

62

DU
TRANSPORT-CESSION

DES CRÉANCES & DE SES EFFETS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

DISSERTATION

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

PAR

M. DE SAINT-PIERRE (IVAN)

Avocat à la Cour impériale de Bordeaux

62



TOULOUSE

IMPRIMERIE BAYRET, PRADEL ET C^e

PLACE DE LA TRINITÉ, 12

1861



MEIS ATQUE AMICIS

DROIT ROMAIN

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Les droits que nous pouvons avoir dans notre patrimoine sont, ou immédiats, ou médiats. Dans la première catégorie, nous devons ranger la propriété et ses démembrements; dans la seconde, les droits de créance.

Tout droit, quel qu'il soit, n'est utile que par l'action qui le sanctionne et qui le fait apparaître dans le domaine des faits. Or, l'action peut servir à garantir aussi bien un droit réel qu'un droit de créance. L'action constitue donc un élément de la fortune privée, distinct de son objet.

Voilà pourquoi la définition des actions donnée par Celse et reproduite par Justinien (1) est exacte, et peut s'appliquer à la fois aux actions tant réelles que personnelles; car on peut dire qu'à partir de la *litis contestatio*, il y a une obligation de restituer, imposée à celui qui défend à l'action en revendication.

Cependant s'il est possible de concevoir l'exercice du droit de propriété indépendamment de l'action réelle qui le protège, il n'est pas aussi facile de comprendre un droit de créance, abstraction faite de son action.

L'action est ici, en quelque sorte, le complément forcé de l'obligation, et voilà ce qui explique les motifs pour lesquels les Romains employaient indistinctement, soit l'expression *actio*, soit l'expression *obligatio*.

L'objet de l'action réelle, c'est la chose même sur laquelle un droit de jouissance immédiate est prétendu; mais il n'en est pas de même de l'action dérivant d'un droit de créance, car ce n'est pas la chose due qui fait la base de l'action personnelle.

(1) Princip., liv. IV, t. 6, INST. DE JUSTINIEN.

Nous savons, en effet, que : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (1).

C'est donc le fait que le débiteur s'est engagé à prêter qui forme l'objet direct de l'action; il n'y a donc ici aucune idée de puissance sur la chose que l'on puisse attribuer au créancier. Il suit de là, que la revendication des créances et des choses dues, en vertu d'une créance, est radicalement impossible. C'est ce qui résulte d'ailleurs du texte suivant :

Argento omni legato, quod suum est, sine dubio non debetur id, quod in credito est : hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit (2).

Puisque la créance ne donne à celui qui en est investi aucun droit direct sur la chose, mais seulement la faculté de demander en justice l'exécution de l'obligation consentie par le débiteur, il faut reconnaître que l'existence d'une créance a uniquement pour effet de mettre dans le patrimoine du créancier un droit de demande.

Ici se présente naturellement la question de savoir si ce *droit de demande* est susceptible de passer à un tiers.

Dans le droit théorique, la négative est évidente, et il en est ainsi par deux motifs principaux.

Toute obligation établit un rapport strict entre deux personnes, tellement déterminées, que le créancier, en voulant transporter sa créance sur la tête d'une tierce personne, détruirait unilatéralement l'existence de ce rapport. Il violerait le droit du débiteur, de même que le débiteur violerait le droit du créancier, s'il lui était permis de se substituer un tiers. A ce point de vue, il y a donc impossibilité de concevoir un transfert de droits de créance.

Mais cette raison n'est pas suffisante pour rendre compte des

(1) L. 3, princip., D., 44, 7.

(2) *De auro argento*, liv. XXXIV, t. 2, l. 27, § 2.

obstacles que l'argumentation théorique mettait à la cession, car alors les parties n'auraient eu qu'à consentir au transfert d'une créance, pour rendre possible cet acte juridique. Or, nous savons qu'il n'en était pas ainsi.

Si les contractants sont d'accord, le résultat de cet accord se traduira par une novation, c'est-à-dire, par la transformation contractuelle d'une obligation en une obligation nouvelle, distincte de la première.

Le second motif, qui donne la véritable raison de l'intransmissibilité *des droits de demande*, découle de la nature même de ces droits.

Nous n'avons pas, en effet, besoin d'insister pour démontrer la différence qui sépare le *dominium*, d'une part, et l'*obligatio*, de l'autre. Lorsqu'il s'agit de la translation du *dominium*, on se sert, ou de la tradition, ou de la *cessio in jure*, ou de la mancipation; mais il est impossible d'appliquer au transfert des obligations les modes usités pour celui de la propriété.

Obligationes, quoque modo contractæ, dit Gaius, *nihil eorum recipiunt (id est, neque traditionem, neque jure cessionem, neque mancipationem)* (1).

Cette dissemblance est facile à justifier. Si la propriété, en effet, considérée en soi, peut survivre à un acte d'aliénation émané du propriétaire, il n'en est pas de même des créances. La créance s'éteint par son exercice; et son exercice le plus efficace, qui se révèle par la réception de la chose due, est précisément la principale cause extinctive des obligations. Or, vouloir aliéner une créance et, néanmoins, vouloir qu'elle continue d'exister au profit d'un tiers, ce sont deux choses qui, dans le principe, paraissent contradictoires.

Voilà ce qui explique l'impossibilité d'appliquer les modes ordinaires de l'aliénation aux droits de demande. Pour la tradition, on ne pouvait y songer, vu le caractère incorporel des

(1) Gaius, *Comment.* II, § 38.

créances. Le même motif d'exclusion s'étendait à la mancipation et, de plus, les créances ne figuraient pas au nombre des choses *mancipi*.

Pour la *cessio in jure*, comme elle n'est, en réalité, que la fiction d'une action en revendication, elle ne pouvait avoir pour objet que des choses susceptibles d'être revendiquées. Or, nous venons de dire que les créances ne pouvaient l'être.

Ces données de la théorie devaient nécessairement influencer sur le droit pratique, mais ne pouvaient pas avoir pour conséquence d'interdire absolument le commerce des créances. Seulement il en résulta qu'il fallut soigneusement distinguer entre le commerce des objets corporels qui se manifestait par des aliénations proprement dites, opérant le dévestissement absolu du propriétaire et l'investissement complet de l'acquéreur, et le commerce des créances régi par des principes tout-à-fait spéciaux, et dominé par cette considération générale qu'en droit pur, toute créance est, par sa nature, intransmissible. Cette règle se traduit dans la pratique par cette idée que toute créance cédée doit être exercée par le cessionnaire absolument, et de la même manière qu'elle aurait pu l'être par le créancier originaire lui-même.

L'impossibilité de commercer au sujet des créances à l'aide des modes ordinaires d'aliénation, produisait, en droit romain, des conséquences en apparence bizarres, mais qui peuvent cependant être justifiées.

Nous savons, en effet, que l'*hereditas delata* pouvait être cédée *in jure* par l'héritier légitime qui n'avait pas encore fait adition. Ce dernier, par l'effet de cette cession, transportait sur la tête de l'acquéreur la qualité même d'héritier, et, par voie de conséquence, les créances actives qui se trouvaient dans la succession. Il n'y avait là rien de contraire aux développements qui précèdent. L'objet direct de la *cessio in jure* n'était pas, en effet, dans ce cas, les créances héréditaires, mais l'hérédité elle-même envisagée comme une *universitas juris*, et pouvant, à ce titre, être revendiquée. Il est vrai que l'on ne

saurait, en principe, concevoir la revendication d'un être abstrait; mais les Romains avaient, sur ce point, dérogé à la règle générale. Ils avaient d'ailleurs trouvé le moyen de donner, en quelque sorte, à l'hérédité, une existence réelle en la matérialisant dans un objet héréditaire :

Similiter si..... de hereditate controversia erat, pars aliqua indè sumebatur et in jus adferebatur, et in eam partem..... fiebat vindicatio (1).

Ce n'était donc que la qualité d'héritier, ou plutôt le droit de faire adition, qui était transmis, et les créances héréditaires passaient alors directement de la tête du défunt sur celle de l'héritier cessionnaire, seul continuateur de *l'universum jus* de ce dernier, sans avoir résidé un seul instant en la personne du cédant.

Il n'y avait donc pas cession dans cette hypothèse. Mais l'héritier légitime qui avait fait adition, et l'héritier testamentaire dans le même cas, pouvait (on le sait) céder pareillement *in jure* l'hérédité (2).

La *cessio in jure*, employée dans cette circonstance, avait pour unique effet de mettre dans le patrimoine de l'acquéreur les objets corporels héréditaires, absolument comme s'ils avaient été compris individuellement dans une *cessio in jure* spéciale. Quant aux créances, il est évident qu'elles ne pouvaient, dans cette hypothèse, passer à l'acquéreur, puisqu'il n'y avait pas possibilité de commercer avec un droit de demande au moyen de l'*in jure cessio*, qui ne s'appliquait, comme nous l'avons vu, qu'au *dominium*. Les créances auraient donc dû, ce semble, demeurer fixées sur la tête du cédant.

Comment se faisait-il alors qu'elles périssaient, et que les débiteurs de la succession fussent libérés, ainsi que le reconnaissent Gaius et Ulpien, qui n'étaient nullement étonnés d'un semblable résultat? C'est que l'*in jure cessio* de l'hérédité

(1) G., C. iv, § 17.

(2) G., C. ii, § 35; C. iii, § 85. — Ulpien, t. 49, § 44.

constituait une véritable renonciation, dans la limite du possible, à la qualité d'héritier et à tous les droits qui y étaient attachés. Par la *cessio in jure*, le successeur qui a fait adition a admis en fait que le cessionnaire, désormais, peut seul se prétendre héritier; les débiteurs de la succession sont donc fondés à lui objecter : « Vous avez perdu le titre qui vous autorisait à agir contre nous. »

Il est vrai que cette *cessio in jure* n'a pas pu libérer le cédant à l'égard des créanciers de la succession, mais c'est uniquement en vertu du principe : que lorsqu'on a un droit mélangé d'obligations, on peut bien renoncer à son droit, mais non se soustraire à l'exécution de son obligation.

Il faut cependant remarquer que les conséquences bizarres signalées par Gaius et Ulpien, ne devaient jamais se réaliser dans la pratique; car il est plus que probable que la *cessio in jure* de l'hérédité n'était employée que quand il n'y avait pas de créances, et, d'ailleurs, le cédant n'avait pour prévenir ces résultats, qu'à se faire payer par les débiteurs, avant de recourir à la *cessio in jure*, ou bien qu'à procéder à des *cessio in jure* spéciales pour chaque chose héréditaire, ou bien encore, qu'à opérer novation avec les débiteurs du défunt.

Les textes que nous venons de citer n'ont donc (on peut le dire) qu'une valeur exclusivement théorique, mais ils rendent saisissante l'impossibilité absolue, en fait et en droit, d'appliquer les modes ordinaires de l'aliénation au transfert des créances; et, certes, il n'est pas surprenant que si, malgré cette impossibilité juridique, on se sert mal à propos d'un mode ordinaire d'aliénation, il ne se produise des conséquences étranges, mais qu'il était facile de prévoir.

Sous le bénéfice de ces considérations, nous ferons remarquer que nous n'envisageons pas, dans ce travail, la cession d'une manière générale; que limitant au contraire notre sujet, nous nous bornons à l'examiner au point de vue de la vente. Ce contrat, en effet, peut s'appliquer tout aussi bien à une créance qu'à une chose corporelle ordinaire.

Nous devons encore faire observer que l'usage a réservé le mot *vente* pour indiquer l'obligation de livrer, moyennant un prix, des choses corporelles (meubles ou immeubles), tandis qu'il a consacré les expressions *transport-cession*, pour désigner l'engagement de transmettre à titre onéreux une créance, ou, pour parler d'une manière plus juridique, *un droit de demande*.

Le transport-cession, appelé dans les textes du droit romain *venditio nominis, emptio nominis* (1), fera donc seul l'objet de cette dissertation, que nous diviserons en deux parties. Dans la première, nous traiterons du transport-cession des créances en droit romain; dans la seconde, du transport-cession des créances en droit français.

CHAPITRE PREMIER

Modes employés pour réaliser le transport-cession.

Les droits de créance ou de demande sont susceptibles de devenir l'objet d'une vente, et, dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix, il y a, pour l'acheteur, obligation de payer, et, pour le vendeur, obligation de livrer.

Mais comment s'accomplira la livraison d'une créance? C'est ce que nous avons à examiner.

Si par la vente il y a engagement d'aliéner, il n'y a pas encore aliénation. S'il y a lieu entre les parties contractantes, il n'y a pas encore créance acquise (2). L'acheteur n'est pas encore investi du droit à l'égard du débiteur, de manière à empêcher le vendeur d'en disposer en faveur d'autrui.

Le contrat est donc formé : il ne reste plus qu'à l'exécuter.

(1) L. 3, D., *De neg. gestis*.

(2) La vente était, en droit romain, simplement productive d'obligations; elle n'était pas, comme en France, translatrice de propriété.

Lorsqu'on voulait à Rome faire passer une créance de la tête du créancier primitif sur celle d'un tiers, on se trouvait alors en présence du principe, qu'on ne stipule que pour soi et ses héritiers : que, par suite, tout débiteur n'est obligé qu'envers le stipulant ou les héritiers de celui-ci; que si, donc, on fait abstraction du droit d'hérédité ou de succession universelle, il y a impossibilité qu'un second créancier vienne prendre la place du premier sans le consentement du promettant, c'est-à-dire, sans novation, sans délégation. Il n'était pas, en effet, permis, ainsi que nous l'avons vu dans nos aperçus préliminaires, d'appliquer les modes ordinaires de l'aliénation au transfert des créances.

Conformément à cette théorie, dans l'ancien droit romain, et sous la période des *legis actiones*, le seul moyen pour l'acquéreur d'une créance, d'être investi d'une action correspondante au rapport juridique, était de la faire naître pour lui en l'éteignant à l'égard du vendeur.

Cet expédient consistait dans une novation, par laquelle le débiteur s'engageait, par stipulation ou par expensilation, à payer ce qu'il devait à l'acheteur de la créance. C'est ce qu'on appelait une délégation parfaite, c'est-à-dire, l'indication d'un débiteur qui, pour se libérer de ce qu'il doit à Gaius, promet à Titius.

De cette manière on arrivait à ce que la créance, dont Gaius était titulaire, pût passer sur la tête de Titius.

Dans le droit primitif, la délégation était le seul moyen (je ne dirai pas de transférer une chose incorporelle, puisqu'à proprement parler le droit de demande, qui devait être cédé, disparaissait par la délégation même), mais de consommer la vente d'une créance, c'est-à-dire, de rendre l'acheteur créancier à la place du vendeur.

Ce mode de procéder rendait fort difficile le commerce des créances, puisqu'il exigeait le consentement du débiteur, alors que ce dernier pouvait fort bien le refuser.

Il fallait, en effet, distinguer entre la *venditio nominis*, à

laquelle le débiteur pouvait ne pas prendre part, et la délégation, qui ne pouvait s'effectuer sans son concours :

« *Delegatio debiti, nisi consentiente, et stipulante promittente debitore jure perfici non potest. Nominis autem venditio, et ignorante vel invito eo... contrahi solet* » (1).

La délégation pouvait donc servir à rendre efficace la vente d'une créance, mais ne constituait pas encore une véritable cession ; de telle sorte que dans le premier état du droit, l'acte improprement appelé *venditio nominis*, avait moins pour objet la créance existant au profit du vendeur, que l'engagement accepté par ce dernier de rendre l'acquéreur titulaire d'une obligation tout-à-fait distincte de la première : résultat qui, d'ailleurs, ne pouvait être obtenu que par l'extinction du droit primitif.

La théorie de la délégation est donc, on peut le dire, tout-à-fait étrangère à celle de la cession.

Ce qui caractérise, en effet, l'idée de la cession, c'est qu'une personne, nullement liée au rapport intervenu entre le créancier et le débiteur originaires, se trouve néanmoins investie de la faculté de faire valoir pour son propre compte, et comme sienne, l'action résultant de ce rapport.

Comment, enfin, obtenir un pareil résultat ?

Nous venons de constater que la délégation était insuffisante, voyons si la théorie du mandat ne pourrait pas être utilement employée ?

Tout rapport obligatoire engendre (nous l'avons dit) un droit de demande, que l'on peut considérer comme séparé de l'objet de l'obligation et de la source juridique de cette dernière ; si la créance est mise en mouvement au nom du créancier et dans la limite de son droit personnel, le débiteur ne peut se plaindre, car peu lui importe que le bénéfice, résultant de l'action, tourne, en réalité, au profit d'un autre que le stipulant origi-

(1) L. 1, C., 8, 42.

naire. Ainsi, par exemple, le créancier peut valablement nommer un mandataire pour recevoir le paiement.

De là à la faculté de constituer un mandataire pour l'exercice même de l'action, il n'y a qu'un pas; et si maintenant nous supposons que ce représentant exercera pour son compte le mandat qui lui a été donné, nous voyons déjà apparaître l'idée fondamentale de la cession, à savoir : la possibilité de faire valoir pour son compte un droit de demande, créé à l'origine sur la tête d'une tierce personne.

La théorie du mandat est donc connexe à la véritable théorie de la cession; mais elle s'en écarte sur plusieurs points.

L'introduction du système formulaire permit aux parties, tant en demandant qu'en défendant, de se faire représenter en justice, tandis qu'antérieurement, sous le régime des actions de la loi, la représentation judiciaire n'était admise que dans des cas exceptionnels (1). Dès-lors, un second moyen, préférable à la délégation, puisqu'il était capable de vaincre la résistance du débiteur, s'offrit pour commercer au sujet d'un droit de demande. Ce fut, comme nous venons de l'indiquer, le mandat, la *procuratio ad litem* : l'aliénateur d'une créance donnait à l'acheteur mandat d'exercer contre l'obligé l'action qui en résultait. L'acquéreur agissait alors, comme mandataire, pour la réalisation d'une affaire à laquelle il était seul intéressé, ce qui le faisait appeler : *procurator in rem suam*.

Si nous remontons à l'origine de la procédure formulaire, nous voyons que le représentant judiciaire ne pouvait être qu'un *cognitor*, c'est-à-dire, un mandataire constitué devant le magistrat en présence de l'adversaire, et au moyen de paroles solennelles (*certis verbis*) (2). Cette nécessité de la présence

(1) *Cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum est, furti agere eorum nomine, qui, apud hostes, an reipublicæ causâ abessent, qui quæve in eorum cuius tutelâ essent.* (INST. DE JUST., l. IV, t. 10, PROCÆ.)

(2) Gaius, C. IV, § 83.

du débiteur, bien qu'on n'exigeât pas son consentement, comme pour la novation, était encore un obstacle à la facilité du transfert.

Cette entrave disparut quand on étendit complètement aux actions judiciaires les principes du mandat (1); quand on reconnut qu'un *procurator*, constitué en la forme ordinaire, c'est-à-dire, sans aucune formalité stricte, avait qualité pour agir en justice, suivant les règles du mandat, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur, sans être tenu de justifier d'une procuration, pourvu que, dans ce cas, il fournit la caution *de rato* (2).

Pour faire valoir ses prétentions, l'acheteur se présentait alors devant le Préteur et lui demandait une formule, dans laquelle l'*intentio* portait sur la question de savoir si le débiteur cédé était obligé, non envers lui cessionnaire, mais envers le vendeur, et, dès que ce fait était constaté par le *Judex*, celui-ci devait prononcer la condamnation au nom et au profit de l'acheteur.

Ainsi, supposons que l'aliénateur soit *Mævius*; l'acquéreur, *Titius*; le promettant, *Negidius*, la formule sera rédigée de la manière suivante :

« *Si paret Negidium Mævium decem dare oportere, Judex Negidium Titio decem condemna. Si non paret, absolve* » (3).

C'était donc le mandataire et non le mandant qui avait l'action *judicati* pour ramener à exécution la sentence rendue à son profit; c'était aussi contre lui, qu'en cas d'échec l'action précitée était donnée au débiteur (4).

(1) Cette innovation est postérieure à Cicéron, qui nous apprend que, de son temps, on ne pouvait agir que par des *cognitores*. (Cicér., *Pro Cecinâ*.)

(2) L. 22 et 23; C., 17.

(3) Gaius, C. iv, § 86 et 87; *Vatic. Frag.*, § 317.

(4) V^o les textes cités plus haut, n^o 1.

Le vendeur put ainsi, sous le voile détourné d'un mandat, transmettre la créance à l'acheteur sans l'intervention ni le consentement du débiteur, et en agissant cependant d'une manière conforme à ce que voulait la nature de l'obligation qui, ainsi que nous l'avons dit plus haut, n'admet pas de successeur proprement dit à titre particulier. Le vendeur, en effet, malgré le *mandatum agendi* par lui donné au cessionnaire, ne cessait pas d'être créancier, puisque c'était en son nom qu'était conçue l'*intentio* de la formule; l'acquéreur, de son côté, obtenait aussi les avantages de la créance avec le *dominium litis*, que lui assurait la *litis contestatio*; enfin, le débiteur ne pouvait se plaindre, puisqu'il conservait le même créancier, puisqu'il se trouvait en présence du même rapport juridique, puisqu'il se défendait et accomplissait son obligation, absolument comme si le créancier originaire était encore personnellement en cause.

Sous le système formulaire, on était donc arrivé à transférer au cessionnaire le bénéfice d'un droit de demande, sans l'assentiment du débiteur, par la voie de la *procuratio ad litem*. L'institution, quoique perfectionnée, laissait encore à désirer; car le mandat, concédé par le cédant à l'acheteur, étant susceptible de s'étendre par la mort des parties (1), et l'acquéreur n'étant investi du *dominium litis* qu'à partir de la *litis contestatio*, il en résultait que, jusqu'à cette époque, il était dans une position d'autant plus précaire, que l'aliénateur était autorisé, sinon à révoquer le *mandatum agendi* (2), du moins à en prévenir l'exécution, soit en intentant lui-même l'action, soit en transigeant avec le débiteur cédé, soit en compensant, en novant, en compromettant avec lui, ou en recevant le paiement.

Pour compléter l'institution, il fallait assurer le droit de

(1) § 10, INST. JUST., tit. *De mandato*.

(2) L'acheteur aurait pu s'opposer à cette révocation par une exception de dol.

l'acheteur contre de telles éventualités. Les Constitutions impériales réalisèrent ce perfectionnement. Sous cette nouvelle période l'acheteur trouva dans la *denuntiatio* une garantie contre les actes par lesquels le vendeur pouvait rendre impossible l'accomplissement du mandat. Cette dénonciation (1), faite probablement dans un écrit en forme et en présence de témoins, avait pour objet de rendre la procuration irrévocable; car, dès ce moment, si le débiteur cédé payait, malgré la notification du transport, le créancier originaire ou transigeait avec lui, il n'en était pas moins obligé à l'égard du cessionnaire (2).

Il est inutile de rechercher l'origine et les phases diverses de la *denuntiatio*. Qu'il nous suffise d'indiquer que l'on peut raisonnablement en rattacher l'origine à l'ancienne *condictio*. Nous savons, en effet, que : *condicere est palàm denuntiare*.

Primitivement, le mandat qui avait pour but l'exercice d'une action, ne pouvait se traduire que par un acte de procédure destiné à engager le litige. C'était par ce premier acte de procédure qu'un rapport particulier s'établissait entre le cessionnaire et le débiteur cédé.

Plus tard, la *denuntiatio* se fit extrajudiciairement et engendra alors les mêmes relations, sans qu'il y ait eu introduction d'instance.

Quoiqu'en cette matière la théorie du mandat ait, en réalité, prévalu, les Romains cependant tinrent compte de l'intention des parties pour faire produire au mandat, donné par le cédant, des effets qui allaient bien au-delà de la simple représentation en justice. Ainsi, par exemple, on s'était demandé si le défendeur à une action cédée pouvait exciper du dol personnel au représentant. L'affirmative n'était pas douteuse en ce qui concernait le dol postérieur à la *litis contestatio*, c'est-à-dire,

(1) La *denuntiatio* se trouve mentionnée pour la première fois dans une constitution d'Alexandre Sévère, de l'an 226. — L. 4, C., *Quæ res pignori*. — L. 3, C., *De novat.*, 8, 42.

(2) L. 4, C., VIII, 17.

le dol commis par le mandataire à une époque où il était réputé maître de la créance. Quant au dol, antérieur à la *litis contestatio*, comme l'*intentio* était conçue au nom du représenté, il était impossible, d'après les principes ordinaires du mandat, d'en faire la base d'une exception. Néanmoins la décision contraire fut admise, quoique avec difficulté :

« *Quæsitum est*, dit Ulpien, *an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit? Et puto rectè defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit: Etiam de præterito ejus dolo (hoc est, si antè judicium acceptum dolo quid fecerit), esse excipiendum; si vero non in rem suam: dolum præsentem in exceptione conferendum* (1).

Il faut donc déduire de ce texte, que lorsqu'il s'agissait du mandat *in rem suam*, la tendance de la doctrine était de considérer le cessionnaire comme investi de la propriété de la créance, même avant la *litis contestatio*, c'est-à-dire, avant même qu'un rapport personnel pût s'établir entre lui et le débiteur cédé. Nous avons annoncé que c'était là l'opinion d'Ulpien: *rectè defendi potest*. Voilà les expressions dont il se sert. Ces mots sembleraient, néanmoins, indiquer une certaine hésitation dans la doctrine; hésitation que surmontait sans peine un jurisconsulte progressif, tel qu'Ulpien.

Nous admettons cependant que cette solution était généralement reçue, et qu'en matière de *procuratio in rem suam*, le cessionnaire pouvait faire valoir, pour son compte exclusif, le droit cédé, même avant la *litis contestatio*.

Nous voyons, en effet, Paul faire remarquer la différence qui existe, à ce point de vue, entre le mandataire ordinaire et le mandataire *in rem suam*:

« *Sed si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facta domino non nocet.... Sed si in rem suam*

(1) L. 4, § 48, D., liv. XLIV, t. 4.

datus sit procurator, loco domini habetur, et ideò servandum erit pactum conventum » (1).

Ce texte, dont Paul est l'auteur, est de la plus haute importance pour bien saisir le développement historique de l'idée de la cession. Nous apercevons, en effet, que les progrès de la doctrine n'ont pas tardé à faire admettre que le cédant se trouvait, en quelque sorte, dessaisi du droit de demande, dès qu'il avait donné au cessionnaire le *mendatum agendi*; qu'à partir de ce moment, ce droit de demande, sans subir d'ailleurs aucune modification dans son essence juridique, passait sur la tête de l'acquéreur. Celui-ci le faisait valoir au nom du principal, avec une indépendance complète à l'égard de ce dernier (*loco domini*) (2).

Tout pacte intervenu, même avant la *litis contestatio*, entre le cessionnaire et le débiteur cédé, était donc opposable au principal, qui aurait plus tard voulu exercer le droit aliéné, sans tenir compte de la cession qu'il aurait consentie.

Les développements qui précèdent prouvent que les Romains, grâce à leur logique habituelle, étaient arrivés en cette matière à édifier une théorie qui se rapprochait beaucoup de la vérité.

Le système adopté produisait cependant certains inconvénients, de nature à créer des embarras dans la pratique du droit. Ainsi, par exemple, tant que l'idée du mandat était dominante, le droit du cessionnaire se trouvait compromis par presque tous les événements qui sont de nature à affecter ce contrat. Ainsi, la mort du représentant ou du représenté pouvait mettre les héritiers du premier dans l'impossibilité d'utiliser, sans une nouvelle procuration, le droit cédé.

Les actions *utiles* obvièrent à ce sérieux inconvénient. On sait que les actions utiles n'ont pas de consistance juridique qui leur soit propre, qu'elles sont basées sur une action préexis-

(1) L. 43, D., liv. II, t. 44, *De pactis*.

(2) V^o le texte cité plus haut (n^o 1).

tante, appelée, par opposition, *action directe*. Ces actions utiles furent d'abord accordées aux héritiers du mandataire pour remplacer à leur égard l'action directe, que l'extinction de la *procuratio* les empêchait d'invoquer au nom du mandant. On concéda pareillement au mandataire les actions utiles, lorsque le décès du représenté était encore un obstacle à l'exercice de l'action directe dont ce dernier avait opéré le transfert.

Quant au résultat définitif, il fut toujours le même.

Peu importait, en effet, que le droit cédé fût mis en mouvement au moyen d'une action, *soit directe, soit utile* :

« *Nec refert directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur (quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est); maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundem que habet effectum* (4).

Nous ferons d'abord observer que, suivant l'opinion commune, la phrase qui est comprise dans la parenthèse, *quia in, etc.....*, est regardée comme une interpellation de Tribonien. On ne concevrait pas, en effet, que Paul, auteur de ce texte, ait envisagé comme une subtilité les exigences du système formulaire.

Mais ce texte, sans qu'on ait à se préoccuper de la phrase qui y a été ajoutée après coup, démontre d'une manière péremptoire que, quant au résultat définitif, il était dans tous les cas le même, qu'il s'agit d'une action, ou directe ou utile. S'il en est ainsi, à quoi donc pouvait se référer l'auteur de l'interpolation, lorsqu'il parlait des *judicia extraordinaria*? Il est permis de supposer qu'il a simplement voulu mettre la décision de Paul en harmonie avec l'état de la procédure au moment de la compilation des Pandectes. Sans doute, la solution de Paul n'avait pas besoin du secours de cette interpolation pour être vraie, même à l'époque de Justinien, car elle s'appli-

(4) L. 47, D., 3, 5, *De neg. gestis*.

quait au résultat définitif et non à la forme. On aurait pu cependant douter de la parité complète qui devait être établie entre les actions, tant directes qu'utiles, par suite de cette circonstance que la procédure formulaire devait nécessairement engendrer entre elles quelques dissemblances, et c'est précisément pour empêcher le doute de surgir, que la loi 47, § 4, a été interpolée, et que l'on a cru devoir rappeler que tous les *judicia* étaient désormais *extraordinaria*. Mais, s'il en est ainsi, il faut avouer que l'interpolation est peu logique; car Paul s'occupait du fond, et l'interpolation, nous le répétons, fait allusion à la forme.

On a néanmoins contesté la parité complète qui existe entre ces deux genres d'actions.

Un rescrit de Dioclétien porte en effet :

« *In solutum nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex personâ sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest : suo autem nomine, utili actione recte utetur* » (1).

Un autre rescrit du même empereur contient une solution semblable :

« *Ex legato nominis actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur* » (2).

Il est évident que, dans ces deux textes, les actions directes et les actions utiles sont placées en opposition les unes aux autres. Cependant, au fonds, il n'y a pas de dissemblance. Comment donc se fait-il que les textes distinguent toujours, avec le plus grand soin, l'action directe de l'action utile ?

Il pouvait d'abord, en ce qui touche la forme, être important de savoir si le demandeur intentait l'action directe du chef du cédant, ou bien, au contraire, s'il intentait l'action utile de son chef personnel. Dans le premier cas, il pouvait, en effet,

(1) L. 5, C., liv. iv, t. 5, *Quando fiscus*, etc.

(2) L. 48, C., liv. vi, t. 37, *De legatis*.

être assujéti à donner la caution *de rato*, et même, en cas de contestation, à prouver l'existence du mandat; tandis que dans le second cas, il lui suffisait, pour obtenir l'action, de prouver qu'il avait un titre lui permettant d'exiger un *mandatum agendi*, qui, en fait, ne lui avait pas été donné. D'un autre côté, il n'était pas exact de dire, d'une manière générale, qu'on pût invoquer une action utile chaque fois qu'on avait intérêt à exiger la cession d'un droit. Il y avait donc certaines hypothèses où l'*actio utilis* ne correspondait pas à l'*actio directa*, et où cette dernière ne pouvait être exercée qu'en vertu d'un mandat formel.

Ces considérations sont la preuve manifeste qu'il y avait lieu à distinguer soigneusement ces deux actions et d'indiquer les espèces où l'*actio utilis* devenait possible.

Après avoir posé ces notions générales sur les actions utiles qui jouent un rôle si important en matière de cession, revenons à notre sujet.

Pour perpétuer le droit de l'acquéreur, malgré l'extinction de la *procuratio* par la mort du représentant ou du représenté, on créa les actions utiles qui, accordées aux héritiers du cessionnaire comme si le mandat n'avait pas pris fin, les autorisaient à poursuivre la réalisation du droit de demande, comme s'ils avaient été eux-mêmes constitués mandataires. On reconnaît généralement que l'*actio utilis*, concédée d'abord en matière de cession à l'acheteur d'une hérédité pour actionner le possesseur, ne tarda pas à s'appliquer à la vente d'une créance, et même, dans la suite, fut étendue à d'autres hypothèses qui offraient de l'analogie (1).

A partir de cette nouvelle législation, on put donc dire que

(1) Les actions utiles furent employées successivement :

1° Dans le cas de constitution d'une dot ayant pour objet une créance ;

2° Dans celui de dation en paiement d'une créance ;

3° Dans celui de legs d'une créance.

les droits de demande, de même que les choses corporelles, étaient susceptibles d'être aliénés.

L'acheteur, en effet, était alors sûr de retirer les avantages du contrat auquel il avait participé ; car, d'un côté, au moyen de la *denuntiatio*, il conjurait les manœuvres frauduleuses du cédant, qui se trouvait ainsi dans l'impossibilité de lui nuire, puisqu'il était de principe que tout acte consenti, après la notification du transfert, entre le créancier primitif et le débiteur cédé, était par rapport au cessionnaire comme non venu ; d'un autre côté, il échappait aussi à l'extinction du mandat à l'aide des actions utiles, qui lui permettaient, ainsi qu'à ses héritiers, de poursuivre le promettant, alors même que la procuration viendrait à prendre fin par la mort du représenté ou par celle du représentant.

L'introduction des actions utiles ne modifia point la position du débiteur vis-à-vis du cessionnaire. Elle fit seulement présumer la continuation d'un mandat dans des cas où, en droit rigoureux, on aurait dû le considérer comme éteint.

Dans ces hypothèses, la loi supposait qu'il existait encore ; mais elle reconnaissait aussi que l'acquéreur agissait toujours en qualité de mandataire ; que le débiteur se défendait et accomplissait son obligation, comme si le vendeur lui-même en poursuivait l'exécution ; que c'était toujours au nom de ce dernier que l'action était intentée (4) ; qu'en un mot, l'acheteur arguait d'un droit qui, au lieu d'avoir pris naissance en son individualité, provenait du fait d'un tiers ; que, par suite, toutes les exceptions, opposables au cédant, pouvaient l'être au cessionnaire (2).

(1) Ce qui le prouve, c'est ce que dit Gaius au paragraphe 86 (C. iv), où il s'agit d'une action intentée *procuratorio nomine*, et au paragraphe 35 (C. iv), où il s'agit d'une action intentée *utiliter*.

On voit que la formule est la même dans l'une comme dans l'autre hypothèse.

(2) Mulhembrüch, *Traité de la cession*, § 46 et 47.

Si, dans le principe, la dation d'un mandat était indispensable pour faire passer une créance de la tête du vendeur sur celle d'un tiers, cette obligation disparut à partir de la législation de Justinien. Dès cette époque, la loi présuma que le *mandatum agendi* avait été concédé toutes les fois qu'il existait un motif juridique pour lequel une cession devait se faire, et elle reconnut, dans l'hypothèse même où aucune *procuratio* n'aurait été constituée, le bénéfice des actions utiles à tous ceux qui, en vertu d'un titre acquis à cet effet, étaient recevables à demander le transport d'un droit de demande. Sous cette dernière période, l'acheteur, alors même qu'il n'avait pas été élu le mandataire de son vendeur, pouvait actionner le débiteur cédé; mais alors, comme précédemment, il ne faisait que poursuivre l'exécution de la créance d'autrui.

Les actions utiles dispensaient donc les parties de recourir à un mandat formel. Mais, dans ce cas, l'action directe persistait, en réalité, au profit du créancier originaire, de telle sorte qu'il pouvait y avoir conflit entre le stipulant primitif et le cessionnaire, investis, l'un de l'*actio directa*, l'autre de *actio utilis*; dans cette hypothèse, le cédant était exclu par l'acquéreur. Ulpien dit, en effet :

« *Procuratore in rem suam dato, præferendus non est dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam : qui enim suo nomine utiles actiones habet, ritè eas intendit* » (1).

La théorie, en matière de transport, prouve avec quelle logique raisonnaient les jurisconsultes Romains. Pénétrés de la nature des droits de demande, ils avaient compris que l'obligation n'admettait pas de successeur à titre particulier; mais en même temps, sachant que les ventes de créances étaient utiles au commerce, ils avaient cherché à les accommoder avec les principes du droit et, après bien des tâtonnements, étaient enfin arrivés au but tant désiré.

(1) L. 55, D., liv. III, t. 3, *De procuratoribus*.

Ce qui ne pouvait pas s'effectuer sous la période des *legis actiones*, sans une novation qui détruisait la créance originaire pour la remplacer par une nouvelle, put se faire sous le système formulaire, par le moyen détourné d'un mandat exigé d'abord d'une manière formelle, et dont on se dispensa, dans la suite, sous la législation de Justinien.

A dater de cette époque, l'institution qu'avait déjà perfectionnée la création de la *denuntiatio* et des actions utiles, fut complète; car si, d'un côté, l'acheteur recueillait en toute sécurité le bénéfice de la créance qu'il avait acquise, de l'autre, le vendeur avait toute facilité pour transférer à autrui le droit de demande, dont il était titulaire.

CHAPITRE II.

Des éléments constitutifs du transport-cession.

Le transport des droits de demande n'étant qu'une espèce particulière de vente, doit réunir les éléments exigés pour la validité de ce contrat : 1^o la chose; 2^o le prix; 3^o le consentement mutuel des parties. — Nous allons examiner successivement chacune de ces trois conditions.

I.

De la chose.

En principe, toutes les actions sont susceptibles d'être cédées, à moins qu'une cause, intrinsèque ou extrinsèque, rende la cession impossible, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative. Les anciens commentateurs ont recherché s'il ne serait pas possible d'indiquer, par une formule générale, quels étaient les droits qui n'étaient pas cessibles. La plupart

des glossateurs admirent comme règle l'axiome suivant : *Quæ sunt intransmissibilia ad heredes, per cessionem non transeunt.*

Ils pensaient avoir ainsi trouvé le criterium, qui pouvait servir à indiquer les divers cas d'incessibilité. Mais, en admettant l'exactitude de leur formule, la règle ainsi posée était incomplète, puisqu'elle ne faisait pas connaître les cas de cessibilité. Aussi finit-on par adopter, comme complément, la réciproque : *Quod est transmissibile, id est cessibile.* Ces deux formules, corollaires l'une de l'autre, ont été successivement abandonnées comme fausses et arbitraires.

Il est certain, en effet, qu'il n'y a aucun rapport nécessaire entre la transmissibilité aux héritiers et la cessibilité. Il n'est donc pas légitime de conclure d'une matière à une autre, alors que, surtout dans l'application, on s'aperçoit bientôt qu'il est impossible de considérer, comme cessibles, tous les droits qui sont transmissibles et réciproquement. Aussi, presque tous les auteurs modernes reconnaissent-ils qu'il est impossible d'établir une règle générale, et qu'il n'y a que l'analyse seule qui puisse indiquer successivement les droits qui sont alinéables. Sans méconnaître ce qu'il y a de fondé dans cette assertion, nous croyons cependant pouvoir émettre sur ce point quelques conjectures, qui nous paraissent d'une logique incontestable.

Il importe, avant tout, de remarquer que la cession s'applique, ainsi que nous l'avons dit, non pas à la chose qui forme l'objet médiat ou immédiat du droit, mais au droit lui-même de réclamer cette chose par une action tant réelle que personnelle. Il faut donc séparer avec soin le droit cédé de son objet, car, dans certains cas, nous verrons que l'incessibilité dérive de la nature, soit de l'objet, soit du droit lui-même.

Nous devons, en second lieu, ne pas perdre de vue que la théorie du mandat étant intimement unie à celle de la cession, puisque cet acte juridique n'est que la possibilité de réaliser la

représentation du créancier par une tierce personne, il faut pareillement tenir compte de la possibilité de cette même représentation, et, par suite, il serait peut être permis de poser la règle suivante qui, à notre avis, révélerait à la fois et les cas de cessibilité et ceux d'incessibilité :

« Toute action, appréciable en argent, consistant par elle-même (1), et à raison de laquelle il est possible de concevoir la représentation du créancier par une tierce personne, est cessible. Toute action à qui l'un de ces caractères fait défaut, est au contraire incessible. »

Nous disons d'abord : *tout droit appréciable en argent* : ce qui exclut les actions qui s'adressent à la qualité et à l'état des personnes. Ces rapports juridiques, quoiqu'ils puissent sans nul doute présenter indirectement un grand intérêt pécuniaire, ne tendent, en réalité, qu'à la constatation d'un droit inappréciable.

Il faut ensuite : *que le droit consiste par lui-même* : c'est-à-dire, qu'il y a empêchement de céder les actions, qui supposent une qualité restée, malgré le transfert, sur la tête du cédant.

Ainsi, on peut bien transférer l'action en revendication qui a trait à la propriété, mais on ne comprendrait pas la cession de l'action confessoire relative aux servitudes prédiales, moins encore celle de l'action négatoire, sans qu'on ait à distinguer si elle s'applique aux servitudes prédiales ou personnelles, par la raison bien simple que, ces rapports constituant des accessoires du droit de propriété et n'ayant pas, en quelque sorte, d'existence propre, ne peuvent pas être utilisés par un tiers, à qui la qualité de propriétaire, condition de leur exercice, n'a pas été transmise.

C'est par le même motif que l'action hypothécaire est, en elle-même, incessible, tant que la créance qui lui sert de base demeure sur la tête du cédant.

(1) Stans per. se.

Enfin, nous avons dit : *qu'il fallait concevoir la possibilité de la représentation du créancier par une tierce personne*. Or, cette exigence ne peut se réaliser lorsqu'il s'agit des actions *quæ vendictam spirant*. Il n'est pas, en effet, admissible qu'une discussion au sujet d'une action d'injure puisse s'établir entre personnes autres que l'offensé et l'offenseur.

D'un autre côté, l'usufruit pouvant être exercé par un individu autre que l'usufruitier, rien n'empêche le transfert de l'action confessoire relative à l'usufruit, tandis qu'il n'en sera pas de même s'il est question du droit d'usage.

Il semble donc que la formule ci-dessus énoncée, comprend tous les cas possibles de cessibilité ou d'incessibilité. Nous devons cependant faire remarquer qu'elle ne pourrait jamais servir qu'à constater les cas d'incessibilité *absolue*, et nullement les cas d'incessibilité purement *relative*. On conçoit, en effet, que le législateur, obéissant souvent à certaines nécessités pratiques, ait cru parfois devoir prohiber la cession d'un droit parfaitement cessible en lui-même. C'est ainsi que les cessions de droits litigieux, et celles consenties *ad potentiorem*, ont été défendues.

Mais la circonstance que notre formule ne saurait embrasser ces catégories arbitrairement établies, ne prouverait rien contre l'exactitude de la règle. Car il est manifeste qu'une règle abstraite ne peut être mise en relation qu'avec les caractères naturels des faits juridiques auxquels elle s'applique, et non pas avec les caractères accidentels résultant d'un état social déterminé.

Enfin, il faut encore ne pas perdre de vue, que même dans les hypothèses où un droit devra être réputé incessible d'après les principes que nous venons de poser, comme il sera toujours indispensable de distinguer le rapport primitif de l'avantage qui peut en résulter, il pourra fort bien arriver que la cession sera possible à l'occasion de cet avantage, quoiqu'elle

ne le soit pas à l'égard du droit considéré en lui-même. Ainsi la réparation pécuniaire, mise à la charge de l'offenseur, pourra être cédée, quoique l'action d'injures ne puisse l'être.

Après avoir établi cette théorie, nous devons examiner successivement les principaux cas de cessibilité ou d'incessibilité, à raison desquels quelque doute pourrait se présenter.

Occupons-nous d'abord de la cessibilité.

Les obligations naturelles sont de nature à devenir la base d'un transfert, aussi bien que les obligations civiles. Il est cependant bien entendu que, dans ce cas, le cessionnaire ne peut se prévaloir que des droits qui compéaient à son auteur (1).

Les obligations incertaines, c'est-à-dire, conditionnelles ou futures, peuvent être cédées aussi bien que les obligations certaines, pures et simples (2).

Les créances indéterminées, génériques et alternatives, ne résistent pas plus à une cession que celles qui ont pour objet une chose spécialement déterminée.

Lorsque dans une obligation alternative le choix appartient au cédant, le cessionnaire est-il autorisé à invoquer cette faveur? Cette question est controversée. Pour la résoudre, nous suivrons l'opinion de Mulhembrüch : ce jurisconsulte, s'appuyant sur la loi 75, § 3 (D., 30), se prononce pour l'affirmative.

Faisons d'abord connaître l'espèce prévue par ce texte : Un créancier d'une obligation alternative à son choix lègue sa créance. Son héritier, qui continue sa personne et à qui passe par suite le choix, fait, pour exécuter la libéralité qui lui a été imposée, cession de la créance au légataire. Celui-ci, d'après Ulpien, jouit du privilège concédé à son auteur. Le débiteur ne saurait, en effet, se plaindre de l'exercice de ce droit, puisque le défunt aurait pu choisir, comme son légataire prétend le faire.

(1) M. Massol, *De l'Obligation Naturelle*, p. 45.

(2) L. 47, *De hered. vel act. vend.* — D.; — l. 3, C., 8, 54.

Mulhembrüch applique, par identité de motifs et de position, ce raisonnement au cas spécial qui nous occupe. Partant du principe que le cessionnaire, par son choix, n'ajoute rien au rapport contractuel; qu'il ne donne pas au lien juridique une extension qu'il n'avait pas à son origine, cet auteur allemand admet que l'acheteur d'une créance peut, lui aussi, user de la faculté qui compétait au cédant; car, quelle que soit la chose qu'il vienne à choisir, comme le vendeur aurait pu agir de la sorte, il ne cause aucun préjudice au cédé.

Les obligations *ex delicto* peuvent devenir l'objet d'une cession, aussi bien que celles qui ont leur cause dans une convention.

Il n'y a encore aucun empêchement à céder les créances qui naissent de la violation ou de la contestation des droits réels: en d'autres termes, les actions revendicatoires sont susceptibles d'être aliénées, aussi bien que les droits personnels, qui prennent naissance de contrats ou de délits.

Si nous résumons la nomenclature que nous venons de faire, nous devons reconnaître qu'on peut transférer tout droit de demande qui a sa source, soit dans un contrat ou délit, soit dans un quasi-contrat ou un quasi-délit.

Passons maintenant à l'incessibilité, et quoique Mulhembrüch ait cru devoir repousser à ce sujet toute règle générale, tandis qu'au contraire il nous a paru possible d'en formuler une, nous pouvons néanmoins, afin de suivre une marche régulière, adopter la division tracée par ce jurisconsulte. Cet auteur prétend que l'incessibilité est *absolue* ou *relative*, et s'appuyant sur cette proposition, il ramène à deux catégories principales tous les cas d'inaliénabilité.

Première catégorie.

Il faut réduire à trois chefs principaux les droits de demande qui sont incessibles d'une manière absolue.

1^o Dans la première subdivision nous devons ranger toutes les créances qui ne rentrent pas dans les droits dont se compose le patrimoine d'un individu.

a) *Les actiones populares*. On conçoit sans peine qu'il y a impossibilité de vendre un action populaire, puisque l'exercice de ce rapport juridique appartient à tous les citoyens (1). On ne peut pas, en effet, mettre dans l'actif d'une personne un droit qui s'y trouve déjà de son chef, et qui d'ailleurs ne saurait être appréciable en argent :

Qui habet has actiones, disait Paul, *non intellegitur esse locupletior* (2).

Mais, à partir de la *litis contestatio*, l'intérêt du demandeur devient au contraire palpable. C'est à ce moment qu'il devient, à proprement parler, créancier, et dès lors rien ne s'oppose à la cession : *Quod si ex populari causâ, ante litis contestationem, recte dicetur, creditoris loco non esse, postea esse* (3).

b) *Les actiones, quæ vindictam spirant*. La première de ces actions est l'*actio injuriarum*. L'honneur étant un bien plus précieux que tout l'or des capitalistes, on peut dire que l'action destinée à le protéger ne peut se résumer en chiffres, et qu'à ce titre elle ne fait pas partie de notre patrimoine :

Injuriarum actio, dit Ulpien, *in bonis nostris non computatur, ante quam litem contestemur* (4). De cette loi il résulte que l'*actio injuriarum* n'est pas transmissible aux héritiers, et même sur ce point les textes sont si explicites, qu'il ne peut y avoir aucun doute. Mais il importe de remarquer que, si les jurisconsultes consacrent l'intransmissibilité *ad heredes* de l'action d'injures, ils déclarent, à l'appui de leur décision, que c'est uniquement à cause de la circonstance qu'elle ne fait pas partie des biens du créancier.

Mæcianus le proclame d'une manière formelle : *Pœnales actiones..... in bonis actoris non ideò minus computandæ*

(1) L. 5, D., 47, 23.

(2) L. 7, § 4, D., 47, 23, *De popul. act.*

(3) L. 42, *In medio*; — D., *De verb. signif.*, 50, 46.

(4) L. 28, D., 47, 10, *De injuriis*.

sunt, quia morte reorum intercidere possunt. E contrario autem eadem actiones, nihil bonis rei defuncto eo detrahunt. Sed ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, injuriarum actio poterit computari (1).

Il est vrai que les textes qui déclarent l'incessibilité de ce rapport, nous font complètement défaut : mais les mêmes motifs qui justifient son intransmissibilité expliquent son incessibilité, et nous commandent d'adopter dans l'une comme dans l'autre hypothèse une solution identique. Cependant l'opinion contraire a longtemps prévalu. On disait, en effet, que sans doute à l'égard des héritiers, l'*actio injuriarum* ne figure pas dans le patrimoine du défunt, mais, objectait-on, il n'en est pas de même durant la vie du créancier qui peut alors utiliser le droit qui lui compète.

L'action existe donc dans son patrimoine comme un droit facultatif, et peut, dans ces conditions, servir d'aliment à une cession.

Ce raisonnement paraît tellement péremptoire, que l'on devrait en accepter les conséquences, si pour établir l'incessibilité on se bornait à faire uniquement remarquer que l'*actio injuriarum* n'est pas comprise dans les biens du créancier. Pour légitimer entièrement notre première proposition, et détruire l'objection qui lui a été adressée, il faut de plus considérer que l'exercice de cette action ne comporte nullement une intervention étrangère, que le titulaire ne paraît pas pouvoir être représenté dans les débats qui s'ouvriront devant la justice. C'est là un de ces rapports qui ne peuvent être mis en mouvement, que par le stipulant originaire. Cette considération est la justification complète de l'incessibilité qui frappe l'*actio injuriarum*.

Ce que nous venons de dire de l'action d'injures proprement dite, nous devons l'appliquer à toutes les actions accordées au sujet d'une lésion de droit et qui se rapprochent de l'injure.

(1) L. 32, *Princip.*; D., 35, 2, *Ad legem falcidiam*.

La *querela inofficiosi testamenti* est encore rangée au nombre de ces rapports obligatoires : *quæ vindictam spirant*.

Le descendant, en effet, qui a été injustement exhéredé ou omis par le testateur, subit dans sa personne une atteinte dont il demande réparation.

Aussi, cette action n'est-elle pas comprise dans la classe de celles qui font partie de notre patrimoine ? Sur ce point, aucun doute sérieux ne peut s'élever. Les textes assimilent toujours l'*actio injuriarum* à la *querela inofficiosi testamenti* (1).

On pourrait objecter que cette action est transmissible aux héritiers, sans qu'il soit besoin d'une *litis contestatio* (2).

Mais il résulte du texte précité et de plusieurs autres, notamment de la loi 6 (*cod. tit.*), que la *querela inofficiosi testamenti* ne passe pas aux héritiers : *nisi jam cœpta controversia vel præparata*. On se demandait ensuite : *quemadmodum præparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem*, et la réponse à cette question, était qu'il suffisait d'avoir introduit l'instance (3).

Il faut soumettre aux mêmes principes l'action en rescision d'une donation pour cause d'ingratitude de la part du donataire (4).

L'action des ascendants ou patrons contre les enfants ou affranchis qui les auraient cités en justice *sine veniâ*, rentre dans la même catégorie (5).

Ces actions, quoique les textes ne le disent pas, ne sauraient, en effet, être considérées comme pouvant être directement appréciables en argent, et faire, à ce titre, partie des biens du créancier. Elles sollicitent, au contraire, la réparation d'une offense (*vindictam spirant*), et c'est seulement par voie de

(1) L. 4, § 8, D., 38, 5, *Si quid in fraudem patroni*.

(2) L. 7, D., 5, 2, *De inoff. test.*

(3) L. 7, H. T.

(4) L. 4, *In fine*; l. 10, *In fine*; C., liv. VIII, t. 56, *De revoc. donat.*

(5) L. 24, 25, D., 2, 4, *De in jus vocando*.

conséquence qu'elles peuvent se résumer en chiffres. Elles résistent donc à toute idée de mandat ou d'exercice par un tiers.

Au nombre des actions qui ne peuvent être cédées, parce qu'elles ne font pas partie de nos biens, il faut encore ranger celle qui appartient au patron pour obtenir de l'affranchi les *officiales operæ*, consistant dans des services domestiques et certains cadeaux (1).

2^o La seconde subdivision embrasse toutes les obligations que la loi, la nature du droit même, ou la volonté de l'homme ont attachées exclusivement à la personne du créancier.

Si, pour ne prendre qu'un exemple, nous envisageons l'usage, nous apercevons de suite que ce droit n'est pas susceptible de devenir l'objet d'une cession, puisque, n'étant établi qu'en vue des besoins d'une personne déterminée, il n'a, pour parler le langage des auteurs allemands, qu'une existence *subjective*.

Pour poser une règle générale, nous devons admettre qu'il en serait de même de tout rapport dans lequel la prestation du débiteur changerait, s'il la devait à un autre qu'au créancier primitif.

Dans les contrats qui produisent des engagements réciproques, qui sont, en d'autres termes, parfaitement ou imparfaitement synallagmatiques, le lien juridique ne peut être, non plus, l'objet d'un transfert, de telle sorte que l'une des parties vienne à disparaître entièrement de l'obligation et y soit remplacée par un tiers, dont la personne, à dater de la cession, répondra seule de l'exécution des faits promis. Mulhembrüch, faisant l'application de ces principes au mandat, à la société, au louage, etc., reconnaît que dans tous ces contrats, jusqu'au moment de leur dissolution, le rapport juridique doit toujours reposer sur la tête des individus qui ont assisté à sa formation; qu'en un mot, l'une des parties ne peut se dégager du lien contractuel par la substitution d'un tiers, à qui elle donne mission

(1) L. 6, D., *De operis libertorum*.

de la remplacer à l'égard de ses co-intéressés. Elle est simplement autorisée à aliéner les avantages que lui procure ou peut lui procurer le contrat auquel elle a pris part.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de la société, un associé, dès qu'il est entré dans les liens du contrat, n'a nullement le droit de céder son titre. S'il aliène sa part dans les bénéfices, le cessionnaire ne deviendra pas l'associé des autres associés en vertu de la maxime : *socius mei socii non est meus socius*.

Au nombre des obligations qui n'ont, par la volonté de l'homme, qu'une existence purement *subjective*, et qui, de ce chef, sont inaliénables, nous pouvons comprendre les aliments légués par testament, les droits de rachat, de réméré, de préférence, lorsqu'ils sont créés uniquement pour la personne du stipulant.

3^o Dans la troisième subdivision, nous avons à comprendre les droits qui, à raison de leur nature accessoire, ne peuvent devenir l'objet d'un transport. Nous voulons parler du cautionnement et de l'hypothèque. Nous n'admettons pas que ces droits puissent être cédés, indépendamment de l'obligation principale qui leur sert de base, et de telle sorte que le cessionnaire puisse les invoquer pour une autre créance, dont il serait titulaire de son propre chef. La cession qui s'effectuerait dans de pareilles conditions, serait contraire aux principes qui ne permettent au cessionnaire d'user du droit cédé, que de la manière dont le cédant l'eût pu et dû exercer lui-même, s'il était resté dans les liens du rapport juridique.

Deuxième catégorie.

Les causes qui font qu'un droit cessible en soi ne peut cependant être aliéné que d'une manière relative, proviennent, toutes, de dispositions législatives (1).

Quoique le cessionnaire doive faire valoir la créance trans-

(1) Mulhembrüch, *Traité de la Cession*, nos 64 et suivants.

mise, absolument de la même façon que le cédant, il est cependant facile de comprendre que les obligations imposées au débiteur sont susceptibles d'être quelquefois aggravées par suite de la position personnelle du nouveau créancier. Cette considération a éveillé la vigilance du législateur et l'a porté, le cas échéant, à édicter des mesures destinées à protéger le cédé.

Ainsi, la loi 12 (D., iv, t, 7), nous apprend que la loi Licinia avait pris certaines précautions pour éviter qu'une personne, *potentior*, n'intervint dans le jugement des actions divisaires, dans le but de favoriser l'une des parties au préjudice de l'autre. Paul nous fait encore connaître que les donations de créance faites au fisc sont nulles : *litem in perniciem privatorem fisco donari non oportet, nec ab eodem donatam suscepti* (1). Cette règle s'appliquait implicitement au transfert des droits de demande, puisque la translation d'une créance à titre de donation ne pouvait avoir lieu qu'au moyen du *mandatum actionis*.

La prohibition de céder *ad potentiores* fut enfin généralisée par une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (2).

Sous le bénéfice de ces notions historiques, nous devons poser, en principe, que la cession consentie au fisc ou à l'empereur, et même à tout individu dont la position sociale serait de nature à nuire à l'obligé, est regardée comme non avenue : le droit du cédant, s'il a agi de mauvaise foi, disparaît, et la déchéance dont il est atteint, profite au débiteur cédé, du moins d'après l'opinion commune ; car plusieurs commentateurs ont soutenu que le fisc recueillait au contraire les avantages de la créance. Mais il paraît impossible d'adopter cette décision, puisque, dans l'hypothèse d'un transfert, souscrit en faveur du fisc, cet acte produirait, par suite de son annula-

(1) *Sentences de Paul*, l. v, t. 12, § 7.

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

tion, les mêmes effets que s'il eût été déclaré valable, et, dans tous les autres cas, la cession *ad potentiorem* serait, en définitive, ramenée à une cession faite au fisc (1).

Il est encore un second cas où la loi a cru devoir interdire le transport, bien que le droit soit cessible en soi. Ainsi toute créance sur un pupille ne peut être transmise au tuteur ou au curateur, soit pendant la tutelle, soit même postérieurement, si l'obligation existait déjà à l'époque de la tutelle (2).

Justinien, persuadé que les achats de créance s'effectuant presque toujours pour un prix inférieur à celui du titre, fournissait au tuteur ou au curateur les moyens de réaliser des bénéfices qu'ils auraient dû réserver pour ceux qui étaient placés sous leur protection; voulant aussi prévenir des trafics devenus faciles à ces administrateurs par la suppression des quittances qui étaient en leur possession, Justinien, dis-je, consacra la déchéance du créancier cédant et décréta que la cession produirait la libération du pupille ou du mineur, sans que ceux-ci eussent rien à déboursier.

Ici se présente, à raison des deux hypothèses que nous venons d'examiner, une question qui, par son importance, mérite d'arrêter notre attention.

Nous avons à nous demander si les deux déchéances, prononcées dans les deux espèces précitées, laissent subsister l'obligation naturelle, ou si elles portent atteinte au droit même.

Quelques auteurs (3), invoquant la loi 49 (D., 42, 6), se sont prononcés pour l'affirmative. Quant à nous, nous ne saurions partager leur opinion. Nous pensons que les expressions : *Si pœnae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet*, dont s'est servi le jurisconsulte Pomponius dans le texte qui sert de base à l'argumentation de

(1) Arg. tiré de la loi 3, D., 44, 6, *De litigiosis*.

(2) Nouvelle 72, chap. v, § 4.

(3) M. de Pforten, *De Obligatione civili in naturalem transitu*.

nos contradicteurs, ne s'appliquent qu'aux cas où le législateur, pour des motifs particuliers, se borne seulement à écarter l'action du créancier, mais sans la frapper de réprobation, comme dans l'hypothèse prévue par le sénatus-consulte Macédonien.

Mais ici telle n'a pu être la pensée de la loi. Les termes qu'elle a employés en sont une preuve irrécusable. Elle a voulu que le débiteur cédé ou le pupille réalisât un lucre, sans qu'on eût même à distinguer, pour ce dernier, si la cession avait été ou non consentie de bonne foi, et elle n'a eu recours à ce moyen rigoureux que pour jeter une terreur salutaire sur ceux qui seraient disposés à transgresser ses ordres.

Sa protection eut été, d'ailleurs, illusoire ou pour le moins insuffisante si l'obligation naturelle avait survécu à l'extinction du lien coercitif, car, bien que cette dette n'engendre pas tous les effets d'une obligation civile, elle en produit néanmoins quelques-uns, notamment dans le cas spécifié par la loi 101, § 1 (D., 46, 3).

Ce texte, qui se recommande à notre attention, puisque le jurisconsulte Paul en est l'auteur, autorise le créancier à qui appartient le droit d'imputer le paiement, à faire cette imputation, tant sur la dette naturelle que sur la dette civile.

Ce seul exemple nous démontre donc, d'une manière péremptoire, que le législateur aurait été, à juste titre, taxé d'imprévoyance s'il s'était borné à détruire le lien coercitif en laissant subsister l'obligation naturelle.

L'opinion erronée de nos contradicteurs ne provient que de l'oubli des vrais principes. S'ils n'avaient pas confondu l'obligation naturelle avec l'obligation de conscience, ils auraient de suite compris que la première, basée sur le droit social, n'était nullement en dehors de la sphère du législateur, que celui-ci pouvait parfaitement l'empêcher de se manifester; que la seconde, au contraire, n'ayant de sanction que dans le for intérieur, ne rentrait nullement dans le domaine de la loi, qui n'avait pas, par conséquent, le droit de la supprimer. S'ils

avaient tenu compte de cette distinction bien caractérisée que nous ne faisons qu'indiquer, ils seraient arrivés à proclamer avec nous que, si dans la loi 2 et la Nouvelle 72, le langage du législateur était incompatible avec l'idée d'une dette naturelle, survivant à l'extinction de l'obligation civile, rien ne s'opposait à ce que le débiteur cédé et le pupille ne fussent obligés, en conscience, de payer; mais alors ils n'auraient pas manqué de reconnaître que l'exécution d'une pareille dette ne constituait pas un paiement, qu'elle se traduisait seulement en une véritable libéralité (1).

Toute créance, quoique cessible de sa nature, cesse néanmoins de l'être, dès qu'elle devient litigieuse; et elle est considérée comme telle à partir de la *litis contestatio*. Le transport d'un droit litigieux n'était permis à Rome : 1^o qu'à titre de dot ou de donation en faveur du mariage; 2^o que pour consommer une transaction ou un partage (2).

Le droit de cession a encore subi chez les Romains une restriction assez notable par l'effet d'une constitution de l'empereur Anastase (3). Mais comme ce monument juridique portait plutôt sur les conséquences du transfert, à l'égard du débiteur cédé que sur la cessibilité du droit envisagé en lui-même, il n'est pas nécessaire d'en parler ici. Nous traiterons ce point dans la section deuxième de notre chapitre III.

II.

Du prix.

La vente est un contrat où les deux parties ont leur intérêt pour but. L'acquisition de l'acheteur suppose donc pour le vendeur une certaine compensation. Cet équivalent c'est le prix. Ce

(1) M. Massol, *De l'Obligation Naturelle*, pages 6, 7, 449.

(2) L. 4, C. VIII, 37.

(3) L. 22, 23, 24, C. IV, 35.

que nous disons de la vente s'applique au transport-cession, qui n'est qu'une variété de ce contrat.

Le prix est ici, comme dans la vente ordinaire, soumis à plusieurs conditions. Il doit d'abord consister en argent. Il n'est pas cependant défendu d'aliéner une créance pour une chose autre que des espèces métalliques. Mais alors ce n'est plus un transport-cession, c'est un simple pacte qui, quoique désigné à Rome sous le nom de *permutatio*, n'en est pas moins rangé au nombre des contrats innommés, qui n'ont rien d'obligatoire, tant qu'ils n'ont pas été exécutés par aucune des parties (1). Mais, dès que l'un des contractants a rempli son engagement en livrant la chose promise, l'obligation de l'autre prend aussitôt naissance. Le lien coercitif ne peut donc résulter que de l'exécution de la part de l'une des parties. Une pareille convention doit être classée dans la catégorie des pactes : *facio ut des* au regard du cédant, et parmi les pactes : *do ut facias* à l'égard du cessionnaire. Mais faut-il, pour apprécier en semblable occurrence la situation des contractants, tenir compte des époques? Cela est douteux. Etablissons cependant les principes suivants : Quand la cession ne pouvait s'opérer qu'au moyen d'un mandat formel, le cédant n'était réputé avoir exécuté sa promesse qu'en donnant ce mandat, et il pouvait le révoquer sans dol, si le cessionnaire lui refusait la dation de la chose, qui servait de compensation au droit de demande. Mais à partir de l'introduction des actions utiles, le cessionnaire aurait-il pu, *de plano*, les exercer? Nous ne le pensons pas, car le pacte eut indirectement engendré le droit d'agir en dehors des cas prévus par la loi. Il paraît donc plus sûr d'admettre que, dans cette hypothèse, le cédant n'était encore censé avoir satisfait à la convention qu'en donnant un mandat formel. Quant au cessionnaire qui avait déjà livré la chose qui était l'équivalent de la créance, il pouvait agir à son choix, soit par la *condictio causa data, causa*

(1) L. 8, C., *De rerum permutatione*.

non secuta, soit par l'action *præscriptis verbis*. De ces deux actions, l'une lui servait à poursuivre la restitution de l'objet dont il s'était dessaisi, l'autre à exiger la réalisation du fait dont le cédant avait pris l'engagement.

Le prix doit encore être sérieux : c'est-à-dire constitué avec l'intention de le réclamer ; s'il était simulé, si, tout en le stipulant, les parties avaient le ferme projet de ne point le payer, il n'y aurait pas alors vente, mais bien donation d'un droit de demande (1).

Il ne suffit pas que le prix soit sincère, il faut encore qu'il soit déterminé par les contractants ou déterminable en vertu de leur convention, de manière à ne plus dépendre, pour sa fixation, de la volonté de l'acheteur ou de celle du vendeur (2). On peut donc l'abandonner à l'arbitrage d'un tiers, et alors, si celui-ci ne peut ou ne veut faire l'estimation, il n'y aura pas transport. Ce point de droit, qui avait soulevé à l'origine de graves controverses entre les deux écoles, entre les Sabiniens et les Proculiens, fut tranché, en faveur de ces derniers, par Justinien dans la loi 45 (C. iv, 38).

III.

Du consentement.

Le transport-cession n'étant (comme nous l'avons déjà dit) qu'une espèce particulière de vente, exige, comme ce contrat, le consentement mutuel des parties, qui doit porter à la fois sur la chose à vendre, le prix et les conditions auxquelles est subordonnée l'aliénation.

Pour être efficace, le consentement doit être exempt de dol, d'erreur, de violence ; en un mot, réunir tous les éléments requis pour sa validité en matière d'obligations.

(1) L. 36, D., 48, 1.

(2) L. 7, 35, § 4, D. 48, 4 ; — L. 43, C. iv, 38.

CHAPITRE TROISIÈME.

Des effets du transport-cession.

Nous avons traité des modes employés pour opérer à Rome le transport-cession, des conditions exigées pour sa validité; il nous reste maintenant à examiner quels sont les effets que ce contrat peut engendrer. Tel sera l'objet de ce chapitre troisième. Nous envisagerons les effets produits : 1^o entre les parties; 2^o entre le cessionnaire et le débiteur cédé; 3^o par rapport aux tiers; et par tiers, nous comprenons toute personne autre que le cédant.

SECTION PREMIÈRE.

Des effets du transport-cession entre les parties.

Dès que la vente est parfaite, et elle l'est dès que les parties sont d'accord sur les éléments constitutifs du contrat, il y a pour l'acheteur obligation de payer le prix convenu, et pour le vendeur obligation de mettre le cessionnaire en état d'établir ses qualités, c'est-à-dire, l'existence du droit dont le transfert a été consenti.

Si l'acquéreur doit exécuter les clauses qui ont été insérées dans l'acte d'aliénation, le vendeur est aussi tenu de lui remettre tout document ou titre constatant la légalité de la créance (1).

Il est même obligé, en cas de contestation judiciaire, d'assister son ayant-cause en justice, pour lui fournir les renseignements utiles et lui indiquer tout ce qui serait de nature à faire repousser ou combattre les défenses et exceptions dont pourrait se prévaloir le débiteur cédé. Enfin, il doit encore rendre

(1) Pothier, *Traité de la Vente*, n^o 559. Édition annotée par M. Bugnet.

compte à l'acheteur de tout ce qu'il a perçu du promettant, soit en compensation, soit en paiement (1).

Ici se présente naturellement la question de savoir ce que le cédant doit au cessionnaire quant à la garantie.

Il ne répond, en principe, que de l'existence du droit; en d'autres termes, il est garant du titre, mais non de la bonté de la créance.

« *Si nomen sit distractum*, dit Ulpien, *Celsus, lib. IX, Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere præstare : debitorem autem esse, præstare, nisi aliud convenit* » (2).

Il semblerait, cependant, d'après un texte d'Hermogénien, que la garantie ne devrait être restreinte à l'existence de la dette, que dans le cas où le *nomen* aurait été vendu tel quel :

« *Qui nomen quale fuit vendidit*, dit en effet Hermogénien, *duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum præstare cogitur* » (3).

Ainsi donc, par argument *a contrario*, lorsque le droit n'a pas été vendu, *quale fuit*, le cédant devrait, non-seulement prouver l'existence de la créance, mais encore assurer sa réalisation : *ut exigi aliquid possit*. Mais cette interprétation ne serait pas exacte, et voici quels sont, en pareille matière, les vrais principes : le cédant n'est tenu, sauf convention contraire, que de l'existence de la dette; il doit uniquement démontrer la *veritas nominis*, et sa responsabilité est encourue dès qu'il ne peut établir qu'il y a un débiteur. Or, il n'y a de véritablement obligé, que celui dont on peut exiger le paiement : *à quo invito pecunia exigi potest* (4). Il faut donc reconnaître que, si le cédé a la faculté d'annihiler la demande de l'acquéreur au moyen d'une exception péremptoire, il y a alors pour le ven-

(1) L. 23, § 4, D., 48, 4.

(2) L. 4, D., 48, 4.

(3) L. 74, § 3, D., 24, 2.

(4) L. 408, D., 50, 16.

leur nécessité absolue de répondre de la non-existence du prétendu droit, qui a été aliéné. Il est, en effet, de principe que toute personne qui peut invoquer une exception péremptoire, n'est nullement engagée (1).

Toutes les exceptions qui pourraient rendre le recouvrement impossible sont donc à la charge du cédant. Mais il n'en sera pas de même si celui-ci a déclaré transférer la créance telle quelle (*quale fuit*). Dans ce cas, il est simplement dans l'obligation de prouver l'existence civile du *nomen* (*duntaxat ut sit*), mais il ne doit pas répondre de l'efficacité du rapport juridique : *non ut exigi etiam aliquid possit*. En d'autres termes, il est à l'abri de tout recours, quand bien même le cédé pourrait, au moyen d'exceptions péremptoires, paralyser complètement l'exercice de la créance. La clause *quale fuit*, que nous venons d'analyser, se résume donc en une simple formule de non garantie.

Supposons que la créance se trouve accompagnée d'un cautionnement, d'un privilège, ou bien d'une hypothèque, et demandons-nous quelles seraient, par rapport à ces droits, les obligations du cédant au point de vue toujours de la garantie.

En principe, le cédant ne saurait en être tenu. A partir du transport-cession, les risques, qui menacent les sûretés accessoires de la créance cédée, passent au cessionnaire.

Periculum pignorum nominis venditi ad emptorem pertinet (2). En cas d'éviction des *pignora*, le cessionnaire n'aura donc aucune répétition à adresser au cédant. C'est ce qui résulte d'une décision de Papinien, ainsi conçue :

« *Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus, quæ prior creditor accipit, nullam actionem cum eo qui liberatus est, habebit* » (3).

(1) L. 43, D., 50, 47.

(2) L. 30, D., 20, 4.

(3) L. 68, § 4, D., 21, 2.

Mais il en serait autrement si, au moment de la vente du *nomen*, les titres accessoires, destinés à en garantir la réalisation, avaient été spécialement indiqués : le cédant serait, en ce cas, responsable de ces sûretés. En un mot, il faut appliquer au transfert des droits de demande, le principe général formulé à l'occasion de la vente des objets corporels de la manière suivante :

In vendendo fundo quedam, etiamsi non condicantur, præstanda sunt..... quedam ita demum, si dicta sint..... (1).

Cette décision n'a rien que d'équitable, car, sans nul doute, la mention de ces droits accessoires, lors de la création du contrat, a dû porter le cessionnaire à se rendre acheteur de la créance.

La règle que l'aliénateur n'est garant, d'après le droit commun, que de la *veritas nominis*, souffre cependant quelques exceptions. Ainsi, lorsqu'un droit est vendu comme incertain, lorsque, par exemple, le cédant s'est exprimé de la sorte : « Je vends telle créance si, toutefois, le débiteur me doit quelque chose. » Il n'y a pas même, dans ce cas, pour l'aliénateur, obligation de prouver l'existence du titre, puisque l'objet du contrat consiste en une simple éventualité, puisque le prix stipulé représente les prétentions plus ou moins fondées qu'a le vendeur sur le droit qui a servi de base à la cession (2).

Mais, à part cette exception, tout cédant est, en principe, tenu d'établir la *veritas*, non la *bonitas nominis*; en

(1) L. 66, D., 48, 4.

(2) Lorsqu'une créance est l'objet d'un legs, l'héritier ne répond nullement de la *veritas nominis*. S'il n'y a qu'un prétendu débiteur, la libéralité ne produit aucun effet; s'il en existe un, elle est valable, et, dans ce cas, en opérant le transfert des actions au légataire, l'héritier accomplit l'obligation que lui a imposée le défunt et n'est jamais tenu de garantir la solvabilité du débiteur légué. — L. 73, § 4, D., 30. — Mulhembrüch, *Doct. pandect.*, § 489.

d'autres termes, la solvabilité du débiteur, tant présente que future, n'est à sa charge qu'en vertu d'une stipulation spéciale.

C'est le cessionnaire qui porte *le periculum nominis*, comme l'acheteur d'une chose corporelle, celui de la *species*, et il subit la perte, soit que le débiteur fût déjà insolvable au moment du transport, soit qu'il le soit devenu postérieurement.

Cette théorie n'est pas en contradiction avec les lois de l'équité : le cessionnaire est, en effet, tout aussi bien que le cédant, en état d'apprécier la créance à sa juste valeur, et de plus il est admis, en matière de vente, que l'aliénateur ne répond pas des vices et défauts dont l'acheteur avait une parfaite connaissance au moment de la création du contrat.

Le cessionnaire doit donc imputer à son imprévoyance l'achat d'une mauvaise créance, et ne peut en rejeter la perte sur le cédant, ajoutons cependant : pourvu que celui-ci ait agi de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'ait pas su positivement que la dette n'avait aucune valeur ; car, si lors de la formation du lien contractuel il avait la certitude que la créance n'était que purement nominale, le transfert qu'il aurait consenti dans ces conditions serait entaché de dol et frappé, par suite, de nullité (4).

Il faut donc reconnaître que le cédant répond des exceptions qui sont de nature à paralyser l'efficacité du droit cédé, lorsqu'il les connaissait, et qu'il n'en est pas tenu lorsqu'il les a ignorées au moment de la vente.

Nous avons épuisé les règles principales qui régissent la garantie de droit qui pèse sur tout aliénateur d'une créance, nous devons dire quelques mots sur la garantie de fait, c'est-à-dire sur celle qui a sa source dans les stipulations particulières des parties.

Les contractants peuvent, en effet, par leurs conventions,

(4) L. 74, § 3, D., 21, 2.

diminuer, augmenter ou même exclure la garantie de droit. L'obligation de prouver la *veritas nominis* est donc susceptible de diminution ou d'extension. Elle cesse même tout-à-fait, comme nous l'avons fait observer précédemment, lorsque le cédant vend sa créance comme litigieuse, ou lorsqu'il la transfère à titre de simple action, qui doit être débattue devant les tribunaux aux risques et périls du cessionnaire (1).

S'il est permis de décharger le cédant de toute responsabilité, on peut aussi rendre son obligation de garantir plus rigoureuse que celle qui lui est imposée par le droit commun. On peut le contraindre à répondre, non-seulement de l'existence, mais encore de la bonté de la créance, et mettre à sa charge, par des clauses spéciales, non-seulement l'insolvabilité du débiteur existant au moment du transfert, mais encore celle qui pourra survenir postérieurement. Mais comme il est reconnu que toute règle qui déroge à des principes généraux doit s'interpréter d'une manière restrictive, il ne faut pas perdre de vue que lorsque le vendeur promet la *bonitas nominis*, sans avoir le soin de spécifier s'il entend cautionner le débiteur cédé jusqu'à l'extinction du titre, la garantie dont il est alors tenu ne comprend que la solvabilité au temps de la cession, et ne s'étend nullement à l'avenir.

Ce que nous venons de dire sur la garantie conventionnelle, lorsqu'il s'agit de l'obligation principale, s'applique également au cas où il est question de titres accessoires : tels que cautionnement, privilège ou hypothèque. Le cédant n'est encore tenu de la solvabilité de la caution et de l'utilité du privilège ou de l'hypothèque au moment du contrat, qu'en vertu d'une stipulation particulière, et même dans cette hypothèse, la garantie n'embrasse le temps à venir que lorsque les parties l'ont exprimé d'une manière formelle.

Si nous résumons la théorie que nous venons d'exposer au sujet de la garantie conventionnelle, nous devons regarder,

(1) Loyseau, *Garantie des Rentes*, chap. III, n° 44.

comme certain, que la *bonitas nominis* n'est à la charge du cédant : 1^o que lorsqu'il a agi frauduleusement; 2^o ou qu'il s'est engagé d'une manière expresse à procurer au cessionnaire, à défaut du cédé, le recouvrement de la créance (4).

SECTION DEUXIÈME.

Des effets du transport-cession entre le cessionnaire et le débiteur cédé.

Les droits que nous pouvons invoquer dans le cours de la vie juridique sont *propres* ou *dérivés*. Propres (*innata*), lorsqu'ils ont pris naissance en notre personne, lorsque nous avons assisté à la création du rapport contractuel; dérivés (*acquisita*), lorsqu'au contraire nous ne faisons que succéder dans les liens d'une obligation créée par un tiers.

Cette distinction, que nous empruntons à Mulhembrüch, est importante au point de vue des principes (2). En effet, si nous arguons d'un droit *propre*, on ne peut nous opposer que les exceptions qui nous sont personnelles, tandis que si nous poursuivons la réalisation d'un droit *dérivé*, on peut combattre notre demande, tant par les mêmes exceptions que par celles qui sont nées en la personne du créancier originaire, dont nous sommes actuellement le successeur.

L'application de cette doctrine au transfert nous amène à reconnaître que l'acheteur d'une créance n'invoque, lui aussi, qu'un droit *dérivé*, puisqu'il exige l'accomplissement d'une obligation qui a pris naissance sur la tête du cédant. Il est donc exposé à subir, non-seulement les exceptions qui lui sont per-

(4) Par une nouvelle dérogation au droit commun, introduite en faveur du mariage, le cédant répond aussi de l'insolvabilité du débiteur, lorsque la cession est consentie à titre de dot. (Mulhembrüch, *Traité de la cession*, p. 630, § 64.)

(2) Mulhembrüch, *Doct. pand.*, § 116, tome 1.

sonnelles, mais encore celles dont le débiteur cédé aurait pu se servir contre l'aliénateur, si la créance n'avait pas été vendue. On ne doit pas, non plus, perdre de vue que le transfert d'un droit de demande, s'effectuant, depuis le système formulaire, sans le concours du débiteur, est à l'égard de ce dernier : *res inter alios acta*. La position du cédé ne saurait, en effet, être modifiée par un acte auquel il a été complètement étranger. Aussi est-il autorisé à se défendre et à accomplir son obligation, absolument comme si le cédant était encore personnellement en cause.

Sous le bénéfice de ces considérations générales, que nous développerons dans le cours de cette section, nous avons à examiner successivement quels sont les effets du transport, soit à l'égard du cessionnaire, soit à l'égard du cédé; en d'autres termes, nous devons vérifier de quelle manière sera affectée, soit activement, soit passivement, une créance transmise.

I.

Du principe que le cessionnaire peut et doit poursuivre le recouvrement de la créance absolument comme si le cédant était resté dans les liens de l'obligation, il résulte que le droit aliéné passe à celui qui s'en est rendu acquéreur, avec tous les accessoires qui en assurent le remboursement, tels que cautionnement, privilège et hypothèque.

Cette proposition ne peut être controversée, car elle trouve sa sanction dans plusieurs lois romaines, plus explicites les unes que les autres.

Ulpien s'exprime de la manière suivante à l'occasion de la vente d'une hérédité : *Id inter ementem et vendentem agitur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum fuisset* (1). Paul émet une opinion conforme à celle d'Ulpien, lorsqu'il dit : *Nam bene-*

(1) L. 2, D., 48, 4.

ficium venditoris prodest emptori (1). Enfin, l'empereur Dioclétien ne fait que confirmer, par son autorité, les principes qu'avaient déjà consacrés ces deux jurisconsultes (2).

Mais il ne faudrait pas considérer comme accessoires de la créance, certains privilèges attachés à la personne du cédant, et qui, par suite, ne peuvent en aucune façon être transportés sur la tête du cessionnaire. Ainsi, l'exercice des *beneficia legis*, qui n'ont aucun rapport avec le fond du droit, et qui ne tiennent qu'à une procédure privilégiée, accordée seulement à certaines personnes, est interdit au cessionnaire, qui ne réunit pas les conditions requises par la loi pour l'obtention de ces prérogatives, alors même que le vendeur aurait pu s'en prévaloir. Si ce dernier jouit donc du *privilegium fori*, de la faveur de citer l'obligé devant son propre *forum*, s'il est investi du droit que le jugement où il a été partie n'est pas susceptible d'appel, ou bien encore, s'il est exceptionnellement autorisé à demander caution aux demandeurs : tous ces privilèges de forme, puisqu'ils ne se rattachent pas, ainsi que nous venons de le constater, à la créance, mais à la position personnelle du cédant, ne passent pas à l'acheteur, qui n'a pas été compris par la loi au nombre de ceux qui ont qualité pour les invoquer, et cela, par la raison que bien que le cessionnaire n'utilise que les droits du cédant, il intente cependant l'action en son propre nom, qu'il est demandeur au procès, que c'est à son profit que se prononce la condamnation.

Mais si d'ordinaire une créance passe sur la tête de l'acheteur avec les accessoires dont elle peut être accompagnée, il y a néanmoins des hypothèses où cette règle reçoit des exceptions.

Au commencement de ce paragraphe, nous avons dit que les hypothèques ou privilèges qui assurent le paiement de l'obligation principale, suivent la créance cédée sur la tête de

(1) L. 6, D., 48, 4.

(2) L. 8, C., IV, 39.

l'acheteur. Nous devons ici préciser notre proposition et indiquer les cas où elle est inapplicable. Mais, avant de les énumérer, nous croyons utile, pour l'intelligence même de notre sujet, de donner quelques détails sur les diverses catégories de créanciers que reconnaissait le droit romain.

A Rome, il y avait deux grandes classes de créanciers : les créanciers personnels et les créanciers réels.

Les premiers n'avaient pour obligée que la personne seule du débiteur, ils n'avaient aucun droit acquis sur ses biens. Lorsqu'ils voulaient réaliser leurs prétentions, ils étaient tenus d'agir contre lui au moyen de la *condictio*, action qui, de sa nature, était purement personnelle.

Les seconds, au contraire, n'avaient consenti à traiter avec le débiteur, qu'en vue des biens qui composaient son patrimoine : ils avaient fait entrer la chose, dont il était propriétaire, dans les liens même de l'obligation. Aussi, lorsqu'arrivait l'échéance du contrat, c'est à la chose même qu'ils s'adressaient pour exiger la prestation promise, sans avoir à s'inquiéter si elle appartenait encore au débiteur, où si elle avait passé en des mains étrangères, car le droit dont elle était frappée ne prenait fin qu'avec l'exécution de l'engagement contracté (1).

Il y avait donc deux catégories bien distinctes de créanciers. Dans la première, la législation romaine avait rangé les créanciers purement chirographaires et les créanciers chirographaires privilégiés; dans la seconde, les créanciers hypothécaires simples et les créanciers hypothécaires privilégiés.

Ces nouvelles subdivisions nous obligent à fournir de nouvelles explications.

Le créancier purement personnel ne pouvait poursuivre que la personne seule du débiteur. Le créancier chirographaire privilégié, sans avoir, pas plus que le précédent, un droit acquis

(1) Les principes que nous venons d'exposer, recevraient aussi leur application en droit français. (Loyseau, *Off.*, chap. 8, n° 49.)

sur les biens du débiteur, jouissait néanmoins du *privilegium exigendi*, c'est-à-dire, de la faculté d'être payé de préférence aux autres créanciers chirographaires (1).

Hâtons-nous de dire que telle était, en réalité, la seule faveur que le droit romain avait accordée au privilège qui, regardé toujours comme personnel (2), ne devenait réel qu'autant qu'il était uni à une hypothèque, soit conventionnelle, soit légale (3).

Le privilège personnel était accordé par les lois romaines, soit à cause de la personne du créancier, qui méritait alors une protection particulière, comme le fisc, le pupille, soit à cause de la nature de la dette qui, dans ce cas, était considérée comme extrêmement favorable, par exemple, dans l'hypothèse du privilège concédé à l'occasion d'un prêt fait pour la construction d'un édifice.

Le créancier hypothécaire était celui qui avait fait entrer dans les liens de l'obligation, non-seulement la personne de son débiteur, mais encore la chose dont ce dernier avait la propriété.

Le créancier hypothécaire privilégié était celui qui joignait à un privilège personnel que la loi lui reconnaissait, une hypothèque, soit conventionnelle, soit légale.

Arrêtons-nous : car le cadre de notre travail nous interdit de donner sur cette matière de plus amples développements.

(1) L. 9, C., *qui potiores in pignore*....

(2) Une exception fut cependant introduite en faveur des frais funéraires. Ce privilège, dans le cas même où il n'était pas accompagné d'une hypothèque, soit légale, soit conventionnelle, était considéré comme réel, par le motif qu'il était de l'intérêt public que les corps morts, qui sont des spectacles d'horreur et de corruption, fussent promptement ensevelis. Par leurs exhalaisons, ils auraient pu, en effet, causer de graves maladies contagieuses (L. 45, D., *De religiosis et sumptib. funer.*... Renusson, chap. 3, p. 47, *Traité de la subrogation*).

(3) L. 7, C., *Qui potior in pignor.*; — l. 3, *De reb. eor. qui sub tutelâ*.

Nous en avons assez dit pour l'intelligence de notre sujet ; nous devons laisser de côté beaucoup de questions controversées qui, d'ailleurs, ne pourraient trouver place que dans un traité spécial sur le système hypothécaire, tel qu'il existait en droit romain (1).

Mais, sous le bénéfice des explications que nous venons de présenter, nous devons conclure que la créance cédée passe sur la tête du cessionnaire avec les hypothèques, soit simples, soit privilégiées, qui compétaient au cédant. Ce point n'offre aucune difficulté ; mais, quand on voulait savoir si un *privilegium exigendi* se transmettait avec le droit qui était aliéné, il y avait lieu à distinction. On devait s'enquérir si le privilège personnel avait été concédé, soit en faveur de la personne du créancier, soit en faveur de la *causa debendi* : — Dans le premier cas, l'acheteur ne pouvait s'en prévaloir ; dans le second, au contraire, il était autorisé à l'invoquer (2).

Après avoir indiqué et épuisé les différentes hypothèses dans lesquelles l'acheteur d'une créance peut user des titres accessoires qui lui incombent du chef du cédant, il nous reste à

(1) Le droit romain avait classé, quant au droit de préférence, de la manière suivante les divers créanciers que nous venons de mentionner :

Le créancier à hypothèque privilégiée primait celui qui n'avait qu'une simple hypothèque ; celui-ci était préféré au créancier personnel privilégié, et ce dernier, à son tour, passait avant le créancier purement chirographaire.

Pour régler le concours de plusieurs créanciers à hypothèque simple, on appliquait la règle *qui prior tempore, potior jure*.

Entre privilégiés, soit réels, soit personnels, ce n'était pas la date de la naissance de la convention qui établissait la préférence, c'était la faveur de la cause.

Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si ejusdem fuerint tituli concurrunt, licet diversitas in his fuerit (loi 32, D., De reb. auct. jud. possed.).

Quant aux créanciers purement chirographaires, il se partageaient au marc le franc les biens de leur débiteur.

(2) L. 42, D. 26, 7.

rechercher s'il peut appliquer au droit, dont il s'est rendu acquéreur, les privilèges qui lui sont propres.

Cette question ne peut se résoudre qu'à l'aide de distinctions, et en ayant soin de ne pas confondre les privilèges qui se rapportent au fonds même de la créance, avec ceux qui ne tiennent qu'à la procédure.

1^o Permettre au cessionnaire de se prévaloir des premiers, dont l'origine, bien entendu, lui serait personnelle, ce serait aggraver la position du débiteur cédé, et cela, par un acte auquel ce dernier aurait été complètement étranger. Ajoutons encore à l'appui de cette proposition que, puisqu'il est admis en matière de cession que le débiteur doit se défendre et accomplir son obligation, absolument comme si le créancier primitif était resté en cause, on violerait cette règle, si l'on concédait à l'acheteur la faculté de se servir, soit d'un *privilegium exigendi*, soit d'une hypothèque qui, au lieu de provenir du chef du cédant, lui seraient propres.

2^o Mais du principe que si le cessionnaire invoque le droit d'autrui, il l'exerce cependant pour lui et en son nom, puisqu'il est *procurator in rem suam*, il résulte qu'il incorpore au droit d'agir les privilèges de procédure qui lui sont personnels, dans le cas même où l'exercice de ces *beneficia legis* aurait été refusé au cédant.

II.

Après avoir envisagé comment la créance qui a été l'objet du transport se transfère activement, c'est-à-dire eu égard aux droits que le cessionnaire est autorisé à faire valoir, nous avons à examiner comment elle se transmet passivement, c'est-à-dire quels sont les effets de la cession par rapport aux défenses et exceptions que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire, et que celui-ci doit subir.

Pour répondre à cette question, nous devons encore ici faire appel aux principes qui régissent la cession des droits de

demande. Nous avons reconnu précédemment (1) que l'acquéreur d'une créance n'argue que d'un droit *dérivé*; que, par suite, toutes les exceptions opposables au cédant peuvent l'être au cessionnaire. Si nous appliquons cette règle au cas spécial qui nous occupe, nous devons admettre que puisque l'acheteur ne fait qu'utiliser la créance de son vendeur, celui-ci n'a pu lui transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Le débiteur est donc autorisé à se servir contre l'acquéreur de tous moyens de défense dont il aurait pu se prévaloir contre l'aliénateur.

Après avoir posé ces principes généraux, il ne reste plus qu'à les commenter. Nous envisagerons successivement quelle est l'influence du transport sur les exceptions qui proviennent, soit du cédant, soit du cessionnaire, ou bien enfin du cédé, et dont ce dernier prétend faire usage contre l'acheteur de la créance.

4^o Le cessionnaire n'étant, en réalité, que le mandataire du cédant, doit subir, sans qu'il puisse y avoir le moindre doute, toutes les exceptions qui dérivent *ex personâ cedentis*. Mais, au sujet de ces exceptions, il faut établir une distinction bien caractérisée entre celles qui ont apparu dès la formation du rapport de droit qui a servi de base à la cession, et celles qui n'ont pris naissance que postérieurement à la création de ce même lien contractuel.

Les premières, dites par les commentateurs *exceptiones ex ipsâ nominis causâ descendentes*, sont susceptibles d'être invoquées d'une manière absolue. On comprend, en effet, que la créance, si elle est le résultat du dol, de la violence, de l'erreur, reste affectée du vice de son origine, quoiqu'elle vienne à passer de la tête du créancier primitif sur celle d'un tiers, et que, dans ce cas, le cédé puisse toujours se prévaloir contre le cessionnaire du moyen de défense dont il aurait pu user contre le cédant.

(1) Voir les considérations générales par lesquelles commence notre section deuxième.

Les secondes, au contraire, appelées par les auteurs *exceptiones ex personâ ipsius cedentis descendentes*, sont assujetties, quant à leur exercice, à certaines conditions. Supposons, en effet, que le lien juridique, après avoir été régulièrement constitué, disparaisse à la suite d'un paiement, d'une novation, d'une compensation, d'une transaction, d'un pacte *de non petendo*, en un mot, d'une cause provenant du fait du vendeur.

Dans cette hypothèse, le cédé ne peut opposer au cessionnaire ces divers actes libératoires, qu'autant qu'ils aient été consentis par le cédant, à l'époque où celui-ci était encore investi de la créance, c'est-à-dire, dans le dernier état du droit, pour ne pas remonter au berceau de notre institution, avant la notification du transport; car, à partir de l'accomplissement de cette formalité, rien de ce qui se passe entre le cédant et le débiteur ne regarde plus le cessionnaire, qui, désormais, est seul maître du droit. Quand il s'agit même de l'exception de la compensation dérivant, bien entendu, *ex personâ cedentis*, il ne suffit pas que la cause de cette exception ait été antérieure à la *denuntiatio*, il faut de plus que la compensabilité ait déjà existé lors de la notification du transport; il faut, qu'à cette date, des deux dettes aient déjà été échues et liquides, car il est de principe qu'après cette signification, toute relation de droit disparaît entre le cédant et le débiteur.

Si nous résumons ces explications, nous devons dire que les exceptions qui, du chef du vendeur, incombent au cédé, se divisent en deux catégories bien distinctes. Les premières, dont les causes existent toujours au moment même de la création du droit cédé, sont opposables au cessionnaire d'une manière absolue. Les secondes, au contraire, postérieures toujours à la naissance du droit de demande qui a été l'objet de la cession, mais découlant toutefois, comme les premières, d'un acte personnel au cédant, n'atteignent le cessionnaire qu'autant qu'elles aient apparu à l'époque où la créance reposait encore sur la tête du créancier originaire.

Si l'exception provenant *ex personâ cedentis*, au lieu de tenir au fond du droit, comme nous l'avons jusqu'ici supposé, lui est complètement étrangère, si elle se rapporte seulement à la procédure, il y a alors lieu de faire l'application de principes complètement différents de ceux que nous venons d'exposer. Nous pensons que, dans ce cas, le débiteur n'est recevable à invoquer contre le cessionnaire une semblable exception, qu'autant que les motifs qui la justifient à l'égard du stipulant primitif, résident aussi en la personne de celui qui l'a remplacé dans les liens de l'obligation; et nous nous fondons, pour légitimer cette opinion, sur ce que l'acheteur d'une créance, bien qu'il n'exerce que le droit d'autrui, agit cependant par lui en son propre nom, puisqu'il est devenu, par l'effet même de la cession, *procurator in rem suam*.

Avant de clore ce paragraphe, nous devons porter notre attention sur quelques hypothèses qui nous paraissent offrir matière à discussion.

Demandons-nous d'abord si le débiteur cédé peut faire valoir contre le cessionnaire, toujours du chef du cédant, une demande reconventionnelle, et avant même de répondre à cette question, recherchons ce qu'on entend par demande reconventionnelle. On appelle, dans le langage juridique, demande reconventionnelle, celle que le défendeur introduit de son côté contre le demandeur, et qui diffère de la compensation en ce qu'elle n'est point liquide, mais que le juge, suivant son degré de fondement et de connexité, est autorisé à joindre à la prétention originaire, de manière que la compensation intervienne alors après liquidation et en vertu du jugement qui met fin à l'un et à l'autre litige. La compensation reconventionnelle ne doit pas être confondue avec la compensation ordinaire. Cette dernière, en effet, quoique n'opérant pas *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope*, produit cependant certaines conséquences qui rétroagissent au moment de la coexistence des deux dettes. Ainsi, par exemple, les intérêts ne sont dus que pour le solde, qui serait demeuré à la charge du débiteur, si la com-

pensation avait été effectuée à l'époque de la coexistence des deux dettes (1). Ainsi encore : *si quis compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto* (2). Il est manifeste que ces diverses solutions ne sauraient être applicables à la reconvention.

Ces explications, suffisantes pour l'intelligence de la question que nous nous sommes proposée, nous démontrent d'une manière péremptoire que la demande reconventionnelle n'est, en réalité, qu'une prétention nouvelle, n'ayant aucun rapport direct avec celle qui a été l'objet du procès originaire. Nous devons donc reconnaître qu'elle n'est pas susceptible d'être invoquée contre le cessionnaire, puisque celui-ci, ne succédant pas dans tous les droits et obligations qui peuvent exister entre le débiteur cédé et le cédant, n'étant pas, en un mot, le continuateur de la personne de ce dernier, n'est tenu de subir, en sa qualité de simple successeur à titre singulier, que les exceptions qui se rattachent à la créance dont il a été investi par l'effet du contrat.

La logique de cette règle est évidente. On prétend, néanmoins, qu'elle souffre une exception qui serait consacrée par la loi 34 (D., 3, 3), ainsi conçue :

« *Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis; an debeat invicem venditorem defendere? et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere.* »

Au premier abord il semblerait, en effet, résulter de ce texte que, dans le cas prévu par le jurisconsulte, le cessionnaire est obligé de répondre à la demande reconventionnelle qui est dirigée contre lui. Mais il est facile de voir que ce n'est pas une décision d'espèce que formule Gaius, mais bien une règle générale, et que s'il parle de l'*emptor hereditatis*,

(1) L. 44, D., liv. xvi, t. 2, *De compensat.*

(2) L. 40, D., *eod. titulo.*

ce n'est qu'à titre d'exemple. Sous le bénéfice de cette observation, ajoutons que si le sens de la loi 34 est tel qu'on le dit souvent (1), il faudrait en déduire que, dans toutes les hypothèses, le cessionnaire serait passible de la reconvention, ce qui détruirait la théorie admise en notre matière. Telle ne peut donc pas être la signification de ce passage, et, pour en déterminer la véritable portée, on doit tenir compte du paragraphe 5 (loi 33, D., eod. t.) qui le précède immédiatement et qui appartient à Ulpien :

« *Si quis in rem suam procurator interveniat; adhuc erit dicendum, debere eum defendere: nisi forte ex necessitate fuerit factus* (2). »

Ce texte veut dire qu'en général le *procurator in rem suam* est obligé de répondre aux demandes reconventionnelles, invoquées du chef du mandant, excepté, toutefois, lorsque le demandeur a été constitué mandataire *in rem suam*, parce qu'alors le créancier originaire est juridiquement tenu de lui transférer ses actions : *nisi forte ex necessitate fuerit factus*.

Mais dans quels cas y a-t-il nécessité juridique de transférer les actions ? Précisément lorsqu'il s'agit d'une *venditio nominis*.

Nous avons vu, en effet, que dans le transfert le vendeur de la créance doit transmettre ses actions au moyen d'un mandat, et que c'est pour mettre l'acquéreur à l'abri de la morosité du cédant, qu'on lui a accordé, *de plano*, les actions *utiles*.

L'économie des deux textes que nous venons d'analyser, peut donc se résumer de la manière suivante :

Le *procurator in rem suam*, c'est-à-dire, le cessionnaire, qui a acquis la créance à titre onéreux, et qui, par suite, avait le droit d'exiger la dation des actions, n'est pas obligé de subir les demandes reconventionnelles. — Le *procurator in rem suam*, qui a été ainsi constitué à titre gratuit par le

(1) V. Molitor, tome III, page 490.

(2) L. 33, D., 3, 3.

créancier primitif (*nullo jure cogente*), est tenu de répondre aux demandes reconventionnelles, par le motif que cette cession a pu être effectuée par le cédant dans le but de porter préjudice aux droits de ses créanciers.

Cette interprétation, présentée par Cujas et acceptée par Pothier, est tout-à-fait en harmonie avec les principes généraux.

Nous ne pouvons passer sous silence, sans la réfuter, une opinion qui a eu de nombreux partisans. Certains jurisconsultes soutiennent que le pacte *de non petendo* consenti par le cédant en faveur du cédé, n'est pas susceptible d'être invoqué contre le cessionnaire lorsqu'il est *personnel*. Nous ne saurions partager cette doctrine, car elle aboutirait, suivant nous, à des conséquences directement contraires à l'équité et à la foi des contrats. En effet, si le cédé était, dans ce cas, non recevable à se servir contre le cessionnaire de l'exception née du pacte *de non petendo*, le créancier qui aujourd'hui aurait dit : *a te non petam*, n'aurait qu'à aliéner sa créance pour se soustraire complètement à l'effet de sa promesse. N'est-il pas, d'ailleurs, hors de doute que l'acheteur d'un droit de demande n'agit pas *ex proprio jure*, qu'il ne fait pas valoir sa créance, mais bien celle de son cédant ? Il est donc incontestable que le rapport juridique doit à son égard demeurer limité, comme il le serait vis-à-vis du vendeur, si celui-ci était encore en cause. Il faut cependant admettre cette réserve, que lorsque le cédant s'est engagé à ne rien réclamer personnellement du débiteur, cette exception ne peut être invoquée contre le cessionnaire que tant que son auteur sera vivant, mais non après sa mort. A partir de ce moment, l'acheteur pourra poursuivre le remboursement de la créance, puisque l'exception, qui paralysait sa liberté d'action, aura cessé d'exister.

2^o Les exceptions dites *ex personâ cedentis* ne sont pas les seules dont le cédé puisse se prévaloir contre le cessionnaire, il est encore autorisé à se servir de celles que les com-

mentateurs appellent : *Exceptiones ex personâ cessionarii descendentes*.

L'acheteur d'un droit de demande, puisqu'il est entré dans les liens de l'obligation, a pu faire des actes que le débiteur sera recevable à lui opposer. Supposons, par exemple, qu'il ait consenti un pacte *de non petendo*, qu'il ait souscrit à une transaction : le cédé sera alors admis à invoquer contre lui ces évènements libératoires qui éteignent la créance *per exceptionem*, et à plus forte raison pourra-t-il user, le cas échéant, de tout acte qui anéantit le droit aliéné *ipso jure*, tel qu'un paiement, qu'une novation, etc...

Il n'y a pas même lieu à distinguer ici, comme nous l'avons fait dans le paragraphe précédent, si ces exceptions ont une cause antérieure ou postérieure à la *denunciatio*; dans l'une comme dans l'autre hypothèse, elles sont de nature à être utilisées, car il peut fort bien arriver que les parties n'aient agi que dans la prévision du transfert qui allait avoir lieu.

Pour compléter ces explications, nous devons ajouter que le débiteur est aussi autorisé à employer contre le cessionnaire, comme le peut d'ailleurs tout défendeur contre tout demandeur, les exceptions qui se rattachent *ad legitimationem causæ* : c'est-à-dire, aux qualités du demandeur. Ainsi donc, le promettant est parfaitement en droit de contester le titre de l'acheteur du *nomen* : ce qui obligera ce dernier à établir qu'il agit en vertu d'un transport qui lui a été légalement consenti par le créancier originaire, ou bien à prouver l'existence de la *venditio nominis*, qui lui donne le droit d'exercer *utiliter*, sans mandat formel, les actions attachées à la créance cédée.

3^o Arrivons aux exceptions que les auteurs appellent : *exceptiones ex personâ ipsius debitoris descendentes*. Cette nouvelle catégorie comprend toutes celles qui sont concédées au débiteur, à raison de sa position personnelle, telle que le délai de grâce, le bénéfice de compétence, etc.... Si

nous ne perdons pas de vue qu'il est de principe, en matière de cession, que le cédé conserve la faculté de se défendre et d'accomplir son obligation, absolument comme si le créancier primitif était encore en cause, nous devons déclarer, sans la moindre hésitation, que le transfert n'influe nullement sur ces exceptions, le cédé peut les invoquer contre le cessionnaire, puisque celui-ci n'est, en réalité, que le *procurator* du cédant.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si le cédé peut opposer au cessionnaire le *beneficium competentie* d'une manière absolue, ou s'il ne peut s'en servir contre l'acquéreur qu'autant qu'il se trouve avec ce dernier dans les mêmes relations juridiques qu'il était avec le cédant. Molitor (1) se prononce pour la première opinion, Mulhembrüch pour la seconde. Nous sommes de l'avis de ce dernier jurisconsulte.

Il importe, en effet, de bien se pénétrer de la manière dont le bénéfice de compétence pouvait être demandé dans la procédure romaine. Ce privilège (on le sait) se présentait sous la forme d'une exception; mais la restriction dérivant de cette exception, portait non pas sur l'*intentio* conçue au nom du cédant, mais sur la *condemnatio*, conçue au nom du cessionnaire. Il fallait donc, ce semble, tenir compte uniquement de la personne de ce dernier pour connaître si le débiteur, qui aurait pu se prévaloir du *beneficium competentie* contre l'aliénateur, continuait à en jouir à l'égard du nouveau créancier; et c'est certainement cette considération qui a conduit Mulhembrüch à soutenir que le cédé, investi de ce droit vis-à-vis du vendeur, ne peut le faire valoir à l'égard de l'acheteur, qu'autant qu'il se trouve avec ce dernier dans les mêmes rapports qu'il était avec le cédant. Cette décision a paru à Molitor manifestement contraire à l'équité. Il suffirait, en effet, objecte ce jurisconsulte, que le créancier primitif passible d'une pareille exception, transmet son droit à un tiers, pour enlever au débiteur la faculté d'en faire usage. Il est évident qu'un pareil

(1) Molitor, t. III, p. 476.

système semble au premier abord peu logique. Cependant, si l'on réfléchit que par l'effet de la cession le cédé, qui n'avait pas le *beneficium competentie*, peut être inopinément investi du droit de l'invoquer, il ne sera pas surprenant qu'il soit privé de cette faveur, par une sorte de compensation, lorsqu'il la possédait déjà.

Il ne faut pas, en effet, oublier que ce privilège est accordé au débiteur tantôt d'une manière *absolue*, tantôt d'une manière purement *relative*. Ainsi, il est notamment concédé au donateur contre le donataire. Supposons que celui-ci acquière par voie de transfert une créance dont le donateur est tenu. Ce dernier, qui n'aurait pas pu opposer le *beneficium competentie* au stipulant primitif, pourra s'en servir contre le cessionnaire. Mais si, au contraire, à la place d'un donateur nous mettons un associé, le bénéfice de compétence est ici uniquement accordé d'une manière relative. On conçoit qu'alors il ne puisse pas être utilisé par le débiteur contre le cessionnaire, et cette doctrine a pour avantage de cadrer complètement avec le système formulaire. Il serait, en effet, difficile de comprendre comment le *Judex* pourrait, sous cette période législative, tenir compte d'une exception inscrite dans la *condemnatio* du chef du cédant, alors que cette partie de la formule lui commande de n'envisager que la personne du cessionnaire.

La solution qui refuse au débiteur, dans certains cas donnés, de se prévaloir du bénéfice de compétence qui aurait pu être invoqué contre le créancier originaire, ne peut pas non plus, quoi qu'en dise Molitor, être considéré comme empiétant la position du cédé, en ce qui touche le fond même du droit. Le débiteur, en effet, dans les hypothèses même où il lui est possible d'opposer ce privilège, ne reste pas moins soumis aux liens de l'obligation, qui n'est, à son égard, diminuée en aucune façon. Ce droit ne constitue donc pas un moyen de défense; ce n'est même pas une exception proprement dite, et c'est précisément pour ce motif qu'il ne figure pas dans l'*intentio* de la formule. Il est donc hors de doute

que l'on ne restreint pas le droit véritable du cédé en ne lui reconnaissant pas, dans certains cas, le *beneficium competentie*.

Mais il n'en est pas de même des exceptions proprement dites. Le transfert, comme nous l'avons fait observer précédemment, ne peut limiter la faculté, qui incombe au promettant, de répondre au cessionnaire par tous les moyens de défense qui seraient de nature à être employés contre le vendeur. Quelques difficultés se sont cependant élevées au sujet de l'*exceptio doli*. On a prétendu que le cédé ne pouvait pas opposer à l'acheteur le dol du vendeur, et, à l'appui de cette théorie, on a cité la loi 4, § 27 et 28 (1). Dans le § 27, Ulpien s'exprime de la manière suivante :

« *De auctoris dolo exceptio emptori non objicitur. Si autem accessione auctoris utitur, æquissimum visum est, eum qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris...* »

Ce passage démontre, au contraire, que le débiteur peut se prévaloir du dol du cédant. Il en résulte, en effet, que lorsque l'acheteur n'invoque pas les droits ou la possession de son auteur, on ne peut l'obliger à subir le dol de ce dernier, mais qu'on peut l'en rendre responsable, lorsqu'il se base sur les droits de celui auquel il a succédé. Or, en matière de transfert, le cessionnaire, agissant toujours comme *procurator*, exerce nécessairement les droits de son auteur.

Le § 28 (2) paraît, au premier abord, moins facile à expliquer. Il est ainsi conçu :

« *Si cum legitima hereditas Gaii Scii ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum ne adeam hereditatem; et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto; isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, non potest pati.* »

(1) D. 44, 4.

(2) L. 4, § 28, D. 44, 4.

Cette décision semble, à la première vue, injustifiable. Comment, en effet, ne pourrais-je pas, dans l'espèce supposée par Ulpien, objecter au cessionnaire le dol du cédant qui m'a dépouillé, alors que l'acheteur a été, par ce même acte illicite, investi du droit qu'il vient aujourd'hui diriger contre moi? Certains auteurs ont dit, pour légitimer la solution présentée par le jurisconsulte romain, qu'il suffisait de lire ce texte avec attention pour se convaincre qu'il s'y agit de la cession, non pas d'une action, c'est-à-dire d'un droit existant entre deux personnes déterminées, mais d'un droit d'hérédité qui existe vis-à-vis de tout le monde, et revêt, sous ce rapport, un caractère aussi absolu que le *dominium*; c'est là une erreur. Il ne s'agit, dans l'espèce précitée, ni d'une cession de créance, ni d'une cession d'un droit absolu. Il s'agit tout simplement du transfert régulier sur la tête d'un tiers, au moyen de l'*in jure cessio*, de la qualité d'héritier légitime. Le dol pratiqué par l'*heres legitimus* le soumet personnellement à une action, mais ne peut influencer sur la régularité de l'*in jure cessio* par lui consentie à un tiers.

Si, en règle générale, le débiteur cédé est autorisé à se servir, à l'égard du cessionnaire, de toutes les exceptions dont il eut pu faire usage contre le cédant, de son côté, l'acheteur de la créance a la libre faculté d'user :

1^o De toutes les répliques dont son auteur eut été en droit de se prévaloir contre le cédé. Supposons, par exemple, qu'une première convention, par laquelle il est convenu que le créancier n'exigera rien du débiteur, soit suivie d'une seconde qui détruit complètement la promesse antérieure : dans cette hypothèse, le cessionnaire, si le débiteur lui oppose *ex personâ cedentis* l'exception de dol tirée du pacte de *non petendo*, répliquera par celle provenant du pacte *ut petatur*, et qui a pris naissance, comme la précédente, en la personne du cédant (4).

(4) L. 37, D. 2, 14.

2^o L'acheteur peut aussi employer les répliques qui se rattachent aux exceptions dites *ex personâ cessionarii descendentes*.

3^o Le cessionnaire est encore en droit d'opposer au débiteur toutes les répliques dont il pourrait, d'ailleurs, se prévaloir contre tout défendeur. Par exemple, s'il jouit du *privilegium fori*, et que le cédé excipât de ce que le juge devant lequel il est appelé n'est pas celui de son domicile, il pourrait répliquer par son privilège à l'exception proposée par le débiteur, au sujet de l'incompétence du tribunal.

Après avoir envisagé successivement les exceptions dérivant, soit de la personne du cédant, soit de celle du cessionnaire ou même du débiteur, il nous reste à traiter d'un moyen de défense que le cédé puise dans la cession. Nous voulons parler de l'*exceptio doli legis Anastasie*.

Conformément à une constitution de l'empereur Anastase, le cessionnaire, lorsque le transfert s'était effectué à titre de vente, ne pouvait demander au cédé une somme supérieure à celle qu'il avait comptée pour l'acquisition de la créance. Le débiteur était autorisé à opérer le rachat du droit de demande, en remboursant à l'acheteur le prix réellement déboursé. La différence entre le prix payé et le montant intégral de la créance, constituait une sorte de *lucrum cessans* pour le cessionnaire, et un bénéfice pour le cédé.

La loi *Per diversas* (1), qui contient cette constitution, avait pour but d'éviter que des agents d'affaires ou de mauvais légistes ne trafiquassent sur des prétentions incertaines, et ne parvinssent, en leur qualité de cessionnaires, à inquiéter les débiteurs et à leur arracher, par leurs vexations, des transactions où l'esprit de la chicane devait toujours triompher de la bonne foi et de l'ignorance.

Il est utile d'avoir sous les yeux les dispositions principales de la loi 22, puisqu'elle est la source du nouveau privilège que le cédé peut opposer au cessionnaire :

(1) L. 22, C., iv, 35.

Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi prope-rare (1), hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere : cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua vindicare, quàm ad alios ea transferre velle.

Per hanc itaque legem, jubemus in posterum hujusmodi conamen inhâeri : nec enim dubium est, redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt : « Ità tamen, ut si quis datis pecuniis » hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantum- » modo solutarum pecuniarum quantitatem, et, usura- » rum ejus, actiones exercere permittatur, licet instru- » mento cessionis, venditionis nomen insertum sit..... »

Par les lois 23 et 24 (2), Justinien ne fait que confirmer et même compléter la constitution d'Anastase, qu'il appelle *Jus-tissima constitutio*.

Si l'on examine les divers textes que nous venons de citer, on s'aperçoit de suite qu'ils sont entièrement conçus dans l'intérêt du débiteur. C'est pourquoi, bien qu'ils ne proclament pas en termes formels que la différence entre le prix de cession et le montant intégral de la créance profite au cédé, bien que la loi 23 ne s'occupe que de ventes déguisées en partie sous la forme de donations, il ne faut pas moins reconnaître que, dans toutes les hypothèses où le cessionnaire a compté une somme inférieure à la quotité de la dette, le cédé bénéficie de cet excédant. Nos trois textes n'ont été édictés que dans le but de protéger le débiteur. Cette pensée doit partout suppléer à la lettre.

L'empereur Anastase n'avait accordé le privilège de *exceptio doli legis Anastasiæ*, que pour le cas où la créance

(1) Cujas voudrait *præparare*. (Obs. 16, 24).

(2) C., IV, 35.

viendrait à être, de la part du titulaire, l'objet d'un transport-cession. Mais il paraît qu'au temps de Justinien on était parvenu à éluder les prescriptions de la loi 22, au moyen de donations simulées, c'est-à-dire en transmettant au cessionnaire partie du droit aliéné à titre de vente, partie à titre de libéralité. La loi 23, dont Justinien est l'auteur, fut destinée à mettre un terme à ce détour. Pour prévenir ces abus, elle décréta qu'en pareille hypothèse la créance ne devait pas s'évaluer dans la proportion de la partie vendue, mais que le cessionnaire ne pouvait exiger du débiteur, pour tout paiement, que la somme qu'il avait versée entre les mains du cédant, de manière, dit le rédacteur de la loi, que la partie de la créance, transférée à titre gratuit, ne profitât ni au vendeur, ni au cessionnaire : disposition prise, d'ailleurs, comme on le voit, dans l'esprit de la loi 22.

Le résumé des explications que nous venons de présenter, nous amène donc à reconnaître que l'*exceptio doli legis Anastasie*, permet au débiteur de pouvoir se libérer à l'égard du cessionnaire, en lui remboursant, non le prix fictif déclaré dans le contrat, mais la somme d'argent réellement déboursée pour l'acquisition du droit de demande.

La créance est alors éteinte d'une manière *absolue* ; il n'y a pas même d'obligation naturelle imposée au cédé pour la portion de la dette, dont ce dernier bénéficie en vertu de la constitution d'Anastase. Les termes employés par le législateur dans les trois textes que nous commentons, ne laissent aucun doute à ce sujet. Il ne s'est pas, en effet, borné à paralyser l'action du cessionnaire, il l'a frappé de réprobation pour tout ce qui excède le prix réel du transport, et s'il a agi de la sorte, c'est qu'il a considéré le commerce des créances comme extrêmement dangereux.

Nous devons rechercher maintenant à qui incombe la charge d'établir le *quantum* du prix que le cessionnaire a payé pour devenir propriétaire de la créance. Est-ce au débiteur ou bien

à l'acheteur à administrer cette preuve ? Cette question est controversée. Si la preuve reste au compte du cessionnaire, l'*exceptio doli legis Anastasie* n'est pas alors une véritable exception. Semblable à l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, elle constitue un moyen de procédure destiné à rejeter sur le demandeur le fardeau de la preuve.

On adopte assez généralement cette dernière opinion, par la raison que le texte et le but de la constitution d'Anastase, semblent imposer au demandeur l'obligation de prouver qu'il a le droit d'exiger le paiement entier de la créance aliénée.

Mais le texte précité de cette constitution (loi 22, eod. tit.), n'est rien moins que concluant en faveur de la doctrine que nous venons de mentionner, et ceux qui la proclament ne font pas attention qu'ils détruisent tout leur système, en admettant que le demandeur satisfait à cette prétendue obligation de prouver le *quantum* de la somme payée en produisant son titre de cession, sauf au cédé à en contester la sincérité, s'il le juge convenable. L'application exacte des vrais principes nous conduit, au contraire, à accepter la solution opposée. De deux choses l'une, en effet : ou bien le cessionnaire exercera *procuratorio nomine* l'action directe, ou bien il intentera, *de plano*, l'action *utile*; mais, dans tous les cas, cette action doit avoir la même étendue que si elle était mise en mouvement par le créancier originaire. La constitution d'Anastase a eu simplement pour but de restreindre la portée de cette action, mais seulement lorsque le débiteur a fait appel au secours qui lui est accordé par la loi *Per diversas* (1). Cette restriction n'opère donc jamais de plein droit, il faut que le cédé en demande le bénéfice : c'est donc sous la forme d'une véritable exception que le *beneficium legis Anastasie* doit être appliqué. Or, les principes généraux en matière d'exception, obligent le défendeur à prouver le fondement juridique de l'exception par lui allégué. Pour qu'il en fût autrement,

(1) L. 22, C., iv, 35

il devrait y avoir une disposition formelle, qui dans l'espèce fait défaut, car le passage précité ne peut être considéré comme tel. Ce texte contient seulement la mention de cette nouvelle règle, que l'action du cessionnaire sera désormais limitée à la somme par lui déboursée, quand bien même l'acte de cession contiendrait la mention expresse que le transfert a été effectué à titre de vente : *licet instrumento cessionis, venditionis nomen insertum sit*; et voici quel est le véritable sens de cette dernière disposition : Aucune difficulté ne pouvait s'élever sur l'application de la constitution d'Anastase, quand il s'agissait d'un transport ayant tout simplement le caractère d'un placement de fonds que voulait réaliser le cessionnaire. Dans cette hypothèse, et même dans quelques autres, il était rationnel de restreindre à la somme réellement payée les effets de l'action cédée. Mais il pouvait y avoir doute, lorsque le contrat intervenu entre le cédant et le cessionnaire était une véritable vente de la créance (*emptio, venditio nominis*).

Tout achat, en effet, d'un objet qu'on a l'intention d'aliéner ensuite à titre onéreux, contient nécessairement une certaine *alea*, l'acheteur acquiert la créance pour ce qu'elle vaut au moment de la cession; il a l'espoir de recueillir un certain bénéfice, parfaitement légitime, ou bien il court la chance d'éprouver une perte, si la valeur qui rentre dans son patrimoine vient à se déprécier. Il pouvait donc y avoir doute, jusqu'à un certain point, sur la question de savoir si la constitution d'Anastase s'étendrait aux transferts déclarés faits en exécution d'un contrat de vente. Le texte, que nous avons reproduit, lève toute difficulté, en consacrant l'affirmative.

Il faut donc reconnaître que la constitution d'Anastase s'applique non-seulement aux cessionnaires qui sont devenus titulaires du droit dans le but unique de spéculer sur la position difficile des débiteurs obérés et des créanciers gênés, mais même aux acheteurs sérieux, qui sans vouloir profiter ni bénéficier sur personne, se rendent loyalement acquéreurs d'une créance.

L'*exceptio doli legis Anastasiæ* est opposable, comme nous venons de le constater, dans toute vente de créance, soit réelle, soit simulée. Elle ne peut donc pas être accordée :

1^o Au cas où le droit a été transmis à tout autre titre (échange, donation sincère, etc.....);

2^o Au cas où des cohéritiers ou colégataires ont consenti à une *venditio nominis* pour faciliter un partage;

3^o Au cas où un créancier acquiert de son débiteur une créance *ex solutionis causâ*.

Nous ferons toutefois une observation au sujet de cette nouvelle dérogation à la règle générale.

On admet, en effet, que la dation en paiement, faite d'une *species pro pecuniâ*, *vicem venditionis obtinet* (1). Il résulte donc de ce texte, que si le créancier d'une somme d'argent a accepté en paiement le transfert d'une créance appartenant à son débiteur, il est réputé avoir acheté le *nomen*. Comment se fait-il alors qu'il ait été mis à l'abri de l'*exceptio doli legis Anastasiæ*? C'est que dans cette hypothèse, comme dans les précédentes, il est manifeste que c'est pour être payé de ce qui lui était dû, et pas du tout pour acheter réellement le droit de demande, qu'il est devenu cessionnaire. On pourra bien le considérer comme un acheteur, lorsqu'il s'agira, par exemple, d'établir les bases de la garantie qui lui est due par le cédant, mais non pas au point de vue spécial qui nous occupe. Il pourra donc poursuivre le recouvrement de la créance cédée, quand même le *nomen* serait supérieur à la dette dont le cédant était tenu envers lui, sauf, bien entendu, dans cette hypothèse, comme dans les autres, le cas de dol.

4^o Il faut établir une nouvelle exception au sujet du possesseur d'un objet hypothéqué pour la sûreté d'une obligation, qui acquiert la créance afin de s'assurer la possession de la chose grevée de ce droit réel;

5^o Ajoutons encore que la loi *Per diversas* ne produit au-

(1) L. 4, C., *De evict.*

cun effet à l'égard des créances qui sont vendues comme composant une *universitas*, une succession, par exemple; car, en pareil cas, il y a impossibilité de fixer le prix réel du droit qui a servi de base au contrat;

6° Il est presque superflu de dire que le privilège consacré par les lois 22, 23 et 24 (1), n'atteint pas les créances litigieuses, puisqu'à Rome le transfert de ces droits de demande était frappé d'une nullité absolue (2).

Nous verrons, quand nous nous occuperons du droit français, si le point de vue où s'était placé l'empereur Anastase, a déterminé le législateur moderne dans les restrictions qu'il a apportées aux droits du cessionnaire.

SECTION TROISIÈME.

Des effets du transport-cession à l'égard des tiers.

La cession par elle-même n'établit de rapports qu'entre le cédant et le cessionnaire, c'est-à-dire qu'entre les parties contractantes. Elle n'apporte aucune modification à la position des tiers. Ceux-ci, en effet, n'ayant pas eu part au transfert, ne peuvent subir les conséquences d'un acte auquel ils ont été complètement étrangers :

Res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest (3).

Par tiers, nous comprenons ici toute personne autre que le cédant et le cessionnaire. Nous nous bornerons à envisager les effets du contrat à l'égard des créanciers du cédant, puisque nous avons déjà examiné quelle était, vis-à-vis du cédé, l'influence de la cession (4).

(1) C., IV, 35.

(2) L. 2, C., *De litigiosis*.

(3) L. 73, § 4, D. 50, 17; l. 2, D. 2, 14; l. 1, § 2, D. 18, 1; — *Tit.*, C. 7, 60; l. 3, C. 4, 42.

(4) Voir notre chapitre 1^{er}.

Sous la période des *legis actiones*, le transfert était opposable aux créanciers de l'aliénateur, dès que le *nomen* avait passé, par suite de la novation, de la tête du stipulant primitif sur celle d'un tiers. Dans cette hypothèse, le droit était en effet sorti du patrimoine du vendeur pour entrer dans celui de l'acheteur. Les créanciers du cédant ne pouvaient donc s'emparer des avantages de la créance et se les attribuer, au marc le franc, avec le cessionnaire, puisque leur auteur avait cessé d'en être titulaire. Mais, jusqu'au moment de la novation, le droit, puisqu'il reposait encore sur la tête du vendeur, servait de gage à ses créanciers, qui pouvaient s'en partager les bénéfices au marc le franc avec l'acheteur. Celui-ci n'avait sur l'objet aliéné aucune cause de préférence; il était seulement compris au nombre des créanciers du cédant, du chef du prix de cession qu'il lui avait compté.

Sous le système formulaire, la cession n'était jamais opposable aux créanciers de l'aliénateur. Le cessionnaire n'était, en effet, sous cette nouvelle période, que le *procurator* du vendeur. Celui-ci restait, jusqu'à l'extinction du titre, investi *erga alios* de la créance qui avait été la base du transport. Ce qui le prouve d'ailleurs d'une manière péremptoire, c'est la rédaction même de la formule. Il est vrai qu'à partir de la *litis contestatio*, le cédé ne pouvait plus se libérer entre les mains du cédant; mais ce principe, complètement personnel au débiteur, était sans effet par rapport aux créanciers du vendeur.

Si nous avons reconnu, dans l'hypothèse précédente, qu'à partir de la délégation les créanciers du cédant sont tenus de respecter le transfert, c'est que nous avons admis que la novation éteignant la créance à l'égard du vendeur la faisait passer sur la tête du cessionnaire, et que les créanciers, à raison même de cette mutation, ne pouvaient exercer leurs droits sur une chose qui n'était plus comprise dans le patrimoine de leur auteur. Mais ici tel n'est pas le cas. La *litis contestatio* n'absorbe nullement le *nomen*, et l'acheteur, qui agit *procu-*

ratorio nomine, en devient si peu propriétaire, qu'il doit fournir la caution *ratam rem dominum habiturum*, afin de garantir le débiteur contre une nouvelle poursuite de la part du créancier (1).

A l'époque où le transfert d'un droit de demande s'effectuait par la voie du mandat, la créance continuait donc toujours, nonobstant la cession, de reposer sur la tête du cédant. L'exercice du droit était seulement abandonné au cessionnaire, qui n'était, à l'égard des tiers, qu'un simple mandataire. Sa qualité de *procurator in rem suam* ne dominait que les relations qui existaient entre lui et le créancier originaire.

Puisque l'objet du contrat restait dans le patrimoine du vendeur, il était donc le gage de ses créanciers. Qu'on ne dise pas que la *litis contestatio*, de même qu'elle empêche le cédé de se libérer entre les mains du stipulant primitif, a aussi pour effet d'investir l'acheteur de la propriété du *nomen*; ce serait confondre la novation judiciaire avec la novation volontaire, alors que les principes résistent à une semblable assimilation (2).

Ce que nous venons de dire sur le système formulaire, nous devons l'appliquer à la législation qu'introduisirent les constitutions impériales.

Si, dans ce dernier état du droit, les actions *utiles* remplacèrent les actions dirigées sous la période intermédiaire, *procuratorio nomine*, il est manifeste que, malgré les modifications apportées par les empereurs au mode primitif d'opérer le transport-cession, le cédant restait toujours investi de la créance cédée, et que, par suite, ses créanciers pouvaient venir, au marc le franc, prendre part aux bénéfices que produisait le *nomen*.

La *denuntiatio*, qui était alors employée pour lier le débiteur au transfert des droits de demande, n'avait pas, dans la

(1) Gaius, C. iv, 98.

(2) L. 29, D. 46, 2; l. 86, D. 50, 17; *Frag. Vatic.*, § 263.

législation romaine, pour conséquence de rendre le contrat opposable à toute personne intéressée. Ses effets étaient entièrement limités au cédé.

Le cessionnaire, devenu autant que possible maître absolu de la créance, peut en disposer à son tour par une nouvelle cession. Il faudra alors étendre à cette seconde opération, les mêmes principes qu'à la première. En conséquence, sous le premier état du droit, la créance existant au profit de l'acquéreur, constituant un *nomen* à lui propre, tout-à-fait distinct de l'obligation primitive, était susceptible de devenir, de la part du cessionnaire, l'objet d'une nouvelle aliénation. La circonstance que l'acheteur n'avait dû son titre de créancier qu'à un traité spécial consenti par le cédant, n'était pas de nature à exercer sur la position du cessionnaire la moindre influence. Celui-ci disposait, en un mot, d'un droit qui était sa propriété. Mais il n'en fut plus de même lorsqu'il y eut possibilité de rendre la cession efficace au moyen de la *procuratio ad litem*. Le cessionnaire, agissant alors comme *procurator in rem suam*, n'aurait pu, à l'origine, transporter directement à autrui le mandat qu'il avait reçu. Mais le pouvoir de se substituer un mandataire fut bientôt implicitement contenu dans le mandat *in rem suam*. Enfin, le régime des actions utiles leva toute difficulté, et, dès ce moment, il fut aussi facile de commercer avec les créances qu'avec les objets corporels. Lorsqu'il y avait conflit entre le créancier originaire voulant exercer l'action directe et le cessionnaire voulant intenter l'action utile, la préférence était (on le sait) naturellement donnée à ce dernier (1). Par les mêmes motifs, entre deux cessionnaires successifs, le dernier avait toujours le pas sur l'autre.

Enfin, les principes relatifs à la *denuntiatio* sont pareillement applicables au second acheteur.

(1) L. 53, D., *De procurat.*, 3, 3.

Mais qu'arrivera-t-il si le créancier originaire a successivement cédé la même créance à plusieurs. Il est certain que, sans se préoccuper de la date de ces divers transports, le paiement fait à l'un des cessionnaires sera opposable aux autres, qui n'auront pas notifié la cession au débiteur cédé. Dans le cas de *denuntiatio*, la préférence appartenait à celui de qui elle émane.

Tels sont les principes généraux qui régissent le transport-cession des créances en droit romain. Nous verrons bientôt que la plupart de ces principes font encore la base du droit moderne, et que la législation actuelle n'a subi que d'une manière assez restreinte l'influence du droit coutumier.

DROIT FRANÇAIS.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Le droit français, moins rigoriste, mais parfois aussi moins logique que le droit romain, a admis sans difficulté la cession des créances. Sous notre législation, les choses incorporelles sont directement aliénables, de même que le droit de propriété, et, comme lui, susceptibles de passer, par l'effet d'une vente ordinaire, d'une personne à une autre.

Si le Code Napoléon a rejeté le rigorisme des lois romaines, il a du moins conservé les principes qu'il consacrait. S'il n'exige plus aujourd'hui, comme au temps du système formulaire, que le cédant constitue l'acheteur pour son mandataire (4), il reconnaît néanmoins que ce nouveau créancier n'argue que d'un droit *dérivé*; que, par suite, toutes les exceptions, opposables au vendeur, peuvent l'être au cessionnaire.

Il reconnaît aussi que la cession, s'effectuant sans le concours du débiteur, est, à son égard, *res inter alios acta*, en ce sens qu'il ne peut voir sa position aggravée par un acte auquel il a été complètement étranger; que, par conséquent, il doit être autorisé à se défendre et à accomplir son obligation, absolument comme si le créancier primitif était personnellement en cause.

Le droit français a encore compris, comme jadis l'avaient proclamé les jurisconsultes romains, que s'il est vrai, qu'en principe, la créance aliénée soit réputée avoir, à l'égard du

(4) Cependant le Code Napoléon a oublié, dans l'art. 4303, la doctrine moderne pour s'en tenir à l'antique procédé romain. Mais ce texte, n'ayant d'ailleurs aucune espèce de signification en présence de l'art. 4438, ne doit pas être observé.

cessionnaire, la même nature et les mêmes qualités qu'à l'égard du cédant, cette fiction ne va pas cependant jusqu'à effacer dans la personne du créancier actuel les privilèges qui lui sont propres. Or, ces privilèges, dont il faut absolument tenir compte, établissent entre lui et le promettant des rapports nouveaux, dont l'effet est de modifier, dans une certaine limite, sinon le droit cédé, envisagé d'une manière abstraite, du moins son exercice. Ainsi, un mineur succède-t-il à un créancier majeur, ou un majeur à un créancier mineur, la prescription sera suspendue ou reprendra son cours (1).

Supposons encore qu'une créance soit garantie par un droit de contrainte par corps, cette prérogative disparaîtra, si celui qui occupe la place du créancier originaire se trouve être avec le débiteur dans des rapports de parenté qui s'opposent à l'exercice de ce moyen coercitif. Mais comme les liens du sang constituent un obstacle à la contrainte par corps, plutôt qu'ils n'entraînent déchéance du droit même, il en résulte que cette voie d'exécution pourrait être utilisée de nouveau au profit d'un troisième cessionnaire, qui ne serait plus dans les mêmes relations de parenté avec le cédé (2).

Une créance peut être transférée de plusieurs manières : elle peut être l'objet, soit d'un transport-cession, soit d'une simple délégation, ou bien d'une délégation parfaite, ou d'une subrogation.

Ces divers modes de transmission, quoique différents les uns des autres, ont néanmoins entre eux un point de contact, en ce qu'on y voit toujours un nouvel individu mis à la place d'un précédent, pour exercer ses droits.

Nous allons entreprendre d'examiner successivement chacune de ces institutions, et cette étude ne sera pas sans objet pour le cas spécial qui nous occupe, car elle nous permettra de mettre en relief les dissemblances qui existent entre le trans-

(1) Art. 2251, 2252.

(2) Art. 49, loi du 17 avril 1832.

port-cession et les autres formes usitées pour amener le transfert d'un droit de demande.

I. Le transport-cession est une véritable vente qui se fait par un créancier, qui dispose de ce qui lui est dû. Il est appelé dans les textes du droit romain : *venditio nominis*, *emptio nominis*, *jus suum vendere* (1).

L'insolvabilité du débiteur est ici, en principe, à la charge du cessionnaire, ainsi que nous le verrons dans la suite, à moins qu'il ne se soit fait garantir, par une clause particulière, le remboursement de la créance vendue.

II. Le transport de simple délégation ne contient point de vente. Il a lieu lorsqu'un débiteur avertit son créancier de toucher d'un tiers la somme dont il lui est redevable. Par exemple, si Primus vend sa maison à Secundus, et qu'il charge Tertius, son créancier, de recevoir le prix en son nom, mais en déduction de ce qu'il lui doit, c'est alors une délégation de paiement ou une indication de paiement. L'indication de paiement, ou, comme disent avec justesse certains jurisconsultes, l'*assignation de dette*, est très fréquente dans nos mœurs ; mais, à Rome, elle était peu en usage (2).

Ce mode de transmission produit une sorte de cession tacite, qui fait passer en la personne de celui à qui on a délégué le prix, les prérogatives que l'on possédait pour le réclamer soi-même. Mais ce n'est qu'une cession bien incomplète ; car, si la cession véritable, ou, pour mieux dire, le *transport-cession*, renferme l'aliénation même de tous les droits du cédant, de telle sorte que l'insolvabilité du débiteur reste pour le compte du cessionnaire, l'indication de paiement n'implique au contraire nullement aliénation : ce n'est, en réalité, qu'un

(1) Loyseau, *Garantie des Rentes*, chap. 3, n° 5 ; — l. 3, D., *De negotiis* ; l. 3, *De hered. vel. act. vendita*, D.

(2) Loyseau, *Garantie des Rentes*, chap. 3, n° 5.

simple mandat. Celui qui délègue demeure toujours créancier du prix, jusqu'à ce que le paiement soit réalisé, et, dans ce cas, si le débiteur devient insolvable, sa déconfiture retombe sur le déléguant et non sur le délégataire (1).

III. Outre le transport de simple délégation, qui n'est, au fond, qu'une indication faite au créancier, d'un moyen de se faire payer, nous avons à parler de la *délégation parfaite*, appelée ainsi, parce qu'elle produit une véritable novation. Elle a lieu lorsqu'un débiteur cède à son créancier un autre débiteur en son lieu et place : c'est-à-dire, lorsque pour nous libérer de ce que nous vous devons, nous vous délèguons notre débiteur qui, pour s'acquitter à son tour de sa propre dette, s'engage envers vous qui l'acceptez pour obligé, en nous donnant décharge.

Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, sit autem delegatio, vel per stipulationem, vel litis contestationem (2).

La délégation opère donc l'extinction de deux dettes : 1^o l'extinction de la dette existante entre le déléguant et le délégataire; 2^o l'extinction de la dette, dont le délégué se trouvait comptable envers le délégant. Ce débiteur change de créancier, et contracte même une nouvelle obligation.

On reconnaît de suite, sans qu'on ait besoin de les indiquer, les différences qui séparent la délégation de l'assignation de paiement. On voit aussi avec la même facilité les dissemblances qui distinguent la délégation du transport-cession.

La délégation parfaite, telle qu'elle est instituée par l'article 1275, implique en effet novation. Ce caractère ne se rencontre jamais dans le transport.

La cession se fait *invito debitore*, tandis que le concours du débiteur est toujours requis dans la délégation.

(1) Pothier, *Traité de la Vente*; édit. de M. Bugnet, n^o 533.

(2) L. 11, D., *De nov. et deleg.* — Renusson, chap. 2, n^o 11; — Pothier, *Traité de la Vente* (même édition), n^o 533.

Celle-ci, pour être parfaite, demande la participation de trois personnes : le délégant, le délégataire, le délégué. Le transport, au contraire, n'exige la présence que de deux personnes : le cédant et le cessionnaire.

Dans la cession, les privilèges et hypothèques, qui assureraient le recouvrement de la créance, se transmettent de plein droit au cessionnaire; tandis que dans la délégation, si elle est parfaite, c'est-à-dire si elle contient novation, les titres accessoires qui garantissaient l'ancienne dette, ne passent pas à la nouvelle. La délégation les fait en effet disparaître, puisqu'elle éteint le droit préexistant pour donner naissance à une obligation entièrement distincte de la précédente. Il est cependant permis aux parties de stipuler, par une clause particulière, que les privilèges et hypothèques seront transférés de l'ancienne créance à la nouvelle; mais ce résultat ne peut être obtenu qu'en vertu d'une convention expresse.

Nous devons nous borner à ces simples explications, et nous garder de nous perdre dans des développements qui, d'ailleurs, ne pourraient trouver place que dans un traité spécial sur la délégation parfaite. Aussi, sans de plus longs commentaires, nous allons faire connaître les différences qui existent entre le transport-cession et la subrogation.

IV. Ici, comme précédemment, nous nous contenterons d'énoncer les principes généraux, car nous n'avons nullement la prétention d'épuiser en quelques lignes, et dans tous ses détails, une matière aussi importante que la subrogation.

Si le transport est une véritable vente, la subrogation, au contraire, est une fiction de la loi, en vertu de laquelle une créance, éteinte au moyen d'un paiement effectué par un tiers ou par le débiteur lui-même, avec des espèces empruntées alors à un tiers, est réputée encore existante au profit de ce dernier, qui peut l'exercer à l'effet de répéter par elle ce que lui a coûté la libération du débiteur (1).

(1) Art. 1250. et 2251.

Cette définition nous démontre, à elle seule, que la subrogation engendre deux actions contre le débiteur en faveur du subrogé, tandis que la cession ne donne au cessionnaire qu'une seule action : celle de son cédant (4).

Il est utile d'envisager la subrogation sous deux points de vue bien distincts, pour se rendre compte des différences qui existent entre elle et le transport-cession.

A. Entre le subrogé et le subrogeant, la subrogation est un véritable paiement purement extinctif de l'obligation. De cette proposition, il faut déduire les conséquences suivantes :

1^o Tel qui serait incapable de consentir à une cession, pourrait néanmoins faire la subrogation, s'il avait qualité de donner bonne et valable quittance. Ainsi, le créancier solidaire qui, de sa propre volonté, ne peut céder la créance commune, est cependant autorisé à subroger le tiers qui le désintéresse.

2^o Dans le transport, le cédant est garant de la *veritas nominis*. Si le droit qu'il a aliéné est purement nominal, il est alors exposé à la garantie : ce qui l'oblige à restituer au cessionnaire non-seulement le prix de cession, mais encore tous les frais que ce dernier a pu faire en poursuivant le prétendu débiteur.

Dans la subrogation, au contraire, et dans la même hypothèse, le subrogeant n'est tenu que de la *condictio indebiti*. Cette action est bien moins avantageuse que l'action en garantie, car le subrogeant ne peut être contraint de remettre au subrogé que ce dont il s'est enrichi : ce qui comprend le paiement qu'il a reçu sans cause, mais non les frais de poursuite qu'a pu exposer le subrogé, et qui restent à la charge de ce dernier.

(4) Les deux actions dont peut se prévaloir le subrogé, sont : 1^o l'action qu'il a de son chef, *actio negotiorum gestorum mandati, aut ex mutuo*; 2^o l'action du créancier originaire, que la subrogation lui transporte avec tous ses accessoires.

3^o Les formalités imposées au cessionnaire par l'art. 1690 du Code Napoléon, à l'effet de rendre le transport opposable aux tiers, ne sont nullement applicables lorsqu'il s'agit de la subrogation.

Dès que la subrogation est effectuée, sans être assujettie à des conditions de publicité, elle enlève au débiteur le droit de se libérer entre les mains du subrogeant; à ce dernier, celui de disposer de la créance, et à ses créanciers, la faculté de la saisir.

4^o Le créancier hypothécaire ou privilégié, qui n'a reçu qu'un paiement partiel, et qui, par suite, n'a consenti à la subrogation que pour une partie de sa créance, peut faire valoir ses droits, de préférence au subrogé, pour ce qui lui reste dû.

Ainsi, supposons un créancier hypothécaire de dix mille francs, à qui un tiers compte, moyennant subrogation, une somme de cinq mille francs. Le débiteur vient à tomber en déconfiture. Il est exproprié, ses biens sont vendus et un ordre est ouvert pour en distribuer le montant. Avant que le subrogé puisse être colloqué utilement sur le prix de vente, il faut que le subrogeant soit entièrement désintéressé.

Si l'on envisage la même hypothèse, mais en matière de cession, on arrive à une solution complètement différente. Le transport partiel produit, en effet, un véritable démembrement du droit aliéné. Le cédant et le cessionnaire se trouvent donc placés sur la même ligne : ils sont, le cas échéant, co-créanciers, co-privilégiés, co-hypothécaires; les biens du débiteur doivent enfin leur être distribués par égales portions.

B. Entre le subrogé et le débiteur, la subrogation conserve encore le caractère d'un véritable paiement. Les conséquences d'un pareil acte doivent donc être restreintes dans les limites du paiement lui-même. Ce n'est, par suite, qu'à concurrence de la somme par lui avancée que le subrogé prend la place du créancier originaire. Si, en effet, la subrogation n'existait pas,

le tiers, étranger à la dette et qui en a néanmoins effectué le remboursement, ne pourrait agir par l'action *mandati* qu'à concurrence de la somme qu'il a comptée; mais il ne pourrait se prévaloir des sûretés et accessoires garantissant l'ancienne créance éteinte par le paiement. Or, la fiction de la subrogation n'a précisément pour but que de lui permettre d'invoquer ces accessoires pour la répétition de ces avances, en faisant considérer la créance comme ayant survécu au paiement.

Il n'en est pas de même en matière de cession. Le cessionnaire achète réellement la créance moyennant un prix inférieur ou supérieur (peu importe) à la valeur de l'objet vendu. Ce sera, par conséquent, à concurrence de la créance tout entière qu'il pourra intenter son action contre le débiteur cédé, et non pas seulement à concurrence du prix qu'il en aura payé.

CHAPITRE PREMIER

Mode employé pour opérer le transport-cession.

Lorsqu'il s'agit d'expliquer de quelle manière le transport-cession investit le cessionnaire de la créance cédée, il n'est pas rare d'entendre faire le raisonnement suivant :

La vente, en droit français (disent certains auteurs), n'est pas seulement, comme en droit romain, productive d'obligations, elle est encore translatrice de propriété. Aussi, dès que les parties sont d'accord sur les éléments constitutifs du contrat, la créance passe de la tête du vendeur sur celle de l'acquéreur, par l'effet seul du consentement, sans qu'il y ait besoin de tradition préalable. L'art. 1689, dans sa disposition finale, ne déroge pas à ces principes, car il veut parler d'une simple délivrance qui n'a nullement pour but de contribuer au déplacement de la propriété, ce résultat étant déjà obtenu par le consentement des parties (art. 1582, C. N.).

Cette argumentation peut être critiquée à plusieurs points de vue. Elle établit d'abord une comparaison entre deux choses qui n'ont absolument rien de commun. Nous avons vu que, théoriquement, il n'y a aucune espèce de rapport entre le *dominium* et l'*obligatio*, que c'est pour ce motif que les modes ordinaires de l'aliénation, relatifs à la propriété, n'ont jamais pu servir au transfert des *droits de demande*, et que cela est principalement exact en ce qui concerne la tradition. On ne saurait, en effet, concevoir la tradition d'un rapport obligatoire. Il n'y a donc aucune espèce de conclusion à tirer, en ce qui touche la cession des *droits de demande*, du principe formulé par l'art. 1138, qui, on le sait, ne peut s'appliquer qu'à la transmission des droits réels. Le transfert du *nomen* résulte purement et simplement de la force de la convention. Ce qui se passe aujourd'hui dans le droit français se rapproche beaucoup de ce qui avait lieu dans le dernier état de la législation romaine. De même qu'à cette époque, on pouvait, à Rome, se servir de la créance aliénée, sans mandat formel de la part du cédant, chaque fois qu'il existait un titre pouvant obliger ce dernier à donner le *mandatum agendi*, de même aujourd'hui le cessionnaire se trouve directement saisi du droit d'agir contre le cédé : seulement, comme on ne distingue plus, sous l'empire du Code Napoléon, entre les actions *directes* et les actions *utiles*, on dit tout simplement que l'acheteur peut utiliser *de plano* tous les droits attachés à la créance, sans ajouter qu'il les exercera *utiliter*. Mais cela ne saurait constituer une bien grande différence entre la législation française et la législation romaine, puisque nous avons déjà constaté qu'à Rome peu importait que le cessionnaire fit usage de l'*actio directa* ou de l'*actio utilis*, le résultat définitif étant toujours le même. Reconnaissons donc que la solution admise en droit français, en matière de transport des *droits de demande*, n'aurait pas changé, quand même on n'aurait pas consacré le principe que la propriété se transfère par le seul effet des conventions, quand même on aurait exigé la tradition.

4 Mais si la cession est parfaite entre le cédant et le cessionnaire, par le consentement et la remise des titres, il n'en est pas de même à l'égard des tiers. On comprend facilement que ceux-ci, n'ayant pas pris part à la vente, ne peuvent subir les conséquences d'un acte auquel ils ont été complètement étrangers. En effet, comment le cédé pourrait-il savoir qu'il ne doit plus payer au cédant, que c'est entre les mains du cessionnaire qu'il doit verser le montant de la créance, alors que le transfert s'effectue toujours sans sa participation? Comment aussi les tiers, autres que le débiteur, pourraient-ils savoir que la créance est sortie du patrimoine du vendeur pour passer dans celui du cessionnaire; qu'elle ne sert plus de gage aux obligations que le cédant est sur le point de contracter avec eux, alors que rien ne leur indique que le droit ait cessé de résider dans les biens du créancier originaire? Il était donc nécessaire, pour sauvegarder les droits des tiers, qui se trouvaient en péril, de créer un acte de nature à imprimer, en quelque sorte, sur la personne même du débiteur, le sceau de la mutation, et susceptible d'avertir tout intéressé que le cessionnaire est désormais maître du *nomen*, que c'est lui seul qui a qualité pour donner bonne et valable quittance.

Le Code Napoléon a été à la hauteur de la situation. Repro-
duisant en partie les prescriptions de l'ancienne jurisprudence,
et même les complétant, il a fourni à l'acquéreur un double
moyen pour être investi d'une manière irrévocable de la créance
vendue :

1^o Sous l'empire de la loi actuelle, un des modes à employer pour rendre le transport opposable aux tiers, c'est de le signifier au débiteur. Cette règle a été empruntée à la Coutume de Paris, dont l'art. 108 était ainsi conçue : « *Un simple transport ne saisit point, et faut signifier le transport à la partie, et en bailler copie avant que d'exécuter* » (1).

Cette formalité est facile à justifier. A partir du transport,

(1) Pothier, *Traité de la Vente*, n^o 555; Loisel, liv. III, t. 4, n^o 44.

le débiteur doit payer non plus au cédant, mais bien au cessionnaire; il faut donc qu'il soit informé de l'existence d'un contrat qui exerce sur lui une influence bien caractérisée, et qui lui causerait un préjudice réel s'il ne lui était pas notifié. D'un autre côté, l'intérêt public exige, pour conserver la bonne foi des transactions et empêcher, autant que possible, que les tiers ne soient trompés par des transports simulés, que le cessionnaire prenne possession effective de la créance et rende par là manifeste et public le déplacement qui s'est opéré dans la propriété du droit. Voilà sur quel ordre d'idées reposent les deux paragraphes de l'art. 1690.

La signification doit être faite par acte d'huissier ou de notaire, dans la forme ordinaire des exploits, et adressée, à peine de nullité, à personne ou domicile (4).

On s'est demandé, à ce sujet, si, lorsque le débiteur est un étranger, la notification peut avoir lieu conformément à l'art. 69 du Code de Procédure civile, ou bien si l'on doit ap-

(4) Nous pensons que le transport peut être notifié au cédé, tout aussi bien par un notaire que par un huissier. En effet, si le notaire n'a pas qualité pour faire les actes d'exécution forcée, réservés exclusivement à l'huissier par l'art. 24 du décret du 14 juin 1813, il puise néanmoins dans l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI, conçu à dessein d'une manière générale, le droit d'agir toutes les fois qu'il n'est question que de demander, *avec des paroles amiables*, la remise d'une chose ou l'exécution d'une convention, comme aussi toutes les fois qu'il est question de *constater* ou de *dénoncer un simple fait*. Cette théorie, que ne contredit aucun texte de notre législation contemporaine, était admise dans l'ancienne jurisprudence, qui reconnaissait aux notaires la faculté de faire toute notification extra-judiciaire. Ainsi, Furgole, sur l'art. 39 de l'ordonnance de 1731, regardait comme constant, que dans le cas de révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant, un notaire pouvait, aussi bien qu'un huissier, notifier cette naissance au donataire, pour rendre ce dernier comptable des fruits.

Pourquoi ne suivrions-nous pas aujourd'hui les errements de l'ancienne doctrine, puisqu'aucun texte de loi n'y a dérogé?

(M. Rodière. Extrait d'une dissertation insérée dans la *Revue du notariat*.)

plifier, par analogie, la disposition de l'art. 560 du même code, qui, en matière de saisies-arrêts, ordonne que l'acte de saisie soit dénoncé à personne ou domicile, et non au parquet du procureur impérial? Avant de répondre à cette question, nous devons nous en poser une seconde, qui s'identifie avec la première, et qui, d'ailleurs, se résoudra à l'aide des mêmes principes. On a prétendu que la dénonciation du transport pouvait être utilement faite au domicile élu pour l'exécution du contrat. Nous ne saurions partager cette opinion, pas plus dans la première que dans la seconde espèce. On comprend, en effet, que la signification n'étant instituée que pour donner au cédé une connaissance certaine du transport, ce but ne serait atteint, ni par la signification au parquet, ni par celle qui serait adressée au domicile élu. Ici, la fiction ne peut suffire; il faut notamment que le débiteur *ne soit pas réputé savoir, mais qu'il sache réellement* qu'il ne doit plus payer au créancier originaire, et qu'en s'acquittant envers lui de la dette dont il est tenu, il n'obtiendrait pas une libération valable. Il est donc équitable de ne pas mettre à sa charge les conséquences d'une ignorance qui, dans l'espèce, ne lui est nullement imputable (1).

L'art. 408 de la Coutume de Paris, que nous venons de citer, exigeait qu'il fût, avec la signification, baillé copie du transport. Le Code Napoléon n'a pas reproduit cette injonction dans l'art. 1690. Le silence de la loi est donc une preuve que, sous l'empire de la législation actuelle, cette formalité n'est plus nécessaire. La copie de l'acte de cession ne constitue pas d'ailleurs un élément essentiel de la signification : pour que le but de cette formalité soit atteint, il importe peu que le débiteur sache les clauses et conditions du transport, il suffit que l'existence lui en soit révélée (2).

(1) Arrêt de Bruxelles, 30 novembre 1809; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. iv, p. 325, n° 7; Troplong, *Vente*, n° 902.

(2) M. Duvergier, t. ii, n° 483.

La signification peut être faite à la requête, soit du cessionnaire, soit du cédant. L'art. 1691 le déclare d'une manière formelle. L'intérêt du cessionnaire à opérer cette notification, ne saurait être contesté. Nous l'avons déjà indiqué. Celui du cédant, s'il est moins évident, n'est pas cependant illusoire. Le vendeur peut, en effet, désirer cesser toute relation avec le débiteur, et, à ces fins, rompre le lien apparent que la créance maintient entre eux deux. Il précipite alors la prise de possession au profit de l'acheteur, et, dans ce cas, il agit légalement; car, bien loin de nuire au cessionnaire, il satisfait de plus fort aux obligations qu'il a contractées en faveur de ce dernier.

La signification doit être adressée au débiteur cédé. L'art. 1690 le porte expressément. Dans le cas même où la créance acquise comprendrait plusieurs débiteurs engagés solidairement, il serait utile de dénoncer la cession à tous les cédés; car, si l'on n'accomplissait cette formalité que par rapport à l'un d'eux, tous ceux qui n'auraient pas été frappés par la notification, pourraient valablement se libérer en payant, soit au créancier originaire, soit à un second cessionnaire (4).

Si une créance a été vendue successivement à plusieurs personnes, on comprend, d'après ce que nous avons dit sur les effets de la signification vis-à-vis des tiers, combien il importe, lorsque tous ces divers cessionnaires ont rendu public leur transport, de savoir quelle est celle des notifications qui doit avoir la préférence. La loi n'a pas résolu cette hypothèse par une disposition formelle. Nous aurons donc recours à l'interprétation rationnelle pour poser notre théorie en pareille matière. Si les significations ont été faites à des jours différents, il n'y a alors aucune difficulté; celle qui est antérieure en date, l'emporte sur celles qui lui sont postérieures. Mais il peut arriver que ces actes aient été lancés le même jour. Dans ce cas, si les exploits contiennent l'heure de la remise des copies, celui

(4) M. Zachariae, éd. Aubry et Rau, t. III, p. 306.

qui a été dénoncé le premier doit être préféré ; dans l'hypothèse contraire, tous les cessionnaires doivent être admis concurremment, sans qu'il leur soit permis de prouver par des témoignages l'antériorité d'une cession sur l'autre, c'est-à-dire d'une signification sur l'autre (1).

2^o La signification du transport n'est pas le seul moyen que la loi ait mis à la disposition du cessionnaire pour être investi de la créance aliénée. Elle le déclare saisi du droit, par l'adhésion que donne à l'aliénation le débiteur dans un acte authentique (2). Ce nouveau mode de publicité de la cession se trouve mentionné au deuxième paragraphe de l'art. 4690.

L'acceptation du cédé peut être concomitante ou postérieure à l'acte de vente : concomitante, si le transport est consenti pardevant notaires et en présence du débiteur, qui appose sa signature dans l'acte authentique ; postérieure, si la cession est faite par acte sous seing-privé, ou lorsqu'étant effectuée par acte authentique, elle l'a été en dehors de la présence du cédé.

Dans la première hypothèse, le transfert de la créance produit, au même instant, son effet à l'égard des tiers et à l'égard des parties ; dans la seconde, il est parfait, d'abord *inter partes*, mais n'est opposable *erga alios* qu'à dater de l'acceptation. L'acceptation authentique de la cession est plus avantageuse au cessionnaire que la signification. Le débiteur, en effet, en donnant son adhésion au transport, se reconnaît tacitement pour l'obligé du nouveau créancier : ce qui le prive, par suite, du droit qu'il possédait avant son acceptation, d'op-

(1) M. Duvergier, t. II, n^o 488 ; Arrêt de la Cour de Nancy, 18 juin 1833.

(2) Quelques auteurs prétendent que l'acceptation par acte sous seing-privé, et même la simple connaissance du transport, suffisent pour rendre le cédé non-recevable à invoquer contre le cessionnaire le défaut de publicité de la cession. Nous renvoyons l'examen de cette question à notre chapitre III, section 2, parce que nous croyons qu'elle se réfère plutôt aux effets qu'à la forme du transport.

poser à l'acheteur les causes, soit de compensation, soit de nullité, dont il aurait pu se prévaloir contre le cédant, s'il était resté complètement étranger à la convention qui s'était formée entre les parties contractantes.

La signification engendre, au contraire, des effets moins étendus. Elle empêche bien la compensation des créances nées au profit du cédé contre le cédant, depuis que le transport lui a été notifié, mais elle ne lui enlève pas la faculté de faire valoir contre le cessionnaire les causes de nullité qu'il pouvait avoir contre le vendeur (4).

Il ne faut pas croire cependant que la signification soit sans utilité pratique. Il peut fort bien arriver que le débiteur se refuse à donner son adhésion au transport. Sans la notification, il y aurait eu alors impossibilité de vaincre sa résistance.

La cession de toute espèce de créances est, en principe, soumise à la nécessité d'une notification. On pourrait néanmoins se demander s'il en serait de même dans le cas où l'un des cohéritiers du créancier primitif aurait cédé avant le partage sa part dans une créance héréditaire, laquelle créance serait tombée, par l'effet du partage, dans le lot d'un autre héritier? La raison de douter vient de ce que, d'après l'art. 1220 du Code Napoléon, les créances héréditaires se divisent de plein droit entre les divers cohéritiers, de sorte que chacun étant désormais propriétaire de sa part virile peut l'aliéner définitivement au moyen d'une cession. Mais il faut remarquer que cette disposition de l'art. 1220 doit être combinée avec celle de l'art. 883. D'après ce dernier texte, le partage est déclaratif à l'égard, sans distinction, *de tous les effets compris dans le lot d'un des cohéritiers*. Nous devons donc décider que, par application de l'art. 1220, l'un des cohéritiers aura pu valablement aliéner sa part dans une créance de la succession, mais que ce transfert ne pourra être opposé au cohéritier dans

(4) Art. 1295.

le lot duquel le droit de demande tout entier sera tombé par l'effet du partage, qu'à la condition d'une notification régulièrement faite en conformité de l'art. 1690.

Toutes les créances ne sont pas régies, quant à leur mode de transmission, par l'art. 1690. Ce texte reçoit de nombreuses exceptions que nous devons mentionner (1) :

1^o On s'est demandé si la cession de droits successifs, qui ne se composent que de créances, a besoin d'être rendue publique, suivant les prescriptions de l'art. 1690. Quoiqu'à ce sujet il y ait de graves controverses, nous nous prononçons, sans hésiter, pour la négative. L'ancienne jurisprudence n'exigeait, en effet, la publicité du transport qu'en cas d'aliénation d'une créance individuelle. Le Code Napoléon ne paraît pas avoir renoncé à cette théorie; car nous le voyons, d'un côté, distinguer la vente d'une créance individuelle de celle d'une masse de biens corporels ou incorporels, et, de l'autre, n'appliquer qu'à la première hypothèse la nécessité de la dénonciation du transfert. Cette opinion ne s'appuie pas seulement sur la combinaison des textes et sur les errements de l'ancienne jurisprudence, elle mérite encore notre sanction par des raisons d'un ordre (il est vrai) moins élevé, mais tout aussi sérieuses : en un mot, par des motifs de simple utilité pratique.

L'achat d'une hérédité peut, en effet, avoir fait entrer dans le patrimoine du cessionnaire une quantité considérable de créances; or, dans ce cas, le forcer à remplir les formalités prescrites par les deux paragraphes de l'art. 1690, ce serait mettre à sa charge des frais ruineux et lui imposer même des obligations dont il pourra difficilement s'acquitter en temps utile, car il ne connaîtra pas de suite les noms et domiciles des débiteurs de la succession.

Par toutes ces considérations, que nous nous bornons à indiquer, nous pensons que cet acheteur doit être admis à prouver

(1) Combinaison des art. 1689 et 1690.

par témoins, et même par présomptions, que les débiteurs de la succession, qui ont payé après le transport entre les mains du cédant, ont su que ce dernier avait cessé d'être leur créancier, en un mot qu'il y a eu dol de leur part (1).

2° Les dispositions de l'art. 1690 ne sont pas non plus applicables au transfert des titres de commerce, qui se transmettent par la voie de l'endossement. M. Troplong, s'appuyant, dit-il, sur l'autorité de Bourjon, prétend qu'il en est ainsi, parce que, dans le commerce, ces effets sont regardés comme de la monnaie. Nous ne partageons pas cette opinion, et voici les motifs qui nous font rejeter le sentiment de ce célèbre jurisconsulte (2) :

Si la lettre de change, par exemple, se transfère par la voie de l'endossement, sans qu'on ait besoin de se conformer aux prescriptions de l'art. 1690, ce n'est pas parce qu'elle est considérée comme un *écu*, c'est parce qu'elle est assujettie, quant à sa transmission, à des principes qui lui sont propres.

Nous nous garderons de remonter ici au berceau de l'institution, et de parcourir les diverses transformations qu'elle a eu à subir avant d'arriver à son dernier perfectionnement. Nous envisagerons seulement la lettre de change, telle qu'elle existe dans nos lois modernes. Nous avons déjà dit qu'en matière de cession, le cessionnaire n'argue que d'un droit *dérivé*, que, par suite, il se trouve exposé à toutes les exceptions dont le débiteur cédé eut pu se prévaloir contre le cédant.

Ces principes ne sont pas suivis lorsqu'il s'agit du transfert d'effets de commerce, et cette dérogation au droit commun s'explique par des considérations d'une haute portée. La lettre de change passe, en effet, avant d'être soldée, en tant de mains, qu'il est impossible, pour le dernier porteur, de con-

(1) M. Rodière, *Revue de Législation*, t. iv, page 234; Arrêt de la Cour de Toulouse du 24 novembre 1832. — Dalloz, 33, 2, 89.

(2) M. Troplong, *Traité de la Vente*, page 392. — Bourjon, t. 1, p. 645, n° 3.

maître au juste la cause, soit de la création, soit de la transmission de la valeur. Accorder dans ces conditions au tiré le droit de paralyser la demande de celui qui présente le titre au paiement par des exceptions provenant, soit du tireur, soit des porteurs précédents, c'eût été détruire, à l'instant même, tout le prestige de la lettre de change, puisque la personne à qui on l'offrirait se refuserait, sous l'empire d'une pareille doctrine, à l'accepter, dans la crainte de se voir plus tard privée d'une réalisation sur laquelle elle compte pour faire face aux exigences de ses affaires, et cela, par des faits qu'elle ne peut, pour le moment, ni prévoir, ni, par suite, conjurer.

Il était donc nécessaire, sous peine d'anéantir cette belle institution, de modifier à son égard la théorie qui régit la cession des créances ordinaires. Raisonnant avec une logique que nous ne saurions trop approuver, on reconnaît à la lettre de change une personnalité distincte de celle des individus qui ont assisté, soit à sa formation, soit à sa transmission. On reconnaît à la valeur (pardonnez-moi l'expression) une vie qui lui est propre : l'individualité du tireur, du tiré, ou bien des endosseurs, n'est nullement prise en considération. C'est le titre lui-même qui est réputé avoir joué, dans les diverses transformations par lesquelles il a passé, le rôle de créancier. Ceux qui l'ont créé, ou qui l'ont possédé successivement, sont considérés comme ses simples mandataires. Le dernier porteur n'est donc pas obligé de subir les exceptions dérivant du tireur ou des endosseurs, puisqu'il tient ses droits, non de ces personnes, mais du titre même, puisqu'il réclame le paiement en sa qualité de détenteur actuel de l'effet, et non pas comme *procurator* des personnes qui l'ont précédé dans la possession de la lettre de change.

Cette théorie, que nous ne faisons qu'indiquer, est de nature à résoudre les hypothèses variées qui peuvent se présenter. Pour lui donner une forme encore plus sensible, s'il est possible, prenons un exemple :

Supposons que l'acceptation du tiré ait été le résultat du dol ou de la violence, et que la lettre de change ait passé de l'auteur de ces actes illicites entre les mains d'un tiers porteur. Celui-ci ne sera nullement exposé à ce que le tiré lui refuse le paiement, par le motif que son acceptation a été, *ab initio*, la conséquence du dol ou de la violence. Le bénéficiaire actuel dira en effet à l'accepteur : « Je n'ai pas à me préoccuper si votre obligation vous a été arrachée frauduleusement. Vous avez donné votre acceptation au titre et nullement au porteur, qui vous l'a sollicitée. Je ne viens pas vous réclamer le montant de la lettre de change en vertu d'un droit *dérivé*, puisé en la personne de l'endosseur, dont vous prétendez à cette heure me faire supporter les actes personnels. Je viens en ma qualité de détenteur actuel du titre vous demander le paiement promis, car c'est au titre que vous avez fourni votre acceptation, et c'est le titre même qui vous oblige aujourd'hui, par mon intermédiaire, à accomplir votre engagement. Vous êtes enfin tenus de me payer : car *vous devez à votre acceptation*, sauf à exercer, si bon vous semble, votre action en dommages et intérêts contre celui qui a commis le dol dont vous vous plaignez. »

Ce simple aperçu suffira pour justifier la doctrine, que nous avons cru devoir adopter, préférablement à celle que M. Troplong a reproduite.

Dire que la lettre de change est transmissible par la voie de l'endossement, parce qu'elle est considérée comme de la monnaie, c'est donner un motif de solution que n'acceptera jamais la raison pratique des commerçants.

Mais déclarer, au contraire, que les formalités prescrites par l'art. 1690 ne sont pas exigées lorsqu'il s'agit du transfert de titres commerciaux, parce qu'elles sont en pareille matière complètement inutiles, c'est offrir une décision qu'il ne reste plus qu'à justifier.

Si l'on se rappelle que les dispositions de l'art. 1690 n'ont

été édictées que dans le but de notifier le transport au cédé, de lui donner connaissance que la créance qui a été aliénée ne repose plus sur la tête du créancier originaire, qu'elle a passé sur celle du cessionnaire, que celui-ci est désormais maître du droit, que c'est entre ses mains qu'il faut s'acquitter de la prestation promise, on s'aperçoit de suite que la publicité de la cession, indispensable dans le cas que nous venons d'examiner, est sans objet lorsqu'il s'agit du transfert d'effets de commerce. Le tiré, en effet, n'a pas ici besoin, comme dans l'hypothèse d'une créance ordinaire, d'être informé de la transmission du titre. Il ne court pas le risque, comme le cédé, de se libérer entre les mains d'une personne qui n'a plus qualité pour donner bonne et valable décharge, puisqu'il est averti, par le caractère même de son engagement, qu'il ne doit payer que sur la présentation du titre, et que son obligation ne sera éteinte qu'autant que l'effet qui la constate, et qui est pour lui le véritable créancier, sera retourné en sa possession.

3° La nécessité de rendre public le transport, conformément aux prescriptions de l'art. 1690, ne s'applique pas non plus aux actions des sociétés de commerce, quand elles sont au porteur (art. 32, C. Com.) (4).

4° Les actions de la Banque de France se transmettent aussi par un simple transfert, inscrit sur les registres de la Compagnie, et en agissant conformément aux dispositions réglementaires du décret organique du 16 janvier 1808.

5° Il en est de même des rentes sur l'Etat, qui passent d'une personne à une autre par le ministère d'un agent de change, et à l'aide encore d'un transfert inscrit sur le grand livre de la dette publique. Ce mode de transmission se trouve régi par les lois du 17 mai 1799 et 4^{er} août 1805.

Nous avons épuisé les règles qui se rattachent à la publicité

(4) Il faut étendre à cette hypothèse la théorie que nous avons développée sous le n° 2.

de la cession et à la prise de possession qui en est la conséquence pour le cessionnaire. Avant de clore ce chapitre, nous devons dire quelques mots sur la forme du transport, considéré en lui-même. Le transport n'est assujéti comme la vente, dont il n'est d'ailleurs qu'une espèce particulière, à aucune formalité spéciale. Il peut donc être fait par acte authentique ou sous seing-privé. Il pourrait même l'être verbalement, sauf, dans ce cas, l'application des règles relatives à la preuve des contrats (1).

On conseille cependant, en général, d'employer la forme authentique, comme étant plus prudente et plus sûre. C'était, dans l'ancienne jurisprudence, le sentiment de Lamoignon, et certes, il est permis de jurer sur la parole d'un tel maître (2).

CHAPITRE II.

Des éléments constitutifs du transport-cession.

Le transport-cession, n'étant qu'une variété de la vente, doit réunir les éléments exigés pour la validité de ce contrat, à savoir : 1^o la chose ; 2^o le prix ; 3^o le consentement mutuel des parties.

Nous avons parlé de chacune de ces conditions dans le chapitre deuxième de notre première partie. Nous ne ferons donc ici que compléter les explications que nous avons déjà présentées, et envisager quelques questions qui, par leur importance, nous paraissent mériter d'arrêter notre attention.

I.

De la chose.

Nous consacrerons à ce paragraphe deux subdivisions prin-

(1) MM. Troplong, n^o 942; — Duvergier, t. I, n^o 484; — Duranton, t. XVI, n^o 492.

(2) Lamoignon, t. I, p. 438, art. 2; — t. II, p. 455.

ciales. Dans la première, nous examinerons les droits qui peuvent ou non être cédés; dans la seconde, les choses qui se trouvent comprises d'ordinaire dans la cession.

I. Toutes les créances et actions, tous les droits résultant d'un contrat antérieur, sont susceptibles de devenir l'objet d'un transport, pourvu toutefois que le rapport juridique qui sert de base à la convention des parties, ne soit pas hors du commerce, ou que l'aliénation n'en ait pas été prohibée par quelque loi particulière (1).

On peut donc céder, non-seulement une action personnelle, pure et simple, mais encore une action personnelle à terme ou sans condition (2).

Il est aussi permis de transmettre conditionnellement une action pure et simple, ou bien de vendre purement et simplement une action conditionnelle, et, dans ce cas, il faut appliquer les principes qui régissent les conditions en matière d'obligations (3).

Si le transport d'une action personnelle est autorisé, celui d'une action réelle n'est pas non plus interdit (4). La cession peut aussi comprendre une action mixte, telle qu'un droit de réméré ou de rescision (5).

De même qu'une chose future peut être vendue, de même une créance future peut être aliénée. Mais pour qu'un tel transport soit valable, il est nécessaire, pour le moins, que le principe de la chose future existe au moment même du contrat. Au nombre des créances de cette nature qui sont susceptibles de devenir l'objet d'une vente, il faut placer les loyers et fermages non encore échus.

(1) M. Duranton, t. XVI, n° 494.

(2) L. 17, D., *De hered. vel act. vendit.*

(3) L. 17 et 19, D., *De hered. vel. act. vendita.*

(4) Comme, par exemple, une action en revendication.

(5) Arrêt de Turin, 17 germinal an XII.

C'est ici le lieu de rechercher quel serait l'effet d'une pareille cession vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire, à l'égard des créanciers hypothécaires ou autres concessionnaires de droits réels, et notamment de l'acquéreur de l'immeuble loué, lorsqu'il est obligé d'entretenir le bail souscrit par son auteur.

Avant la promulgation de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire, on admettait qu'un semblable transport était valable et devait recevoir sa pleine et entière exécution, pourvu qu'il eût été consenti de bonne foi. Les créanciers et le nouveau propriétaire n'avaient donc le droit d'attaquer cette convention, que si elle était frauduleuse, et, alors, ils devaient se conformer, pour l'exercice de l'action Paulienne, aux prescriptions réglementaires de l'art. 1467.

Mais, sous l'empire de cette législation, on objectait, avec raison, que la fraude est toujours difficile à établir; qu'elle ne peut, d'ailleurs, opérer l'annulation des actes à titre onéreux, passés entre les débiteurs et les tiers, qu'autant que les uns et les autres y ont participé. La difficulté de prouver ce concert frauduleux était alors si grande, qu'il arrivait presque toujours que les créanciers se voyaient frustrés des fruits de leur gage; que les acheteurs d'un bien loué, dans les cas où ils étaient tenus de respecter le bail consenti par le précédent propriétaire (1), se trouvaient privés de revenus, sur lesquels ils avaient compté, alors qu'aucun signe extérieur ne venait leur révéler ces paiements anticipés de loyers, qui rendaient pour eux la propriété purement nominale.

Ces abus ont disparu, grâce à la promulgation de la loi du 23 mars 1855. Pour prévenir de semblables surprises, le législateur a décrété, dans son art. 2, § 5, que toute cession de termes, équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus, serait assujettie, dans l'intérêt des tiers, à la nécessité de la transcription. S'il ne s'est pas occupé, comme l'auraient désiré plusieurs membres du Corps Législatif, des transports

(1) Art. 1743, C. N., et 684, C. P. C.

au-dessous de trois ans, c'est qu'il les a considérés comme rentrant dans le cercle d'une bonne administration, et ne devant tomber que sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire, ne pouvant être annulés à la requête des créanciers ou des acquéreurs, que lorsqu'ils ont été consentis en fraude de leurs droits (1). Mais quand la cession est d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages, il y a urgence de la rendre publique, car alors elle acquiert, pour ainsi dire, l'importance d'un démembrement de la propriété. La transcription est donc, dans ce cas, indispensable. Aussi, faute de l'avoir opérée, un pareil transport est sans effet à l'égard des personnes ci-dessus dénommées (2).

L'action en révocation d'une libéralité pour cause d'ingratitude, peut-elle être cédée par le donateur à un tiers, et exercée valablement par ce dernier? Nous nous prononçons, sans hésiter, pour l'affirmative. En effet, si ce rapport juridique n'est pas susceptible d'être utilisé contre le gré du donateur, par ses créanciers agissant en vertu des dispositions de l'article 1466, ce n'est pas parce qu'il est incessible de sa nature, c'est parce que toutes les preuves que l'on fournirait sur l'ingratitude du donataire, seraient, lorsque le bienfaiteur se tait, incomplètes et irrévélantes : la volonté, et, en quelque sorte, la plainte du donateur, étant dans l'esprit de la loi une condition requise pour que le droit soit ouvert. Mais dès que le donateur donne son adhésion à l'exercice de l'action, celle-ci peut être valablement transmise, puisque les motifs qui s'opposaient à sa cessibilité ont disparu (3).

On a agité aussi la question de savoir si le bénéfice de la présomption de faute, consacrée par l'art. 1743 (C. N.), en faveur du propriétaire contre le locataire en cas d'incendie, et

(1) Il faut appliquer alors l'art. 1467, C. N.

(2) M. Bressolles, *Exposé des règles du droit civil sur la transcription hypothécaire*, p. 47, n° 49.— Rapport au Corps Législatif, n° 10.

(3) M. Duvergier, *Vente*, n° 243.

L'indemnité à laquelle le premier peut avoir droit contre le second, sont de nature à devenir l'objet d'une cession consentie par le propriétaire à l'assureur.

L'opinion qui regarde ce double transport comme valable, est généralement accréditée. Elle est admise tant en doctrine qu'en jurisprudence. Malgré l'autorité de nos contradicteurs, nous nous garderons de l'adopter, parce qu'à notre point de vue elle viole les principes de la subrogation et les notions sur lesquelles repose le contrat d'assurances.

Intervertissant l'ordre de notre proposition, nous envisageons la question, d'abord à l'égard de la cession de l'indemnité, ensuite à l'égard de la transmission du bénéfice de la présomption de faute (1).

1^o Nos adversaires n'ont pas osé dire que la compagnie qui indemnise l'assuré, puisse se prévaloir de la subrogation légale établie par le § 3 de l'art. 1251, en faveur de celui qui *étant tenu avec d'autres ou pour d'autres* au paiement d'une dette, vient à l'acquitter; car on leur aurait objecté, non sans raison, que l'assureur n'est nullement obligé avec celui qui répond légalement de l'incendie, qu'il n'y a point de lien entre eux deux, qu'ils doivent bien chacun une réparation, mais en vertu de causes complètement distinctes. Ils sont, en effet, tellement indépendants l'un de l'autre dans leurs obligations respectives, que si, par exemple, un propriétaire actionne son locataire comme comptable du sinistre, celui-ci n'est nullement autorisé à invoquer le bénéfice de l'assurance.

Si l'assureur n'est pas tenu avec d'autres, il ne l'est pas non plus pour d'autres, car le contrat d'assurances n'a rien de la nature secondaire d'un cautionnement (2), il forme par lui-même une convention principale et à part; en un mot, la

(1) Ce mode de procéder est nécessaire pour suivre une marche régulière.

(2) L'assurance est un contrat : *stans per se*.

compagnie ne paie pas comme garant d'un tiers, mais en vertu d'un acte qui lui est personnel (1).

Si on a refusé universellement à l'assureur le privilège de la subrogation légale, on lui a néanmoins concédé le bénéfice de la subrogation conventionnelle, qui a sa source dans le paragraphe premier de l'art. 1250. S'appuyant sur ce texte qui autorise le créancier, qui reçoit satisfaction d'une tierce personne, à la subroger dans ses droits et actions contre le débiteur, de nombreux jurisconsultes ont reconnu à l'assuré la faculté de consentir semblable subrogation au profit de la compagnie qui le désintéresse. Nous repoussons de toutes nos forces l'application de l'art. 1250 en pareille matière.

L'assureur, en effet, n'est pas une tierce personne dans le sens de l'art. 1250, c'est-à-dire, *un individu qui paie de son plein gré, sans qu'il soit possible de l'y contraindre*; il a passé un contrat avec l'assuré, il s'est engagé envers lui directement et de la manière la plus stricte; en réparant le préjudice occasionné par l'incendie, il ne fait que répondre à un engagement dont il a pris personnellement la charge; en un mot, la prestation qu'il accomplit n'est pas *volontaire*, elle est de *rigueur*. Il est impossible de l'assimiler à un subrogé, qui rentre *librement* dans les liens d'une obligation pour satisfaire un créancier. Lui accorder enfin le bénéfice de l'art. 1250, ce serait, à notre avis, étendre des dispositions législatives d'une espèce à une autre, sans qu'il n'y ait entre ces deux hypothèses la moindre analogie.

Ce n'est pas le seul argument que nous puissions faire valoir à l'appui de notre système. Nous pouvons encore objecter à nos contradicteurs, que permettre à l'assuré de céder à l'assureur ses droits et actions contre le locataire, c'est perdre de vue les principes qui servent de base au contrat d'assurance. Nous savons, en effet, que dans cette institution juridique la

(1) M. Persil, n° 200; — Arrêt de rejet du 2 mars 1829 (sect. des req.)

prime est la compensation du risque. Pour que la compagnie y ait droit, il faut qu'elle ait garanti un danger. Or, si vous lui reconnaissez, comme conséquence de la subrogation, la faculté de venir reprendre chez le locataire la somme qu'elle a comptée au propriétaire, vous arrivez à ce résultat peu logique qu'elle bénéficie d'une prime qui est entre ses mains sans cause. Car, dès qu'elle est autorisée à réclamer de l'auteur du sinistre l'argent qui a été employé à le réparer, elle cesse d'être exposée à un péril, puisque la perte ne restera pas pour elle, mais en réalité pour le locataire.

Repoussons donc cette opinion qui (on le voit), non-seulement heurte les textes, mais encore viole les lois de l'équité (1).

2^o Si nous avons été peu disposés à accorder, en cas d'incendie, à l'assureur le bénéfice de la subrogation conventionnelle, à plus forte raison devons-nous lui interdire le droit de se prévaloir de la présomption de faute, établie en pareille hypothèse par l'art. 1743 contre le locataire au profit du propriétaire. Cette faveur législative constitue, d'après nous, un *jus singulare*, un véritable privilège personnel qui, à raison même de sa nature et de ses conditions d'existence, n'est pas susceptible de passer de la personne qui en a été investie par la loi, à des tiers (2).

Après avoir parcouru successivement les droits qui ne résistent pas à un transfert, avoir envisagé quelques questions spéciales, il nous reste à présenter la nomenclature des créances qui sont incessibles. Nous ferons encore ici appel à notre formule, qui nous paraît de nature à embrasser, en droit français de même qu'en droit romain, tous les cas possibles d'inaliénabilité :

(1) Cette théorie n'a été suivie que par un seul auteur, M. Alauzet, n^o 480, t. 1. Deux arrêts en ont sanctionné les principes. (Colmar, 43 janvier 1822; — Douai, 13 juin 1832.

(2) M. Alauzet, n^o 483.

« Toute action non applicable en argent, ne consistant pas par elle-même (*non stans per se*), et à raison de laquelle il n'est pas permis de concevoir la représentation du créancier par une tierce personne, ne peut devenir l'objet d'une cession. »

Cette formule se confond, à certains points de vue, avec celle qui a été proposée par quelques auteurs, dans les termes suivants :

« Sont incessibles, les droits qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par les créanciers, conformément à l'art. 1166 du Code Napoléon. »

Ce qu'il y a de commun entre ces deux formules, c'est qu'elles mettent en relief la nécessité de rencontrer dans le droit cédé, la possibilité de son exercice par un représentant. Mais de ces deux règles, la première nous semble plus complète que la seconde.

Nous ne reviendrons pas sur les développements que nous avons donnés à ce sujet en droit romain, nous examinerons seulement deux hypothèses qu'il paraît au premier abord assez difficile de ramener à la formule générale que nous avons cru devoir adopter.

Que faut-il, en effet, statuer par rapport aux actions en dommages et intérêts naissant des délits contre la personne? Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que ces actions ne peuvent pas être utilisées par les créanciers de la victime du délit. Cependant les mêmes jurisconsultes sont disposés à les considérer comme pouvant servir de base à une cession (1). Nous ne saurions partager cette doctrine, qui nous semble complètement erronée. Pourquoi, en effet, déclare-t-on que ces actions ne peuvent être mises en mouvement par les créanciers? C'est évidemment parce que l'art. 1166 s'y oppose d'une manière formelle : en d'autres termes, parce que ces voies de recours sont au nombre de celles *qui sont exclusivement*

(1) Zachariæ, 2^e édition (Aubry et Rau), t. II, p. 335, note 42.

attachées à la personne. Mais si tel est leur véritable caractère, la volonté du créancier ne peut les détacher en quelque sorte pour les transporter sur autrui. Il y a d'ailleurs impossibilité rationnelle, comme nous l'avons déjà indiqué en droit romain, de concevoir le transfert d'une action de ce genre. Comment, en effet, le cessionnaire pourrait-il exercer en justice le droit cédé sans le concours principal et actif du cédant lui-même? Comment une action en dommages et intérêts à raison de coups et blessures pourrait-elle être efficacement introduite à la requête d'un tiers? Ne peut-on pas, d'ailleurs, considérer cette voie de recours comme constituant un droit litigieux dans le sens de l'art. 1597? On reconnaît, en effet, qu'un droit est litigieux, dès qu'il existe des circonstances de nature à faire présumer qu'il donnera lieu à un procès (1).

Admettons donc que ce qu'il y a de cessible dans l'hypothèse que nous venons de supposer, ce n'est pas le droit de demande envisagé en lui-même, mais bien le bénéfice éventuel pouvant résulter de l'exercice de ce droit par le créancier originaire : en d'autres termes, l'objet du transport est dans ce cas une pure éventualité. Notre formule est donc appelée à régir cette hypothèse.

Mais en sera-t-il de même lorsqu'il s'agit de l'art. 1446 du Code Napoléon?

D'après ce texte, les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens. S'appuyant sur cette proposition, on a dit : voilà un cas où un droit n'est pas exerçable par les créanciers, puisqu'il est, d'après l'article 1466, *exclusivement attaché à la personne*, et néanmoins il est cessible, puisque les créanciers peuvent le faire valoir avec l'autorisation de la femme. Il est vrai que l'art. 1446 paraît, par sa rédaction, manifestement contraire à notre règle générale. Cependant, si

(1) Zachariæ, *ibidem*, p. 372.

nous nous pénétrons de la manière dont ce texte doit être appliqué, nous nous convaincrions de suite qu'il est mal rédigé et qu'il consacre au profit des créanciers de la femme *un simple droit d'intervention*, et non pas précisément la faculté d'*exercer seuls*, dans leur intérêt exclusif et sans le concours de la femme, le droit de demander la séparation de biens. Il y a, en effet, impossibilité de concevoir l'instruction d'un procès de cette nature sans la participation active et personnelle de la femme. Ces considérations nous amènent donc à reconnaître que ce n'est pas une véritable cession que l'épouse fait de son droit, lorsqu'elle donne le consentement dont parle l'art. 1446.

II. Arrivons maintenant aux choses qui sont comprises d'ordinaire dans la cession.

L'art. 1692 porte que la vente d'une créance s'étend aux accessoires de cette créance, tels que cautionnement, privilège et hypothèque. Ce texte est simplement démonstratif, mais nullement limitatif. Il n'y a donc que l'analyse qui puisse nous faire connaître les accessoires qui suivent le droit aliéné. Nous devons ajouter à l'énumération que contient l'art. 1692, tous les moyens d'exécution qui compétaient au cédant, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention, tels que les actions judiciaires, la contrainte par corps, la compétence du tribunal, etc., etc. (1).

Les fruits, arrérages et intérêts échus depuis le transport, appartiennent au cessionnaire (2).

Ce point est incontestable. Mais en est-il de même de ceux

(1) Duvergier, *Traité de la Vente*, t. II, nos 217 et 218. — Toullier, t. VI, n° 421.

(2) Entre le vendeur et l'acheteur, cette proposition ne présente aucun doute. La cession n'a pas même besoin d'être rendue publique; mais cette condition est-elle indispensable pour que les fruits soient acquis au cessionnaire *erga alios*? Nous renvoyons l'examen de cette question à notre chap. III, section deuxième.

qui se trouvent déjà acquis au moment de l'aliénation ? Nous supposons, bien entendu, qu'ils n'ont pas été payés, qu'ils sont encore dus, car sinon la question n'offrirait plus matière à discussion. Nous pensons qu'à défaut de clauses qui démontrent suffisamment l'intention des parties, ces fruits doivent être alloués à l'acheteur comme une dépendance de la chose vendue. C'était au cédant à s'expliquer sur ce sujet. Son silence et l'obscurité qui en a été la conséquence, doivent être interprétés contre lui, conformément d'ailleurs au principe doctrinal de l'art. 1602 (1).

Le cédant est aussi tenu de remettre au cessionnaire tout ce qu'il a retiré de la créance, soit par suite de paiements déjà faits par le cédé, soit par suite de compensation (2).

C'est ici le lieu de nous occuper d'un point de droit qui a été longtemps débattu.

La cession comprend-elle, à titre d'accessoires, les actions rescindantes et rescisoires ? Ainsi, lorsque l'aliénateur d'un immeuble transporte à un tiers ses droits contre l'acquéreur, le cessionnaire a-t-il qualité pour se prévaloir de toutes les actions qui incomberaient à son auteur, si celui-ci n'avait pas consenti au transport, pour demander, soit la nullité, soit la rescision ou bien la résolution de la vente ? Pour répondre à cette question, nous croyons utile et même nécessaire de poser deux hypothèses :

1^o Supposons d'abord que le vendeur ait simplement cédé sa créance contre l'acheteur. Dans ce cas, nous sommes d'avis que le cessionnaire ne peut se servir que des actions qui tendent au paiement, et non de celles qui ont pour but l'annulation de la vente. Ces dernières, en effet, ne sont pas susceptibles d'être considérées comme un accessoire de la chose aliénée. Il était bien permis au cédant de vouloir que le contrat ne prit pas fin, et que les actions dont il s'agit ne fussent

(1) M. Troplong, *Vente*, n^o 915. — Marcadé, sur l'art. 1692, n^o 1.

(2) L. 23, § 1, D., *De hered. vel act. vendita*.

exercées ni par lui, ni par son ayant-cause, et l'on doit présumer que telle a été son intention lorsque, dans le contrat auquel il a souscrit, il n'a énoncé que sa créance. Nous allons même jusqu'à admettre qu'en pareille hypothèse, le cessionnaire est non recevable à faire prononcer la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix. Cette demande, en effet, ne peut être considérée comme une dépendance du droit cédé, puisqu'elle tend à détruire avec la vente la créance elle-même. Demander la résolution, c'est répudier la créance, c'est transformer l'objet de la cession en un droit autre que celui que les parties ont eu en vue lors de la création du rapport juridique (1).

2^o Supposons maintenant que le cédant ait transmis en termes généraux tous ses droits et actions contre l'acheteur, sans rien spécifier, mais aussi sans faire aucune restriction.

Dans la jurisprudence contemporaine des Parlements, on prétendait que, même dans ce cas, la cession ne comprenait pas les actions rescindantes et rescisoires, et on exigeait, pour que le cessionnaire pût les invoquer, qu'elles lui eussent été cédées spécialement et nominativement (2).

Mais, sous l'empire du Code Napoléon, cette opinion a été universellement repoussée. On reconnaît aujourd'hui que le transport, réalisé dans les termes que nous venons de supposer, donne à l'acheteur de la créance la faculté de se servir des actions en rescision, en nullité ou en résolution, et que celui-ci ne peut être privé de ce droit qu'autant que le cédant s'y est opposé par une clause formelle, ou que des circonstances de fait viennent démontrer que l'intention commune des contractants a été d'exclure du contrat les actions dont il s'agit (3). Quand on transmet, en effet, d'une manière géné-

(1) Marcadé, sur l'art. 1692, n^o 2. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. iv, p. 330, note 20.

(2) Rousseau de Lacombe, V^o Transport, n^o 6. — Brodeau sur Louet, t. i, lettre C, n^o 42.

(3) M. Troplong, *Vente*, n^o 946

rale toutes ses actions, quel motif y aurait-il d'empêcher le transport d'embrasser les actions rescindantes et rescisoires (1) ?

II.

Du prix.

Le prix est aussi rangé au nombre des éléments constitutifs du transport-cession. Ce n'est pas à dire cependant qu'un droit ne puisse être l'objet d'une disposition à titre gratuit, faite en la forme des donations entre-vifs ou testamentaires ; mais alors c'est un contrat d'une nature entièrement différente qui intervient entre les parties ; c'est une véritable libéralité qui ne doit nullement arrêter notre attention, puisque notre travail ne s'applique qu'au transport-cession, c'est-à-dire à la vente des créances.

Nous avons déjà vu, dans notre première partie (2), que le prix de la cession doit, comme dans tout contrat de vente : 1^o consister en argent monnayé ; 2^o être certain et déterminé ; 3^o être sérieux. Nous ne reviendrons, ni sur ces conditions, ni sur les motifs qui les ont fait admettre, nous nous bornerons seulement à rechercher si le transport est rescindable pour cause de lésion. La négative nous paraît hors de doute ; car, d'une part, le cessionnaire qui se charge de l'incertitude et surtout des embarras qu'amène presque toujours le recouvrement d'un droit, peut très légitimement ne le faire que sous la réserve d'une réduction sur le montant de la créance, et d'autre part, la rescision pour cause de vilité du prix, n'a été

(1) Il est reconnu, en jurisprudence, que ce point de droit présente une simple question d'intention pour laquelle les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation, pouvoir qui échappe à la censure de la Cour suprême. Un arrêt de date récente a consacré ces principes. — Arrêt de Cassation (sect. des req., 22 juin 1850).

(2) Première partie, chap. II, § 2.

instituée par la loi qu'au profit du vendeur d'immeubles, puisque les dispositions qui y sont relatives ne se réfèrent, tant par la place qu'elles occupent, que par les expressions dont s'est servi le législateur, qu'à l'aliénation des immeubles (1).

Si en cette matière il est permis d'accorder aux parties toute latitude pour la fixation du prix de la vente, il faut néanmoins proscrire toute convention qui tendrait à cacher des prêts usuraires et annuler alors la cession, non par le motif qu'elle lèse les intérêts du cédant, mais parce qu'elle est entachée de dol et de fraude, en un mot, d'un vice de nature à en paralyser les effets (2).

III.

Du consentement.

Le transport-cession n'étant, comme nous l'avons vu, qu'une

(1) Malgré le respect que doit porter à Pothier tout adepte de la science juridique, nous ne pouvons nous empêcher de critiquer une longue dissertation, insérée par ce célèbre jurisconsulte dans son *Traité de la Vente*, et qui se résume à défendre à tout homme consciencieux d'acheter des créances pour un prix inférieur à la somme due. (Pothier, *Traité de la Vente*, p. 228). Nous ne sommes nullement partisans de l'interprétation équitable, car, le plus souvent, sous des raisons spécieuses de justice, elle aboutit à la consécration de doctrines complètement erronées. Sans prendre un exemple en dehors de notre sujet, il nous est facile de justifier l'exactitude de notre proposition. Demandons-nous, en effet, s'il y a iniquité d'acquérir une créance pour un prix moindre que la valeur nominale du titre? Si nous ne perdons pas de vue que le débiteur cédé, aujourd'hui solvable, peut demain tomber en déconfiture :

Irus et est subito, qui modo Cræsus erat;

que le recouvrement d'une créance nécessite parfois des peines excessives, des procès longs et coûteux, notre réponse ne peut être que négative.

Le cessionnaire court un risque, il doit avoir une compensation; il a des soucis qui légitiment en quelque sorte la différence qui existe entre le prix de cession et le *quantum* de la créance.

Un arrêt de Rennes (18 mai 1821), fortement motivé, est un monument de jurisprudence précieux à examiner.

(2) Sect. des req., 10 novembre 1836.

variété de la vente, requiert, de même que ce contrat, le consentement mutuel des parties. Ce consentement doit être exempt d'erreur, de dol et de violence; mais il ne suffit pas qu'il ne soit pas entaché d'un vice originel, il faut encore qu'il émane, pour être efficace, de personnes capables de consentir à un transport, et, à cet égard, il faut suivre les mêmes règles que pour les ventes de choses corporelles (art. 1594, C. N.).

Les cessions faites par ou pour les mineurs, les interdits, les faillis, les femmes mariées, sont régies par les principes qui déterminent la capacité et le mode d'action de ces personnes ou de ceux qui les représentent. A ce sujet, nous croyons utile de passer rapidement en revue chacun de ces incapables, et d'examiner successivement les formalités qui leur sont imposées pour arriver à transférer les créances dont ils peuvent être titulaires.

1^o Le pupille, tant qu'il est dans les liens de la minorité, est dans l'impuissance d'agir par lui-même. Son tuteur a mission légale de le représenter dans les divers actes de la vie juridique. Si l'art. 450 (C. N.) défend à cet administrateur, par des motifs empruntés à la législation romaine (1), d'accepter, dans son intérêt personnel, la cession d'un droit ou d'une créance contre son pupille, il ne lui interdit pas de transférer à des tiers les droits qui reposent sur la tête du mineur. Mais cet acte constitue alors une véritable aliénation, et ne peut donc être valable s'il s'agit de droits immobiliers, qu'autant que le transport en est autorisé par une délibération du conseil de famille, délibération dûment homologuée dans les formes voulues par la loi (2).

S'il est, au contraire, question de droits purement mobiliers, la cession qui est consentie rentre alors dans la nomenclature des actes que le tuteur peut faire en sa qualité d'administrateur, sans autorisation préalable, à moins toutefois qu'il ne

(1) Nouvelle 72, cap. v, § 4.

(2) Arrêt de Cass., 24 décembre 1836.

s'agisse d'un transfert de droits successifs, car, dans ce cas, l'art. 464 (C. N.) doit recevoir son application, sans qu'on ait à distinguer si l'hérédité comprend des droits, soit mobiliers, soit immobiliers (1).

2° L'art. 509 (C. N.) dispose que l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et *pour ses biens*. Il faut donc étendre à l'interdit les principes que nous venons d'exposer sur le transfert des créances du pupille.

3° Le prodigue qui se trouve soumis à la surveillance d'un conseil, n'est capable de réaliser un transport qu'avec le consentement de ce dernier (art. 513, C. N.).

4° Pour apprécier la légalité de la cession consentie par un commerçant, qui postérieurement à ce contrat tombe en faillite, il faut poser trois hypothèses (2) :

1° Si le transport a eu lieu dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, il est valable, et la masse des créanciers ne peut en demander l'annulation qu'autant qu'il y a eu concert frauduleux de la part du cessionnaire et du cédant. En un mot, il faut suivre les prescriptions réglementaires de l'art. 4467 en ce qui concerne l'action Paulienne ou révocatoire.

2° Supposons maintenant que l'aliénation de la créance ait été effectuée depuis la cessation des paiements, mais, bien entendu, avant le jugement déclaratif de faillite. Dans ce cas, la cession n'est valable qu'autant que le cessionnaire n'a pas eu connaissance de la cessation des paiements; dans l'hypothèse inverse, elle est nulle.

Les intéressés pourront donc encore se pourvoir par l'action

(1) Cour de Pau, 30 janvier 1852. — D. P., 52, 2, 58.

(2) Nous ne nous occupons pas du transport consenti par un failli. Nous savons, en effet, que le jugement déclaratif de faillite, dès qu'il est prononcé, prive le débiteur du droit de disposer des biens qui composaient son patrimoine et qui, dès-lors, deviennent la propriété de la masse des créanciers, représentée par des syndics.

Paulienne ; car la simple connaissance qu'a eu le cessionnaire de la cessation des paiements, constitue, d'après l'art. 447 (C. Com.), une présomption légale de fraude, qui dispensera les demandeurs d'établir le *consilium fraudis* d'une autre manière.

3^o Supposons que le transport, après avoir été fait dans l'une ou l'autre période que nous venons d'examiner, n'ait été signifié au débiteur ou accepté par ce dernier que postérieurement à la déclaration de faillite, quel sera son sort ?

M. Pardessus a prétendu que la cession était parfaite et opposable à la masse des créanciers, nonobstant son défaut de publicité. A l'appui de son opinion, ce jurisconsulte a invoqué les arguments suivants : partant du principe que la masse représente le failli, que ce dernier n'est dessaisi au profit de ses créanciers que de l'actif dont lui-même était valablement propriétaire au jour du jugement déclaratif de faillite, il reconnaît que le cessionnaire étant, aux termes mêmes des articles 1689 et 1690 (C. N.), nanti de la créance à l'égard de l'aliénateur par la remise des titres, la masse, considérée comme un ayant-cause du cédant, doit être tenue de respecter un acte que ce dernier n'aurait pu attaquer (1).

Ce système, malgré l'autorité de son auteur, a été universellement rejeté. On admet aujourd'hui, et nous partageons cette opinion, que les créanciers, tout en représentant le failli, puisqu'ils exercent ses droits, ne perdent pas les leurs, que leur qualité de *procurator* du failli, n'absorbe point leur qualité de tiers créanciers ; que, par suite, on ne peut les obliger à subir un acte qui ne revêt pas les formes voulues par la loi, pour être opposable aux tiers ; que le cessionnaire doit d'ailleurs imputer à sa négligence de n'avoir pas, avant le jugement déclaratif de faillite, complété son titre et pris les sûretés résultant de la publicité du transport ; que le Code Napoléon, en regardant comme non avenue, *erga alios*, la cession dont l'existence n'a pas été révélée, n'a fait aucune

(1) Pardessus, t. III, nos 246 et 4487.

exception, et a considéré comme tiers tout individu ayant des droits et des intérêts distincts de ceux des contractants, c'est-à-dire du cessionnaire et du cédant; qu'enfin, c'est surtout en cette matière que les précautions inventées par le législateur pour prévenir tout transport frauduleux, doivent être appliquées d'une manière rigoureuse (1).

Toutes ces considérations, qui se trouvent développées dans de nombreux auteurs, mais dont nous ne pouvons que présenter le sommaire, vu le cadre restreint de notre travail, ont fait admettre presque unanimement que la vente de créances consentie par un commerçant, frappé d'un jugement déclaratif de faillite, dans les conditions que nous avons supposées, n'est pas susceptible d'être opposée par le cessionnaire à la masse des créanciers (2).

4° La capacité des femmes mariées, en matière de transport, varie suivant le régime qui règle leurs conventions matrimoniales :

Si la femme est commune, la créance tombe en principe dans la communauté. Le mari, qui est alors le chef de l'association conjugale, peut seul consentir à l'aliénation. Sous ce régime, la créance peut parfois être propre en vertu de certaines clauses, dont l'examen ne saurait entrer dans notre sujet. Dans ce cas, la femme a seule qualité pour opérer la cession, pourvu qu'elle se fasse, au préalable, autoriser par son mari.

(1) Duranton, *Vente*, n° 498. — Troplong, *Vente*, n° 914. — Renouard, t. 1, p. 363. — Bordeaux, 48 août 1829. — Cass., 43 juillet 1830. — Colmar, 47 juillet 1843, etc., etc.

(2) La déconfiture, dont parlent si souvent les textes du Code Napoléon, sans avoir eu le soin d'en définir les effets, rend le débiteur incapable de disposer de ses biens. Ce point est incontestable. Il faut en tirer la conséquence que le transport fait au profit d'un créancier unique par le débiteur, postérieurement à sa déconfiture, est réputé nul à l'égard des autres créanciers, tous ayant dans ce cas le droit de venir par contribution sur le montant de la créance vendue (Arrêt de Bruxelles, 23 mars 1844).

Si les époux sont mariés sous le régime dotal, la créance constituée en dot est de nature à devenir l'objet d'un transport, car nous sommes de ceux qui pensent que la dot mobilière est parfaitement aliénable. Dans ces conditions, le transport doit émaner de la femme, munie encore, au préalable, de l'autorisation maritale.

Si la femme est séparée de corps ou de biens avec son mari, elle a, dans cette nouvelle hypothèse, le droit de vendre son mobilier, sans être tenue de demander à son époux une autorisation. Elle a donc toute latitude pour adhérer à un transport.

Quant à la créance paraphernale, c'est-à-dire non constituée dotale, la femme a toute capacité pour en opérer la cession de son autorité privée, puisqu'elle est réputée mariée, par rapport à ses paraphernaux, sous le régime de la séparation de biens (1).

CHAPITRE III.

Des effets du transport-cession.

Après avoir distingué le transport-cession des autres modes de transmission d'une créance, en avoir indiqué les formes et les éléments requis pour sa validité, nous devons, afin de suivre une marche régulière, nous occuper des effets que ce contrat peut produire. Ces effets, nous les envisagerons : 1^o entre les parties ; 2^o par rapport aux tiers ; 3^o par rapport aux droits accessoires qui, d'ordinaire, accompagnent le titre principal. A chacune de ces divisions correspondra une section spéciale.

SECTION PREMIÈRE.

Des effets du transport-cession entre les parties.

Dès que le cédant et le cessionnaire sont d'accord sur le

(1) Duranton, t. xv, n^o 343.

prix et les conditions du contrat, la cession est parfaite *inter partes*. La remise des titres, prescrite par l'art. 1689 (C. N.), constitue seulement un simple mode d'exécution.

Dès la perfection de la vente, il y a pour le vendeur nécessité de garantir à l'acheteur l'existence de la créance aliénée, et pour le cessionnaire, engagement de payer au cédant le prix convenu, qui n'est en réalité que la compensation de la chose vendue.

Le consentement a donc établi entre les parties des relations juridiques qui ne peuvent plus disparaître. Les formalités exigées par la loi dans l'art. 1690, afin de rendre le transport opposable *erga alios*, ne leur sont nullement applicables. Entre elles et leurs successeurs universels (1), la convention existe par le seul effet du consentement, et doit être exécutée dans sa pleine et entière teneur, tant qu'il ne s'agit pas de l'invoquer contre des tiers, c'est-à-dire des personnes autres que le cédant et le cessionnaire.

SECTION DEUXIÈME.

Des effets du transport-cession par rapport aux tiers.

Si le consentement suffit pour créer un lien juridique entre le cédant et le cessionnaire, il n'en est pas de même à l'égard des tiers. On comprend, en effet, que ceux-ci n'ayant pas pris part au contrat, ne peuvent subir les conséquences d'un acte auquel ils ont été complètement étrangers. Nous avons eu déjà (2) l'occasion d'indiquer le double moyen imaginé par la loi pour leur notifier, en quelque sorte, l'existence d'une convention destinée à modifier, d'une manière sensible, leur position. Nous nous garderons de revenir ici sur les explications que nous avons ailleurs développées. Nous nous bornerons à

(1) *Qui personam defuncti sustinent.*

(2) 2^e partie, chap. 4^{er}.

faire appel aux souvenirs du lecteur et à le renvoyer, au besoin, à notre chapitre I^{er}.

Sous le bénéfice de ces considérations, nous pouvons poser, en principe, que tant que le transport n'a pas été signifié au débiteur ou accepté par ce dernier, il est réputé comme non venu à l'égard des tiers, et, par tiers, il faut comprendre toute personne autre que les parties contractantes (1) ou leurs successeurs universels.

De cette proposition, nous devons déduire bon nombre de conséquences que nous allons énumérer successivement :

1^o Si le transport n'a pas été rendu public, le cédant a seul qualité pour poursuivre le débiteur, sans que celui-ci puisse se prévaloir, pour refuser le paiement, de la cession qui est intervenue. En effet, vis-à-vis des tiers, le vendeur reste saisi de la créance jusqu'au moment de la dénonciation du transfert; or, la qualité de tiers ne peut être contestée au cédé, puisqu'elle résulte des expressions même de l'art. 1689, ainsi conçu : « Dans le transport d'une créance, d'une action sur un tiers, etc..... (2). »

2^o Le débiteur, à qui l'aliénation n'a pas été notifiée, peut obliger son créancier à recevoir la prestation promise. Il a été jugé, par exemple, que le débiteur d'une rente, à qui n'a point été adressée la signification de la vente de cette rente, a pu faire valablement des offres de remboursement au cédant (3). Les raisons de décider sont les mêmes que dans le cas précédent.

3^o Le tiers détenteur d'un immeuble, poursuivi en délaissement pour une créance inscrite, n'est pas non plus recevable, si la cession est restée cachée, à prétendre que celui qui l'actionne n'a plus qualité, par le motif qu'il a transmis ses

(1) Lamoignon, t. 1, p. 138, n^o 4. — Pothier, n^o 553, *Vente*, édit. Bugnet. — Rousseau de Lacombe, V^o Transport.

(2) Arrêt de Cass., 24 déc. 1827. — Dalloz, 28, 4, 46.

(3) Cass., 22 prairial an XII.

droits à un tiers. C'est toujours la conséquence des mêmes principes, s'appliquant seulement à des hypothèses variées.

4^o Une nouvelle déduction qui s'appuie incontestablement sur notre proposition, c'est que le cédant peut, jusqu'au jour, soit de la signification, soit de l'acceptation, faire tous actes conservatoires, et notamment prendre ou renouveler les inscriptions hypothécaires qui assurent le recouvrement de la créance dont il a consenti le transfert (1).

Si l'on suivait à l'égard du cessionnaire la rigueur du droit, on devrait reconnaître que tant que le transport n'a pas été rendu public, c'est-à-dire, en d'autres termes, n'a été ni signifié, ni accepté, il est sans qualité pour faire, vis-à-vis des tiers, même de simples actes conservatoires. On lui a cependant accordé, grâce à une interprétation équitable dont nous sommes partisans, la faculté de requérir inscription en son nom personnel, avant même d'avoir notifié son titre au débiteur. Mais si nous nous sentons portés à autoriser le cessionnaire, qui ne s'est pas encore conformé aux prescriptions de l'art. 1690, à prendre des mesures conservatoires, notre indulgence ne peut aller néanmoins, sans violer les vrais principes, jusqu'à lui concéder le privilège de troubler les droits des tiers, d'inquiéter la position qu'ils se sont faite, de leur enlever enfin le bénéfice de jugements ou de contrats qui leur sont acquis. Nous lui refusons donc, tant que la cession est cachée, de former par exemple, à titre de créancier, la surenchère d'un dixième qui a sa source dans l'art. 2185 du Code Napoléon.

Il semblerait qu'il y a contradiction de notre part à permettre au cessionnaire de renouveler, en son nom personnel et avant la signification du transport, l'inscription hypothécaire garantissant la créance cédée, et à lui refuser cependant le droit de surenchérir, que la loi accorde à tout créancier ins-

(1) Duvergier, t. II, n^o 204. — Marcadé, art. 1689, 1691. — Arrêt de Bordeaux, 29 avril 1829.

crit (art. 2185, C. N.). Mais nous ferons remarquer que le renouvellement que nous autorisons l'acheteur à requérir, ne peut valoir que comme mesure conservatoire, tant qu'il n'a pas notifié son titre, et que cette notification peut seule lui donner la faculté de procéder par voie d'action, c'est-à-dire de provoquer la mise aux enchères.

5° La cession, dont l'existence n'est pas révélée, étant sans effet à l'égard du cédé, celui-ci, s'il paie dans ces conditions au cédant, obtient bonne et valable décharge, et ce que la loi dit dans son art. 1694, au sujet du paiement versé entre les mains du créancier originaire, il faut l'appliquer en général à tout fait qui est de nature à éteindre la dette entre le cédé et le cédant, pourvu, bien entendu, que ce fait vienne à s'accomplir avant la notification du transfert. Le cessionnaire ne peut, dans ce cas, intenter son action contre le débiteur; il doit recourir contre son vendeur, et exiger de lui une juste indemnité au moyen de l'action *ex empto*.

Il pourrait néanmoins s'élever quelques difficultés dans le cas où le cédant a fait délivrance au cessionnaire des titres constatant sa créance, et où le paiement a été effectué par le débiteur cédé postérieurement à cette délivrance, c'est-à-dire à une époque où le créancier, étant dessaisi de son titre, était dans l'impossibilité de le remettre au promettant. Ne pourrait-on pas dire alors que ce dernier est en faute d'avoir payé, et que l'absence des titres entre les mains du créancier suffisait pour l'avertir que probablement ce dernier en avait déjà disposé par voie de cession? La négative nous paraît certaine. Le débiteur, en obtenant quittance, détruisait définitivement le titre; il n'avait donc pas besoin d'en retirer l'original.

6° L'acheteur, qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'art. 1690, n'est pas recevable à former tierce-opposition au jugement qui est intervenu entre le débiteur et le stipulant primitif. On comprend, en effet, que si le cédé, en payant au cédant avant la dénonciation du transfert, est valablement

libéré, comme nous l'avons vu d'ailleurs au paragraphe précédent, il doit en être de même, et à plus forte raison, si sa libération est prononcée par un jugement intervenu entre lui et le créancier originaire, avant que le transport n'ait été rendu public.

Le cessionnaire, avant d'avoir complété son titre, n'est pas d'ailleurs au nombre de ceux qui auraient dû être appelés dans l'instance. Mais s'il n'a pas qualité pour faire tierce-opposition, il a incontestablement le droit, comme tout créancier du cédant, d'intervenir dans le procès pendant entre ce dernier et le débiteur cédé. Il faut seulement remarquer que son acte d'intervention constituera alors une notification du transfert.

7° Tant que la cession n'est pas mise au grand jour, la compensation ne peut s'établir entre le cessionnaire et le cédé; elle continue au contraire à avoir lieu entre ce dernier et le cédant.

8° Le vendeur peut aussi, malgré le scandale d'un pareil acte, vendre à un second cessionnaire la créance qui a déjà été, de sa part, l'objet d'une aliénation précédente. Celui des deux acheteurs qui, le premier, a notifié au débiteur le transport fait à son profit, doit alors être préféré à l'autre, lors même que la cession consentie à ce dernier serait d'une date antérieure. Cette solution découle toujours du principe posé dans l'art. 1690, que tout cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la dénonciation de son titre au débiteur cédé. D'après certains auteurs, on peut encore y voir une application de la règle formulée par l'art. 1144, en vertu de laquelle, si la chose que l'on a promis de livrer successivement à deux personnes est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle obtient la préférence, et en reste propriétaire incommutable, encore que son titre soit postérieur en date (1).

Ce raisonnement n'est pas exact. On sait, en effet, que

(1) Troplong, n° 888. — Duvergier, n° 492, t. II.

l'art. 1444 du Code Napoléon consacre le résultat d'une *prescription instantanée*, qui s'opère au profit du second acquéreur d'un objet mobilier, qui a été livré au préjudice d'un premier acheteur, dont le droit de propriété se trouve ainsi anéanti.

L'art. 1444 suppose donc que le premier acquéreur était réellement propriétaire, mais que la propriété a disparu par l'effet de la prescription acquisitive, qui s'est accomplie instantanément en faveur du second, à la condition cependant, comme le dit l'art. 1444, que la possession ait été de bonne foi. Or, en matière de cession, il s'agit d'un élément juridique incorporel, échappant par sa nature à l'application des règles concernant la prescription et la possession, et quand même on voudrait fictivement étendre ces règles aux créances, il ne faudrait pas perdre de vue que le premier cessionnaire n'est pas devenu titulaire du *nomen erga alios*, tant qu'il n'y a pas eu notification, et que, par suite, il ne saurait être question d'invoquer en pareille matière l'art. 1444, qui obligerait au contraire à supposer qu'il l'est devenu.

9° Les créanciers du cédant peuvent enfin, tant que les formalités de l'art. 1690 n'ont pas été remplies, saisir entre les mains du cédé au préjudice du cessionnaire (1). Les créanciers dont les droits n'ont pris naissance que postérieurement au transport, mais cependant toujours avant que cet acte n'ait été rendu public, jouissent du même privilège (2). L'acheteur n'a d'action, dans ces diverses hypothèses, que contre son auteur. Il est autorisé à le poursuivre pour le contraindre, soit à lui rapporter la main-levée des saisies-arrêts, soit à lui payer la somme que ces oppositions l'empêchent de toucher du cédé.

S'il est vrai que la notification faite par le cessionnaire, postérieurement à ces saisies-arrêts, n'est pas susceptible de por-

(1) Pothier, *Traité de la Vente*, édit. Bugnet, n° 556.

(2) Ferrières sur Paris, art. 408.

ter atteinte à la position déjà acquise par les créanciers, il est cependant hors de doute que les droits de ces saisissants n'excluent pas d'une manière absolue ceux de l'acquéreur. Le prix de cession, s'il a été compté, le constitue en effet créancier de l'aliénateur, et il est admis généralement, en procédure, que la dénonciation du transfert équivaut en sa faveur à une véritable saisie-arrêt, et lui permet, en outre, de venir au partage de la somme due, concurremment avec les saisissants qui lui sont antérieurs (1). Cette question ne tardera pas à se représenter à notre examen; nous nous bornerons donc, pour le moment, à l'indiquer, nous réservant de lui consacrer ultérieurement de plus amples explications.

Nous avons parcouru successivement les principales conséquences qui dérivent du défaut de publicité de la cession. Avant d'envisager les effets produits par le transport, dont l'existence est révélée conformément aux prescriptions de l'art. 1690, nous devons nous poser deux hypothèses :

1° Quel serait le sort d'une cession qui aurait été acceptée par le débiteur, non par acte authentique, mais par acte sous seing-privé? La validité d'une semblable acceptation nous paraît incontestable. Le débiteur cependant ne manquera pas, pour dégager sa responsabilité, de dire que la cession est à son égard comme non avenue, puisqu'il n'y a point été partie; puisque les formalités exigées par l'art. 1690, pour le lier au contrat, n'ont pas été valablement remplies. Mais on lui répondra victorieusement que si, dans l'espèce supposée, l'art. 1690 ne lui est pas applicable, il n'en est pas de même de l'art. 1322. Le cédé, en effet, s'est engagé envers le cessionnaire à rompre toute relation avec le créancier originaire; s'il contrevient à sa promesse, dont la validité ne dépend nullement de la forme qui la constate, il est tenu, en équité et en droit, de réparer le préjudice qu'il cause en violant la foi jurée. Nous lui impo-

(1) MM. Pigeau, Persil, t. II, p. 63. — Duvergier, t. I, n° 200. — Arrêt de la Cour de Riom, du 16 mai 1851. — Dalloz, P. 54, 2, 47.

serions la même obligation, si son acceptation, au lieu d'être écrite, était simplement verbale, pourvu cependant que, dans ce cas, elle fût établie par un aveu, ou bien, encore, si elle résultait d'un fait impliquant nécessairement son adhésion, comme si, par exemple, il avait déjà payé au cessionnaire, soit une portion, soit des intérêts ou des arrérages de la créance aliénée (1).

2° Si le débiteur avait été seulement informé d'une manière indirecte de l'existence du contrat, cette connaissance serait-elle suffisante pour tenir lieu, à son égard, de la publicité du transport? Cette question était controversée dans l'ancien droit. Ferrières se prononçait pour la négative (2). L'affirmative avait aussi ses partisans (3). Sans adopter ni l'une ni l'autre de ces opinions, nous croyons qu'il est plus prudent, sous l'empire du Code Napoléon, de laisser à l'appréciation souveraine des tribunaux le soin de juger si la vente d'une créance, intervenue dans de pareilles conditions, est ou non opposable au cédé. Nous pensons cependant, mais sans avoir la prétention d'établir une formule générale, que si les faits dont on veut induire la connaissance de la cession ont quelque chose de non équivoque; s'ils ne permettent aucun doute sur la volonté du cessionnaire de se prévaloir du transport, le débiteur ne peut, malgré l'inexécution des formalités prescrites par l'art. 1690, se libérer valablement entre les mains du cédant.

Mais si nous admettons que toujours l'acceptation par acte sous seing-privé, et même parfois la connaissance indirecte du contrat sont de nature à suppléer vis-à-vis du cédé au défaut de publicité du transport, devons-nous suivre les mêmes principes lorsqu'il s'agit de tiers autres que le débiteur? La négative nous semble incontestable; car il n'y a pas ici les mêmes raisons de décider.

(1) Ferrières sur Paris, art. 108, § 1, n° 13. — Rousseau de Lacombe, v° Transport. — M. Malleville sur l'art. 1690.

(2) Ferrières, *ut supra*.

(3) Chopin sur Paris, tit. des act. pers., n° 48.

On comprend que le cédé, s'il a accepté la cession par acte sous seing-privé, ne puisse plus prétendre que l'existence du contrat lui ait été cachée, et se prévaloir, par suite, pour dégager sa responsabilité, des dispositions de l'art. 1690. S'il paie, dans ces conditions, au cédant, il manque à sa promesse, puisqu'il s'était engagé à cesser toute relation avec lui : ce qui l'oblige alors d'indemniser personnellement l'acheteur de la créance du préjudice qu'il lui cause, en violant la foi du contrat.

Si au lieu d'avoir accepté le transport par acte sous seing-privé, le cédé en a eu une connaissance indirecte, on s'aperçoit encore que, même dans ce cas, il n'est pas recevable à invoquer le bénéfice de l'art. 1690, puisque ce texte, qui n'a été édicté que pour lui révéler l'existence du transfert, devient sans objet dès que nous supposons que le contrat lui a été dénoncé, sinon d'une manière formelle, du moins indirectement.

Il est donc évident que la théorie que nous avons exposée au sujet du cédé, se justifie par des considérations qui lui sont personnelles, et qu'elle n'est nullement applicable à des tiers autres que le débiteur. Ceux-ci ne peuvent être tenus de subir une cession qui s'est réalisée en dehors des formes voulues par la loi. Pour eux, les actes qui nous ont paru de nature à lier le cédé au contrat sont sans valeur, puisqu'ils y ont été complètement étrangers, et nous irions même jusqu'à reconnaître, que dans le cas où ils viendraient à avoir personnellement une connaissance indirecte du transport, cette connaissance, sauf le cas de fraude, ne serait pas suffisante pour pouvoir suppléer à leur égard à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1690; car, par rapport à eux, les termes de la loi sont tellement explicites, qu'il est impossible, sans y contrevenir d'une façon manifeste, de faire usage d'une large interprétation.

L'art. 1690 dit, en effet, que la cession ne peut avoir d'existence légale vis-à-vis des tiers, qu'à dater de la *signification* ou de l'*acceptation dans un acte authentique*; il faut donc conclure que, jusqu'à l'exécution de l'un ou de l'autre de ces

modes de publicité, le contrat est à leur égard : *res inter alios acta*.

Après avoir résolu ce point de droit, que nous ne pouvions passer sous silence, arrivons aux principaux effets du transfert mis au grand jour.

Son premier résultat est de faire passer sur la tête du cessionnaire tous les droits du cédant contre le débiteur. L'acheteur est autorisé à employer contre le cédé tous les moyens d'exécution qui incombaient au créancier originaire, et nous verrons même bientôt, lors du commentaire de l'art. 1692 (1), que la créance se transmet avec toutes les prérogatives qui y sont attachées, telles que cautions, privilèges et hypothèques.

La cession opère aussi dans la position du débiteur une modification dont il doit s'empresse de tenir compte, dès la dénonciation du contrat. Le cédé, à partir de ce moment, ne peut plus se libérer entre les mains du stipulant primitif; s'il s'acquitte envers une personne autre que le cessionnaire, il s'expose à payer deux fois, sauf son recours, bien entendu, contre celui qui a reçu ce qui ne lui était pas légitimement dû (2).

Il y a encore dans la situation du débiteur, comme conséquence nouvelle de la publicité du transfert, une transformation sérieuse en ce qui concerne les quittances sous seing-privé et non enregistrées que peut lui avoir fournies le cédant avant la dénonciation du transport. On comprend que des difficultés graves peuvent s'élever sur la question de savoir si les paiements, constatés par ces quittances, ont été faits avant ou après la notification; si, en d'autres termes, le cessionnaire doit ou non les subir?

L'affirmative nous paraît hors de doute; car on ne peut contraindre tout débiteur, qui paie, à prendre des quittances authentiques en prévision de la signification qui pourrait lui

(1) Chap. III, sect. 3, deuxième partie.

(2) Arrêt de la Cour de Paris, 12 janvier 1826.

être ultérieurement faite d'un transport, dont il n'a nulle connaissance au moment où il s'acquitte. Une telle exigence porterait certainement le trouble dans les relations usuelles de la vie, et entraverait, au lieu de les faciliter, les libérations des débiteurs.

Ces raisons ont fait admettre généralement que les quittances sous seing-privé sont de nature à établir les à-comptes que le cédé a pu déjà avoir versés entre les mains du cédant.

Si nous partageons cette opinion, ce n'est certes pas parce que nous considérons le cessionnaire comme l'ayant-cause du cédant, comme devant répondre à tous les moyens de défense opposables à son auteur. Si nous justifions notre théorie par de pareils arguments, nous tomberions dans une erreur blâmable, puisqu'à l'égard du créancier originaire, celui qui lui succède est bien un tiers, et qu'ainsi, si l'on se conformait à la rigueur des principes, il faudrait appliquer l'art. 1328, et exiger, par suite, que les quittances produites eussent date certaine. Si nous suivons cette doctrine, c'est parce que nous pensons qu'elle repose sur des idées pratiques; qu'il est d'un usage constant et universel de ne pas faire enregistrer les actes libératoires, et qu'il faut tenir compte, dans une certaine mesure, de ces habitudes que révèle une expérience de chaque jour. Il ne faudrait pas croire cependant qu'il suffise toujours au débiteur de montrer des quittances, portant une date antérieure à la notification du transport, pour détruire complètement l'effet de cette signification.

Décider ainsi, ce serait laisser trop de latitude à la fraude. Mais alors, quelle règle d'interprétation doit-on consacrer en cette matière? Sur ce point, nous trouvons les auteurs en désaccord. Les uns suivent les errements de la jurisprudence contemporaine des Parlements, et reconnaissent avec elle que ces actes libératoires ne doivent faire foi contre le cessionnaire, qu'autant qu'ils sont opposés au moment même de la signification ou incontinent après (1).

(1) Ferrières sur Paris, 404, § 4; n° 25. — Bourjon, t. 1, p. 466, n° 40.

Les autres, au contraire, sont d'avis de laisser au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, le soin d'apprécier si les quittances sont ou non sincères. Nous ne cachons pas notre préférence pour ce dernier système, car, d'un côté, il peut arriver que la production immédiate de quittances véridiques soit impossible, et comme, d'un autre côté, il ne faut qu'une seconde pour antidater, il se pourrait très bien qu'une quittance frauduleuse fût produite au moment même de la signification ou peu de temps après (1).

La cession dont l'existence est légalement révélée, serait encore un obstacle à ce que le débiteur pût se prévaloir contre le cessionnaire d'une contre-lettre, dans laquelle le cédant aurait déclaré que la créance est simulée, et même sous l'empire du Code Napoléon on n'admettrait pas le tempérament, consacré par l'ancien droit, qui avait égard à ces sortes d'actes lorsqu'ils étaient présentés incontinent après la notification. Il est, en effet, de principe absolu, que les contre-lettres ne peuvent avoir d'efficacité qu'entre les parties, qu'elles sont comme non-venues par rapport aux tiers.

A part ces modifications, les droits du cédé restent, pour le cessionnaire, ce qu'ils étaient pour le stipulant primitif. En d'autres termes, l'acheteur de la créance doit subir toutes les exceptions opposables aux cédant, et, de plus, répondre à partir de la publicité du transport, à toutes celles qui lui sont personnelles (2).

Il arrive souvent dans la pratique que la cession s'exécute entre le cédant et le cessionnaire, à l'aide d'un mandat qui donne à ce dernier le moyen d'agir contre le débiteur, en qualité de simple *procurator* du créancier originaire, et qui lui permet d'échapper ainsi aux exceptions qui lui sont personnelles, et qu'il devrait subir s'il se montrait comme le titulaire de la créance. Ajoutons cependant que cet expédient

(1) Duvergier, t. II, n° 224.

(2) Art. 1295, C. N.

n'est jamais employé que dans les cas où le cessionnaire sait que, vu la position du cédant, il n'y a rien à craindre quant à sa solvabilité ; car autrement il est certain que le cessionnaire n'étant pas par un pareil mandat investi de la propriété du *nomen*, pourrait voir ses droits annihilés par des saisies-arrêts, qui seraient faites au préjudice de son auteur entre les mains du cédé. Reconnaissons aussi que le débiteur pourra être admis, lorsque le cessionnaire cache frauduleusement son titre, à prouver que ce dernier n'est nullement un prétendu mandataire, qu'il agit pour son propre compte, qu'il est bien *procurator*, mais *in rem suam*, qu'il est donc tenu de répondre aux exceptions qui lui sont propres.

Indépendamment des moyens de défense que, d'après les règles ci-dessus, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire, il faut encore noter le retrait litigieux, concédé par l'art. 1699 du Code Napoléon. Nous n'avons pas à nous occuper ici de la prohibition contenue dans l'art. 1597, aux termes duquel certaines personnes sont incapables de devenir cessionnaires des droits litigieux, ressortissant au tribunal dans le ressort duquel elles exercent leurs fonctions. Nous voulons dire seulement quelques mots touchant l'hypothèse où un créancier a cédé un droit litigieux (1), qu'il prétendait pouvoir faire

(1) Nous savons, en effet, que sous l'empire du Code Napoléon, les droits litigieux ne résistent pas plus à une cession que les droits non contestés.

Le caractère d'inaliénabilité, dont ils étaient frappés à Rome, n'existe plus dans la législation française. Aujourd'hui, ils sont parfaitement aliénables. On leur applique seulement les dispositions de la loi *per diversas*, sous le nom de *retrait litigieux*. La Constitution d'Anastase ne s'étend donc plus, comme au temps de Justinien, au transfert des droits non contestés ; elle ne régit de nos jours que l'aliénation des droits litigieux.

Ces innovations ont été heureuses ; car, d'un côté, il était contraire à l'intérêt général de mettre hors du commerce les droits litigieux, et, de l'autre, les lois 22, 23 et 24 (C., iv, 35), quoiqu'elles voulussent atteindre un but louable, celui de protéger le débiteur contre toute cession consentie dans un esprit de fraude ou de vexations, avaient eu

valoir contre une personne déterminée. L'art. 1699 dispose que :

« Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux , peut s'en » faire tenir quitte par le cessionnaire , en lui remboursant le » prix réel de la cession avec les frais et les loyaux coûts , et » avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a » payé le prix de la cession à lui faite. »

La première question que soulève ce texte , est celle de savoir quelle est la nature des droits litigieux auxquels peut s'appliquer la faculté du retrait. S'agit-il seulement des droits de créance , qu'il est possible d'invoquer au moyen d'une action personnelle , ou bien encore des droits réels , qui ne peuvent être constatés qu'à suite d'une action réelle ? L'art. 1699 ne pose à ce sujet aucune distinction. Il faut donc admettre que

à Rome des conséquences fâcheuses. Les dispositions pénales qu'elles décrétaient rendaient très difficile le commerce des créances , et étaient un obstacle permanent à la circulation des valeurs. Aussi , à l'époque contemporaine des Parlements , les auteurs n'étaient pas d'accord sur la portée véritable de ces lois. Quelques-uns prétendaient qu'elles embrassaient , dans la généralité de leurs prescriptions , tous les transports de créances , que ces dernières fussent litigieuses ou incontestables (Buguyon , *De leg. abrog.* , liv. II , chap. 48. — Cambolas , *Decis.* , liv. V , chap. 39. — Despeiss , t. I , sect. 2 , nos 4 et 6 , etc.).

Mais d'autres leur attribuaient une application moins étendue. Ils pensaient qu'elles avaient pour but unique de protéger les plaideurs contre les procédés vexatoires des acheteurs de procès (Dumoulin , *De usur.* , quest. 62 , n° 412 , *in fine.* — Brodeau sur Louet , lettre C , art. 43. — De Henrys , liv. IV , chap. 4 , quest. 6. — Pothier , *Vente* , n° 590). C'est en ce dernier sens que finit par se prononcer la jurisprudence des Parlements ; c'est ce qu'atteste Mornac , qui cite un arrêt de 1586 , prononcé en robes rouges , qui mit fin à la discussion. La règle , circonscrite dès-lors aux cessions de droits litigieux , se répandit dans tout le royaume et même dans les provinces qui ne suivaient pas le droit romain.

Le Code Napoléon (nous l'avons vu) a consacré cette dernière opinion. Reconnaissons qu'il a été bien inspiré dans les deux innovations qu'il a sanctionnées , car nos mœurs ont toujours répugné à tout ce qui pouvait entraver la liberté des transactions.

le transfert de tout droit litigieux (qu'il s'agisse d'un droit réel ou de créance), peut autoriser l'usage du retrait, et ce qui le prouve, c'est la disposition finale de l'art. 1704. Ce texte a, en effet, pour but d'indiquer les hypothèses dans lesquelles il est interdit de recourir au retrait litigieux, et il déclare, notamment dans son paragraphe 3, que la faculté de se prévaloir du bénéfice de l'art. 1699, cesse lorsque la cession du droit litigieux a été consentie au profit du possesseur de l'héritage sujet à ce droit. Donc, quand la cession a été faite à un autre qu'au possesseur, ce dernier peut user du privilège de l'art. 1699. Or, pour que le langage du législateur puisse présenter un sens quelconque, il faut supposer qu'il est question du transport d'une action en revendication, et non pas de la cession d'un droit de créance. Ainsi donc, il n'est pas douteux que le transfert d'une action litigieuse en revendication faite à un autre qu'au possesseur ne donne à ce dernier le droit de repousser le cessionnaire, en offrant de le tenir quitte de tous ses déboursés et accessoires légitimes. Mais que faut-il entendre par cession d'un droit réel litigieux? S'agit-il seulement de la cession de l'action en revendication proprement dite, ou bien faut-il mettre sur la même ligne que cette cession, la vente qui serait faite de l'immeuble même, objet du litige? Il importe de bien préciser, par des exemples, la différence qui existe entre ces deux hypothèses. Si je cède à une personne l'action en revendication que je prétends avoir sur l'immeuble qui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, il n'est pas douteux que ce dernier ne puisse repousser mon cessionnaire par l'exercice du retrait litigieux. Mais si je suis moi-même détenteur d'un immeuble qui a été revendiqué contre moi par un demandeur quelconque, et si pendant le procès je vends à un tiers la propriété de cet héritage, le demandeur pourra-t-il offrir à mon acquéreur le remboursement de ce qu'il a avancé et retirer l'immeuble, sans être obligé de prouver sa qualité de propriétaire? C'est ainsi qu'il importe de poser la question. À ce simple énoncé, et en

suivant d'ailleurs les lumières de la raison la plus vulgaire, on sera conduit à répondre que le législateur n'a pas évidemment entendu concéder le retrait dans une semblable hypothèse. Cependant plusieurs auteurs l'admettent, et les annotateurs de Zachariæ déclarent que cette dernière opinion leur paraît préférable.

« Il leur est impossible, disent-ils, de voir une différence entre la cession d'un droit de propriété litigieux et la vente de l'immeuble même dont la propriété est contestée. Si l'on devait s'arrêter à cette distinction, il serait toujours facile d'éluider le retrait dans les cessions du droit de propriété. » (Note 8, t. II, p. 573).

La solution présentée par MM. Aubry et Rau semble (qu'il nous soit permis de le dire) manquer un peu de précision. Il paraît, en effet, d'après les termes dont ils se servent, qu'ils ont uniquement en vue l'espèce où une personne, se prétendant investie du droit d'exercer une action en revendication, prendrait à la lettre la maxime : *Qui habet actionem ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*, et déclarerait, en conséquence, faire vente de l'immeuble litigieux, et non pas une cession pure et simple de l'action en revendication. Il est évident que, dans ce cas, il serait puéril de vouloir introduire une distinction entre la cession de l'action et la vente de la chose. Cette distinction ne serait que dans les mots et non pas dans les faits; et par conséquent, dans toutes les hypothèses, les dispositions de l'art. 1699 devraient être appliquées.

Mais la situation est bien différente si l'on suppose que c'est non plus le demandeur, mais le défendeur lui-même qui a vendu la chose revendiquée. Il serait, en effet, étrange d'attribuer, dans ce cas, à un demandeur, dont les prétentions peuvent être absurdes, la faculté d'écarter un acquéreur sérieux, en offrant de lui rembourser le montant de son acquisition et autres accessoires; tel n'est pas le but de l'art. 1699. Ce texte n'autorise le retrait que de la part de celui contre le-

quel *on a cédé un droit litigieux*, et non pas de la part du demandeur *qui a soulevé lui-même le litige*.

Pour qu'un droit soit réputé litigieux dans le sens indiqué par l'art. 1699, il faut, suivant l'expression de l'art. 1700, *procès et constatation sur le fond du droit*. Il est donc nécessaire qu'une véritable instance ait déjà été engagée, et on violerait les principes si l'on assimilait à une instance la tentative de conciliation devant le juge de paix.

Enfin, l'art. 1701 indique les cas dans lesquels la faculté d'exercer le retrait doit être refusée au débiteur; il n'entre pas dans notre plan de nous livrer à leur examen, car nous ne traitons qu'incidemment des transferts des droits contestés. Ce que nous avons déjà dit, suffit pour compléter la théorie des moyens de défense que le débiteur peut opposer au cessionnaire.

Si la position du cédé ne peut être aggravée par l'effet de la cession, la condition du cessionnaire ne doit pas, non plus, être en principe moins avantageuse que celle du cédant. Ainsi, l'acquéreur d'un titre exécutoire n'est nullement obligé de se faire autoriser par la justice à en poursuivre l'exécution. Il est vrai que sous le droit coutumier quelques coutumes (1) exigeaient que le cessionnaire intentât au préalable une action, afin d'obtenir que le lien juridique fût à son égard exécutoire. Mais Dumoulin déclarait ces dispositions mal fondées (*iste articulus valdè est ineptus*) (2). Il était, en effet, absurde *de remettre en conteste ce qui de soi était*, comme dit Coquille, *en prompte exécution* (3).

Avant de clore cette section, nous devons envisager un point de droit que nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer, mais que nous n'avons pas encore développé. Nous voulons parler des diverses hypothèses qui peuvent s'offrir lorsque l'acheteur

(1) Melun, art. 344. — Blois, art. 263.

(2) Dumoulin sur Blois, art. 263.

(3) Coquille sur Nivernais, t. xxii, art. 1.

qui s'est conformé aux prescriptions de l'art. 1690, se trouve en conflit avec les créanciers du cédant, qui, eux aussi, se sont mis en règle.

Lorsque le cessionnaire, au moment même où il rend public son titre, rencontre des oppositions déjà interposées entre les mains du débiteur par les créanciers de l'aliénateur, il ne lui est pas permis de prétendre à la totalité de la dette qu'il a acquise, d'après les principes que nous avons exposés au commencement de cette section. La notification du transfert n'a de valeur que pour le reliquat de ce qui est dû aux saisissants.

Mais si l'acheteur a compté au cédant le prix de cession, il est, à ce titre, son créancier chirographaire : ce qui l'autorise, à raison de l'éviction dont il est victime, à saisir et arrêter pour se remplir de tout ce qu'il a déboursé. Or, on reconnaît en procédure que la dénonciation du contrat équivaut en sa faveur à une véritable opposition. Cet acte lui conserve donc ses droits sur la créance mise sous la main de la justice; mais au lieu de la lui attribuer d'une manière exclusive, comme s'il était acquéreur, il ne lui donne que la faculté de venir par contribution, avec les autres créanciers qui ont pris les précautions voulues en temps utile. Mais si, à l'égard des saisissants antérieurs, la signification du transfert ne vaut que comme opposition, elle produit un effet plus large, en ce qui concerne les saisissants postérieurs; car, par rapport à eux, elle maintient au transport le caractère d'une véritable aliénation : ce qui rend ces derniers sans qualité pour disputer à l'acheteur de la créance la somme qui a cessé d'appartenir au cédant, au moment où ils se sont enfin décidés à faire valoir leurs droits.

Cette théorie ne peut être critiquée, car elle est conforme aux principes que les poursuites d'un créancier ne sont destinées qu'à sauvegarder ses prétentions. Si les créanciers antérieurs à la publicité de la cession ont frappé le droit de

demande de saisie, ce n'a été que dans leur intérêt, et nullement dans celui de tous ceux qui pourraient avoir, dans la suite, des répétitions à exercer sur le cédé du chef du cédant. Il est en procédure un axiome dont il faut toujours tenir compte : *Vigilantibus, non dormientibus jura succurunt.*

Les créanciers postérieurs à la notification du transfert sont arrivés trop tard : ils porteront la peine de leur négligence. Cette décision est non-seulement équitable, mais encore juridique. Lorsqu'ils se sont mis en règle, la créance avait cessé d'appartenir à leur auteur, elle avait passé, pour tout ce qui excédait les causes des saisies antérieures, dans le patrimoine du cessionnaire : ils ne peuvent donc arrêter une chose dont leur débiteur n'est plus propriétaire (1).

Il peut arriver que la saisie-arrêt et la signification de la vente aient lieu le même jour. Comment résoudre alors le conflit qui ne manquera pas de s'élever entre ces prétentions rivales ? Nous pensons que les opposants et le cessionnaire doivent, dans ce cas, venir simultanément au marc le franc de leurs créances, si les actes ne portent pas en eux-mêmes l'indication de l'heure à laquelle ils ont été faits. Si, au contraire, les exploits contiennent cette mention, celui qui a été notifié le premier doit toujours être préféré (2).

SECTION TROISIÈME.

Des effets du transport-cession par rapport aux droits accessoires qui assurent le remboursement de la créance.

Il est de principe que le cessionnaire doit se servir du droit aliéné, comme le cédant en userait s'il était resté dans les liens

(1) MM. Delvincourt, t. III, p. 469; — Duranton, t. XVI, n° 504; — Duvergier, t. II, n° 204; — Marcadé sur l'art. 1694, n° 2.

(2) MM. Duranton, t. XVI, n° 503; — Troplong, *Vente*, n° 928; — Duvergier, t. II, n° 487. — V. notamment une dissertation insérée par M. Mourlon, dans la *Revue du droit français et étranger*, t. V, p. 464.

de l'obligation. L'art. 1692 (C. N.) ne fait donc qu'appliquer cette règle, lorsqu'il déclare « *que la cession comprend les accessoires de la créance, tels que cautionnement, privilège et hypothèque.* » Les dispositions de ce texte exigent un examen spécial, car elles présentent de nombreuses difficultés.

I. Si le droit, qui a été l'objet du contrat, était garanti par un cautionnement, la caution ne serait pas recevable à prétendre que l'aliénation de la dette dont elle a assuré le paiement, la dégage de toute responsabilité; on lui objecterait, avec raison, que la créance, quoiqu'elle ait passé d'une personne à une autre, n'a pas cessé d'exister, et que peu lui importe que le droit soit ramené à exécution par le cessionnaire ou par le cédant, pourvu que le premier agisse, comme l'eut fait le second, si le titre n'avait pas été déplacé.

II. Voyons maintenant quelle serait l'influence du transport sur le privilège qui se trouve attaché à la créance dont la vente a été consentie.

Si l'est question d'un privilège sur les meubles, le cessionnaire n'est soumis à aucune formalité d'inscription. Il est investi, par l'effet seul du contrat, d'un droit aussi étendu que son auteur, et il peut se présenter à la distribution des biens du cédé pour obtenir le rang de préférence qui lui appartient, pourvu toutefois que son transfert ait été rendu public, conformément à l'art. 1690.

Si l'on s'agit au contraire d'un privilège sur les immeubles, sujet toujours à une inscription pour être opposable aux tiers, il faut distinguer si le cédant a pris ou non, avant la vente qu'il vient d'effectuer, cette mesure conservatoire.

Dans le premier cas, le cessionnaire est nanti, de plein droit, de l'inscription requise par son vendeur, et en profite sans être tenu de faire aucun acte de publicité pour notifier les nouveaux droits qui lui compétent. En effet, qu'importe aux tiers inté-

ressés que la position du cédant soit utilisée personnellement par lui ou par quelqu'un qui le représente.

Si le cessionnaire veut rendre efficace, à son égard, l'inscription requise au nom du cédant, il fera sagement d'user du droit que lui accorde l'art. 2151 (C. N.). D'après ce texte, il est loisible au cessionnaire, *par acte authentique*, de changer sur le registre des hypothèques le domicile élu par le cédant, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement. Il pourrait, en effet, arriver que les significations qui doivent être en matière hypothécaire adressées au domicile élu, fussent directement transmises au cédant sans que le cessionnaire en fût averti. Mais il faut remarquer que la loi n'accorde cette faculté qu'au cessionnaire par acte authentique. Cela ne veut pas dire, néanmoins, que le cessionnaire par acte sous seing-privé, ne puisse pas se prévaloir de l'inscription requise au nom du cédant; cela signifie uniquement que le conservateur n'est tenu de procéder à une modification de l'élection de domicile, que lorsqu'on lui représente une cession authentique. Il faut, en effet, qu'il puisse s'assurer du droit qu'a celui qui se prétend cessionnaire d'opérer un semblable changement. Mais rien n'empêcherait le conservateur des hypothèques de consentir valablement à une pareille modification, quand bien même l'acheteur de la créance ne produirait qu'un acte sous seing-privé; seulement, il engagerait alors sa responsabilité, tandis qu'il la met toujours à couvert, dès qu'il se conforme aux prescriptions de l'art. 4251 (C. N.). Les auteurs les plus accrédités conseillent aussi à l'acheteur, pour sauvegarder ses droits, de prendre une inscription en son nom personnel, ou tout au moins de signifier ou remettre au conservateur l'acte qui constate la cession de la créance, avec injonction, à ce fonctionnaire, d'en faire mention en marge de l'ancienne inscription : précaution qui aura pour conséquence d'empêcher la radiation de cette inscription sans le consentement du cessionnaire, et de mettre ainsi ce dernier à l'abri des manœuvres frauduleuses d'un cédant de mauvaise foi.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le privilège n'était pas inscrit au moment où le contrat a été formé, l'acheteur devrait requérir inscription, et pourrait prendre cette sûreté comme l'aurait pu le cédant. On admet, en jurisprudence, qu'il suffit en pareille hypothèse qu'il agisse en vertu du titre de son auteur, c'est-à-dire, qu'il n'est pas nécessaire qu'il fasse dans l'inscription, quoique requise en son nom personnel, mention de l'acte qui constate la cession. Les arrêts qui proclament ce point de droit, sont basés sur ce que l'art. 2148 (C. N.) n'exige, pour la validité de l'inscription, que la mention du texte originaire constitutif du privilège.

Lorsqu'un créancier privilégié cède seulement une portion de sa créance, au lieu d'en consentir une aliénation complète, le privilège ne passe que pour partie au cessionnaire, et le surplus reste au cédant, comme accessoire du reliquat de la dette dont il est demeuré titulaire. Dans l'espèce supposée, le vendeur et l'acheteur viendront exercer l'un et l'autre leurs droits sur le prix de l'immeuble grevé.

Mais si le prix produit par la vente de l'immeuble était inférieur au montant réuni des deux portions de créance, dont l'une est entre les mains du cédant, l'autre entre celles du cessionnaire, à qui incombera la perte? Sera-t-elle à la charge de l'aliénateur? Restera-t-elle pour le compte de l'acheteur? Cette question ne peut se résoudre en principe. Il faut poser plusieurs distinctions.

Si le transfert a été effectué avec promesse de garantie, il est équitable que le cessionnaire soit préféré au cédant, et qu'en cas d'insuffisance des deniers, le déficit pèse sur ce dernier (1).

Si la cession a eu lieu purement et simplement, en d'autres termes, si les parties se sont placées, quant à la garantie, sous l'application du droit commun, nous pensons que la perte doit alors se répartir proportionnellement entre les contractants.

(1) Arrêt de la Cour de Paris, 17 avril 1834.

L'art. 1693 énonce en effet, d'une manière formelle, que le cédant répond bien, en principe, de l'existence du droit au jour de la vente, mais nullement de la garantie *de fait* ou *conventionnelle*, c'est-à-dire qu'il n'a à prouver la solvabilité actuelle, et, à plus forte raison, la solvabilité future du débiteur, qu'en vertu de conventions spéciales. Or, comme dans l'espèce supposée les parties se sont mises sous l'empire du droit commun, elles doivent subir également les conséquences de la déconfiture du cédé, puisque le cédant n'en est responsable (nous venons de le constater), qu'en vertu d'une clause particulière. Ce système n'est pas universellement adopté. On y fait quelques objections. On prétend, à l'appui de l'opinion inverse, que c'est précisément le droit commun qui exige que le cessionnaire soit préféré au cédant. En effet, dit-on, l'exactitude du raisonnement qui précède n'est incontestable que lorsqu'il s'agit des rapports qui peuvent s'établir entre le cessionnaire et d'autres créanciers du débiteur cédé; mais il n'en est plus de même lorsque le concours s'élève entre le cessionnaire et le cédant. Ce dernier est un vendeur. Il doit donc s'abstenir de tout fait personnel qui aurait pour conséquence d'empêcher le cessionnaire de recueillir la portion de créance qui lui a été cédée. Cette solution est inadmissible, lorsqu'on réfléchit que le cessionnaire est averti, par la nature même de son acquisition, qu'il aura des intérêts à débattre avec son cédant, qu'il devra partager avec ce dernier, à moins de convention contraire, les avantages d'une créance dont il n'est devenu titulaire que pour partie. Cette raison est, à notre avis, décisive, et prouve le bien jugé de l'arrêt de la Cour de Paris, du 17 avril 1834.

III. Nous avons encore à envisager le cas où la créance, au lieu d'être privilégiée, se trouve simplement garantie par une hypothèque.

Le cadre de notre travail est un obstacle à ce que nous puis-

sions nous occuper de la cession de l'hypothèque proprement dite, c'est-à-dire, transmise indépendamment du droit auquel elle est attachée (4), ou bien encore de la cession du droit d'antériorité. Nous devons nous borner à examiner ici le transfert de ce droit réel, s'effectuant comme conséquence du transport-cession.

Le contrat, que nous analysons, emporte implicitement avec lui la translation de l'hypothèque, qui a été constituée dans le but de rendre la réalisation de la dette aussi certaine que possible. Il faut décider que, dans ce cas, le cessionnaire profite de l'effet de l'inscription prise par son auteur, et qu'il n'est assujéti par la loi à aucune condition de publicité pour jouir de ce bénéfice. Néanmoins, comme le fait remarquer avec justice M. Toullier, l'acheteur, s'il est prudent, devra renouveler l'inscription en son nom personnel, afin de prévenir la mauvaise foi de son cédant qui, de concert avec des créanciers postérieurs, pourrait souscrire à la radiation de l'inscription, et lui porter ainsi un préjudice parfois irréparable (2). Le cessionnaire a encore un nouveau moyen de conjurer les manœuvres frauduleuses du vendeur. Il n'a qu'à signifier ou remettre au conservateur l'acte qui constate le transfert. Ce fonctionnaire fait mention de la remise ou de la signification en marge de l'inscription préexistante, et, à partir de ce moment, le cédant est dans l'impossibilité de nuire (3). Ce moyen, admis en doctrine, n'est jamais employé dans la pratique.

Si l'hypothèque n'est pas inscrite au moment de l'aliénation, c'est alors au cessionnaire à remplir cette formalité.

La loi du 23 mars 1855, sur la transcription hypothécaire, n'a nullement modifié les principes que nous venons d'exposer ; car, dans son art. 9, elle traite, non pas de la cession en gé-

(4) Voir la monographie de M. Benech, sur le nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme sur les biens de son mari.

(2) Toullier, t. VII, n° 468, p. 237.

(3) M. Rattier, t. II, p. 65.

néral des privilèges ou hypothèques, mais bien des cessions, renonciations ou autres conventions que fait une femme mariée en faveur des créanciers de son mari, au sujet uniquement de son hypothèque légale.

Les dispositions de cet article sont même tellement limitatives, qu'il est reconnu presque universellement qu'elles ne s'appliquent pas au cas où la femme cède, avec son hypothèque, la créance qu'elle a contre son mari. Cette hypothèse reste régie par le Code Napoléon. Le cessionnaire d'une semblable créance jouira, comme tout cessionnaire (1), des privilèges et hypothèques qui y sont attachés, et pourra les faire valoir contre les tiers, pourvu qu'il se soit conformé aux prescriptions de l'art. 1690 (2). Il sera sans doute plus sûr, comme nous l'avons déjà indiqué, de prendre inscription ou de faire mentionner le transport en marge de celle que la femme aurait déjà requise, dans le but notamment que les diverses notifications à signifier aux créanciers ne soient plus adressées exclusivement à la femme, mais bien à la personne qui la représente. Mais cette inscription (3) ou cette mention ne sera pas indispensable pour que le cessionnaire puisse recevoir du mari ce que celui-ci devrait à la femme qui a consenti la cession (4).

L'art. 1692 est simplement démonstratif. Aussi, pour compléter l'énumération que nous offre ce texte, nous devons poser en principe que la créance passe du cédant au cessionnaire, non-seulement avec ses privilèges, hypothèques, cau-

(1) Art. 1692 (C. N.).

(2) Le cessionnaire n'est pas plus obligé que la femme, dont il est le *procurator*, à inscrire l'hypothèque légale, tant que celle-ci n'y est pas elle-même contrainte par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. (Voir cet article.)

(3) Nous supposons qu'il n'y a pas encore eu nécessité de révéler l'existence de l'hypothèque légale.

(4) Exposé des règles de droit civil, résultant de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription hypothécaire, par M. Bressolles.

tionnement, mais encore avec tous ses accessoires, quels qu'ils soient, en un mot, avec toutes ses qualités actives ou passives.

CHAPITRE IV.

Des obligations respectives des parties.

Afin d'épuiser notre sujet, nous devons examiner successivement quelles sont les diverses obligations que le transport-cession impose aux contractants. Si nous n'avons pas perdu de vue que l'institution juridique, qui est l'objet de cette dissertation, n'est qu'une espèce particulière de vente, nous devons reconnaître que le cédant est tenu à la garantie, le cessionnaire au paiement du prix. Nous envisagerons séparément chacune de ces deux obligations.

SECTION PREMIÈRE.

De la garantie en matière de transport-cession.

Soumis aux principes généraux du contrat de vente, le transport d'un droit de demande donne lieu à la garantie, comme l'aliénation des choses corporelles.

Il y a deux sortes de garantie : 1^o la garantie de droit ; 2^o la garantie de fait : c'est-à-dire celle qui est imposée par le législateur en l'absence de toute convention spéciale, et celle qui est la conséquence des stipulations particulières des contractants.

Pour mettre autant de clarté que possible dans notre exposé, nous nous occuperons successivement de l'une et de l'autre.

I.

De la garantie de droit.

Dans la vente d'une créance ou de tout autre droit contre un tiers, il y a deux choses bien distinctes à considérer : le

droit lui-même, et les avantages pécuniaires que ce droit est appelé à réaliser. Si la garantie, en règle générale, est due pour le premier de ces deux objets, elle ne l'est pas pour le second. Ainsi, le cédant aliène sa créance telle qu'elle est, et le cessionnaire en devient acquéreur à ses risques et périls. On ne lui vend pas une bonne créance, une créance *utile*, dont le recouvrement est assuré : on lui transmet, et il achète une créance.

Ces principes, qui découlent de la combinaison des art. 1693 et 1694, se justifient par eux-mêmes. En effet, lorsqu'un droit est vendu, si ce droit n'existe pas, le contrat manque de l'un de ses éléments constitutifs, puisqu'il se trouve privé d'objet. Mais la situation change complètement, si la créance cédée a une existence légale, puisqu'alors rien ne fait défaut à la perfection du transport. Le remboursement de la dette n'est pas la question capitale; car, si l'on se reporte à l'intention des parties, on voit de suite que le cédant s'est borné à promettre le droit dont il est titulaire. Sa responsabilité ne peut donc plus être mise en cause, dès qu'il a satisfait à cet engagement. C'était d'ailleurs au cessionnaire, s'il comptait sur une garantie plus étendue, à s'en expliquer formellement et à en faire la proposition à son vendeur, sauf à ce dernier à l'accorder ou à la refuser.

Le cédant est donc tenu, en règle générale, de la *veritas*, mais non de la *bonitas nominis*. C'est surtout lorsqu'il s'agit de garantie qu'il ne faut pas confondre la créance avec le titre qui la constate. Le législateur, en effet, puisqu'il exige du cédant la preuve de la *veritas nominis*, ne peut regarder les obligations du contrat comme réalisées par la remise du titre au cessionnaire; car, ici, point de méprise, le titre n'est pas la créance; il peut subsister matériellement, tandis que le droit est détruit. Il y aurait donc, d'après nous, lieu à garantie, dans le cas où, le rapport obligatoire étant anéanti par compensation ou par prescription, le cédant aurait remis

au cessionnaire un titre qui ne correspondrait qu'à une créance éteinte (1).

Il peut arriver, comme nous l'avons fait observer précédemment, qu'à une créance soient attachés des droits accessoires, tels qu'un privilège, un cautionnement, etc., etc. Bien souvent, ce sont même ces sûretés qui font toute la valeur de la dette dont, sans elles, le recouvrement serait impossible ou pour le moins fort douteux. On comprend que, lorsqu'il s'agit d'un transport, la présence de l'un ou de quelques-uns de ces titres accessoires ait pu être pour l'acheteur le motif déterminant de son acquisition.

Cette considération nous amène donc à reconnaître que le cédant, lorsqu'il a déclaré dans l'acte de vente que sa créance se trouve accompagnée de l'un de ces droits, est tenu de répondre, non-seulement de l'existence de l'obligation principale, mais encore de la légalité des titres secondaires dont il a fait mention en consentant à la cession (2). Mais, de même que le cédant n'est garant que de la *veritas nominis*, de même, quant aux droits accessoires, il n'a à établir que leur existence régulière, mais nullement leur efficacité (3).

Pour apprécier l'étendue de la garantie, il faut remonter au jour du contrat. Avant cette date, l'objet était aux risques du vendeur; mais, à partir de ce moment, il périclite pour le compte du cessionnaire. Il n'y a ici aucune différence entre la vente proprement dite et la cession; il faut donc se référer aux principes généraux consacrés en pareille matière. Par conséquent, si, par des causes postérieures au contrat, les droits cédés viennent à être détruits ou modifiés, l'acheteur n'a aucun recours à exercer contre le cédant. Remarquons, cependant, que si l'anéantissement du droit, bien que survenu depuis le transfert, avait une cause antérieure, le cédant serait tenu à

(1) Duranton, t. xvi, n° 310.

(2) Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. iv, p. 330.

(3) Duvergier, t. ii, n° 255.

la garantie, conformément, du reste, aux prescriptions réglementaires des art. 1623 et suivants.

Si l'aliénateur répond des évictions antérieures au transport, quoiqu'elles ne proviennent pas de son fait, à plus forte raison sera-t-il garant de ses actes personnels, et même, dans ce cas, il n'y aura pas lieu à distinguer si la cause qui autorise la demande en garantie, s'est produite avant ou après la cession. Si les actes incriminés ont précédé le contrat, et donné naissance à des droits dont l'exercice diminue ou détruit la créance qui a été cédée, le cessionnaire est fondé à prétendre que l'objet dont il a entendu se rendre acquéreur n'existait pas ou n'était pas tel qu'il avait pensé l'avoir acheté. S'ils sont, au contraire, postérieurs à la vente, ils constituent alors, de la part du cédant, une véritable violation de la foi du contrat. On voit donc que dans l'une, comme dans l'autre hypothèse, la responsabilité du vendeur se trouve également engagée.

Examinons, maintenant, quels sont les effets de la garantie de droit.

Les acheteurs de créances ont apparu, aux yeux du législateur, comme des spéculateurs, usuriers presque toujours, qui, pour retirer le plus grand profit de leur acquisition, emploient toute la sévérité de la loi contre le débiteur cédé. Le Code Napoléon les a aussi regardés avec une défaveur bien caractérisée. S'il ne leur applique pas, comme jadis le droit romain, les dispositions des lois *Per diversas* et *ab Anastasio*, il ne fait néanmoins que les tolérer, sans leur être jamais favorable. En effet, si le vendeur d'une chose corporelle doit compte à l'acheteur évincé, non-seulement de la perte que lui a causé l'éviction, mais encore des bénéfices qu'elle a empêché de réaliser, la garantie imposée au cédant ne comprend, au contraire, que le préjudice souffert par le cessionnaire évincé. Tout ce que la loi désire, c'est que celui-ci ne soit pas en perte, mais elle ne veut en aucune façon lui assurer le plus léger profit.

Voilà la pensée qui a guidé le législateur. Suivons-la dans son application.

Si nous supposons que la créance n'existait pas, ou qu'elle avait pour titulaire une personne autre que le vendeur, celui-ci devra rembourser : 1^o le prix de cession ; 2^o les frais et loyaux coûts du contrat ; 3^o les impenses que le cessionnaire a exposées en faisant contre le cédé des poursuites restées inutiles, et même des dommages et intérêts destinés à indemniser l'acquéreur du préjudice résultant de la non efficacité de la cession.

Mais le cessionnaire ne sera pas recevable à dire : « J'ai acheté pour mille francs une prétendue créance de deux mille francs. Le débiteur apparent est d'une solvabilité notoire. Le cédant doit me tenir compte du gain que j'ai eu en vue, et que je manque de recueillir par un fait qui lui est personnel. » On lui objectera avec raison, que la garantie, en matière de transport, ne s'applique qu'à la perte *éprouvée*, qu'il n'a donc droit qu'au prix de cession, mais nullement au *profit* que l'éviction l'empêche de réaliser.

L'action en garantie est parfaitement recevable, quoiqu'il n'y ait pas encore de demande tendant à l'éviction. Si l'acheteur démontre que le droit qui lui a été cédé est fictif, il peut évidemment mettre en cause son cédant. L'art. 1693, qui est la source des principes que nous analysons, n'exige pas, en effet, d'autre condition : il ne subordonne pas l'admissibilité de l'action en garantie à l'existence d'un jugement prononçant la nullité du droit, ni même à la nécessité d'introduire une instance ayant pour but de faire constater cette nullité. Il faut néanmoins accorder au cédant la faculté d'arrêter le recours qui est dirigé contre lui, par la déclaration qu'il est prêt à faire valoir d'une manière complète la créance transmise.

Du principe que l'aliénateur est tenu de répondre de la *veritas nominis* à une certaine époque, il résulte que c'est à

lui à prouver l'existence du droit au moment de la vente, et non au cessionnaire à en démontrer la légalité à la même date.

II.

De la garantie de fait ou conventionnelle.

Les parties ont la libre faculté de diminuer, d'augmenter ou même d'exclure, par leurs conventions, la garantie de droit. La garantie, ainsi modifiée par des stipulations particulières, s'appelle garantie de fait (1).

Nous allons traiter successivement : 1^o des clauses qui excluent ou diminuent la garantie de droit ; 2^o des clauses qui ajoutent à cette garantie.

1^o *Clauses qui diminuent ou excluent la garantie de droit.* — Lorsqu'une créance est transmise comme litigieuse, et qu'il est inséré dans l'acte de vente, ou que le cédant aliène sans garantie, ou que le cessionnaire achète à ses risques et périls, le vendeur ne répond, dans ce cas, pas même de l'existence du droit au moment du transfert, et ne peut jamais être contraint, quoi qu'il arrive, à restituer le prix de cession ; car la somme qu'il a reçue représente, non pas le droit, mais bien les prétentions plus ou moins fondées qu'il avait sur l'objet mis en litige (2).

Pour que la garantie cesse d'être due, quand il s'agit de créance litigieuse, il n'est point absolument nécessaire que les contractants aient énoncé dans l'acte d'aliénation une clause formelle de non garantie, ou qu'il ait été stipulé que le ces-

(1) Le principe que la garantie conventionnelle n'est due que quand elle est stipulée, souffre néanmoins exception lorsque le cédant connaissait, au moment du contrat, l'insolvabilité du débiteur. Sa mauvaise foi l'oblige, dans ce cas, à répondre de la *bonitas nominis*. (Pothier, édit. Bugnet, *Vente*, n^o 360.)

(2) Duranton, t. xvi, n^o 544.

cessionnaire devient propriétaire à ses risques et périls; il suffit que ce dernier n'ait pas ignoré le véritable caractère litigieux du droit, de telle sorte qu'il soit bien évident que ce qu'il a voulu acquérir est une créance dont la réalisation est soumise à des chances plus ou moins nombreuses.

Si les parties sont convenues que la créance, quoique vendue comme non litigieuse, est aliénée sans garantie, cette clause ne dispense pas le cédant de répondre de la *veritas nominis* au jour de la cession; car, d'après l'art. 1693, la décharge de garantie n'est réputée tomber que sur la *bonitas nominis*.

Mais le vendeur serait-il à l'abri d'un recours fondé sur la non existence de la créance, si, sans l'avoir vendue comme incertaine et éventuelle, sans avoir donné connaissance au cessionnaire des obstacles plus ou moins sérieux qui s'opposent à son recouvrement, il se contentait de mentionner, lors du contrat, la clause *sans garantie et sans restitution de deniers* ?

Nous nous prononçons encore pour la négative, car la clause *sans garantie* ne dispense, conformément à l'art. 1693, comme nous venons d'ailleurs de le voir, que de réparer l'insolvabilité du cédé; elle ne porte nullement atteinte à l'action qui est ouverte à l'acheteur pour défaut d'existence de la créance. Quant à la clause *sans restitution de deniers*, il n'y faut voir qu'une de ces répétitions qui figurent souvent dans la rédaction des actes, sans rien ajouter à l'idée principale (4).

Il faut d'ailleurs remarquer que les clauses de ce genre ne suffisent pas pour donner au contrat un caractère aléatoire. Ce caractère ne peut résulter que de la volonté commune des parties et doit, par conséquent, s'induire clairement des termes même de la convention.

(4) Ferrières sur la Coutume de Paris, art. 408, § 2, n° 4.

2^o *Clauses qui augmentent la garantie de droit.* —

Les clauses qui rendent plus lourde la garantie de droit, en la transformant en garantie conventionnelle, sont susceptibles d'être plus ou moins étendues et de revêtir des formes multiples. Nous nous bornerons à porter notre examen sur celles qui sont le plus fréquemment usitées.

Avant d'entrer en matière, parcourons rapidement les deux articles dans lesquels le Code Napoléon a résumé toute sa théorie. Il déclare d'abord que le cédant n'est tenu de la *bonitas nominis* que lorsqu'il en a pris l'engagement (1). Il ajoute ensuite que, dans le cas où le vendeur a assumé sur sa tête l'obligation de répondre de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'applique qu'à la solvabilité *actuelle*, et ne s'étend à l'avenir qu'en vertu d'une convention expresse (2).

Après avoir analysé ces textes législatifs, qui sont la source des diverses formules que nous allons envisager, nous devons nous occuper des trois degrés dans lesquels les commentateurs ont classé les différentes clauses qui ajoutent à la garantie de droit.

I. S'il a été énoncé simplement que la vente est consentie *avec garantie*, on admet généralement que cette stipulation oblige le cédant à répondre de la solvabilité *actuelle* du débiteur. La logique s'oppose, en effet, à ce que les parties n'aient eu en vue que la garantie de droit. La clause qu'elles auraient insérée n'aurait aucun sens, puisqu'elle n'ajouterait rien à l'efficacité du transport.

A plus forte raison doit-on attribuer la même portée aux formules qui assurent au cessionnaire, soit la *garantie de fait*, soit la *garantie de tous troubles ou empêchements quelconques*. Ces stipulations, quoique plus explicites en la forme, expriment au fond la même pensée; elles s'appliquent,

(1) Art. 1694, C. N.

(2) Art. 1695, C. N.

les unes comme les autres, à la solvabilité présente du débiteur cédé (1).

II. Le deuxième degré de garantie conventionnelle commence dès que le vendeur ne se borne pas à assumer sur sa tête le risque de la solvabilité actuelle du cédé, mais prend encore celui de sa solvabilité future. C'est ce qu'on a l'habitude d'exprimer par la clause *fournir et faire valoir*, qui, sous l'ancienne législation, était d'un usage fréquent dans les contrats de rente, mais qui, de nos jours, s'emploie plus rarement dans les transferts de créances.

Le cédant prend ici l'engagement de payer lui-même à défaut du cédé, de procurer enfin au cessionnaire le montant intégral de la créance, si celui-ci ne peut obtenir satisfaction du débiteur. L'obligation qu'il contracte dans ces conditions s'étend à l'avenir aussi bien qu'au présent.

Si nous remontons, à l'occasion de cette formule, au berceau de la jurisprudence contemporaine des Parlements, nous voyons que ce n'est pas sans difficulté que le sens des expressions *fournir et faire valoir* a été déterminé, ainsi que nous venons de l'établir. Sous cette période, quelques auteurs prétendaient que cette clause n'obligeait le cédant à garantir que la solvabilité actuelle. D'autres, au contraire, soutenaient que non-seulement elle s'étendait à la solvabilité tant présente que future, mais qu'encore elle imposait au vendeur la nécessité de payer à défaut du débiteur, si, après un certain laps de temps, celui-ci ne désintéressait pas l'acheteur, et sans qu'il fût même indispensable de discuter ses biens.

Entre ces deux systèmes (comme on le voit) diamétralement

(1) Ce point est incontestable, puisque l'art. 1695 proclame, d'une manière formelle, que la solvabilité future du cédé n'est à la charge du cédant qu'en vertu d'une convention expresse. (Loyseau, chap. 4, nos 4 et suiv., *Garantie des rentes*. — Bourjon, t. 1, liv. III, note 3, no 23. — Lamoignon, t. 1, p. 440, no 41. — Pothier, *Vente*, no 363, édit. Bugnet.)

opposés, ne tarda pas à apparaître, et bientôt à prévaloir, une opinion intermédiaire. Cette nouvelle théorie, due à l'initiative de Loyseau (1), imposait bien au cédant l'obligation de garantir la solvabilité tant présente que future, mais elle exigeait aussi que cette insolvabilité fût constatée par la discussion des biens du cédé. Ces derniers errements d'une doctrine controversée à son origine, mais dans la suite adoptée généralement (2), ont passé dans notre législation, et sont suivis, sous l'empire du Code Napoléon, par les auteurs les plus accrédités (3).

Il est aussi admis que la promesse *de payer à défaut du débiteur*, produit les mêmes conséquences que la clause *de fournir et faire valoir*. Le cédant répond ici, comme précédemment, de la solvabilité tant actuelle que future, mais il ne doit payer qu'après discussion préalable des biens du débiteur. Dans l'ancien droit, il y avait eu à ce sujet de sérieuses controverses. Certains auteurs voulaient que le cessionnaire fût affranchi de la nécessité de discuter les biens du cédé. D'autres, au contraire, lui imposaient cette obligation. Bientôt intervint un arrêt du Parlement de Paris, qui, rendu en 1602 sous la présidence du premier président Séguier, mit fin à la discussion en se prononçant pour la dernière opinion.

Il faut cependant remarquer que, dans le cas même où le vendeur a garanti la solvabilité du débiteur, tant présente que future, sa responsabilité cesse d'être engagée, dès que l'impossibilité de recouvrer la créance provient du fait du cessionnaire. En effet, si celui-ci a donné main-levée des hypothèques, s'il a déchargé les cautions ou l'un des débiteurs solidaires, il ne peut être recevable à se plaindre, que le droit soit purement nominal, puisque c'est lui qui l'a rendu tel (4).

(1) Loyseau, *Garantie des rentes*, chap. 6 et 7. — Bourjon, liv. III, t. III, sect. 3, n° 27.

(2) Dumoulin, *De usur.*, quest. 8, n° 154. — Pothier, *Vente*, édit. Bugnet, nos 563 et suiv.

(3) Duvergier, t. II, n° 275.

(4) D., l. 27, *De evict.* — Pothier, *Vente*, n° 565, édit. Bugnet.

Supposons, maintenant, que ce soit non pas le fait, mais par l'imprévoyance de l'acheteur que le paiement ne puisse plus être effectué, que, par exemple, il ait laissé périr les hypothèques, soit en négligeant de les renouveler en temps utile, soit en omettant de se présenter à la purge; cette omission est-elle de nature à priver, comme dans le cas précédent, l'acheteur de son recours contre son cédant?

L'affirmative, présentée d'abord par Loyseau, et approuvée ensuite par Pothier, avait prévalu dans l'ancien droit.

Le transport, disaient ces célèbres jurisconsultes, fait passer la créance sur la tête du cessionnaire, c'est donc à lui, qui en devient propriétaire, et non point au cédant, qui cesse de l'être, à en prendre soin. Que l'aliénateur soit tenu des cas fortuits, on le comprend sans peine, puisqu'il s'y est engagé. Mais il y aurait une iniquité flagrante à lui faire subir les conséquences de la négligence de celui qui avait promis de veiller sur la chose en bon père de famille. L'acheteur, n'est-il pas d'ailleurs obligé de discuter les biens du cédé et des cautions, avant de pouvoir exercer aucune répétition sur le cédant? Il doit donc, par *a fortiori*, faire tous les actes conservatoires, qui sont bien moins pénibles qu'une discussion.

Enfin, lorsque l'aliénateur s'est porté garant de la solvabilité du cédé, il a pu y être déterminé par la considération que le paiement étant assuré par des hypothèques, il ne courrait aucun risque d'être inquiété; tandis que s'il avait pu supposer que l'imprévoyance de son ayant-cause détruirait les sûretés existantes, et ouvrirait un recours contre lui, il se serait bien gardé de consentir à une cession qui pouvait lui être si funeste (1).

Ces considérations nous paraissent décisives, lorsqu'il s'agit d'une hypothèse où la créance cédée n'a pu produire d'effets parce que le cessionnaire a omis de renouveler en temps utile

(1) Duvergier, t. II, n^o 276 et 277.

les inscriptions hypothécaires; mais nous éprouvons quelques scrupules, lorsqu'il s'agit du cas où le cessionnaire a négligé de faire une surenchère à suite des notifications prescrites par l'art. 2183 (C. N.), et signifiées à la requête d'un tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la sûreté de la créance aliénée.

Supposons, par exemple, une créance de cinq mille francs, garantie par une inscription hypothécaire grevant un immeuble valant cent mille francs. Cette inscription est précédée par d'autres inscriptions prises pour une somme de cinquante mille francs. Si l'immeuble est vendu à sa véritable valeur, le cessionnaire de la créance de cinq mille francs sera nécessairement désintéressé. Mais supposons que l'immeuble soit aliéné moyennant un prix de cinquante mille francs: le tiers acquéreur procède à la purge; le cessionnaire, en opérant la surenchère d'un dixième, conformément à l'art. 2183, peut parfaitement conjurer la perte qui le menace, mais il peut arriver aussi qu'il ne lui soit pas possible, vu sa position de fortune, de réaliser une pareille surenchère. La question est alors de savoir s'il pourra, en dénonçant en temps opportun au cédant l'état des choses, mettre ce dernier en demeure de faire lui-même cette surenchère, ou tout au moins de lui fournir les moyens d'y procéder lui-même en le cautionnant. Mais il peut arriver que la position de fortune de l'aliénateur lui rende également impossible une pareille intervention. Ces considérations semblent de nature à empêcher de donner sur la question une solution absolue, et nous préférons laisser aux tribunaux le soin de décider *ex æquo et bono* ce que le cédant doit légitimement prêter au cessionnaire. Il est certain que si le vendeur est un homme opulent, tandis qu'au contraire le cessionnaire est dans une position de fortune très inférieure, ce dernier a pu compter sur le concours efficace de son auteur, tandis qu'il ne saurait en être ainsi dans l'hypothèse inverse.

Du principe que nous avons posé plus haut (1), nous devons tirer une nouvelle déduction.

(1) L. 27, *De evict.*, D.

Lorsque la créance transmise avec la clause de fournir et faire valoir, devient exigible peu de temps après le contrat, et que l'acquéreur accorde des délais au cédé, et que, pendant ce sursis, ce dernier tombe en déconfiture, cet acheteur sera privé de toute action contre le cédant. Celui-ci, en effet, ne manquera pas de dire au cessionnaire : Pourquoi ne vous êtes-vous pas fait payer à l'échéance ? C'est votre mansuétude qui a tout perdu. Vous devez en supporter les suites, puisque le préjudice qui vous est causé ne provient que d'un fait qui vous est personnel (1).

Nous devons examiner maintenant quelle est l'influence des deux premiers degrés de garantie conventionnelle sur les créances à terme ou sous condition.

1^o Si une créance à terme est transmise avec la clause de garantie de fait, le cédant répond bien alors de l'insolvabilité existant au jour du contrat, mais non de celle qui pourra survenir entre le transport et l'arrivée du terme. Cette opinion se justifie par les textes mêmes de la loi. L'art. 1695 (C. N.) dit, en effet, d'une manière formelle, que lorsque le vendeur a promis purement et simplement la solvabilité du cédé, cette obligation ne comprend que la solvabilité présente et ne s'étend nullement à l'avenir (2). Admettre donc que le vendeur est garant de la *bonitas nominis* jusqu'au moment de l'exigibilité de la dette, lorsque la cession se trouve régie par le premier degré de garantie conventionnelle, c'est violer les dispositions de l'art. 1695. On nous objectera peut-être que la clause de garantie de fait, ainsi expliquée, est dépourvue de toute efficacité. Cet argument n'a rien de sérieux : il tombe devant la réalité des faits. Pour le démontrer, nous n'avons qu'à supposer l'insolvabilité du débiteur à l'époque de l'échéance de la dette. Dans ce cas, si le cessionnaire établit que cette insolva-

(1) Loyseau, *Garantie des rentes*, chap. II, n^o 45.

(2) L'insolvabilité future du cédé n'est à la charge du cédant qu'en vertu d'une convention expresse, v. l'art. 1695.

bilité remonte au jour du transfert, il sera recevable à actionner le cédant en vertu de la clause de garantie de fait; mais si, au contraire, il est constant que l'insolvabilité n'a apparu que postérieurement à la cession, la perte restera pour le cessionnaire, puisque l'engagement de son vendeur n'embrasse pas l'avenir (4).

Les auteurs admettent en général, et absolument par les mêmes motifs, une solution identique, lorsqu'il s'agit, non pas d'une créance à terme, mais d'une créance conditionnelle.

Il semble cependant qu'il est impossible de considérer de la même manière des obligations d'une nature si différente. En effet, lorsqu'il est question d'une créance à terme, comme le droit cédé existe déjà, l'attention des parties a dû nécessairement se porter sur la solvabilité du débiteur au moment même du contrat, car c'est le crédit du cédé à cette date qui a déterminé la valeur réelle de la créance aliénée. Or, en l'absence de tout engagement, le cédant ne répondrait pas de la solvabilité du débiteur *même à cette époque*; la présence d'une clause de garantie ne peut donc mettre à sa charge que la solvabilité actuelle. Mais en est-il de même si la créance est conditionnelle? Nous ne le pensons pas. Dans cette hypothèse, le droit n'est pas encore *né*; ce qui donne donc à la créance sa véritable valeur actuelle, ce n'est pas précisément la solvabilité présente du débiteur éventuel, mais principalement *les chances plus ou moins considérables qui peuvent faire espérer la réalisation de la condition*. C'est donc *vers l'avenir* que se portera, d'une manière plus directe, l'attention des parties, et lorsqu'en pareille situation le cédant accepte la promesse de garantie, il paraît entrer dans l'intention commune des contractants que *cette obligation s'applique à la solvabilité du débiteur au moment de l'arrivée de la condition*, c'est-à-dire au moment où l'éventualité cédée se trouvera transformée en un droit efficace. Nous devons cependant reconnaître que

(4) *Contrà* Duranton, t. xvi, n° 546.

l'opinion que nous proposons avec une certaine timidité, puisqu'elle nous est personnelle, n'est pas admise en doctrine, et que les auteurs restreignent la garantie à la solvabilité actuelle du débiteur, soit dans le cas de créance à terme, soit dans celui de créance conditionnelle; ou bien l'étendent, sans établir aucune distinction, à la solvabilité future, soit au moment de l'exigibilité, soit au moment de la réalisation.

2^o Si la promesse de *fournir et faire valoir* a été insérée dans la vente d'une créance à terme, le cédant doit prêter la garantie, que l'insolvabilité ait existé au moment du contrat, ou qu'elle ne soit survenue que postérieurement. Cette clause, en effet, a une portée plus étendue que la précédente; elle s'étend tant à l'avenir qu'au présent (1).

Mais que faut-il décider quand une semblable formule concerne la cession d'une créance conditionnelle? Si le droit de demande est exigible à partir de la réalisation de la condition, il nous semble que l'engagement de *fournir et faire valoir* ne peut pas, par la force même des choses, produire des effets plus étendus que la simple clause de garantie, telle que nous avons cru devoir en apprécier les conséquences. Mais il peut arriver que la créance conditionnelle qui a été aliénée, ne soit exigible qu'un certain laps de temps après l'accomplissement de la condition. Dans ce cas, le second degré de garantie obligera le cédant de répondre de la solvabilité du débiteur jusqu'au *dies venit*.

III. Il est encore un troisième degré où la responsabilité du cédant est encore plus rigoureuse : nous voulons parler de l'hypothèse où celui-ci s'engage à payer pour le débiteur, après un simple commandement adressé à ce dernier. Cette formule rend le vendeur l'obligé personnel du cessionnaire, puisqu'elle le contraint au remboursement de la créance, sans que celui qui l'a achetée soit tenu de diriger contre le cédé aucune pour-

(1) Duvergier, t. II, n^o 279.

suite autre qu'un simple commandement. Ainsi, dans ce cas, le cessionnaire n'a pas, comme précédemment, à discuter les biens du débiteur; il n'est pas même dans la nécessité de prendre des mesures conservatoires, à l'effet de prévenir l'insolvabilité du cédé (1).

Mais cette clause produit des conséquences si graves, qu'il n'est pas permis de la supposer. Pour être efficace, il faut qu'elle soit spécialement exprimée. Si donc aux expressions *fournir et faire valoir*, le cédant avait consenti à ajouter : *et à payer soi-même à défaut du débiteur*, le cessionnaire ne serait pas dispensé de discuter au préalable les biens du cédé, puisque, dans ce cas, l'obligation du vendeur, au lieu d'être principale, ne serait que subsidiaire. Ce point de droit avait été controversé dans l'ancienne législation; mais un arrêt du Parlement de Paris, du 9 avril 1602, donna gain de cause au système que nous venons d'énoncer.

Quelqu'étendue que soit la cause *de fournir et faire valoir après un simple commandement*, il ne faut pas croire qu'elle puisse être assimilée à une simple indication de paiement. Ce serait confondre le transport-cession avec l'assignation de dette, méconnaître les différences capitales qui séparent ces deux actes juridiques (2). Cette formule n'enlève pas au contrat le caractère qui lui est propre. Le transport ne cesse pas d'être une véritable aliénation de créance, et doit, par suite, être régi par les principes de la vente. Il ne laisse donc point, comme dans l'indication de paiement, reposer sur la tête de l'aliénateur le risque des poursuites et le péril de la créance. Il n'ouvre au cessionnaire, investi de la propriété, un recours contre son auteur, qu'après un commandement préalable adressé au cédé et notifié au cédant. Mais, jusqu'au jour de la signification du commandement au débiteur, si le droit devient inef-

(1) Loyseau, chap. 2, n° 49 et suiv. — Bourjon, liv. III, t. III, sect. 3, n° 30 et suivants.

(2) V. deuxième partie, Notions préliminaires, n° 2.

ficace par une cause autre que l'insolvabilité du cédé, et qui ne dérive pas d'un fait personnel au cédant, la perte est pour le compte de l'acheteur.

Après avoir indiqué sommairement les divers degrés de garantie conventionnelle, nous devons rechercher en quoi elle se résout, lorsque l'acheteur se trouve dans la nécessité de s'en prévaloir. Pour répondre à cette proposition, nous devons présenter trois hypothèses, qui correspondront aux trois degrés de garantie :

1^o Le vendeur, lorsqu'il a promis la solvabilité actuelle du cédé, n'en est tenu, aux termes même de l'art. 1694, que jusqu'à concurrence du prix de cession. L'équité s'oppose, en effet, à ce qu'il puisse être contraint à restituer plus qu'il n'a reçu. Quant au cessionnaire, il ne peut se plaindre, dès qu'il rentre dans les fonds qu'il a déboursés, puisqu'il est alors complètement indemne ;

2^o Ce que nous disons du premier degré de garantie, nous devons l'appliquer au second. Quoique le cédant se soit engagé ici, par la clause *de fournir et faire valoir*, à établir la solvabilité tant présente que future du cédé, dont il s'est pour ainsi dire rendu la caution, son obligation se trouve limitée au remboursement du prix de vente. Cette théorie se justifie par les motifs qui légitimaient notre opinion dans l'espèce précédente.

C'était d'ailleurs, dans l'ancien droit, le sentiment de Loyseau, qui disait dans un langage simple, mais expressif :

« Il n'est pas raisonnable que l'acheteur tire parti d'une mauvaise créance » (1).

Si le cédé n'est solvable que pour partie, le cessionnaire, dans les deux cas que nous venons d'énoncer, a son recours contre le vendeur, non pour la totalité, mais seulement pour une portion proportionnelle du prix que ce dernier a retiré du contrat (2).

(1) Loyseau, *Garant. des rentes*, chap. 7, nos 7 et 8.

(2) M. Duranton, t. xvi, n^o 514.

Le cédant est aussi tenu, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, de restituer au cessionnaire, avec le prix du transport, les frais et loyaux coûts du contrat, et même, s'il y a lieu, tous dommages et intérêts.

3^o Si les parties ont élevé la garantie jusqu'à son plus haut degré de sévérité; si, en d'autres termes, le vendeur a promis de payer lui-même après simple commandement, il ne peut se refuser à compter le montant intégral de la créance, puisqu'il est devenu, par l'effet même de la clause à laquelle il a souscrit, débiteur personnel (1).

Le cessionnaire peut-il agir contre le cédant par la voie exécutoire ou bien seulement par la voie d'action en garantie? Répondre, en principe, à cette question, est chose impossible; pour la résoudre, il faut encore avoir recours à quelques distinctions:

1^o Si les parties n'ont promis que la solvabilité tant présente que future du cédé, l'acheteur évincé n'a que l'action en garantie pour exiger réparation du cédant. On comprend, en effet, que, puisque dans ces deux hypothèses l'admissibilité de sa demande est soumise à certaines conditions, il n'y a que les tribunaux de compétents pour décider si elles ont été ou non réalisées. Si donc le moyen coercitif n'est pas ouvert *de plano*, s'il est assujéti, quant à son exercice, à l'appréciation souveraine de la justice, il est dès-lors incontestable que le cessionnaire ne peut procéder *rectâ via*, mais seulement par la voie de l'action en garantie (2).

2^o Mais quand la garantie est arrivée à son plus haut degré de rigueur, quand enfin l'aliénateur s'est engagé à payer après un simple commandement, il est évident qu'il suffit, dans ce cas, que l'huissier soit porteur de l'acte constatant le refus du cédé de désintéresser le cessionnaire, pour que celui-ci ait le droit d'invoquer la voie parée, et d'agir exécutoire.

(1) Loyseau, *loco citato*, nos 4 et 5.

(2) Loyseau, chap. 12, n^o 43, *Garantie des rentes*.

tivement contre son auteur, si d'ailleurs l'acte de cession qui contient cette clause est lui-même exécutoire (1).

Les questions qui se rattachent à la prescription de l'action en garantie, sont tranchées par le paragraphe 2 de l'art. 2257 du Code Napoléon (2).

SECTION DEUXIÈME.

Du prix. — Des sûretés spéciales qui en assurent le paiement.

Le transport-cession, qui n'est qu'une variété de la vente, se trouve rangé aux nombres des contrats commutatifs. L'acquisition du cessionnaire suppose donc pour le cédant une certaine compensation. Cet équivalent, c'est le prix.

Si la loi a concédé à l'acheteur le bénéfice de la garantie, elle a aussi, dans un esprit de juste impartialité, accordé au cédant des sûretés particulières pour le paiement du prix. Elle ne s'est pas contentée de placer l'aliénateur d'une créance sous l'empire du droit commun, elle l'a encore entouré d'une protection plus efficace, car non-seulement tous les biens du cessionnaire servent de gage, conformément au principe doctrinal de l'art. 2092, à l'acquittement de ses obligations, mais la créance y est elle-même affectée d'une manière plus spéciale. Le privilège de l'art. 2102, n° 4, et l'action résolutoire sont, en effet, institués par le législateur dans le but d'assurer au cédant la rentrée du prix de cession. Nous allons envisager rapidement, et dans deux paragraphes bien distincts, chacune de ces faveurs législatives.

(1) Loyseau, *loco citato*.

(2) Voir ce texte qui renferme les principes généraux. Nous ne pouvons en présenter ici le commentaire, car se serait sortir du cadre de notre sujet, puisqu'à propos d'une question très incidente, nous aurions à traiter des règles relatives à la prescription, et dès-lors, complètement étrangères au transport-cession.

I.

Du privilège.

Ce n'est qu'après de nombreuses controverses que la doctrine et la jurisprudence ont fini par attribuer à l'aliénateur d'effets mobiliers non payés, le privilège qui a sa source dans le n° 4 de l'art. 2102. S'appuyant sur les termes même de ce texte, on prétendait, à l'origine, que les expressions *effets mobiliers*, qu'il contient, ne s'appliquaient qu'aux choses matérielles, et nullement aux *droits de demande*.

Cette opinion, soutenue avec talent par M. Persil (1), obtint l'assentiment de plusieurs cours souveraines. Mais bientôt un revirement de doctrine provoqua un revirement de jurisprudence. Alors apparut une nouvelle théorie, plus juridique que la précédente, et qui, à ce titre, mérite notre approbation.

On a dit en faveur de ce système : S'il n'existe pas de motifs sérieux pour priver le cédant du privilège que la loi accorde d'une manière générale à tout vendeur d'effets mobiliers non payés, il y a au contraire des raisons péremptoires pour étendre, à son égard, les dispositions protectrices du n° 4 de l'art. 2102. Comment, en effet, échapper à l'argument décisif qui dérive de la combinaison des art. 2102, 535 et 529 ?

Le premier texte, sans poser aucune restriction, donne un privilège au vendeur d'*effets mobiliers*, dont le prix est encore dû. Or, l'art. 529, qui n'est que le corollaire de l'art. 535, place les créances, les offices, en un mot, les meubles incorporels, dans la classe des *effets mobiliers*. Il faut donc, sous peine de substituer sa propre volonté à celle du législateur, reconnaître aux expressions du n° 4 de l'art. 2102, le sens et la portée indiqués par les art. 529 et 535, qui n'en sont que le

(1) M. Persil, *Comment.*, art. 2102, § 4, n° 4 ; et *Quæst.*, t. 1, chap. 3. — Paris, 18 mai 1825 ; — Rouen, 29 décembre 1847.

commentaire. Comprendre d'ailleurs sous ces mots : *effets mobiliers*, les meubles, soit corporels, soit incorporels, c'est maintenir l'égalité entre des droits que la logique et l'équité ne sauraient distinguer, pu isqu'ils dérivent de la même nature et qu'ils sont dignes tous du même intérêt (1).

Le privilège du cédant, puisqu'il découle de l'art. 2102, se trouve soumis, quant à son exercice, à toutes les conditions imposées par ce texte.

S'il est vrai pour les meubles corporels, que c'est à la cessation de la possession et non à l'aliénation que la loi attache la perte du privilège, il faut suivre la même règle quand il s'agit de meubles incorporels, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, il y a application du paragraphe 4 de l'art. 2102.

Si donc le cessionnaire transmet à des tiers la créance qu'il a acquise, sans avoir au préalable désintéressé son cédant, celui-ci conservera sur l'objet aliéné son privilège, tant que l'acheteur en sera encore saisi; et il faut regarder ce dernier comme en étant encore en possession, tant qu'il n'a pas livré au nouvel acquéreur les titres de la créance cédée. Jusqu'à cette remise, le cédant peut saisir le prix du transport, exercer son privilège, et se faire, par suite, payer de préférence aux autres créanciers du cessionnaire.

II.

De l'action résolutoire.

Le privilège n'est pas la seule sûreté que la loi ait accordée au cédant non payé. Celui-ci est encore en droit de demander la résolution du contrat; il a, à ce sujet, l'action résolutoire attribuée à tout vendeur qui n'a pas été soldé, par l'art. 1654 du Code Napoléon.

(1) MM. Delvincourt, t. III, p. 275. — Favart, v^o Privilège, sect. 4, § 2. — Troplong, *Traité des Privilèges*, n^o 487 et suiv., t. I.

Pour se prévaloir de ce bénéfice légal, il n'est pas nécessaire que la totalité du prix lui soit due. Il suffit que le cessionnaire lui en soit redevable d'une partie, quelque faible qu'elle soit, pour justifier la demande en résolution. Cependant, le cédant qui provoque, en pareille condition, la résolution du transport, doit remettre ce qu'il a déjà reçu.

Il ne faut pas croire néanmoins que les principes que nous énonçons aient été admis sans contestation. Quelques auteurs ont mis en doute si l'aliénateur de meubles incorporels avait, pour conserver ses droits, la faculté de faire usage des dispositions protectrices de l'art. 1654 (C. N.). Toutefois, la doctrine et la jurisprudence, après quelques tergiversations, n'ont pas tardé à se prononcer pour l'affirmative, et ont appuyé leur opinion sur les termes même des art. 1184 et 1654, qui accordent, d'une manière générale, à tout vendeur non entièrement désintéressé, la libre autorisation de faire résoudre par les tribunaux la vente dans laquelle l'acheteur n'a pas satisfait à son engagement principal, c'est-à-dire, au paiement du prix.

Les effets de la résolution sont bien différents, suivant la nature mobilière ou immobilière de la chose, objet du contrat. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, la résolution de la vente une fois déclarée, l'aliénateur peut revendiquer la chose entre les mains de tout tiers-détenteur, quel qu'il soit. Mais il n'en est pas de même lorsqu'il est question de meubles incorporels. Ici, les conséquences de la résolution se trouvent limitées par la nature même du droit qui a été aliéné. Il est aussi reconnu, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que celui qui a cédé une créance et qui n'a pas été payé par le cessionnaire, ne peut exercer l'action résolutoire contre les tiers de bonne foi.

Supposons, par exemple, que le cédé, postérieurement à la dénonciation du transfert, se soit acquitté du montant de sa dette entre les mains de l'acheteur, il n'en est pas moins valablement libéré, et même il y a, dans ce cas, impossibilité de concevoir que le cédant ait un intérêt quelconque à demander la résolution du transfert. Par la force même des choses, il

ne lui reste plus que l'action en paiement qu'il peut intenter contre le cessionnaire.

Supposons encore que le cessionnaire ait fait passer sur la tête d'un nouvel acquéreur le droit qu'il avait acheté, et que ce dernier ait rendu public son titre, conformément aux dispositions réglementaires de l'art. 1690 : dans ces conditions, la résolution prononcée contre le premier cessionnaire est comme non avenue par rapport au second, qui se trouve légalement saisi de la créance qui a été l'objet de ces transports successifs.

L'action résolutoire est donc sans effet à l'égard des droits des tiers. Cette théorie est facile à justifier. Nous nous garderons cependant de l'expliquer par les dispositions de l'art. 2279, car ce serait méconnaître la véritable portée de la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre*, qui, comme on le sait, ne s'applique nullement aux droits incorporels ; mais nous pensons qu'en remontant aux principes sur lesquels repose le transfert, on peut aisément se rendre compte des considérations qui ont invité le législateur à restreindre l'action résolutoire, lorsqu'elle opère à l'occasion de créances ou autres droits incorporels.

Il est, en effet, incontestable que le mandant n'est pas recevable à critiquer les actes de son mandataire, pourvu que ce dernier ait agi dans les limites de ses pouvoirs.

Or, le cédant, par le consentement même qu'il a donné à la cession, est réputé avoir constitué le cessionnaire pour son *procurator*, l'avoir ainsi autorisé, soit à exiger du cédé la prestation promise, soit à aliéner la créance qui a servi de base au contrat.

Il ne peut donc, lorsqu'il demande la résolution du transfert, obtenir l'annulation des rapports de droit que l'acheteur n'a créés qu'en vertu du mandat qui lui avait été concédé. Il doit d'autant plus les subir, qu'il ne peut imputer qu'à son imprévoyance le préjudice qui lui est causé, et que, d'ailleurs,

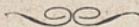
il serait inique de faire retomber la perte sur des tiers qui n'ont traité avec le cessionnaire que sous la foi d'une cession qui le faisait considérer comme le représentant du créancier originaire à l'égard de la créance aliénée.

Cette argumentation doit nous amener à reconnaître que l'action résolutoire ne fait retourner le droit dans le patrimoine du cédant qu'autant que les choses sont, au moment de l'exercice de cette voie de recours, *rebus integris*, c'est-à-dire qu'autant que le cédé n'ait pas encore payé au cessionnaire, ou, pour poser une règle plus générale, que des tiers autres que ce dernier n'aient pas acquis de bonne foi des droits sur la créance qui a été transférée (1).

Pour compléter les explications que nous venons de présenter, nous devons encore ajouter que si, dans le transfert, l'action résolutoire est admissible en théorie, elle ne sera cependant recevable que s'il y a intérêt pour le cédant à en invoquer le bénéfice. D'où il suit qu'en vertu du principe *que l'intérêt est la mesure des actions*, la faculté de demander la résolution du transport devra être refusée au vendeur chaque fois que l'usage de cette action ne pourrait lui attribuer aucune sûreté nouvelle : dans le cas, par exemple, où le débiteur se serait déjà valablement libéré; dans le cas encore où un second cessionnaire aurait été légalement investi de la créance.

(1) Arrêt de la cour de Paris du 12 février 1830; — Arrêt de la cour suprême du 19 mai 1835.

POSITIONS



DROIT ROMAIN

1^o L'acheteur, qui agit en garantie par l'action utile, ne peut jamais réclamer que la valeur de la chose au moment de l'éviction, quand même cette chose aurait diminué de valeur depuis la vente.

(L. 1. 70, 66, § 3, D., *De evict.* — *Nec obs.*.... l. 11, § 8, D., *De actionibus empti et venditi.*)

2^o Le mariage était à Rome un contrat purement consensuel à la perfection duquel la *deductio in domum mariti* n'était point nécessaire.

3^o Le legs fait à quelqu'un d'une chose dont le légataire n'a pas le *commercium*, est toujours nul.

(L. 49, § 2, D. 31, *De legatis*, 2^o. — *Nec obs.*... l. 40, l. 114, D., *De legatis*, 1^o.)

4^o La règle catonienne ne s'appliquait pas aux fidei-commis.

(Arg. Gaius, C. 11, §. 287. — L. 7, Princip. D., *De legatis*, 3^o. *Nec obs.* Inst. Just., liv. 11, tit. 20, § 32.)

DROIT FRANÇAIS

Origines féodales et coutumières

1^o Le droit coutumier avait reconnu la puissance paternelle. La maxime de Loisel : *En droit coutumier puissance paternelle n'a lieu*, signifie que cette puissance, telle qu'elle était constituée à Rome, c'est-à-dire : 1^o perpétuelle ; 2^o même sur les petits-enfants et pas seulement sur les descendants immé-

étiats ; 3° avec absorption absolue de la capacité du fils, n'existant pas en droit coutumier.

2° Explication de la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre.*

3° La distinction des propres et des acquêts n'a pas une origine germanique, puisque la plus ancienne rédaction de la loi salique n'en parle pas. Cette distinction n'a été établie que postérieurement à la conquête.

4° Y a-t-il des alleux d'origine ? Répondre en principe à cette question est chose impossible. Il faut envisager l'état du droit, d'abord dans les provinces du nord, ensuite dans celles du midi. Dans les premières, on suivait la maxime : *Nulle terre sans seigneur* ; d'où la conséquence que l'allodialité ne pouvait résulter que d'un titre. Dans les secondes, on appliquait la maxime : *Nul seigneur sans titre.* L'allodialité était donc de présomption légale pour le midi. Cette théorie, incontestable au XIII^e siècle, serait inexacte à l'époque du remaniement des coutumes, c'est-à-dire au XVI^e siècle. A cette date, sans tenir compte de la maxime : *fief, ressort, justice n'ont rien de commun*, on confond dans la personne du roi et à son profit la qualité de souverain *fief* et celle de seigneur suzerain de tout le territoire. Louis XIII, dans son Ordonnance de 1629 (art. 383), déclare que tous les héritages sont réputés relever d'un seigneur direct, ou au moins du roi ; mais il permet cependant la preuve de l'allodialité par titre. Louis XIV, plus absolu, insère dans l'Édit de 1692 la disposition suivante : « *Nous avons la mouvance et la directe de toutes les terres de notre royaume.* » Dès lors, la maxime : *Nul seigneur sans titre*, n'existe plus, celle de *Nulle terre sans seigneur*, est générale aussi bien dans le midi que dans le nord ; mais elle disparaîtra à son tour en 1789. Toute terre, sous l'empire du Code Napoléon, est libre, elle est possédée *optimo jure.*

5° Il faut être seigneur pour constituer une censive. Ce

droit est donc interdit au censitaire, et cette prohibition se trouve consacrée par la maxime : *Cens sur cens n'a lieu.*

CODE NAPOLEÓN.

1º Lorsque la femme, en cas d'absence déclarée de son mari, a opté pour la continuation de la communauté, si le mari reparait après les délais portés en l'art. 127, les revenus perçus antérieurement par l'épouse tomberont tous dans la communauté, du moins en principe. Seulement elle ne devra pas récompense pour les revenus qu'elle aura appliqués à son profit personnel, conformément à l'art 1437. Ce système est le seul qui concilie l'art. 127 et l'art. 1401 (C. N.).

2º La dot mobilière est aliénable.

3º Le cédant perd par la destitution de son cessionnaire, le privilège qui lui est accordé par le nº 4 de l'art. 2102, sur le prix non payé de l'office qu'il a vendu.

4º Le privilège qui a sa source dans le nº 3 de l'art. 2104, ne comprend pas seulement les frais de la maladie, *dont le débiteur est mort*, mais encore ceux de la maladie qui a précédé l'évènement *quel qu'il soit* : décès, faillite ou déconfiture, qui donne lieu à la distribution des deniers.

PROCÉDURE CIVILE.

1º Il faut distinguer entre les actes d'exécution, suffisants pour empêcher la péremption du jugement, conformément à l'art. 156 (C. P. C.), et les actes d'exécution ayant pour effet de rendre l'opposition irrecevable, conformément à l'article 159 (C. P. C.). Par exemple, un procès-verbal de carence pourra bien empêcher la péremption du jugement, s'il a été fait dans les six mois de sa date, mais ne rendra l'opposition irrecevable que du jour où il aura été porté à la connaissance de la partie condamnée.

2^o Les demandes reconventionnelles, fondées exclusivement sur la demande principale, ne doivent pas entrer en ligne de compte pour la fixation du ressort. On doit considérer comme telle la demande en nullité d'une saisie et en dommages et intérêts supérieurs à quinze cents francs, quand même la saisie aurait été pratiquée pour une somme inférieure à quinze cents francs. La partie saisie doit, dans ce cas, être regardée comme jouant le rôle de défendeur.

3^o (Loi du 21 mai 1858.) — Les créanciers utilement colloqués reçoivent du greffier un bordereau de collocation exécutoire contre l'adjudicataire. Ce nouveau titre ne constitue qu'une indication de paiement et n'opère pas novation en faveur du saisi, qui reste toujours obligé, si, sans la faute du créancier, l'adjudicataire venait à ne pas solder le bordereau et à devenir insolvable.

DROIT COMMERCIAL.

1^o La société ayant pour objet la contrebande est toujours nulle, sans qu'on ait à distinguer si la contrebande est faite à l'intérieur ou à l'extérieur.

2^o L'autorisation de faire le commerce accordée par le mari à la femme peut être tacite. Mais le retrait de cette autorisation ne pourra être efficace que s'il a été rendu public, conformément aux prescriptions de l'art. 2 (C. Com.).

3^o Les compagnies d'assurances *mutuelles* ne peuvent être considérées comme des entreprises commerciales. Le but de ces sociétés n'est nullement de procurer des bénéfices aux actionnaires. C'est pour se sauvegarder eux-mêmes que les co-associés les ont formées. Mais il n'en est pas de même des compagnies d'assurances *à prime*, qui, constituées exclusivement dans l'intention de réaliser des gains considérables, présentent dès-lors tous les caractères des entreprises commerciales.

DROIT CRIMINEL.

1° Celui qui est incapable de servir, ou dont l'engagement en qualité, soit de volontaire, soit de remplaçant, est nul, ne peut se prévaloir de l'incapacité dont il est atteint, ou de la nullité, pour se soustraire à la juridiction du conseil de guerre devant lequel il est renvoyé à raison d'un fait délictueux par lui commis à une époque où il était militaire *de fait*, sinon de droit.

2° Du principe que pour déterminer la compétence des tribunaux militaires, on doit remonter au temps du délit, il résulte que le faux dont un remplaçant s'est rendu coupable pour éluder une incapacité est porté devant la cour d'assises, quoiqu'il n'ait été découvert qu'après l'arrivée au corps de son auteur.

3° Si les gendarmes ne peuvent invoquer le bénéfice des dispositions de l'art. 75 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII, qui prohibent toutes poursuites contre les agents du gouvernement pour des faits relatifs à leurs fonctions, sans un examen préalable du Conseil d'État, ils peuvent néanmoins se prévaloir de l'art. 483 (C. I. C.), qui met les officiers de police judiciaire à l'abri des attaques malveillantes qui seraient dirigées contre eux, en n'accordant qu'au procureur général le droit d'action contre les officiers de police judiciaire, à raison des délits qu'ils ont commis dans l'exercice de leurs fonctions.

4° La maxime : *Le criminel tient le civil en état*, est admise dans le Code de Justice Militaire. Il y a cependant des cas où elle ne doit pas être appliquée. Il en sera ainsi toutes les fois qu'il s'agira de questions préjudicielles, qui pourront être soulevées devant le conseil de guerre, et dont la solution préalable par le juge civil sera indispensable pour permettre à la juridiction répressive de prononcer, soit l'acquit-

tement, soit la condamnation du prévenu. Supposons, par exemple, qu'un militaire accusé de bigamie ait saisi le tribunal civil d'une demande en nullité du premier mariage qui lui est imputé. Nous pensons, dans ce cas, que *le civil tient le criminel en état*. La décision qu'a à rendre la juridiction répressive, dépend, en effet, de la question de validité du mariage, et cette question ne peut être résolue que par le juge civil.

DROIT ADMINISTRATIF

1^o Le règlement du 22 juillet 1806 (art. 44) et les principes généraux exigent impérieusement que le délai de trois mois, dans lequel le pourvoi doit être formé, ne commence à courir que du jour de la *notification régulière* de la décision attaquée, et non pas du jour où la partie condamnée a acquis *une simple connaissance* de cette décision.

2^o Si les tribunaux n'ont pas à examiner l'opportunité de l'expropriation, qu'ils sont requis de prononcer, ou la régularité des préliminaires administratifs, ils ont néanmoins le droit de vérifier, en fait, l'accomplissement de ces formalités et doivent, en cas d'omission, refuser de sanctionner l'expropriation.

3^o Les tribunaux judiciaires et même administratifs ont le droit de regarder comme non avenu tout décret impérial illégalement rendu.

Le Président de la Thèse,
CHAUVEAU-ADOLPHE.

Vu par le Doyen,
DELPECH.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Recteur de l'Académie, Conseiller honoraire
à la Cour de Cassation, Commandeur de
l'ordre impérial de la Légion-d'Honneur,*

J. ROCHER.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

Notions préliminaires.	3
CHAP. 1 ^{er} . — Modes employés pour réaliser le transport-cession.	9
CHAP. II. — Des éléments constitutifs du transport-cession.	23
CHAP. III. — Des effets du transport-cession.	40
SECT. 1 ^{re} . — Des effets du transport-cession entre les parties.	40
SECT. 2. — Des effets du transport-cession entre le cessionnaire et le débiteur cédé.	46
SECT. 3. — Des effets du transport-cession à l'égard des tiers.	70

DROIT FRANÇAIS.

Notions préliminaires.	75
CHAP. 1 ^{er} . — Mode employé pour opérer le transport-cession.	82
CHAP. II. — Des éléments constitutifs du transport-cession.	95
CHAP. III. — Des effets du transport-cession.	443
SECT. 1 ^{re} . — Des effets du transport-cession entre les parties.	443
SECT. 2. — Des effets du transport-cession par rapport aux tiers.	444
SECT. 3. — Des effets du transport-cession par rapport aux droits accessoires qui assurent le remboursement de la créance.	432
CHAP. IV. — Des obligations respectives des parties.	439
SECT. 1 ^{re} . — De la garantie en matière de transport-cession.	439
SECT. 2. — Du prix. — Des sûretés spéciales qui en assurent le paiement.	457

