T157

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

LA
CESSION DES CRÉANCES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

M. CHARLES PEUX

AVOCAT A TOULOUSE

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

TOULOUSE
IMPRIMERIE VIALELLE ET COMPe, RUE DU LYCÉE, 9

1875

A mon Père!

DROIT ROMAIN

CESSION DES CRÉANCES

INTRODUCTION

On appelle *Droit* des facultés ou prérogatives que la loi civile consacre et qui peuvent en général faire partie du patrimoine et devenir ainsi l'un des éléments de la fortune privée.

Tous les droits supposent un sujet actif, un titulaire qui en est investi et un objet ou avantage juridique que procure le droit. Tous mettent une ou plusieurs personnes en rapport avec une ou plusieurs choses matérielles; mais, tandis que, dans certains cas, le rapport établi est immédiat de telle façon que le sujet

du droit peut agir directement sur la chose qui en est l'objet pour en tirer tout ou partie de l'utilité qu'elle peut fournir, dans d'autres au contraire la relation est indirecte ou médiate, de sorte que le sujet actif du droit ne peut être mis en contact avec l'objet que par l'intermédiaire d'un tiers, le débiteur. Dans la première hypothèse, on dit que le droit est *réel*; dans la seconde, on lui donne le nom de *créance*.

Ces deux espèces de droits sont cependant souvent désignés d'une autre manière. Au moyen-âge, les commentateurs du Droit canonique nomment les droits réels *jura in re* et les droits de créance *jura ad rem* (sous entendu *obtinendam*) en se fondant sur ce que l'obligation, par elle-même, ne fournit aucune chose, mais donne droit d'obtenir la tradition de l'objet dû. L'exactitude du langage juridique repousse cette solution, car il y a des obligations qui tendent à autre chose qu'à une tradition.

L'école allemande a proposé les expressions *droits relatifs* par opposition aux *droits réels absolus*. Sans doute, il est vrai que les premiers ont un sujet passif qui fait défaut dans les seconds, et qu'à ce point de vue ils sont relatifs, mais ces expressions n'ont pas de base dans la nomenclature romaine; en outre, elles pourraient entraîner à des conséquences exagérées, car la créance faisant partie du patrimoine doit, à ce titre, être respectée par les tiers comme les autres biens.

Enfin, l'antithèse des expressions *droit réels* et *droits personnels*, empruntée aux actions elles-mêmes, doit aussi être écartée, car cette expression est équi-

voque; il y a, en effet, des servitudes personnelles attachées exclusivement à un sujet actif qui ne sont pas moins des droits réels.

Il faut donc accepter la terminologie que nous avons indiquée et distinguer les *jura in re*, droits réels d'une part, et *les obligations* ou droits de créance de l'autre.

Il y a entre ces deux classes de droits des différences fondamentales. Le droit réel, en effet, n'impose pas d'obligation particulière à un sujet passif déterminé, mais il crée pour chacun la nécessité d'en souffrir l'exercice; d'un autre côté il engendre un droit de préférence sur le prix de la chose et un droit de suite opposable à tout détenteur.

Dans ce rapport il n'y a que deux termes; le titulaire ou sujet actif du droit, et la chose qui en est l'objet. On comprend donc que le transfert des droits réels n'ait jamais fait difficulté, aussi la cession en fut toujours possible à Rome, et la Loi des douze tables indiquait les moyens d'y procéder, la *mancipatio* applicable seulement aux choses *mancipi*, et l'*in jure cessio* qu'on employait pour les choses *mancipi et nec mancipi* (1). Plus tard la nomenclature des modes de transfert des droits réels fut complétée par Ulpien, qui ajouta aux deux moyens que nous venons d'indiquer, l'*usucapion*, l'*adjudication*, la *loi* et les deux moyens empruntés au Droit des gens, la *tradition* et l'*occupation*, déjà en usage avant lui (2).

(1) Frag. Vat. § 50.
(2) Ulp. reg. T. 19, § 2.

A la différence du droit réel, le droit de créance est la faculté d'exiger une certaine prestation d'une ou de plusieurs personnes déterminées ; il suppose donc un sujet actif, un objet et au moins un sujet passif, *debitor* ou *reus*. Ce droit n'engendre par lui-même ni préférence relativement aux autres créanciers du débiteur ni droit de suite sur la chose due, livrée à un tiers-acquéreur ou détenteur (1) ; il ne permet de s'adresser qu'au débiteur seul ou aux continuateurs de sa personne : il résulte essentiellement d'un rapport établi entre deux personnes déterminées. Envisagé à ce point de vue, le droit de créance doit nécessairement être intransmissible. En effet, changer l'un des termes du rapport qui le constitue, c'est détruire le rapport lui-même : le débiteur a bien voulu se lier vis-à-vis de son créancier, mais il n'a pas entendu contracter d'obligation au regard des tiers que celui-ci voudra choisir et se substituer. C'est ainsi qu'à l'origine on avait compris le droit de créance à Rome ; aussi n'avait-on pas hésité à décider que l'obligation était incessible : plus tard, les rapports juridiques se multipliant, on considéra le droit de créance non plus comme un rapport absolument personnel, mais comme une prestation destinée a accroître le patrimoine du créancier au détriment de celui du débiteur ; et pour satisfaire aux nécessités nouvelles, on chercha à lutter contre les anciens principes et on finit par admettre la transmissibilité des droits de créance, ou tout au moins de l'avantage qu'ils sont destinés à fournir au créancier sans, cependant,

(1) L. 3. pr. D. 44. 7.

modifier la situation du débiteur. Les jurisconsultes ne songèrent, du reste, jamais à employer, pour la transmission des créances, les modes en usage pour le transfert des droits réels; ils distinguaient avec trop de logique la différence qui existe entre ces deux droits, et la constataient trop nettement dans la formule des actions *in rem* ou *in personam* pour ne pas la maintenir au point de vue de la transmission; il fallut donc imaginer des moyens nouveaux, recourir à des expédients ingénieux pour arriver à permettre ce que la législation primitive contredisait : Etudier les divers essais successivement tentés en cette matière, suivre pas à pas, à travers les âges, les effets persévérants du jurisconsulte romain, montrer enfin comment dans les législations modernes l'idée de la personnalité des droits a fini par s'effacer et disparaître, tel est le dessein que nous avons formé, tel est le but de ce travail académique. Nous le diviserons en deux parties; dans la première, nous étudierons l'histoire de la cession des créances aux diverses époques de la législation romaine jusqu'à Justinien; dans la deuxième, nous tracerons les règles applicables à la cession et nous rechercherons quelles sont les créances qui peuvent être cédées, les conditions de capacité des parties, enfin les effets de la cession.

PREMIÈRE PARTIE

1re Epoque

PROCÉDURE DES LEGIS ACTIONES

A l'origine de Rome et jusqu'au moment où la procédure formulaire vint remplacer les actions de la loi, la cession des créances fut absolument impossible. D'un côté, en effet, les modes de transfert des droits réels ne pouvaient pas s'y appliquer; d'autre part, aucun rapport particulier n'avait été créé pour opérer la transmission des *nomina*. C'est donc avec raison que les glossateurs avaient pu dire que la créance s'attache au créancier comme la lèpre au lépreux, et quelle ne peut pas plus en être séparé que l'âme ne peut l'être du corps. « *Nomina sive actiones non possunt separari a domino, sicut nec animo à corpore.* » En effet, le créancier ne pouvait faire passer sur la tête d'un autre la qualité dont il était investi, et devait demeurer titulaire du droit jusqu'à son anéantissement. Ce n'est d'ailleurs pas parce que l'*obligatio* était chose incorporelle que sa transmission par les moyens or-

dinaires était impossible ; on sait, en effet, que les servitudes, l'usufruit, etc., peuvent être l'objet d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio*, suivant leur nature ; quant à l'absence du mode de transport spécial, on se l'explique aisément : dans l'origine de la législation de Rome, le droit de créance était considéré comme un rapport purement personnel, une relation entre deux personnes déterminées ; modifier ce rapport était nécessairement l'éteindre, partant le principe de l'incessibilité s'était établi. Il était la conséquence presque inévitable des voies d'exécution admises par la loi sur la personne du débiteur. Les anciens Romains s'engageaient, en effet, le plus souvent dans la forme du *nexum ;* à défaut du paiement la *manus injectio* était accordée au créancier qui pouvait se saisir de son débiteur, qui devenait alors son esclave. Comment donc supposer que le sujet passif d'une obligation voulût s'exposer à voir le créancier par lui choisi se substituer un tiers ? Sans doute le principe de l'incessibilité des créances est contraire à l'intérêt public, puisqu'il enlève à la circulation l'un des éléments de la fortune privée, et on pourrait s'étonner qu'il ait été adopté ; mais on sait qu'à l'origine, Rome était une ville sans autre territoire que celui qui était entouré par ses murs ; ses habitants étaient par leur caractère peu disposés au commerce, les transactions devaient être rares et la fortune mobilière à peu près nulle, car très probablement, même à l'époque de Servius, on n'en tenait pas compte pour le classement des citoyens ; dès lors il y eut peu d'inconvénients à immobiliser des biens considérés comme

peu importants ; mais avec la civilisation, les relations s'étendirent, les rapports juridiques se multiplièrent, la fortune mobilière augmenta et on commença à comprendre le danger de l'immobilisation des droits de créance et à ressentir dans les négociations de chaque jour les difficultés et la gêne qui étaient la conséquence de leur incessibilité. On chercha vainement à s'y soustraire, on était toujours dominé par la rigueur des principes. En effet, le formalisme de la procédure en usage n'admettant pas le système de la représentation, l'action aussi bien que le droit lui-même était intransmissible, et tout procédé direct ou indirect était nécessairement inapplicable. Ces obstacles cependant ne découragèrent pas les prudents : la transmission du droit ou de l'action était juridiquement impossible, ils cherchèrent à produire un résultat analogue par un moyen déterminé ; ce moyen fut la *délégation* parfaite ou la *novation par changement de créancier*. Il nous est indiqué par Gaïus dans le passage suivant : *Opus est ut, jubente me tu ab eo stipuleris : quæ res efficit ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri ; quæ dicitur novatio obligationis* (1). » Il est presque inutile de faire remarquer qu'il n'y a rien dans ce procédé qui, de près ou de loin, ressemble à une cession de créance. Ici le droit, l'obligation primitive, n'est pas transmis de l'ancien à un nouveau créancier, il est éteint, anéanti, et une nouvelle créance prend naissance. Celle-ci a le même objet, le même sujet passif et un titulaire nouveau. Sans doute, l'effet

(1) G., c. 2, § 38.

principal de la cession sera produit dans l'espèce puisque le délégataire sera devenu le créancier du *reus* primitif pour une valeur égale à celle qui était due au délégant, mais il n'aura lieu que sous certaines modifications qui sont la conséquence de l'acte juridique intervenu.

Ainsi, la première obligation étant éteinte, il est certain que les hypothèques, gages ou autres sûretés réelles qui en étaient l'accessoire, et en assuraient le paiement, ont cessé d'exister et ne peuvent être attachés comme garantie à la nouvelle créance, à moins d'une manifestation formelle de volonté des parties. Les intérêts dus par le débiteur de la première dette pourront ne pas être dus par le même débiteur de la seconde ; enfin les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant ne pourront être invoquées par lui contre le délégataire. Ce sont là, on le voit, des résultats fâcheux, mais il en est un encore plus grave. Pour que la délégation puisse avoir lieu, il faut que le délégataire stipule du débiteur délégué la somme ou la chose due au créancier primitif et que celui-ci s'engage dans la forme du contrat verbal ou littéral ; il dépend donc absolument du débiteur d'empêcher la novation de se faire, et en tous cas son adhésion, qui est indispensable, la rend la plupart du temps incommode ; enfin il est à craindre qu'un nouveau créancier, un délégataire, ne se rencontre pas facilement, car en cas de non paiement il n'a pas en principe de recours contre le délégant et demeure par conséquent exposé aux risques de l'insolvabilité du délégué ; à moins que, par une réserve expresse, il n'ait accepté la

délégation qu'aux risques et périls du délégant.

Tous ces inconvénients rendaient à peu près impossible la transmission des droits de créance ; pour la faciliter, il fallait trouver un moyen qui, tout en laissant subsister la créance primitive avec tous ses accessoires, permît cependant au créancier de se substituer un créancier nouveau. La transformation du système de procédure des *legis actiones* permit d'atteindre ce résultat ; nous allons voir comment, à cette époque, les jurisconsultes utilisèrent le principe de la représentation en justice pour arriver indirectement à la transmission des obligations.

2me Epoque

PROCÉDURE FORMULAIRE

La rigueur excessive du système des *legis actiones* avait rendu cette procédure odieuse aux Romains ; aussi la loi *Æbutia*, vers la fin du sixième siècle, et les deux lois *Julia*, votées sous Auguste, lui substituèrent-elles une forme plus commode et moins dangereuse, celle de la procédure formulaire. C'est ce que nous dit Gaïus en termes formels : « *Sed istæ actiones legis paulatim in odio venerunt... Itaque per legem Æbutiam et duas Julias Sablatæ sunt, effectumque est ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus* (1). » Cette procédure nouvelle fournit aux

(1) G., c. 4, § 30.

jurisconsultes un expédient à l'aide duquel la cession des créances devint possible, du moins au point de vue du transfert des bénéfices qu'elle devait procurer. Ce moyen fut l'emploi de la *procuratio in rem suam*. On sait que dans le système des actions de la loi la représentation n'était pas permise, *nemo alieno nomine lege agere potest*. C'était seulement par exception qu'on pouvait se faire représenter en justice et dans des cas déterminés qui nous sont indiqués par Gaïus et Justinien. Ces cas étaient au nombre de quatre : 1° *pro populo ;* 2° *pro libertate ;* 3° *pro tutela ;* 4° enfin on pouvait agir *alieno nomine* dans l'hypothèse de la loi *Hostilia* au cas du *furtum* commis au préjudice d'un citoyen absent pour un service public ou prisonnier de l'ennemi (1). D'après Cicéron, la représentation était encore possible *pro peregrine*, lorsqu'il s'agissait de poursuivre un magistrat concussionnaire en vertu de la *lex repetundarum*. En dehors de ces hypothèses, le principe était absolu, d'où des inconvénients graves signalés par Justinien : « *Nam et morbus et ætas et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe impedimento sunt quominus rem suam hominem exsequi possint.* » C'est pour les éviter que sous le système formulaire on admit la représentation, d'abord dans le cas de nécessité absolue, puis dans toutes les affaires.

C'est avec la théorie de la représentation qu'apparut la possibilité de transférer le résultat pécuniaire

(1) G., c. 4, § 82. — *Inst. Just.*, l. 4, t. 10, pr.

ou la valeur d'un droit; il est donc indispensable d'examiner le développement de cette institution juridique sous le système formulaire.

La représentation en justice peut avoir lieu de deux façons différentes : on peut plaider pour autrui comme *cognitor* ou comme *procurator*. Le *cognitor* était constitué devant le magistrat, à l'aide de paroles solennelles et en présence de l'adversaire (1). Peu importait que le représentant fût présent ou absent lors de la constitution, le mandat n'était pas moins valable pourvu qu'il fût accepté.

Le *cognitor* était un véritable fondé de pouvoir, il agissait au nom du mandant qui devenait *dominus litis* et au nom de qui l'*intentio* était rédigée; il est vrai que la *condemnatio* était au nom du mandataire, mais cela était nécessaire pour qu'il pût être *in judicio*. et c'est dans ce but seulement qu'elle était ainsi rédigée. Le *cognitor* était *loco domini*, n'avait pas droit au bénéfice produit par l'action, et ce n'était pas à lui qu'appartenait l'*actio judicati* qui était donnée au *dominus litis*, au mandant; réciproquement, si des cautions ou satisdations étaient nécessaires, ce n'était pas le *cognitor* qui était tenu de les fournir, mais bien le *dominus* principal. C'est ce que constatait Gaïus pour le cas où le défendeur était représenté par le *cognitor* dans une action *in personam*. Au cas où le *cognitor* agit pour le demandeur, la caution est totalement inutile, car le représentant n'est que le porte-voix du représenté et que le demandeur en prin-

(1) G., IV, § 83.

cipe n'est pas tenu de *satisdare*. « *Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso vel a domino desideratur : cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituitur cognitor, merito domini loco habetur.* » Il est important de remarquer que, bien qu'en principe l'*actio judicati* fût accordée au *dominus* ou contre lui et non au *cognitor*, il y avait cependant un cas où l'action appartenait à ce dernier. Il nous est indiqué dans les *Fragmenta vaticana* (1) en ces termes : « *Cognitore interveniente judicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur, vel ei actioni subjicatur, quam si in rem suam cognitor factus sit.* » Or, puisque le *cognitor* pouvait être dispensé de rendre compte, on comprend qu'il pouvait en définitive être appelé à bénéficier de l'élément pécuniaire du droit réalisé en justice sur sa poursuite, et qu'en conséquence on aurait pu procéder à une cession indirecte moyennant une constitution authentique de *mandator* judiciaire *in rem suâm*, mais le défaut de stabilité du droit résultant du mandat pour le *cognitor* aurait rendu le transport extrêmement précaire, et c'est probablement pour ce motif que les textes font toujours allusion à une *procuratio* pour effectuer indirectement une cession et ne se référant jamais à l'hypothèse du *cognitor*.

L'usage des *cognitores* et la possibilité de se faire représenter par eux en justice constituait sans doute

(1) G., IV, § 97.
(1) § 317.

une heureuse innovation ; mais ce genre de mandat était souvent impossible et le devenait surtout en cas d'absence, de maladie, etc., du *dominus*, c'est-à-dire dans les cas où il eût été le plus nécessaire, par ce motif que la constitution du *cognitor* ne pouvait avoir lieu qu'*in jure* et en présence du mandant. Pour obvier à cet inconvénient, on chercha à se faire représenter par un mandataire ordinaire, et la théorie de la *procuratio* ou mandat *ad litem* fut introduite dans le droit.

Le *procurator* pouvait être constitué sans aucune formalité, en dehors de la présence du magistrat, en l'absence même de l'adversaire (1). Bien plus, au dire de Gaïus, certains jurisconsultes admettaient la représentation par le *procurator* en l'absence de tout mandat, pourvu que le *procurator* fût de bonne foi et fournît la caution *rem ratam dominum habiturum*. Dans cette opinion la *procuratio* pouvait se transformer en *negotiorum gestio* (2). Mais on avait fini par admettre que, sauf exception, le demandeur ne peut être représenté par une personne dont le mandat ne serait pas constaté (3). On voit que la dation du mandat au *procurator* était beaucoup plus simple que la constitution du *cognitor* ; mais de la différence des formes employées naissaient des différences sensibles au fond entre les effets de la *procuratio* et de la *cognitio*.

(1) G., c. IV, § 84.
(2) *Fr. Vat.*, 332, 333.
(3) L. 35, pr., 41, D. 3, 3. — L. 6, § 12, 8, pr. D. 3, 5. — L. 12-21, c. 2, 13.

Le *cognitor* faisait en quelque sorte, avons-nous dit, avec le *dominus* une seule et même personne, il en était tout autrement du *procurator*. Celui-ci agissait en son propre nom, à charge de rendre compte ; l'*intentio* était au nom du mandant et la *condemnatio* au nom du *procurator;* mais tandis que cette rédaction de la formule, en ce qui concernait le *cognitor*, ne servait qu'à lui permettre de se représenter *in judicio*, elle produisait des effets beaucoup plus étendus au point de vue du *procurator*.

Le *procurator*, en effet, était non pas *loco domini*, mais devenait *dominus litis* dès l'instant où la *litis contestatio* et en conséquence les *actiones judicati* lui étaient directement accordées s'il gagnait le procès et étaient données contre lui dans le cas contraire (1) ; de plus les cautions nécessaires devaient être fournies par le *procurator* lui-même (2). C'est ainsi que, lorsqu'il agit en qualité de demandeur, on peut exiger de lui la caution *rem ratam dominum habituram*, afin de s'assurer que le mandant n'intentera pas une seconde fois l'action, et que lorsqu'il était défendeur on était en droit de lui demander la caution *judicatum solvi* afin de garantir l'exécution de la sentence.

La situation du *procurator* pouvait d'ailleurs, comme celle du *cognitor*, être modifiée par une dispense de rendre compte, et dans cette hypothèse le mandataire bénéficiait seul du droit réalisé par l'action. Par la suite les jurisconsultes, pour éviter au *procurator* la

(1) L. 4, § 5, D. 49, 1. — C. 22, 23, C. 2, 13.
(2) *Fr. Vat.*, 317, 332.

prestation des cautions dont il était tenu, l'assimilèrent au *cognitor* lorsqu'il avait été personnellement constitué par le *dominus* devant le tribunal (1). Plus tard, on étendit l'assimilation au *procurator* porteur d'un mandat non suspect, dès lors *les cautiones speciales* disparurent et l'*actio judicati* fut accordée directement au *dominus* ou contre lui; la *procuratio* avec ses avantages complétés par ceux qui étaient attachés à la *cognitio* exista donc seule et se substitua à l'ancienne forme de représentation, mais le *procurator* constitué *in rem suam* conserva le droit à l'*actio judicati* qui fut aussi toujours accordé contre lui en cas de perte du procès.

On comprend que cette théorie de la *procuratio in rem suam* offrait un moyen facile de parer aux inconvénients qui résultaient de la délégation appliquée au transfert des créances. Supposons que Publius Nœvius soit créancier de dix mille sesterces de Numeius Negidius et qu'il veuille céder sa créance à Lucius Titius. Nœvius donnera mandat à Titius de poursuivre Negidius en qualité de *procurator*; le mandataire introduira l'*actio* et deviendra *dominus litis* par la *litis contestatio*; l'*actio judicati* lui sera accordée, et il pourra en conséquence exiger de Negidius le paiement du *judicatum;* ce résultat obtenu, il devra rendre compte, mais s'il en a été dispensé, en autres termes s'il a été constitué *in rem suam*, il profitera seul du bénéfice réalisé. Le *procurator* peut d'ailleurs être constitué en l'absence du débiteur et contre son gré.

(1) *Fr. vat.*, 317, 330.

La substitution de la procédure formulaire à celle des actions de la loi et la *procuratio in rem suam* qu'elle rendit possible, réalisaient sans doute un progrès sensible au point de vue qui nous occupe.

La cession indirecte peut se produire ici sans la volonté du débiteur, ce qui était impossible au moyen de la délégation. La créance primitive continuant d'exister et l'exercice du droit ou l'action étant seuls transmis, les diverses garanties qui étaient l'accessoire de la créance, tels que gage, fidéjusseurs, hypothèques, continuent aussi à en assurer le paiement au cessionnaire qui, après avoir obtenu condamnation, faisait payer le *judicatùm* et en gardait pour lui le montant, puisqu'étant *procurator in rem suam*, il est dispensé de rendre compte. La cession s'accomplit donc sans l'assentiment du débiteur et sans violer les principes. Nous devons observer que le *procurator in rem suam* ne se distingua pas du *procurator in rem alienam* seulement au point de vue de la reddition des comptes. La *litis contestatio*, avons-nous dit, rend le premier *dominus litis*, par suite lui permet de céder à un tiers la créance dont il est lui-même cessionnaire; le même événement rend le mandat irrévocable et a permis de le transmettre aux héritiers du cessionnaire qui, d'ailleurs, peut opposer son droit en compensation; tous ces avantages étaient refusés au *procurator* ordinaire qui était ainsi placé dans une situation inférieure.

Malgré tous ces avantages, la *procuratio in rem suam* appliquée au transfert des créances n'était pas cependant exempte d'inconvénients, dont le plus grave

était le caractère essentiellement révocable du mandat qui ne se fixait sur la tête du mandataire que par la *litis contestatio*. Jusqu'à ce moment, en effet, ce dernier était à la merci du maître : la révocation du mandat, le paiement fait au *dominus*, une transaction intervenue, une nouvelle cession opérée ; tous ces événements pouvaient anéantir les droits du *procurator*, qui pouvait bien avoir sans doute une action en indemnité contre le cédant, mais qui pouvait craindre qu'elle ne devînt inutile par suite de son insolvabilité. La mauvaise foi du cédant pouvait donc faire courir au cessionnaire les dangers les plus graves et les plus réels ; sa mort était non moins à craindre, car elle anéantissait fatalement le mandat. Pour éviter ces dangers et garantir le mandataire contre les actes du mandant, on introduisit dans le droit les innovations importantes dont nous allons nous occuper.

3me Epoque.

CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

Afin de mettre le *procurator* à l'abri des fraudes du cédant, pour le protéger contre l'extinction de son mandat par suite de la mort du mandant, les constitutions impériales eurent recours à la *denunciatio* et à l'application des actions utiles à la cession des créances.

Gordien, dans une constitution qui donne lieu à de

sérieuses controverses (1), mentionne, en effet, trois moyens à l'aide desquels le droit du cessionnaire peut être consolidé : le premier, c'est la *litis contestatio*, nous la connaissons déjà, et nous savons qu'il a pour effet d'investir le *procurator in rem suam* de l'action qu'on l'a chargé de poursuivre; le deuxième est le paiement fait par le débiteur au mandataire ; le troisième, enfin, c'est la *denunciatio* dont nous trouvons d'ailleurs des traces dans une constitution d'Alexandre Sévère rendue en 226 et insérée au code de Justinien (2). Voici le texte de la constitution 3 *de novationibus :*

« *Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denonciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et comodo tui creditoris exactionem contra eum insubere.....* »

Il s'applique certainement au *procurator in rem suam;* cependant Cujas et le président Faber ont soutenu le contraire et prétendu qu'il ne pouvait y être question que du *procurator in rem alienam.* La raison en est simple, disent-ils, *la procuratio in rem suam* est en effet irrévocable et, dès lors, le rescrit de Gordien ne peut pas s'y appliquer. Cette opinion repose sur une erreur manifeste : la *procuratio in rem*

(1) L. 3. C. *de novalitionibus et deleg.* 8. 42.
(2) L. 4. C. 8. 17.

suam n'est nullement irrévocable, et la preuve, c'est que, même après la constitution de Gordien, certains faits purent encore l'anéantir et que ce fut pour corriger les inconvénients de la révocabilité que les actions utiles furent accordées. Les termes employés par l'empereur ne permettent d'ailleurs pas le doute, le texte suppose un mandat donné au créancier du mandant, par conséquent dans l'intérêt exclusif du mandataire. Il ne peut donc y être question que d'un *procurator in rem suam*. Sous le bénéfice de cette observation, nous pouvons donc traduire le rescrit de Gordien de la façon suivante : « Si, pour éteindre une dette dont vous étiez tenu, vous avez constitué votre créancier *procurator in rem suam* contre votre débiteur au lieu de lui déléguer ce débiteur, vous n'en serez pas moins demeuré titulaire du droit, et par suite vous pourrez en poursuivre le paiement contre votre débiteur et empêcher l'action de votre créancier contre lui, pourvu, toutefois, qu'il n'y ait pas eu *litis contestatio*, paiement partiel ou *denunciatio*. »

Des trois faits juridiques cités par l'empereur, nous n'avons plus à nous occuper du premier; quant aux deux autres, on s'est demandé s'ils constituent des moyens nouveaux pour affermir et consolider le mandat *in rem suam* au moins en ce qui touche le paiement partiel. Nous ne le pensons pas et nous croyons que, longtemps avant la constitution qui nous occupe, il était possible de mettre le cessionnaire à l'abri des actes frauduleux à l'aide desquels le cédant aurait cherché à le dépouiller du droit cédé et que le paiement partiel fait par le cédé au cessionnaire rendait la

cession efficace et enlevait au cédant tout droit de poursuite contre son ancien débiteur. Plusieurs textes au Digeste, au titre *de pactis* (1), et notamment la loi 13 qui nous paraît formelle, le poursuivent à notre avis d'une façon évidente.

Ulpien nous dit en effet, dans la loi 12, que le pacte intervenu entre un *procurator omnium bonorum* et un tiers peut être opposé au mandant; pourquoi? parce que le débiteur pouvait payer valablement entre ses mains; *cum placuit eum etiam rem in judicium deducere.* Paul, dans la loi 13, ajoute : *Sed si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facto domino non nocet, quia nec solvi ponit. Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur : et ideo servandum erit pactum conventum.* Le motif qui fait que le pacte intervenu entre le *procurator in rem alienan* et le tiers n'est pas opposable au *dominus*, est que le *procurator* ne pourrait recevoir paiement, quant au *procurator in rem suam, ei et solvi potest.* Le pacte aura sa valeur, il pourra donc être opposé au *dominus* comme dans l'hypothèse de la loi 12. Le *procurator omnium bonorum* et le *procurator in rem suam* sont assimilés dans ces deux textes, et puisque le pacte du premier *nocere ei qui mandavit constat,* de même le pacte du *procurator in rem suam* pourra être invoqué contre le mandant. Ce point établi, supposons Primus cédant, Secundus cessionnaire et Tertius cédé. Si Secundus fait avec Tertius un pacte, par suite duquel celui-ci s'engage a ne payer qu'entre ses mains, ce

(1) L. 10. § 2. L. 11. L. 12.

pacte sera opposable au créancier et Primus pourra être repoussé par l'exception tirée du pacte qui lie Tertius à Secundus. On comprend très bien l'emploi de ces sortes de conventions destinées à confirmer le mandat si l'on se rappelle l'ancienne forme qui servait à la cession, la novation par délégation. Le débiteur, dans l'intérêt de qui surtout la cession n'était pas permise, devait consentir à la délégation ; il n'aurait certes pas voulu permettre que l'on attentât à sa liberté sur ce point ; mais dans la *delegatio* la créance primitive s'éteignait et avec elle ses accessoires, et on s'explique que le débiteur n'ayant pas en général d'intérêt à cette extinction pût vouloir l'empêcher. Le pacte lui en fournissait le moyen. Le mandat donné au *procurator* lui permit de faire avec le cédé un pacte qui sans éteindre la créance sera opposable au cédant, absolument comme dans la *delegatio* le mandat donné au cessionnaire permet à celui-ci de stipuler du cédé et d'éteindre ainsi le droit du cédant. Mais si le pacte entre le cessionnaire et le cédé est opposable au cédant, c'est entièrement parce qu'il constate que le cédé a entendu ratifier, en ce qui le concerne, l'opération qui a eu lieu entre le cédant et le *procurator* et la rendre définitive, en autres termes, accepter la cession ; il est donc probable que l'acceptation du débiteur, en quelque forme qu'elle intervînt, devait avoir le même effet, et le paiement partiel fait par le débiteur cédé est la preuve la plus évidente, la plus sûre, qu'il accepte le cessionnaire pour créancier et, par conséquent, doit produire le même effet que le pacte ; il nous paraît donc hors de doute que le paiement dont parle Gordien devait depuis

longtemps déjà, en l'an 240, avoir, au point de vue de la consolidation des droits du *procurator*, les effets que lui attribuent la constitution, et, par suite, nous ne pouvons le considérer comme une innovation de cet empereur. Mais il en est tout autrement de la *denunciatio* que nous mentionne la loi 3, et qui se distingue nettement par son caractère du pacte et du paiement partiel; ces deux moyens sont, en effet, inapplicables indépendamment de la volonté du débiteur cédé; la *denunciatio*, au contraire, procède même en dehors de lui sans son concours, contre sa volonté, et nous ne trouvons aucun texte au Digeste ou au Code, sauf toutefois la constitution d'Alexandre, que nous avons déjà cité, qui nous permette de supposer que la cession peut devenir efficace sans la volonté du débiteur autrement que par la *litis contestatio*.

La question de savoir en quelle forme devait être faite la *denunciatio* et quel était verbalement son caractère est encore sérieusement discutée. Un grand nombre d'auteurs pensent qu'il s'agit dans la loi 3 d'une simple *denunciatio litis*, mode d'ajournement particulier admis pour remédier au procédé défectueux en usage dans le système des actions de la loi. On sait que dans la procédure des *legis actiones*, le demandeur n'indiquait au défendeur l'objet de sa demande qu'en présence du magistrat, *in jure*. A partir du sixième siècle, cette procédure vicieuse fut modifiée, et le poursuivant dût faire connaître à son adversaire la nature de sa demande et l'objet de l'action qu'il se proposait d'invoquer contre lui. Cette forme d'ajournement, qui d'abord fut facultative, et qui devint obligatoire sous

le règne de Marc-Aurèle, s'appelait la *denunciatio litis*; d'abord faite en présence de témoins, elle dut plus tard, à l'époque de Constantin, être rédigée en forme authentique par un officier public ayant le *jus conficiendorum actionum*, et remplaça dans le système formulaire *la vocatio injus* et se confondit avec *leditio actionis*. Cette *denunciatio* était parfaitement connue au temps de Gordien. Ce mot avait donc un sens réellement déterminé, parfaitement défini dans la terminologie juridique, et c'est dans son sens technique et précis que quelques jurisconsultes prétendent qu'il a été employé par l'empereur.

Nous reconnaissons que la *denunciatio litis* était un moyen efficace pour porter la cession à la connaissance du tiers cédé, mais nous ne pouvons pas admettre que la *denunciatio*, à laquelle fait allusion notre constitution 3, soit et doive nécessairement être le moyen de procédure réglementée par Constantin. Une *denunciatio*, dit Gordien, produit au regard du cessionnaire le même effet que la *litis contestatio ;* rien dans le texte n'indique que l'empereur ait songé le moins du monde à la *denunciatio litis*, pourquoi donc restreindre la portée de l'expression dont il s'est servi? Et d'ailleurs si ce mode de signification eût été seul possible dans la pensée de l'auteur de la constitution, pourquoi aurait-il indiqué la *litis contestatio* que la *denunciatio litis* rendrait toujours inutile puisqu'elle a toujours lieu antérieurement? On peut, sans doute, répondre à cette dernière objection que dans certaines circonstances l'instance ne s'ouvre pas par une *denunciatio litis ;* que par exemple lorsqu'il s'agit d'affaires sommaires,

telles que des demandes n'excédant pas 100 *solidi*, ou des prétentions justifiées entièrement par écrit, une simple demande verbale faite par un *viator* est pleinement suffisante, et qu'alors à défaut de *denunciatio litis* la *litis contestatio* produit son effet confirmatif; mais cette objection ne nous paraît pas très concluante. En effet, Gordien indique cumulativement la *litis contestatio*, le paiement et la *denunciatio* comme pouvant rendre la cession efficace; mais il n'est question dans son rescrit que d'une hypothèse particulière, et rien ne prouve qu'il s'agit dans l'espèce d'une affaire sommaire, et cependant les trois moyens protecteurs des droits du cédé pourront s'appliquer. Nos contradicteurs n'ont donc pas d'arguments décisifs pour décider, en l'absence de tout texte, que l'empereur, qui s'exprimait cependant d'une façon générale, a entendu mentionner un moyen applicable seulement dans deux ou trois cas particuliers; nous pensons, en conséquence, que la *denunciatio* n'était pas soumise à une forme déterminée et qu'il suffisait pour sa validité que le cédé ait été averti d'une façon formelle, expresse, de la cession qui avait eu lieu. La loi 4 C. liv. 8, 17, confirme, d'ailleurs, notre opinion.

Quelques auteurs vont plus loin encore et prétendent que la simple connaissance que le débiteur aurait acquis de la cession par un moyen quelconque équivalait à la *denunciatio* et rendait le mandat irrévocable. Ils argumentent en faveur de leur système, qu'ils appuient de l'autorité de Doneau, de la loi 17 *de transactionibus* (2, 15), et prétendent que, si le cédé connaît la cession et a payé cependant son créan-

cier primitif, il ne sera pas moins tenu au regard du cessionnaire. Voici le texte de la loi 17 : « *Venditor hereditatis, emptori mendatis actionibus, cum debitore heridetario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit : si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est.* » Un héritier, après avoir vendu son hérédité à un tiers, lui a donné mandat *in rem suam* à l'effet de poursuivre les débiteurs héréditaires ; plus tard, il transige avec l'un de ses débiteurs qui ignorait la cession. L'acheteur veut poursuivre ce dernier, et Papinien décide qu'il pourra opposer à l'action du procurateur une exception *transacti negotii,* parce qu'il a ignoré la cession qui avait eu lieu. Si donc, dit-on, le débiteur cédé en avait eu connaissance, l'exception ne lui aurait pas été accordée, la transaction n'aurait pu produire effet, et cela sans distinguer de quelle façon et par quel moyen le débiteur aurait été averti. Nous croyons, avec le président Favre et la majorité des commentateurs, que l'argument *a contrario* tiré de la loi 17 est insuffisant et ne peut être victorieusement opposé au texte précis de la constitution de Gordien.

Sait-on en effet si l'*ignorantia* du débiteur, dans l'hypothèse prévue par Papinien, ne provient pas précisément du défaut de *denunciatio* que nous prétendons nécessaire? Et d'ailleurs, il s'agit ici de la vente d'une hérédité et non d'une créance individuelle, et dès lors les règles pourraient être différentes. En Droit français, la cession ordinaire des créances doit être signifiée ; il en est autrement de la cession d'hérédité.

Dans ce dernier cas, les significations seront difficiles, souvent même impossibles, car le cessionnaire peut ne pas connaître les débiteurs héréditaires ; pour ce motif, on le dispense d'y procéder ; il pourrait en être de même à Rome. Il est donc impossible de tirer un argument d'analogie de la loi 17 et d'appliquer le principe qu'il pose à l'hypothèse de la cession de créance. Notre opinion, conforme au texte de Gordien, est donc la plus sûre, et nous persistons à croire que, pour que le mandat du *procurator in rem suam* soit mis à l'abri des entreprises du mandant, il est indispensable que la cession lui ait été expressément signifiée.

Il est presque inutile de dire que c'est le cessionnaire qui doit faire connaître au cédé la cession intervenue ; c'est lui, en effet, qui est intéressé à ce que la signification ait lieu, puisque c'est par cette signification qu'il sera sauvegardé contre les paiements qui pourront être faits par le débiteur primitf.

On voit par ce qui précède que la situation du cessionnaire s'était notablement améliorée ; nous sommes loin, en effet, de cette première période où le transfert était impossible par suite de l'absence de tout moyen juridique à appliquer la cession même contre le gré du débiteur et à garantir le cessionnaire contre les actes frauduleux du cédant. Mais il reste encore quelque chose à faire, irrévocable à certains points de vue ; le droit du *procurator* peut cependant être anéanti par la mort du mandant ou par la sienne propre ; il faut, pour faciliter la circulation des créances qui sont devenues sous l'empire l'un des éléments

principaux de la fortune privée, mettre le cessionnaire à l'abri des éventualités qui peuvent encore entraîner l'extinction de son droit; nous allons voir comment on y parvient par la concession des actions utiles.

On sait comment les actions utiles furent introduites dans le Droit romain. La législation rigoureuse des premiers siècles accordait les actions directes seulement dans des cas déterminés : en dehors des hypothèses spéciales pour lesquelles l'action était organisée, et lorsque, par exemple, on ne se trouvait pas placé dans la situation particulière prévue formellement par la loi, tout moyen judiciaire était refusé, l'équité était blessée sans doute, mais le texte de la loi devait avant tout être obéi. Le préteur chargé de corriger la législation dans ce qu'il pouvait avoir d'obscur et d'en combler les lacunes, dut nécessairement se préoccuper de cet état de choses, il voulut que dans tous les cas le titulaire d'un droit pût en poursuivre la réalisation en justice lorsqu'il serait méconnu, et dès lors au lieu et place des moyens civils, c'est-à-dire des actions directes, lorsque celles-ci n'étaient pas accordées par un texte, il octroya des secours prétoriens à l'aide desquels ont put atteindre le même but. C'est ainsi que le préteur accorda au *bonorum emptor*, pour recouvrer un fonds détenu par un tiers ou pour exercer un créance contre un débiteur qui refusait de s'acquitter, l'action *servienne* ou l'action *Tutiliana* dont parle Gaïus (1).

(1) C. IV. § 34, 35.

Nous sommes assez disposés à croire que c'est par la création des actions exercitoire et institoire que le préteur avait inauguré le système des actions utiles. Les Romains répugnaient au commerce et employaient en général, à ces sortes d'opérations, leurs esclaves; or, toute transaction eût été impossible si le tiers, traitant avec le préposé, n'avait pas eu de recours contre le *dominus*. C'est pour faciliter les opérations commerciales que le Droit prétorien imagina nos deux actions. Mais comme l'*institor* ou l'*exercitor* pouvait parfaitement être un homme libre et que l'action était cependant accordée au tiers contre le préposant, on comprit qu'un rapport obligatoire pouvait être créé entre deux personnes par l'intermédiaire d'une autre, tout en se trouvant garanti cependant par une action. On appliqua le principe des actions institoires dans l'hypothèse du mandat, et les jurisconsultes décidèrent que le mandant serait tenu au regard des tiers des contrats passés par les mandataires et pourrait être poursuivi par une action utile comme le *dominus* pouvait l'être par l'action institoire. Ce premier point décidé, et le mandant étant juridiquement tenu au regard des tiers, pourquoi ces derniers ne le seraient-ils pas, dit-on, vis-à-vis de lui? Il n'y avait aucune raison pour établir une distinction, et on fit un nouveau pas en avant en accordant au mandant une action utile contre ceux qui s'étaient obligés vis-à-vis du mandataire (1).

Les empereurs mirent à profit la pratique équita-

(1) L. 13. 25 D. 19, 1.

ble introduite par les préteurs et concédèrent, par leurs constitutions, des actions utiles. La première, dont il est fait mention au Digeste, fut accordée par Antonin le Pieux à l'acheteur d'une hérédité composée pour partie de créances, afin de lui permettre de poursuivre les débiteurs héréditaires sans avoir besoin de recourir à la *procuratio in rem suam*. *Rescriptum est a divo pio, utiles actiones emptori hereditatis dandas* (1). Plus tard, Alexandre Sevère favorisa d'une action utile le créancier gagiste d'un *nomen*, et c'est ainsi qu'il lui fut possible d'agir directement contre le débiteur, de même au cas de non paiement de sa créance de céder à un tiers le *nomen* dont il était nanti (2). L'empereur Gordien accorda aussi une action utile au cessionnaire au cas de mort du cédant (3); on la donna également au mari qui avait reçu en dot une créance (4), au créancier qui l'a acceptée à titre de *datio in solutum* (5), et au légataire (6); enfin, plus tard, Justinien, dans une constitution insérée au Code (7), octroya les actions utiles aux héritiers du cessionnaire, à titre gratuit d'une créance, décédé avant que le droit ne soit définitivement fixé sur sa tête. L'empereur marqua d'ailleurs dans le texte que le même bénéfice appartenait déjà au cessionnaire à titre onéreux; on doit reconnaître

(1) L. 16. D. 2, 14.
(2) L. 7. C. 4. 39. L. 4. C. 8, 15.
(3) L. 1. C. IV. 10.
(4) L. 2 C. IV, 10.
(5) L. 5, C. IV, 15.
(6) L. 18. C. 6, 37.
(7) L. 33. C. 8, 54.

que le principe était dès lors généralisé et que, dans tous les cas, les actions utiles étaient accordées en matière de convention ayant pour objet le transfert d'une créance. Nous verrons plus tard que dans les cessions nécessaires, c'est-à-dire lorsque la loi elle-même consacrait le transport des créances en dehors de toute convention des parties, les actions utiles étaient aussi accordées.

Avec les actions utiles les droits du cessionnaire étaient pleinement sauvegardés ; le créancier, bien que muni de l'action, aurait, dans tous les cas où il n'avait pas donné mandat au cessionnaire, été lui-même impuissant à anéantir les effets de la cession qui avait eu lieu, car, ainsi que le dit le jurisconsulte Ulpien (1), dans le cas où l'action directe était intentée par le cédant et l'action utile par le cessionnaire, ce dernier était préféré. On comprend donc que la théorie des actions utiles dût empêcher toute fraude de la part du cédant, mais il n'est pas moins vrai que le paiement fait par le cédé à son créancier primitif l'aurait complètement libéré au regard du cessionnaire, à moins que celui-ci n'ait, par une *denunciatio* ou de toute autre manière, formellement informé le cédé du transfert qui avait eu lieu. Avec les actions utiles, la *procuratio in rem suam* n'était plus nécessaire au cessionnaire pour poursuivre le cédé, mais il pouvait arriver que le mandat *in rem suam* eût été donné ; dès lors le cessionnaire avait entre ses mains deux moyens différents contre son débiteur : 1° l'action directe qui

(1) L. 55, D. 3, 3.

lui avait été transmise par le mandat ; 2° l'action utile toutes les fois que le mandat ne s'était pas réalisé par suite de la volonté du mandant ou de son décès. Mais dans tous les cas, soit que l'action directe fût intentée, soit que l'action utile fût introduite, le cessionnaire ne pouvait agir qu'en vertu du droit qui compétait au cédant et comme celui-ci eût agi lui-même. Il est en effet évident que le transport ne pouvait pas avoir eu pour effet de modifier le droit existant, mais seulement de changer le sujet actif.

On a cependant cherché à établir que les actions utiles avaient complètement modifié la théorie de la cession et l'avaient transformée en un droit nouveau à peu près analogue à celui qui résulterait d'une succession. On a argumenté surtout de la loi IV au Code (4,15) pour soutenir que le cessionnaire n'agit plus comme le créancier primitif, mais comme titulaire pur et simple d'un droit qu'il peut exercer *suo nomine*. Malgré l'autorité de Doneau, qui a énergiquement soutenu ce système, nous ne croyons pas pouvoir l'admettre. Les actions utiles en Droit romain se présentent toujours avec le caractère des actions directes qu'elles sont destinées à suppléer dans les cas auxquels ces actions ne pourraient être appliquées en vertu des principes du droit quiritaire ; ce serait méconnaître l'esprit qui a déterminé les prudents à admettre ce genre d'action que d'en changer ainsi la nature. Nous pourrons d'ailleurs à l'argument tiré de la loi 4 opposer le texte de la constitution 8 au Code (4,39). Dans cette constitution, on nous dit que le créancier peut poursuivre par l'action utile comme aurait pu le faire le

créancier primitif, *exemplo creditoris,* et absolument comme dans l'hypothèse de la *procuratio in rem suam ;* c'est donc l'action du créancier cédant qui est mise en exercice par le cessionnaire. Il est vrai qu'il ne s'en servira pas *procuratorio nomine*, et c'est pourquoi le texte de la loi 4 décide qu'il agira *suo nomine*, mais, bien entendu, comme si l'action lui avait été conférée par le cédant. Indépendamment de cet argument du texte, nous pouvons invoquer un argument de raison. Nous savons en effet que, depuis que le transport des créances est possible autrement que par délégation, le créancier peut transférer le *nomen* et en effectuer la vente, indépendamment de la volonté de son débiteur ; on comprend aisément cette facilité accordée au créancier, mais à la condition toutefois qu'elle ne modifie pas la situation de son débiteur. Or, pour qu'il en soit ainsi, il faut évidemment que le cessionnaire exerce son action, comme le cédant l'aurait exercée lui-même, et si la délivrance de l'action utile pouvait rendre pire la situation du débiteur, la cession ne pourrait avoir lieu qu'au gré de ce dernier (1).

On voit par tout ce qui précède que si dans la première période la cession des créances est impossible, soit parce qu'on a considéré la créance comme un rapport qui se détruirait par le changement d'un de ses termes ; soit parce qu'aucun moyen juridique n'existait pour effectuer le transport, dans la deuxième, la cession de créance devient possible. A ce moment

(1) L. 29, D. *de negotiis gestis* (3, 5).

on à sans doute envisagé la créance en se plaçant au point de vue du bénéfice qu'elle doit produire ; l'on comprend très bien que le créancier ait voulu vendre son droit et le transporter à un créancier nouveau ; mais la difficulté commence a apparaître au point de vue du moyen juridique destiné à effectuer l'opération intervenue ; la *procuratio in rem suam* est venue combler cette lacune et permettre le transfert. Mais il faut constater que dans cette deuxième époque les Romains avaient parfaitement compris la possibilité du transfert des droits ; plus tard, nous avons vu se perfectionner la *procuratio in rem suam*, et enfin, dans la dernière époque, comment, avec la théorie des actions utiles combinées avec les significations à faire au débiteur cédé, les Romains étaient parvenus à faire passer dans la pratique juridique la théorie, longtemps arbitraire, du transport des créances et à organiser un système qui n'a rien à envier à tous ceux que les législateurs modernes ont adoptés.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

§ 1.

Créances qui peuvent être cédées.

En principe, toutes les créances peuvent être vendues : puisqu'elles font partie du patrimoine, peu importe qu'elles soient civiles ou garanties par le droit prétorien. Les obligations naturelles même peuvent faire l'objet d'une cession, mais il est bien entendu que le cessionnaire ne pourra employer que les moyens qui auraient été à la disposition du cédant, et comme ce dernier n'avait pas d'action, mais pouvait seulement invoquer le bénéfice des exceptions, il devra en être de même de son représentant.

Les créances nées d'un contrat ou d'un délit, *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*, peuvent aussi être transmises, et la même règle s'applique, soit que les obligations soient pures et simples, liquides, présentes, soit qu'au contraire elles soient à terme, condition-

nelles, indéterminées ou futures. On aurait même pu céder à Rome ses droits à une succession non ouverte, pourvu que le *dominus* y ait consenti et ait persévéré dans sa volonté jusqu'à son décès (1). Mais notre principe n'est pas absolu, et il convient de le limiter en énumérant les exceptions qu'il comporte. En l'absence de tout *criterium* auquel on puisse sûrement reconnaître les droits cessibles et ceux qui ne le sont pas, c'est le seul moyen d'en déterminer nettement l'étendue. Pour éviter cette énumération, les glossateurs avaient imaginé la maxime *quæ sunt transmissibilia ad heredes, etiam sunt cessibilia ;* mais on peut faire à ce brocard les reproches qu'on peut adresser au principe que nous avons posé, car, comme lui, il admet des exceptions. En effet, une créance litigieuse peut certainement être transmise aux héritiers et cependant ne peut pas être cédée (2). En sens inverse, l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers et peut très bien être vendu; nous devons donc le repousser, et nous sommes dès lors réduits à parcourir successivement les cas d'exception au principe de la cessibilité des créances. Ces exceptions se divisent d'après M. de Tangerow dont l'opinion est généralement adoptée, en deux catégories : 1° Exceptions résultant des principes généraux, 2° exceptions qui sont la conséquence des dispositions spéciales de la loi.

1° *Créances incessibles en vertu des principes généraux ou de leur nature.*

(1) L. 30, c. 2, 3.
(2) Loi 2, c. 8, 37.

a. Ce sont d'abord celles qui, à proprement parler, ne font pas partie de notre patrimoine, et dans ce nombre il faut compter les *actions populaires* qui appartiennent à tout le monde et dont dès lors on ne comprendrait pas la cession, et les actions *quæ vindictam spirant,* c'est-à-dire par lesquelles on poursuit la réparation d'une offense, bien plus que celle d'un préjudice matériel, telles que : l'*actio injuriarum,* la *querela inofficiosi testamenti* et l'*action en révocation des donations pour cause d'ingratitude.*

Les actions populaires (1) peuvent être intentées par tout citoyen *quivis e populo,* et ne comptent pas *in bonis nostris.* Leur cession serait parfaitement inutile, puisque ceux qui n'ont pas d'intérêt peuvent agir comme l'intéressé en vertu de leur droit propre ; c'est pourquoi il avait été décidé qu'on ne pouvait pas les intenter par procureur : telles sont les actions de *sepulchro violato,* de *albo corrupto* et de *effusis et dejectis.* Mais il nous semble évident que dans le cas où la cause qui a fait décréter l'incessibilité des actions populaires viendra à disparaître, l'incessibilité elle-même devra cesser, à moins de circonstances particulières. En effet, *cessante causa, cessat effectus.* Or *la litis contestatio* fixe le droit sur la tête du demandeur, et, dès cet instant, l'action ne peut plus être poursuivie que par lui ; on en comprendrait donc la cession si le droit ne devenait alors incessible pour un autre motif, parce qu'il est litigieux. Mais l'intérêt de la cessibilité se rencontre dans une hypothèse

(1) L. 7, D. 47. 23.

prévue au Digeste (1), et nous ne voyons aucun obstacle dans ce cas à la cession de l'action.

Voici l'espèce : un objet est tombé et a blessé dans sa chute un homme libre, une action populaire a pris naissance, mais elle est perpétuelle au regard du blessé et annale pour tout autre; supposons que la première année soit écoulée sans que l'action ait été intentée, seul l'intéressé aura le droit de la mettre en jeu; pourquoi donc ne pourrait-il pas l'exercer par l'intermédiaire d'un tiers, en la cédant à un *procurator in rem suam* ou de toute autre façon? Nous sommes ici en dehors de l'exception dont la base n'existe pas dans l'hypothèse, et nous devons par conséquent rentrer dans l'application des principes.

Nous déciderons de la même manière dans l'hypothèse du concours de plusieurs personnes se présentant à la fois pour exercer une action populaire. Aux termes de la loi, le préteur doit la concéder à celle qui a le plus d'intérêt (2). Or, après l'attribution faite, pourquoi le demandeur ne pourrait-il pas charger un procureur de poursuivre en son nom? Nous ne connaissons aucun texte qui l'en empêche; au contraire, une loi, au titre de *Procuratoribus* (3), permet à l'intéressé d'intenter par *procurator* une action populaire; or si le *procurator* peut intervenir, rien n'empêchait de le dispenser de rendre compte, et la cession devient possible.

(1) L. 5, § 5. D. 9, 3.
(2) L. 2, 3, § 1, D. 47, 23.
(3) L. 42, D. 3, 3.

Quant aux actions *vindictam spirantes*, particulièrement l'*actio injuriarum*, elles ne font pas partie du patrimoine; Ulpien le reconnaît dans un texte formel (1), et par conséquent elles devraient être incessibles ; c'est en ce sens que Cujas a décidé et, d'après son opinion, les *actions injuriarum*, la *querela inofficiosi testamenti* et l'*action en révocation des donations pour ingratitude* ne pourraient être cédées. La nature de ces trois actions répugne, d'après le grand jurisconsulte, à toute idée de cession ; elles sont placées par le législateur au-dessus des droits qui composent le patrimoine, elles ont pour objet de garantir des intérêts d'un ordre supérieur, l'honneur de la famille, et ne peuvent, à ce point de vue, faire l'objet d'un transport. D'ailleurs, pour l'action d'injure, on sait que celui qui l'intentait au criminel devait se présenter en personne, sauf l'exception introduite pour les personnes *illustres*, elle était donc incessible : pourquoi en eût-il été autrement de l'action civile? Or, si l'action d'injures ne peut être cédée, il doit en être de même des deux autres, car elles doivent être assimilées à la première, dont elles ont le caractère.

Les arguments invoqués par Cujas ne sauraient nous convaincre, et nous préférons l'opinion contraire soutenue par Bruneman. Pourquoi, en effet, l'action d'injures (et ce que nous disons de cette action est vrai *à fortiori* pour les deux autres) est-elle en dehors du patrimoine, et ne peut-elle pas être transmise aux héritiers avant la *litis contestatio*? Parce que le pardon

(1) L. 28, D. 47, 10.

est toujours possible à l'offensé ; après la *litis contestatio* l'action entre dans les biens de celui qui l'a exercée, par cette raison qu'il a manifesté la volonté de ne pas pardonner, or la cession de l'action prouve jusqu'à l'évidence que l'offensé renonce définitivement au droit de *remissio injuriæ;* et, dès lors, on ne voit pas pourquoi l'action serait incessible. La justification de cette idée nous paraît d'ailleurs résulter clairement des textes : « *Injuriarum actio*, nous dit Ulpien, *neque heredi neque in heredem datur..... Semel autem lite contestatà, hanc actionem etiam ad successores pertinere* (1), » d'autre part, la loi 42, § 1, D. 3, 3, décide que l'action d'injures peut être exercée par procurateur, et rien n'empêche qu'elle le soit par un *procurator in rem suam.* La loi 28, D. 47, 10, ne pourrait sérieusement nous être opposée, car, ainsi que l'a observé Bruneman, il résulte de son texte qu'elle ne se préoccupe que de l'intransmissibilité de l'action aux héritiers, et nullement de la cessibilité qui partout demeure réglée par les principes généraux.

b. Certaines créances, bien que faisant partie de notre patrimoine, sont cependant incessibles, parce que, attachées à la personne du créancier, elles y sont intimement liées et ne peuvent se comprendre sans elles. Nous pouvons noter en premier lieu les créances alimentaires, dont le but évident est de mettre à l'abri de la misère celui qui en est titulaire, et qui, par conséquent, lui sont éminemment personnelles. Mais si nous croyons à l'incessibilité des droits aux aliments

(1) L. 13, D. 47, 10.

dus en vertu d'un texte de loi ou d'un testament, nous pensons, au contraire, qu'une créance alimentaire résultant d'une convention pourrait parfaitement faire l'objet d'une cession.

Les droits ayant pour objet des services, des *operæ*, sont également incessibles dans certains cas.

On sait que les *operæ* dûs par un affranchi à son patron se divisaient en *operæ fabriles et operæ officiales*. Les *operæ fabriles* étaient cessibles, les *operæ officiales* au contraire ne constituaient pas un droit qu'on pût considérer comme étant *in bonis* du patron, et, par suite, étaient incessibles. Ces *operæ* étaient dues *propter reverentiam* et étaient inhérentes à la personne du créancier; cette distinction résulte d'un texte formel et ne saurait être contestée (1).

On a quelquefois prétendu que les créances nées d'un contrat synallagmatique étaient incessibles. Dans ces contrats, a-t-on dit, la considération de la personne joue un grand rôle, et, par suite, l'un des contractants ne peut pas se substituer un tiers. Nous reconnaissons, sans difficulté, que l'une des parties dans un contrat synallagmatique ne peut pas, contre le gré de l'autre partie, transmettre à une autre personne le rapport juridique créé par la convention, et que, par exemple, un acquéreur ou associé ne peut pas échapper aux obligations contractées envers le vendeur ou les *socii* en se substituant un tiers; mais cela ne prouve nullement qu'ils ne puissent céder leurs droits. Le contrat, en effet, a créé, pour chaque partie, des

(1) L. 8, D. 38, 1.

droits et des obligations, tel est le rapport établi; s'il s'agissait pour l'une des parties de le transmettre à un tiers, cela serait certainement impossible; on ne peut, contre la volonté du créancier, transférer les obligations; mais, il n'est nullement question ici de céder des obligations, mais de céder des droits que l'on a, tout en demeurant lié vis-à-vis de son créancier, et cela est évidemment possible.

c. Les droits dont l'exercice est absolument lié à la personne, tels que la qualité de membre de telle famille, de l'état de citoyen, sont également incessibles. On a voulu ainsi interdire à un fils de famille la cession d'une créance contre son père; cette cession est, en effet, impossible, car le lien de la *patria potestas*, qui unit le père au fils et qui crée entre eux l'unité de patrimoine, fait obstacle à la cession; mais l'impossibilité tient ici au caractère de la puissance paternelle et n'a rien d'absolu, puisque dans l'hypothèse où il n'y a pas unité de patrimoine, lorsque le fils de famille a un *pecule castrense*, on peut lui céder utilement une créance contre le *pater familias* (1).

On a prétendu aussi qu'une créance alternative au choix du créancier était incessible. L'option, a-t-on dit, est personnelle, c'est le créancier qui doit la faire, il ne peut donc transférer cette faculté à un autre, car il modifierait ainsi les droits de son débiteur. Sans nous préoccuper de la question de savoir si le droit à l'option est exclusivement attaché à la personne du créancier, comme on le prétend dans ce système en s'appuyant sur des textes qui, dit-on, sont formels (2),

(1) L. 7, D. 44, 7.
(2) L. 76, D. pr. 45, 1.

mais qui, à notre avis, n'ont pas le sens qu'on leur prête, ainsi qu'il serait facile de l'établir à l'aide de la loi 75, § 1, D. *de legatis*; en admettant même cette personnalité absolue du droit d'élection, nous n'en déciderons pas moins en faveur de la cessibilité des créances alternatives au choix du créancier.

Qu'est-ce qui est transféré en effet par la cession ? Le droit de créancier, mais évidemment le droit tel qu'il l'avait lui-même, sans modification d'aucune espèce ; or, dans notre hypothèse, le droit avait pour objet deux choses dues alternativement au choix du créancier et on conçoit qu'on ne pourra pas transporter à un autre la faculté de choisir ; mais la créance sera valablement transmise à un cessionnaire pourvu que l'élection ait lieu du chef du cédant. La créance n'est donc pas incessible, mais le cédant devra, soit avant, soit après la cession, procéder personnellement à l'élection.

d. Nous considérons aussi comme incessible les droits accessoires, tels que le cautionnement ou l'hypothèque si on les envisage indépendamment du droit principal auquel ils sont attachés, et qu'on veuille les transférer pour servir de garantie à une autre obligation dont le cessionnaire serait titulaire de son propre chef. Il est certain que le fidéjusseur, par exemple, ne peut pas être tenu de garantir une dette autre que celle pour laquelle son *intercessio* a eu lieu et qu'il ne saurait dépendre de son créancier de modifier sa situation juridique. Mais nous décidons sans difficulté que la cession du droit accessoire pourrait être faite isolément si le concessionnaire devait exer-

cer l'action accessoire comme le cédant l'aurait exercée lui-même. Ainsi, je puis parfaitement céder à Primus ma créance accessoire contre Secundus fidéjusseur de mon débiteur, mais Primus, le cessionnaire, ne pourra agir contre le débiteur cédé qu'au cas où je pourrai le faire moi-même, et par conséquent dans le dernier état du droit, que lorsque l'insolvabilité du *reus* principal aura été constatée.

2° *Exceptions qui résultent d'une disposition spéciale de la loi.* — Il arrivait souvent à Rome que pour nuire à son adversaire on transférait ses droits à une personne *potentior*. On se préoccupa de cette sorte de cession qui avait pour conséquence d'aggraver la situation du débiteur, et il paraît que l'empereur Claude décida que la cession serait nulle, et que, de plus, le cédant serait déchu de ses droits. Dioclétien et Maximien, qui nous font connaître la décision de leur prédécesseur, la confirmèrent par une Constitution insérée au Code (1), et après eux Arcadius, Honorius et Théodose en l'année 407 (2).

Un savant jurisconsulte allemand, Müllembruch, pense que, dans les deux textes que nous venons de citer, il ne peut être question que de cessions simulées et non pas de cessions réelles ; la cession effective est, dit-il, toujours possible quelle que soit la condition du cessionnaire, et s'il en était autrement, comme la question de savoir si celui-ci est *potentior*, est abandonnée absolument à l'appréciation du juge,

(1) L. 1, c. 2, 14.
(2) L. 2, c. 2, 14.

il en résulterait que les cessions deviendraient fort difficiles, et que, sûrement, aucun individu ne voudrait s'exposer à acquérir une créance à titre onéreux quand il pourrait en être dépossédé d'un moment à l'autre, en conséquence de sa qualité. Nous avouons que l'argument est très sérieux, mais il ne peut cependant l'emporter sur un texte dont les termes nous paraissent généraux : « *Si cujuscumque modi actiones ad potentiorum fuerint delatæ personas, debiti creditores jactura multentur aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores.* »

Les cessions fictives et les cessions véritables sont donc également défendues, et le droit cédé est dans l'un et l'autre cas anéanti par le cédant. La rubrique du titre du Code : « *Ne liceat potentioribus actiones, in se transferre,* » ne laisse, d'ailleurs, aucun doute sur la généralité de la prohibition.

Les textes gardent le silence sur le point de savoir quelles personnes devaient être considérées comme *potentiores*, nous avons déjà dit que cette question était appréciée souverainement par le juge. Nous savons par les ouvrages des jurisconsultes que le *fiscus* était considéré comme tel aussi bien que l'empereur et les présidents de province.

Quelques auteurs ont soutenu que la créance anéantie pour le cédant après une cession faite à une personne *potentior* était acquise au trésor public ; rien ne le prouve dans les textes, et nous pensons que la nullité aura pour effet non l'enrichissement du fisc, mais la libération du débiteur ; nous croyons aussi

avec M. de Tangerow que le *reus* libéré civilement par suite de la cession au *potentior* n'est pas tenu d'une obligation naturelle, et qu'il peut en conséquence *condicere l'indebitum* s'il a payé par erreur ce qu'il ne devait plus. Cette solution, qui n'est contestée que par quelques rares commentateurs, nous paraît être la déduction logique des principes. C'est, en effet, en haine du créancier et à titre de peine que la nullité est prononcée ; or, si le débiteur paie sciemment, il est aussi censé renoncer au bénéfice de la *pœna*, et la loi ne veut pas se montrer plus rigoureuse que lui, et punir alors qu'il pardonne; mais si c'est par erreur que le paiement a été fait, il doit en être autrement.

Justinien, dans la Novelle 72, a aussi créé une incapacité par suite de laquelle les tuteurs ou les curateurs ne peuvent acquérir des droits de créance contre leurs pupilles. Ces acquisitions auraient, en effet, des dangers graves, puisque ces administrateurs auraient pu aisément faire disparaître les titres constatant la libération de leur pupille. La prohibition était absolue, la cession était nulle, quelle fût faite au tuteur lui-même ou par personnes interposées, même lorsqu'elle avait lieu après la tutelle; dans tous les cas, aux termes de la Constitution, c'était le pupille qui bénéficiait de la nullité. Mais si le pupille est civilement libéré, ne reste-il pas tenu d'une obligation naturelle? Mullembruck a soutenu l'affirmative en s'appuyant sur un texte au titre *de condictione indebiti* (1). « *Si pœnæ causa ejus, cui debetur, debitor*

(1) L. 19, D., 12, 6.

liberatus est, naturalis obligatio manet : et ideo solutum repeti non potest. »

Parmi les exceptions au principe de la cessibilité qui résultent de textes positifs, il faut compter encore la cession connue sous le nom de pacte *quota litis*, par laquelle un avocat se faisait concéder à titre d'honoraires une part des bénéfices éventuels du procès qu'il devait soutenir. La Constitution 5 au Code (2-6) prohibait cette vente et la punissait de destitution. Enfin, la cession des créances litigieuses était aussi interdite par la loi. Nous savons qu'un droit devient litigieux lorsque la *litis contestatio* a eu lieu entre le créancier et le débiteur.

La prohibition de transférer les choses litigieuses avait existé de bonne heure à Rome. Ainsi, la loi des XII Tables les avait déclarées indignes des dieux, à qui elles ne pouvaient être consacrées; de même et par un motif analogue, afin d'empêcher que la cession ne rendît plus difficile la position du cédé, le préteur avait défendu la vente des choses litigieuses et décidé qu'au cas où le défendeur voudrait satisfaire à la poursuite du cessionnaire, il pourrait se faire indemniser par le cédant jusqu'à concurrence du préjudice qu'il aurait souffert par suite du changement d'adversaire; de même aussi, au dire de Gaïus (1), celui qui a acheté un fonds litigieux d'une personne qui ne le possédait pas et qui le revendique contre la personne, peut être repoussé par une exception. Enfin, l'empereur Auguste frappa d'inaliénabilité les choses

(1) § 117, c. 4.

litigieuses sous peine d'une amende de 50 sesterces contre les contrevenants de mauvaise foi (1).

Dans les textes que nous venons de citer, il est toujours question de prohibition d'aliénation de droits réels litigieux, et on a pu, dès-lors, se demander si cette prohibition s'étendait aux créances de même nature; Cujas répondait négativement à cette question, par ce motif qu'aussi bien dans l'édit du prêteur que dans les ouvrages des jurisconsultes il n'était jamais parlé que de la translation de possession, et que les créances ne peuvent être possédées. Nous n'hésitons pas cependant à adopter l'affirmative; il y a, en effet, les mêmes motifs pour décider identiquement dans les deux cas, et le silence des textes s'explique par la rareté du transport des créances pendant l'époque qui précède l'empire. Mais à partir des premiers empereurs les cessions entrèrent dans la pratique des affaires, et de graves abus ne tardèrent pas à se révéler. Des spéculateurs avides guettaient les créanciers, qui, redoutant l'insolvabilité de leur débiteur, pouvaient être désireux de se soustraire à ce danger en transférant à un tiers, moyennant une somme inférieure au montant de leur créance, le droit douteux dont ils étaient nantis. Ces courtiers achetaient les créances, puis cherchaient, en usant de toutes les rigueurs du droit, à en obtenir le paiement intégral. On conçoit que des cessions ainsi faites devaient aggraver, dans une large mesure, la situation des débiteurs, et on comprend que le

(1) Fr., *de jure fisci*, § 8.

danger devait augmenter pour lui suivant l'étendue du crédit du concessionnaire ; c'est pour y parer que furent rendues les deux Constitutions de Dioclétien et Maximien et d'Honorius et Arcadius, dont nous avons déjà parlé, et qui prohibèrent les cessions faites aux *potentiores* en décrétant des peines aux concessionnaires en cas de violation de la loi.

Mais les *potentiores* seuls ne devaient pas être punis par la loi. On ne pouvait, en effet, voir qu'avec défaveur les spéculateurs acheter des procès au règlement desquels ils devaient nécessairement apporter une âpreté excessive. Les *redemptores litium* qui comptent sur leur habileté pour obtenir une condamnation contre des malheureux débiteurs et pour en poursuivre avec dureté l'exécution toute entière, sont tout aussi coupables que les hommes haut placés, les *potentiores*, qui, dans les mêmes circonstances, veulent user de la considération qui les entoure pour réaliser des bénéfices; aussi Constantin décida-t-il par une Constitution (1) l'incessibilité des créances litigieuses. Cet empereur déclarait d'ailleurs que le caractère litigieux du droit cédé constaté par la *litis contestatio* n'empêcherait pas le procès de suivre son cours entre le cédant et le cédé, et que la cession devant être considérée comme n'ayant pas eu lieu, tout devait se passer *tanquam si nihil actum sit*. Nous devons observer que longtemps avant la Constitution de 331, on avait cherché à rendre difficile la cession des créances litigieuses; le préteur seul, et pour des causes graves, pouvait permettre le

(1) L. 2, c. 8, 37.

transfert à un *procurator* d'un droit nové par la *litis contestatio*, mais cette garantie n'était pas suffisante, et c'est pour l'étendre à tous les cas que la loi nouvelle avait été rendue.

Justinien alla plus loin que ses prédécesseurs ; il consacra leurs dispositions et, de plus, il édicta des peines contre ceux qui violeraient les prohibitions de la loi. C'est dans la Constitution 4, C. *de litigiosis*, 8, 37, que ces peines sont indiquées. L'empereur y distingue soigneusement le cas où le cessionnaire est de bonne ou de mauvaise foi. « *Si sciens, vel ad venditiones, vel ad donationes seu a alios contractus accesseret, cognoscat se compellendum non tantum rem redhibere, sed etiam pretio ejus privari, non ut lucro cedat ei qui rem alienavit, sed ut etiam alia tanta quantitas ab eo fini juribus inferatur.* »

Voilà pour l'hypothèse où le cessionnaire est de mauvaise foi. Si sa bonne foi est constatée et qu'il achète un droit litigieux, ignorant qu'il ait ce caractère, alors, dit l'empereur : « *Irrita rei alienatione factà pretium cum alià tertia parte recipiat. Justum est etenim propter dolosam mentem, cum emptori non manifestaverit rem in judicium deductam fuisse, in tertia parte pretio, eum privari.* » A notre avis, la constitution IV doit être entendue en ce sens, que le cessionnaire de mauvaise foi n'acquérait pas la créance et perdait son prix, mais que, de plus, le cédant devait donner une somme égale. Cette double amende profitait au fisc. Quant au cessionnaire de bonne foi, il pouvait réclamer son prix au vendeur ou le retenir, s'il n'avait pas encore payé ; mais, dans l'un et l'autre

cas, il avait le droit de se faire adjuger en plus une somme égale au montant de la cession, et le vendeur était en outre obligé de verser entre les mains du fisc une somme égale aux deux tiers restants. Nous ne trouvons, il est vrai, rien dans le texte qui fasse allusion à ces deux tiers; mais dans la première hypothèse, où le vendeur s'est entendu avec un acheteur de mauvaise foi, il est puni de la perte du prix total, et il nous semblerait bizarre qu'il fût traité plus favorablement dans le cas où il a abusé de son acquéreur.

Nous devons constater qu'aux termes de la constitution de Justinien, il y avait quatre exceptions au principe de l'incessibilité des créances litigieuses. Elle était permise : 1° lorsqu'elle avait lieu à titre de dot ou de *donatio ante nuptias;* 2° lorsqu'elle résultait d'une transaction ; 3° lorsqu'elle tendait à la cessation de l'indivision entre héritiers; 4° enfin, lorsqu'elle avait pour cause un legs ou fideicommis. Dans ces quatre hypothèses, les motifs de la prohibition faisaient complétement défaut. On ne pouvait supposer chez le concessionnaire l'idée de spéculation, base de la prohibition, et dès lors les motifs de la loi n'existant plus, son application devenait inutile.

§ 2.

Forme de la cession. — Juste cause.

Indépendamment des conditions de cessibilité intrinsèques requises pour qu'un transport régulier de créance puisse avoir lieu, il faudra encore y procéder dans la forme voulue par la loi, et il est nécessaire qu'une *justa causa* précède la cession.

Nous n'avons pas à revenir sur les conditions de forme, nous avons dû nécessairement les indiquer en étudiant l'histoire externe de la cession des créances; il nous suffira de rappeler que dans le dernier état du droit le transport s'effectuait conventionnellement, par une déclaration de volonté du créancier qui autorisait un tiers à poursuivre le débiteur et à faire valoir la créance dans son propre intérêt.

La *justa causa* peut résider dans un contrat ou dans une prescription formelle de la loi ; la cession peut donc se produire par la volonté de l'homme, l'autorité de la loi ou le pouvoir du juge. Dans le premier cas, on dit la cession *volontaire;* dans les deux autres, elle est *nécessaire :* des effets identiques sont d'ailleurs produits par ces deux espèces de cession. Nous nous bornerons à indiquer ici quelques-unes des plus intéressantes espèces de cession nécessaire.

L'*actio familiæ erciscundæ* nous fournit un premier cas de cession nécessaire opérée *officio judicis.* Supposons qu'une hérédité comprenant des créances

soit ouverte et déférée à plusieurs héritiers ; suivant le principe écrit dans la Loi des douze tables, *nomina inter heredes ercta sito sunto,* les créances naissant divisées, chacun des héritiers est titulaire d'une part divise dans chaque créance. Il peut arriver cependant que le juge de l'action place dans le lot de ses copartageants une créance entière, il reconstituera alors la créance au lieu de la partager ; et dans ce cas, comme chacun des ayant-droit cède à l'héritier qui a dans son lot la créance la part que la loi lui avait accordée de plein droit, le juge oblige les parties à stipuler et à promettre le *mandatum actionum* (1).

Le débiteur solidaire ou fidéjusseur qui, poursuivi par le créancier, a été obligé au paiement de la dette dont il est tenu avec ou pour d'autres jouit du bénéfice de *cession d'action* (2). Mais, pour pouvoir en jouir, il faut qu'il demande la cession avant le paiement ; après, les actions étant éteintes et la créance n'existant plus, la cession ne pourrait avoir d'objet (3). En général, le créancier consentira à céder les actions au *solvens* qui le paie sans devoir cependant supporter la perte définitive ; mais le contraire pourra avoir lieu : on triomphera de sa résistance en opposant à son action l'*exceptio doli* ou *cedendarum actionum.*

Le propriétaire qui s'est obligé à donner ou à livrer la chose, le vendeur, par exemple, qui par cas fortuit est mis dans l'impossibilité de s'exécuter se trouve li-

(1) L. 2, § 5. — L. 3, C. *familiæ erciscundæ.*
(2) L. 4, § 1. — L. 17, D., 46, 1.
(3) L. 76, D., 46, 3.

béré de son obligation ; cependant, si la chose existe encore ou si en sa qualité de propriétaire il a des actions à exercer par rapport à la chose, il doit les céder à la personne à qui la chose devait être livrée. Ainsi il devra livrer à l'acquéreur son action en revendication (1), de même l'*action furti* dont il serait nanti (2).

Le possesseur de bonne foi d'une hérédité qui, ayant disposé des choses héréditaires, ne peut les représenter en véritable héritier doit lui céder au moins les actions qu'il peut avoir acquises par suite de ses dispositions (3).

Ceux qui sont tenus à l'abandon d'un droit doivent également abandonner tous les avantages qui y sont afférents et les accessoires qui s'y rattachent. Celui qui obtient des dommages et intérêts à l'occasion d'une chose prêtée, disposée ou engagée que le commodataire, dépositaire ou créancier gagiste ne peut restituer par suite d'une faute qui leur est imputable est obligé de leur céder les actions qui leur comptent, par rapport à cette chose, en échange des dommages qui lui ont été payés (4). Nous devons observer que le dol de l'obligé ne lui enlève pas son droit à la cession, ainsi que cela résulte d'un texte au Digeste, titre *de servo corrupto* (5).

Enfin, le légataire, au cas où la chose qui lui a été

(1) L. 35, § 4, D., 18, 1, — L. 13, § 12, D., 19, 1.
(2) L. 4., pr. D., 47, 2.
(3) L. 40, § 2, D., 5, 3.
(4) L. 5, § 1. — L. 17, § 5, D., 13, 6. — L. 12, D., 42, 1.
(5) L. 14, 11, 3.

léguée, un esclave par exemple, a été blessé, peut exiger de l'héritier la cession de l'action de la loi *Aquilia*, et de même le possesseur de bonne foi condamné sur une action en revendication et qui doit payer l'*estimatio litis*, peut se faire céder par le demandeur son action en revendication.

CHAPITRE II.

DES EFFETS DE LA CESSION.

Dans toute cession de créances doivent intervenir nécessairement trois personnes : le cédant créancier originaire, le nouveau créancier ou cessionnaire qui se présente comme *procurator in rem suam*, enfin le débiteur qui doit payer ce dernier, le cédé ou *debitor cessus*. De la pluralité de personnes intéressées à la cession résultent trois classes de rapports juridiques produisant des effets différents; nous allons examiner les effets entre le cédant et le cédé, entre le cédant et le cessionnaire, enfin entre le cessionnaire et le cédé.

§ 1.

Effets de la cession entre le cédant et le cédé.

Nous savons que le *debitor cessus* est complétement étranger à la cession, qui se distingue précisément de la délégation en ce sens qu'elle peut avoir lieu à l'insu et sans le consentement du débiteur. Pour ce dernier, la cession est *res inter alios acta* et ne peut lui profiter ni lui nuire. Rien n'est donc changé entre le créancier primitif et le cédé. Le premier peut poursuivre le second et exiger le paiement, lui faire *acceptilatio* (1), le libérer par un pacte ; tous ces actes, sans doute violeront directement l'engagement que le cédant a pris au regard du cessionnaire ; ils ne seront pas moins valables, sauf au créancier originaire à rendre compte au nouveau créancier. Mais la cession produira son effet au regard du cédé s'il en a été formellement averti et, dès lors, il ne pourra plus payer entre les mains du cédant, et, s'il a payé, il pourra intenter une *condictio sine causa ;* enfin à l'action qui sera intentée contre lui, il devra opposer *l'exceptio doli*, en autres termes, il ne pourra pas favoriser les fraudes à l'aide desquelles le cédant chercherait à dépouiller le cessionnaire. A tous les autres points de vue, la cession n'aura rien changé à sa situation. Nous savons déjà à l'aide de quels moyens on rendait la cession

(1) L. 4. C. *de novationibus.*

opposable au cessionnaire, nous les avons indiqués en étudiant la constitution de Gordien ; nous nous bornerons à rappeler que le *debitor cessus* était obligé vis-à-vis du cessionnaire à partir de la *litis contestatio*, de la *denunciatio* ou de tout acte équivalent.

§ 2.

Effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire.

Pour déterminer avec exactitude les effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire, il faut connaître la *justa causa* qui a précédé la cession. Cette *justa causa* peut être *une vente*, une *datio in solutum*, une *donatio* ; dans chacun de ces cas, les règles du contrat qui sera intervenu détermineront la nature des rapports entre chaque partie et devront être appliquées. La cession a le plus souvent lieu à titre de vente, c'est surtout alors qu'elle offre de l'intérêt et c'est d'elle qu'à ce double point de vue nous allons nous occuper. Examinons d'abord quelles sont, dans cette hypothèse, les obligations du cédant, nous chercherons ensuite celles qui incombent au cessionnaire.

I. *Obligations du cédant.* — Le cédant est un vendeur ordinaire, il est donc tenu des obligations de délivrer la chose et de la garantir. Comment pourra-t-il exécuter la première ? En donnant à l'acquéreur le moyen de poursuivre le cédé et d'obtenir paiement, c'est-à-dire en lui consentant un mandat, en le constituant *procurator in rem suam*. Comme d'ailleurs la

créance est transférée dans l'état où elle se trouve au moment de la cession, le cédant devra transmettre non-seulement l'action principale, mais encore les garanties accessoires, telles que celles qui sont relatives à des fidéjusseurs ou à des *intercessores* en général (1), à des gages ou à des hypothèques. Mais de ce que les actions pignératitiennes seront octroyées au cessionnaire, il ne résulte pas nécessairement, ont dit quelques auteurs, que ce dernier puisse exiger du cédant la tradition de la chose donnée en gage. En effet, pour le *debitor cessus*, le possesseur du gage, après comme avant la cession, c'est le créancier primitif qui pourra bien, si bon lui semble, effectuer la tradition à ses risques et périls, mais qui ne pourra être contraint à la faire en dégageant sa responsabilité au regard du cédé dont la situation serait ainsi modifiée. Nous ne croyons pas que cette opinion soit fondée et nous pensons, au contraire, que le cessionnaire mis au lieu et place du cédant aura le droit d'exiger de lui le gage dont il était nanti ; mais comme la position du cédé ne peut être modifiée contre sa volonté, le créancier sera toujours tenu à son égard et la chose contraire pourra être intentée contre lui.

Le cédant doit encore céder les actions *adjectitiæ qualitatis* qu'il peut avoir contre le père de famille de son débiteur *cessus* (2). Du reste, depuis l'introduction des actions utiles, les cessions dont nous venons de parler s'opèrent par la seule force de la loi

(1) L. 6, 23. D. 18, 4.
(2) L. 14. D. 18, 4.

ipso jure, et le cédant n'est plus tenu qu'à fournir au cessionnaire les moyens de prouver son droit; pour cela, il doit lui faire remise de l'*instrumentum* qui le constate, il doit même l'assister en justice si cela est nécessaire, pour repousser les exceptions invoquées contre lui, enfin il doit restituer au cédé tout ce qu'il peut avoir reçu du cessionnaire à titre de paiement (1).

Une autre obligation imposée au cédant consiste à garantir le cessionnaire, la responsabilité est d'ailleurs plus ou moins engagée suivant les circonstances. Si le contrat ne renferme aucune convention spéciale, le cédant est garant de l'existence de la créance, mais non de la solvabilité du débiteur; il garantit la possibilité de l'action (2), et, par suite, si l'action est paralysée par une exception péremptoire, la cession est nulle et le cessionnaire peut réclamer son prix, plus les dommages et intérêts s'il y a lieu. Il en serait de même au cas d'inexistence de la prétendue créance cédée, et dans celui où le cédant aurait vendu une créance qui ne lui appartenait pas. Dans la première hypothèse, la créance est nulle faute d'objet, et le prix peut être réfuté car il est payé sans cause; dans la seconde, c'est l'action en garantie ordinaire, *ex empto* qui sera intentée.

Telle est l'étendue de la garantie du droit, nous l'avons déterminée à l'aide des textes; mais nous observons que les obligations du cédant pourraient être

(1) L. 23, § 1. h. t.
(2) L. 4. D. 18, 4.

augmentées par suite de son dol, et que si c'était par des manœuvres frauduleuses que le vendeur eût poussé le cessionnaire à l'acquisition, il deviendrait responsable de tout le préjudice qu'il aurait causé. Il n'est pas douteux que les parties peuvent, par des conventions particulières, restreindre ou élargir les limites de la garantie ; cette convention sera respectée en tant qu'elle n'aura rien de contraire à la loi, à l'ordre ou à la morale publique ; mais, si la créance cédée n'existe pas, le vendeur ne pourra prétendre qu'il a droit de conserver le prix reçu, cette prétention serait immorale et ne pourrait être consacrée par la loi ; il ne devra pas de dommages et intérêts, tel sera pour lui l'avantage de la clause de non garantie. Il est d'ailleurs évident que la solution contraire n'aurait rien de fâcheux, s'il s'agissait d'une vente aléatoire, et que dans ce cas, le vendeur pourrait conserver le prix qu'on lui aurait payé (1).

Si le cédant veut, en sens inverse, augmenter son obligation de garantie, et en conséquence répondre de la solvabilité actuelle ou même future de son débiteur, il en a la faculté ; mais dans cette hypothèse il faudra interpréter strictement la convention, et la garantie de la solvabilité générale ne devra s'entendre qu'en ce qui concerne la solvabilité actuelle et non la solvabilité future.

II. *Obligations du cessionnaire.* — Le cessionnaire est tenu de payer le prix fixé au contrat, il doit en transférer la propriété au cédant et, par suite, être

(1) L. II, 18, D. 19, 1. — L. II, D. 18, 4

propriétaire et capable d'aliéner la chose donnée en paiement. Si la créance cédée est garantie par un gage ou une antichrèse, nous savons que le cédant doit faire tradition au cessionnaire des choses engagées; ce dernier sera, dès lors, tenu d'apporter à la conservation les soins d'un bon père de famille, il devra, en un mot, agir comme aurait dû le faire le créancier primitif. S'il arrive que le cessionnaire soit poursuivi en revendication à l'occasion des choses qu'il détient, il pourra échapper à la poursuite en procédant dans la forme indiquée par une constitution de Constantin (1), et en faisant la *nominatio domini*, s'il s'agit d'immeubles. Nous pensons même, qu'en toute matière, il pourrait mettre en cause le propriétaire et éviter, en cas de condamnation, toute action en dommages, en conservant cependant son recours contre le *dominus* pour se faire donner une sûreté qui remplacera la première, à l'aide de l'*actio pigneratitia*.

§ 3.

Effets de la cession entre le cessionnaire et le cédé.

Dans cette section, qui est, sans contredit, la plus importante, nous aurons, comme dans celle qui précède, à examiner, sous un double point de vue, les effets de la cession, d'abord quant aux droits du cessionnaire contre le débiteur *cessus*, ensuite quant aux droits de celui-ci contre le cessionnaire.

(1) L. 2, C. 3, 19.

I. *Droit du cessionnaire contre le cédé.* — Avant d'entrer dans le détail de la matière, nous devons poser deux principes qui la dominent : 1° le cessionnaire ne peut jamais avoir plus de droit que le cédant. Ce principe se justifie par la nature même de la cession. Le cessionnaire, en effet, est le mandataire du cédant, et le mandataire ne peut avoir que les droits qui appartenaient au mandant ; peu importe, d'ailleurs, que le cessionnaire intente les actions utiles ; nous savons que, même lorsqu'il agit en cette forme, il n'est que le représentant du créancier primitif. Mandataire conventionnel, lorsqu'il agit par l'action directe, il est mandataire légal lorsqu'il intente l'action utile ; 2° le cessionnaire agit en son propre nom, *suo nomine*, dans quelques cas, mais toujours pour son propre compte, et, dès lors, il peut arriver qu'il n'ait pas toujours les mêmes droits que le cédant.

Du principe que la créance cédée passe du mandant au cessionnaire ou mandataire, il résulte qu'elle doit lui advenir dans l'état où elle se trouvait au moment de la cession, c'est-à-dire avec les hypothèques, gages et fidéjussions qui la garantissaient ; mais au point de vue des priviléges, qu'aurait pu faire valoir le cédant ? Une importante question se pose : sont-ils tous acquis au cessionnaire, ou bien faut-il distinguer entre les *privilegia causæ* et les *privilegia personæ?*

Avant de donner une solution à cette question délicate, il convient de rappeler ce que c'est qu'un privilége, et indiquer comment ils se divisent. Un privilége est le droit accordé à un créancier de se faire payer

par préférence aux autres créanciers, avec lesquels il se trouve en concours.

Les priviléges se divisent en *privilegia personæ, privilegia causæ* et *priviléges de procédure.*

Les *privilegia causæ*, comme ceux de notre Droit français, étaient un bénéfice accordé par la loi à la qualité de la créance : les frais funéraires, ceux faits pour la construction d'une maison, pour l'armement d'un navire, enfin l'action née d'un dépôt même irrégulier chez un banquier, était garantie par un *privilegium causæ.*

Les *privilegia personæ* étaient accordés en considération de la personne : étaient nantis de ce privilége, les pupiles, les mineurs, la femme mariée pour assurer la restitution de la dot, enfin les villes, le fisc et les individus placés en curatelle.

Les priviléges de procédure étaient attachés, non pas à la créance, mais à la manière de l'exercer. C'étaient le *privilegium fori* et le *privilegium de non appellando.* Ils consistaient dans la faculté d'appeler l'adversaire devant son propre tribunal ou de faire juger la cause sans appel.

Revenons maintenant à notre question. Les priviléges du cédant sont-ils transmis au cessionnaire? Nous croyons qu'il faut distinguer, et nous pensons que la cession transférera les *privilegia causa*, mais ceux-là seulement, et que (1), quant aux autres, le cessionnaire ne pourra pas s'en prévaloir. Nous ne nous dissimulons pas que cette doctrine est peu rationnelle :

(1) L. 17, D. 20, 4. — L. 25, D. 12, 1. — L. 26, 34, D. 42, 5.

le cessionnaire, en effet, est mis au lieu et place du cédant et, par conséquent, devrait pouvoir agir comme lui et bénéficier de tous les avantages qu'il avait lui-même par suite de tous les privilèges sans distinction dont il était nanti au moment de la cession, ce qui, d'ailleurs, ne changerait en rien la position du cédé ; mais les textes nous paraissent formels et nous nous expliquons d'ailleurs historiquement la théorie un peu illogique du jurisconsulte. On conçoit, en effet, très bien que, chez un peuple qui n'admet qu'avec difficulté que le rapport juridique créé par une obligation peut être transmis d'une personne à une autre sans être anéanti, il était assez naturel de penser que les privilèges personnels du cédant ne pouvaient être transmis au cessionnaire. Il nous reste à justifier la distinction que nous avons admise. Elle résulte d'abord d'un principe général posé en ces termes dans le Digeste (1) : « *In omnibus causis id observatur : ut, ubi personæ, conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat : ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quamvis persecutio ejus devenerit non deficiat ratio auxilii.* »

Enfin d'un texte de Modestin qui distingue entre les *privilegia personæ* et *causæ* en ce qui concerne la transmission des créances aux héritiers du créancier : « *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ : et ideo quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt ; quæ personæ sunt ad heredem non transeunt.* »

(1) L. 68, D. 50, 17.

Nous n'ignorons pas qu'il n'y avait pas similitude absolue entre les règles relatives à la transmission des créances par succession ou par cession entre-vifs, mais il existait certainement entre ces deux modes d'acquisition de grandes analogies, et le texte de Modestin nous paraît dès lors devoir être appliqué à la cession ; on pourrait même argumenter *à fortiori* et dire si les privilèges personnels ne sont pas transmis aux héritiers continuateurs de la personne, à bien plus forte raison ne peuvent-ils être accordés à un ayant-cause particulier.

Le jurisconsulte Papinien confirme cette doctrine dans un texte dont les termes sont précis : « *Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem fudex condemnavit : in rem suam judicatus procurator datus, privilegium pupilli non habebit : quod nec heredi pupilli datur : non enim causæ sed personæ succuritur, quæ meruit prœcipium favorem* (1). »

L'hypothèse est simple. L'un des tuteurs d'un pupille est condamné sur la demande de ce dernier, pour poursuivre ses cotuteurs, il se fait donner mandat *in rem suam*. Il ne pourra pas, nous dit le jurisconsulte, se prévaloir du privilége du pupille qui serait même refusé à l'héritier de celui-ci, car il ne tient pas à la nature de la créance, mais à la qualité du créancier qui seul a mérité la faveur de la loi. Ce texte nous paraît concluant.

La loi 43 au Digeste *de usuris et fructibus* (2)

(1) L. 42, D. 26,7.
(2) L. 43, D. 22,1.

semble *à priori* renverser notre doctrine ; on sait que le fisc créancier avait le droit d'exiger des intérêts indépendamment de toute stipulation; c'était là certainement un privilège personnel, puisqu'il existait indistinctement pour toutes les créances. Modestin décidait cependant que si le fisc cédait une créance à un tiers, ce tiers pourrait, en agissant contre le débiteur par l'action transmise, exiger de lui les intérêts, c'est-à-dire bénéficier du privilège personnel du fisc. Voici en quels termes s'exprime le jurisconsulte : « ... *Ejus temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum, qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras quæ in stipulatum deductæ non sunt petere posse.* » On a essayé de concilier ce texte avec ceux que nous avons déjà cités. Cujas et Pothier, s'autorisant du texte des basiliques, trouvaient un moyen commode en ajoutant une négation à la fin de la loi et en lisant *petere non posse* au lieu de *petere posse*. D'autres, sans corriger le texte, ont cherché à l'expliquer dans le sens de notre opinion. Modestin ne dit pas que le cessionnaire aura droit à des intérêts postérieurement à la cession, mais attribue seulement au cessionnaire ceux qui étaient dus à ce moment, ce qui est parfaitement juste. Nous n'en disconvenons pas, mais le cessionnaire ayant droit aux accessoires de la créance comme à la créance elle-même, avec cette explication la précision de Modestin serait absolument inutile. Les conciliations qu'on a tentées ne peuvent pas être admises, nous préférons supposer que l'hypothèse soumise à la décision du jurisconsulte a reçu de lui une solution spéciale. Qu'y aurait-il d'ailleurs de sur-

prenant à ce qu'une théorie particulière eût été appliquée à la cession de créance faite par le fisc et pour la favoriser? On avait bien décidé, pour faciliter les ventes de choses corporelles par lui faites, que, lorsqu'il vendrait la chose d'autrui, l'acquéreur deviendrait propriétaire, sauf recours du *dominus* contre le vendeur.

Quant aux priviléges de procédure, nous n'hésitons pas à les assimiler aux priviléges personnels et à les refuser au cessionnaire, à moins que la créance ne fût déjà *deducta in judicium* au moment de la cession.

II. *Droits du cédé.* — Nous avons déjà dit que la cession ne peut avoir d'influence sur la situation du cédé; il ne peut en conséquence modifier ses droits; c'est pour lui *res inter alios acta*, il n'a pas la possibilité de faire opposition au transport et doit s'y soumettre, mais, bien entendu, sans que sa position soit empirée. Par application de ces principes, le cédé doit, après la cession, pouvoir opposer au cessionnaire les moyens qu'il aurait pu employer contre le cédant pour paralyser son action; mais il n'est pas douteux que, postérieurement à la signification qui lui est faite, le cessionnaire devient son créancier et que le paiement qu'il ferait au cédant serait nul et de nul effet; par les mêmes motifs il ne pourrait pas opposer au cessionnaire des exceptions nées du chef du cédant postérieurement à la *denunciatio*. Mais le principe est-il absolu et peut-on dire que le cédé a le droit d'invoquer contre le cessionnaire toutes les exceptions dont il aurait pu se servir contre le cédant, ou bien doit-on décider au contraire que la règle comporte des excep-

tions qui tiennent à la nature même du droit, *rei coherentes?* La question ne saurait faire doute, et il est certain que le cédé pourra en faire usage contre le cessionnaire absolument comme il l'aurait fait contre le cédant. Il invoquera donc valablement contre lui les exceptions tirées de la non numération des espèces, celles des sénatus-consultes Vellien ou Macédonien, et ces moyens sont inhérents à sa dette et en forment en quelque sorte une modalité. Mais en ce qui touche aux exceptions *personæ coherentes*, c'est-à-dire qui ont pris naissance dans des faits personnels à l'une ou à l'autre des parties, la difficulté commence et les controverses les plus vives sont engagées. Ces exceptions peuvent se diviser en trois catégories : 1° Exceptions attachées à la personne du cédé ; 2° exceptions attachées à la personne du cessionnaire ; 3° exceptions attachées à la personne du cédant.

1° *Exceptions attachées à la personne du cédé.* — Le cédé peut les opposer au cessionnaire ; dans la généralité des cas cela ne peut pas faire difficulté ; mais dans une hypothèse particulière, celle du bénéfice de compétence, on s'est demandé s'il devait en être ainsi.

Le bénéfice de compétence est une faveur accordée à certains débiteurs par suite de leur qualité ; il consiste en ce qu'ils ne peuvent être condamnés que jusqu'à concurrence de ce qu'ils possèdent : ce bénéfice était concédé au mari poursuivi en restitution de la dot par l'*actio rei uxoriæ*, à l'ascendant poursuivi par un descendant, au patron, au donateur, enfin au débiteur qui a fait cession de biens à son créancier. De la nature de ce bénéfice qui a pour fondement le

lien particulier qui unit le débiteur au créancier, certains jurisconsultes ont déduit, qu'une fois le lien détruit, le bénéfice ne pourrait plus être invoqué, et c'est ce qui arrive, disent-ils, par la cession ; donc le cédé ne peut jouir de cette faveur légale lorsqu'il se trouve en rapport avec le cessionnaire. Les partisans de cette opinion tirent argument d'un texte du Digeste (1). Nous ne pouvons pas accepter leur système qui, à notre avis, est la violation flagrante des principes de la matière. La situation du débiteur cédé ne peut être empirée par la cession ; or, qui ne voit que, si le bénéfice de compétence lui était enlevé par le transport de la créance, la plus grave atteinte serait portée à ses droits ? Qui ne reconnaît avec nous que, si la théorie que nous repoussons était admise, le bénéfice de compétence disparaîtrait de la pratique des affaires pour devenir une abstraction ? On ne peut supposer, en effet, que le créancier qui sait que son débiteur peut le lui opposer ne se hâte de l'en dépouiller au moyen d'une cession. Rien, d'ailleurs, n'autorise la solution de nos contradicteurs, et le texte qu'ils invoquent ne porte certainement pas.

Il s'agit, en effet, dans la loi 41 d'une novation par changement de créancier, d'une délégation. Or, dans cette hypothèse, la première obligation est éteinte, anéantie au gré du débiteur qui consent à lui en substituer une autre ; il n'est donc pas étonnant que le bénéfice de compétence soit perdu pour le débiteur qui, par son acceptation de la délégation qu'il pouvait

(1) L. 41, D. 42, 1.

empêcher, a manifesté sa volonté d'y renoncer ; mais toute autre est notre espèce : la cession a lieu malgré le débiteur, et on comprend que, la situation étant ici tout-à-fait différente, on ne puisse argumenter par analogie de la loi 41 au cas qui nous occupe. Il faut donc appliquer ici les principes et décider que le cédé peut opposer au concessionnaire les exceptions attachées à sa personne, même celle qu'il déduit du bénéfice de compétence.

2° *Exceptions attachées à la personne du cessionnaire.* — Sur ce point nous aurons peu de chose à dire ; tous les commentateurs sont d'accord et reconnaissent que le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions nées en sa personne, et cela sans distinguer si l'exception a pris naissance avant ou postérieurement à l'un des trois faits indiqués dans la Constitution de Gordien (1). Cette solution n'a rien qui ne soit conforme aux principes. Sans doute, le cessionnaire représente le cédant dont il est mandataire, et, dès lors, il semble bien à première vue que sa personnalité doit s'effacer devant celle de son mandant, mais il ne faut pas oublier que le cessionnaire est mandataire *in rem suam*, qu'il fait sa propre affaire, et que, puisqu'il doit profiter de l'opération, il est juste de le considérer autrement que mandataire agissant pour le compte d'un mandant. Mais il est entendu que le cédé pourrait opposer au cessionnaire une de ces exceptions que Mullembruck qualifie de *spectantes ad legitimationem causæ*, et, par

(1) L. 4, § 18, D. 44, 4.

exemple, toutes en sa qualité de cessionnaire, et lui demande la preuve du transport.

3° *Exceptions attachées à la personne du cédant.*— Le débiteur pourra, en principe, les opposer au cessionnaire, car on ne peut pas admettre que le créancier puisse, par un acte de sa volonté, aggraver la position de son débiteur et le priver par une cession de bénéfices sur lesquels il pouvait légitimement compter. Le cessionnaire n'est, d'ailleurs, qu'un *procurator*, un représentant du mandant, mais il faut à notre règle apporter un tempérament et observer que le cédé ne pourra opposer au cessionnaire que les exceptions nées du chef du cédant avant la signification du transport. Ainsi, les paiements faits au cédant avant que le cédé ait connaissance de la cession seront valables (1), de même le cédé pourra opposer au *cessus* la compensation de ce qu'il devait au cédant, pourvu que les deux dettes aient été également échues et exigibles avant l'un des trois faits mentionnés par Gordien (2). Il en est de même de la transaction intervenue avec le cédant (3). Enfin, comme c'est le cessionnaire qui agit, les exceptions de procédure ne pourront lui être opposées que si elles résident en sa personne.

A ces restrictions près, toutes les exceptions nées du chef du cédant peuvent être invoquées par le cédé contre le cessionnaire. Quelques commentateurs ont

(1) L. 4, c. 8, 17.
(2) L. 4, 5, D. 16, 2.
(3) L. 17, D. 2, 15.

cependant prétendu qu'il doit en être autrement pour l'exception tirée du pacte de *non petendo in personam* et l'exception *doli*. Supposons un créancier qui s'engage vis-à-vis de son débiteur par un pacte *in personam* à ne pas réclamer un paiement ; postérieurement il céde sa créance ; le cédé ne pourra plus invoquer le pacte, nous dit-on ; mais cette solution est la négation des principes ; il dépendra donc du créancier de faire encourir une déchéance à son débiteur, par un acte absolument volontaire d'aggraver sa position. Pour admettre un pareil système, il faut des textes bien concluants. Voyons quels sont ceux qu'on invoque pour les soutenir. C'est d'abord une loi au titre *de pactis* (1), où nous voyons que le pacte de *non petendo in personam* ne peut pas être opposé aux héritiers du créancier par le débiteur ; or, s'il en est ainsi, dit-on, au regard des héritiers du créancier, il doit en être de même pour son ayant-cause, le cessionnaire. Le pacte, ajoute-t-on, est en ce cas entièrement personnel, ainsi que l'établit, d'ailleurs, un autre texte (2), dans lequel on voit que le pacte fait par un fils de famille ou un esclave à l'occasion de son pécule ne peut pas être opposé au père ou au maître.

L'argumentation de nos adversaires ne nous paraît pas de nature à faire tomber l'argument de raison qui milite en notre faveur, et il est facile de démontrer qu'elle n'est pas bien formée. Le pacte intervenu entre le créancier et le débiteur n'est pas opposable aux

(1) L. 57, D. 2, 14.
(2) L. 28, § 2, h. t.

héritiers, cela se comprend et l'équité n'est pas blessée, car le changement de situation du débiteur ne dépend pas de la volonté du créancier ; en serait-il autrement que l'argument ne porterait pas davantage, car nous savons qu'on ne doit pas assimiler la transmission aux héritiers à la cession. Quant à la loi 28, § 2, elle est encore moins probante. Le fils ou l'esclave ne peuvent lier le père ou le maître par des pactes faits avec le débiteur, cela va de soi, car ces personnes ont droit d'administrer le pécule, mais ne peuvent en disposer à titre gratuit, et le pacte de *non petendo* est une libération au moins temporaire, qui ne peut nuire au père ou au maître, puisqu'il excède les bornes de leur capacité. Dans l'hypothèse de la cession, il en est autrement, et une règle identique ne peut donc pas être appliquée.

Quant à l'exception de dol, elle a aussi fait l'objet de vives controverses. On sait que l'exception de dol ne peut, en général, être opposée qu'à l'auteur même du dol, à la différence de l'exception *quod metus causa* qui est *in rem scripta*. En partant de ce principe, on a soutenu que le cédé ne pouvait pas opposer au cessionnaire le première de ces exceptions, tandis qu'il pourrait lui opposer la seconde. Cette opinion nous semble erronée : le cédant, en effet, transporte son droit tel qu'il lui appartient, et comment pourrait-on logiquement admettre que, si ce droit est paralysé par une exception, le cédant puisse le modifier et aggraver la situation de son débiteur en donnant à un autre le mandat de l'exercer? Avec cette théorie l'exception de dol deviendrait impossible, car, dès l'instant où une

créance aurait été acquise par dol, le cessionnaire s'empresserait de la céder à un tiers et anéantirait ainsi pour le cédé le moyen que la loi lui accorde pour arrêter les poursuites dont il peut être l'objet. Il est vrai qu'on invoque contre notre opinion un texte que l'on dit formel (1), qui décide que l'acheteur n'est pas passible de l'exception de dol du chef de son vendeur.

Mais remarquons que, dans ce texte, il s'agit d'un acquéreur qui agit en vertu de son droit propre et non pas d'un cessionnaire qui se présente en quelque sorte comme le porte parole de son mandant. Les deux hypothèses sont absolument différentes, et on ne peut raisonner *a pari* de l'un à l'autre. La fin de la loi 4 ne laisse, d'ailleurs, subsister aucun doute, car le jurisconsulte y dit que si l'acheteur n'est pas devenu propriétaire et veut invoquer les droits du vendeur et bénéficier de sa possession, l'exception *doli* lui sera opposable du chef de ce vendeur, parce qu'il agit *alieno domine; à fortiori* doit-il en être ainsi lorsque c'est un cessionnaire qui poursuit le débiteur en justice. Nous ne croyons pas devoir admettre aussi la distinction proposée par quelques jurisconsultes qui pensent que si la cession est à titre gratuit, l'exception ne pourra pas être repoussée par le cessionnaire, et qu'au contraire, le cédé ne pourra l'invoquer contre le cessionnaire à titre onéreux. Cette distinction ne se trouve nulle part dans les textes, et ne peut pas, en conséquence, être acceptée. Nous en

(1) L. 4, § 27, D. 44, 4

disons autant du système d'après lequel le cédé peut opposer au cessionnaire l'exception lorsque le dol s'est produit *in ipso negotio* et que la loi refuse dans le cas contraire. La loi 4, § 17, D. 44, 4, établit cette distinction, dit-on, mais cela est inexact; ce texte s'occupe d'une situation qui n'a rien d'analogue avec la cession du cas où un maître a acquis par son esclave *non ex peculiari causa*, et décide, en effet, que l'on ne pourra invoquer contre le *dominus* que l'exception résultant du dol commis par l'esclave *in ipso negotio* : mais cela dépend des rapports établis entre le *servus* et le *dominus*, et de ce que, lorsque les droits sont acquis au maître du chef de l'esclave, ils ne peuvent plus être diminués par le fait de ce dernier. Or, il ne peut être question d'assimiler le *dominus* à un cessionnaire, la loi ne s'applique donc pas à la cession.

Nous terminerons notre étude sur les effets de la cession, en faisant observer que, de même que le cessionnaire peut se voir opposer toutes les exceptions que le cédé aurait pu opposer au cédant, de même il pourra se défendre contre les exceptions en faisant usage des répliques que le cédant aurait pu employer lui-même, aussi bien que de celles qui se rattachent à sa propre personne ou qui se rapportent simplement à la procédure.

Quant aux demandes reconventionnelles formées contre lui, du chef du cédant, le cessionnaire est-il tenu d'y défendre? Les lois 33, § 5, 35 et 70, D., *de procuratoribus*, 3, 3, semblent l'y contraindre; mais la loi 34 au même titre, déclare le contraire en termes

formels. On a proposé plusieurs conciliations : les unes et les autres nous paraissent malheureuses, car elles aboutissent à des transformations de textes que rien n'autorise, ou à des traductions plus que douteuses. Nous croyons que, sur ce point, les avis étaient partagés, qu'une théorie générale n'était pas admise par les jurisconsultes, et que c'est par suite d'une erreur que les compilateurs du Digeste y auront inséré les opinions des deux écoles opposées.

CHAPITRE III.

MODIFICATIONS RESTRICTIVES INTRODUITES PAR ANASTASE ET JUSTINIEN.

Nous avons signalé, en parcourant, dans notre section première, les divers cas d'incessibilité, les dangers qui pouvaient faire naître certaines cessions de créance, et nous avons indiqué les moyens à l'aide desquels on y avait remédié, en ce qui concerne les cessions litigieuses et celles faites à des *potentiores*; mais ces dangers n'étaient pas les seuls à craindre, et déjà, vers les commencements de l'empire, on découvrit la trace de nombreux abus qui augmentèrent avec le développement du commerce, et qui eurent peut-être pour origine l'extrême facilité avec laquelle on

pouvait procéder à la cession. Avec la décadence de l'empire, on vit à Rome des spéculateurs se livrer presque exclusivement au commerce des créances. Ils achetaient presque toujours les créances pour un prix de beaucoup inférieur à leur montant nominal, car ils savaient qu'ils n'obtiendraient pas du débiteur un paiement facile, et cherchaient à lui arracher, par des poursuites vexatoires, des sommes que le créancier primitif n'aurait peut-être pas pu toucher. Pour empêcher ces dangereux spéculateurs d'acheter des créances à vil prix, et pour mettre les débiteurs à l'abri des vexations auxquelles un pareil trafic les exposait, l'empereur Anastase édicta une constitution qui est devenue célèbre sous le nom de loi *per diversas* (1).

L'empereur défendit à tout cessionnaire de rien exiger au-delà de son prix d'acquisition, en y ajoutant les intérêts et sa prohibition était presque absolue, puisque trois exceptions seulement y étaient apportées : 1° au cas de cession entre légataires et entre cohéritiers dans l'hypothèse de partage ; 2° lorsque la cession était faite par un débiteur à son créancier à titre de *datio in solutum* ; 3° enfin, lorsque la cession avait lieu au profit du détenteur d'une chose pour consolider la possession. Dans ces trois cas, on ne pouvait supposer, chez le cessionnaire, l'esprit de spéculation qui avait servi de base à la restriction d'Anastase ; c'est pour le même motif que la Constitution ne s'appliquait qu'aux cessions faites à titre onéreux. Il est intéressant de noter que les trois exceptions con-

(1) L. 12, c. 4, 35.

tenues dans la loi 22 sont, à peu de chose près, textuellement reproduites dans l'article 1701 de notre Code civil français. Nous avons à peine besoin de faire remarquer que la constitution d'Anastase avait été inspirée par l'intérêt dont paraissent dignes les débiteurs, et ce serait en méconnaître l'esprit que décider, comme on l'a fait dans une opinion que, la portion de créance excédant le prix de vente continuera à appartenir au vendeur. Elle constituait, à notre avis, un profit pour le débiteur cédé, et il nous semble, qu'il ne pouvait en être autrement, car comment admettre logiquement que celui qui, moyennant un prix, a vendu une créance entière puisse prétendre encore au droit d'en toucher une partie?

La constitution d'Anastase dépasse le but que l'empereur s'était proposé, et l'excès de protection accordée au débiteur rendit toute cession impossible; pour faire disparaître les abus, elle anéantit les actes qui leur donnait naissance; ce résultat devait fatalement se produire. On chercha à s'y soustraire, et on en trouva le moyen dans la loi elle-même. Nous savons que la loi *per diversas* ne s'appliquait qu'aux cessions à titre onéreux, et ne visait pas les cessions à titre gratuit, qu'elle autorisait au contraire. Pour éviter la sanction légale, voici comment on procédait. Celui qui voulait devenir cessionnaire d'une créance à titre onéreux scindait l'opération; il acquérait partie du droit pour un prix déterminé, celui qu'il entendait payer pour la créance entière, puis il se faisait faire donation de l'autre partie, et pouvait ainsi agir contre le débiteur *cessus* pour le tout; à titre

d'acquéreur pour une part, de donataire pour l'autre. La disposition de la loi était ainsi éludée. Justinien fut frappé des fraudes nombreuses et des abus que suscitait la loi *per diversas*, et, pour y couper court, il promulgua une constitution non moins connue que celle de son prédécesseur, sous le nom de *lex ab Anastasio* (1). Il décida dans cette loi, où il déclare vouloir compléter l'œuvre d'Anastase, que les donations partielles qui ne servirent qu'à déguiser les cessions de créance, pour un prix inférieur à leur valeur nominale, seraient frappées de nullité et traitées comme une véritable vente. Justinien maintenait, d'ailleurs, les règles établies par Anastase ; par suite, le cédé fut toujours autorisé à écarter le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la vente avec les intérêts. Ce dernier point était spécialement décidé dans la loi *ab Anastasio*, mais nous ne le considérons pas comme une innovation de Justinien, et nous pensons, au contraire, que ce ne fut là qu'une reproduction de ce qui existait déjà en vertu de la constitution d'Anastase. Les exceptions créées par ce dernier avaient été respectées par Justinien, la loi *ab Anastasio* les avait maintenues ; mais dans une constitution nouvelle, dont le texte nous a été transmis par les basiliques, et qui, traduit du grec en latin par Cujas, est devenu la loi 24 du Code (4, 35), cet empereur les révoqua dans les cessions à titre onéreux.

Il nous reste, pour terminer notre travail, à étudier une question sérieusement controversée, et dont

(1) L. 23, c. 4, 35.

l'importance est capitale; celle de savoir comment le débiteur pouvait obtenir le bénéfice qui lui était accordé par les lois *per diversas* et *ab Anastasio*. Supposons qu'un concessionnaire poursuive en justice le cédé et lui réclame le paiement intégral de la créance dont il est nanti. Le cédé veut jouir de la faveur qui lui a été faite par les constitutions; est-ce à lui de prouver que le cessionnaire a acquis la créance pour un prix inférieur à la valeur nominale, ou bien, au contraire, le cessionnaire voit-il, qu'il a réellement acquis le droit moyennant une somme égale à sa valeur portée au contrat? Chacun de ces deux systèmes a ses partisans. Les uns prétendent que c'est au cessionnaire qu'incombe le fardeau de la preuve; ils argumentent d'abord du texte de la loi qui oblige le cessionnaire à ne demander qu'une somme égale à celle qu'il a payée, et qui, par conséquent, lui impose, disent-ils, la nécessité de justifier d'un paiement intégral s'il veut obtenir une satisfaction entière. Le cédé serait, d'ailleurs, impuissant, ajoutent-ils, à prouver des faits qui se sont produits en dehors de lui; enfin, la maxime *onus probandi incumbit ei qui agit* doit être appliquée ici comme en toute autre matière, et le concessionnaire est demandeur. Il est, sans doute, bien vrai, font-ils observer, que le débiteur cédé invoque un paiement partiel et devrait, par conséquent, l'établir que c'est au moyen d'une exception qu'il repousse l'action du cessionnaire, et qu'il est de principe que le *reus excipiendo fit actor;* mais la pensée du législateur se dégage des termes de la loi, et la répression énergique qu'il veut assurer est un motif

suffisant pour faire supposer que l'on a abandonné ici les principes ordinaires. Ce n'est pas seulement dans ce seul cas que la nécessité de faire la preuve n'incombe pas à celui qui invoque une exception, et nous en trouvons un exemple dans l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* ou la numération des espèces doit être établie par le demandeur et nullement par le défendeur que la loi veut protéger.

Les arguments sont sérieux, on le voit, ils ne sauraient cependant nous convaincre. C'est, à notre avis, au défendeur cédé à fournir la preuve du paiement partiel fait par le cessionnaire. Celui-ci produit, en effet, un titre non contesté, la créance originaire; il justifie de sa qualité de cessionnaire et obéit à la loi qui punit sans doute les cessions frauduleuses, mais qui ne les présume pas. La preuve de l'exception sera peut-être difficile; qu'importe, cette difficulté doit-elle donc entraîner la ruine des principes qui justifient notre solution? Il est certain que non. Si d'ailleurs le cessionnaire se présentait comme donataire et pour réaliser un bénéfice, il n'aurait rien à prouver et ce serait au cédé à établir, le cas échéant, que la qualité qu'il se donne est fausse, et on voudrait que celui qui recourt à la justice pour réaliser un droit qu'il a acquis de ses deniers, et qui le reconnaît d'ailleurs, fût exposé à voir divisé contre lui son aveu et, à défaut de preuves justificatives, à perdre son procès sur une simple affirmation de son débiteur! Cela nous paraît absolument impossible. Quelle que soit la haine que les spéculateurs aient inspiré aux auteurs des lois 22 et 23, elle ne pouvait les pousser à une injustice. Ils

n'ont pas voulu s'exposer à frapper des innocents pour atteindre plus sûrement les coupables, et, conformément aux principes généraux, ils ont laissé à celui qui invoque un droit la nécessité d'en établir l'existence, et par conséquent au cédé le devoir de prouver que la cession attaquée a été faite en fraude des dispositions de la loi.

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER.

NATURE DE LA CESSION.

Nous avons vu en étudiant la cession de créances dans le Droit romain qu'on y procéda d'abord par la *procuratio in rem suam*, que plus tard le préteur, supposant que le mandat avait été donné sans que cela fût réellement vrai, attribuait, sur le fondement de cette supposition, au cessionnaire les actions utiles; mais nous avons remarqué que même, dans cette dernière période, le cessionnaire était toujours considéré comme le mandataire et que, si l'émolument du droit lui était transféré, le droit lui-même demeurait sur la tête du créancier primitif.

Dans notre ancienne jurisprudence, la même théorie avait été admise, et, en effet, voici comment s'exprimait Pothier dans son *Traité du contrat de vente,* ch. IV, n° 550. « Une créance était un droit personnel « du créancier, un droit inhérent à sa personne; elle « ne peut pas, à ne considérer que la substilité du « droit, se transporter à une autre personne ni par « conséquent le vendre ; elle peut bien passer à l'hé- « ritier du créancier, parce que l'héritier est le suc- « cesseur de la personne et de tous les droits person- « nels du défunt. Mais, selon la substilité du droit, « elle ne peut pas passer à un tiers ; car le débiteur « s'étant obligé envers une certaine personne ne peut « point, par le transport de la créance, qui n'est point « de son fait, devenir obligé envers un autre.

« Néanmoins, les jurisconsultes ont inventé une « manière de transporter les créances sans le consen- « tement ni l'intervention du débiteur ; comme le « créancier peut exercer par un mandataire aussi « bien que par lui-même l'action qui naît de sa « créance contre le débiteur, le créancier qui veut « transporter sa créance à un tiers fait ce tiers son « mandataire pour exercer son action contre son « débiteur, et il est convenu entre eux que l'action « sera exercée par le mandataire, à la vérité au nom « du mandant, mais aux risques et pour le compte du « mandataire qui retiendra pour lui tout ce qu'il exi- « gera du débiteur en conséquence de ce mandat et « n'en tiendra aucun compte au mandant. Un tel « mandataire est appelé par les jurisconsultes *procu-* « *rator in rem suam*, parce qu'il exerce le mandat,

« non pour le compte du mandant, mais pour son pro-
« pre compte.

« Un mandat fait de cette manière est, quant à
« l'effet, un vrai transport que le créancier fait de sa
« créance, et s'il ne reçoit rien du mandataire pour
« consentir que le mandataire retienne pour lui ce
« qu'il exigera du débiteur, c'est une donation ; s'il
« reçoit pour cela de l'argent du mandataire, c'est
« une vente qu'il lui fait de sa créance.

« De là, il s'est établi dans la pratique qu'on puisse
« transporter les créances, les donner, les vendre, et
« en disposer à quel titre que ce soit, et il n'est pas
« même nécessaire que l'acte qui en contient le trans-
« port exprime le mandat dans lequel nous venons
« d'expliquer que ce transport consiste. »

Il n'est pas douteux, on le voit, que la théorie romaine soit absolument maintenue par les jurisconsultes anciens; en est-il de même aujourd'hui et la cession des créances est-elle directement possible, ou bien faut-il supposer un mandat véritablement existant? Nous croyons qu'aujourd'hui comme peut-être, d'après quelques auteurs, dans l'ancienne jurisprudence de Rome, la cession directe de la créance est parfaitement possible ; le législateur moderne n'a pas voulu s'arrêter aux substilités de la jurisprudence romaine, et la théorie du la *procuratio in rem suam* a été complétement abandonnée. Pouvait-il en être autrement? La multiplicité des rapports commerciaux, le développement de la fortune mobilière devaient fatalement amener la disparition du principe à suite duquel on considérait autrefois le droit de créance comme une

relation toute personnelle entre les sujets actifs et passifs du droit. De nos jours, l'obligation est considérée purement et simplement comme la nécessité juridique imposée à une personne d'accomplir un acte ou de prouver une prestation déterminée. A ce point de vue, la relation établie du sujet actif au sujet passif du droit disparaît d'une façon à peu près absolue; on ne se préoccupe que de la prestation elle-même, et le bénéficiaire peut changer sans que la situation de l'obligé soit en aucune façon modifiée.

La cession de créances est donc aujourd'hui une vente; c'est en effet au titre de la vente qu'il en est parlé dans notre Code civil; mais l'objet de la vente, au lieu d'être une chose corporelle, est une chose incorporelle, un droit; ce qui pourra, à certains points de vue, modifier la théorie ordinaire; mais la vente n'en produira pas moins son effet habituel et l'acheteur sera *de plano* mis à la place du vendeur. Sans doute il faut que certaines conditions soient accomplies pour que le transfert produise son effet à l'égard des tiers; mais, par le seul effet de la convention, l'acheteur pourra exercer toutes les actions qui appartenaient au vendeur; cependant, comme il est l'ayant-cause, le *mandator in rem suam* de ce dernier, il devra les exercer absolument comme le vendeur l'aurait fait lui-même et sera passible de toutes les exceptions que le cédé aurait pu opposer au cédant. Le rapport juridique n'est en rien altéré par la vente qui a eu lieu; le vendeur a transmis les droits tels qui les avait lui-même, le rôle de créancier sera joué par le cessionnaire et non plus par le cédant, mais ce sera toujours

le même rôle sans modification aucune ; le débiteur cédé ne pourra donc pas se plaindre, car il n'a pas dû envisager la personne individuelle de son créancier primitif, mais le rôle juridique que le vendeur devait jouer vis-à-vis de lui en tant que créancier.

Avant d'examiner les divers rapports qui naissent de la cession effectuée, nous avons à résoudre, pour appliquer notre théorie aux cas particuliers, la question de savoir quels sont les droits qui sont cessibles et quels sont ceux qui ne peuvent pas être cédés.

CHAPITRE II.

QUELLES CRÉANCES PEUVENT ÊTRE CÉDÉES.

En principe, toutes les créances sont cessibles, et il n'y a pas à distinguer entre celles qui sont pures et simples ou celles qui sont conditionnelles ou à terme ; mais, à la règle générale, il y a de nombreuses exceptions, et nous savons que les anciens glossateurs avaient cherché une formule pour déterminer, avec précision, les droits cessibles et ceux qui peuvent être transférés. Ils avaient à l'origine imaginé la règle suivante : *Quæ sunt intransmissibilia ad heredem, per cessionem non transeunt.* Il est facile de voir que cette formule restreinte et négative était incomplète :

elle indiquait bien, sans doute, quels sont les droits incessibles, mais elle ne déterminait pas ceux qui peuvent être cédés. Les glossateurs eux-mêmes en reconnurent l'imperfection et ramenèrent leur formule négative à l'affirmation contraire ; dès lors s'introduisit l'adage « *Quod est transmissibile, id est cessibile.* » Le point de vue des anciens commentateurs consistait donc à établir un rapport intime entre la transmissibilité des droits, et leur cessibilité ; mais ce rapport ne peut exister, et on peut établir par des exemples que certains droits qui sont intransmissibles, peuvent cependant faire l'objet d'une cession et citer l'usufruit qui, bien que ne pouvant être transmis par l'usufruitier à ses héritiers, est cependant un droit cessible. Le *criterium* imaginé par les jurisconsultes anciens était donc inexact et ne pouvait être utilement employé ; les jurisconsultes modernes en ont indiqué un autre, et à défaut de relation entre la transmissibilité et la cessibilité, ils ont voulu établir un rapport entre les droits cessibles et les droits qui peuvent être exercés par les tiers, et ils ont dit : « *Sont cessibles tous les droits qui peuvent être exercés par les créanciers; sont incessibles, au contraire, tous les droits qui ne peuvent pas être exercés, conformément à l'article 1166.* »

L'article 1166 décide, on le sait, que les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Il y a donc des droits qui peuvent être exercés par les créanciers et d'autres qui ne peuvent pas l'être ; les premiers seraient cessibles, les autres ne

le seraient pas. On ne peut accepter, à notre avis, la formule proposée. D'abord, il n'est pas exact de dire que tous les droits qui ne peuvent être exercés par les créanciers, conformément à la règle établie par l'article 1166, ne sont pas cessibles, car certains droits sont, par leur nature même, insaisissables et, par suite, échappent à l'action des créanciers, tout en pouvant être utilement cédés.

La règle posée n'offrirait, d'ailleurs, pas une utilité bien grande et ne paraît que reculer la difficulté, car, pour ceux-là même qui l'admettent, se pose la question de savoir quels sont les droits qui sont exclusivement attachés à la personne, et qui, à ce titre, ne peuvent pas être exercés par les créanciers, et quels sont ceux qui n'ont pas ce caractère. Or, la loi ne trace aucune règle sur ce point, et on a vainement tenté de suppléer à son silence. Le système que nous venons d'exposer doit donc être repoussé.

Notre savant maître, M. Huc, a proposé une formule à l'aide de laquelle on peut traiter la plupart des difficultés et reconnaître, à peu près sûrement, les droits cessibles et ceux qui ne le sont pas. Pour être cessible, il faut :

1° *Que le droit soit appréciable en argent ;*

2° *Que le droit existe par lui-même (stans per se);*

3° *Enfin, qu'on puisse concevoir la représentation de celui qui en est investi par une tierce personne.*

Quand ces trois caractères sont réunis, le droit est cessible ; si l'un de ces éléments vient à faire défaut, le droit ne peut pas être cédé. Reprenons successive-

ment chacun de ces trois éléments de cessibilité des droits de créances.

1° *Le droit doit être appréciable en argent.* — Cette première condition s'impose d'elle-même, car elle est la conséquence directe de la nature du contrat. En effet, la cession de créance est une vente dans laquelle l'objet vendu est incorporelle sans doute mais cela ne change rien à la nature du contrat ; or, la vente n'existe que s'il y a un prix déterminé en argent, et si le droit n'est pas appréciable en argent, il ne peut pas y avoir de prix déterminé et, par conséquent, la vente est impossible. C'est par application de ce premier principe que les droits de famille, ceux relatifs aux noms ou à l'état des personnes sont incessibles par leur nature, car ils ne peuvent pas faire l'objet d'une appréciation pécuniaire.

En nous plaçant au même point de vue, nous déciderons que les actions en diffamation ne peuvent pas faire l'objet d'une cession utile, bien que ces actions donnent lieu à des dommages et intérêts. Sans doute, après la condamnation, le demandeur sera investi d'une créance dont le *quantum* sera déterminé par le jugement, et il pourra céder son droit comme toute autre créance ; mais avant la sentence, le transfert sera impossible, l'honneur d'une personne n'est évidemment pas appréciable pécuniairement.

2° *Il faut que le droit qu'on veut céder existe par lui-même.* — Il est des droits qui donnent naissance à une action supposant une qualité qui continuerait à résider sur la tête du cédant après la cession effectuée. Ces droits n'existent pas par eux-mêmes, ils sont en

quelque sorte attachés à la personnalité de leur titulaire, et l'action à laquelle ils donnent naissance ne pouvant être intentée que par lui, ils sont évidemment incessibles. Nous pouvons citer quelques exemples. Primus est propriétaire du fonds Cornélien ; une servitude prédiale active existe au profit de ce fonds ; si le droit de Primus est troublé, il peut agir par l'*action confessoire* contre l'auteur du trouble. Primus pourra-t-il céder l'action dont il est nanti? Evidemment non, à moins qu'il ne vende le fonds en même temps qu'il cédera le droit. Cela est parfaitement logique, car quelle utilité pourrait offrir au cessionnaire la cession d'une action qui supposerait chez lui pour être exercée une qualité qui existe seulement chez le cédant? Par sa nature même, on ne peut concevoir l'action confessoire que sur la tête du propriétaire du fonds dominant.

Il en est de même de l'hypothèque : c'est, nous le savons, un droit accessoire, une garantie offerte du créancier pour sûreté de la dette, il est donc impossible d'en comprendre la cession indépendamment du transfert de la créance. Sans doute, on peut céder une des prérogatives qui résultent du droit d'hypothèque, le rang qu'elle confère au créancier; mais il ne s'agit nullement ici de la cession du droit lui-même, qui ne peut avoir lieu sans la cession de la créance à laquelle il est attaché.

3° *Il faut pouvoir admettre la représentation du sujet investi du droit par une tierce personne.* — Il y a certaines actions pour lesquelles on ne peut pas concevoir la représentation en justice ; dans ces hypo-

thèses la cession ne pourra pas avoir lieu. A Rome, en se plaçant au point de vue que nous venons d'indiquer, on considérait comme incessibles les actions *vindictam spirantes*, et cela ne pouvait, en principe, faire aucune difficulté puisque la cession avait lieu à l'aide de la *procuratio in rem suam;* dans notre législation, il faut encore décider de la même manière, car l'intervention du créancier étant indispensable, il est évident que celui-ci ne pourra transporter à un autre le droit dont il est nanti. C'est ainsi que les actions d'injure devront être considérées comme incessibles dans notre Droit actuel. Mais il n'est pas ici question d'injures portant atteinte à la considération ou à l'honneur d'une personne ; pour l'incessibilité de ces actions, il existe un autre motif : non-seulement on ne peut concevoir la représentation de l'intéressé en justice, mais encore le droit qui résulte de l'injure n'est pas appréciable en argent.

Dans la jurisprudence, on a tantôt considéré l'action en dommages et intérêts comme étant cessible, et tantôt comme ne pouvant pas être cédée. A défaut de la formule que nous venons de proposer et à laquelle on n'a pas songé, sont intervenues des décisions en sens opposé ; avec notre *criterium*, il n'y a plus d'erreur possible et les actions en dommages et intérêts sont ou ne sont pas cessibles, suivant que nos conditions concourrent ou que l'une d'elles fait défaut. En nous plaçant à ce point de vue, nous pouvons ranger les actions en dommages et intérêts en plusieurs classes. Si nous supposons une action en réparation de préjudice moral causé à l'honneur d'une personne,

l'action sera personnelle, car la représentation est impossible aussi bien que l'appréciation pécuniaire du droit ; s'il s'agit d'une action en réparation de préjudice matériel causé par un délit contre une personne, telle que, par exemple, des coups et blessures, le droit qui en résulte n'admet pas non plus la cessibilité, car, bien qu'au point de vue pécuniaire on puisse apprécier l'étendue du dommage occasionné, la représentation du lésé est impossible, et l'une des conditions de la cessibilité fait, par conséquent, défaut ; enfin, s'il s'agit d'action en réparation de préjudice matériel causé à la propriété, tel que le meurtre d'animaux, le droit est cessible dans tous les cas : peu importe, d'ailleurs, que le tribunal estime le montant des dommages à un taux inférieur au montant de la somme payée par le cessionnaire au cédant, la cession n'est pas moins possible et parfaite, puisqu'ici l'intervention directe de la partie lésée n'est pas nécessaire, que le droit est appréciable en argent, et qu'il existe indépendamment de la qualité du créancier primitif, qui reste toujours sur la tête du cédant.

A l'aide de la base que nous venons d'établir, nous pouvons résoudre les difficultés qui prennent naissance dans certains cas douteux, et notamment relativement aux créances d'aliments. Si les aliments sont dus en vertu de la loi *ex jure sanguinis*, ils sont absolument incessibles, car le droit a son fondement sur une qualité qui réside en la personne du créancier ; dans le cas, au contraire, où il s'agit de créances alimentaires établies par testament ou par libéralité entre-vifs, elles sont, à notre avis, cessibles, car les

trois conditions que nous avons indiquées concourent dans l'hypothèse.

Il faut observer cependant que certaines créances sont incessibles en vertu des dispositions spéciales de la loi : telles sont les pensions militaires ou civiles, les traitements de réforme, les pensions accordées aux membres de la Légion d'honneur, les rentes viagères de la caisse de retraite pour la vieillesse, les rentes attachées à la médaille militaire, et enfin les dotations qui étaient allouées aux membres du Sénat impérial. Remarquons, toutefois, que parmi ces rentes ou pensions, il en est quelques-unes qui peuvent être cédées, soit pour certaines causes, soit d'une manière absolue jusqu'à concurrence d'une certaine somme ; ainsi sont cessibles les arrérages de pension non touchées au décès du titulaire ; les rentes viagères de la caisse des retraites au-delà de 360 francs. Dans ces diverses hypothèses, le droit devient cessible ; mais il est bon de noter qu'ici le droit *stat per se* existe par lui-même, indépendamment de la qualité de son titulaire, et que, dès lors, nos trois conditions se trouvent réunies, tandis qu'elles font défaut dans les autres.

CHAPITRE III.

FORMES DE LA CESSION, OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES.



Le transport des créances peut avoir lieu de diverses manières : il peut se faire à titre gratuit ou à titre onéreux. On conçoit que, suivant la nature du contrat, les obligations des parties soient différentes, que, par exemple, dans le transport à titre onéreux, le cédant soit tenu à la garantie, tandis qu'il n'en est pas de même dans la cession à titre gratuit. Nous nous occuperons spécialement de l'hypothèse la plus générale, du transport à titre onéreux. Cette cession est une vente d'une espèce particulière : la seule différence qui existe entre elle et la vente ordinaire réside dans l'objet vendu; dès lors, elle deviendra parfaite dès que les parties seront d'accord sur la chose et sur le prix, et des obligations seront respectivement créées par le contrat. Nous allons successivement déterminer celles qui incombent au cédant et celles qui sont imposées au cessionnaire.

SECTION Ire

Obligations du cédant

Le cédant comme un vendeur ordinaire a deux obligations principales qui sont inscrites dans l'art. 1603 : *1° il doit livrer la chose vendue, 2° il doit la garantir.*

§ 1.

Obligation de la délivrance.

L'art. 1689 règle le mode suivant lequel le vendeur effectuera la délivrance de la chose vendue. D'après cette disposition de notre Code, elle s'opèrera par la remise des titres constatant la créance et au moyen desquels le cessionnaire pourra prouver l'existence du droit au cas de contestation. Le vendeur devra, en outre, remettre à l'acheteur tout ce qui peut servir à établir non-seulement l'existence du droit cédé, mais encore celle des obligations accessoires, telles que priviléges et hypothèques. La délivrance est, d'ailleurs, soumise aux autres règles du droit commun, et l'art. 1689 n'est pas autre chose que la reproduction de l'art 1607 qui décide que la tradition des droits incorporels se fait par la remise des titres ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

§ 2.

Obligation de garantie.

L'obligation de garantie dont est tenu le cédant est la sanction de celle qui lui est imposée de délivrer le droit à l'acheteur et de lui en procurer la jouissance paisible et utile. Aux termes de l'article 1693, le vendeur est, par le fait même de la vente de sa créance, obligé à en garantir l'existence au temps même où le contrat s'est formé, et cela indépendamment de toute stipulation de garantie ; mais puisque notre article suppose que, même en dehors de toute stipulation, il y a une garantie de droit, c'est donc qu'il peut y en avoir une autre résultant de la convention des parties, d'où nous conclurons que la garantie, en matière de cession, est de deux espèces, l'une qui résulte du contrat lui-même, que l'on appelle garantie de droit, l'autre qui est réglée par clause particulière et qui est nommée garantie de fait.

1° *Garantie de droit.* — Elle résulte de la nature même du contrat, et elle consiste, aux termes de l'article 1693, dans la nécessité imposée au vendeur de garantir l'existence de la créance. Il résulte donc de cet article, que le vendeur est tenu *pro veritate nominis* et non *pro bonitate nominis*, la créance doit exister, tel est l'objet précis de la cession, et pourvu

que le droit à l'émolument existe, peu importe qu'il puisse être ou n'être pas procuré à l'acheteur. Il pourrait arriver que le droit existât en apparence et non en réalité; par exemple, qu'il fût anéanti par une compensation ou une prescription que le débiteur pourrait opposer au cédant : dans ce cas, le vendeur serait tenu à la garantie. Sans doute, on pourrait bien dire que lorsque le débiteur peut opposer à la demande du créancier cédant une prescription, la créance n'était pas éteinte *ipso jure*, puisque la prescription doit être opposée en justice et ne peut pas être suppléée d'office, *auctoritate judicis*, que la cession est, par conséquent, valable et que le cédant n'est pas tenu à garantir; mais nous ferons observer que la prescription fournit une exception péremptoire qui opère absolument comme la remise de la dette, et que, par suite, la créance à laquelle on peut opposer la prescription n'existait pas davantage que celle qui est éteinte par le paiement, la novation ou de toute autre manière. Il en serait tout autrement dans l'hypothèse de cession d'une créance contre laquelle la prescription aurait commencé à courir. Dans ce cas, la créance existe bien réellement au moment du transport, puisque la prescription n'est pas accomplie; et pourvu que le cessionnaire ait un temps suffisant pour procéder à une interruption de prescription, la responsabilité du vendeur ne sera nullement engagée. Il est presque inutile d'ajouter que la garantie de droit a pour objet non-seulement l'existence de la créance, mais s'étend encore aux accessoires qui en assurent le paiement; ainsi le vendeur est garant de

l'existence et de la légitimité des priviléges, des hypothèques ou des cautionnements, qu'il a indiqués au cessionnaire comme devant lui assurer l'exécution de l'obligation.

L'étendue de l'obligation de garantie nous est indiqué dans l'art. 1630. L'acquéreur évincé a le droit de demander contre le vendeur : 1° la restitution du prix de vente ; 2° les intérêts de ce prix ; 3° les frais faits sur la demande en garantie ; 4° enfin, les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. L'art. 1630 traite de la garantie due par le vendeur dans l'hypothèse d'éviction, mais personne ne doute qu'il faille l'étendre au cas qui nous occupe, puisque la cession n'est pas autre chose qu'une vente. Quant aux trois premières obligations du vendeur, elles ne font aucune difficulté ; en ce qui touche aux frais et loyaux coûts du contrat, on doit suivre la même règle, le vendeur doit les rembourser au cessionnaire, de même qu'il doit l'indemniser des pertes que lui a occasionné l'inexistence de la créance ; mais supposons que le cessionnaire puisse justifier de la solvabilité du cédé, pourra-t-il dans cette hypothèse demander à titre de dommages et intérêts le montant nominal de la créance cédée, c'est-à-dire le bénéfice dont il a été privé, ou bien aura-t-il droit seulement à la restitution de la créance qu'il a réellement payée ? La question est délicate, et à première vue, si l'on applique les principes généraux, il semble qu'il faut décider que le cessionnaire a droit à la valeur nominale du titre dont il est nanti. En effet, le cessionnaire prouve que le débiteur prétendu est solvable ; il aurait donc obtenu

de lui, si la créance eût existé, tout le *quantum* indiqué dans le titre; l'inexistence de la créance lui cause un dommage certain, et les dommages comprennent, on le sait, le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*. Nous ne pensons pas que cette application rigoureuse des principes doive avoir lieu dans notre espèce, et nous croyons avec la majorité des auteurs que le cessionnaire n'a droit, dans cette hypothèse, qu'à la restitution du prix qu'il a réellement payé. Nous ferons, d'ailleurs, observer que la loi voit avec défaveur les acquéreurs de créance, et que tout ce qu'elle veut, en obligeant le cédant à la garantie, c'est de les mettre à l'abri de la mauvaise foi de leur vendeur, elle n'entend certainement pas leur assurer la réalisation du bénéfice sur lequel ils ont compté, et, dans tous les cas, on conçoit que la défaveur dont le cessionnaire est l'objet oblige à interpréter le doute contre lui. Or, supposez que le vendeur dise, par une clause expresse de son contrat, qu'il entend garantir la solvabilité de son débiteur, quelle sera l'étendue de la garantie promise? Dans ce cas, le cédant ne sera tenu que jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré de la cession; comment dès lors pourrait-on concevoir, lorsqu'il n'a pas entendu se lier d'une façon aussi étroite, que son obligation de garantie fût élargie? Le législateur n'a pas pu vouloir admettre une semblable anomalie; dans tous les cas, la question est au moins douteuse, et le doute, nous le répétons, doit être interprété contre le cessionnaire.

La garantie de droit cesse dans certains cas particuliers, notamment lorsque la créance vendue est trans-

férée en tant que créance litigieuse; il en est de même dans tous les cas où la cession a le caractère d'un contrat aléatoire; enfin la garantie n'existera pas lorsqu'une stipulation sur ce point aura eu lieu entre le vendeur et l'acquéreur, pourvu que ce dernier ait eu connaissance de l'incertitude de la créance.

Mais si nous supposons que le vendeur ait introduit au contrat une clause de non garantie et que l'on ne se trouve pas dans l'une des hypothèses que nous venons de parcourir, le cédant sera-t-il obligé de restituer le prix de la cession? Nous croyons que dans ce cas particulier il faudra appliquer le principe de l'article 1629 du Code civil. Aux termes de cet article, même dans le cas de stipulation de non garantie, elle existe cependant en faveur de l'acquéreur évincé. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la vente a pour objet des choses incorporelles? Il n'y a pas de raison pour établir une différence, alors surtout que l'article 1795, comme nous l'avons observé, n'est pas autre chose que la reproduction et la confirmation de l'article 1629. Ainsi donc le vendeur qui a stipulé la non garantie sera, au cas d'inexistence de la créance, tenu à la restitution du prix qu'il a reçu, mais il ne devra aucune indemnité au cessionnaire à raison de dommages et intérêts ou pour paiement des frais et loyaux coûts du contrat. Nous devons ajouter que dans notre matière il faut surtout obéir à la commune intention des parties, intentions qu'on doit déduire des clauses diverses de l'acte. Il pourra même résulter de cet examen des modifications à la théorie que nous venons d'indiquer; ainsi, par exemple, il arrivera

quelquefois que les parties, stipulant la non garantie du cédant, aient voulu simplement exclure la garantie de la solvabilité du débiteur, et cette volonté devra sortir son plein et entier effet.

2° *Garantie de fait.* — Nous avons vu que le cédant doit garantir l'existence de la créance, et nous avons remarqué qu'il pouvait restreindre son obligation ou la faire disparaître à l'aide d'une clause de périls et risques pour l'acquéreur ; de même les parties peuvent étendre l'obligation de garantie qui incombe au cédant, et il peut arriver que le vendeur veuille répondre de l'efficacité de la créance dont il effectue le transport.

Pour obtenir ce résultat, il faudra que les parties joignent à leur contrat une clause particulière. L'article 1694 nous dit en effet : « Le vendeur ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance. » Il faut donc, on le voit, un pacte joint au contrat pour que le cédant soit obligé à garantir la solvabilité du cédé, et il faut de plus que la clause indique clairement cette volonté du créancier d'assurer le cédé contre l'insolvabilité du cessionnaire. Si ce pacte est intervenu et que le cédé est insolvable, le cessionnaire pourra agir en justice par l'action en garantie contre son vendeur, mais il ne pourra réclamer contre lui que dans la limite fixée par l'article 1694, c'est-à-dire à concurrence du prix réel de la cession. Il arrivera souvent que le prix du transport soit inférieur à la valeur nominale du titre

cédé, et, l'étant surtout en général dans une large proportion lorsqu'il y a quelque doute sur la validité de la créance, le cessionnaire sera privé du bénéfice sur lequel il pouvait légitimement compter; le prix réel cependant pourra seul être obtenu par lui dans toutes les hypothèses. C'est que la loi, nous l'avons déjà dit, voit avec défaveur les acheteurs de créance, et qu'au contraire elle encourage les transmissions à titre de vente ordinaire; il n'est donc pas étonnant que le législateur ait établi entre la cession et la vente une différence radicale en ce qui concerne la garantie et que, voulant la limiter dans l'hypothèse de la cession, il ait décidé que le cessionnaire devrait être assuré contre le *damnum emergens* et non contre le *lucrum cessans*.

L'article 1695 nous indique quelle est la solvabilité que le cédant a entendu garantir et décide que l'obligation de garantie ne s'applique qu'à la solvabilité actuelle du débiteur et non à la solvabilité future. Pour que la garantie de cette dernière fût imposée au cédant, il faudrait ajouter une clause particulière à la première insérée dans le contrat. L'article 1695 est formel : lorsque le cédant a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle et ne s'étend pas au temps à venir si le cédant ne l'a expressément stipulé. Cette théorie est, on le voit, des plus simples. Il nous reste seulement à résoudre une question assez importante et à examiner quelques clauses particulières qui se rencontrent souvent dans les actes notariés et qui ont été connues et soigneusement étudiées par nos anciens auteurs.

Occupons-nous d'abord de notre question controversée. Elle consiste à savoir quelle est l'étendue de la garantie de la solvabilité actuelle du débiteur dans l'hypothèse de la cession d'une créance à terme ou conditionnelle. Mettons en lumière, par exemple, la question à laquelle nous faisons allusion. Primus a cédé à Secundus une créance à terme ou conditionnelle, et il a garanti, conformément à l'article 1694, la solvabilité du débiteur; dans ce cas, suivant le principe de l'article 1695, la garantie n'aura pour objet que la solvabilité actuelle; mais quel est le caractère de cette actualité ? S'agit-il dans notre espèce de la solvabilité du débiteur au jour de l'échéance du terme ou de l'arrivée de la condition? S'agit-il, au contraire, de la solvabilité du cédé au jour où le contrat a pris naissance? Dans un premier système, on dit que la question ne saurait faire doute : lorsqu'il s'agit de créance à terme ou conditionnelle, et que le créancier garantit la solvabilité au jour même de la cession, il s'agit nécessairement de la solvabilité du cédé au jour du terme ou de la condition ; car, avant ces deux événements, le débiteur ne peut pas être valablement interpellé par le créancier dont le droit n'est pas encore exigible ou dont la créance conditionnelle n'existe même pas encore : dès lors, peu importe la solvabilité antérieure au jour où le cessionnaire pourra réclamer, l'obligation en garantie serait absolument inefficace et n'aurait pas de portée si l'on devait, pour apprécier la solvabilité du débiteur, se placer à une époque où le cessionnaire ne pourrait rien exiger de lui. Nous ne croyons pas devoir admettre ce système : les termes

de l'article 1695 sont formels et il ne peut exister d'équivoque sur le sens du mot *actuelle* qui se trouve dans cet article. Il est évidemment question de la solvabilité au jour où la cession est faite, cela résulte nettement du texte et de l'esprit de la loi. D'ailleurs l'argument invoqué par nos adversaires n'est pas bien concluant. Sans doute le créancier ne pourra interpeller le cédé qu'au jour de l'échéance ou de la condition réalisée. Mais supposons qu'en ce moment le débiteur soit solvable et paie : tout est terminé, il n'y a pas lieu de se préoccuper de la garantie ; si, au contraire, le cédé est insolvable, il faudra remonter en arrière et examiner si l'insolvabilité existait au jour où la cession a été faite ; dans ce cas, le créancier cédant ayant garanti la solvabilité actuelle devra indemniser le cessionnaire, et en sera, au contraire, dispensé si l'insolvabilité n'est survenue que postérieurement à la cession. La garantie, ainsi comprise, offre donc une certaine utilité, et, par suite, l'argument fait complètement défaut.

Etudions maintenant les conventions particulières qui peuvent intervenir entre les parties relativement à la garantie. Supposons d'abord qu'elles aient ajouté au contrat de cession une clause de garantie sans exprimer que cette garantie a pour objet la solvabilité actuelle ou future du débiteur cédé, et recherchons quelle sera la portée de cette stipulation particulière. Quelques auteurs soutiennent que cette clause particulière, dans l'hypothèse où l'intention commune des parties ne résulte pas des circonstances du transport, doit être considérée comme absolument analogue à la garan-

tie du fait simple que nous venons d'étudier et par laquelle le vendeur promet que la créance est bonne et que le débiteur est solvable. En faveur de cette opinion, on argumente d'abord de l'art. 1157. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, dit-on, on doit plutôt l'entendre de celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ; or, fait-on observer, si la clause de garantie ne touche pas à la solvabilité du débiteur cédé, elle n'ajoute rien à la garantie du droit inhérent au contrat accessoire et par conséquent est inutile. Il ne faut donc pas l'entendre dans ce sens, et par suite, pour qu'il ait quelque signification, il faut admettre qu'il étend l'obligation de garantie et s'applique à la solvabilité du débiteur. On invoque encore dans ce système le § 2 de l'article 1602, qui décide que tout point obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur, en vertu de ce principe il faut donc décider ici dans le sens de l'extension de la garantie de droit.

A notre avis, ces arguments ne sont que spécieux, et à celui qui est tiré de l'article 1602, nous pouvons opposer l'article 1162 de notre Code. Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ; or, qui a contracté l'obligation dans notre hypothèse ? le cessionnaire : c'est donc contre le cédant que le doute doit être interprété. L'article 1693 démontre d'ailleurs jusqu'à l'évidence l'erreur dans laquelle sont tombés nos adversaires : c'est toujours restrictivement que la loi interprète les stipulations de garantie, elle tend à les limiter, car elle voit avec défaveur les acheteurs

de créance; c'est donc méconnaître singulièrement son esprit que d'élargir l'étendue de l'obligation de garantie dans les hypothèses douteuses. L'argument tiré de l'article 1157 ne nous paraît pas mieux fondé, car si on appliquait *in terminis* cet article, il conduirait, dans un grand nombre de cas, à des conséquences inadmissibles. Quant à celui qui résulte de l'article 1602, nous avons déjà essayé de le détruire et nous croyons pouvoir en faire définitive justice en faisant observer que la disposition de cet article est basée sur la connaissance que le vendeur doit avoir des défauts de la chose vendue, et ne s'applique nullement aux conventions ou clauses spéciales que le vendeur a pu stipuler dans son propre intérêt.

On trouve souvent dans les actes notariés une clause particulière à notre ancienne jurisprudence, et sur laquelle les anciens commentateurs avaient longuement disserté. Par suite de cette clause, le cédant s'oblige *à fournir et à faire valoir* la vente contre le débiteur cédé. Les controverses anciennes ont aujourd'hui complétement disparu et l'on décide généralement que la clause *de fournir et faire valoir* oblige le cédant à garantir la solvabilité actuelle et future du débiteur cédé. L'étendue de l'action du cessionnaire doit, d'ailleurs, être limitée conformément au principe de l'article 1694, et il ne pourra, en cas de non paiement, exiger du cédant le prix réel de la cession; son recours ne pourra, toutefois, être valable que lorsque l'insolvabilité du cédé aura été constatée par la discussion des biens du débiteur, absolument comme dans l'hypothèse prévue par

l'article 1621. En résumé, la clause de fournir et faire valoir la créance équivaut à la garantie de la solvabilité actuelle et future, sauf que la constatation de la solvabilité future devra être faite par la discussion des biens du débiteur cédé.

Il existe, on le voit, un rapport très grand entre la cession dans notre hypothèse et la situation qui était faite par le Droit romain d'avant Justinien au *fidejussor indemnitatis* ; on sait, en effet, que celui-ci était tenu seulement au regard du créancier au paiement de la différence non payée par le débiteur principal. Il en est de même du cédant vis-à-vis du cessionnaire dans l'espèce que nous avons étudiée : si l'insolvabilité est incomplète, le cédant devra payer le tout ; dans le cas contraire où la discussion faite par le cessionnaire des biens du débiteur ne produirait qu'un paiement partiel, le cédant devra rembourser au cessionnaire une partie du prix de la cession proportionnelle à la partie de la créance qui a été perdue par suite du défaut de solvabilité du débiteur. Supposons, par exemple, une créance de 10,000 francs vendue pour 6,000, avec clause de fournir et faire valoir ; le cédé ne paie que 4,000 : le cédant devra-t-il rembourser tout ce qu'il a reçu pour prix de la cession, de telle façon que le cessionnaire reçoive le montant nominal de la créance ? Nous ne le pensons pas : le débiteur ne pouvant payer que 4,000 francs sur 10,000, la perte à subir était de six dixièmes et, par conséquent, l'acheteur prendra sur le prix payé une part proportionnelle, et le vendeur devra lui restituer les six dixièmes de 10,000 francs, c'est-à-dire 3,600 francs.

Il peut arriver que le cédé devienne insolvable par suite du fait ou de la faute du cessionnaire. Supposons par exemple que celui-ci libère les cautions qui garantissaient la créance ou bien qu'il décharge le débiteur des hypothèques qui grevaient ses immeubles, etc., etc., le cédant sera-t-il tenu du recours en garantie du cessionnaire, ou au contraire sera-t-il libéré? Il suffit, à notre avis, de poser la question pour la résoudre. Il est évident, en effet, que le cédant ne peut pas voir sa situation empirer par suite du fait du cessionnaire ; sans doute il répondait de l'insolvabilité du cédé, mais ici c'est le cessionnaire qui a fait naître cette insolvabilité; et c'est par conséquent lui seul qui doit en subir les conséquences. Mais la question devient délicate, si l'on suppose non plus un fait ou une faute du cessionnaire, mais une négligence ou une omission qui entraîne l'insolvabilité du cédé. Il peut, en effet, arriver, par exemple, qu'un cessionnaire à qui le cédant a promis de fournir et faire valoir, ne procède pas en bon père de famille aux actes qui doivent conserver le droit cédé, qu'il laisse prescrire les hypothèques : la responsabilité du cédant sera-t-elle engagée, et en cas de non paiement, le cessionnaire pourra-t-il se retourner contre lui et lui demander l'exécution de son obligation en garantie? Dans un premier système, on répond affirmativement, et on dit : le cessionnaire pourra dans cette hypothèse se faire indemniser par le cédant, en cas de non paiement de la part du cédé. En effet, fait-on observer, le cédant, pouvant faire postérieurement à la cession tous les actes conservatoires que le cédé aurait pu faire lui-même, avait inté-

rêt à les faire pour éviter le recours ; le cessionnaire n'était pas, au contraire, intéressé à se préoccuper de la conservation de la créance puisqu'il avait stipulé la garantie et qu'il était dès lors assuré d'obtenir son paiement du cédant en cas d'insolvabilité du cédé.

L'article 2037, ajoutent les partisans de ce système, fournit, d'ailleurs, un argument concluant en faveur de notre opinion. La caution est déchargée, nous dit cet article, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur par le fait de ce créancier. Le texte est formel, il s'agit du fait, non de la négligence ; or, la situation est la même dans l'hypothèse qui nous occupe. Le cédant est la caution du cessionnaire qui n'est pas autre chose que le créancier de l'art 2037, et le principe contenu dans cet article doit donc lui être textuellement appliqué.

Nous ne pouvons admettre ni l'un ni l'autre de ces deux arguments. Au premier nous répondons que, par suite de la cession, le cessionnaire est devenu propriétaire de la créance ; de plus, pour recourir contre le cédant, il faut qu'il discute les bien du cédé ; comme propriétaire, c'est à lui qu'incombent les actes conservatoires ; comme obligé à la discussion des biens, il tend à conserver le patrimoine qui peut se trouver soumis à la discussion. Pourquoi d'ailleurs, le cédant a-t-il consenti à s'engager par la clause de fournir et faire valoir la créance ? Parce que, peut-être, comptant sur les hypothèques ou les cautionnements qui la garantissaient, il a pensé qu'il n'avait aucun danger à courir et n'a pas craint de se lier par une spéculation de ga-

rantie; s'il en eût été autrement, il n'aurait probablement pas voulu engager sa responsabilité. Peut-on, dès lors, logiquement lui faire supporter les conséquences de l'imprudence ou de la négligence de celui qui est devenu titulaire de son droit? L'argument tiré de l'article 2037 n'est pas, à notre avis, plus concluant que celui que nous croyons avoir détruit; sans doute dans l'article 2037 il est question du fait du créancier, mais le législateur n'a-t-il pas voulu comprendre sous cette expression unique le fait négatif comme le fait positif? Il ne suffit pas de répondre, comme le font nos adversaires, qu'il faut s'en tenir aux termes de l'article, mais rechercher quel est son esprit; or, la pensée du législateur, en matière de fait ou de faute, se dégage nettement de l'article 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence, tel est le principe de la loi. Elle assimile, on le voit, la *faute in omittendo* à la *culpa in comittendo*; si l'article 2137 avait entendu repousser l'assimilation établie par l'article 1383, on aurait eu soin de s'expliquer clairement, et, c'est ce qui n'a pas été fait. L'assimilation existe donc toujours, et, par suite, lorsque le cessionnaire aura par sa négligence amené l'insolvabilité du cédé, le cédant sera libéré de son obligation de fournir et faire valoir.

La solution que nous venons de donner nous amène nécessairement à décider que, si le cessionnaire d'une créance exigible néglige de poursuivre le cédé et que celui-ci devienne insolvable, le cédant ne sera pas tenu à la garantie. La clause de fournir et faire valoir la

créance, lorsqu'il s'agit de droits immédiatement exigibles, est donc équivalente à la clause de garantie simple de la solvabilité actuelle du débiteur. Ce n'est, en effet, que dans ce cas que le cédant est obligé, puisque nous supposons que c'est le défaut immédiat de poursuite qui a occasionné l'insolvabilité du débiteur. Il nous paraît certain, toutefois, que le cessionnaire pourrait accorder au cédé un délai de grâce, et que, malgré l'action de ce délai, le cédant resterait tenu, à moins qu'il ne puisse établir que le cédé n'est devenu insolvable qu'à partir du moment où le délai de faveur lui a été accordé.

Nous avons à nous occuper d'une autre clause assez importante, c'est celle de *fournir et faire valoir après simple commandement*. Dans cette hypothèse, l'étendue de la garantie s'augmente encore : le cédant devient débiteur du cessionnaire sous cette seule condition que le cédé ne s'acquittera pas sur commandement à lui signifié. Il n'est donc pas nécessaire ici que le cessionnaire procède à la discussion des biens du débiteur; il lui suffit de constater par son commandement le défaut de paiement; il peut se retourner ensuite contre son vendeur et exiger de lui l'exécution de son obligation de garantie. On peut se demander ce qui arrive dans cette hypothèse lorsque le débiteur devient insolvable par suite de la faute du cessionnaire. Il faut répondre comme dans l'espèce précédente que, si le cessionnaire a diminué ou anéanti les garanties de la créance, lui seul doit en souffrir les conséquences et que le cédant doit être libéré. Mais qu'arrivera-t-il si c'est par sa négligence que la

créance est anéantie? Quelques auteurs ont soutenu que le cessionnaire est ici déchargé de la nécessité de faire les actes conservatoires de son droit; cela résulte, disent-ils, de la clause même; le cessionnaire, en effet, a stipulé son recours en garantie et a par conséquent voulu se décharger de tout soin autre que le commandement à faire au débiteur. Le vendeur a consenti à mettre le cessionnaire à l'abri de toute autre préoccupation. Il n'y a dans cette convention rien d'immoral ni de contraire à la loi, et dès lors on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas respectée. Nous croyons que ce système est un peu trop absolu et qu'il donne à notre clause une signification qui, dans le plus grand nombre de cas, n'est pas celle que les parties ont entendu lui donner. Nous proposerons plutôt la distinction suivante, qui a rallié un grand nombre de jurisconsultes : Si le cédant a remis au cessionnaire les titres constitutifs de la créance, il est évident qu'il ne peut plus faire lui-même les actes conservatoires du droit cédé; d'autre part, il est non moins certain que le cessionnaire qui a accepté la remise a entendu prendre à sa charge les actes conservatoires, et s'il n'y a pas procédé, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même : son action en garantie est nécessairement éteinte; si, au contraire, le cédant a conservé les titres qui constatent la créance, l'insolvabilité du cédé survenue par défaut d'actes conservatoires donne ouverture au recours en garantie du cessionnaire contre lui. Pourquoi? Parce que le cessionnaire, n'ayant pas la possibilité de prouver son droit, ne pouvait pas faire les actes conservatoires,

et la conservation des titres par le cédant est la preuve évidente que la convention mettait à sa charge la nécessité de la conservation du droit.

SECTION II

Obligations du cessionnaire.

Nous aurons peu de chose à dire dans cette section; elle est, en effet, bien moins importante que celle qui précède et ne peut donner lieu à aucune difficulté sérieuse. La principale obligation du cessionnaire est de payer le prix fixé ; les autres, telles que celles de prendre livraison, d'indemniser le cédant des dépens que la conservation de la créance a pu lui occasionner, etc., sont accessoires. Si le vendeur refuse de livrer ou n'est pas prêt à accomplir cette obligation, l'acheteur peut aussi refuser ou retarder son paiement, absolument comme dans une vente ordinaire.

CHAPITRE IV

TRANSMISSION DES DROITS DE CRÉANCE AU REGARD DES TIERS

Entre les parties contractantes la cession est parfaite par le seul consentement et indépendamment de la délivrance ; mais il n'en est pas de même au regard des tiers, et l'on conçoit sans peine qu'il faille que les personnes intéressées à un titre quelconque à connaître la cession, soit pour la constater, soit pour s'y conformer, aient été averties pour qu'à leur égard le cédant soit dessaisi. On sent, en effet, que la publicité est l'essence même des droits ; pour les droits absolus, opposables à tous, doit correspondre une publicité absolue ; pour les droits de créance qui sont certainement relatifs, la publicité pourra être moindre, il suffira d'une publicité qui soit relative, si je puis m'exprimer ainsi. Les jurisconsultes romains avaient compris que la théorie de la *procuratio in rem suam* serait incomplète au point de vue de la cession des droits si elle n'était pas rendue publique ; aussi Gordien avait-il ordonné que la cession ne serait définitive qu'à partir de la *denunciatio* faite au cédé. Dès que ce dernier était *certior factus* (c'étaient

là les expressions consacrées), le cédant ne pouvait plus empêcher l'efficacité de la cession en exerçant lui-même les actions contre le débiteur. La théorie en Droit français est à peu près la même ; il faut, pour opérer l'ensaisinement du cessionnaire, procéder à certaines formalités.

Nous allons examiner : 1° comment s'opère l'ensaisinement au regard des tiers ; 2° quelles sont les personnes qui peuvent opposer le défaut de saisine.

§ 1.

Comment s'opère le transport au regard des tiers?

L'article 1690 a organisé divers moyens à l'aide desquels la cession des créances est définitive au regard des tiers. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ; néanmoins le cessionnaire peut l'être valablement par l'acceptation du transport fait par le débiteur dans un acte authentique. On sait que le législateur, dans les deux cas prévus par notre article, organise un système de publicité tout à fait relatif ; il ne s'agit pas ici d'une publication effective comme celle qui résulte de la transcription d'un acte sur les registres du conservateur des hypothèques, qui peuvent être consultés par toutes personnes, mais bien d'un avertissement donné au cédé et au cédé seul. Mais le législateur a pensé que les tiers intéressés diligents pourraient facilement s'informer auprès du cédé,

et il a jugé suffisante la publicité qui résulte soit de la signification, soit de l'acceptation du transport.

Dans notre ancienne jurisprudence, d'après la coutume de Paris, la signification du transport était nécessaire, non-seulement pour ensaisiner le cessionnaire au regard des tiers, mais encore pour lui transférer la propriété au regard de son vendeur. Cette théorie a été abandonnée par le Code, et c'est seulement au regard des tiers que sont utiles les moyens indiqués par l'article 1690 et que nous allons successivement examiner.

La signification du transport doit être faite dans la forme ordinaire des exploits à personne ou à domicile; elle a pour objet de prévenir le cédé d'une façon non équivoque de la transmission qui vient d'avoir lieu; mais comme il importe peu au débiteur de connaître les conditions auxquelles le transfert s'est effectué, il n'est pas nécessaire de lui donner copie de l'acte de cession, ni de relater cet acte dans l'exploit qui lui est signifié. Le législateur ne nous indique pas quelle est celle des deux parties à qui incombe le soin de procéder à la signification qui doit être faite. L'art. 1691, qui nous dit que si avant que le cédant ou le cessionnaire ont signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant il serait valablement libéré, prévoyait les deux hypothèses possibles; nous devons nécessairement en déduire que la signification peut être faite par l'une ou par l'autre des parties. C'est en général le cessionnaire qui y procède, car c'est lui qui y est surtout intéressé; mais le cédant pourra, si bon lui semble, faire cette signification pour délier,

dès l'instant où elle sera facile, le lien qui l'unit au débiteur primitif.

Les articles 1690 et 1691 ne nous indiquent pas le délai passé lequel la signification devient impossible ; on ne peut pas suppléer à son silence et créer des déchéances qui ne sont pas écrites dans la loi ; par suite, nous déciderons que la signification peut être faite même après le décès du cédant, même dans l'hypothèse où sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous n'ignorons pas que notre opinion a été quelquefois contredite, et qu'en raisonnant par analogie de l'article 2146, quelques rares jurisconsultes ont prétendu que la signification du transport ne pouvait pas valablement être faite postérieurement au décès du cédant au cas où sa succession aurait été acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'argument qu'on nous oppose n'est pas fondé ; l'article 2146 était dicté pour une hypothèse particulière : les créanciers hypothécaires ne peuvent pas valablement faire inscrire leurs hypothèques après l'ouverture de la succession, dans le cas où elle n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire; mais il suffit de lire cet article pour être convaincu que la déchéance qu'il établit est une peine infligée aux créanciers retardataires. Or, nulle part cette peine n'était dictée en matière de cession, et on sait qu'on ne peut appliquer de pénalité en dehors des cas spécialement prévus par la loi. D'ailleurs les héritiers bénéficiaires ne sont pas des tiers; malgré l'acceptation particulière qui les dispense de subir les charges héréditaires au delà de l'émolument successoral, ils ne demeurent pas moins les représentants de

la personne du *de cujus*, et à ce titre peu importe que la signification ait eu lieu ou n'ait pas eu lieu, le transport est parfait en ce qui les concerne dès l'instant même du contrat intervenu entre le cessionnaire et leur auteur.

Aux termes de l'article 1690 *in fine*, l'acceptation du transport par le débiteur cédé produit les mêmes effets que la signification, mais il faut nécessairement que l'acceptation soit faite par acte authentique, et un acte sous seing privé serait impuissant à opérer l'ensaisinement du cessionnaire au regard des tiers. On comprend aisément cette exigence du législateur. Sans doute elle apportera quelque gêne au transport des créances, mais l'authencité demandée préviendra les fraudes qu'aurait pu avoir pour conséquence la clandestinité de l'acceptation. Il pourrait arriver, en effet, si l'acceptation sous seing privé était suffisante, que les parties, en produisant ou en ne produisant pas l'acte sous seing privé contenant l'acceptation, feraient valoir ou anéantiraient selon leur bon plaisir les cessions postérieures à la créance. Mais il importe de bien déterminer quelle est la portée de la prescription légale relative à l'authenticité exigée pour la perfection du transport vis à vis des tiers ; cette forme est-elle indispensable à un point de vue absolu, c'est-à-dire au regard des tiers et au regard du débiteur cédé ? On l'a souvent prétendu ; quant à nous, nous pensons qu'il faut faire une distinction. Examinons d'abord la situation au regard du débiteur cédé. Supposons que celui-ci ait reconnu la cession et l'ait acceptée dans un acte sous seing privé, qu'arrivera-t-il ?

Sans doute on peut s'en tenir aux termes de l'article 1690 et dire que l'acceptation est nulle. Alors le débiteur, qui peut-être a dispensé le cessionnaire de la signification à laquelle il allait procéder, pourra se prévaloir de son acceptation vicieuse et payer entre les mains du cédant ce qu'en réalité il sait parfaitement devoir au cessionnaire. Cela est certainement inadmissible, et on a beau nous observer, en invoquant l'article 1071, que, lorsque la loi organise un système pour porter un acte à la connaissance des tiers, ils sont réputés l'ignorer quand ils l'ont connu par d'autres voies, que nous n'insistons pas moins dans notre opinion. On comprend en effet qu'on exige l'acte authentique lorsqu'il s'agit des tiers, car, dans ce cas, l'authenticité de l'acte empêche les collusions et les fraudes que nous avons déjà signalées; mais au regard du débiteur cédé, il n'en est pas de même, et dès lors nous ne voyons pas pour quel motif on voudrait enlever tout effet au regard du cédé à l'acceptation qu'il aurait faite dans un acte sous seing privé.

Quoique la signification et l'acceptation du transport soient placées sur la même ligne dans l'article 1690, il ne faut pas croire qu'il soit indifférent pour le cessionnaire d'employer l'un ou l'autre de ces deux moyens. L'acceptation de la cession est en effet généralement plus avantageuse pour le cessionnaire que la signification, les effets en sont plus énergiques, et cette différence ne doit pas nous étonner, car, lorsque l'acceptation du transport a lieu, le cédé reconnaît expressément la dette, ce qu'il ne fait pas dans l'hypothèse où la cession lui est signifiée par ministère

d'huissier. Les conséquences de cette différence sont graves. Lorsqu'en effet la signification du transport est faite au cédé, celui-ci peut plus tard opposer au cessionnaire les moyens d'exception qu'il pouvait opposer au cédant; lorsqu'au contraire il y a acceptation, le cédé perd le droit d'invoquer contre le cessionnaire les moyens d'exception qu'il aurait pu opposer au cédant, exceptions auxquelles il est sensé avoir expressément renoncé. Les motifs de cette distinction se dégagent nettement de la nature différente des deux actes destinés à porter la cession à la connaissance des tiers. La signification ne peut pas changer la situation du cédé, c'est un acte fait en dehors de lui; on lui fait savoir purement et simplement que la cession a eu lieu, et là se borne l'effet de cet acte extra judiciaire. Le cédé n'a pas besoin d'y répondre; dès lors il ne contient ni reconnaissance de la dette, ni renonciation au moyen que le cédé pouvait invoquer contre son créancier, et on conçoit très bien qu'il lui sera permis d'en user contre le cessionnaire, absolument comme il aurait pu s'en servir contre le cédant : s'il y a acceptation, au contraire, la situation est tout à fait différente; l'intervention du cédé équivaut à une reconnaissance expresse de la dette au regard du cessionnaire et on comprend dès lors que le débiteur ne pourra opposer à son créancier les exceptions auxquelles il a renoncé dans son acte d'acceptation. Il n'y a pas lieu de se préoccuper de savoir si le débiteur ignorait ou non qu'il avait des exceptions, qu'il pouvait opposer au cédant au moment de son acceptation, car la renonciation tacite qui résulte de

l'acceptation opère sans restriction, et le cédé, personnellement obligé au regard du cessionnaire, est tenu d'exécuter son obligation, sauf, bien entendu, le droit de se faire restituer dans le cas où son consentement aurait été extorqué par violence ou surpris par dol. Il est cependant incontestable que le cédé pourrait, tout en acceptant la cession, faire certaines réserves et stipuler par exemple qu'il n'entend pas renoncer aux moyens d'exception qui sont actuellement inconnus; cette clause n'aurait rien d'illicite et par conséquent devrait être respectée.

On s'est posé à l'occasion de l'article 1690 une autre question que nous allons examiner : celle de savoir si cet article est ou n'est pas limitatif, en autres termes, si le cessionnaire ne peut être saisi au regard des tiers que par l'un des deux moyens indiqués dans notre article, ou bien si au contraire ils peuvent être remplacés par d'autres actes équivalents. Nous avons déjà fait pressentir notre opinion sur cette question. Si on l'étudie au regard des créanciers du cédant, il est certain que la connaissance acquise par eux de la cession, indépendamment de la signification ou de l'acceptation, ne peut faire obstacle au libre exercice de leur droit; mais si nous l'examinons au regard d'un deuxième cessionnaire, du débiteur cédé, elle devient plus délicate. Sans doute, en principe, les deux moyens de l'article 1690 sont les seuls qui puissent rendre la cession efficace au regard des tiers; nous croyons cependant avec M. Demolombe que le débiteur cédé qui aurait eu connaissance de la cession par une autre voie que celle qui est tracée dans notre

article, ne serait pas libéré s'il payait le cédant par suite d'une collution ou d'une faute lourde qui le constituerait en état de mauvaise foi ; il en serait de même à l'égard d'un autre cessionnaire qui, connaissant la première cession, aurait acquis la créance déjà cédée en colludant avec le créancier primitif, aurait procédé à l'un des moyens de publicité de l'article 1690 et exigé le paiement de la créance. Nous admettons ce système qui, nous le reconnaissons cependant, ne peut s'appuyer du texte de la loi, parce que nous pensons que les formalités légales de publicité prescrite par le Code ont un but unique, la protection des tiers intéressés, et que, décider contrairement à ce que nous venons de dire, ce serait employer l'article 1690 à garantir l'impunité à ceux qui par suite de mauvaise foi ou d'imprudence, auraient voulu se procurer un bénéfice. On invoque bien sans doute contre notre opinion le principe de l'article 1071, dont on s'est déjà servi pour combattre notre doctrine relativement aux effets de la cession acceptée par acte sous seing privé ; mais nous rappelons que la règle de l'article 1071 s'applique à la transcription en matière de substitution : c'est là une théorie exceptionnelle, spécialement applicable au sujet pour lequel elle a été établie, et ce serait méconnaître l'esprit de la loi que de vouloir l'étendre lorsqu'il s'agit d'un contrat de bonne foi comme celui qui nous occupe.

On sait qu'en matière de lettre de change l'endossement opère la transmission *erga omnes*, et indépendamment des moyens de publicité prescrits par l'art. 1690 ; il semble bien que c'est là une exception au principe de

notre article ; mais, ainsi que le fait observer judiciairement notre éminent professeur, M. Huc, l'exception n'est qu'apparente. Ceux qui la constatent ont cru à tort que la lettre de change est le mode d'exécution d'un contrat et que la créance qui en résulte est cédée par l'endossement comme un droit de créance ordinaire et transférée par le consentement à l'un des modes indiqués dans l'art. 1690. C'est là une erreur manifeste. En effet, céder une créance c'est constituer une personne représentant du cédant et lui conférer des droits qui auront absolument le même caractère, qui, en définitive, ne seront que les droits dont le créancier primitif était nanti. En matière de lettre de change, il en est tout autrement : l'endosseur ne transfère pas directement ses droits au porteur qui, bien au contraire, en a toujours de particuliers, indépendamment de ceux des porteurs qui l'ont précédé. Ainsi, le débiteur cédé ne peut opposer au cessionnaire, du moins en général, les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant ; en matière de lettre de change, au contraire, le tireur ne peut opposer à un endosseur les exceptions qu'il aurait pu opposer à un autre. De même, le cédant doit, en principe, garantir l'existence de la créance au moment du transport, mais il n'en garantit pas le paiement ; en matière de lettre de change, l'endosseur ne garantit pas l'existence d'une dette, mais, au contraire, il en garantit le paiement. Il n'y a donc pas, on le voit, la moindre analogie, le moindre rapport à établir entre l'endossement et la cession des créances, et, par suite, il n'y a pas à se demander si le transport d'une lettre de

change ou des titres au porteur par l'endossement ou la délivrance seule, font exception à la règle tracée dans l'article 1690.

CHAPITRE V.

DES PERSONNES QUI PEUVENT SE PRÉVALOIR DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ DE LA CESSION.

Nous avons déjà dit qu'entre le cédant et le cessionnaire, le transport est parfait par le seul consentement; nous savons qu'il en est autrement au regard des tiers, et que, quant à ceux-ci, le cessionnaire ne sera pas saisi jusqu'au moment où la cession aura été rendue publique par l'un des moyens indiqués dans l'article 1690, c'est-à-dire par la signification ou l'acceptation authentique du transport. Mais que faut-il entendre par *tiers?* Quel est le sens précis de ce mot employé dans notre article? On appelle *tiers* toutes les personnes intéressées à connaître la cession à un titre quelconque, soit pour s'y conformer, soit pour la contester. Ceux qui peuvent avoir un tel intérêt sont d'abord le débiteur; aussi la loi l'autorise-t-elle à se prévaloir du défaut de signification ou d'acceptation; ce sont encore ceux qui auraient acquis du créancier postérieurement au transport des droits compris dans

la cession, c'est-à-dire les cessionnaires subséquents; ils sont, en effet, intéressés à savoir si la créance qu'on leur cède n'a pas déjà été vendue à un autre; enfin, les créanciers du cédant qui, antérieurement à l'acceptation ou à la signification du transport, ont acquis sur la créance cédée des droits indépendants, sont encore intéressés à la publicité de la cession; c'est ainsi qu'on ne pourra l'opposer à ceux qui auraient saisi-arrêté la créance entre les mains du cédant avant que le transport ne fût devenu public.

Nous allons successivement examiner quels sont les effets de la publicité au regard de ces trois catégories de personnes.

§ 1.

Débiteur cédé.

Jusqu'au moment où le cédé a eu la connaissance de la cession par la signification, elle est réputée, quant à lui, inexistante; il peut donc valablement payer entre les mains du cédant; celui-ci pourrait même contraindre le débiteur à se libérer en le poursuivant en justice; mais, bien que le cédé ne puisse pas, dans cette hypothèse, invoquer la cession pour éviter la poursuite, il ferait bien d'avertir le cessionnaire qu'une action est introduite contre lui, ce dernier pourrait, en dénonçant le transport dans les formes exigées, arrêter l'action du cédant, et, en tous cas, le cédé se trouverait ainsi dégagé de la crainte

d'un procès futur, dans lequel on pourrait chercher à prouver que le paiement qu'il a fait a été la conséquence d'une collusion entre lui et le créancier primitif.

Lors, au contraire, que la cession est rendue publique, le cédant cesse d'être le créancier du cédé, qui ne peut plus valablement payer qu'entre les mains du cessionnaire, et qui ne peut opposer à ce dernier que les compensations au autres exceptions nées du chef du cédant avant la signification, et nullement celles qui, postérieurement, pourraient prendre naissance.

Une question assez délicate a été soulevée à l'occasion des paiements faits par le cédé au cédant antérieurement à la publication du transport. On sait que les paiements sont valables et que le cédé peut les opposer à l'acquéreur de la créance; mais faudrait-il pour cela que la quittance qui les constate ait date certaine antérieure à la signification ou acceptation, ou bien suffira-t-il d'une quittance sous seing privé non enregistrée?

A s'en tenir à l'art. 1328 du Code, on devrait dire que le cédé ne pourra opposer la quittance au cessionnaire, que tout autant qu'elle aura date certaine. En effet, aux termes de cette disposition légale, les actes sous seing privé n'ont de date entre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, et il est évident que le cessionnaire est un tiers en ce qui concerne le paiement, mais nous ne croyons pas devoir admettre en notre matière l'application du principe écrit dans l'article 1328. Dans l'ancien Droit, les quittances pouvaient être opposées aux tiers par le *solvens*, bien

que leur date ne fût pas certaine, pourvu, toutefois, qu'elles fussent présentées dès l'instant de la demande. Voici, en effet, comment s'exprimait Bourjon dans l'espèce qui nous occupe : « Nonobstant la signification du transport, c'est-à-dire dans les cas même où le transport a été signifié, les quittances que le débiteur a du cédant, quoique sous signature privée, peuvent être opposées au cessionnaire, pourvu que cela se fasse incontinent après. » Pourquoi cette théorie était-elle admise dans l'ancien Droit? Pour deux motifs différents : 1° Parce que lorsqu'un paiement a lieu et que le *solvens* se fait donner quittance, il ne peut pas prévoir que la créance éteinte sera postérieurement vendue à une autre personne, que, dès lors, il entend constater sa libération par un titre au regard du créancier et de ses ayant-cause, mais qu'il lui est impossible de supposer qu'il aura à en faire au regard de tiers; et, qu'à ce point de vue, il doit nécessairement se contenter d'une quittance simple, suffisante au regard du cédant; 2° parce que s'il était nécessaire pour établir la libération *erga omnes*, suite de paiement, que le *solvens* fît certifier la date de la quittance par l'enregistrement, il en résulterait des embarras considérables et une gêne dont les conséquences seraient surtout sensibles dans les transactions pour sommes modiques. Or, ces inconvénients se produiraient encore aujourd'hui si la disposition de l'article 1328 visait les quittances, et, dès lors, il n'est pas probable que le législateur de l'an XII ait entendu innover. On peut, d'ailleurs, argumenter notre opinion par analogie de l'article 471 du Code de procédure. Dans la pratique

des affaires on décide, en effet, que le tiers saisi appelé à faire sa déclaration, qui devra énoncer les paiements partiels ou autres causes de libération, s'il n'est plus débiteur conformément à l'article 573, pourra les prouver au regard même des tiers par des quittances non enregistrées. Pourquoi donc en serait-il autrement du cédé au regard du cessionnaire? Nous n'hésitons pas à aller plus loin encore et à décider qu'il importe peu que le cédé ait ou n'ait pas produit la quittance de suite, c'est-à-dire lors de la signification de la cession. Il est vrai que dans l'ancien Droit cela était nécessaire, mais aujourd'hui aucun texte ne l'exige, et nous ne voyons pas pourquoi le cédé qui n'aurait pas présenté la quittance incontinent serait privé de la produire plus tard, s'il était reconnu, d'ailleurs, que la quittance est sincère. Sans doute, il sera plus prudent pour le cédé de produire incontinent; il sera, dans ce cas, impossible au cessionnaire de prétendre que la quittance a été fournie pour les besoins de la cause, mais un retard dans la production ne s'aurait entraîner une déchéance qui n'est écrite nulle part. Les tribunaux seront juges souverains de la sincérité du titre, et pourront l'admettre ou le repousser suivant les circonstances.

§ 2.

Cessionnaire subséquent.

Lorsqu'un créancier vend successivement la même créance à deux personnes différentes, celle qui la pre-

mière a fait accepter la cession ou l'a fait signifier au débiteur cédé est seule créancière. Les deux cessionnaires, en effet, ne peuvent pas être tous les deux payés, il faut nécessairement choisir, et l'on conçoit très bien que le choix porte sur le premier signifiant, et que celui-là seul ait droit au paiement. Supposons qu'entre deux cessionnaires successifs, le second ait seul procédé à la signification, ou y ait procédé avant le premier cessionnaire, il sera seul créancier. Il y a ici quelque chose d'analogue à ce qui se produit dans le cas de l'article 1141 entre deux acquéreurs successifs d'un meuble, dont l'un postérieur en titre aurait reçu tradition réelle et de bonne foi ; mais ce n'est certes pas à suite du même principe. Dans l'opinion générale, la préférence accordée au second acquéreur dans l'article 1141 a pour base la prescription instantanée, admise en matière de meubles ; mais, en notre matière, il n'est pas question de droit de propriété ; le seul motif de cette préférence est que le cessionnaire est étranger à la première vente ; il est un tiers par rapport à cet acte juridique, et le créancier n'a pu se dépouiller de ses droits à la créance cédée, du moins en ce qui le concerne, qu'en publiant la cession conformément à la loi. C'est là l'application du principe de l'article 1690 qui n'a et ne peut avoir aucun rapport avec l'article 1141 (1).

Il importe de remarquer que le cessionnaire peut, même avant que la cession ne soit devenue publique par la signification ou l'acceptation, faire, même contre

(1) M. Huc, à son cours.

les tiers, tous les actes tendant à la conservation du droit cédé, et notamment inscrire une hypothèque ou renouveler une incription sur le point de périmer. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation dans plusieurs arrêts, notamment dans celui du 23 juillet 1828. Mais nous pensons, avec Marcadé, que si l'on doit reconnaître au cessionnaire le droit de faire des actes conservatoires, c'est uniquement parce que de tels actes doivent toujours être vus avec faveur, et qu'il est tout naturel de les permettre en même temps au cédant et au cessionnaire. En principe, le cédant seul devrait pouvoir accomplir un acte quelconque à l'égard des tiers, car seul il est créancier vis-à-vis d'eux ; mais l'application rigoureuse de cette règle violerait l'équité dans un grand nombre de cas, voilà pourquoi on a permis aussi au cessionnaire l'exercice des actes conservatoires.

§ 3.

Créanciers du cédant.

Les créanciers du cédant ont évidemment intérêt à connaître la cession. Le patrimoine de leur débiteur est leur gage ; ils ont le droit de compter sur ce gage pour obtenir paiement, et sont, dès lors, intéressés à connaître les aliénations des créances qui ont eu lieu. A ce titre, ils sont des tiers dans le sens de l'art. 1690, et en conséquence le cédant n'est pas dessaisi en ce qui les concerne de la créance cédée jusqu'au moment de

l'acceptation ou de la signification du transport, et ils peuvent exécuter contre lui le gage imparfait qu'il leur aura consenti, et saisir-arrêter, entre les mains du cédé, la créance dont le cédant est encore titulaire. Ces saisies-arrêts pratiquées par les créanciers donnent lieu à des difficultés sérieuses, à l'occasion desquelles la jurisprudence et la doctrine sont encore divisées ; nous allons les examiner en étudiant les effets de ce mode d'exécution particulier dans les divers cas où il peut avoir lieu. Nous écarterons d'abord une hypothèse qui ne peut donner lieu à la moindre discussion : celle où la saisie est faite postérieurement à la signification du transport ; dans ce cas, la saisie est nulle. Le cessionnaire est créancier, *erga omnes ;* la créance est définitivement sortie du patrimoine du cédant, elle ne fait plus partie du gage de ses créanciers et ils ne peuvent pas utilement la saisir.

Tout le monde est aussi d'accord pour reconnaître la validité de la saisie-arrêt pratiquée sur une créance déjà cédée, mais dont la cession n'est pas encore signifiée ou acceptée. Soit, par exemple, une créance signifiée le 1er janvier, le 15 elle est l'objet d'une opposition entre les mains du débiteur ; enfin, le 30 le cessionnaire la fait signifier au cédé ; la saisie sera parfaitement valable, car elle aura été faite dans un moment où le cédant était encore créancier au regard des tiers, puisqu'en ce qui les concerne il n'a été dessaisi que par la publicité du transport, aussi le créancier opposant aurait-il droit au profit de la saisie. Mais sera-t-il seul appelé à bénéficier de l'opposition, et la signification du transport ne conservera-

t-elle pas au cessionnaire le droit de concourir avec lui ? A notre avis la question exige une distinction. Si au moment où la signification est faite, la saisie-opposition a été validée par un jugement, le saisissant viendra seul ; la sentence l'a, en effet, rendu propriétaire unique de la somme due, et la signification de la cession est un fait qui ne peut avoir aucune influence sur une situation qui est déjà définitivement réglée.

Si, au contraire, le jugement en validité de l'opposition n'intervient que postérieurement à la signification faite au cédé, devrons-nous encore décider de la même manière ? De bons esprits l'ont prétendu et soutiennent que la signification faite par le cessionnaire ne peut avoir d'effet contre le saisissant. Nous ne pensons pas que cette opinion puisse être admise et nous croyons, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que la signification faite après la saisie mais avant le jugement en validation, équivaut à une opposition et donne par conséquent au cessionnaire le droit de concourir au marc le franc avec le saisissant. Il n'est pas difficile de justifier notre opinion. Le cessionnaire n'est évidemment pas propriétaire de la créance au regard du saisissant. Nous l'avons déjà dit, mais, comme lui, il est créancier du cédant pour la somme qu'il a payée comme prix de la cession, cela ne peut faire doute. On sait, en effet, que le cédant est tenu à la garantie, ce qui le constitue, dans notre espèce, débiteur du cessionnaire ; or, une opposition ne donne pas, à celui qui y a procédé, une cause de préférence contre les autres créanciers qui peuvent toujours, jusqu'à la déclaration de validité, saisir-arrê-

ter en leur propre nom et venir ainsi concourir avec les premiers opposants. Le cessionnaire pourrait donc faire opposition ; la signification la remplaçait dans notre ancien Droit, et il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement aujourd'hui. Les partisans de l'autre opinion font, il est vrai, remarquer que c'est à tort que nous considérons le cessionnaire comme un créancier du cédant, le cessionnaire n'est pas créancier, disent-ils ; l'obligation de garantie n'existe pas, car, au moment de la cession, la créance cédée existait réellement, et il était loisible au cessionnaire de la rendre efficace à l'égard des tiers par une signification immédiate qui aurait rendu inutile la saisie postérieurement pratiquée. La négligence du cessionnaire ne peut pas préjudicier au cédant, et, dès lors, on ne doit pas le rendre responsable des conséquences qu'elle entraîne et qui doivent être subies par celui-là seul à qui la tardiveté de la signification est imputable. Mais cette argumentation n'est que spécieuse. Quel est, en définitive, le résultat de la saisie? Une augmentation du patrimoine du cédant; l'opposition l'enrichit puisqu'elle le libère de la dette dont il était tenu vis-à-vis de l'opposant, le paiement fait par le débiteur entre les mains de ce dernier équivaut, en fait, à un paiement fait entre les mains du créancier primitif; or, pourrait-on soutenir que, si le cédant avait reçu directement le paiement, il ne serait pas tenu au regard du cessionnaire? Evidemment non! Pourquoi, dès lors, le prétendrait-on au cas où le paiement lui aurait été fait indirectement? Le cédant, on le voit, est donc tenu, obligé envers le cessionnaire qui peut

l'actionner en garantie, sinon parce que la créance n'existait pas au jour du transport, du moins parce que le cédant a, malgré la cession, perçu une partie de la créance et par conséquent anéanti, par son propre fait, une portion du droit qu'il avait transféré à son acquéreur.

On est encore d'accord pour reconnaître que, si postérieurement à la signification du transport précédée d'une ou de plusieurs saisies-arrêts, de nouvelles oppositions sont faites, elles seront sans valeur à l'égard du cessionnaire, la publicité du transport lui assurera tous ses effets en tant que transport et non plus en tant que saisie. Le contraire avait été décidé par la jurisprudence, et plusieurs arrêts de la Cour de Paris (1) avaient jugé que la signification de la cession ne valait que comme saisie, même au regard des créanciers saisissants postérieurs. Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée avec raison, car elle reposait sur une erreur manifeste. Une saisie-arrêt ne rend une créance indisponible que jusqu'à concurrence de la somme pour paiement de laquelle cette saisie est opérée ; l'excédant demeure parfaitement cessible et, dès lors, la signification du transport, après une première saisie, donne au cessionnaire un droit absolu sur cet excédant, et cela *erga omnes*, c'est-à-dire aussi bien vis-à-vis des saisissants postérieurs que de toutes autres personnes (2). On ne discute plus le

(1) 14 janvier 1814, 20 mars 1820.

(2) En ce sens : Marcadé, t. 6, p. 332. — Aubry et Rau, t. 3, p. 316, note 28. — Delvincourt — Duranton, etc., etc. — Cass., 26 février 1834, — 28 juillet 1843.

principe, mais son application est délicate et le règlement des rapports du cessionnaire avec les créanciers saisissants antérieurs et postérieurs à la signification, donne lieu aux plus sérieuses difficultés.

Avant d'examiner les divers systèmes créés pour ce règlement, il convient d'indiquer les causes de la difficulté. Elle réside toute entière dans la nécessité de combiner avec le principe que le cessionnaire ne peut voir entamer son droit que par des oppositions antérieures à la signification, deux autres règles, non moins certaines : 1° c'est que la signification de la cession ne peut porter atteinte aux droits du créancier saisissant antérieur, cela résulte de l'article 1690, puisque le créancier saisissant est un tiers pour lequel la cession non signifiée n'existe pas ; 2° en matière d'opposition, le premier saisissant n'acquiert aucun droit de préférence sur les opposants postérieurs, à moins que sa créance ne soit, par sa nature, privilégiée.

Pour combiner ces principes divers, on décide dans une première opinion, défendue par MM. Aubry et Rau, qu'il faut d'abord faire fictivement abstraction de la saisie postérieure à la signification du transport et partager la créance saisie entre le saisissant antérieur et le cessionnaire, comme si ce dernier était lui-même un opposant, puis on appelle le saisissant postérieur à concourir avec l'opposant antérieur sur la somme que le premier partage lui a attribuée. Ce dernier aura, d'ailleurs, le droit de réclamer du cessionnaire, qui à son égard n'est qu'un créancier saisissant, la bonification de la différence en moins, entre la somme qu'il recevra par suite de ce partage et celle

qu'il aurait obtenue si la totalité de la créance avait été proportionnellement répartie entre lui, le cessionnaire et les nouveaux saisissants.

Voici les arguments à l'aide desquels MM. Aubry et Rau justifient leur opinion. Nous leur laissons la parole : « Ainsi, par exemple, une créance de 3,000 fr. cédée à B, se trouve frappée de saisie-arrêt par A, créancier de 1,500 fr., avant que le cessionnaire n'ait fait accepter ou modifier sa cession. Postérieurement à l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités, C, également créancier de 1,500 fr., fait interposer une seconde saisie-arrêt. En faisant, pour le moment, abstraction de cette seconde saisie et en partageant la créance de 3,000 fr. entre le premier saisissant et le cessionnaire, au prorata du montant de leurs droits, B recevra 2,000 fr. et A 1,000 fr. Mais ces 1,000 fr. devant être répartis entre A et C; A n'obtiendra, en définitive, que 500 fr., tandis qu'il en aurait eu 750 fr., si la totalité de la créance avait été distribuée entre les trois intéressés. A éprouvera donc une perte de 250 fr., et c'est cette somme que B devra lui bonifier. Notre théorie est fondée sur la nécessité de combiner entre eux trois principes également certains, et dont l'application isolée conduirait à des conséquences contraires à l'un ou à l'autre de ces principes. En effet, si l'acceptation ou la signification d'une cession doit, quoique la créance cédée ait déjà été frappée de saisie-arrêt, donner au transport toute son efficacité vis-à-vis des créanciers dont les oppositions sont postérieures, il n'est pas moins certain, d'une part, que la signification ou l'acceptation de la

créance ne peut, ni directement ou indirectement, porter atteinte aux droits du premier saisissant, et, d'autre part, que le premier saisissant n'acquiert, par le fait de l'antériorité de ses poursuites, aucun droit exclusif sur la créance par lui arrêtée, à la distribution de laquelle il doit venir au marc le franc avec tous les opposants postérieurs. Or, on comprend qu'en faisant répartir la créance entière entre le premier saisissant, le cessionnaire et les opposants postérieurs, on refuserait à la cession son effet comme telle vis-à-vis de ces derniers ; que, d'un autre côté, en restreignant la distribution à faire entre les différents opposants, à la somme pour laquelle a été établie la première saisie, ou diminuerait, au profit du cessionnaire, le dividende dû au premier saisissant ; et enfin, qu'en écartant comme non avenues les oppositions faites après la signification ou l'acceptation de la cession, on se mettra en opposition avec le principe que les derniers placés sous la main de la justice par l'un des créanciers continuent à rester le gage de tous les autres tant qu'ils n'ont pas été définitivement acquis ou attribués au premier (1). »

Pour M. Marcadé, le système de MM. Aubry et Rau est vicieux, en ce sens que, suivant les circonstances, il donne trop au cessionnaire ou lui donne trop peu. En effet, « s'il est vrai, dit le savant avocat, que la signification vaut saisie, et que B (qui n'est qu'un créancier saisissant vis-à-vis de A), est tout à la

(1) Cp. *Traité de la saisie-arrêt*, par Roger, nos 247 à 251.

fois vis-à-vis de C créancier saisissant et cessionnaire, de sorte qu'il peut invoquer à son gré contre celui-ci, ou la qualité de créancier pour venir à la contribution, ou celle de propriétaire pour prendre seul la portion de créance qui lui est vendue, il est évident aussi qu'il ne peut pas faire valoir en même temps l'une et l'autre qualité pour se faire payer deux fois, mais seulement prendre l'une ou l'autre à son choix. Or, c'est précisément en payant deux fois à B une partie de ce qui lui est dû (250 fr.) , qu'on arrive à lui attribuer ici 1,750 fr.; et son droit, soit qu'il se présente vis-à-vis de C comme saisissant ou comme cessionnaire, ne peut jamais être que de 1,500 fr.; si B demande d'être traité en saisissant, il existe alors trois saisissants créanciers du total de de 6,000 fr.; et comme la somme à partager n'est que de la moitié, B, créancier de 3,000 fr., aura 1,500 fr. S'il veut, au contraire, être traité en cessionnaire, il est bien vrai que toute la somme sur laquelle peut porter la cession lui appartient exclusivement; mais cette somme n'est encore que de 1,500 fr. On a vu plus haut, en effet, que la cession n'est efficace que pour la portion qui, dans la créance cédée, excède les causes de la saisie existante. Or ici, c'est pour 1,500 fr. que la saisie existait sur une créance de 300 fr., et il ne restait, dès lors, que 1,500 fr. disponibles et cessibles. B ne peut donc quelque nom qu'il invoque, réclamer que 1,500 fr.; A prendra sur les 1,500 fr. autres, ce que lui eût donné une contribution faite entre les trois intéressés, considérés tous trois comme créanciers, c'est-à-dire 750 fr., et il en restera 750 fr. également pour C. »

En résumé, pour Marcadé, le cessionnaire réunit en lui deux qualités distinctes, celle du cessionnaire et celle de cédant; il peut opter entre elles et se faire traiter suivant son intérêt comme opposant ou comme cessionnaire. Au premier cas, saisissant *erga omnes*, il partagera avec tous les autres et au marc le franc la créance saisie; si, au contraire, il se présente comme cessionnaire, il aura droit à tout ce qui excède la somme pour laquelle il y a eu saisie avant la signification du transport; quant à la portion que lui enlève le premier saisissement, elle sera partagée entre ce dernier et l'opposant postérieur à la signification, non pas au marc le franc, mais en donnant au premier saisissant tout ce qu'il aurait eu si le cessionnaire n'avait été lui-même qu'un créancier opposant, et en attribuant le surplus seulement au saisissant postérieur.

Malgré l'autorité qui s'attache au nom des jurisconsultes qui défendent les deux systèmes que nous venons d'exposer, nous n'hésitons pas à les repousser, car ils nous paraissent méconnaître d'une façon absolue la portée de l'article 1690 et l'effet qu'il attache à la signification ou à l'acceptation du transport. Aux termes de cet article, lorsque la notification a eu lieu, le cessionnaire est investi de la créance au regard des tiers; si donc postérieurement des créances du cédant se présentent, ils ne peuvent plus agir sur le droit aliéné qui est définitivement sorti du patrimoine de leur débiteur et a cessé dès lors de faire partie de leur gage. Or ce principe est évidemment oublié dans l'opinion de MM. Aubry, Rau et Marcadé, qui consi-

dèrent le montant de la saisie comme étant le gage non-seulement du premier saisissant, mais encore de tout autre, alors même que la saisie serait postérieure à la notification de la cession.

Nous nous rangeons à l'opinion des auteurs qui décident que, la signification ayant fait sortir du patrimoine du cédant la créance vendue, ses créanciers n'auront plus de droit sur elle, et que par suite il pourra bien y avoir concours entre le premier saisissant et le cessionnaire, mais jamais entre le cessionnaire et des saisissants postérieurs à qui leur saisie ne peut conférer aucune espèce de droits, même à l'encontre de l'opposant antérieur. On nous objecte bien que la première saisie effectuée a placé une partie de la créance sous la main de la justice et que cette partie est demeurée le gage des créanciers qui saisiront *a posteriori*, car l'opposant primitif est toujours créancier chirographaire et n'a pu acquérir par son opposition un droit de préférence contre les autres créanciers, mais nous ne croyons pas cette raison décisive, et voici les motifs : Une saisie-arrêt ne rend certes pas indisponible la créance qui en est l'objet, et il est évident que, si le cédant ou le cessionnaire veut payer le saisissant, celui-ci désintéressé, personne ne pourra plus critiquer la cession ; mais, s'il en est ainsi, comment peut-on admettre que des créanciers puissent en saisissant après la signification faire un acte valable puisqu'ils agissent sur un droit déjà aliéné ? cela n'est évidemment pas possible, et dès lors ces créanciers ne peuvent pas déduire d'un acte nul le droit de concourir avec le saisissant antérieur. Pourquoi ce

dernier a-t-il saisi? Pour son propre compte, pour garantir ses droits ; mais il n'a pas entendu faire l'affaire des créanciers négligents qui ont attendu pour agir que leur débiteur ait aliéné le droit qui leur servait de gage.

Ces créanciers d'ailleurs auront-ils le droit de se plaindre? Pas le moins du monde, puisque le premier saisissant ne leur enlève rien. Si sa saisie n'avait pas eu lieu, ils n'auraient rien pu prétendre sur la créance qui eût été acquise dans son intégrité au cessionnaire. On ne voit pas alors pourquoi la première saisie modifierait leur situation pour l'améliorer. Sans doute, le premier opposant profitera du retard apporté à la seconde saisie, mais cela n'a rien de choquant; il a fait tout ce qu'il devait faire pour la conservation de ses droits; peu lui importe la signification du transport et les effets qu'il devra produire au regard des tiers négligents.

Dans notre système, l'opposant antérieur viendra donc en concours avec le cessionnaire seul; mais comment ce concours devra-t-il être réglé? Ici, à notre avis, pas de difficulté possible. Nous avons déja dit, en effet, que si la cession ne peut nuire en tant que cession au créancier saisissant antérieur à la signification, le cédant conservait cependant le droit de contracter de nouvelles dettes ; le cessionnaire pourra toujours se prévaloir à l'encontre du saisissant de sa qualité de créancier qui résulte de la garantie qui lui est due par son vendeur. La notification du transport équivaut à une saisie-arrêt; le cessionnaire viendra donc au marc le franc avec le saisissant ; le réglement

aura lieu comme s'il y avait eu deux saisies-arrêts, effectuées avant le jugement de validité.

Dans une autre opinion on décide que, la cession ne pouvant, d'après l'article 1690, nuire au créancier saisissant antérieur à la signification, ce créancier devra seul prendre le montant de la saisie et que le cessionnaire conservera le surplus au préjudice des opposants postérieurs, car la signification rend inutiles les saisies-arrêts qui lui sont postérieures. Mais cette opinion doit être écartée, car elle part d'un principe faux à suite duquel le cessionnaire n'aurait que cette qualité et ne pourrait, en conséquence, se présenter comme créancier du cédant.

CHAPITRE VI

QUE COMPREND LA CESSION?

L'article 1692 est ainsi conçu : « La vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que cautions, priviléges, hypothèques. » Il répond à notre question ; la créance cédée passe au cessionnaire avec tous ses accessoires, c'est-à-dire avec tous les droits qui la garantissent. L'article 1692 indique comme droits accessoires les cautions, privi-

léges et hypothèques, mais c'est à titre d'exemple, et cette énumération n'est certainement pas limitative, et dès lors pourra se poser la question de savoir si tel ou tel droit est ou n'est pas l'accessoire de la créance cédée.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que, non-seulement le cessionnaire jouit des cautionnements, priviléges et hypothèques attachés à la créance cédée, mais qu'il peut encore profiter, pour la poursuite de la créance, de la forme exécutoire de l'acte qui la constate et, par exemple, exproprier le débiteur d'une créance constatée par acte authentique exécutoire, sans demander jugement, et cela même en cas où la cession aurait été faite sous seing privé; de même, cela n'est pas douteux, le cessionnaire pourrait user des moyens que le cédant avait à sa disposition pour se faire payer, notamment de la contrainte par corps, dans le cas où celle-ci est maintenue. Mais des controverses s'élèvent à l'occasion de certains droits que nous allons maintenant examiner; et d'abord, faut-il considérer comme accessoire le droit aux intérêts de la créance cédée? Pour les intérêts à échoir postérieurement à la cession, il n'y a pas de doute possible, ils ont le caractère auquel la transmission est attachée, ils cesseraient d'être dus si la cession tombait; mais quant aux intérêts déjà échus mais non payés au moment de la cession, on discute sur la question de savoir si le cessionnaire y aurait droit indépendamment d'une clause expresse. Quelques jurisconsultes décident la négative, en faisant observer que les intérêts sont des fruits civils, qu'à ce titre ils s'acquièrent jour par jour, et qu'en conséquence,

ils forment un capital auquel peut seul prétendre le cédant jusqu'au moment de la cession. Malgré cette objection sérieuse, nous optons pour l'affirmative avec Marcadé et la majorité des auteurs. Les intérêts échus ou à échoir sont, à notre avis, une dépendance de la créance que dans la pratique on qualifie de principal par opposition aux intérêts sans distinction. Les intérêts, mêmes échus, sont un accessoire de la créance, puisqu'au cas de prescription de celle-ci les intérêts dus depuis cinq ans ne pourraient plus être réclamés ; dès lors, ils doivent être transmis avec la créance. D'ailleurs, la remise des titres que doit faire le cédant au cessionnaire prouve d'une façon décisive que le vendeur n'entend pas exciper d'un droit quelconque aux intérêts échus, puisqu'il se prive de tout moyen de le constater. Sans doute, le cédant pourra, au moyen d'une clause expresse de l'acte, réserver son droit aux intérêts échus ; mais en l'absence de cette clause, le cessionnaire seul devra en bénéficier.

Faut-il encore considérer comme des droits accessoires les actions en nullité, en rescision et en résolution qui appartenaient au vendeur au moment de la cession, et déclarer que ces droits seront transmis au cessionnaire? Sur ce point il existe encore de sérieuses controverses. Supposons que Primus ait vendu son fonds cornélien à Secundus pour une somme de 20,000 francs dont il n'est pas payé : il cède à Tertius sa créance contre Secundus ; Tertius, le cessionnaire, pourrait-il intenter contre Secundus, le cédé, une action en rescision pour vilité de prix, une action en réméré basée sur un pacte fait par le cédant, enfin une action

en résolution pour défaut de paiement de prix? M. Troplong l'a prétendu; mais l'opinion du célèbre magistrat, universellement repoussée d'ailleurs, repose sur une erreur manifeste, qui le porte à confondre la cession d'un droit déterminé, 20,000 francs dans notre espèce, avec une cession générale de tous les droits et actions du cédant.

Dans cette dernière hypothèse, il est certain que le cessionnaire mis au lieu et place du cédant, peut agir au moyen de toutes les actions que ce dernier aurait pu exercer lui-même; mais il s'agit ici seulement d'une créance contre Secundus, et le cessionnaire ne peut acquérir que le droit de se faire payer et pas le moins du monde les actions particulières du cédant qui ne sont pas l'accessoire de la créance et ne peuvent avoir pour objet d'en procurer le paiement. Nous croyons donc que les diverses actions dont nous venons de parler ne sont pas transmises avec la créance, sauf le cas particulier où les parties auront entendu qu'il en fût ainsi et auraient sur ce point manifesté leur volonté. Cette opinion, généralement admise en ce qui concerne les actions en nullité et en rescision, est contredite par MM. Aubry et Rau, au point de vue de l'action en résolution. D'après ces jurisconsultes, le cessionnaire peut, indépendamment de toute stipulation, provoquer la résolution de la vente pour défaut de paiement de prix, parce que cette action est un moyen de faire valoir la créance et former, par conséquent, un accessoire de celle-ci qui se trouve virtuellement compris dans la cession, tandis qu'il en est tout autrement pour les actions en nullité ou en rescision. Mais la solution pro-

posée est victorieusement combattue par Marcadé, qui fait observer avec raison que l'action en résolution n'a pas le caractère de droit accessoire nécessaire à sa transmission avec la créance en dehors d'une stipulation particulière. Le droit de résolution n'est pas un accessoire à la créance, dit-il, car il ne peut même pas coexister avec lui. Qu'est-ce, en effet, qu'intenter l'action en résolution pour défaut de paiement de prix? C'est de répudier la créance qui a le prix pour objet et l'éteindre en la remplaçant par cette action; elle n'est donc pas un accessoire de plus, c'est la créance quant au prix qui a été cédée, et si le cessionnaire exerçait l'action en résolution, il mettrait précisément en jeu une action qui ne lui a pas été cédée.

En résumé, les actions en rescision, nullité ou résolution sont des droits qui dérivent de l'acte qui a donné naissance à la créance cédée; mais elles ne sont pas les accessoires de cette créance et ne peuvent pas, dès lors, donner lieu à des actions du chef du cessionnaire. Pour qu'il pût les exercer, il faudrait que, par une cession générale de tous les droits dérivant de l'acte, le cédant eût mis le cessionnaire à son lieu et place. Sans doute la jurisprudence tend aujourd'hui à reconnaître que le cessionnaire est investi de tous les droits du cédant, car, dans la plupart des cas, on ne comprend pas l'intérêt qu'il y aurait pour lui à les réserver; mais ce n'est là qu'une formule de solution que l'on ne peut admettre que dans les cas où les termes de l'acte permettent de l'adopter (1).

(1) M. Huc, à son cours.

De même que la créance est transmise au cessionnaire avec tous ses accessoires, de même elle lui advient avec tous les avantages qu'elle avait entre les mains du cédant. Mais cela ne doit être admis qu'avec un tempérament. Sans doute, en effet, les avantages inhérents à la créance même passent au cessionnaire, mais il en est autrement de ceux qui résultent de la qualité personnelle du créancier vendeur. Si nous supposons que Primus, mineur, cède une créance à Secundus, qui est majeur, il est bien certain que la prescription qui était suspendue contre le cédant par suite de sa minorité, recommencera à courir contre le cessionnaire ; mais, réciproquement, ce dernier pourra jouir des bénéfices attachés à sa propre qualité, bien que le cédant n'en ait pas joui lui-même. Par suite, dans l'hypothèse inverse à la précédente, la prescription serait suspendue contre le même cessionnaire, bien qu'elle pût suivre son cours contre le cédant. Dans ces deux cas et dans quelques autres analogues, la cession a pour effet de modifier les droits du cédé, cela est vrai ; mais quoi qu'il en soit, notre solution n'est que l'application rigoureuse des principes.

Les vices qui entachaient la créance au moment de la cession et qui sont *cohærentes*, la suivent comme ses avantages entre les mains du cessionnaire à qui le cédé peut opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. La créance cédée était-elle éteinte par compensation, le cédé pourra, même après la signification, opposer cette exception au cessionnaire. Nous avons déjà vu que, si l'acceptation authentique du transport dépouille le cédé de ce bénéfice, cela dépend unique-

ment de ce que cet acte est considéré comme emportant renonciation de la part du cédé à se prévaloir des exceptions qui lui étaient connues au moment où il a eu lieu. Mais dans l'hypothèse où le cédé débiteur, par suite d'une vente, aurait droit à l'action rédhibitoire, la distinction entre la signification et l'acceptation du transport ne devrait plus être faite, et le cédé pourrait parfaitement repousser la demande du cessionnaire et lui demander une réduction du prix comme il l'aurait pu contre le cédant. Il s'agit ici de vices qui rendent la chose impropre au service auquel on la destine et qui de plus ne sont pas apparents; il suffira donc au cédé d'établir qu'au moment de l'acceptation de la cession, il n'en avait pas connaissance pour que sa renonciation puisse être présumée.

Pour terminer avec la théorie des droits compris dans la cession, il nous reste à résoudre deux questions assez délicates.

1° Si un créancier étranger, tenu pour actionner son débiteur français, a fourni la caution du jugé, cède sa créance à un Français, le cessionnaire agissant devant un tribunal français sera-t-il obligé de fournir la caution comme le cédant lui-même? Nous ne le pensons pas. Pourquoi, en effet, l'article 16 a-t-il décidé que l'étranger demandeur serait tenu de fournir caution au Français qu'il a choisi? Parce qu'entre les deux plaideurs la situation n'est pas égale et qu'il convient d'accorder au national une garantie qui lui ferait absolument défaut; or, lorsque la cession a eu lieu en faveur d'un Français, l'égalité la plus absolue existe entre le demandeur et le défendeur, et il est par conséquent inu-

tile de recourir à une précaution qui n'a été introduite dans la loi que pour équilibrer des situations que la qualité des parties rend différentes. L'application de ce principe conduit nécessairement à accorder qu'au cas où un Français céderait à un étranger la créance contre un Français, le cessionnaire demandeur devrait nécessairement fournir caution ou, à défaut, serait repoussé par l'exception tirée de l'article 166 du Code de procédure;

2° Un étranger créancier d'un autre étranger a cédé sa créance à un Français : celui-ci pourra-t-il assigner le cédé devant un tribunal français? La question est vivement controversée. Dans un premier système qui soutient la négative, on s'appuie d'abord sur la tradition historique, et on fait remarquer que, dans l'ancienne jurisprudence, le privilége qui consistait à distraire le défendeur de ses juges naturels était accordé à certaines personnes, mais seulement pour l'exercice de droits qui leur étaient propres ou qui leur comptaient du chef de leur femme, mais n'était jamais concédé à suite de cession ou de transport. On argumente ensuite des termes formels de l'art. 14 au Code civil : « L'étranger, même non résidant en France, nous dit une disposition, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger avec des Français. » Le texte est précis, dit-on; pour que le défendeur étranger soit distrait de ses juges naturels, il faut qu'il ait contracté avec un Français, soit

en France, soit à l'étranger. Dans ce cas, en effet, on comprend le bénéfice accordé au national par la loi française, et cette faveur n'a rien qui puisse blesser l'équité, puisque l'étranger, en contractant avec le Français a manifesté implicitement sa volonté de renoncer à l'avantage qui résulte pour le défendeur, en général, de l'application du principe *actor sequitur forum rei*. En autres termes, ajoutent les partisans de la négative, c'est à l'origine de la créance que le législateur s'est attaché pour décider si elle engendre pour le créancier le droit d'invoquer l'article 14. Or, dans l'hypothèse, le créancier à l'origine ne pouvait y prétendre, et, par suite, des ayant-cause ne le pourraient pas plus que lui.

Les partisans de l'opinion adverse prétendent, au contraire, que l'article 14 n'a pas le sens qu'on lui donne dans le système opposé. Bien que les mots *obligations contractées avec un Français* se trouvent dans la disposition du Code, disent-ils, il ne faut pas les entendre restrictivement, personne ne doute qu'ils aient été étendus aux obligations nées de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits; pourquoi donc ne pourrait-on pas aussi les appliquer aux engagements qui n'ont pas directement pris naissance de l'étranger en faveur du Français? Si le privilége accordé au Français par l'ordonnance de Blois était restreint dans l'ancien Droit, c'est qu'en modifiant les règles de compétence entre justiciables de la même nation il pouvait engendrer des abus graves; le bénéfice de l'article 14, au contraire, est équitable, il protége le national contre l'étranger, en assurant au Français qu'il sera jugé par les tribunaux de son pays, et dès-

lors il doit être étendu bien plutôt qu'il ne doit être restreint. Sans doute, le cédant étranger n'avait pas lui-même droit au bénéfice de l'art. 14, et n'a pu le transférer à son cessionnaire, qui est son ayant-cause, mais on sait que le cessionnaire peut parfaitement se prévaloir des priviléges qui lui sont personnels, ainsi que tout le monde le reconnaît, en ce qui concerne la prescription ou la contrainte par corps.

On le voit, les arguments invoqués dans l'un et l'autre système sont sérieux, aussi la solution dans un sens ou dans un autre nous paraît douteuse ; nous opterons cependant en faveur de la seconde opinion. En effet, l'article 14 du Code a été rédigé dans un but d'intérêt public ; pour faciliter l'extension du commerce national, le législateur a voulu accorder au Français la garantie de ses juges naturels, c'est une faveur qu'on a entendu lui faire, et rien ne prouve d'une façon certaine que la loi ait entendu la limiter suivant la cause en vertu de laquelle le Français est devenu créancier de l'étranger. Dans tous les cas, il y a un cédant, et il faut l'interpréter en faveur du national.

Le motif que nous venons d'indiquer dicte la solution que doit recevoir l'hypothèse inverse. Si donc, en payant créances, un étranger cédait sa créance à un étranger, celui-ci ne pourrait pas se prévaloir du bénéfice accordé au cédant par l'article de notre Code.

CHAPITRE VII.

COMPARAISON DE LA CESSION AVEC LA SUBROGATION.

Pour terminer notre étude sur la cession de créance, il nous reste à la comparer avec certains autres actes juridiques desquels elle se rapproche à certains points de vue, tout en s'en distinguant à certains autres, notamment de la subrogation.

La subrogation est une fiction de la loi, au moyen de laquelle une dette qui devrait être éteinte par un paiement, revit, avec tous ses accessoires, priviléges ou hypothèques, en faveur de celui qui l'a acquittée. De cette définition, la plus généralement adoptée, bien que, cependant, elle n'échappe pas à la critique et soit l'objet de sérieuses controverses, on peut finalement déduire les analogies qui existent entre la cession et la subrogation.

Dans l'une comme dans l'autre de ces deux opérations juridiques, la créance est transportée du créancier primitif à un autre qui se trouvera investi de l'action et pourra la mettre en jeu comme le précédent titulaire; mais les principes sur lesquels repose la transmission dans l'un et l'autre de ces deux actes sont absolument

différents ; et comme ces principes divers produisent des conséquences opposées, il convient tout d'abord de les mettre nettement en lumière.

Dans la transmission qui a pour fondement une vente : le cessionnaire spécule ; il cherche à réaliser un bénéfice en acquérant pour le plus bas prix possible une créance d'une valeur normale, supérieure à la somme qu'il aura payée. Il n'entend nullement rendre service au débiteur, et bien au contraire il veut en tant qu'acquéreur jouir des avantages que la vente lui confère, tant au regard du créancier vendeur qu'au regard du débiteur cédé. Les règles ordinaires du contrat de vente doivent être appliquées à l'acte intervenu. Le principe de la subrogation est tout autre ; le subrogé veut rendre service au débiteur, il paie le créancier à son lieu et place pour le mettre à l'abri de l'action qui pourrait être introduite contre lui ; l'idée qui donnera les rapports du subrogé et du subrogeant est donc celle d'un paiement et non celle d'une vente comme dans l'hypothèse précédente. Mais si le tiers veut payer pour libérer le débiteur, il n'entend pas cependant lui faire une libéralité et perdre tout recours envers lui ; c'est pour le lui conserver et lui en assurer l'efficacité, que le législateur recourt à une fiction et fait revivre la dette en sa faveur avec tous ses avantages accessoires, tels que priviléges et hypothèques. Ces principes posés, voyons les différences qui distinguent la subrogation de la cession.

La cession est une vente et, par conséquent, le cédant, comme nous l'avons dit, tient à la garantie vis-à-vis de son acquéreur. La subrogation est un paiement et ne

peut, en conséquence, donner lieu à une semblable obligation, l'*accipiens* ne contracte pas avec le *solvens*, et ne peut être lié. Sans doute si le subrogeant rendait paiement d'une dette qui n'existe pas, il ne pourrait conserver la chose donnée, mais ce serait une *condictio indebiti* qu'il faudrait intenter contre lui, absolument comme si le débiteur lui-même avait payé l'*indebium*.

Pour que la cession soit valable au regard du tiers, il faut qu'elle soit notifiée ou acceptée par acte authentique; il en est tout autrement de la subrogation qui est parfaitement valable en dehors de toute formalité de publicité et qui peut comme un paiement être opposée aux tiers par cela seul qu'il a été fait.

Les conditions de capacité sont différentes, suivant qu'il s'agit d'une cession ou d'une subrogation. Pour procéder, en effet, à une cession, il faut pouvoir aliéner; pour faire une subrogation, il suffit d'être capable de recevoir. Ainsi les administrateurs des biens de certaines personnes morales ne peuvent aliéner ces biens que sous certaines conditions; ils ne pourront citer les créanciers de ceux qu'ils représentent sans recourir aux formes indiquées par la loi; il leur est permis, au contraire, de subroger, car ils ont capacité de recevoir paiement.

Nous pouvons encore constater que dans la cession, quel que soit le prix payé par le concessionnaire, il n'est pas moins investi de la créance totale; la cession est, en effet, une vente, et il n'est pas nécessaire en matière de vente que le prix soit la représentation exacte de la chose vendue. Le subrogé, au contraire, qui n'a payé qu'une partie de la dette n'est substitué que partiellement au créancier qu'il a désintéressé.

Enfin, les effets de la cession ou de la subrogation partielle de la créance sont absolument différents. Lorsqu'un créancier cède à un tiers la moitié de sa créance, par exemple, il lui transfère la moitié de ses droits, la créance se dédouble ; le cédant et le cessionnaire sont nantis de droits identiques ; par suite si le cédé est insolvable et ne peut payer qu'une portion de la dette, le cédant et le créancier devront se partager la somme qui demeure entre les mains du débiteur et forme leur gage commun. Il en est autrement en matière de subrogation ; le subrogeant a une portion déterminée de la créance, il reçoit un paiement partiel ; pour lui l'opération juridique qui a eu lieu n'est pas autre chose; il n'a pas entendu conférer au *solvens* des droits qui peuvent lui être opposés ; *nemo censetur subrogare contra se* (art. 1252), et, dès lors, il pourra se faire payer ce qui lui reste dû par préférence au subrogé. Un exemple mettra ces deux théories en lumière. Primus, créancier de 20,000 francs contre Tertius, cède à Secundus la moitié de sa créance; lors de l'échance, Tertius ne peut payer que 10,000 fr.; comme Primus et Secundus ont des droits égaux, ils se partageront cette somme, chacun d'eux prendra 5,000 francs, et chacun aussi perdra 5,000 francs.

Dans la même hypothèse et en supposant Secundus subrogé pour 10,000 francs, le subrogeant Primus, qui a reçu un paiement partiel, sera présumé avoir été payé par Tertius lui-même, il ne pourra donc pas être gêné par la présence du subrogé, il perdra les 10,000 francs qui lui restent dus; quant à Secundus, il perdra la somme qu'il a déboursée.

On voit combien sont différents les effets de la cession

et de la subrogation de créances; il n'est cependant pas rare de trouver dans les actes notariés des clauses de la nature de celle qui suit... « Le cédant transmet ses « droits au cessionnaire et l'en investit, lui faisant en « tant que besoin cession et subrogation à tous droits, « sûretés, etc., etc. » Ces clauses peuvent occasionner de grands embarras dans la pratique des affaires; comme la subrogation et la cession sont deux actes différents et qu'on ne peut procéder à la fois à l'un et à l'autre, il faut opter entre l'un et l'autre, d'où de graves difficultés de faire pour apprécier quelle a été l'intention des parties.

La novation par changement de créancier a aussi quelque analogie avec la cession, mais elle s'en distingue en ce sens que dans la novation la première dette est éteinte et remplacée par une autre, tandis que dans la cession, le créancier change, sans doute, mais la dette primitive existe toujours.

Enfin, pour faire une novation dans notre hypothèse, il faut le concours de trois personnes; pour procéder à la cession, au contraire, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'assentiment du cédé.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Le cessionnaire d'une créance ne demeure pas moins le mandataire du cédant, bien qu'il agisse par l'action utile.

II. La *denunciatio* dont parle Gordien dans la constitution 3, au Code, liv. 8, t. 47, n'était soumise à aucune forme particulière, et ne doit pas être confondue avec la *denunciatio litis*, qui avait remplacé l'*in jus vocatio*. (L. 4, c. 8, 17.)

III. Les *privilegia personæ* ne passent pas au cessionnaire.

IV. Le cédé peut opposer au cessionnaire l'exception du dol dont il eût pu se servir contre le cédant.

V. La simple connaissance de la cession acquise sur le cédé ne l'empêche pas de payer valablement entre les mains du cédant.

DROIT CIVIL

I. L'acheteur d'une hérédité n'est pas tenu, pour être saisi

des créances qui la composent, de signifier son transport à tous les débiteurs héréditaires.

II. Les simples quittances peuvent être opposées aux tiers, bien qu'elles n'aient pas date certaine.

III. Le Français cessionnaire d'un étranger peut assigner le cédé étranger devant un tribunal de France.

IV. Le cessionnaire français d'un étranger n'a pas besoin, pour actionner en France le cédé français, de fournir la caution *judicatum solvi*.

V. L'acceptation de la cession par acte sous seing privé ne saisit pas le cessionnaire au regard des tiers en général, mais l'en investit au regard du cédé.

VI. La clause pure et simple de garantie n'ajoute rien à la garantie du droit.

PROCÉDURE CIVILE

I. La signification faite au débiteur cédé par le cessionnaire après une saisie-arrêt équivaut à une opposition, au point de vue des rapports entre le saisissant et le cessionnaire qui viendront en concours au marc le franc sur le montant de la créance saisie.

II. La saisie-arrêt postérieure à la signification ou à l'acceptation authentique du transport ne produit aucun effet. Si donc il y a des saisies antérieures et des saisies postérieures à l'un ou à l'autre de ces actes, les saisissants postérieurs ne seront pas admis à concourir avec les premiers et ne recevront rien.

DROIT PÉNAL

I. Le condamné par contumace n'est pas en état d'interdiction légale.

II. La cour d'assises jugeant par contumace peut tenir compte des circonstances atténuantes.

DROIT COMMERCIAL

I. L'engagement souscrit par un même commerçant, sans indication d'une cause commerciale, n'est pas réputé contracté pour les besoins de son commerce, et c'est en conséquence au créancier à en prouver la validité.

II. La femme ne peut être autorisée à faire le commerce par la justice, à défaut de l'autorisation maritale.

III. Le voiturier perd tout droit au privilége de l'art. 2102 du Code civil, lorsqu'il est dessaisi de la chose voiturée.

DROIT ADMINISTRATIF

I. L'esclavage est une institution contraire non seulement à la morale, mais encore aux principes les plus élémentaires de l'économie politique.

II. On a le droit de repousser par la force un agent qui vient vous arrêter la nuit dans votre domicile.

III. Les ministres n'ont pas le droit de faire des réglements.

DROIT COUTUMIER

I. Les bénéfices militaires tirent leur origine du Droit canonique et non du Droit germanique.

II. Le servage n'est pas sorti de la féodalité, il n'a fait que la développer; il vient du *colonat* romain et des *lites* germaniques.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
THÉOPHILE HUC.

Vu : *Le Doyen de la Faculté,*
DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
DREISS.

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux » bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 11), mais non des » opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée » aux candidats. — Le candidat répondra, en outre, aux questions » qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »

Cette Thèse a été soutenue en séance publique dans l'une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

Toulouse, imp. Vialelle et Cᵉ, rue du Lycée, 9.

T157

LA

CESSION DES CRÉANCES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. DUFOUR ✲, Doyen, professeur de Droit commercial.
MOLINIER ✲, professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES ✲, professeur de Code civil.
MASSOL ✲, professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code civil.
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé.
POUBELLE, professeur de Code civil.
ROZY, professeur de Droit administratif.
BONFILS, professeur de Procédure civile.
ARNAULT, agrégé, chargé du cours d'Economie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
CONSTANS, agrégé.
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé.
M. DARRENOUGUÉ, officier de l'Instruction publique, Secrécrétaire, agent comptable.

Président de Thèse : M. HUC, professeur.

Suffragants : MM. Dufour, professeur.
Massol, professeur.
Laurens, agrégé.
Campistron, agrégé.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.