ni la théorie de l'offre, ni la théorie de la gestion d'affaires ne sont satisfaisantes. Beaucoup d'auteurs repoussent cette explication parce qu'on n'admet pas qu'il y ait chez nous d'engagements unilatéraux, mais on notera la particularitéde cet engagement dans ce cas. Il est greffé sur un contrat. Il y a contrat entre le stipulant et le promettant, et c'est précisément parce qu'il y a un contrat que l'on peut admettre que le promettant s'engage à l'occasion de ce contrat, directement, unilatéralement envers le tiers. Cet engagement unilatéral est un engagement définitif qui ne peut plus être révoqué, engagement unilatéral dont le stipulant peut du reste disposer soit au profit de lui même soit au profit d'une autre personne tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire (art. II2I C. civ). Tout cela n'est explicable qu'en admettant qu'il y a un engagement unilatéral qui puise sa force dans le contrat au sujet duquel il a été accepté.

Seconde exception.

b) les actions directes reconnues par la loi dans certaines hypothèses

Ce sont les actions directes que la loi donne dans certains cas à un débiteur, contre le débiteur de son débiteur et dont je vous ai précédemment cité plusieurs applications. L'article I753 donne action au bailleur contre le sous locataire jusqu'à concurrence de ce que le sous locataire doit au preneur.

L'article I798 vise les ouvriers de l'entrepreneur contre celui pour lequel l'entrepreneur travaille

L'article I994 alinéa 2 vise le sous mandataire à l'égard du mandant.

Le décret de Pluviose an II et la loi du 25 Juillet I89I pour les ouvriers, fournisseurs et entrepreneurs qui travaillent pour le compte de l'Etat, ou d'une administration publique.

Troisième exception.

c) titre d'acquisition d'une propriété

Cette exception admise par la jurisprudence vise la preuve du droit de propriété. Elle a été admise par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation le 22 Juin I864 Sirey I864, I, 349, complété par un arrêt de la Chambre civile du 26 Décembre I92I Sirey I923, I, 297. En matière de preuve de la propriété il est admis qu'à défaut de possession, l'un des plaideurs peut opposer à l'autre le titre d'acquisition qu'il tient d'une autre personne bien que pourtant ce titre soit à l'égard de son adversaire res inter alios acta. Voici notamment comment l'arrêt de Cassation de I864 s'exprime à ce sujet :

"Attendu qu'aux termes de l'article 7II du Code

Source : BIU Cujas

Napoléon, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations et que les contrats qui lui servent de titre et de preuve sont ceux qui sont passés entre acquéreurs et vendeurs; que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y ont été parties, puis que de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers.

Attendu que déclarer opposables aux tiers les titres réguliers de propriété ne serait nullement prétendre qu'il peut résulter de ces titres une modification quelconque aux droits des tiers et qu'ainsi la règle de l'article 1165 qui ne donne effet aux conventions qu'entre les contractants est ainsi sans application".

Cette solution est admise couramment par la jurisprudence mais il n'est pas aussi simple de la justifier que le fait l'arrêt de 1864.

L'expliquer serait trop compliqué et je vous renvoi à la note de M. Esmein du 26 Décembre 1921, Sirey 1923 I, 297 et à ce que nous disons à ce sujet dans notre tome I à propos de l'action en revendication.

Autres exceptions au principe de l'article 1165.

d) actes passés par l'héritier apparent

Les actes passés par l'héritier apparent sont opposables aux véritables héritiers. Cette dérogation a été établie pour une raison de sécurité (Voir l'art. 1240 C. civ.).

e) pluralité d'assurance pour un même risque

Une dernière exception résulte de la loi du 13 Juillet 1930 article 30 alinéa 3. Cet article suppose qu'une personne passe plusieurs contrats d'assurance pour un même intérêt ou pour un même risque. Ce n'est pas interdit, il n'est pas défendu à une personne qui s'est déjà assurée contre un risque de passer un autre contrat avec un autre assureur pour le même risque Mais, dans ce cas, chaque assurance produit des effets en proportion de la somme à laquelle elle s'applique jusqu'à concurrence de la valeur entière de la chose assurée. Il s'agit ici de l'assurance de choses dans laquelle l'assuré ne peut jamais réclamer plus que le dommage qu'il subit. Lorsqu'une personne a assuré une chose à divers assureurs, relativement au même risque, ces contrats d'assurance sont valables, mais ils ne sont valables pour le tout que jusqu'à concurrence de la valeur de la chose, d'où il résulte que les assurances nouvelles réduisent de plein droit les assurances conclues par l'assuré pour le même bien.

F I N

Source : BIU Cujas