

TRAITÉ

DES

EFFETS DE COMPLAISANCE

EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

ET

EN DROIT PÉNAL

PAR

E. DRAMARD

CONSEILLER A LA COUR DE LIMOGES.

PARIS

A. DURAND et PEDONE-LAURIEL, Éditeurs,

LIBRAIRES DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, rue Soufflot, 13.

—
1880





TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Avant-propos.....	7
CHAPITRE PREMIER. — Prolégomènes. — Sommaire, nos 1-6.....	9
CHAPITRE DEUXIÈME. — De la nullité des effets de complaisance d'après le droit civil et commercial. — 1 ^o Billet à ordre. — 2 ^o Lettre de change. — Sommaire, nos 7-45.....	15
§ 1 ^{er} . Billet à ordre.....	18
§ 2. Lettre de change.....	35
CHAPITRE TROISIÈME. — Conséquences de la nullité entre le débiteur et le bénéficiaire apparents. — Sommaire, nos 46-73.....	57
§ 1 ^{er} . Billet à ordre. — Effets entre le souscripteur et le bénéficiaire.	58
§ 2. Lettre de change. — Effets entre le tireur et l'accepteur.....	77
CHAPITRE QUATRIÈME. — Effets à l'égard des tiers porteurs. — Sommaire, nos 74-113.....	77
§ 1 ^{er} . Tiers porteur de bonne foi.....	81
§ 2. Tiers porteur de mauvaise foi.....	100
CHAPITRE CINQUIÈME. — Effets à l'égard des tiers, cautions, créanciers, etc. — Sommaire, nos 114-156.....	112
§ 1 ^{er} . Des cautions et de ceux qui garantissent la dette par nantissement ou par hypothèque.....	114
§ 2. Effets à l'égard des autres créanciers, ou de la faillite du débiteur ou des endosseurs.....	137
CHAPITRE SIXIÈME. — Des effets de complaisance au point de vue du droit pénal. — Sommaire, nos 157-188.....	144
§ 1 ^{er} . De l'Escroquerie.....	147
§ 2. De l'Abus de confiance.....	161
§ 3. De la Complicité.....	163
Conclusion, nos 189 et 190.....	167

Cette étude a paru en partie dans la *France judiciaire* : en l'écrivant, j'ai pensé qu'elle devait surtout s'adresser à des commerçants auxquels les déductions du raisonnement juridique ne sont pas familières. C'est ce qui explique certains développements que j'ai été obligé de donner à mon travail, qui eussent été moins utiles parlant à des praticiens ou à des juristes. J'ai espéré que, mieux éclairés sur les caractères et les dangers de pratiques presque usuelles, ceux qui se laissent aller à les tolérer avec une facilité que ne comporte pas la loyauté des relations d'affaires, se montreraient plus circonspects à l'avenir, et qu'ainsi il y aurait quelque chance d'enrayer un mal dont les progrès, surtout dans le commerce moyen, sont révélés depuis plusieurs années par les symptômes les plus alarmants. En cela je me suis inspiré d'une pensée bien souvent manifestée par le haut négoce et en particulier par les chefs de notre plus importante juridiction consulaire. Naguère encore, en prenant possession de son siège, le Président du Tribunal de commerce de Paris ne signalait-il pas les ravages causés par la funeste pratique des billets de complaisance, ravages dont les faillites, chaque jour plus nombreuses, ne permettent plus d'en chercher ailleurs les principales causes?

Juillet 1880.

DES EFFETS DE COMPLAISANCE

LEUR VALEUR ET LEURS CONSÉQUENCES

EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL ET EN DROIT PÉNAL.

CHAPITRE PREMIER

PROLÉGOMÈNES

SOMMAIRE

1. — Importance du sujet. Il est neuf en doctrine et en jurisprudence.
2. — Dangers de la circulation des effets de commerce fictifs. Abus auxquels on en est arrivé.
3. — Conséquences inévitables des expédients de ce genre. La cause la plus ordinaire est la gêne des commerçants qui y ont recours. Renouvellements d'effets. Émission de valeurs fictives.
4. — Valeurs dites *de circulation*.
5. — Escomptes de complaisance.
6. — L'effet de complaisance est illicite et immoral.

1. — Une question grave préoccupe vivement depuis quelques années le commerce et les juridictions consulaires, celle des *Effets de complaisance*. Nous voulons essayer de la traiter sous toutes ses faces¹.

C'est une opinion accréditée qu'à l'école, au palais et dans les livres, tout a été prévu, discuté, enseigné, jugé et partant tiré au clair en matière de droit et de jurisprudence. Chaque jour l'étude du droit démontre le contraire, et bien que nos codes datent déjà de trois quarts de siècle, et

1. Nous n'avons, à notre connaissance, été précédé dans cette carrière que par un seul auteur, M. R. ROUSSEAU, *Du trafic des billets de complaisance d'après la loi civile et la loi pénale*, br. in-12, 1876, dont nous partageons les opinions et auquel nous ferons quelques emprunts. Mais il nous a semblé, qu'à part quelques considérations générales, il n'a fait qu'effleurer le sujet : il a posé des principes, d'ailleurs incontestables, et affirmé des solutions très-juridiques, mais il a laissé un vaste champ ouvert à l'examen des détails et à la controverse. — Il existe une autre brochure qui paraît traiter le même sujet, mais que nous n'avons pu réussir à nous procurer : *De l'usage et de l'abus des lettres de change, ou Questions de droit relatives au crédit commercial*, par L.-J. MARRE fils, in-8°, 3 f. 1/4, Paris, Dusart, 1827.

qu'ils aient pendant tout ce temps donné lieu à d'innombrables débats scientifiques et judiciaires, chaque jour des faits nouveaux se produisent, d'où naissent des questions sur lesquelles il n'a encore été rien dit. Tel est le cas pour les Effets de complaisance; car, bien qu'ils n'appartiennent plus depuis longtemps aux faits nouveaux dont parle le jurisconsulte auquel nous empruntons cette réflexion si vraie, ils semblent avoir laissé jusqu'à présent la doctrine indifférente, et la jurisprudence, en ce qui les concerne, passe inaperçue des arrêstistes. L'abus en est cependant arrivé à un point qui impose en quelque sorte le devoir de les soumettre à une étude approfondie et de les combattre par tous les arguments juridiques que nous trouvons en abondance dans les principes de la morale d'abord, et ensuite dans les textes positifs de nos lois. Le sujet paraît donc neuf, autant qu'il est intéressant, aussi bien par la variété des questions qu'il soulève que par l'utilité pratique qu'il présente.

2. — La circulation du papier fictif, de celui qui ne représente aucune opération commerciale sérieuse, est beaucoup plus considérable qu'on ne le pourrait soupçonner et elle jette dans les affaires une perturbation dont les conséquences sont, en temps ordinaire, funestes, et ne manquent jamais, dans les périodes de crises, de devenir désastreuses. C'est une des plaies, disons mieux, c'est la plaie la plus vive et la plus dangereuse du commerce. Par l'abus qui s'en fait chaque jour, par l'immunité dont le ministère public les couvre, ils amènent de nombreuses ruines souvent imméritées, en même temps qu'ils sont une cause d'un grave discrédit, principalement pour le petit et le moyen commerce, qui n'ont pour toute garantie que leur honnêteté. Inventés pour faciliter les transactions commerciales, instruments précieux de crédit, les effets de commerce sont ainsi devenus les ennemis les plus redoutables du crédit lui-même, des instruments de dol, de fraude et d'escroquerie. Ces trois mots résument toute notre thèse.

« Pendant longtemps, soit parce que les lois étaient rigoureuses contre la faillite et la fourberie, soit parce que les commerçants étaient moins nombreux, partant plus solvables, soit parce que l'agiotage n'était pas encore inventé, soit parce que la morale commerciale était moins relâchée, la mise en circulation d'une lettre de change signifiait toujours qu'une opération commerciale sérieuse avait existé et qu'elle en était la représentation. Mais les facilités de création de valeurs de cette nature, les faveurs spéciales attachées par la loi à ce papier-monnaie, suscitèrent une spéculation honteuse, nous voulons parler du trafic des valeurs de complaisance.

» Des agioteurs et des spéculateurs créèrent et jetèrent dans le commerce une masse énorme de ce signe d'échange que rien ne garantissait plus, qui servait pour la représentation d'opérations qui n'avaient jamais existé. Ce fut l'origine d'un nouveau commerce; on vendit sa signature comme une marchandise. A l'échéance la valeur est acquittée ou non, peu importe; elle a circulé, on a réussi grâce à elle à se procurer de l'argent, c'est là le but principal.

» Avec le temps le mal grandit; au moment où éclata la révolution de 1848, il était déjà considérable et voici en quels termes M. Louis Blanc le flétrit dans son *Histoire de la Révolution de 1848* : « Il y avait longtemps » déjà, bien longtemps, qu'une lettre de change jetée dans la circulation » avait cessé de signifier la transmission réelle par un vendeur de bonne » foi à un acheteur sérieux d'un produit de valeur égale à celle portée sur » la lettre de change. Il y avait longtemps qu'une tourbe de spéculateurs » sans honneur et sans solvabilité avaient rempli les canaux de la circula- » tion d'une masse de papier qui ne répondait à rien. La révolution éclatant, » l'alarme fut donnée; la défiance acquit des yeux de lynx; on pénétra au » fond de beaucoup de manœuvres qui, jusqu'alors, avaient échappé à l'at- » tention des parties intéressées; on découvrit qu'un grand nombre de » maisons commerciales ne vivaient que d'une vie factice et qu'une masse » énorme de papier reposait sur un capital imaginaire. »

» Nous avons honte à le dire, mais avec le temps le mal a pris des proportions plus effrayantes encore; nous pourrions citer bon nombre de maisons de commerce, jouissant aux yeux du public d'une grande réputation, qui ne prolongent leur existence que grâce à un trafic continu de valeurs de cette nature sans cesse renouvelées; leur situation apparente leur procure des facilités d'escompte; à l'échéance les valeurs sont acquittées, mais pour atteindre ce résultat on en a créé de nouvelles, et ainsi de suite jusqu'au jour du désastre auquel personne ne veut croire et qui dévoile les piliers fragiles de l'édifice qui inspirait confiance. » (ROUSSEAU, *loc. cit.*, p. 10 et suiv.)

Le mal en est arrivé à ce point qu'on voit fonctionner au grand jour des maisons de banque ayant pour unique objet la création, l'échange et la mise en circulation des billets de complaisance. Nous aurons à faire connaître leur organisation et leur fonctionnement plus en détail et à apprécier en droit leurs agissements. Les tribunaux de commerce, la Banque de France et toutes les maisons de crédit sérieuses ont été unanimes à flétrir cette industrie coupable et à refuser tout effet aux engagements souscrits par l'intermédiaire de ces agences malhonnêtes. Le ministère public s'en est également ému, à Paris du moins.

3. — La faillite et la ruine sont la conséquence inévitable des combinaisons de ce genre. La gêne, la déconfiture déjà plus ou moins réelle, sont la cause fatale qui presse les commerçants aux abois d'y recourir. Si l'actif de tant de marchands s'anéantit si rapidement, se réduit à des valeurs purement nominales lorsque la catastrophe finit par éclater, si les faillites présentent les résultats désastreux que constatent les statistiques officielles, cela tient exclusivement à deux causes : l'abus des renouvellements et l'usage des valeurs fictives. Aussi toutes les juridictions consulaires, principalement celles qui ont dans leur ressort un grand mouvement d'affaires et de grandes affaires, ne cessent-elles de condamner ces pratiques chaque fois que l'occasion leur en est donnée, tout en gémissant de l'immunité que les agents

de la justice répressive ont accordée jusqu'à présent à ces détestables abus, en dépit des prescriptions du code de commerce et du code pénal, tout en s'étonnant d'une tolérance et d'une inertie qui en réduisent les prescriptions à n'être qu'une lettre morte¹. Il y aurait beaucoup à dire sur l'initiative que l'on voudrait voir prendre plus souvent aux parquets en pareille matière, et ceux-ci ne sont pas dépourvus d'objections pour y répondre. Il n'entre pas dans notre plan d'examiner ce point de droit criminel sous ses différentes faces, nous n'en retiendrons que ce qui concerne les effets de complaisance lorsque nous les étudierons dans tous leurs rapports avec la loi pénale.

Disons toutefois que ces deux causes, ou, pour parler plus exactement, ces deux symptômes de déconfiture commerciale que nous venons de signaler, les renouvellements et les valeurs fictives, ne doivent pas être confondus, malgré quelques affinités plus apparentes que réelles qu'ils semblent avoir entre eux. Ils sont loin d'ailleurs d'avoir toujours la même gravité et de conduire aux mêmes résultats.

Il est rare que le commerçant gêné ait recours simultanément à ces deux moyens illusoire de conjurer la fortune. Les uns emploient les renouvellements quand ils ne sont pas en mesure aux échéances; les autres, pour y faire face, créent des effets de complaisance, parce que, plus soucieux de maintenir leur crédit, ils tiennent bien plus que les premiers à cacher le secret de leur situation à leurs créanciers, et ne prennent pour confidents que des amis, plus souvent des clients qui sont dans leur dépendance, ou dans la même situation qu'eux, quelquefois aussi leurs commis et employés. En morale, cette classe de commerçants est relativement beaucoup plus répréhensible que les autres, puisqu'ils trompent plus de monde et qu'ils trompent surtout ceux qui sont le plus immédiatement intéressés à ne pas l'être. Le créancier à qui l'on demande un renouvellement est prévenu par là même qu'il doit limiter son crédit. Celui qu'on ne paie qu'en battant monnaie par l'émission de valeurs fictives est entretenu dans sa confiance et maintient, si même il n'augmente pas, un crédit depuis longtemps immérité.

Ce n'est pas que la pratique des renouvellements ne soit blâmable et ne puisse constituer dans un moment donné un acte illicite et immoral. Sans doute un commerçant loyal et scrupuleux peut à un moment donné être dans l'impossibilité de satisfaire à un engagement, sans être pour cela au dessous de ses affaires. L'aide qui lui sera accordé par ses correspondants sera un acte d'humanité en même temps que de prudence et de bonne administration, et il pourra le solliciter sans cesser d'être loyal et scrupuleux. Mais l'habitude en deviendrait coupable. Le commerçant gêné dissimule de la sorte sa situation véritable, et s'il ne trompe pas ses anciens créanciers qui l'aident, il trompe les nouveaux, avec lesquels il n'entre le plus souvent

1. V. les discours d'installation des Présidents du tribunal de commerce de la Seine, et notamment celui de M. Baudelot, 18 janvier 1879.

en relations que parce que les anciens lui ont refusé crédit : la création de nouvelles dettes n'est souvent que le moyen d'acquitter les anciennes. Il y a donc là une sorte de dol, un acte immoral, puisqu'il aboutit en définitive à user d'un crédit mensonger et imaginaire pour se procurer auprès de nouveaux correspondants des marchandises dont le prix, quand il sera réalisé, servira à payer les premiers en date. Dans bien des cas les renouvellements pourraient être considérés comme « des emprunts, circulations d'effets et moyens ruineux employés dans l'intention de retarder la faillite, » que spécifie l'article 585 du code de commerce. Cependant ces agissements présenteront toujours un trait distinctif qui ne permettra pas de les confondre avec de véritables effets de complaisance. C'est qu'ils ont une cause. Cette cause c'est l'opération primitive, vente ou prêt, qui a donné naissance à une créance successivement novée ou dont l'exigibilité, tout au moins, a été plusieurs fois prorogée.

4. — A la même famille peuvent se rattacher des valeurs de banque auxquelles on a donné le nom de *valeurs de circulation*, reposant aussi sur une convention légitime, sur une opération commerciale sérieuse, mais dont l'échéance est trop éloignée pour pouvoir être utile au crédit. « En pareille circonstance, on insère dans le contrat une clause qui, pour faciliter la négociation d'une créance à long terme, permet au créancier d'exiger de son débiteur des billets négociables sous la condition de renouvellement jusqu'à l'échéance des termes convenus. »

5. — Il arrivera encore qu'un commerçant désireux d'obliger un ami, même non commerçant, sans en avoir actuellement le moyen, acceptera de lui un billet à ordre ou tirera sur lui une lettre de change. Il n'y aura là qu'un prêt d'argent, mais ce n'en sera pas moins une opération sérieuse, bien qu'étrangère au commerce, et il importerait peu que le prêt n'eût été réalisé qu'après l'escompte de l'effet qui le représente, pourvu que la nature de l'opération ne se dissimule pas sous l'apparence d'un contrat différent. Mais l'abus pourrait en devenir délictueux et tomber sous l'application de l'article 586, § 1^{er}, du code de commerce.

Ou bien encore le commerçant comprendra dans le bordereau qu'il remet à l'escompte chez son banquier des valeurs que lui aura remises un ami, qui lui-même n'a pas de banquier. Si cependant ce genre d'opération devenait habituel chez un commerçant n'exerçant pas ostensiblement la profession de banquier ou d'escompteur, même accessoirement à un autre négoce, il serait certainement blâmable et suspect, et son auteur se verrait justement refuser la considération nécessaire pour figurer sur les listes des électeurs et des éligibles aux magistratures consulaires ou aux chambres de commerce.

Les tribunaux ont eu quelquefois à apprécier ces divers agissements : leurs solutions doivent nécessairement varier suivant les circonstances, la

moralité et la légalité en étant avant tout subordonnés au fait : en cela tout est affaire de mesure.

6. — Mais il n'en est plus de même quand il s'agit d'effets de complaisance. L'illégitimité et l'immoralité en existent en principe, abstraction faite de toute circonstance de fait. Celles-ci ne peuvent servir qu'à en mesurer la gravité soit pour ce qui touche à la réparation civile, soit pour ce qui concerne la répression pénale.

Le défaut de cause sérieuse ou licite, une convention immorale et en même temps illicite, un concert dolosif et frauduleux, voilà ce qui caractérise l'effet de complaisance.

Nous aurons donc à les étudier d'après les règles du droit civil et commercial d'une part, et de l'autre d'après celles du droit pénal. Nous examinerons aussi quels effets ces obligations peuvent produire : 1° entre les parties contractantes; 2° à l'égard des tiers porteurs, suivant qu'ils sont ou non de bonne foi; 3° à l'égard des coobligés et des cautions, ou de ceux qui auraient constitué des garanties réelles, comme un nantissement ou une hypothèque. Enfin nous aurons à rechercher quelle responsabilité les différents agents ayant concouru à cette circulation fictive ont pu assumer à l'égard des tiers, créanciers des uns ou des autres.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA NULLITÉ DES EFFETS DE COMPLAISANCE D'APRÈS LE DROIT CIVIL ET COMMERCIAL. — 1^o BILLET A ORDRE. — 2^o LETTRE DE CHANGE

SOMMAIRE

7. — Les règles du droit civil dominant la matière. Art. 1108 du code civil.
8. — En la forme les effets de complaisance ne se distinguent pas des valeurs sérieuses.
9. — Conditions essentielles à la validité des effets de commerce.

§ 1^{er}. *Billet à ordre.*

10. — Le billet à ordre se réfère nécessairement à un fait antérieur, fait juridique ou purement matériel.
11. — Exemple de la convention révélée par le billet de complaisance.
12. — Ce que c'est que la cause dans un billet à ordre.
13. — But que se proposent les parties.
14. — Quand et pourquoi une cause est illicite ou immorale.
15. — Objection et réfutation.
16. — Les billets de complaisance sont contraires à la morale et prohibés par la loi.
17. — Quand un contrat est-il, en principe, contraire à la morale ?
18. — Les billets de complaisance sont prohibés par des dispositions formelles de la loi.
19. — Les articles 585 et 586 du code commercial sont le siège de la matière.
20. — Suite.
21. — L'article 405 du code pénal prohibe aussi ces sortes d'actes.
22. — Conclusion des numéros précédents.
23. — Objections présentées dans un but d'utilité.
24. — Réfutation.
25. — Suite.
26. — La jurisprudence proclame aujourd'hui le principe de l'immoralité et de l'illicéité des effets de complaisance. Documents de jurisprudence.
27. — Conclusion.

§ 2. *Lettre de change.*

28. — Définition de la lettre de change.
29. — Différences entre la lettre de change et les autres contrats qui s'y rattachent.

30. — Conséquences de ces différences. Exemples.
31. — Abus de la lettre de change. Théorie des jurisconsultes allemands.
32. — Vices et abus du système allemand.
33. — De la simulation.
34. — Exemples.
35. — Le porteur trompé par la simulation a le droit de faire résoudre le contrat.
36. — Il faut, dans la simulation, rechercher le but que les parties se sont proposé.
37. — La lettre de change simulée n'est qu'un contrat équivoque, suspect.
38. — Réfutation de l'opinion que la lettre de change peut couvrir valablement un prêt.
39. — Le prêt est incompatible avec la forme de la lettre de change.
40. — Objections et réponse.
41. — Objection d'après laquelle il n'est pas défendu de faire indirectement ce qu'il est permis de faire directement. Elle est inapplicable.
42. — La remise de place sur autre n'existe même pas dans le prêt dissimulé sous forme de lettre de change.
43. — Impossibilité, en fait, de justifier l'emploi de la lettre de change pour réaliser un prêt.
44. — S'il n'y avait pas de but équivoque, l'emploi de cette forme serait illusoire et inexplicable.
45. — Conclusion.

7. — Les conditions nécessaires à la validité des conventions sont les mêmes en droit civil qu'en droit commercial. Mais, de même que chacun des contrats de droit civil comporte certaines règles spéciales et particulières nécessitées par la différence des rapports que créent ces contrats, de même les transactions commerciales sont soumises à certaines règles particulières en rapport avec leurs variétés. Les règles spéciales à chacun des différents contrats de droit civil et de droit commercial doivent donc toujours se combiner et s'accorder avec les principes généraux qui dominent tous les contrats. Quelquefois elles ajoutent de nouvelles conditions de validité qui sont la conséquence de la spécialité des transactions. Quelquefois même elles y dérogent, mais alors c'est seulement dans certains cas expressément déterminés. Ainsi, soit civile, soit commerciale, aucune obligation n'est valable si elle ne réunit pas les conditions générales énoncées par l'article 1108 du code civil. Voilà la règle qui domine notre sujet. Nous aurons donc à examiner les effets de complaisance en y appliquant d'abord les règles générales du droit commun, et ensuite à rechercher dans le droit commercial (au titre des *Lettres de change*) les conditions spéciales nécessaires à la validité de ces sortes d'engagements. Ce double examen n'est pas seulement rendu nécessaire par cette considération que leur existence dépend avant tout de l'observation des conditions indiquées par le code civil, mais encore par cette raison que, dans la plupart des cas, ces conditions seront les seules dont il y aura lieu de se préoccuper, bien qu'il s'agisse d'obligations en apparence commerciales, parce que les conditions particulières de validité du code de commerce ne se rencontrant pas, l'obligation cessera d'être commerciale, pour n'être plus qu'une simple promesse (article 112 du code de commerce), un contrat purement civil; il ne sera, dans ces circon-

stances, nécessaire de vérifier si les conditions exigées par le droit commercial ont été observées, que pour reconnaître qu'elles ne s'appliquent pas aux effets de complaisance, et que dès lors ils restent soumis aux seules règles de validité des contrats de droit civil.

8. — Le billet-à ordre et la lettre de change sont le résultat d'opérations sérieuses; ils se présentent donc au crédit comme le règlement de ces opérations, ventes de marchandises ou prêts d'argent, le plus souvent; ces transactions sont d'ordinaire commerciales. Pour obtenir le même crédit, les effets de complaisance revêtent les mêmes formes; mais les combinaisons auxquelles ils se prêtent sont en rapport avec les opérations fictives qu'ils sont censé représenter. (COURCELLE-SENEUIL, *Traité des opér. de B.*, p. 96 et suiv.)

Tantôt le commerçant obéré qui a recours à ce moyen de battre monnaie simule une créance sur son complaisant, et il réalise cette créance imaginaire soit au moyen d'une lettre de change ou d'une traite tirée sur son débiteur fictif, soit au moyen d'un billet souscrit par celui-ci à son ordre. En escomptant ces valeurs chez son banquier, il se procure les fonds dont il a besoin, et à l'échéance il fait la provision chez le tiré ou chez le souscripteur. Tantôt au contraire il se reconnaît fictivement débiteur de son complaisant et souscrit à son profit un billet à ordre, ou accepte la traite tirée par lui. Le complaisant escompte les effets, en remet les fonds au débiteur fictif qui, à l'échéance, acquittera les effets. Il arrivera même quelquefois, dans cette dernière hypothèse, que le pseudo-créancier n'aura pas autre chose à faire que de prêter sa signature pour endosser les valeurs; ce sera le débiteur supposé qui les portera lui-même chez son propre banquier, les escomptera en apparence pour le compte du créancier et en touchera le montant. Cette négociation s'effectuera nécessairement, dans ce cas, avec la connivence du banquier.

9. — Les effets de complaisance ne se distinguent donc pas, en la forme, des effets sérieux. Il nous faut rechercher si, au fond, ils réunissent les conditions essentielles à la validité des conventions. Elles sont au nombre de quatre (art. 1108 du code civil): 1° le consentement de la partie qui s'oblige; 2° sa capacité de contracter; 3° un objet certain qui forme la matière de l'engagement; 4° une cause licite dans l'obligation.

Le consentement et la capacité de la partie qui s'oblige sont à peu près indifférentes à examiner dans le sujet qui nous occupe, parce que nous supposerons qu'ils existent et qu'aucune difficulté ne s'élève sur ce point. Nous ferons toutefois remarquer que si le consentement du souscripteur ou accepteur de l'effet de complaisance existe au vœu de la loi, en ce sens qu'il n'est ni surpris par dol, ni extorqué par violence, ce n'est cependant pas un consentement parfait; il n'est pas donné avec la volonté de s'engager envers le créancier direct; il n'est que simulé, à tout le moins conditionnel. Mais ce n'est pas là qu'est le vice réel et radical de ces sortes d'obligations.

L'objet certain, c'est la somme d'argent qui doit être payée par le souscripteur ou l'accepteur ; cette somme n'est aussi que fictive. Mais nous ne nous arrêterons pas à cette condition qui, sous les rapports qui nous intéressent, se confond avec la quatrième, la cause licite, la seule à laquelle nous nous attacherons. « On se rappelle en effet que l'objet de l'obligation de l'une des parties étant la cause de celle de l'autre, et réciproquement, il s'ensuit que lorsque l'objet de l'obligation de l'une est illicite, la cause de l'obligation de l'autre devient, par cela même, aussi illicite. » (DEMOLOMBE, *Contrats*, I, n° 374.)

C'est là en effet que nous surprenons le vice radical des effets de complaisance. Mais avant il est nécessaire de bien déterminer la signification pratique d'un effet de commerce, c'est-à-dire la convention qu'il révèle. Nous porterons notre examen séparément sur les deux formes ordinaires de l'effet de complaisance. Nous commencerons par le billet à ordre, parce qu'il nous paraît, à raison de sa simplicité, se prêter mieux à la démonstration que nous avons à faire, que la lettre de change qui est une forme plus savante et plus compliquée de l'effet de commerce, et qui, par sa nature, se présente, au point de vue qui nous occupe, dans des conditions un peu différentes.

Quant au chèque, il sera inutile d'en faire l'objet d'observations particulières : le seul intéressant serait le chèque de place sur autre, qui semble avoir beaucoup d'affinité avec la lettre de change ; mais la discussion de la dernière loi budgétaire a démontré que la chose n'est pas très-claire : il est plus prudent de s'abstenir. (V. *Journal officiel* du 3 décembre 1878.)

§ 1^{er}. — *Billet à ordre.*

10.— Le billet à ordre est, par sa forme, un contrat unilatéral : il ne contient d'engagement que de la part d'une seule partie. Cette définition est d'une exactitude rigoureuse et absolue, mais il ne faut pas aller au delà de l'intérêt pratique qu'elle peut avoir, et en conclure que, de ce qu'elle ne prouve qu'une obligation sans réciprocité, elle exclut ou n'implique pas l'idée d'une convention synallagmatique. On ne souscrit une promesse de payer ou une reconnaissance de dette que parce qu'il y a un créancier ; dette et créance sont donc le résultat d'un rapport entre deux parties, qu'il naisse d'un concours de volontés ou d'un fait matériel, contrat ou quasi-contrat, délit ou quasi-délit. La dette doit donc avoir nécessairement une cause, et cette cause ne peut se rencontrer que dans la convention ou le fait dont il vient d'être parlé.

Le billet à ordre n'est donc que l'effet d'une cause antérieure. Il n'est pas à lui-même sa cause et il ne contient pas cette cause en lui-même. Le souscripteur ne s'engage que parce que le bénéficiaire envers qui il s'engage lui a fourni ou a perdu, par son fait, l'équivalent de la chose à laquelle il s'engage. C'est cet équivalent qui est la cause de l'obligation du débiteur.

D'où il faut conclure que le billet à ordre se réfère invinciblement à un fait antérieur, fait juridique comme une convention, ou fait matériel comme un délit. Il fait nécessairement présumer ce fait, il en est la preuve dans la mesure de la présomption et même au delà de cette mesure jusqu'à preuve contraire, pour autant que cette preuve contraire est légalement admissible, comme nous le verrons plus tard.

Pour sortir du vague des généralités, prenons une convention, par exemple une vente purement verbale et consensuelle comme il s'en fait chaque jour dans le commerce : le billet à ordre souscrit en paiement du prix de cette vente, s'y réfère intimement et en est l'*instrumentum*, tellement que la cause insérée dans ce billet, *valeur en marchandises*, doit être tenue pour l'expression sincère de la vente antérieure. Il en sera de même pour toute autre cause, prêt, louage, etc., résultant d'une convention antérieure, et alors même que le billet ne contiendrait pas l'énonciation de la cause, l'obligation n'en serait pas moins valable, parce que la loi présume l'obligation antérieure comme cause de cette obligation.

Cette analyse du billet à ordre va nous être utile pour constituer les éléments de la convention qu'implique le billet de complaisance et y découvrir la preuve d'un contrat illicite, où l'objet et la cause sont entachés d'un vice qui l'affecte dans sa source et rend par conséquent nul le billet qui en est la manifestation.

Le raisonnement est du reste identique pour la lettre de change.

11. — Déterminons maintenant la convention que trahit le billet de complaisance, et pour mieux préciser choisissons un exemple :

« A fin décembre prochain, je paierai à M. Leblond, ou à son ordre, la somme de mille francs, valeur en marchandises. — Paris, le 10 oct. 1878, (Signé :) Levassor. »

Nous supposons que Leblond, le bénéficiaire, est marchand de cotonnades, et que Levassor, le souscripteur, vend des porcelaines ; aucune relation commerciale n'existe donc entre eux, aucune vente de marchandises n'a eu lieu. Leblond avait besoin de 1,000 fr. pour son échéance du 15 octobre ; en lui souscrivant un effet de pareille somme, Levassor lui a donné le moyen de se la procurer chez son banquier.

Si les choses se bornaient à cela, Levassor, à l'échéance du 31 décembre, aurait à rembourser le billet de 1,000 fr., et en fait il se trouverait ainsi avoir prêté cette somme de ses deniers à Leblond ; mais il n'aurait aucun titre pour constater sa créance contre lui, puisqu'au contraire le billet prouve que c'est celui-ci qui est le créancier.

Au moment donc de la souscription de ce billet, est intervenue entre eux une convention verbale, plus souvent tacite, tant elle est essentielle en pareil cas, si l'on peut ainsi parler à propos d'un acte nul, et qui est suppléée par l'usage. Par cette convention Leblond a reconnu que Levassor ne lui devait rien en réalité, et il s'est engagé à déposer chez lui les fonds à l'échéance pour acquitter le billet. Cette convention est une véritable contre-

lettre, une œuvre de dol et de fraude à l'égard des tiers; elle est contraire à la loyauté commerciale, partant elle est immorale; elle est en outre illicite, comme étant prohibée par la loi.

Ces points seront établis dans un instant. Avant d'y arriver, nous avons à en finir avec la qualité de la cause dans l'engagement du souscripteur.

12. — Et d'abord, précisons avec M. Demolombe ce que c'est ici que la cause : l'opinion du savant jurisconsulte confirmera ce que nous venons de dire relativement à la convention préexistante ou concomitante qui ressort de tout contrat unilatéral.

« Dans les contrats unilatéraux, la cause de l'obligation contractée par l'une des parties, c'est le fait ou la promesse de l'autre. Il faut bien prendre garde ici de ne pas confondre, comme dans les contrats synallagmatiques, la cause avec l'objet. L'objet, c'est *quid debetur*; la cause, c'est *cur debeat*; c'est-à-dire que, si la cause aboutit alors aussi à l'objet, elle y aboutit d'une manière essentiellement relative à la partie envers laquelle l'obligation a été contractée. Je me suis engagé à vous payer 10,000 fr. Les 10,000 fr., voilà l'objet; ceci est absolu. Et la cause? La cause est nécessairement relative; et si c'est, par exemple, un prêt de cette somme que vous m'avez fait, la cause de mon obligation de vous les rendre *procède de ce que c'est de vous que je les ai reçus*. La numération que vous, prêteur, m'avez faite de ces 10,000 fr., à moi emprunteur, voilà la cause de mon obligation. On voit par là combien, dans les contrats unilatéraux, l'objet se distingue de la cause. D'où il suit que l'un, l'objet, peut être licite, tandis que l'autre, la cause, serait illicite. Et la nullité de l'obligation ne procéderait plus alors de l'article 1128, mais seulement de l'article 1133. » (DEMOLOMBE, *Contrats, etc.*, T. I^{er}, n^o 350.)

Faisant l'application de ces principes au billet de complaisance, nous nous demanderons où est la cause dans un pareil contrat, *cur debeat*? Nous sommes invinciblement obligés de reconnaître qu'il n'y en a aucune. L'obligation du souscripteur ne procède d'aucun acte, d'aucun fait antérieur, soit du bénéficiaire, soit du souscripteur, créateur d'un droit au profit du premier; il n'y a même pas, de la part du second, volonté de s'obliger.

Mais, dit M. Demolombe¹, « comment comprendre une obligation sans cause? » — M. Ségur en fait l'observation au conseil d'État et Demante remarque « qu'une obligation sans cause serait un acte de folie. »

« Cela est très-juste, ajoute M. Demolombe, en ce sens qu'on ne saurait se figurer raisonnablement une personne qui, ayant contracté une obligation, ne pourrait pas dire *pourquoi et dans quel but* elle l'a contractée. »

1. *Ibid.*, n^o 357. Si nous citons de préférence M. Demolombe, ce n'est pas qu'il ait émis sur ce sujet une théorie nouvelle. Celle qu'il enseigne est au contraire tellement conforme à la philosophie du sujet et aux principes du code, qu'elle lui est commune avec tous les auteurs et la jurisprudence, mais il a l'avantage de présenter le dernier état de la science.

13. — C'est ici qu'à côté de la théorie de la cause se présente un élément d'appréciation qui s'y rattache indissolublement et a sur la validité de l'obligation une influence considérable. C'est celle du but que se sont proposé les parties. Il n'est pas possible d'éliminer cette donnée lorsque l'on recherche la cause d'une obligation, surtout d'une obligation unilatérale, parce que cette recherche en déterminant les circonstances du contrat que nous avons reconnu préexister à la création d'un billet à ordre, conduit à ce but dont il faut bien envisager la moralité et la légalité. Alors même que ce serait un acte de libéralité, elle peut ne pas être pure. Dès là que le but se dissimule, il est déjà quelque peu suspect, et l'examen attentif ne démontre que trop souvent qu'il est immoral, illicite, contraire à la bonne foi et à la loi, qu'il est créé dans une pensée de dol ou de fraude, qui vicie tous les contrats où ils se rencontrent. C'est ce qui ressort de la convention dont nous avons parlé qui se substitue au contrat sérieux, vente ou autre, et qui sert de cause au billet de complaisance. (Cass. 26 mars 1860, DALLOZ, 60, 1, 255, et les arrêts cités en note; Besançon, 19 mars 1862, DALLOZ, 62, 2, 58.)

Or, cette convention préexistante, quels en sont les éléments et quel en est l'objet, quand il s'agit d'un billet de complaisance? C'est de procurer de l'argent au bénéficiaire, en simulant une opération commerciale qui l'aurait rendu créancier du souscripteur, et lui fournir de la sorte le moyen de continuer ses paiements. C'est donc un moyen ou une manœuvre employée pour persuader l'existence de fausses entreprises à l'effet de se faire remettre des fonds par l'escompteur, en même temps que pour éluder l'injonction de la loi (art. 437 et 438 du code de commerce). Ce n'est plus un contrat, c'est un concert frauduleux. Tout est immoral dans un pareil acte, l'objet, le but poursuivi, la cause impulsive.

14. — « L'impossibilité légale par suite de laquelle une chose ne peut être l'objet d'une convention peut résulter de deux causes : soit d'une prohibition spéciale de la loi, soit de la prohibition générale par laquelle la loi défend toutes les conventions qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6). Il n'est pas nécessaire, pour qu'une chose ne puisse pas être l'objet d'un contrat, qu'il existe, en ce qui la concerne, un texte spécial. Il suffit que la chose soit contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. » (DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nos 323, 334.)

L'auteur examine différents cas bien moins favorables que le nôtre, notamment celui-ci : « Aucun texte, par exemple, ne déclare qu'une entreprise de succès dramatiques ne peut être l'objet d'un contrat dont l'objet est une industrie qui consiste à enrôler des escouades de... spectateurs gagés tout exprès pour applaudir les acteurs et les pièces, envers et contre tout, et quand même, en opprimant grossièrement la manifestation du vrai sentiment public ».

Un contrat qui a de l'analogie avec celui qui nous occupe est le contrat ayant pour objet des marchandises de contrebande : « Toullier a proposé d'admettre une distinction entre l'impossibilité qui dérive, dit-il, du droit

naturel, et l'impossibilité qui dérive du droit civil. — D'après le savant auteur, la première serait seule un obstacle absolu à la validité du contrat; tandis qu'il n'en serait pas ainsi de la seconde. — Et après avoir invoqué l'autorité de Barbeyrac (sur Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. III, chap. vi, § 7, note 3)¹, il conclut ainsi, en appliquant sa doctrine à un contrat qui a pour objet des marchandises de contrebande :

« Lorsque les deux parties, ou celle qui est punissable, a satisfait à la loi en payant l'amende ou en subissant la peine prononcée contre la contravention, *l'engagement pris en fraude des lois purement civiles et des règlements arbitraires est valable de contractant à contractant.* » (T. III, p. 127.)

» Mais une pareille théorie est certainement inadmissible; elle est contraire au texte même de nos articles, qui ne comportent aucune distinction de ce genre (art. 6, 1128, 1133, 1172); et elle aurait, en outre, le très-sérieux danger d'ébranler, dans l'esprit des populations, l'autorité des lois.

» Aussi n'admettons-nous pas plus, en cette rencontre que dans les autres, au point de vue de l'application pratique, cette distinction entre le droit naturel et le droit positif; et nous sommes entièrement de l'avis de l'honorable M. Duvergier, qui, reprenant Toullier sur ce point, remarque qu'il serait *très-difficile, sinon impossible, de déterminer, d'une manière exacte, ce qui appartient au droit naturel et ce qui appartient au droit civil proprement dit.* (h. l., note a; comp. notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, etc., nos 10 et 208.)

» Il faut donc conclure que toute impossibilité qui est prononcée *par une loi d'ordre public*, relativement à une chose quelconque, s'oppose à la validité de la convention dont cette chose serait l'objet, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'origine ni le caractère de cette impossibilité. » (DEMOLOMBE, *ibid.*, n° 320.)

La rigueur du principe est donc absolue et ne comporte aucune distinction.

15. — Faut-il prévoir et réfuter une objection qui n'aurait même pas, à notre avis, le mérite d'être spécieuse? Peut-être serait-on tenté de soutenir que la promesse, faite par le bénéficiaire, de faire les fonds à l'échéance aux lieu et place du souscripteur, est la cause de l'obligation prise par celui-ci? Mais ce serait une équivoque, car cette promesse est précisément l'un des termes de la convention illicite dont nous avons parlé. Si la promesse du bénéficiaire n'avait d'autre but que d'accorder au souscripteur un renouvellement, une véritable prorogation du terme d'exigibilité, la convention serait valable, mais ce ne serait pas la promesse du bénéficiaire qui serait la véritable cause de l'engagement du souscripteur: cette cause se rencontrerait dans une opération antérieure ayant créé la dette. C'est ce que nous trouvons dans les valeurs de circulation dont nous

1. Le renvoi est inexact : c'est au ch. vii, § 6, note 2, que Barbeyrac traite cette question, d'une manière assez incomplète, du reste.

avons parlé plus haut, valeurs créées pour faciliter à un vendeur le recouvrement et l'escompte d'un prix de vente pour le paiement duquel il avait accordé un long terme. Dans ce cas la reconnaissance de dette du souscripteur a un fondement sérieux, parce que s'il a terme pour payer, il n'en doit pas moins. Mais, dans le billet de complaisance, rien de semblable : la dette n'existe pas. Promettre 1,000 fr. à quelqu'un à qui l'on ne doit rien, à la condition que ce soi-disant créancier paiera les 1,000 fr. à l'échéance, ce n'est pas faire un contrat sérieux ; s'il n'a pas pour but de tromper les tiers, c'est un contrat sans cause, c'est moins que cela, c'est le néant, puisque la promesse du stipulant détruit d'avance celle du souscripteur du billet. Cette conséquence logique et mathématique ne se produit-elle pas qu'on arriverait au même résultat par l'effet juridique d'une compensation. Lorsque deux personnes se trouvent en même temps et réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, les deux créances et les deux dettes s'éteignent de plein droit à concurrence de la plus faible ; mais dans ce cas on trouve deux dettes et deux créances réelles, résultant de deux obligations ayant chacune leur cause et leur objet juridique ; par exemple Paul doit à Pierre 1,000 fr. pour prix de vente, et Pierre doit à Paul 1,000 fr. dont celui-ci est devenu créancier comme héritier de son oncle. Si les deux obligations sont éteintes par compensation lorsqu'il existe des dettes et des créances, *fortiori* en devrait-il être ainsi alors que dettes et créances ne sont que des fictions. L'objection ne nous conduirait-elle pas par toutes les voies à l'absurde ?

16. — Ces principes posés, il faut en faire l'application aux billets de complaisance.

Nous affirmons l'immoralité et l'illégitimité tant du billet de complaisance que de la convention qui lui sert de cause, comme tombant sous la prohibition générale par laquelle la loi défend toutes les conventions qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 et 1133 du code civil). C'est là un point qui semblerait ne pas avoir besoin de démonstration doctrinale, si l'abus qui se fait chaque jour de ces valeurs, l'immunité dont le ministère public les couvre, ne tendaient à les faire considérer dans la pratique commerciale comme des actes sans conséquence et des expédients inoffensifs et licites, en dépit des protestations de la Banque de France, de la haute finance aussi bien que du commerce honnête et d'une jurisprudence qui s'affirme et s'accroît heureusement de plus en plus.

La loi positive réprime, flétrit et punit les œuvres de dol et de fraude. Les principes de la morale sont le fondement du droit positif et celui-ci les consacre partout dans l'application. Les articles 1109 et 1116 du code civil prononcent la nullité des contrats entachés de dol ; les articles 1131 et 1133 déclarent inexistantes les contrats dont la cause, et par conséquent l'objet, sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'article 1182 oblige à la réparation du préjudice causé par tout fait quelconque de l'homme, ce qui comprend indubitablement les faits contraires à

l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si nulle part la loi positive n'a cru devoir déterminer ces actes, ni les caractères auxquels on les doit reconnaître, c'est que la loi morale y supplée.

17.— Chacun trouve dans sa conscience la distinction entre les choses conformes à la morale publique et celles qui y sont contraires. « Les bonnes mœurs, dit M. Larombière, sont les habitudes réglées par le sentiment général du devoir, de l'honnêteté, de la pudeur publique; ce qui est contraire aux bonnes mœurs est donc ce qui blesse ce sentiment, *quod pietatem, existimationem, verecundiam lædit*. Mais le devoir, l'honnêteté, la pudeur publique, comment eux-mêmes les définir? Ce sont des choses qui se sentent plutôt qu'elles se définissent. Mais telle est la puissance des sentiments de moralité gravés dans le cœur de l'homme que, s'il lui est plus difficile de définir, il lui est plus aisé de comprendre ce qui constitue les bonnes mœurs. Il comprend même mieux le bien moral que le bien social et public; c'est que l'un est de sentiment et l'autre de raison, et que le cœur a plus de vérité dans ses instincts que l'esprit de justesse dans ses raisonnements. Ceci est vrai surtout des bonnes mœurs que nous appellerons privées, de ces habitudes réglées sur le sentiment commun de la moralité et du devoir, appartenant à tous et à toutes les positions.

« Mais il est aussi des bonnes mœurs publiques, moins saisissables, moins sensibles parce que leur appréciation se lie à des notions d'ordre public. Nous entendons par là les habitudes réglées spécialement sur les sentiments de délicatesse, d'honneur, de devoir, relatifs à l'exercice de certaines fonctions. »

« Qu'est-ce que l'ordre public, dit plus loin le même auteur? A prendre le mot *ordre* dans son sens littéral, il signifie arrangement, disposition, mise à sa place. L'ordre public est donc l'arrangement, la disposition, la mise à sa place de ce qui compose la société; et, comme dans la société il y a les personnes et les choses, l'ordre public résulte à la fois du respect et de l'exercice de toutes les facultés, de tous les droits que chaque membre de la société a comme individu, comme personne civile ou politique, enfin comme propriétaire. Mais c'est l'entendre alors dans son sens le plus étendu. L'article 1133 ne le prend pas dans cette acception générale. Il faut en restreindre et en dédoubler, pour ainsi dire, le sens, suivant le double objet auquel il s'applique également : nous aurons ainsi l'ordre des choses, des biens, l'ordre réel et l'ordre des individus, des personnes, l'ordre personnel. » (LAROMBIÈRE, *Obligations*, art. 1133, nos 2 et 13.)

Il semble donc qu'il soit superflu de démontrer que les billets de complaisance sont, en thèse générale, contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'analyse à laquelle nous les avons soumis, le but qu'ont en vue ceux qui ont recours à cette pratique, suffisent à prouver qu'ils sont une violation manifeste de la bonne foi, une œuvre de tromperie portant atteinte à la confiance publique. Voilà un contrat qui a pour objet de simuler des transactions commerciales et pour but de procurer du crédit et de l'argent

à un négociant qui n'en aurait pas obtenu en Banque s'il n'avait fait croire à l'existence d'une créance certaine, résultant d'une opération sérieuse; que l'on vienne soutenir qu'il n'y a pas là une manœuvre dolosive, une violation de la foi publique, une surprise de la confiance de tous ceux qui deviendront cessionnaires de ce billet, qui, dans leur pensée, représente une créance certaine, est l'équivalent de la somme d'argent qu'ils ont déboursée pour en devenir propriétaires, et qui, cependant, ne représente que le néant, ce serait méconnaître à la fois ces sentiments de moralité qui sont dans notre conscience individuelle, et les sentiments du devoir envers autrui, et de respect de son droit qui sont dans la conscience publique et constituent la notion de l'ordre social; ce serait en même temps oublier les principes les plus élémentaires du crédit. La raison, la morale ne disent-elles pas qu'il y a là, au point de vue des rapports sociaux et dans l'ordre des faits économiques, un fait analogue à l'émission d'un faux billet de banque ou de fausse monnaie, abstraction faite du degré de culpabilité de l'acte? Nous aurons occasion d'insister encore sur ce point quand nous rechercherons les effets que peut produire le billet de complaisance à l'égard des tiers.

Il suffirait donc des principes généraux pour condamner les billets de complaisance et les déclarer nuls comme tombant sous la prohibition générale par laquelle la loi défend, dans l'article 6 du code civil, toutes conventions qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs.

18. — Mais la conscience du juge est liée plus étroitement encore par les prohibitions spéciales de la loi.

S'il est dans les relations humaines des circonstances où la bonne foi et la loyauté sont plus spécialement et plus strictement exigées, c'est dans les relations commerciales, parce que la confiance s'y impose. Le commerce ne vit que de crédit, c'est-à-dire de confiance, de probité, de bonne foi, d'honneur. Ces qualités sont de l'essence même du commerce : voilà ce que l'on oublie trop facilement. Elles sont plus particulièrement, on peut l'affirmer, d'ordre public en cette matière que dans les relations ordinaires de la vie et dans les rapports de droit commun. De là la rigueur de la loi commerciale pour tout ce qui touche à la probité et à la bonne foi. C'est pour cela que des actes qui ne constitueraient que des imprudences en droit civil, deviennent des délits en droit commercial, et l'état de faillite est la démonstration même de cette proposition.

19. — Tels sont les motifs qui ont édicté entre autres les articles 585 et 586 du code de commerce.

Aux termes du premier de ces articles : « Sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants..... 3° si dans l'intention de retarder sa faillite..... il s'est livré à des emprunts, circulations d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds. »

L'article 586 ajoute : « Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commerçant..... 4° si dans les trois jours de la cessation de ses paiements

il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439. »

Ces textes sont si complètement applicables à notre sujet que l'on pourrait dire qu'ils sont le siège même de la matière. Les billets de complaisance sont la ressource habituelle des marchands aux abois, de ceux qui sont en état effectif de cessation de paiement. Ils ne sont guère employés que par eux. Sur la masse de papier fictif qui est lancé dans la circulation, ceux qui émanent de quelques escrocs de profession ou de prodigues en quête de moyens de dévorer leur patrimoine, ne forment qu'un appoint. Les commerçants en détresse en fournissent la plus grosse part. En retardant la fatale échéance par des moyens onéreux, le commerçant aggrave sa situation et diminue de jour en jour le gage de ses créanciers : s'il se fut arrêté à temps, son actif eût été en partie sauvé.

La prohibition de l'article 585, § 3, du code de commerce, est donc éminemment sage; elle est d'ordre public. La violation en est d'autant plus grave qu'elle s'ajoute nécessairement à une infraction également d'ordre public, aux articles 437 et 438 du même code, qui font au commerçant un devoir rigoureux et sous les peines portées en l'article 586, § 4, et 402 du code pénal, de déposer son bilan dans les trois jours de la cessation de ses paiements, c'est-à-dire de l'époque où il aurait cessé ses paiements s'il n'avait réussi à se procurer des fonds par des moyens eux-mêmes interdits sous des peines correctionnelles. Déjà répréhensible et punissable pour ne pas avoir fait constater judiciairement son impossibilité de payer à l'aide de ses ressources, il l'est encore bien davantage d'avoir prolongé son existence commerciale par des expédients qui, tout en anéantissant de plus en plus son actif, constituent une sorte de vol à l'encontre de ses créanciers et lui procurent encore le moyen de tromper par l'apparence d'un crédit mensonger les négociants envers lesquels il contracte de nouveaux engagements avec la certitude de ne pouvoir pas les remplir.

20.— Mais si l'article 585 3° prohibe l'emprunt dissimulé par la circulation d'effets de complaisance, l'article 586, § 1^{er}, défend implicitement le prêt fait par le même procédé. Cette disposition rend passible de la banqueroute simple le commerçant qui contracte *pour le compte d'autrui, sans recevoir de valeurs en échange*, des engagements trop considérables eu égard à sa situation. Tel est bien le cas du souscripteur d'un billet de complaisance. L'obligation qu'il contracte n'est pas pour son compte, puisqu'elle n'a pour objet que de procurer des fonds au bénéficiaire, et il ne reçoit aucune valeur en échange, si ce n'est une vaine promesse de rembourser le billet, promesse qui ne peut le soustraire à l'exécution de son engagement vis-à-vis des tiers porteurs de bonne foi. Illicite et immoral en ce qui concerne le bénéficiaire, le billet de complaisance ne l'est pas moins par rapport au souscripteur.

21.— Nous pourrions encore ajouter que cette sorte d'actes est également défendue par l'article 405 du code pénal, qui punit le délit d'escroquerie, car

nous n'hésitons pas à reconnaître qu'en principe la création et l'emploi de valeurs de complaisance réunissent les éléments constitutifs de ce délit, la création étant la manœuvre préparatoire destinée à faire croire à la réalité d'une opération imaginaire, et la négociation étant la consommation même du délit. Mais cette doctrine a soulevé de sérieuses contradictions et a rencontré jusqu'à présent, de la part des parquets, une résistance que le commerce, victime ordinaire de ces actes, a peine à s'expliquer. C'est pour quoi, tout en formulant ici notre proposition, nous en réservons la démonstration pour l'exposer lorsque nous étudierons tout spécialement les effets de complaisance au point de vue du droit pénal¹.

22.—Ainsi, à tous les points de vue, l'analyse de ces valeurs de commerce en fait ressortir les caractères vicieux, démontre qu'ils sont contraires à la morale, à l'ordre public et aux prohibitions formelles de la loi, et conduit à en proclamer la nullité. Mais, tandis que pour les actes qui n'intéressent pas l'ordre et la morale publiques la sanction se trouve dans la nullité de ces actes et la responsabilité civile de ceux qui les ont consommés, dans le cas dont nous nous occupons la prohibition de la loi et sa violation sont sanctionnées par une pénalité encourue, témoignage de l'importance que la société attache à ce que de pareils actes ne se produisent pas et demeurent sans répression lorsqu'ils sont commis. (ROUSSEAU, *loc. cit.*, p. 24.)

23. — Nous n'ignorons pas que les effets de complaisance sont défendus au nom de l'intérêt même du commerce, comme on essaie de les défendre également en droit : des jurisconsultes ont enseigné que l'émission n'en a rien d'illicite et que l'abus seul peut en devenir condamnable.

Pour ne pas porter atteinte à leurs arguments, nous les reproduisons textuellement, tels qu'ils ont été résumés par l'un d'eux dans une note anonyme placée au-dessous d'un arrêt célèbre. (SIREY, 1876, 1, 457.)

« Il ne faut pas perdre de vue le caractère des effets dits de circulation. Ce sont purement et simplement des moyens de crédit et le commerce en fait journellement usage. Un négociant a besoin d'argent pour ses affaires : au lieu d'emprunter dans la forme du droit civil, il fait tirer sur lui pour une somme déterminée, il accepte les traites, et il les apporte ainsi revêtues de sa signature à un banquier. Si celui-ci a confiance dans sa solvabilité, il les reçoit, les escompte, c'est-à-dire il fait les fonds et à son tour il les endosse à un de ses correspondants ou à la Banque. Le jour de l'échéance arrivée, si le négociant ne paie pas, le porteur des effets s'adresse au banquier, qui est tenu comme endosseur et qui devient seul victime de sa confiance². Aucune disposition du code de commerce ne prohibe la créa-

1. Le tribunal correctionnel de la Seine est en ce moment saisi d'une importante affaire où la question d'escroquerie, en matière de circulation d'effets de complaisance, se trouve nettement posée.

2. Si le banquier fait souvent des opérations de ce genre, s'il les favorise dans sa clientèle, un jour il se trouve embarrassé pour acquitter les effets en retour, il crée

tion de semblables effets¹. Sans doute ils peuvent être délictueux, aux termes de l'article 586 du code de commerce, lorsqu'ils ont eu pour but, dans l'intention du négociant, de prolonger une situation désespérée et de retarder sa faillite². Mais le délit de banqueroute simple est essentiellement personnel, il n'admet pas de complice. Le banquier qui a escompté les effets de circulation, alors même qu'il connaissait la véritable situation du négociant, ne saurait être considéré comme complice. L'équité d'ailleurs n'a pas plus de reproches à lui faire que la loi pénale. Au lieu de se faire une situation privilégiée au détriment des autres créanciers, il a augmenté sa créance : loin d'enlever des fonds à la faillite il en a mis³. Il a eu une confiance, peut-être imprudente, dans les efforts et l'intelligence de son débiteur, mais lui seul peut se plaindre de son imprudence, parce qu'elle ne blesse ni la conscience ni la loi. Donc point de fait illicite, point de faute.

» Nous répondons en distinguant, continue l'arrêtiiste.

» La faute du banquier nous paraît incontestable quand il y a concert entre le banquier et le commerçant pour tromper les tiers.

» Il n'y a pas de concert entre le banquier et le commerçant, mais le banquier connaît le mauvais état des affaires du commerçant : il sait que la faillite est inévitable. En pareil cas il commet une imprudence, une faute engageant sa responsabilité envers les tiers, en se prêtant à des agissements qui ont pour résultat de tromper les tiers.

» Le banquier ne connaissait pas le mauvais état des affaires du commerçant. Il ne le connaissait pas, et raisonnablement il ne pouvait pas le connaître, car, si le commerçant était dans un état notoire d'insolvabilité ou de cessation de paiement, la banquier ne pourrait arguer de son ignorance⁴. Donc le banquier agissait et pouvait ignorer le mauvais état des affaires du commerçant. Il escompte au commerçant des valeurs fictives. Est-ce une faute ? Oui, pourrait-on dire : car le banquier escomptant des valeurs fictives se prête à des actes contraires à la vérité et qui, par cela même, sont fautifs. Mais une pareille manière de voir serait inexacte. Il faut tenir compte des habitudes du commerce. Un commerçant au-dessus

pour son propre compte des valeurs de complaisance, les passe dans le commerce en faisant des dupes, en attendant qu'il fasse des victimes. Voilà ce que cette théorie présente comme un moyen honnête et loyal de crédit.

1. Non ! mais les articles 1109 et 1116 du code civil prohibent le dol et la fraude.

2. Ce que l'on présente ici comme l'exception, est justement la règle quand il s'agit d'émission de valeurs fictives.

3. C'est un pur sophisme : il a aidé le débiteur à faire de nouvelles dupes, à augmenter ainsi son passif, à mesure qu'il dissipait son actif en frais d'escompte et de renouvellements, et au jour de la liquidation il se trouve à peu près réduit à zéro.

4. Il ne s'agit pas tant de savoir si le banquier connaissait ou ne connaissait pas le mauvais état des affaires du commerçant que de savoir s'il a pu ignorer que les effets qu'on lui remettait à l'escompte étaient du papier fictif. S'il l'a connu, et il lui était difficile de ne pas s'en apercevoir, il a dû en conclure que le commerçant était obéré et marchait à sa ruine. (COURCELLE-SENEUIL, *Traité des opérations de Banque*, p. 168 et suiv., 432, 436.)

de ses affaires se trouve, à un moment donné, avoir besoin d'argent. Il use de son crédit : il se procure de l'argent en émettant du papier de circulation. Après cette émission, il opère des rentrées de fonds. A l'échéance des effets de circulation il les paie. Le commerçant qui émet du papier de circulation dans de pareilles conditions fait un acte licite. Le banquier qui, dans les mêmes conditions, escompte le papier de circulation, ne commet aucune faute. — Mais les choses peuvent se passer autrement. Un commerçant est dans une situation désespérée, sa faillite est imminente, il a recours à la création d'effets fictifs pour retarder sa faillite ; à l'échéance il ne peut les payer, il les renouvelle. Le commerçant qui, dans l'intention de retarder sa faillite, s'est livré à des circulations d'effets pour se procurer des fonds, est passible des peines de la banqueroute simple. Le banquier qui, en pareil cas, escompte le papier de circulation du commerçant, peut commettre une faute. En matière de banqueroute simple la loi ne reconnaît pas de complicité. Soit. Mais il ne s'agit pas ici de délit ou de responsabilité pénale, mais de faute et de responsabilité civile. Voici un banquier qui voit venir à lui un commerçant lui apportant à l'escompte des quantités considérables de valeur de circulation, répétant fréquemment cette opération, ne payant pas les effets à l'échéance, et les renouvelant toujours. Le banquier ne doit-il pas se tenir sur ses gardes ? Ne doit-il pas penser que le commerçant se trouve dans la crise finale ? Ne doit-il pas se préoccuper de l'intérêt des tiers ? Ne doit-il pas craindre de fournir au commerçant les moyens de tromper les tiers ? Si malgré les soupçons, malgré la mauvaise apparence de l'émission exagérée d'effets de circulation, jamais payés et toujours renouvelés, le banquier ferme les yeux et continue l'escompte, il est imprudent, il peut être déclaré responsable¹. »

24. — On voit que l'arrétiste reconnaît que les effets de complaisance peuvent être illicites, mais, suivant lui, c'est subordonné aux circonstances. En principe, ils ne sont prohibés ni par la morale ni par la loi ; le contraire dépend d'une circonstance de fait, à savoir si le commerçant qui en use est ou non au-dessous de ses affaires.

Notre proposition est l'antithèse de celle-là, et l'erreur de notre contradicteur est, pour nous, de faire une distinction qui n'a aucune raison d'être : l'effet de complaisance est contraire à la morale et à la loi ; quant à la circonstance de solvabilité ou d'insolvabilité de leur auteur, elle n'a d'importance qu'au point de vue de la responsabilité civile ou pénale.

Éliminons d'abord les arguments de fait :

« Il faut, dit-on, tenir compte des habitudes du commerce. » Oui, sans doute, à la condition qu'elles soient honnêtes. Mais ici il faudrait commencer par démontrer qu'il y a une habitude régulière, une pratique ouverte ;

1. Le banquier opérant dans de pareilles conditions n'existe pas, ou bien c'est un fripon qui a pris ses sûretés et qui ne remet au commerçant que la moitié de la valeur des effets qu'il reçoit à l'escompte. Ce n'est plus seulement un imprudent, c'est un coupable.

se montrant au grand jour, consacrée par la tradition des meilleures maisons. Au lieu de cela que voyons-nous ? Un expédient qui se dissimule avec soin, toujours inavoué de ceux qui en usent, que les banquiers emploient toute leur perspicacité à dépister, qui est considéré par tous les praticiens en cette matière comme le signe le plus caractéristique d'une situation embarrassée. (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.*, en la note 4, p. 28; — MONGINOT, *Tenue des livres*, p. 314 et suiv.) Est-ce là un de ces « moyens de crédit dont le commerce fait journellement usage », qu'approuve et qu'encourage la Banque de France, ce régulateur du crédit, elle qui les proscriit avant tout ? Non, il n'y a là ni habitude régulière, ni moyen de crédit consacré par l'usage ; il y a un abus, un expédient parfois toléré, mais toujours honteux de lui-même.

Ce premier argument de fait n'est donc qu'une affirmation gratuite que rien ne justifie, que réprouvent au contraire les enseignements de la pratique.

Serait-ce donc que l'acte est licite parce qu'il émane d'un commerçant au-dessus de ses affaires, qui remboursera à son échéance l'effet de complaisance qu'il a émis ? Le paiement sans doute fait disparaître toute cause de préjudice, mais en conclure que pour cela l'acte est honnête semble d'une logique peu rigoureuse. Est-ce que celui qui viole un dépôt, use de la chose déposée comme de la sienne propre en la prêtant, la louant ou la mettant en gage, en la livrant en un mot à tous les risques de perte, n'en a pas moins commis un acte reprehensible, illicite en droit civil, sinon toujours punissable, parce qu'il l'a rétablie avant toute réclamation du déposant. Si le dépositaire s'est mis et a été, au moment de la réclamation, dans l'impossibilité de restituer, le délit est légalement constitué, la circonstance qu'il l'a rétablie avant la réclamation le fera sans doute échapper à la peine, mais cette peine n'en a pas moins été encourue par le fait qu'il s'est trouvé, pendant un temps plus ou moins long, en suite de l'appropriation et de l'usage frauduleux qu'il a fait de la chose, dans l'impossibilité de la rendre. L'acte a donc été illicite. (BLANCHE, *Etudes pratiques sur le code pénal*, T. VI, nos 213 et 216; — MERLIN, *Rép.*, v^o Vol, sect. 2, § 3.)

Si le commerçant au-dessus de ses affaires éprouve un besoin d'argent, c'est ou parce qu'il est momentanément gêné pour remplir ses engagements, ou parce qu'il désire traiter une affaire. Dans le premier cas il n'a qu'un moyen honnête et loyal de se tirer d'embarras, c'est de s'en ouvrir franchement à son créancier et de solliciter un renouvellement. Dans le second cas, il doit s'abstenir, parce que, traiter une affaire quand on n'est pas assuré de payer avec ses ressources propres, c'est plus qu'une imprudence. Mais dans les deux cas, créer ces ressources à l'aide de papier fictif, c'est un acte déloyal, puisqu'il a pour objet et pour effet de tromper à la fois celui avec qui l'on est en rapport et ceux auxquels on négocie ce papier. (*Conf. inf.*, nos 33 et suiv.)

Le commerçant ne fait en cela, dit-on, qu'user de son crédit : on nous explique à cette occasion le procédé qu'il emploie, mais on oublie de nous démontrer que juridiquement le procédé est permis. Nous nous trouvons

encore là en présence d'une affirmation purement gratuite, qui n'est que la paraphrase de celle que nous venons de réfuter. C'est un procédé commode et plus fréquemment employé qu'on ne pense, dans toute discussion, que celui qui consiste à faire la démonstration d'une proposition en reproduisant cette proposition sous une autre forme. C'est de plus, dans notre espèce, confondre l'abus avec l'usage. Que le négociant use de son crédit, rien de mieux, mais qu'il en use honnêtement. Or ce qu'il faut prouver, c'est que l'emploi du papier fictif est un mode honnête d'user de son crédit, un moyen régulier, avouable et surtout avoué par celui qui l'emploie. On suppose bien que l'escompteur connaît la nature du papier, mais on oublie que ce papier est destiné à passer en plusieurs mains et qu'à ces divers détenteurs on ne signale pas l'expédient et qu'on ne leur demande pas leur consentement. Le moyen est si peu licite que s'il arrive que ce commerçant que l'on dit ou qui se croit au-dessus de ses affaires, s'est trompé dans ses prévisions et qu'il soit amené à la déconfiture, même par une seule et unique émission de papier fictif, l'acte qui était, selon vous, parfaitement licite au moment de *la création*, devient, au moment de *l'échéance*, illicite, immoral, délictueux. Que penser d'un acte qui peut être licite ou criminel suivant qu'il réussit ou non ? Suivez l'argument et vous arrivez tout droit à la théorie du voleur, pour lequel il n'est pas défendu de voler, mais bien de se faire prendre.

25. — Mais allons plus avant : Le tiers porteur de bonne foi qui découvre qu'on lui a cédé une valeur fictive au lieu d'une valeur sérieuse est-il fondé à demander la résolution du contrat ? Nul doute ; pourquoi ? Parce qu'il y a eu de sa part erreur sur la substance. Mais d'où provient son erreur ? D'une manœuvre, d'une supercherie du souscripteur. Or quand l'erreur est le fait d'autrui, et qu'elle peut fonder une action en restitution de contrat, c'est que le fait constitue un dol. Donc si le porteur peut faire résoudre la cession, c'est qu'il y a eu dol à son égard. Donc encore l'acte du négociant, même au-dessus de ses affaires, est dolosif ; et comme tout acte dolosif est immoral et illicite à la fois, la création du billet de complaisance qui comporte de pareilles conséquences est un acte illicite et immoral parce qu'il est dolosif.

Sans aucun doute il arrive bien souvent que le porteur, alors même qu'il reconnaît qu'il a été trompé, ne demande pas la résolution du contrat, il se borne à surveiller plus rigoureusement l'échéance, et, concevant des soupçons sur l'état des affaires de son cédant, il se promet d'être à l'avenir plus circonspect à son égard. Mais sa tolérance n'est plus l'aveu de son impuissance. S'il fait des observations à son cédant, celui-ci essaierait vainement de lui prouver « qu'il n'a fait qu'user de son crédit, que le billet fictif qu'il lui a cédé n'est qu'un moyen d'en user, et que c'est là une habitude du commerce dont il doit tenir compte, » il lui répondrait : « vous avez fait sur ma caisse un emprunt forcé ; vous m'avez trompé, » et il n'est personne qui ne dise qu'il a raison.

Le droit incontestable du tiers porteur est donc, aussitôt qu'il reconnaît la fraude, de se faire rembourser par son cédant, sans attendre l'échéance. Ce n'est pas là seulement le faire déchoir du bénéfice du terme, ce qui n'est possible qu'en cas de déconfiture du débiteur, c'est faire résoudre le contrat. La Banque de France, les banquiers ne manquent pas d'agir ainsi, quand ils croient avoir intérêt à le faire, et jamais cédant ne leur a contesté ce droit. S'il est désarmé en présence d'une action en résolution, c'est que l'acte qu'il a fait est dépourvu de sanction ; or un contrat qui ne trouve pas sa sanction dans le droit est un contrat illicite.

Il n'en serait même pas autrement en matière de lettre de change : l'article 120 du code de commerce ne serait pas un obstacle à la demande en résolution fondée sur un motif autre que le refus d'acceptation de la part du tiré. (V. *infra*, n° 35.)

Au surplus l'hypothèse dans laquelle on se place pour justifier les effets de complaisance, celle d'un commerçant au-dessus de ses affaires n'est qu'une exception. Du moment qu'il rembourse les effets par lui créés, personne ne se plaint, n'ayant pas intérêt à le faire. Quant au ministère public, qui seul peut trouver à y redire, on comprend qu'en pareil cas il n'en fasse rien.

Aussi bien ce ne sont pas ceux-là qui font le plus souvent usage de ces *moyens de crédit*, et ce ne sont pas leurs agissements qui peuvent donner naissance à toutes les questions que nous nous proposons d'étudier ici. Nous n'en avons dit quelques mots, en passant, que pour détruire ce que nous avons la conviction de n'être qu'un paradoxe, et démontrer qu'en soi l'effet de complaisance est un acte réprouvé par la morale et la loi, tout en reconnaissant que ses conséquences les plus graves ne se produisent que lorsqu'il émane d'un commerçant aux abois ; sur ce point le jurisconsulte que nous avons combattu est d'accord avec nous.

Ce n'est jamais sans grand danger qu'on cherche à placer la théorie de l'utilité au-dessus des principes les plus certains de la morale, des prescriptions de la loi ; non pas même de la morale abstraite, mais de la morale pratique et usuelle, de règles de droit édictées précisément dans un but tout positif, celui de protéger le commerce contre de tels agissements. Pendant longtemps on s'est complu dans ces sophismes. Les scandales de maisons de banque créées pour élever l'émission du papier de complaisance à la hauteur d'une institution de crédit a fait enfin ouvrir les yeux, et la vérité s'est fait jour. Entre le système d'une utilité trompeuse et les préceptes plus sûrs de la moralité et de la loi, il n'y avait plus à hésiter. De ce jour les effets de complaisance étaient condamnés.

26. — La jurisprudence civile est entrée résolument dans cet ordre d'idées, et elle y persévère chaque jour. Malgré quelques défaillances dans les applications de détail, défaillances, disons-le tout de suite, qui ont pour cause une sorte de commisération pour certains souscripteurs d'effets paraissant plus imprudents que coupables, et qui procède de cette maxime

d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. En dépit de ces hésitations plus apparentes que réelles, le tribunal de commerce de la Seine, notamment, et la cour de Paris après lui, ont affirmé que les effets de complaisance sont illicites, comme ayant pour but de contrevenir aux prescriptions de la loi sur le dépôt du bilan, et contraires à l'ordre public et à la morale commerciale, comme ayant pour effet de tromper les tiers.

Plusieurs jugements du tribunal de commerce de la Seine ont, sous ce rapport, une importance considérable, en ce qu'ils consacrent dans toutes ses parties la doctrine que nous venons de développer.

« Attendu que ces sortes de valeurs fictives et illicites ne reposent que sur une fausse cause, ont pour résultat de tromper les tiers en leur faisant croire à des opérations commerciales qui n'existent pas, sont de nature à porter de graves perturbations dans le commerce régulier et honnête et ne sauraient, par suite, donner lieu à aucune action en justice ;

» Qu'il y a donc lieu, dans un esprit d'ordre public, de déclarer nul l'effet dont s'agit et de repousser la demande. (18 juillet 1876; *Droit*, 9 août; *Journal des tribunaux de commerce*, T. XXVI, p. 12.)

Par un autre jugement en date du 14 août 1878, le tribunal refuse d'homologuer le concordat d'un failli qui, au lieu de déposer son bilan, a reculé l'époque de sa faillite au moyen de billets de complaisance.

« Attendu que de pareils agissements qui, tendant à se généraliser, trompent les tiers en faisant croire à des opérations sérieuses, sont ruineux pour le commerce et doivent, en conséquence, être sévèrement réprimés ; — Qu'il importe à l'intérêt général du public qu'un commerçant qui, sans souci de ses créanciers, emploie de semblables moyens de retarder de quelques mois une faillite inévitable, que la loi lui ordonne de provoquer, ne puisse être remis à la tête de ses affaires¹. »

Excellentes décisions où toutes causes de nullité sont condensées en peu de mots.

Faisant un pas encore plus décisif, le même tribunal vient de prononcer d'office la faillite d'un commerçant qui ne se soutenait que par les mêmes expédients.

Ces jugements précisent et accentuent la jurisprudence de cette importante juridiction. Les tribunaux consulaires les plus importants n'ont pas attendu cet exemple pour s'engager dans la même voie, heureux de trouver un moyen juridique de combattre un mal qui porte la plus grave atteinte à la bonne foi commerciale, au crédit, aux affaires, et est de nature à aggraver les crises.

« Attendu, dit le tribunal de commerce de Boulogne-sur-Mer, que ces opérations basées sur des manœuvres frauduleuses employées pour faire croire à des responsabilités et à des affaires commerciales sérieuses, con-

1. *Gazette des tribunaux*, 15 août 1878; — *Journal des tribunaux de commerce*, n° 9280. — Voir encore : *Paris*, 26 juin 1857; — *Ibid.*, T. VI, p. 190; — Tribunal de commerce de la Seine, 27 septembre 1876, *Droit*, 15 octobre.

stituent, sinon le délit d'escroquerie, au moins des actes contraires à la morale et à l'ordre public intéressé à la conservation du crédit commercial et de la probité dans les affaires. » (19 juin 1877, syndic Van der Zée contre curateurs à la faillite Dujardin.)

« Attendu qu'il est du devoir des tribunaux de commerce de réprimer de pareils abus aussi contraires à la moralité commerciale qu'aux vues et aux dispositions de la loi. » (Tribunal de commerce de Besançon, 30 juin 1878, Pinaire contre Flotron.)

Décidé par arrêt de la cour de Paris du 1^{er} août 1876 que le banquier commet une faute engageant sa responsabilité envers les tiers lorsqu'il se livre à des agissements qui ont pour but de constituer à un négociant un état de prospérité fictif et pour résultat de capter la confiance des tiers, spécialement lorsque ce banquier se fait sciemment l'intermédiaire de la circulation dolosive de valeurs fictives. (Affaire Fournier contre Delamotte et Bénilan, SIREY, 1876, 1, 457.)

Pourvoi en cassation pour violation des articles 1382 du code civil et 585 et 586 du code de commerce, fondée sur ce que les actes des demandeurs en cassation n'avaient pas le caractère de fautes répréhensibles, etc.

Arrêt de la chambre civile qui rejette : « Attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué que les faits reconnus constants à la charge de Delamotte, Bénilan et C^{ie} et de Delamotte personnellement, ont eu pour but de constituer à Ant. Soupe une situation mensongère et un crédit apparent qui dissimulait le passif dont il était accablé; qu'ils ont eu également pour résultat de capter et entraîner la confiance de Fournier et C^{ie}, laquelle a en effet été déterminée uniquement par l'état de prospérité fictive créé par les agissements des demandeurs en cassation; — Attendu qu'en décidant, d'après l'ensemble des faits ainsi constatés, que ces derniers ont commis des fautes graves qui ont causé le préjudice souffert par Fournier et C^{ie} et en les condamnant à réparer ce préjudice, l'arrêt attaqué n'a violé ni l'article 1382 du code civil, ni les autres dispositions de loi invoquées par le pourvoi. »

27.— De tout cela il faut conclure que la convention qui précède la création du billet de complaisance est radicalement nulle entre les parties contractantes, de quelque façon qu'on la qualifie, comme étant sans objet et ayant une cause illicite et immorale.

La considère-t-on comme un prêt simulé, il n'a pas d'objet, et la cause du contrat est contraire à la loi et à la morale. N'y reconnaît-on qu'un contrat innomé, c'est un accord dolosif, où la cause et l'objet sont également prohibés par la loi et repoussés par la morale.

Le billet de complaisance n'est que l'exécution, la consommation d'une convention qui lui sert de cause. Considéré dans sa relation avec cette convention, il est nul comme procédant d'un acte nul; c'est un axiome élémentaire consacré par l'article 1131. Que si l'on veut l'isoler de cette convention, considéré en lui-même, il n'est plus qu'un contrat sans cause,

puisque'il constate une dette qui n'a pas d'équivalent, qui n'a aucune raison d'être.

Enfin, le but que se proposent les parties est de faire fraude à la loi.

§ 2. — *Lettre de change.*

28. — Nous avons recherché dans le paragraphe précédent les conditions de validité des effets à ordre d'après les règles du droit commun applicables à tous les contrats. Mais ces effets étant le plus ordinairement employés dans les transactions de commerce, nous allons avoir, à l'occasion de la lettre de change, à rechercher s'il n'y a pas aussi à tenir compte des règles spéciales du droit commercial qui s'y appliquent, et vérifier s'il n'apporte pas quelques dérogations ou modifications au droit civil.

Le code de commerce n'édicte pas, en ce qui concerne le billet à ordre, de règles essentielles. L'obligation unilatérale que constate cette sorte de titre est la même, en la forme, qu'elle émane d'un commerçant ou d'un non-commerçant; la différence ne se rencontre que dans les conséquences que l'acte peut avoir contre celui qui le souscrit. Le billet à ordre contient seulement une promesse de payer; il n'est pas, comme la lettre de change un acte de commerce; mais il revêt cette qualité lorsqu'il est créé par un commerçant pour fait de commerce (art. 636 du code de commerce). Il est donc, en principe, soumis aux seules règles du droit commun, car aucune des conditions déclarées, par les articles 187 et 188 du code de commerce, communes avec la lettre de change n'ont d'intérêt pour l'étude que nous poursuivons. Les règles particulières du droit commercial ne peuvent donc influencer en rien sur les solutions auxquelles nous sommes arrivés en ce qui concerne le billet de complaisance souscrit dans les conditions déterminées.

La lettre de change, au contraire, est un acte essentiellement commercial. Pothier la définit *l'instrumentum* du contrat de change, lequel consiste à donner dans un lieu du numéraire ou des marchandises, pour recevoir dans un autre une somme d'argent, et qui oblige tous les signataires ou endosseurs à fournir cette valeur à l'échéance. Jousse dit: « La lettre de change est une cession ou transport d'une somme d'argent que le tireur de la lettre de change fait à celui au profit duquel il l'a tirée, ou à l'ordre de ce dernier, pour être payée par le correspondant de ce tireur dans un autre lieu que celui d'où la lettre de change est tirée. » Ainsi le contrat de change est celui par lequel le tireur s'oblige à faire payer à ses cédants, à une échéance fixe, une somme déterminée, dans un lieu autre que celui d'où la traite est tirée. C'est l'échange d'un argent se trouvant dans une ville contre celui qui se trouve dans une autre « *Non e altro, dit CASAREGIS, che un compra del denaro assente col presente, cambiandosi questo con quello.* » Mais cette opération évitant le transport matériel des espèces, il est juste que celui qui procure cet avantage à l'autre en tire un salaire, en même

temps qu'il est remboursé des frais qu'il doit faire. C'est ce qui s'appelle aussi du même nom de *change*.

29. — Il faut donc bien distinguer la lettre de change d'avec le contrat dont elle n'est que l'instrument; mais il faut aussi se garder de confondre le contrat de change avec d'autres contrats qui le précèdent généralement et dont il n'est d'ordinaire que le mode d'exécution, comme aussi avec toutes autres conventions qui se dissimuleraient sous sa forme.

Quoique le contrat de change diffère de la vente ou cession de créance, il a une grande analogie avec lui. Comme lui le change suppose l'existence d'un contrat entre le cédant et le cédé. Mais tandis que dans la vente, il est de toute nécessité que le contrat qui lie le cédé au cédant soit antérieur à la cession, faute de quoi celle-ci n'aurait pas d'objet ni de cause (art. 1693 du code civil), dans le change, au contraire, le contrat entre le tireur et le tiré peut être postérieur, et il suffit qu'il existe à l'échéance. Cette différence est essentielle, et c'est la même qui distingue la lettre de change du billet à ordre, lequel, ainsi que nous l'avons démontré, implique nécessairement la préexistence d'un contrat entre le souscripteur et le bénéficiaire. Le contrat de change peut se former sans que la chose qui en fait l'objet ait déjà une existence spécifique; il sera assez tôt que cette existence soit réalisée à l'époque fixée. C'est la théorie de la provision à laquelle nous arriverons dans un instant. Avant, quelques mots sont encore nécessaires pour la faire comprendre.

Le change est un contrat synallagmatique qui intervient seulement entre le tireur ou donneur d'ordre et le bénéficiaire ou porteur d'ordre, en d'autres termes entre le cédant et le cessionnaire. Il ne crée de lien de droit qu'entre ces deux parties. Le tireur est le débiteur, et son obligation est une simple promesse de faire ou de fournir; le bénéficiaire est le créancier de cette simple promesse; il livre ses espèces, objet du contrat, contre une espérance, cause de sa prestation, c'est-à-dire contre quelque chose d'incertain; cependant dès que ce quelque chose deviendra un corps certain, une provision, la propriété lui en sera transférée immédiatement par l'effet virtuel du titre qui la représente. Cette vertu de la lettre de change est encore une différence essentielle qui la distingue de la cession de droit civil.

Il n'y a donc à considérer que le tireur et le porteur d'ordre, sous peine de dénaturer le contrat. Quant au tiré, il y est étranger, et le contrat qui le lie est tout à fait distinct et différent du change : c'est avant tout un mandat, car lorsqu'il paie c'est pour le compte et au nom du tireur. Mais le tireur ne confère un mandat et le tiré ne l'accepte et ne l'exécute que parce que l'un et l'autre ont de justes raisons d'agir ainsi. Il faut donc que ce mandat ait une cause licite et morale : habituellement ce sera une vente, un prêt, un dépôt, ou toute autre convention qui aura créé entre eux des obligations réciproques; ce pourrait être aussi un pur fait : délit, ou quasi-délit; ou la loi : quasi-contrat. Ce n'est pas que le change ne comporte l'accession d'autres parties, mais elles n'y sont pas nécessaires

et il subsiste sans elles. Le tiré quand il accepte la lettre de change ne devient pas pour cela débiteur direct et personnel du porteur; il ne fait que lui garantir le paiement à l'échéance, qu'il ait ou non à cette époque provision aux mains. La lettre de change transfère au porteur la propriété de la provision, sans qu'il soit besoin de l'acceptation du tiré; le tireur et l'accepteur ne font que la lui garantir. Dans la cession civile de créance l'effet est différent : la propriété de la créance est bien transférée par le contrat, mais à la condition que le cédé intervienne; dès lors ce dernier devient débiteur personnel du cessionnaire et le cédant n'est que simple garant.

Mais il ne faut pas non plus confondre le change avec le contrat qui en est la conséquence ordinaire, c'est-à-dire avec la cession du titre qui le constate, la transmission de la lettre de change elle-même. Le contrat de change a produit une créance, une propriété même au profit du porteur; la lettre de change constate cette créance, cette propriété, laquelle peut être cédée et transférée par la remise du titre, avec constatation de la cession au moyen de l'endossement.

30. — Ces explications conduisent à reconnaître que le change implique forcément terme de paiement, même pour les lettres de change payables à vue; c'est d'ailleurs la conséquence forcée de la remise de place en place. Le terme est donc une clause, sinon essentielle, au moins naturelle de ce contrat. De là l'article 129 du code de commerce.

Il en résulte donc qu'en principe le terme existe au profit du tireur, lequel ne saurait être tenu — sauf convention contraire — de faire les fonds ou la provision avant l'échéance. Cela est si vrai que, faute d'acceptation de la part du tiré, le porteur n'a pas le droit d'exiger le remboursement, mais seulement une caution pour assurer le paiement à l'échéance; ce n'est qu'à défaut de caution qu'il peut exiger le remboursement. De là aussi la validité reconnue par tous de la lettre de change *stipulée non acceptable*, appelée dans la pratique *mandat*, parce que l'acceptation du tiré n'est qu'une clause accessoire et non une clause essentielle du contrat de change.

Prenons quelques exemples pour l'application de ces principes :

1° J'ai besoin d'une traite sur Saint-Pétersbourg à 3 mois; je vais trouver un banquier qui me la délivre sur l'un de ses correspondants. Il n'est pas nécessaire qu'au moment de la formation de la traite, ce banquier soit créancier chez son correspondant. Il suffit qu'il le soit à l'échéance pour que son obligation de faire payer à 3 mois à Saint-Pétersbourg une somme correspondante à celle que je lui remets aujourd'hui à Paris, soit parfaite à tous égards. Bien plus il n'est même pas nécessaire que le banquier de Paris soit *créancier* à l'échéance chez son correspondant de Saint-Pétersbourg; il suffit que celui-ci lui accorde *crédit* en acceptant le mandat de payer et l'accomplisse. Dans ce cas, le correspondant sera créancier à Paris, et le banquier de cette ville débité à Saint-Pétersbourg du montant de la lettre de change : c'est affaire de compte courant entre eux.

2° Un négociant de Boulogne-sur-Mer a vendu des harengs à 3 mois à un

négociant de Besançon, il fournit sur lui une lettre de change à 3 mois et la négocie; le tiré ne doit rien actuellement puisqu'il a terme, mais il devra à l'échéance; ce n'est qu'à cette date, pas un jour plus tôt, que la provision sera faite.

3° Le négociant saleur n'a pas vendu, mais il a en dépôt à Besançon chez un consignataire commissionnaire une quantité de marchandises qu'il espère vendre dans l'intervalle; il fait traite sur le correspondant, bien que celui-ci n'ait pas d'espèces pour payer à l'échéance, parce qu'il n'aura pas vendu; l'opération n'en est pas moins régulière, si régulière que la jurisprudence décide que les bénéficiaires, endosseurs et porteurs de la lettre de change sont déclarés *propriétaires de la provision en nature*.

31. — On voit tout de suite les avantages de la lettre de change : c'est un précieux instrument de crédit qui permet de réaliser des créances à terme et même des marchandises; mais aussi on aperçoit du premier coup d'œil combien elle se prête aux abus, quelles facilités elle procure au trafic des effets de complaisance, quels arguments elle fournit pour défendre la validité d'actes au fond dolosifs et sans valeur, quelles difficultés enfin elle présente pour découvrir la vérité?

Si la lettre de change admet le terme, non-seulement au point de vue du paiement, mais même au point de vue de l'existence de la provision, faut-il aller jusqu'à dire qu'il n'y a rien d'illégal ni d'immoral, ni même de contraire aux usages du commerce de tirer une lettre de change non-seulement sans être créancier du tiré, sans lui avoir remis à l'avance une provision entre les mains, mais encore sans lui avoir fourni aucun équivalent? Dirait-on que dans cette hypothèse la lettre de change ne constate plus qu'une dette ordinaire du tireur dont le paiement doit se faire dans un pays plus ou moins éloigné, dette qui a pour garantie, comme tout autre engagement personnel, la valeur de l'obligé en qui le créancier a foi?

Tel est le raisonnement qui conduit directement à absoudre le trafic des lettres de change de complaisance, en même temps qu'à la négation absolue de la provision. Réduite à ces termes la lettre de change ne serait plus qu'un moyen commode de battre monnaie. Telle est, il est vrai, la conséquence de la théorie des jurisconsultes allemands qui considèrent la lettre de change comme un *papier-monnaie*, servant uniquement à constater l'engagement pris par le tireur d'en payer le montant ou de le retirer de la circulation. « Cet engagement est pris par le tireur, non à l'égard du preneur, mais envers le public. Enfin, dans cette convention, il n'y a pas, suivant ces auteurs, cession de créance, mais obligation pure et simple d'en garantir le remboursement. Les conséquences qui résultent de cette théorie sont les suivantes : 1° le dernier porteur a la certitude que son droit ne sera pas troublé par les prétentions résultant du rapport des porteurs antérieurs; 2° *il ne faut pas voir dans l'opération entre le tireur et le preneur un contrat de change*; 3° *on ne devrait pas faire entrer dans la loi sur le change, les règles concernant la provision qui sont sans rapport direct avec le contrat*; 4° toutes

les formalités prescrites pour le transport des lettres de change par l'endossement sont inutiles et dangereuses; 5° la lettre de change pourrait avec avantage être transmissible au porteur. » (DALLOZ, *Rép.*; v° *Effets de commerce*, n° 26, note; v. aussi GARSONNET, ap. *Rev. crit. de lég.*, t. 33, p. 39 et suiv.)

32. — Tout commerçant pouvant créer une lettre de change peut, de la sorte, battre monnaie, car créer du *papier-monnaie*, n'est autre chose que de faire de la monnaie. Il suffit d'avoir, ou plutôt *de se faire du crédit*, pour trouver un preneur. Au moins la Banque de France, qui seule a chez nous ce privilège offre-t-elle pour garantie une encaisse métallique certaine et un contrat passé avec l'État, gardien de la morale, de l'intérêt et de la sécurité publiques? La doctrine d'outre-Rhin supprime tout cela. Dès lors le contrat de change disparaît complètement; la lettre de change n'est plus l'expression d'un contrat qui n'existe pas; elle cesse même d'être celle d'une opération sérieuse et honnête. Ce n'est plus que le signe d'un emprunt plus ou moins forcé pratiqué sur la caisse du public, emprunt qui n'a d'autre garantie que le crédit réel ou factice du tireur, au lieu d'avoir pour gage la propriété de marchandises ou d'une créance. Elle n'est plus en un mot qu'un instrument de dol et de circulation fictive et frauduleuse. Telle est, au vrai, l'effet de complaisance couvert de la forme de la lettre de change, et la théorie allemande en est la justification économique et juridique, comme elle est la négation du contrat de change. Le nom même de lettre de change n'a plus de signification. On doute à bon droit que, dans de pareilles conditions, elle soit de longtemps accueillie dans les relations commerciales de l'Europe, et elle est victorieusement combattue par les meilleurs auteurs qui ont écrit en France sur ce sujet. (L. NOUGUIER, dans sa dernière édition, 1878) ¹.

33. — Cela nous amène à dire un mot des conditions essentielles de la lettre de change ou plutôt des circonstances qui lui font perdre cette qualité.

L'article 112 du code de commerce répute simples promesses toutes lettres de change contenant supposition *soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit de lieux* d'où elles sont tirées, ou dans lesquels elles sont payables. « Il y a supposition de personnes soit lorsque celui qui tire fait signer ou signe du nom d'un tireur imaginaire, soit lorsque la traite indique un tiré qui n'existe pas, soit lorsque le preneur est supposé et que sous son faux nom la traite est mise en circulation. Quant à la supposition de lieu, elle résulte de ce que les parties feignent que la lettre a été tirée d'un

1. Tout cela est bien de nature à donner à réfléchir à ceux qui voudraient la suppression des conditions rigoureuses et tutélaires imposées par notre code de commerce et nos usages à la validité du contrat et de la lettre de change. Les dangers qui existent déjà dans l'état de choses régi par notre législation ne feraient que s'aggraver si l'on devait adopter la théorie allemande. Au moins devrait-on se prémunir contre la véritable organisation de la fraude qui en serait la conséquence, au moyen de dispositions spéciales et précises contre les effets de complaisance. (V. art. de CH. BROCHER, ap. *Nouv. Rev. Hist. de droit franç. et étr.*, n° 1, 1879, p. 77, et GARSONNET, *loc. cit.*)

lieu autre que celui de la traite, ou ailleurs qu'au lieu de la traite, tandis que, dans le fait, c'est à ce lieu qu'on est convenu de faire le paiement. »

« L'article 112 se rapporte aux suppositions, aux énonciations mensongères. La raison de cette disposition est celle-ci : les actes de commerce soumettent ceux qui les font à la juridiction commerciale; le contrat de change est par lui-même un acte de commerce; la lettre de change n'est que l'exécution du contrat, elle le suppose; si donc, malgré les apparences résultant d'une lettre de change régulière, le contrat de change n'existe pas, l'obligation qui a été créée ne doit pas jouir des privilèges attachés au seul contrat de change, et il faut alors la dépouiller du caractère fictif qu'on a voulu lui attribuer. La loi a donc établi comme présomption de fraude les fausses énonciations contenues dans la lettre de change; et prouverait-on que, malgré ces fausses énonciations, il y a un contrat de change, la conséquence n'en serait pas moins la même. Le traité serait dépouillé de son caractère apparent de lettre de change. Pour quelques inadvertances sévèrement punies, que de fraudes justement prosrites¹. »

Les simulations indiquées par l'article 112 impliquent une fraude, sans que les parties soient même admises à justifier qu'il n'y a que simple inadvertance : voilà un point important à retenir.

La supposition de nom n'a pas seulement lieu lorsque le tireur ou le tiré sont imaginaires, on pourra encore la reconnaître, selon les circonstances, lorsque le tireur ou le tiré seront des hommes de paille, des complaisants². Mais le genre de supposition auquel nous nous attacherons surtout est celle de lieu, parce qu'elle est plus particulièrement exclusive du contrat même de change. « La première condition exigée par l'article 110 pour la validité de la lettre de change est la remise d'un lieu sur un autre, c'est-à-dire que la lettre de change doit être payable dans un lieu autre que celui d'où elle est tirée... Lors de la discussion du code de commerce le Tribunal proposa de supprimer cette formalité sous prétexte qu'il était extrêmement facile de l'éluder : « ce mode de remise de place en place, disait le Tribunal, est devenue une vaine forme, une espèce de faux de convention d'un très-dangereux exemple... » Mais le Conseil d'État crut, avec raison selon nous, ne devoir pas s'arrêter à cette proposition. Il arrive souvent, sans doute, que les parties feignent une remise de place en place qui ne doit pas avoir lieu, mais ce n'était pas un motif suffisant de faire perdre à la lettre de change le caractère qui lui est propre³. » En maintenant cette condition, le législateur a donc implicitement prosrit cette convention de faux que le Tribunal amnistiait si facilement.

Les énonciations mensongères une fois reconnues, quelles en seront les conséquences? Ce sera tout d'abord de retirer à la lettre de change son caractère commercial pour la réduire à n'être plus qu'une simple promesse,

1. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 124 et 125. — Agen, 3 fév. 1860; DALLOZ, 1860, 2, 43.

2. Colmar, 15 juin; DALLOZ, *loc. cit.*, n° 128.

3. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 46; — BÉDARRIDE, *loc. cit.*, n° 119 et suiv.

c'est-à-dire une simple obligation civile, pour autant bien entendu que cette obligation réunira les conditions de validité requises. Puis, le contrat de change disparaissant du même coup, la simple promesse ne restera plus exprimer qu'un acte suspect, puisqu'il se dissimule, un faux de convention, suivant l'expression du Tribunat, mais qui n'en sera pas plus licite pour être de convention; comme le remarque justement BÉDARRIDE (*loc. cit.*, n° 120), il n'y a pas là le faux puni par la loi, car on n'en rencontre pas la matérialité, mais il y a là un véritable faux civil, dont il faut déterminer les caractères juridiques d'après les circonstances de fait qui ont concouru à son accomplissement.

34. — Reprenons les exemples proposés plus haut :

1° Si le banquier à qui je m'adresse pour obtenir une lettre de change sur Saint-Pétersbourg n'a ni correspondant dans cette ville, ni moyen de remplir ses engagements à l'échéance; si même, ayant des correspondants, il est au-dessous de ses affaires et dans l'impossibilité d'effectuer le paiement, que fait-il? Il crée une lettre de change qui est régulière en la forme, il exprime même un contrat de change intervenu entre lui et moi, mais ce contrat est vicié par le dol à l'aide duquel il a surpris mon consentement et ma confiance, et surprendra de même le consentement et la confiance de tous ceux qui deviendront cessionnaires d'un titre qui implique l'existence de relations sérieuses et suivies entre le banquier et son correspondant de Saint-Pétersbourg, un contrat de compte courant entre eux et un crédit ouvert chez ce dernier. En quoi la conduite de ce banquier diffère-t-elle de celle du notaire qui a reçu les fonds d'un client pour les placer sur hypothèque ou autrement, et les a employés à son usage personnel, sans pouvoir les rendre.

2° Si le négociant saleur n'a à Besançon ni acheteur ni marchandises, en créant une lettre de change sur cette ville, ne suppose-t-il pas une opération sérieuse, une entreprise commerciale, pour se créer un crédit imaginaire? n'emploie-t-il pas une manœuvre pour surprendre le consentement du preneur et lui faire accepter une prétendue créance présente ou future qui n'existe pas et qui n'existera jamais? N'est-il pas plus coupable que le malheureux affamé qui entre dans une auberge et se fait servir un repas copieux sans avoir le moyen de le payer?

Dans ces deux exemples le change existe réellement, seulement le consentement du preneur est surpris; nous verrons plus loin quelles en seront les conséquences.

Mais si le négociant en question, au-dessous de ses affaires, pour se faire un crédit immérité, sans avoir vendu ni déposé aucune marchandise et sachant parfaitement qu'il n'en vendra ni déposera aucune, procède ainsi sur une plus grande échelle; en négociant du papier sur diverses villes et sur des négociants avec qui il peut être raisonnablement supposé en rapport; si le banquier s'entend avec lui pour créer des valeurs imaginaires et exploiter le public ou la Banque, ils abusent du contrat de change et du titre qui

en est l'expression, et ils commettent les simulations indiquées par l'article 112.

35. — C'est pourquoi les tiers qui découvrent la simulation ont le droit de demander la résolution du contrat de change, si c'est le preneur, du contrat de cession si c'est un autre porteur. Il est certain que dans ce cas il y a eu erreur de leur part.

L'article 120 du code de commerce ne fait pas obstacle à cette solution. Il décide qu'à défaut d'acceptation de la lettre de change les endosseurs et le tireur sont respectivement tenus de donner caution pour en assurer le paiement, ou d'en effectuer le remboursement. Cet article ne stipule qu'en vue d'un contrat de change réel et d'une lettre valable : il est inapplicable au cas de simulation. De plus il ne fait encourir que la déchéance du terme, ou l'obligation de fournir caution ; il n'autorise pas la résolution du contrat lui-même.

Le refus d'acceptation fait supposer seulement le défaut de paiement à l'échéance, par suite de l'abstention du mandataire que le tireur avait choisi et indiqué au preneur. Mais cette abstention ne donne pas la certitude du non paiement, qui peut être fait par un autre mandataire se présentant pour exécuter le mandat, comme dans le cas de paiement par intervention. Le refus d'acceptation peut être motivé par mille circonstances étrangères à la simulation ; il ne la fait pas plus présumer que l'acceptation ne fait présumer la sincérité de la lettre de change.

On pouvait, dans cette situation, douter que ce fut là une cause de déchéance du terme, qui est la condition de l'obligation du tireur, à moins de prouver qu'il a diminué les sûretés des tiers porteurs. En soi le refus d'acceptation n'a pas cette conséquence et les tiers auraient été soumis au droit commun de l'article 1188 du code civil.

Mais pourtant le refus d'acceptation est ordinairement un indice de fraude, et bien qu'il fut insuffisant par lui-même pour autoriser l'application de l'article 1188 du code civil, les nécessités du commerce ont exigé que le porteur fut rassuré, qu'il ne fut pas exposé à des difficultés à l'échéance. C'est ce qui a motivé l'article 120 du code de commerce, d'après lequel le refus d'acceptation devient une présomption de non paiement qui justifie les mesures conservatoires et même la déchéance du terme.

Mais si cet article supprime le terme dans ce cas, à bien plus forte raison le tireur devra-t-il en être privé lorsqu'au lieu d'une simple présomption de non paiement, il y a une simulation qui prouve l'absence de ce gage, de ces garanties sur lesquelles le preneur et les porteurs ont comptés ; ils pourront alors agir, non en vertu de l'article 120, mais de l'article 1188 du code civil, parce qu'il est beaucoup plus grave de simuler des sûretés, un gage, qui ici n'existent pas, que de diminuer les garanties existantes.

S'il en était autrement on pourrait invoquer l'article 120 du code de commerce, pour soutenir que l'acceptation s'oppose à ce que les tiers qui dé-

couvrent la simulation, dont le consentement a été le résultat d'une erreur, puissent bénéficier même de cet article.

Ils pourront plus encore : la résolution même du contrat devra leur être accordée, puisqu'ils avaient en vue un contrat de change sérieux et une lettre de change valable, et qu'aucune disposition de loi ne place le contrat de change en dehors des règles du droit commun ; d'autant plus que dans notre cas la simulation a réduit le titre à n'exprimer qu'une simple promesse, laquelle, à raison du vice qui entache la cause, n'a aucune valeur.

Jugé par application de ces principes que celui qui a ouvert un crédit, même avec affectation hypothécaire, sous la condition expresse qu'il ne verserait les fonds que sur la remise de valeurs commerciales et réelles, a le droit de demander la résiliation du contrat, s'il est contrevenu à cette clause par la remise de valeurs illusoires qui le laissent à découvert, encore bien que l'on soutienne qu'il est pleinement garanti par l'hypothèque que lui confère le contrat. (Paris, 25 août 1858, *Journal des tribunaux de commerce*, T. VIII, p. 51.)

36. — Il peut sans doute être important, dans le cas de simulation, de rechercher l'intention des parties qui concourent à l'acte, et le but qu'elles se sont proposé en simulant un change, afin de déterminer les responsabilités, mais cela ne concerne que les effets dont nous aurons à nous occuper plus tard et ne touche en rien aux caractères de légitimité et de moralité de l'acte que nous cherchons seulement en ce moment à bien préciser.

Le contrat de change, cela est surabondamment établi par les explications qui précèdent, n'existe que par sa relation à une autre opération commerciale, soit antérieure, soit concomitante, soit même future, mais toujours il implique cette opération. Si le tireur crée une lettre de change, c'est qu'il a des fonds à faire recevoir sur une autre place, ce qui conduit à l'idée d'une créance, d'une provision qui existera à l'époque de l'échéance. La provision est la conséquence d'un contrat dont la validité a dès lors, on le comprend, une très-grande influence sur le sort de la lettre de change. C'est pourquoi tout ce qui a été dit précédemment sur la convention qui sert de cause au billet à ordre s'applique également bien ici. De même que dans le cas du billet à ordre, il faut rechercher la nature des relations du tireur et du tiré. Le tiré est un mandataire, et une cause licite n'est pas moins nécessaire au mandat qu'à tout autre contrat (*suprà*, n° 29). A moins qu'il ne veuille faire un prêt pur et simple au tireur, hypothèse que nous examinerons aussi, le banquier auquel il remet à l'escompte une lettre de change se préoccupera, disons mieux, devra se préoccuper, pour mettre sa bonne foi à l'abri de tout soupçon, de savoir s'il est vraisemblable que le tiré doit au tireur, ou tout au moins qu'il pourra lui devoir, ou bien que, par un motif quelconque, par suite de conventions régulières intervenues entre eux, il sera en mesure d'acquitter la lettre de change. Tous les cessionnaires successifs sont dans le même cas.

« C'est à tort que l'on considère quelquefois les crédits par escompte comme des crédits purement personnels ; il n'y a de tels que ceux, fort rares, qui sont accordés sur le billet de la personne même qui se présente à l'escompte. Ceux qui reposent sur ce qu'on appelle, avec beaucoup de justesse, des *valeurs faites*, ont un gage personnel, il est vrai, puisqu'on présume toujours l'intelligence et la bonne foi des signataires, mais ils ont en même temps un gage réel qui résulte, non des dispositions de la loi, mais de l'usage et de la nature même des choses. Dans le commerce la fortune personnelle du négociant n'est et ne doit être considérée que comme une garantie éventuelle des engagements résultant des affaires qu'il fait. On suppose généralement que chaque affaire sert de gage au papier à la création duquel elle donne lieu, sous la garantie subsidiaire de ceux qui y ont participé. » COURCELLE-SENEUIL, *Traité des opérations de Banque*, p. 96 et 97.)

37. — Nous n'entrerons pas ici dans l'examen des diverses combinaisons qui peuvent donner naissance à la lettre de change. Ce que nous avons déjà dit, rapproché des exemples du billet à ordre, suffit. Nous n'avons en vue que les effets de complaisance, et nous ne nous proposons pas autre chose, quant à présent, que de démontrer que la lettre de change, quelque habilement choisie que soit cette forme pour dissimuler une opération immorale et illicite, n'en a pas moins trop souvent ce caractère et doit pour cette raison être déclarée nulle.

Or, dès l'instant que la lettre de change cesse d'être l'instrument d'un véritable contrat de change, elle n'est plus que celui d'un contrat indécis, occulte, inavoué, sinon inavouable. (Agen, 3 février 1860, v. *infra*, n° 45.)

Si aucune relation commerciale sérieuse n'existe entre le tireur et le tiré acceptant, il n'y a plus qu'un concert frauduleux, la lettre de change n'est qu'un billet de complaisance ne différant que pour la forme du billet à ordre qui nous a déjà servi d'exemple. Mais cette forme n'aura pas été choisie sans motif et souvent elle trahira la connivence du porteur d'ordre à qui la supposition échappera bien difficilement.

Soit, par exemple, l'hypothèse que nous avons déjà examinée. Leblond forme sur Levassor une lettre de change de 1,000 francs causée valeur en compte ou en marchandises ; la lettre est tirée d'Amiens sur Paris. Il n'existe d'ailleurs, avons-nous dit, aucun rapport d'affaires entre les deux parties. L'effet ainsi conçu est accepté par le banquier. Si l'on s'en tenait rigoureusement à la théorie pure de la provision que nous avons exposée, il faudrait décider qu'un pareil acte n'a rien d'immoral ni d'illicite, qu'il n'a rien de contraire aux usages honnêtes du commerce. Bien qu'en droit la supposition de lieu doive faire disparaître le caractère de lettre de change, l'acte ne conserverait pas moins la valeur que lui donne sa forme apparente tant que la fraude ne serait pas dévoilée.

Il nous est pourtant impossible de souscrire à une pareille théorie.

Tout d'abord il n'est pas indifférent de reconnaître que l'effet en question ne peut pas constituer une lettre de change, puisque la condition essen-

tielle de la remise de place sur autre n'étant que fictive, fait en réalité défaut. Ce n'est qu'une simple traite ou mandat. Aussitôt les adversaires de dire : pourvu que la provision soit faite à l'échéance par le mandataire, il importe peu de connaître d'où viennent les fonds; il n'y a rien de contraire à l'honnêteté de supposer que c'est le tireur qui les fournit. Le contrat de change, réduit à sa plus simple expression, n'est pas autre chose que l'obligation prise par le tireur de faire payer dans un autre lieu et dans un délai plus ou moins rapproché.

Cela peut être vrai dans la théorie allemande, mais c'est trop absolu dans la nôtre¹. Au surplus pour que l'argument fût applicable à notre espèce il faudrait que le contrat de change existât réellement, car, sans contrat de change, pas de lettre de change, et le titre qui serait l'instrument apparent d'un contrat qui n'existe pas serait un titre sans valeur, et c'est précisément le cas.

Mais ce n'est pas tout : il ne faut pas, nous sommes obligés de le répéter à satiété, tant la question a toujours été obscurcie de sophismes, il ne faut pas isoler la prétendue lettre de change des circonstances qui accompagnent son émission et du but que les parties se proposent d'atteindre. Or le dessein que veut accomplir dans notre espèce le tireur, est de se procurer des fonds, de contracter un emprunt à l'effet de soutenir un crédit plus que chancelant, de retarder la cessation de ses paiements; le moyen qu'il emploie, bien que légitime en la forme et approprié au commerce, n'en a pas moins pour objet de faire fraude à la loi, en même temps que de faire croire à une opération commerciale sérieuse, et par conséquent de tromper celui qui fournit les fonds et les autres tiers porteurs; de faire illusion aux commerçants honnêtes par l'apparence d'un négoce régulier et d'une situation prospère. Il y a, en ce qui concerne plus particulièrement le bailleur de fonds, une manœuvre pour le faire consentir à un contrat auquel il n'aurait pas donné son concours, s'il eût connu la vérité. (BÉDARRIDE, *loc. cit.* n° 119.)

Cela nous ramène à l'hypothèse du prêt réalisé sous forme de lettre de change.

38.— On dit (voir *suprà*, n° 31) : Il n'y a rien d'illégal, ni d'immoral, ni même de contraire aux usages du commerce de tirer une lettre de change sans être créancier du tiré, sans lui avoir remis une provision dans les mains. Dans cette hypothèse la lettre de change constitue une dette ordinaire du tireur dont le paiement doit se faire dans un pays plus ou moins éloigné, dette qui a pour garantie, comme tout autre engagement personnel, la valeur de l'obligé en qui le créancier a foi.

1. Pour raisonner juridiquement de la sorte il faut conclure nettement à l'abrogation de l'article 110 du code de commerce. C'est ce que n'hésitent pas à faire ceux de nos jurisconsultes qui ont embrassé les doctrines allemandes. Mais ils reconnaissent qu'en l'état actuel de notre législation, le texte de l'article 110 résiste à toutes les entorses que la fraude ne se lasse pas de lui donner : il ne nous en faut pas davantage. (GARSONNET, *loc. cit.*, *pass.*)

Nous sommes ici en présence d'une lettre de change parfaitement régulière en la forme, mais cela n'est pas suffisant, c'est pourquoi nous n'hésitons pas à considérer cet acte comme vicieux, répréhensible et engageant la responsabilité de ceux qui s'y livrent. C'est, à notre avis, au point de vue du droit, par suite de tolérances abusives que l'usage s'en est introduit dans la pratique des maisons de banque les plus honnêtes. Nous reconnaissons volontiers qu'elles se font illusion sur sa légitimité et ne croient pas faire là une chose compromettante pour leur honorabilité; mais la morale et la loi n'en sont pas moins méconnues et le devoir de la justice est de rappeler, par son autorité, les contrevenants au respect qui leur est dû. Elle n'y a pas failli.

Et tout d'abord l'acte n'est pas sincère et par conséquent il est suspect, il prête aux suppositions fâcheuses. Une grande circonspection s'impose au juge mis en présence d'un tel acte; son attention doit être en éveil et un légitime sentiment de défiance est de rigueur. « On doit naturellement présumer, disent MM. Aubry et Rau, que la simulation a eu pour but de couvrir une cause insuffisante ou illicite. » (T. IV, p. 324, note 19, 4^e éd. — Cf. DEMOLOMBE, *Contrats*, t. 1^{er}, n^o 372. — BÉDARRIDE, *De la Lettre de change*, n^{os} 117 et suiv.)

Vainement, dans notre cas, objecterait-on que la loi ne défend pas de faire indirectement ce qu'elle permet de faire directement; lorsque le banquier peut prêter sur simple billet, il lui est aussi loisible de le faire sous la forme de lettre de change. C'est là un raisonnement que l'on ne manque jamais de faire en pareille occurrence; mais pour être chaque fois répété, il n'en est pas pour cela plus décisif.

39. — Avant d'en démontrer l'inanité, plaçons ici une remarque capitale, car elle ne tend à rien moins qu'à rendre l'argument inapplicable.

Pour pouvoir soutenir que l'on peut faire par voie détournée le prêt que l'on peut faire ouvertement, il faudrait établir que la lettre de change peut équivaloir à un prêt et que le banquier qui l'escompte fait un prêt. Or nous pensons que cela n'est pas. Si la lettre de change est parfaite, il forme un contrat de change irréductible à tout autre contrat; si elle ne l'est pas, il fait une opération innommée, équivoque, qui peut bien avoir l'apparence ou les effets d'un emprunt en ce qui touche le tireur, mais qui n'est pas un prêt en ce qui concerne le banquier.

On ne peut prêter que la chose dont on est propriétaire, ou bien, comme c'est le cas du banquier ou du notaire, celle dont on est dépositaire avec mandat spécial d'en faire cet emploi. *In mutui datione oportet dominum esse dantem.* (*Digeste*, liv. II, § 4, *De reb. cred.*). Cela est indiscutable puisque « par l'effet du prêt l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée, » article 1893 du code civil. (V. DALLOZ, *Répert.*, v^o Prêt, n^{os} 152 et suiv.)

D'où la conséquence que le prêt répugne à tout moyen indirect de le constater, qui, en fait comme en droit, substituerait un autre contrat à celui-là, et serait incompatible avec l'idée de prêt. Quand on dissimule une dona-

tion sous la forme d'une vente ou d'une reconnaissance de dette, ces formes ne répugnent pas à l'idée de donation¹. Comme la donation elles créent un titre au profit du bénéficiaire en vertu duquel la propriété de la chose réside en lui. En particulier dans le cas de vente supposée, la quittance du prix donnée sans numération d'espèces, est une remise de la dette, un mode d'extinction parfaitement régulier qui consomme la libéralité, sans porter atteinte à la vente. Ces actes, loin de s'exclure, s'enchaînent, se concilient de tout point. Cette vérité est encore plus saisissante lorsqu'il s'agit d'une libéralité déguisée sous la forme d'une vente à vil prix, quand ce prix est effectivement payé.

Lorsque le banquier prend dans sa caisse 1,000 fr. pour les remettre sur un simple billet à un commerçant qui prend l'engagement de les restituer à une époque convenue, dans ce cas il lui prête effectivement cette somme, parce qu'elle va manquer dans sa caisse jusqu'au jour où il sera remboursé. Il lui en a transféré la propriété en cessant de l'avoir.

Mais celui qui prend une lettre de change tirée à son ordre fait un acte absolument opposé à un prêt. Le change lui transfère, à lui preneur, la propriété actuelle d'une somme livrable à terme, en échange de la propriété d'une autre somme, moins forte, livrée immédiatement au tireur. De même celui qui escompte un billet à ordre devient propriétaire d'une créance en vertu d'un contrat de vente dont il paie le prix comptant.

Quand le banquier remet les 1,000 fr. en échange d'une lettre de change, il achète une créance existante, il ne crée pas cette créance² : ce n'est donc pas un prêt qu'il fait parce qu'il n'a perdu la propriété d'aucune somme d'argent. Cette idée nous conduit immédiatement à cette autre, c'est que, s'il est vrai que l'emprunteur est bien devenu propriétaire des fonds à lui versés, ce n'est pas en réalité le prêteur apparent qui les a fournis. Dans ce cas le véritable prêteur ce serait le dernier tiers porteur de l'effet négocié, ordinairement la Banque de France. Le prêteur apparent n'aurait fait que garantir par la signature un emprunt quelque peu forcé pratiqué sur la

1. Rien ne s'oppose non plus à ce qu'on dissimule une donation sous la forme d'une lettre de change, qui exprimera un contrat de change sérieux, parce que le contrat de change n'est pas à titre onéreux de son essence, il peut être à titre gratuit. Quand le tireur s'oblige à faire payer au preneur 1,000 fr. dans un autre lieu, il n'y a pas à en conclure qu'il a reçu l'équivalent; ce peut être une façon de donner les 1,000 fr. au preneur; l'acte est valable pourvu que la cause de la libéralité, c'est-à-dire du contrat de change, soit licite. Que si le contrat de change n'est que simulé, parce que la remise de place en place n'existe pas, la lettre de change ne sera plus qu'une simple promesse, mais cette simple promesse peut très bien dissimuler une donation valable si la cause en est pure. La donation, au lieu d'être faite sous l'apparence d'un contrat de change, le sera sous l'apparence d'une reconnaissance de dette; mais dans l'un comme dans l'autre cas, le contrat apparent n'est pas incompatible avec l'existence de la donation.

2. La lettre de change peut aussi être le moyen de recouvrer le montant d'un prêt, mais elle ne le crée pas. Dans ce cas le prêt a été effectué antérieurement, le tireur est le débiteur, comme il peut l'être par suite d'une vente, d'une consignation de marchandise, etc.

caisse du public, il aura battu monnaie et fait une véritable émission de billets de banque. « Au lieu d'emprunter à une personne déterminée, le billet de banque emprunte au porteur inconnu de la monnaie, à celui dans les mains duquel il va la remplacer. » (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.*, p. 103.)

C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la section criminelle de la cour de cassation, que le véritable prêteur n'est pas celui qui ne fait qu'apposer sa signature sur l'effet comme intermédiaire du prêt, mais celui qui effectivement fait un placement de fonds, et conserve dans son portefeuille, à la nourrice, comme on dit en Banque, le titre qui le représente. « Attendu que l'arrêt attaqué déclare en fait que le prévenu n'était pas en réalité le prêteur des fonds; qu'il n'était qu'un intermédiaire; qu'il se bornait, après avoir endossé les billets, et avoir aussi donné sa garantie personnelle, à les négocier dans des maisons de banque de Grenoble; qu'il déclare en outre que le droit de commission par lui perçu n'était pas un intérêt de prêt d'argent, mais la rémunération d'un service rendu. » (Cass. crim., 2 août 1878, SIREY, 1878, 1, 480.)

Ainsi l'escompteur n'a échappé à l'application de la loi de 1807 que parce qu'il n'était pas le prêteur, mais un intermédiaire entre l'emprunteur et le prêteur. Tel est bien le rôle du banquier en cas de prêt, et c'est celui qu'il invoque journellement pour justifier la perception du droit de commission qui n'est licite, suivant une jurisprudence constante, que comme étant la rémunération d'un courtage. Mais alors, il faut de toute nécessité que le véritable prêteur consente au prêt, qu'il sache que l'opération qui lui est proposée n'est pas une cession de créance, comme l'indique l'apparence, mais un prêt, sinon il y a dol à son égard. (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.*, p. 79, 103.)

En effet l'argent qu'est censé prêter ainsi le banquier, et qu'il se procure en escomptant le papier de l'emprunteur, n'est pas de l'argent déposé chez lui à cette fin, ni de l'argent à lui, comme celui qu'il emprunte pour le prêter à son tour; sans doute il lui importe de ne pas immobiliser ses fonds, et, pour pouvoir les renouveler, d'avoir un titre à tout instant négociable. La facilité de céder sa créance par endossement qu'a tout particulier, cette créance fut-elle hypothécaire, le banquier qui fait un prêt doit également l'avoir, rien de plus juste. Mais il faut alors que le titre cédé par le banquier constate loyalement que c'est un prêt qu'il a fait, et que c'est une créance résultant d'un prêt qu'il désire céder.

C'est là qu'est précisément pour lui la difficulté, car dans les usages de la Banque ces sortes de prêts ne sont pas d'ordinaire de nature à être cédés, la Banque de France, le Comptoir d'escompte, auxquels aboutit la majeure partie du papier de commerce, n'ayant pas été institués pour favoriser ce genre d'opérations. Si la forme de la lettre de change acceptée est celle qui est préférée en pareil cas, c'est qu'elle réunit de la sorte les trois signatures exigées par la Banque de France, et que celle du banquier lui garantit la sincérité de l'opération. Habituellement elle consent à se contenter de l'apparence; mais lorsqu'elle a de justes raisons de suspecter cette sincé-

rité, elle rejette impitoyablement le papier en dépit de cette troisième signature.

L'expression de la valeur fournie est aussi une des conditions de l'article 110, contre lesquelles s'élèvent avec le plus d'ardeur les adversaires de notre lettre de change. « C'est une disposition détestable, car prise à la lettre elle obligerait les commerçants à divulguer le secret de leurs opérations; éludée, et elle l'est tous les jours, elle n'est plus qu'une comédie légale et un mensonge autorisé. » (GARSONNET, *loc cit.*, T. XXXIII, p. 49.) Non, la comédie n'est pas légale et le mensonge n'est nullement autorisé, car, suivant la remarque de Dalloz, cette prescription de l'article 110 a pour but d'empêcher que la lettre de change ne déguise un simple prêt. « Avec la théorie de la lettre de change papier-monnaie, continue M. Garsonnet, toute difficulté disparaît... Et ce qui montre l'inanité de cette formalité et de toute la théorie à laquelle elle se rattache, c'est... qu'il y a en circulation des millions de lettres de change dont la valeur n'a pas été fournie. C'est donc qu'on peut se passer du contrat de change. » Le danger est justement dans cette circulation abusive de milliers de lettres de change dont la valeur n'a pas été fournie. Le système préconisé tend à légitimer un trafic d'escroqueries. Si l'on tient absolument à avoir un papier de commerce identique au billet de banque, l'instrument existe, c'est le billet au porteur; qu'on en use au lieu de recourir à un moyen que l'on reconnaît destiné à tromper les tiers. Quant à la lettre de change elle répond à un besoin sérieux, légitime : à ce titre elle doit être conservée et il est aussi peu raisonnable de supprimer les conditions qui la caractérisent qu'il le serait de modifier celles qui caractérisent la vente, par exemple, pour l'adapter à un moyen de mobiliser la propriété immobilière et de la rendre anonyme. (Comparez l'espèce d'un arrêt de cass. civ., 25 mai 1864, Petit, Adam et C^{ie} c. syndics Petit, *ap.* DALLOZ 1864, 1, 417.)

Pour nous résumer, ce que le banquier peut faire directement, c'est un prêt; rien de plus licite, surtout de la part d'un banquier; mais ce qu'il fait au moyen de la lettre de change, ce n'est ni directement, ni indirectement un prêt, et l'acte ne peut être ramené à un prêt; et dès lors l'acte indirect n'est en aucune façon l'équipollent de l'acte qui pourrait être fait directement.

40. — On nous oppose que cette théorie n'irait à rien moins qu'à annuler toute lettre de change souscrite par un non commerçant, contrairement à l'article 632 du code de commerce, qui répute acte de commerce, entre toutes personnes, les lettres de change, *ou remises d'argent faites de place en place*. Cette objection est évidemment dictée par la préoccupation de cette idée que le simple particulier ne souscrit une lettre de change que pour réaliser un emprunt. C'est là, il est vrai, le fait des prodiges et des dissipateurs; mais est-ce donc en vue de pareils actes qu'a été formulé le dernier alinéa de l'article 632? Il serait alors la contradiction la plus manifeste de l'article 112, dont l'un des objets, le principal peut-être, a été de

prémunir cette sorte de débiteurs contre leurs entraînements et les pièges des usuriers. (BÉDARRIDE, *loc. cit.*, nos 81 et 117.) Mais non. Un non commerçant a, tout comme un commerçant, souvent à encaisser ou à faire payer des sommes hors du lieu où il se trouve, et, pour cela, la lettre de change lui subvient avec tout autant d'avantage qu'au négociant. J'ai à percevoir mes revenus encaissés par mon notaire ou tout autre mandataire, je tire sur lui une lettre de change qui est valable parce qu'il a des fonds à moi. Elle ne le serait pas moins si c'était un prêt qu'il me faisait; mais alors ce prêt serait effectué par le tiré et non par le preneur de la lettre.

41. — Au surplus l'objection à l'aide de laquelle on essaie de justifier la simulation de l'acte est-elle aussi concluante qu'on l'imagine?

Oui, assurément, il n'est pas défendu de faire indirectement ce que l'on peut faire directement, mais il s'en faut que ce soit là un axiôme à l'aide duquel se puissent légitimer tous les actes simulés. Ce n'est au contraire qu'une exception au principe qui prohibe le dol et la fraude dont la simulation n'est qu'une variété. Cette proposition est donc essentiellement relative et subordonnée aux circonstances et aux motifs de la simulation.

La simulation est, ou le déguisement pur et simple du contrat, ou un prétexte pour éluder la loi, ou un moyen de tromper les tiers. Ce n'est que dans le premier cas qu'elle ne peut pas nuire à la validité de l'acte, ni entraîner la nullité du contrat (Cass. 31 octobre 1809). Dans l'espèce qui nous occupe il ne peut s'agir d'un déguisement pur et simple du contrat parce que ce déguisement ne pourrait s'expliquer par aucun motif raisonnable. La simulation ne peut avoir pour but, que de tromper les tiers et de faire fraude à la loi. Elle a tout au moins ces effets, si l'on admet l'absence d'intention frauduleuse. Il est aisé de le démontrer.

La simulation n'échappe à la critique qu'à la condition qu'elle ne réfléchisse pas sur les tiers. Quand les effets de l'acte simulé sont restreints entre les contractants, ils sont sans intérêt à s'en plaindre : *patere legem quam ipse fecisti*. On comprend, par exemple, qu'un père de famille, qui a droit de disposer de la quotité disponible par donation ou testament, cache sa libéralité sous la forme d'une vente; il peut avoir pour cela des motifs très-respectables, comme de ne pas donner de l'humeur à ses enfants, d'entretenir la concorde entre eux, de reconnaître un service rendu, etc.; il n'en doit compte dans tous les cas qu'à sa conscience. Mais c'est aussi à la condition que le donataire ne pourra pas à son gré faire considérer l'acte comme donation ou comme vente, suivant qu'il y aura intérêt. Son titre est une vente, il faut qu'à l'égard de tous il conserve cette qualité. Quoi qu'il en soit d'ailleurs il n'y a là qu'un acte purement privé et qui n'intéresse que la famille.

Bien différente est la situation dans l'hypothèse qui nous occupe. La lettre de change est un acte qui intéresse tout le monde; elle est destinée à passer entre toutes les mains, elle s'adresse à la confiance de tous; elle porte en soi-même sa foi, parce que celui à qui on l'offre ne connaît que la solvabilité

de son cédant; la rapidité des affaires commerciales ne lui permet pas de s'enquérir de la valeur des autres signatures, ni de la sincérité de la transaction qu'exprime le titre. La simulation est loin d'être indifférente au public intéressé au contraire à repousser toute transaction fictive. Encore bien que la simulation ne lui soit pas opposable, elle ne lui fait pas moins courir des risques qu'il n'eût sans doute pas acceptés s'il eût été prévenu. Or, en dépit de la perfection de la forme, la lettre de change dont il s'agit ne représente pas un contrat de change, puisque de l'aveu des parties elle ne constaterait qu'un prêt pur et simple ayant pour garantie l'honorabilité et la solvabilité de l'obligé en qui le prêteur a foi : il faut encore que tous les cessionnaires successifs aient la même confiance et qu'ils sachent pourquoi. N'est-ce pas une véritable surprise de leur confiance que de leur transmettre, comme représentant une opération commerciale et garantie par une créance ou des marchandises, bien plus, comme leur transférant la propriété de cette créance ou de cette marchandise, un titre qui n'a d'autre garantie que la signature du tireur et représente une dette pure et simple contractée par lui; un titre qui, au lieu d'indiquer que le tireur fait un négoce fructueux, donne à supposer qu'il est gêné, puisqu'il est obligé d'emprunter? Combien de commerçants qui accepteraient la lettre de change sans hésiter dans le premier cas, qui la refuseraient dans le second, s'ils étaient bien informés? C'est pourquoi, en supposant que le prêt ait pu être dissimulé sous la forme d'une lettre de change, entre le tireur et le preneur, il n'en est pas de même à l'égard des cessionnaires : en ce qui les concerne, le contrat de cession est entaché de dol, comme nous l'avons démontré, parce qu'ils ignorent la simulation, et cette simulation faisant dégénérer la lettre de change en simple promesse, elle n'est plus cessible par endossement. (V. *infra*, n° 54.)

42. — La remise d'une place sur une autre, c'est-à-dire le paiement à l'échéance, qui devrait être fait en exécution de la lettre de change, dans notre exemple, n'est d'ailleurs aussi qu'une nouvelle simulation, et ainsi disparaîtrait elle-même la fiction du contrat de change sous laquelle s'abritait le contrat de prêt. Simulation en la forme et au fond, tout concourt pour dépouiller l'acte de l'apparence de validité qu'on avait voulu lui donner. Il est certain, en effet, que l'emprunteur qui a sa maison de commerce à Paris, ne fera pas la provision à Amiens, c'est-à-dire n'ira pas rembourser le prêt dans cette ville. Il ne le ferait qu'autant qu'il aurait à l'échéance des fonds à y recevoir, mais alors l'opération ne serait plus un prêt mais bien un vrai change, et ce n'est pas notre hypothèse. En réalité le remboursement se fera à la caisse du prêteur, à Paris, et c'est celui-ci qui fera acquitter la traite à Amiens. C'est-à-dire que tout jusque-là sera une fiction, et que c'est à ce moment seulement qu'interviendra un véritable contrat de change : l'emprunteur ayant un remboursement à faire à Amiens s'adresse à son prêteur qui deviendra le donneur d'ordre, de porteur qu'il était, dans l'opération fictive qui a précédé; ou bien le prêteur se chargera purement et simplement

de retirer la lettre de change, moyennant une commission. Ces opérations multipliées, ces complications pour un acte aussi simple qu'un prêt, nous révèlent tout un ordre de faits qui, en expliquant le choix de la forme d'une lettre de change pour réaliser ce prêt, nous fournira de nouvelles preuves de l'illégitimité de cette forme.

43. — Objectera-t-on que toutes les irrégularités que nous avons signalées ne se produiront pas si le prêteur, le banquier, au lieu de mettre la lettre de change en circulation, la conserve en portefeuille? Dans ce cas les effets du contrat sont circonscrits entre le tireur et le porteur. Mais alors pourquoi cette forme si caractéristique? — Au surplus l'objection est sans portée : il n'est pas possible que la traite ne sorte pas du portefeuille du banquier, puisqu'elle est payable sur une autre place.

Mais pourtant, soit! Le banquier conserve la traite en portefeuille. Mais cela ne suffira pas pour que l'acte demeure irréprochable. Il y aura bien des circonstances à apprécier. Car, encore une fois, pourquoi choisir, pour constater un prêt, cette forme de la lettre de change, alors qu'une simple reconnaissance, une simple promesse, comme dit le code, eut suffi? Pourquoi ce détour puisqu'à raison même de la simulation la lettre de change ne peut plus valoir que comme simple promesse? Pourquoi, en d'autres termes, donner à une simple promesse que l'on sait ne valoir que comme telle, la forme d'une lettre de change? Il faut bien une raison à cela, car un banquier n'agit pas à la légère. Un arrêt de Limoges, du 25 juillet 1865, nous en donne une explication, entre tant d'autres que la pratique et un examen attentif de chaque espèce peut révéler.

« Attendu, en fait, que le sieur de Fleurette, banquier, prêta au sieur de Foucaud une somme de 64,000 fr. par acte du 28 janvier 1854, devant M^e Rabinet, notaire à Limoges; — Attendu que le sieur de Fleurette exigea de l'emprunteur une double garantie : 1^o la souscription de 42 lettres de change, datées d'Allasac et tirées sur un sieur Martino, domicilié à Limoges, payables le 20 janvier 1855; 2^o une hypothèque sur diverses immeubles désignés dans le contrat précité; — Attendu qu'il fut convenu qu'à défaut de paiement de ces lettres de change à leur échéance l'emprunteur servirait à de Fleurette l'intérêt à 6 0/0 et d'avance de la somme de 64,000 fr.; — Attendu qu'il résulte des clauses de l'acte susvisé, de la qualité de l'emprunteur, non négociant, de la destination des fonds, que les engagements contractés par de Foucaud ont les caractères d'une obligation purement civile; — Que de Fleurette commet une erreur en supposant que la souscription de lettres de change attribuerait, dans l'espèce, un caractère commercial au prêt par lui consenti à de Foucaud; — Qu'il est constant, en fait, que les valeurs souscrites par les emprunteurs n'ont été que fictivement tirées d'Allasac, départ. de la Corrèze, sur le sieur Martino de Limoges; que ces effets ont été créés dans cette dernière ville; que de Foucaud ne connaissait pas Martino; qu'il ne lui a pas adressé de fonds à titre de provision; qu'en conséquence il n'y a pas eu remise de place en place, et que les lettres de change

dont de Fleurette est porteur sont réputées de simples promesses, aux termes de l'article 112 du code de commerce; — Attendu que dans ces circonstances, les premiers juges ont méconnu le caractère légal de l'acte du 28 janvier 1854, en allouant à de Fleurette l'intérêt annuel à 6 0/0 de la somme de 64,000 fr.; qu'aux termes de la loi du 3 septembre 1807, le taux de l'intérêt en matière civile ne peut excéder 5 0/0; qu'en conséquence il y a lieu de réformer sur ce point le jugement dont est appel;

» Attendu que la commission de 1 0/0 réclamée subsidiairement par de Fleurette ne doit pas lui être accordée; Qu'en effet, dans l'acte du 28 janvier 1854, de Foucaud a pris l'engagement de payer l'intérêt à 6 0/0 à raison du caractère commercial qui était, par erreur, attribué à l'obligation par lui contractée; mais que de Fleurette n'a réclamé aucun droit spécial de commission, et qu'il ne lui a rien été promis à ce sujet; qu'il figure dans l'acte comme prêteur direct des sommes par lui remises à de Foucaud, et qu'à ce titre il ne lui était pas permis de stipuler expressément ou sous une forme déguisée, à l'occasion d'un prêt purement civil, un intérêt supérieur à 5 0/0; qu'en cet état des faits la demande de de Fleurette relative à une commission de 1 0/0 n'est pas fondée et doit être rejetée;

....» Attendu que de Fleurette a perçu d'avance les intérêts des sommes dues par de Foucaud; que cette perception équivaut à un quart p. cent.; — Qu'il a ainsi retiré des conventions mentionnées en l'acte précité un bénéfice illégal, et que son compte doit être rectifié sous ce rapport. » (DALLOZ, 1865, 2, 267.) — (Comparez aussi l'arrêt de cassation du 25 mai 1864, cité *suprà*, n° 35. — Agen, 3 février 1860, *infra*, n° 45. — BÉDARRIDE, *loc. cit.*, n° 81.)

Il résulte de cet arrêt¹ que bien que le prêt fût constaté par un acte authentique, l'emploi de la lettre de change n'avait été imposé à l'emprunteur que pour le dénaturer et donner lieu à des perceptions illicites. Si l'on réfléchit que le plus long terme des lettres de change est ordinairement de trois mois; que le délai sera plusieurs fois prorogé à l'aide de renouvellements, et que ces renouvellements donneront lieu chaque fois à des retenues d'escompte et de commission, on voit combien l'emprunt réalisé sous cette forme est de beaucoup plus onéreux que celui qui est effectué sur simple billet à longue échéance fixe. Du reste une jurisprudence à peu près constante condamne ces perceptions abusives et les ramène au taux unique fixé par la loi de 1807.

Ce n'est là qu'un exemple. Un examen attentif des circonstances pourra dans chaque cas particulier en faire découvrir de nouveaux.

44. — Si pourtant le prêt n'est pas d'ores et déjà constaté par un autre titre

1. Cet arrêt n'est peut-être pas très fortement motivé, les considérations auxquelles il se livre sont indifférentes, et l'application de l'article 112 suffisait bien à elle seule pour motiver la décision. Les lettres de change n'étant plus que de simples promesses, ne pouvaient avoir d'autre valeur que celle de reçus constatant la remise des fonds en exécution de l'obligation notariée; dès lors les perceptions étaient illicites.

que la lettre de change ; si le banquier conserve en portefeuille cette lettre de change ; s'il se contente de percevoir, suivant la nature du prêt, l'intérêt civil ou commercial de la somme prêtée et seulement lors de l'échéance du prêt ; s'il ne perçoit aucun droit particulier lors des renouvellements successifs de la lettre de change, et s'il n'exige aucun droit de commission sur le prêt, car la commission perçue lui fait perdre la qualité de prêteur, et le réduit au rôle d'intermédiaire (cass., 2 août 1878, *suprà*, p. 48) ; — dans ce cas, et seulement dans ce cas, il pourra dire qu'il a pu faire indirectement ce qui lui était permis de faire directement. Cela sera d'autant plus vrai que le moyen détourné n'est plus dans ce cas qu'une vaine apparence, un fantôme de simulation, et non une simulation véritable. La réalisation du prêt n'est plus même revêtue d'une forme indirecte, puisque la simulation réduisant la lettre de change à ne valoir que comme simple promesse, le prêt n'est plus en réalité fait que sur simple promesse, c'est-à-dire par un moyen direct et en la forme la plus ordinaire et la plus ostensible en matière de prêt. En d'autres termes, l'article 112 du code de commerce dépouille la lettre de change de sa forme et de ses effets pour n'en faire qu'un simple billet, et les parties se trouveront n'avoir constaté le prêt que par un simple billet ne pouvant produire d'autres effets que ceux d'une reconnaissance ordinaire de prêt. L'écrit ainsi conçu : « A fin décembre prochain veuillez payer à l'ordre de X. la somme de 1000 fr., valeur reçue comptant », devra se lire et s'exécuter comme s'il était ainsi libellé : « Je reconnais devoir à X. la somme de 1000 fr. que j'ai reçue comptant et que je lui rembourserai à fin décembre prochain. » Mais alors il était bien inutile de choisir la forme d'une lettre de change, puisque, d'une part cette forme n'est qu'apparente, et sans efficacité, et que d'autre part elle n'était pas destinée à induire les tiers en erreur ni à faire fraude à la loi. Ne serait-ce pas le cas de dire : « Qui trompe-t-on ici ? » et de répéter avec MM. Demante et Demolombe qu'un acte fait sans cause est un acte de folie, parce que l'on ne saurait comprendre qu'un homme raisonnable fasse un acte sans pouvoir en donner le motif. L'âne du philosophe Buridan était plus sensé. Choisir une forme plutôt qu'une autre, et cela sans motifs, est-ce le cas de celui qui emprunte, et surtout de celui qui prête sous la forme de lettre de change ?

En résumé : ou bien la forme de lettre de change donnée à la réalisation d'un prêt fait à un commerçant constitue, suivant les circonstances, un acte contraire à l'ordre et à la bonne foi publics, ou bien c'est un acte dont on ne saurait donner aucune explication raisonnable.

Les banquiers doivent donc à leur propre dignité, dans l'intérêt de la considération à laquelle a légitimement droit une profession essentiellement utile, de s'abstenir de procédés qui ne sont qu'à l'usage de ceux qui exploitent les dissipateurs et les commerçants obérés¹.

1. La théorie d'Einert, qui est celle du système allemand, n'a d'autre visée que de faire de la lettre de change un véritable papier-monnaie ; c'est ce moyen de crédit dont on voudrait légitimer et légaliser l'introduction en France. Une seule objection suffit, selon nous, à réfuter cette théorie : Votre système supprime le contrat de change,

45. — La conclusion de ces explications, que nous avons cru nécessaires, malgré les développements auxquels nous avons été entraînés, se tire tout naturellement. Elle est la même que celle que nous avons formulée à l'occasion du billet à ordre. Cela est d'autant plus exact que nous venons de voir que la lettre de change, dépouillée de son caractère commercial par l'application de l'article 112, est identique au billet à ordre.

Comme lui, la lettre de change simulée implique nécessairement une convention qu'elle sert à réaliser et à consommer. Cette convention est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et tombe sous la prohibition générale de l'article 6 du code civil. Elle est de plus positivement proscrite par les articles 585 et 586 du code de commerce, 402 et 406 du code pénal. Les documents de jurisprudence que nous avons cités ne font aucune distinction entre les deux formes des effets de complaisance; ils s'appliquent à l'un comme à l'autre.

Toutes les objections que l'on peut faire à cette solution ne sont que des raisons de législation et d'économie politique : ce ne sont pas des arguments de droit. Nous n'avons pas à démontrer que la tendance qu'elles manifestent est dangereuse et attentatoire à la morale et à la loyauté commerciale. Nous n'avons pas besoin de ce genre d'arguments, quelque décisifs qu'ils soient. Ce n'est pas de cela qu'il s'agit pour nous. Le droit existe; il est contraire à la théorie des billets de complaisance : Vous le reconnaissez, puisque vous demandez avec ardeur la suppression d'entraves que vous dites gêner le libre essor du commerce, l'emploi du papier-monnaie dont les effets de complaisance ne sont qu'une forme. Poursuivez votre but, faites abroger la loi, soit ! Mais tant que vous n'aurez pas réussi, nous aurons le droit de répéter que le papier de complaisance est un instrument de dol et d'escroquerie, et que la justice ne doit pas se lasser de la combattre et de la poursuivre.

Tels sont les véritables principes : ils ont été affirmés avec force dans un arrêt de la cour d'Agen du 1^{er} (ou 3) février 1860 que nous reproduisons :

« ... Attendu qu'outre la volonté des parties contractantes, il faut un fait de change, une remise d'argent d'une place sur une autre place; — Qu'ainsi pourquoi donc le simuler, tout au moins pourquoi employer, pour réaliser ce que vous considérez comme un progrès, une forme qui ne peut être que l'expression d'un contrat de change, un instrument qui n'est plus qu'une fiction, quand il n'exprime plus ce contrat ? Si l'on supprime la nécessité de la remise de place en place, le billet à ordre présente tous les avantages de la lettre de change. Vous comparez votre lettre de change au billet de banque : l'assimilation est inexacte; c'est le billet à ordre, ou mieux le billet au porteur, qui est l'image du billet de banque. Le commerce a ces deux *moyens de crédit* à sa disposition, qu'il en use. S'il ne le fait pas, c'est apparemment qu'il n'y trouve pas les garanties que présente la lettre de change, et, si celle-ci les lui présente, c'est qu'elle est, en pratique, pour tous, la preuve qu'une opération sérieuse a été conclue, que le titre confère un gage, c'est-à-dire la provision. Si vous faites disparaître cette garantie, votre lettre de change n'a pas plus de valeur qu'un billet au porteur et ne lui sera plus préférée, ou si elle l'est c'est parce qu'elle induit les porteurs en erreur, et alors elle est un instrument de fraude. Il nous semble impossible de sortir de ce dilemme.

la loi veut que, pour être valable, une lettre de change soit tirée d'un lieu sur un autre, car, sans cette circonstance, il n'y aurait pas contrat de change, que la remise de place en place doit donc être réelle et non pas simulée; que c'est comme sanction de ces principes incontestables que l'article 112 du code de commerce déclare simples promesses toutes lettres de change contenant supposition des lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont payables; — Que le législateur a eu pour but dans l'article 112 de proscrire cette espèce de pacte mensonger par lequel on attribue journellement la faveur et les effets d'une lettre de change à des opérations sur place fort étrangères au commerce, faites entre particuliers, le plus souvent pour cause de simples prêts ordinaires; qu'un pareil usage n'est qu'un abus invétéré et une violation flagrante de la loi; que son ancienneté ne le rend pas plus respectable; que, loin d'être obligés par sa durée à le sanctionner, les magistrats ne font que remplir un devoir sacré en réprimant de tels abus et en y mettant promptement un terme... » (SIREY, 1860, 2, 77. — DALLOZ, 1860, 2, 43. — V. aussi une note de DEVILLENEUVE, *apud* SIREY, 1853, 2, 274.)

CHAPITRE TROISIÈME

CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ ENTRE LE DÉBITEUR ET LE BÉNÉFICIAIRE APPARENTS.

SOMMAIRE

46. — Objet de ce chapitre.

§ 1^{er}. *Billet à ordre. — Effets entre le souscripteur et le bénéficiaire.*

47. — Le billet de complaisance ne produit aucune action au profit du souscripteur ni du bénéficiaire, de l'un contre l'autre.
48. — 1^o En ce qui concerne le bénéficiaire.
49. — Développement de la proposition : — A. Cas où le bénéficiaire n'a pas négocié le billet. A qui incombe la preuve de la fausseté de la cause ?
50. — Le souscripteur est-il admis à faire cette preuve dans tous les cas ? Il y a controverse entre les auteurs lorsque la simulation a pour but de cacher une fraude à la loi.
51. — La preuve de la simulation n'est admissible que lorsque l'ordre public est intéressé. Application de la maxime « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* »
52. — Mais le souscripteur peut prouver la fausseté de la cause énoncée sans être obligé de dévoiler la véritable cause.
53. — C'est au contraire au bénéficiaire à prouver que l'obligation a une autre cause que celle qui est démontrée fautive par le souscripteur.
54. — La matière étant commerciale, le billet n'ayant plus de cause est nul comme billet à ordre, et ne vaut plus que comme créance civile.
55. — Le souscripteur n'a qu'une chose à prouver : la fausseté de la cause.
56. — Ce point étant établi, l'obligation est nulle pour défaut de cause : l'article 1132 du code civil n'est plus applicable. Opinion de M. Demolombe.
57. — La cause véritable étant illicite ou immorale, le bénéficiaire ne peut être admis à l'établir.
58. — La preuve de la fausseté de la cause peut être administrée par tous les moyens, même par simple présomption.

59. — Application des articles 1348 et 1353 du code civil.
60. — B. Cas où le bénéficiaire a négocié le billet. Les solutions sont les mêmes s'il a été obligé de le rembourser.
61. — Même solution à l'égard de ses héritiers.
62. — *Quid* si le bénéficiaire est tombé en faillite ? Renvoi au chapitre V.
63. — 2^o En ce qui concerne le souscripteur. Peut-il actionner le bénéficiaire afin qu'il ait à faire les fonds à l'échéance, ou en restitution de l'effet ? Opinion de M. E. Dubois.
64. — Difficulté pour le souscripteur de justifier son action.
65. — Le souscripteur actionné en paiement par le porteur peut-il exercer un recours en garantie contre le bénéficiaire ?
66. — De la répétition de l'indû exercée par le souscripteur qui a payé contre le bénéficiaire. Arrêt de cassation du 15 décembre 1873.
67. — Examen doctrinal de la question par M. E. Dubois.
68. — Suite. Si le souscripteur ne peut pas exercer la répétition de l'indû, c'est parce qu'il lui est impossible de prouver qu'il ne devait pas.
69. — Suite de l'examen doctrinal de M. E. Dubois.
70. — Objection et réfutation.
71. — Le souscripteur qui a payé peut-il se faire admettre à la faillite du bénéficiaire ? Renvoi au chapitre V.
72. — Le souscripteur n'a, dans tous les cas, pas d'action en réparation du préjudice qu'il a pu éprouver.

§ 2. *Lettre de change. — Effets entre le tireur et l'accepteur.*

73. — Le tiré qui a accepté peut avoir contre le tireur l'action de mandat, si celui-ci ne prouve pas qu'il lui avait fourni provision. Renvoi au chapitre IV quant aux effets de l'acceptation à l'égard des tiers, créanciers du tireur ou autres.

46. — Nous aurons surtout à nous occuper maintenant des conséquences de la nullité, en ce qui touche le billet à ordre. Quant à la lettre de change ces conséquences se présenteront tout naturellement au chapitre suivant, où nous rechercherons celles qui en résultent à l'égard du preneur ou du tiers porteur. En ce qui les concerne, en effet, il y a pour eux identité de situation, qu'il s'agisse d'un billet à ordre ou d'une lettre de change.

Toutefois, dans le présent chapitre, nous aurons à dire quelques mots des effets de la lettre de change au respect du tiré, en cas d'acceptation de sa part.

§ 1^{er}. *Billet à ordre. — Effets entre le souscripteur et le bénéficiaire.*

47. — Dans les rapports d'entre le souscripteur et le bénéficiaire du billet à ordre de complaisance, les conséquences de la nullité sont qu'il ne peut produire aucun effet au profit comme au préjudice de l'un ou de l'autre. Il ne peut être pour l'un ou l'autre le fondement d'une action en justice, principale ou reconventionnelle, non plus que d'aucune exception. C'est l'application rigoureuse de l'article 1131 du code civil. Il n'y a même pas à faire la part de responsabilité morale de chacun d'eux.

48. — 1^o *En ce qui concerne le bénéficiaire.* — Le bénéficiaire d'un billet à

ordre fictif ne peut pas en poursuivre le paiement contre le souscripteur ; il ne peut pas davantage exercer d'action en garantie contre lui.

49. — A. Si le bénéficiaire n'a pas négocié le billet, il est de toute évidence qu'à l'échéance il ne pourra pas en réclamer le paiement, puisque le débiteur apparent ne lui doit rien. S'il meurt, ses héritiers n'auront pas plus de droit que lui.

Mais ici se présente une question de la solution de laquelle dépend celle de plusieurs autres questions accessoires : c'est celle de savoir à qui incombera la preuve de la fausseté de la cause, dans quelles limites cette preuve peut être admise, et quelles conséquences en doivent découler.

Le billet énonce une cause, par exemple *valeur en marchandises*, ou *valeur en compte* ; il fait foi de cette énonciation jusqu'à preuve contraire pour autant que cette preuve est admissible (*infra.*, nos 50 et 55). Il s'ensuit que le porteur n'a rien à prouver : sa preuve est faite par la présentation du titre lui-même.

C'est donc au souscripteur, qui prétend que la cause est fausse, ou qu'il n'y a pas de cause, à justifier sa prétention. Car, dans ce cas, c'est lui qui affirme, et de plus, comme le remarque M. Demolombe, son affirmation contredit son propre consentement et l'aveu qu'il a fait lui-même de la vérité de la cause.

50. — Mais sera-t-il admis dans tous les cas à prouver la vraie cause ?

En thèse générale, on a distingué : si le débiteur soutient que son consentement a été extorqué par violence ou surpris par dol, il devra l'être. Mais ces cas ne se présenteront jamais en matière de billet de complaisance. La simulation de la cause implique nécessairement un consentement donné librement, une connivence entre le bénéficiaire et le souscripteur qui ne peut pas se rencontrer lorsque ce dernier a été induit en erreur. Si la simulation est simple, c'est-à-dire si elle n'a d'autre but que de substituer un contrat à un autre, sans que la connivence revête aucun caractère de dol ou de fraude, tous les auteurs sont unanimes à admettre le souscripteur à la preuve de la fausseté ou de l'absence de cause.

Mais il y a controverse lorsque la simulation a pour but de cacher une fraude à la loi ou un dol à l'égard des tiers, comme dans le cas qui nous occupe.

M. Demolombe enseigne que la preuve est également admissible lorsque la simulation de la cause a eu pour but de cacher une fraude à la loi : il reconnaît du reste que la question est délicate. (*Loc. cit.*, t. I^{er}, n° 371 et t. VII, nos 184 et suiv.) D'autres auteurs, qu'il combat, soutiennent au contraire que la preuve doit être écartée par application de l'article 1341 du code civil. (*Cf. infra.*, n° 55.)

51. — Nous ne nous croyons pas dans la nécessité, pour résoudre les difficultés de notre sujet, de prendre parti dans cette controverse. Nous con-

sidérons même les deux opinions extrêmes, formulées en termes aussi absolus de part et d'autre, comme inexacts et dangereuses, si on les appliquait aux effets de complaisance. Cela nous paraît tenir à ce que ces auteurs n'ont envisagé la question qu'ils résolvent que sous un aspect, alors que nous estimons que, les solutions doivent différer selon les circonstances de fait qui peuvent s'y rencontrer. Cela tient aussi à ce qu'ils ont négligé une distinction essentielle, suivant nous, que nous ne voyons faite nulle part d'une façon nette et précise, bien qu'elle soit évidemment au fond de leur pensée : à savoir qu'il est indispensable de bien séparer, en pareil cas, l'intérêt social de l'intérêt privé des parties.

Il est très-juste de dire que les dispositions, que le législateur décrète pour le maintien de l'ordre social, ne sauraient être vaines; que c'est son devoir d'en assurer la sanction, en autorisant les moyens qui peuvent déjouer les fraudes par lesquelles les parties entreprennent de s'y soustraire (DEMOLOMBE, t. 7, n° 185, 3^o). Mais il faut bien prendre garde que, hormis le cas où un véritable délit est dénoncé, l'ordre social ne peut être en jeu, l'intérêt de la société ne peut se révéler et intervenir, en pareille matière, que lorsque les parties ont pris l'initiative de l'action, et qu'alors celles-ci ne sont recevables à exciper de l'immoralité de la convention et à alléguer leur propre turpitude qu'autant que l'intérêt public est d'accord avec le leur, mais jamais pour donner satisfaction à l'intérêt privé de contractants indignes, l'un comme l'autre, de faveur.

Aussi, toutes les fois qu'il s'agira de destituer de toute force une convention de cette nature, d'en arrêter l'exécution, d'empêcher qu'elle ne devienne un fait accompli, le débiteur sera recevable à provoquer cette nullité, à résister à cette exécution, non pas parce qu'il mérite protection, mais parce que les prohibitions de la morale et de la loi ont été méconnues, que la convention s'est proposée de les violer, et que la société est intéressée à empêcher que, par l'exécution, ce résultat soit accompli. Le débiteur est actionné, il se défend; en luttant pour sauvegarder son intérêt privé, il devient le champion, quoique indigne, de la loi et de la morale, qu'il a un instant oubliées, mais qu'il ne veut pas violer, autant, au moins que cela dépend de lui. C'est pour cette unique raison qu'il a droit d'être écouté.

Mais quand le débiteur, avant toute poursuite, prétend se faire restituer contre l'engagement qu'il a souscrit et en prévenir l'exécution, son action devra être repoussée, et la maxime « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » recevra son application rigoureuse. Qui l'oblige en effet à agir, à prendre l'initiative de dévoiler la honte commune? Les choses sont encore entières : il peut bien attendre qu'il soit recherché; il sera toujours assez tôt de le faire. — Mais il y a intérêt ! — qu'importe son intérêt ! C'est de celui de la société qu'il s'agit : il n'est pas en cause. Tant pis pour le souscripteur s'il se trouve dans l'embarras, s'il est inquiet de l'avenir; s'il est placé dans cette fâcheuse situation, c'est qu'il l'a voulu. Ses inquiétudes ne sont que la punition de sa faute, et la société ne doit pas de protection à ceux qui ont enfreint ses lois. Son absence de sécurité est même dans le

vœu de la loi : dans l'intérêt de la société il convient que la sécurité manque à ceux qui prennent part à des conventions illicites ou immorales.

Qui sait d'ailleurs si ce pacte réprouvé osera s'exécuter et se produire au grand jour? Jusque-là, la société veut, elle doit l'ignorer ; elle n'agira que lorsque son intérêt l'exigera.

52. — Tous les auteurs qui ont examiné la question se sont placés dans l'hypothèse où le souscripteur de l'obligation illicite ou immorale ne peut démontrer la fausseté de la cause qu'en se fondant sur cette circonstance même de l'atteinte portée à la morale ou de la violation de la loi, c'est-à-dire en substituant une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs à la cause faussement exprimée. C'est n'envisager qu'un des côtés du problème, et notre sujet prouve qu'il en existe un autre, se présentant même dans des conditions plus fréquentes et plus usuelles, et qui leur a échappé, parce que le trafic des valeurs fictives n'a jamais fixé leur attention, comme il n'a que très-exceptionnellement été regardé en face par la jurisprudence.

Sans doute, il arrive souvent, dans la plupart des cas autres que celui du papier de complaisance, que la fausseté de la cause ne peut être prouvée que par la révélation de la véritable cause, immorale ou illicite, et c'est à des espèces de ce genre que s'appliquent la majeure partie des décisions judiciaires notables relevées dans les recueils d'arrêts et cités par les auteurs. Mais il n'en est pas de même à l'égard des billets de complaisance.

De quoi s'agit-il, en effet, alors, pour le souscripteur? De prouver que la cause de l'obligation est fausse, et, comme conséquence nécessaire, que cette obligation n'a pas de cause, jusqu'à ce qu'il ait été démontré qu'elle en a une autre. Mais il n'est en aucune façon question pour lui de révéler la vraie cause, et encore moins d'établir que cette cause a été de faire fraude à la loi ou de consommer un acte contraire à la morale publique. Il n'en a pas besoin pour réussir contre son adversaire. La fausseté de la cause n'implique pas l'une ou l'autre de ces circonstances, et la preuve de cette fausseté n'emporte pas nécessairement celle de ces circonstances immorales ou illicites. De ce que, dans la réalité des faits, la convention qui sert de cause à une obligation unilatérale et la fin que se sont proposée les parties, ou l'une d'elles, sont immorales ou illicites, il ne s'ensuit pas fatalement que la fausseté de la cause énoncée ne puisse se démontrer qu'en dévoilant la convention honteuse qu'elle dissimulait et la turpitude de la fin. Bien loin qu'il en soit ainsi, le souscripteur ne tend à autre chose, en démontrant la fausseté de la cause, qu'à dépouiller la convention de toute cause, à la réduire à n'être qu'une obligation sans cause. Telle est bien aussi la doctrine de M. Demolombe, puisqu'il ajoute aussitôt (n° 372) : « Mais aussi, lorsque le souscripteur a prouvé la fausseté de la cause exprimée dans le billet, c'est au prétendu créancier, s'il prétend qu'il existe une autre cause, à en fournir la preuve. » (Cf. aussi *ibid.* n° 373.)

D'où la conséquence que la preuve peut être admise, quoique le consentement n'ait pas été extorqué par violence et surpris par dol, quoique ce

consentement ait été parfaitement libre et donné en connaissance de cause, alors même qu'en fait la simulation n'aurait été inspirée que par un mobile de fraude à la loi. Du moment que les faits et circonstances allégués n'ont pas pour but ou pour conséquence directe et nécessaire de prouver un acte immoral et illicite, ce qui est une toute autre affaire (voir *infr.* n° 66), on n'a pas à demander au souscripteur *pourquoi* il s'est obligé : s'il prouve que la cause est fausse, le juge doit faire droit à sa demande. Quant à son mobile, il peut rester enseveli dans sa conscience, car nul n'est obligé de révéler sa honte.

53. — Mais quand il aura fait sa preuve, tout ne sera pas fini entre le bénéficiaire et lui. Ex : A a souscrit à B un billet de 1,000 fr. valeur en marchandises. Il pourra prouver que la cause est fausse parce que B ne lui a livré aucune marchandise. D'où il résultera que son obligation de 1,000 fr. serait sans cause. A ce moment les deux parties se trouveront à peu près dans le même état que si le billet n'indiquait pas de cause : d'après l'article 1132, la convention n'en est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée. Nous avons dit : à peu près dans le même état, parce qu'en effet, la position du souscripteur sera plus favorable et celle du bénéficiaire moins, que si la cause n'était pas du tout exprimée : *melius est non habere titulum quam habere vitiosum.* (*Infr.* n° 56.)

C'est que la fausseté de la cause n'implique pas l'absence de cause ; la simulation n'affecte la validité de la convention qu'autant qu'elle sert à cacher une cause illicite et contraire aux bonnes mœurs et que cette cause vicieuse serait judiciairement constatée. Donc cette convention est encore susceptible de produire effet, s'il est établi, qu'abstraction faite de la cause simulée, elle a une autre cause suffisante et licite (AUBRY et RAU, 4^e éd., t. IV, § 345 et les autorités citées à la note 18).

54. — Mais il ne faut pas perdre de vue que nous sommes ici en matière commerciale, et qu'il s'agit de billet à ordre pour lequel l'article 188 du code de commerce, exige comme condition essentielle de validité l'énonciation de la valeur qui a été fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière. En principe donc l'article 1132 est inapplicable au billet à ordre, et, comme conséquence, ce billet n'est pas valable lorsqu'il n'énonce pas la cause.

Dès lors le billet à ordre dont la cause est démontrée fausse n'a plus de cause ; il n'exprime pas la valeur puisque celle qu'il indique est mensongère : il est nul comme billet à ordre.

Mais est-il absolument nul ? Non évidemment, il vaudra comme simple promesse et comme engagement civil, et dans ce cas l'article 1132 du code civil reprendra tout son empire. Le billet, c'est-à-dire l'acte instrumentaire qui prouve la convention, restera valable comme constatant une obligation de droit commun, s'il est établi qu'il a d'ailleurs une cause suffisante et li-

cite, en dehors de celle qui est reconnue fausse. (BONNIER, *Traité des preuves*, 4^e éd., t. 2, n^o 681. — DALLOZ, *Répertoire*, v^o *Effets de complaisance*, n^{os} 180 et suiv). Ainsi jugé par un arrêt de la cour de Liège du 18 mai 1824 : « Attendu que le billet dont il s'agit n'énonçant pas la nature ou l'espèce de la valeur fournie, au vœu de l'article 188 du code de commerce, n'est pas un billet à ordre, mais bien une simple promesse... » (DALLOZ, *ibid*, n^o 182 note.)

Il importe peu que ce billet soit signé par un commerçant au profit d'un autre commerçant, car, d'une part, ce n'est pas la qualité des parties qui détermine nécessairement la nature commerciale ou non commerciale de l'acte, mais bien précisément l'indication de la valeur fournie; et d'autre part, quoiqu'il s'agit d'un acte en apparence commercial jusqu'au moment où la fausseté est démontrée, l'absence de cause lui fait perdre cette qualité d'effet de commerce, et il serait même absolument nul comme tel, s'il ne pouvait encore valoir comme engagement civil.

De ce qu'il est nul comme billet à ordre, et qu'il ne vaut plus que comme titre de créance civile ordinaire, découlent plusieurs conséquences, notamment qu'il ne peut être cédé autrement qu'en suivant les formes prescrites impérieusement par l'article 1690 code civil. Ce point est à noter, et nous aurons à en faire l'application au chapitre suivant¹.

55. — « Mais est-il vrai, objecte M. Dalloz (*Rép. v^o Obligat. n^o 542*), que le souscripteur puisse être admis à prouver la simulation de l'acte même qu'il a souscrit? Ne peut-on pas lui opposer cette maxime : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Non, dit-il, on ne pourrait pas lui opposer cette maxime; car s'il n'était pas permis au souscripteur de prouver la simulation, l'article 1131 serait inapplicable en ce qui concerne la fausse cause, puisqu'il n'y a que lui qui puisse être admis à faire cette preuve. Il devra même arriver souvent que, pour prouver la fausseté de la cause exprimée, le débiteur devra prouver que la convention a une autre cause; il en sera ainsi dans le cas où il demandera que la convention soit déclarée sans effet, non pas par défaut de cause, mais parce que la cause vraie est illicite. Il pourra et devra alors prouver, d'une part la fausseté de la cause exprimée et de l'autre la réalité d'une autre cause qui est illicite. » (Cf. DEMOLOMBE, t. 1, n^o 373; — AUBRY et RAU, § 765, texte et notes, 26 à 32.)

Nous avons déjà pressenti ce point de la question sous le n^o 52. Bien que

1. Il est bien certain qu'une créance civile peut être cédée par simple endossement et que la clause d'ordre suffit pour rendre le transport parfait à l'égard des tiers. (Cass., 8 mai 1878, DALLOZ, 1878, 1, 241.) Mais pour cela il faut que la volonté de déroger au droit commun soit manifestée par la clause d'ordre expressément stipulée dans l'acte, et souscrite par le débiteur. Tel n'est pas le cas de l'effet que la loi répute simple promesse. Il portait bien la clause d'ordre, mais c'était là une condition de sa forme commerciale. Elle disparaît avec cette forme, la loi l'en dépouille et réduit l'effet à une obligation ordinaire, c'est-à-dire régie par le droit commun, qui est celui de l'article 1690 du code civil. La simple promesse n'a d'effet qu'entre le souscripteur et le bénéficiaire : telle est la conséquence directe de la déchéance prononcée par la loi.

tenant pour l'application rigoureuse de la maxime *nemo creditur*, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de la faire intervenir dans les données du sujet, puisque nous ne sommes pas dans les cas où, pour faire prononcer la nullité de son obligation, le souscripteur devra, non-seulement prouver la fausseté de la cause, mais encore que la vraie cause est une cause illicite.

Nous n'avons pas à nous préoccuper des hypothèses qui peuvent se présenter en dehors de notre sujet. Il est assez complexe pour que nous nous y tenions renfermés. Or le billet à ordre de complaisance étant une obligation sur fausse cause en apparence et en réalité sans cause, puisque le souscripteur n'a rien reçu et ne doit rien, il est inutile, tant qu'il ne s'agit que des rapports du bénéficiaire et du souscripteur, de se préoccuper de la convention illicite ou immorale, du mobile inavouable et du but frauduleux qui peuvent se dissimuler sous cette apparence d'un billet à ordre. La morale publique, la société sont bien plus intéressées à laisser ignorer tous ces faits honteux qu'à les divulguer et à remuer ces turpitudes, et c'est ici qu'il est bien vrai de dire que le scandale public est ce qui fait l'offense. Ce qu'il faut avant tout éviter c'est de violer l'article 1131 en faisant produire un effet quelconque, même indirect, à une convention qui serait contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, ce qui arriverait si l'on révélait l'existence d'une telle convention pour en faire le fondement d'une exception, en soutenant par exemple qu'un billet à ordre est le résultat du dol ou de la fraude. (*Sup.*, n° 52.)

Voilà la règle; malheureusement il faut parfois y admettre des exceptions: nous le verrons plus loin.

Donc le débiteur n'a qu'une chose à prouver, la fausseté de la cause, rien de plus. Sans doute il peut arriver, et cela même assez fréquemment, que cette preuve laisse entrevoir une cause illicite. Il peut aussi arriver, suivant la remarque de M. Demolombe (n° 273), que les deux circonstances de la fausseté de la cause exprimée et l'existence d'une autre cause honteuse soient tellement connexes et indivisibles qu'elles se trouvent démontrées par la même preuve, mais ce n'est là qu'un accident, un point tout à fait accessoire dont il n'y aura pas à tenir compte s'il est inutile.

Par exemple, si le billet est causé valeur en marchandises, le défendeur peut prouver qu'il n'a pas reçu de marchandises, ce qui n'est pas impossible à établir (Cf. BONNIER, *Traité des preuves*, nos 39 et suiv.), en justifiant soit qu'il ne vend pas le même genre de marchandises que le bénéficiaire, soit qu'à aucune époque voisine de la création de l'effet, celui-ci ne lui a fait aucune livraison, soit en produisant ses livres de commerce, et en les faisant comparer avec ceux de son adversaire, ou en provoquant un compte. Il peut encore prouver la fausseté en établissant par témoins ou par correspondance que le bénéficiaire lui a envoyé le billet à signer en le lui demandant comme un service. Il est bien évident qu'un pareil fait ne démontrera pas *a priori* que le billet n'a pas de cause, encore moins que la cause véritable est contraire à l'ordre public, mais il pourrait y avoir là, suivant

les circonstances, présomption suffisante que la cause énoncée n'est pas vraie, et cela suffit¹.

56. — Dès lors que le souscripteur a démontré la fausseté de la cause, son engagement est nul jusqu'à ce qu'il soit justifié qu'il en a une valable et licite, quoique non énoncée. C'est dire que la preuve de l'existence de cette cause valable est à la charge du bénéficiaire. Ce point a été controversé. (DALLOZ, *loc. cit.*, nos 544 et suiv.)

On a dit : le billet dont la cause n'est pas exprimée n'en est pas moins valable (article 1132); le bénéficiaire a un titre qui, de par cet article, fait foi de l'obligation qu'il contient; c'est au débiteur à détruire la foi due à ce titre. Or le billet dont la cause est démontrée fautive n'est plus qu'un billet dont la cause n'est pas exprimée, et c'est le cas prévu par l'article 1132; on décide généralement qu'en pareille occurrence c'est au débiteur à prouver qu'il n'existe aucune cause.

Sans avoir à prendre parti dans la controverse à laquelle a donné lieu l'interprétation de l'article 1132, sur le point de savoir à qui incombe la preuve relativement à la cause², nous pensons qu'il n'y a pas identité entre le cas où le billet n'énonce pas de cause et celui où la cause énoncée étant reconnue fautive, le billet se trouve n'avoir plus de cause exprimée. M. Demolombe a réfuté sans réplique toutes les objections.

« On objecterait en vain, dit-il, que la preuve de la fausseté de la cause exprimée a seulement ce résultat que la cause n'est plus exprimée; or, le billet n'en est pas moins pour cela valable; et c'est au souscripteur, s'il prétend qu'il n'a pas de cause, à en faire la preuve.

» Nous l'avons, en effet, pensé ainsi nous-même, lorsque la cause n'a pas été exprimée. (*Sup.*, n° 367.)

» Mais toute autre est maintenant notre hypothèse.

» Une cause spéciale a été énoncée dans le billet; or, l'énonciation d'une cause spéciale est évidemment exclusive de toute autre cause; donc

1. De la fausseté de la cause une fois reconnue, alors même qu'elle semble dissimuler une cause illicite, il ne faut pas induire nécessairement cette cause illicite. Un particulier doit à son tailleur 500 francs pour argent prêté et il lui a fait un billet à ordre causé valeur en marchandises. La cause est fautive et le débiteur en peut faire la preuve par la présentation de ses factures acquittées. S'il produit au lieu de factures acquittées une lettre où son créancier lui demande comme un service de lui souscrire un billet à ordre de 500 francs, sans parler du prêt qu'il lui a fait, il semblera bien que le billet est de complaisance, mais cette apparence tombera devant la preuve qu'administrera le fournisseur que le billet a pour cause un prêt d'argent. Les faits s'expliquent par des motifs de convenance. Il eût été désagréable au débiteur d'accuser la véritable cause de sa dette, en souscrivant un billet au créancier désireux d'avoir un moyen de recouvrer ses fonds sans paraître pressant. En pareil cas un fournisseur poli ne rappelle pas au débiteur le service rendu, et, intervertissant les rôles, il se présente encore comme l'obligé de son client, lorsqu'il manifeste le désir d'être réglé.

2. V. sur ce point DEMOLOMBE, t. 1, n° 367 et les auteurs qu'il cite : LAROMBIÈRE, t. I, article 1132, n° 4°; BONNIER, nos 66 et suiv.; AUBRY et RAU, 4° édit., t. IV, n° 34, note 20 et les auteurs qu'ils citent dans les deux sens.

lorsque la cause est démontrée fausse, la présomption doit être que l'obligation est sans cause.

» Conclusion très-logique et aussi très-raisonnable, car la simulation doit faire présumer que l'autre cause, s'il en existe une, est insuffisante ou illicite, puisqu'on a cru devoir la cacher. (Cf. *Sup.*, n° 47.)

» Mieux vaut donc, pour le créancier, ne pas exprimer du tout de cause dans le billet, que d'en exprimer une fausse. » (*Loc. cit.*, n° 372; *sic* DALLOZ, *loc. cit.*, n° 548.)

57. — Cette solution est tout particulièrement juste quand il s'agit de billet de complaisance ; le bénéficiaire sera dans l'impossibilité d'établir la cause parce que ce billet étant le résultat d'une convention immorale, le but proposé étant contraire à la loi, la preuve devra lui en être refusée par application de la règle *nemo auditur*, laquelle sera d'autant plus souveraine en pareil cas que l'ordre public, qui peut être intéressé quelquefois à rechercher et à démasquer les conventions qui le blessent, pour les destituer d'effet, l'est ici à ne pas permettre qu'elles se produisent au grand jour, quand cette manifestation n'aurait d'autre visée que d'essayer au contraire de leur faire produire effet. C'est pourquoi le bénéficiaire vint-il à démontrer que le billet dont il réclame le paiement a une cause, que cela ne lui servirait en rien, puisque cette cause étant à la fois immorale et illicite, l'engagement dont il se prévaut en serait vicié d'une autre nullité qui le destituerait de tout effet. (Article 1131.)

Mieux vaut donc pour lui, et pour sauvegarder au moins son honneur, se résigner à n'avoir aux mains qu'un contrat sans cause, que de dévoiler sa propre honte en affichant une cause immorale et illicite. (*Cass.*, 9 juin 1812, et la consultation insérée en note, *ap.* SIREY, 1812, 1, 235.)

Ajoutons encore cette considération, que, l'article 1131 n'existât-il pas, le souscripteur repousserait encore victorieusement son action par l'exception de dol, puisque ne devant en réalité absolument rien au bénéficiaire, à son égard, le billet est bien une obligation sans cause.

58. — Il nous reste maintenant à rechercher quels modes de preuves seront ouverts au souscripteur pour justifier sa prétention que la cause exprimée dans son engagement est fausse.

Tant que ce point n'est pas démontré, le billet représente un acte commercial ; la preuve de la fausseté peut donc être administrée par tous les moyens de preuve reçus devant la juridiction consulaire (article 1341, *in fine*, et 109 code de commerce), c'est-à-dire, non seulement par l'enquête testimoniale, mais encore par les présomptions simples. (BONNIER, *loc. cit.*, n° 816; DEMOLOMBE, article 1351, *in fine*; LAROMBIÈRE, *ibid.*; AUBRY et RAU, t. IV, 4^e éd., p. 223, note 18; — *Cass.*, 19 janvier 1830, SIREY, 30, 70; — d^o 7 mai 1836, *ibid.*, 38, 1, 49; — Nîmes, 25 janvier 1839, *ibid.*, 39, 2, 177; — Limoges, 16 avril 1845, *ibid.*, 46, 2, 465; — *Cass. civ.*, 28 août 1877; *ibid.*,

1878, 1, 270, et les arrêts cités à la note. — V. aussi une note sur un arrêt de Cass. 10 juin 1846, SIREY, *Coll. nouv.*, t. V, 1. 200.

59. — On a agité la question de savoir si, même s'agissant de matière commerciale, le souscripteur pourrait être admis à prouver contre sa propre reconnaissance. L'affirmative est généralement acceptée. Mais il n'est pas besoin de se préoccuper de cette difficulté dans notre sujet, puisqu'à quelque parti que l'on s'arrête, le billet de complaisance est attaqué pour cause de dol et de fraude, que l'on se trouve alors dans l'exception des articles 1348 et 1353 du code civil, et que, de plus, l'action en paiement peut également être repoussée par l'exception de dol fondée sur la mauvaise foi du bénéficiaire qui prétend faire usage d'un billet qu'il sait être sans cause et réclamer le paiement d'une somme qui ne lui est pas due.

C'est pour la même raison que nous déciderons qu'encore bien que le billet de complaisance fut créé entre non commerçants, ce qui n'est qu'une très rare exception, le souscripteur n'en devrait pas moins être admis à prouver la fausseté de la cause par témoins ou par présomptions.

Ce point a été démontré péremptoirement par M. Demolombe (*loc. cit.*, t. VII, n° 184; DALLOZ, *Rép.*, v° *oblig.*, n° 5052 et suiv.).

60. — *B.* Le bénéficiaire a-t-il négocié le billet, s'il est actionné par le tiers-porteur conjointement et solidairement avec le souscripteur, il ne pourra obtenir recours et garantie contre celui-ci; et s'il acquitte le billet soit avant toute poursuite, soit après condamnation, il ne pourra agir contre le souscripteur, puisqu'à l'égard de celui-ci, le billet est sans cause, et que d'ailleurs il n'a fait que payer sa propre dette. La situation est indentique à celle qui a été examinée sous les numéros précédents.

61. — La solution sera la même à l'égard des héritiers du bénéficiaire.

62. — Mais que décider dans le cas où le bénéficiaire étant tombé en faillite, le billet se trouve dans ses créances actives? Le syndic pourra-t-il en poursuivre le recouvrement? En d'autres termes le souscripteur est-il ici en présence d'ayants cause du bénéficiaire, ou en présence de tiers? La question est délicate. L'examen qu'elle exige se trouvera mieux placé au chapitre V, où nous étudierons les situations juridiques créées par les effets de complaisance en ce qui concerne les tiers, créanciers, garants, coobligés et cautions du bénéficiaire ou du souscripteur.

63. — 2° *En ce qui concerne le souscripteur.* — Nous avons maintenant à nous occuper du souscripteur actionnant le bénéficiaire.

La première question qui se présente est celle de savoir s'il peut, avant l'échéance du billet, agir contre le bénéficiaire afin qu'il ait à faire les fonds ou à lui restituer le billet. Cette question ne nous paraît pas comporter une solution absolue et nous pensons que les circonstances de fait dont l'appré-

ciation souveraine appartient au juge devront avoir de l'influence sur sa décision. Nous constaterons au surplus que ce qui est vrai de l'action tendant à la restitution du billet, l'est également de celle ayant pour objet de faire condamner le bénéficiaire apparent à fournir provision ou même caution, dans le cas où l'effet a été mis en circulation.

L'annotateur d'un arrêt de Cassation du 15 décembre 1873 (SIREY, 1874, 1, 241), M. E. Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy, s'est proposé cette question comme se rattachant à celle tranchée par l'arrêt précité et que nous examinerons nous-même dans un instant. Voilà comment il la résout :

« Pour l'affirmative, on peut dire que la souscription d'effets de commerce étant en elle-même essentiellement différente d'un paiement, on peut, tout en excluant la répétition pour le cas où il y aurait eu paiement, admettre la restitution des effets non négociés; que cette demande tend précisément à l'annulation desdits effets, ce qui est l'application directe des articles 1171 et 1138. (V. en ce sens Cass. req., 2 février 1853. SIREY, 1851, 1, 428; *J. du Palais*, 1852, 1, 61.)

« Nous pensons, toutefois, que la négative doit être admise; ce n'est pas que nous fassions entre la souscription d'effets de commerce et le paiement une confusion que nous n'avons garde de commettre, c'est parce que *le demandeur ne peut justifier sa réclamation qu'en alléguant en justice sa propre turpitude*. Or, nous demeurons convaincu que, si les tribunaux peuvent avoir à s'occuper de conventions immorales de part et d'autre, ce doit être non dans l'intérêt privé des contractants et à l'effet de faire obtenir à l'un, quoique ce soit contre l'autre, mais uniquement dans l'intérêt de la société, et pour leur appliquer, s'il y a lieu, les dispositions de la loi pénale. »

Cette opinion est trop absolue. Excellente pour l'espèce à l'occasion de laquelle l'auteur la formule, qui est celle de billets souscrits en paiement du prix d'une maison de tolérance, elle a l'inconvénient de ne pouvoir s'appliquer qu'aux espèces analogues, mais elle serait souvent inexacte, s'agissant d'effets de complaisance, comme nous l'avons déjà fait remarquer précédemment (n° 55), en faisant précisément la distinction, par laquelle termine l'auteur, entre l'intérêt social et l'intérêt privé.

Il s'en faut de beaucoup, nous l'avons aussi constaté, que le souscripteur se trouve toujours réduit à un rôle aussi pénible que d'alléguer en justice sa propre turpitude. La question doit être résolue d'après les principes et les distinctions que nous avons indiquées sous les n°s 52 et suiv. C'est pourquoi, s'il justifie d'un intérêt à obtenir la restitution, il pourra être reçu dans sa demande, mais en la fondant uniquement sur la fausseté de la cause.

64. — En ce qui touche l'intérêt du souscripteur à obtenir la restitution du billet sans cause, il semble qu'en thèse générale, il ne saurait être sérieusement discuté. Il y a toujours une grande imprudence à laisser en circulation des obligations sans cause ou éteintes, dont l'exécution peut être poursuivie par des tiers de bonne foi, ou contre des héritiers en igno-

rant le vice originel ou l'extinction. Quant au bénéficiaire, il serait bien mal fondé à refuser la restitution du billet, ou s'il n'a plus le billet, de donner caution, et à contester l'intérêt du demandeur, sous prétexte que rien ne lui donne lieu, quant à présent, de craindre d'être actionné en paiement. Il a été jugé que le souscripteur d'un billet sans cause ou sur fausse cause peut n'être considéré que comme caution vis-à-vis du tiers auquel il a été endossé par le bénéficiaire (Bordeaux, 6 février 1868; *Mémor. du Comm.*, 1868, p. 205). Sans approuver de tout point cette décision, on peut admettre que, dans telle circonstance donnée, le souscripteur n'a entendu donner qu'un cautionnement indirect. Ce contrat n'est pas incompatible avec la forme du billet à ordre, pourvu que l'intention des parties soit clairement reconnue. Dans ce cas, il est vrai que le billet, quoique indiquant une fausse cause, en aura cependant une valable et licite. Il en résulterait que le souscripteur aurait intérêt à obtenir provision et fonderait utilement son action sur l'article 2032 du code civil.

Ce n'est là qu'un exemple, et des cas analogues pourraient se rencontrer. Il en serait tout différemment s'il appuyait sa demande sur une convention qui, à raison de son caractère immoral ou illicite, suffirait pour la faire repousser. (Cf., *sup.*, n° 51.) Aussi la difficulté sera pour le souscripteur de fonder sa demande. Comment établira-t-il qu'il a souscrit un billet? Car pour être admis à prouver que la cause du billet qu'il a souscrit est fausse, il faut que préalablement l'existence de ce billet soit acquise au débat. Si le bénéficiaire méconnaît le fait, le souscripteur ne pourra en justifier que par une contre-lettre ou un document équivalent, et, le plus souvent, la preuve d'un accord honteux en résultera. Ou bien, si le bénéficiaire reconnaît l'existence du billet, il ne le fera qu'en dévoilant en même temps la véritable cause.

Quoi qu'il en soit de ces écueils sur lesquels le demandeur sera d'ordinaire exposé à se briser, il faut reconnaître qu'en principe, et en la fondant uniquement sur la fausseté de la cause, son action sera recevable.

65. — Prenons maintenant l'hypothèse où le souscripteur est actionné en paiement, par le tiers porteur, concurremment avec le bénéficiaire. Pourrait-il exercer un recours en garantie contre celui-ci? La solution à donner est la même que dans la précédente et dans celle où il est actionné directement par le bénéficiaire. Les raisons de décider sont les mêmes; car, défendeur à l'action principale, il n'a rien à opposer utilement au tiers porteur, que nous supposons de bonne foi; demandeur en garantie contre le bénéficiaire, rien ne l'oblige, quant à présent, à dévoiler la turpitude du contrat. Il devra donc obtenir recours et garantie contre le bénéficiaire, s'il se borne à exciper de la fausseté de la cause; il sera au contraire non-recevable, s'il invoque un acte honteux. Ce cas se rattache du reste intimement au suivant, dont l'examen exige quelques développements.

66. — La question la plus intéressante, et la plus délicate en même temps,

est celle qui a trait à la répétition de l'indû par le souscripteur qui a payé. Ici se place encore la distinction que nous avons faite. Si le souscripteur peut prouver la fausseté de la cause sans alléguer sa turpitude, nul doute que l'action en restitution ne soit recevable. Dans le cas contraire, le point a été discuté. Les arguments donnés en faveur de l'affirmative ne manquent pas de force. Nonobstant, les règles que nous avons posées au début de ce chapitre, les points que nous avons examinés jusqu'ici, facilitent et doivent faire pressentir la solution à laquelle nous nous rangeons. Toutefois, à cause de son importance et des objections qu'elle soulève, elle mérite de nous arrêter quelques instants.

Nous emprunterons en majeure partie les éléments de cet examen à l'arrêt de Cassation et à la note de M. Dubois, que nous avons déjà cités (n° 63).

Voici d'abord l'arrêt de Cassation; il a été rendu en chambre civile le 15 décembre 1873. La doctrine précise et irréprochable qu'il émet nous paraît destinée à fixer définitivement la jurisprudence, et à mettre fin aux confusions qui ont obscurci la matière :

« Attendu qu'il résulte des faits constatés par l'arrêt dénoncé que les effets de commerce, objet du litige, ont une cause illicite et contraire aux bonnes mœurs ;—Que chacune des parties en cause a pris une part égale à la convention immorale, en exécution de laquelle ces effets ont été souscrits; — D'où il résulte qu'elles sont l'une aussi bien que l'autre, non recevables à demander en justice, soit le paiement du prix stipulé, soit sa restitution, s'il a été payé ; — Qu'il importe peu que, lors de la conclusion du contrat, le prix, au lieu d'être payé comptant ait été réglé en effets négociables ; que si la veuve Vilmain a été obligée plus tard de les acquitter entre les mains d'un tiers de bonne foi, elle n'a fait que subir la conséquence de la convention immorale à laquelle elle s'était associée ; — Mais que, de même que les époux Lecomte auraient été non recevables à lui demander le paiement des billets à ordre par elle souscrits à leur profit, de même, elle est non recevable aussi, après avoir acquitté ces billets, à leur en demander le remboursement, parce que dans l'un comme dans l'autre cas, le demandeur ne pourrait soutenir sa prétention qu'en alléguant sa propre turpitude. »

67. — Cet arrêt a inspiré à M. E. Dubois des observations substantielles où le point de droit pur est mis en relief, et les autorités pour et contre analysées avec précision : nous lui demandons la permission d'en reproduire des extraits :

« Impossibilité de toute répétition dans le cas de turpitude commune aux deux parties, tel est le principe que consacre l'arrêt de la chambre civile. L'importance, à la fois doctrinale et pratique, de cette solution, la netteté avec laquelle elle se trouve formulée dans notre arrêt, l'incertitude de la jurisprudence et des auteurs sur ce point, incertitude qui, loin de disparaître, va plutôt croissant depuis quelques années, enfin la tendance qui se manifeste, chez les interprètes récents d'une grande autorité, vers une solu-

tion opposée à celle que vient de donner la cour suprême, nous engageant à présenter ici quelques observations.

» La question est loin d'être neuve. Le droit romain la tranchait, en principe, exactement comme notre arrêt. On connaît le texte de Paul (L. 3, Dig. de condictione ob turpem vel injustam causam XII, 5) : « Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur non posse repeti dicimus. » On en a tiré l'adage : *In pari causâ turpitudinis cessat repetitio*, lequel n'est lui-même que l'application de ces deux autres maximes plus générales : *In pari causa melior est causa possidentis*, et : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

» La même solution était généralement admise dans notre ancien droit. V. not. POTHIER, *Obligations*, nos 42, et suiv.; FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v^o Répétition de ce qui a été donné pour cause déshonnête. On peut voir toutefois une opinion plutôt contraire dans DOMAT, *Les lois civiles*, l. 1, tit. 18, sect. 14, n^o 5, et liv. 2, tit. 7, sect. 2, n^o 4; mais la manière dont le grand jurisconsulte s'exprime dans les deux endroits manque de netteté et de précision, et pour dire le vrai, n'est pas digne de lui.

» Parmi les auteurs qui ont écrit depuis la promulgation du code civil, l'exclusion de la répétition est encore la doctrine qui compte le plus de partisans. V. en ce sens MERLIN, *Questions*, v^o Cause des obligations, § 1, n^o 2; MM. DELVINCOURT, t. 2, p. 687; TOULLIER, t. 6, n^o 126, et t. 11, n^o 62; CARRIER, *des Obligations*, n^o 66; DURANTON, t. 10, n^o 374; TROPONG, *du Louage*, t. 2, n^o 818; TAULIER, t. 4, p. 288; MM. LAROMBIÈRE, *Obligations*, t. 1, sur l'art. 1133, n^o 10; MASSÉ et VERGÉ SUR ZACHARIE, t. 4, § 623, p. 9., note 3; PONT, *des Petits contrats*, t. 1, n^o 663; BOZÉRIAN, *Rev. prat.*, 1858, t. 5, p. 20; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. 4, § 442 bis, notes 8 à 16, p. 741 et suiv. — Mais il faut citer, en sens contraire, MM. DUVERGIER, *Vente*, t. 1, n^o 207, et *Rev. étr. et fr.*, 1840, p. 582 et suiv.; MARCADÉ, sur l'art. 1133, n^o 2; PILETTE, *Rev. prat.*, t. 15, 1863, nos 441 et 467; COLMET DE SANTERRE, t. 5, n^o 49 bis, IV; DEMOLOMBE, *Contrats*, t. 1, n^o 382 et t. 4, n^o 43-44. Toutefois l'éminent doyen de la faculté de Caen annonce son opinion plutôt qu'il ne la développe dans les passages que nous venons de citer, et réserve la démonstration plus complète pour le moment où il traitera du paiement de l'indû¹. Il n'est pas inutile, en outre, de remarquer que l'arrêt de la chambre civile a été rendu contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Charrins.

» Quant à la jurisprudence, c'est évidemment à tort qu'on l'a quelquefois présentée comme excluant d'une manière constante et invariable la répétition au cas de turpitude commune des parties. Ce qui est vrai seulement, c'est que telle est bien la solution de la grande majorité des arrêts. — V. Paris, 18 novembre 1837 (SIREY, 1838, 2, 65;—*J. du Palais*, 1838, 1, 209), fonction publique non cessible; — Paris, 30 novembre 1839 (SIREY, 1840, 2, 121;—*J. du Palais*, 1840, 1, 41), maison de tolérance;— Cass. 17 mai 1841)

1. Dans une nouvelle édition de son tome 4, M. Demolombe cite à son tour les observations de M. E. Dubois.

(SIREY, 1841, 1, 627; — *J. du Palais*, 1841, 2, 349), entreprise de succès dramatiques; — Paris, 5 décembre 1849 (SIREY, 1850, 2, 661), négociation de promesse d'actions de chemin de fer; — Paris, 8 août 1853 (SIREY, 1853, 2, 499; — *J. du Palais*, 1853, 2, 144), entreprise de succès dramatiques; — Paris, 4 février 1854 (SIREY, 1854, 2, 148; — *J. du Palais*, 1854, 1, 200), société pour l'exploitation d'un office d'huissier; — Paris, 29 novembre 1858 (SIREY, 1859, 2, 81; — *J. du Palais*, 1859, 41), jeux de Bourse; — Cass. civ., 1^{er} août, et Cass. req., 2 août 1859 (SIREY, 1859, 1, 817. — *J. du Palais*, 1860, 2, 94), jeux de Bourse; Cass., 10 janvier 1865 (SIREY, 1865, 1, 110; — *J. du Palais*, 1865, 2, 50), société entre un huissier et un adjudicataire de créances; — Colmar, 28 janvier 1869 (SIREY, 1869, 2, 208; — *J. du Palais*, 1869, 8, 57) et Cass., 5 mars 1872 (SIREY, 1872, 134; — *J. du Palais*, 1872, 303), complicité de contrefaçon. — La répétition au contraire a été admise par les arrêts suivants: Paris, 23 avril 1814, fonction publique non cessible; — Limoges, 16 avril 1845 (SIREY, 1846, 2, 465; — *J. du Palais*, 1846, 2, 674), entraves à la liberté des enchères; — Paris, 14 mars 1849 (SIREY, 1850, 2, 316), négociation de promesse d'actions de chemin de fer; enfin et surtout Paris, 5^e chambre, 31 mars 1870. Ce dernier arrêt, sur une question toute semblable, posée de la même manière (sous forme de recours en garantie), entre les mêmes parties, à raison de la même opération, donne une solution opposée à celle de l'arrêt attaqué, rendu le 3 mars par une autre chambre (5^e) de la même cour (SIREY, 1874, 1, 241, *note*); *Add.* Toulouse, 21 juillet 1870, autorisant la répétition au profit des créanciers de celui qui a payé, alors même que la turpitude a été commune aux deux parties. (SIREY, 1873, 1, 217 et spécialement p. 218, 3^e col.; *J. du Palais*, 1873, 524.)

» Quel est donc ici le vrai principe? C'est, selon nous, celui qui est consacré par l'arrêt ci-dessus de la chambre civile.

» Si nous examinons en effet la valeur des arguments proposés pour soutenir la répétition, nous verrons qu'il n'en est aucun qui suffira à l'établir comme règle générale. Dans l'impossibilité de réfuter à cette place tous les arguments produits en faveur de la répétition, nous nous bornerons à ceux qui ont, ou paraissent avoir, le plus de force, et qui sont tirés: 1^o des textes législatifs; 2^o de l'intérêt social.

» Au point de vue des textes, on invoque, d'une part, les articles 1131 et 1133; d'autre part, les articles 1235, 1376 et suivants du code civil.

» D'après les articles 1131 et 1133, dit-on, une convention immorale ne peut avoir aucun effet. Or elle en aurait un si ce qui a été reçu en exécution de cette convention pouvait être conservé. Cet argument repose sur une confusion; car, si ce qui a été reçu est conservé, ce n'est en aucune façon par l'effet de la convention, laquelle n'engendre pas d'obligation, c'est uniquement parce que celui qui veut répéter, ayant besoin, pour justifier sa demande, d'alléguer en justice sa propre turpitude, ne doit pas être écouté. Les articles 1131 et 1133 ne sont donc pas violés.

» Une confusion non moins évidente vicie l'argumentation de ceux qui

ont dit : « Il n'est pas raisonnable de déclarer indigne d'intenter une action en répétition après paiement celui qu'on regarde comme digne d'invoquer devant la justice la nullité de son obligation lorsqu'elle n'est pas encore acquittée. » Car il n'est pas exact de dire que celui qui échappe à l'exécution forcée d'un engagement nul comme immoral y échappe parce qu'il est digne d'invoquer en justice cette nullité ; ce qui est vrai, c'est que le demandeur est indigne de réclamer en justice l'accomplissement de son obligation ».

L'argument est décisif. Mais comme il exige un certain effort de raisonnement pour que la portée juridique en ressorte bien nettement, et que, dans sa concision, il pourrait, aux yeux des contradicteurs, avoir quelque apparence d'un sophisme, l'auteur nous permettra de le développer : quelques mots y suffiront.

Pour répéter l'indu, tout demandeur en restitution est obligé de justifier le titre sur lequel il fonde sa réclamation, le fait juridique qui liera la conscience du juge. Sa position au débat est indistinctement la même que celle à laquelle ne peut échapper le bénéficiaire, lorsqu'il actionne le souscripteur en paiement. Ils sont l'un et l'autre demandeurs : ils ont à prouver. Or, pour prouver qu'il a payé indûment, le débiteur n'a pas seulement à prouver le fait du paiement, mais il faut précisément qu'il prouve qu'il ne devait pas, qu'il n'aurait pas dû payer, c'est-à-dire qu'il excipe de la convention illicite, qu'il la présente comme un acte devant obtenir la protection, la sanction des tribunaux, en un mot comme devant *produire effet*, et qui effectivement obtiendrait cette force, si sa demande était déclarée recevable. Or il est indigne d'intenter son action en restitution parce que le fondement en est honteux, tout comme le bénéficiaire est indigne d'intenter son action en paiement, par le même motif.

Il en est tout autrement lorsque les rôles sont intervertis ; il ne s'agit plus de savoir si le souscripteur qui résiste à l'action en paiement, si le bénéficiaire qui résiste à l'action en répétition sont dignes ou indignes d'invoquer la convention illicite et d'être écoutés par le tribunal. Il n'y a pas à apprécier la part plus ou moins blâmable qu'ils ont prise à l'acte honteux ; ils se défendent. S'ils doivent réussir dans leur exception, ce n'est pas parce qu'ils sont plus favorables que le demandeur, c'est parce que celui-ci est indigne, et cela suffit. Celui qui doit 200 fr., mais contre lequel le créancier n'a pas de titre, peut nier sa dette : c'est un malhonnête homme ; mais si le juge rejette la demande formée contre lui, ce n'est pas parce que la loi le protège, mais parce que le créancier a désobéi à la loi (art. 1341 c. civ.).

68. — « Passons, continue l'arrêtiste que nous citons, aux articles relatifs au paiement de l'indu, articles 1235, 1376 et suivants. Ces articles, dit-on, établissent et développent le principe que « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition », ils ne font pas d'exception pour le cas où il y aurait turpitude de la part de celui qui a payé, ce cas ne doit donc pas être excepté. — L'argument a plus de force que les précédents ; toutefois il ne

nous convainc pas. Il consiste en effet à conclure de ce que les rédacteurs du code n'ont pas écrit de disposition formelle sur la question qui nous occupe, qu'ils ont voulu s'écarter, sur cette question, de la solution admise par le droit romain et par Pothier. Mais rien ne prouve que telle ait été leur intention. Il ressort au contraire des travaux préparatoires du code, assez maigres en cette matière, qu'en rédigeant les articles 1235, 1376 à 1381, ils avaient en vue uniquement cette action en répétition de l'indû que les Romains et Pothier appelaient *condictio indebiti* proprement dite. Mais, à côté de cette action en répétition, les Romains et Pothier en reconnaissaient d'autres, la *condictio sine causâ*, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, avec leurs règles spéciales appropriées à la différence des situations. Cette distinction entre les actions en répétition n'était pas arbitraire, mais bien fondée, comme nous venons de le dire, sur la diversité des situations, c'est-à-dire sur la nature même des choses. Aussi croyons-nous que cette distinction doit encore être faite aujourd'hui, sous l'empire du code, et que le silence gardé par ses rédacteurs ne suffit pas à la faire rejeter, lorsqu'elle a pour elle l'autorité de tels précédents et de la raison, et qu'elle n'a d'ailleurs rien de contraire à l'esprit général du droit moderne.

» En résumé notre réponse à l'argument tiré des articles 1235 et 1376-1381, revient à dire que ces articles sont faits pour une situation autre que celle qui nous occupe. Fondé sur cela seul que ces articles n'excluent pas expressément la répétition au cas de turpitude commune, l'argument que nous combattons n'a pas plus de force que celui qui consisterait à dire que Pothier lui-même admettait en pareil cas la répétition, sous prétexte qu'il ne l'exclue pas dans son traité spécial *De l'action condictio indebiti*, placé la suite de son traité *Du prêt de consommation*. »

Il y a, à notre avis, un argument plus décisif à faire valoir contre la répétition, et l'auteur nous paraît avoir affaibli sa démonstration en isolant les articles 1335 et 1376 de l'article 1131. Celui-ci domine la matière et les autres doivent, dans l'application, s'y subordonner. Nous l'avons fait pressentir au numéro précédent, nous allons achever de le prouver.

Le bénéficiaire d'un engagement illicite qui résiste à l'action en restitution, est, avons-nous dit, placé sur le même terrain juridique que le souscripteur qui résiste à l'action en paiement; l'un et l'autre repoussent l'acte illicite; ils luttent tous deux pour le faire écarter du débat, pour empêcher qu'il produise aucun effet juridique, et il est clair comme le jour qu'il produirait effet, s'il pouvait servir de fondement, dans le premier cas à une condamnation en paiement, dans le second cas à un jugement ordonnant la restitution.

Si donc l'action en répétition ne peut subvenir au souscripteur de l'engagement illicite qui a payé, c'est bien moins parce qu'il serait indigne, que parce qu'il lui est impossible de prouver que le quasi-contrat de l'art. 1376 s'est formé entre le bénéficiaire et lui. Il pourra bien prouver le paiement; il lui suffit pour cela de produire l'engagement acquitté; mais ce n'est pas là l'essentiel dans le cas de l'article 1376 : il lui restera à prouver qu'il ne

devait pas. Ce n'est que lorsque cette preuve est faite que le débiteur apparent peut s'armer de l'article 1376, et réclamer l'exécution du quasi-contrat de restitution de l'indû. Or il ne pourra pas arriver jusque là, parce qu'avant il sera arrêté par une exception insurmontable, celle de turpitude. Il succombera fatalement dans son action en répétition, faute de pouvoir la justifier.

C'est donc par une véritable pétition de principe que l'on a admis la répétition, en se fondant, comme l'a fait notamment la cour de Paris, sur ce que « en présentant sa demande en garantie, le demandeur agit, non pas en vertu de l'obligation qui est radicalement nulle, mais en vertu de l'action tendant à la répétition de l'indu qui lui appartient évidemment, puisqu'il a payé ce que nulle obligation valable ne le contraignait à payer. » (Paris, 31 mai 1870; SIREY, 1874, 1, 241, en note.)

Les mêmes motifs avaient déjà été indiqués dans un arrêt de Limoges du 16 avril 1845 (SIREY, 1846, 2, 465.) « Attendu qu'un pacte fondé sur la perpétration d'un délit, est frappé d'une nullité viscérale et intrinsèque, qui ne lui a laissé aucun moment d'existence, et que, par conséquent il n'a pas été susceptible d'exécution et n'a pu produire, dans aucune hypothèse ni droit ni obligation naturelle; — Que ce pacte ainsi mis à l'écart, que reste-t-il? Un fait isolé, le paiement d'une somme qui n'était pas due, et qu'on ne pouvait réclamer à aucun titre; paiement dès lors, qui, ne pouvant conférer aucun droit, donne ouverture à l'action *condictio indebiti*, et rend applicables les articles 1235 et 1376. »

Pour raisonner comme ils le font, les deux arrêts partent implicitement du point que c'est au créancier qui a reçu à prouver que le paiement était valable. Mais celui-ci n'a rien à prouver; il possède, il a déjà un titre suffisant; mais bien plus, il possède par le fait même du débiteur; il y a là en sa faveur une présomption de droit qu'il possède légitimement; au débiteur qui s'est volontairement libéré à détruire cette présomption.

Aussi la cour de Paris, dont la cour de Cassation a consacré la doctrine dans l'arrêt cité plus haut, a réfuté ce sophisme quand elle dit dans son arrêt du 3 mars 1870 (SIREY, 1874, 1, 243) : « Considérant qu'aux termes des articles 1131 et suivants du code civil, toute convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs ne peut avoir aucun effet; qu'en conséquence aucune action utile ne peut se fonder sur un contrat entaché de ce vice radical et absolu. » Comme l'avait fait précédemment la même cour (8 avril 1853 (SIREY, 1853, 2, 502) dans les motifs suivants : « Considérant qu'une convention illicite ne peut produire aucun effet; — Que la loi ne permettant point aux parties qui ont fait, en connaissance de cause, des stipulations contraires à la morale et à l'ordre public, d'alléguer leur turpitude devant les tribunaux, la justice ne peut être saisie des débats qui dérivent de l'exécution ou de la résolution des stipulations de ce genre; — Que si des sommes ont été payées, elles demeurent la propriété du possesseur, quelque honteux que soit un pareil lucre. »

Ainsi la justice ne veut pas, ne doit même pas savoir si des sommes ont

été payées ; l'aveu même de la partie serait inopérant ; il ne peut y avoir là qu'une obligation naturelle, un lien de conscience.

69. — Passant à la deuxième partie de son argumentation, M. Dubois dit :
« 2° Au point de vue de l'intérêt social, on a dit que la société est seule intéressée à ce que celui qui stipule le salaire d'un acte illicite soit bien convaincu qu'il ne possédera jamais ce salaire en toute sécurité. — Cette considération est très-grave ; s'il était démontré qu'en effet l'intérêt public exige que la répétition soit possible, nous n'hésiterions pas à l'admettre malgré la majorité des arrêts et celle des auteurs. Mais ce point n'est nullement établi. Autant il est vrai que dans l'intérêt de la société il convient que la sécurité manque à ceux qui prennent part à des conventions illicites et immorales, autant il l'est peu qu'il faille en conséquence admettre la répétition comme règle générale dans les cas de turpitude commune des parties. En l'excluant, au contraire, et en refusant à chacun de ceux qui ont participé à de pareilles conventions tout accès aux tribunaux à l'effet d'obtenir quoique ce soit, exécution ou répétition, ne les livre-t-on pas entièrement à la discrétion l'un de l'autre ? Dès lors la sécurité ne leur fait-elle pas défaut ? Il y a plus, la doctrine que nous combattons va contre son but, car il en résulte, dans une certaine mesure, quelque sécurité pour celui qui prétend exercer la répétition. »

Nous n'ajouterons rien à ces considérations morales, que nous avons déjà fait valoir au début de ce chapitre.

70. — Mais peut-être s'en emparera-t-on pour critiquer l'exception que nous avons admise pour le cas où le souscripteur se fonde uniquement sur la fausseté de la cause, tout en se gardant d'exciper du pacte illicite ?

Comment, dira-t-on peut-être, d'après votre théorie, il est moralement certain que le souscripteur et le bénéficiaire d'un billet de complaisance ont concouru à un acte réprouvé à la fois par la morale et par la loi, et cependant il suffira à l'une des parties de prouver uniquement que le billet a une fausse cause, en dissimulant la véritable, pour lui permettre de répéter l'indu ! Il y a là quelque chose de choquant, puisque c'est implicitement faire admettre cet acte comme fondement de l'action.

Il serait bien plus choquant encore de permettre au bénéficiaire de repousser l'action en répétition en se fondant sur sa turpitude, et de s'enrichir aux dépens du souscripteur, qui est peut-être plus coupable de légèreté que de mauvaise foi, qui n'avait aucun profit à recueillir de l'acte, et qui a été contraint de payer au tiers porteur une dette qui n'est en définitive que celle du bénéficiaire apparent.

Nous ferons en outre remarquer que la théorie que nous avons émise et que l'on essaierait de rétorquer contre nous, présente surtout de l'intérêt pour les tiers que la convention dont s'agit pourrait léser ; mais qu'entre les deux complices de l'acte immoral ou illicite, la règle *nemo auditur*

doit être appliquée toutes les fois que l'intérêt de la société ne se trouvera pas en cause.

71. — Nous examinerons, au chapitre V, si le souscripteur qui a payé peut se faire admettre à la faillite du bénéficiaire.

72. — Mais il est certain qu'alors même qu'il peut faire annuler son engagement pour fausse cause, le souscripteur n'a aucune action en réparation du dommage qu'il a pu éprouver à l'occasion des poursuites dirigées contre lui par le tiers porteur ou de toute autre manière; car c'est la conséquence directe de son imprudence. C'est ce qui a été décidé même par les arrêts qui admettent la répétition de l'indu. (Paris, 13 novembre 1848; — Trib. de com. de la Seine, 19 mars 1856, ap. *J. des tribunaux de commerce*, t. 5, p. 290.)

§ 2. De la lettre de change. — Effets entre le tireur et l'accepteur.

73. — Nous avons annoncé (n° 46), que les conséquences de la lettre de change de complaisance se produisant entre le tireur et le preneur, l'étude en serait mieux placée au chapitre suivant. Le tiré, quand il a accepté, se trouve dans une situation de fait indentique à celle du souscripteur du billet à ordre, en ce sens que, comme lui, il n'a rien reçu du bénéficiaire apparent; il n'est, en réalité, et ne sera jamais son débiteur. Mais sa position juridique vis-à-vis de lui est de tout point différente et beaucoup plus avantageuse.

Cette différence est une conséquence de la théorie de la provision.

L'acceptation, par le tiré, de la lettre de change l'oblige bien envers les endosseurs, mais c'est autant parce qu'il est supposé avoir provision, que parce qu'ayant accepté le mandat de payer, il est lié par là envers les tiers porteurs, et ne peut, à leur encontre, prouver qu'il ne l'a pas reçue. Tel est le sens de l'article 117 du code commerce : « L'acceptation suppose la provision; elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs. »

A l'égard du tireur, cette acceptation n'a pas la même signification. C'est au tireur qu'incombe l'obligation de fournir la provision à l'échéance, ou au moins de s'arranger de façon que le tiré, qui le représente, exécute son mandat. Bien loin que l'acceptation par le tiré fasse présumer la provision, elle forme au contraire un titre en sa faveur, pour réclamer au tireur le remboursement de la lettre de change. Cela se comprend, puisque le tiré n'est que le mandataire du tireur. Or tout mandataire a droit à se faire rembourser de ses avances. (Articles 1999 et suivants du code civil.)

Sans doute, ordinairement, le tiré est en même temps débiteur du tireur, soit par suite d'une vente, soit d'un prêt, d'un dépôt, d'une consignation de marchandise, d'une commission, et ce sera l'existence de ce contrat qui aura motivé son acceptation. Mais, s'il paie la lettre de change, ce n'est pas parce qu'il doit, ce n'est pas parce qu'il a changé de créancier et que la

dette que celui-ci avait contre lui a été cédée au porteur; c'est parce qu'il a reçu mandat du tireur de le faire à la personne que celui-ci lui indique et qui est le porteur. C'est un paiement pour compte qui produit l'extinction de la dette par compensation, dans les mêmes conditions que s'il était devenu de son côté créancier du tireur pour quelque autre cause.

C'est donc au tireur à faire la preuve contre le tiré que ce dernier avait provision. Jusque-là il sera réputé le débiteur du tiré en vertu des articles 1999 et suivants du code civil.

Quelle conséquence en déduire, dans le cas où la lettre de change n'est qu'un effet de complaisance? C'est que d'abord le tiré qui actionne en paiement le tireur agit comme créancier et non comme exerçant la répétition de l'indu. En second lieu, c'est qu'il n'aura rien à prouver. Or comme il sera impossible au tireur de justifier qu'il a fourni la provision, le tiré sera toujours recevable dans son action contre lui, sans qu'il puisse être question de cause illicite ou immorale quant au paiement qu'il a fait, parce que ce paiement dans les conditions de droit commun, n'implique que l'accomplissement d'un mandat exclusif de toute intention illicite de la part du tiré; qu'il ne peut faire supposer aucune convention immorale entre le tireur et lui, de la nature de celle que le billet à ordre de complaisance fait supposer entre le souscripteur et le bénéficiaire. Un tel pacte n'est présumable qu'entre le tireur et le preneur, c'est pourquoi nous en déterminerons les conséquences au chapitre suivant.

Mais la position du tiré sera plus délicate s'il a accepté la lettre de change, surtout s'il se trouve en présence de tiers comme les créanciers de la faillite du tireur. (V. *infra*, au chap. V.)

Que si le tireur voulait exciper d'un concert frauduleux entre l'accepteur et lui pour faire rejeter son action en remboursement de la lettre de change acquittée, son exception serait repoussée par application de la maxime *nemo auditur* et de l'article 1132 du code civil.

Quant aux effets à l'égard des tiers, créanciers du tireur et autres, c'est tout différent. Nous les examinerons plus loin et nous verrons si ceux-ci pourront être admis à prouver que l'acceptation n'est que l'exécution d'un concert dolosif à leur égard et d'un pacte illicite pour faire fraude à loi, dans les dispositions de l'article 585 du code de commerce.

CHAPITRE QUATRIÈME

EFFETS A L'ÉGARD DES TIERS PORTEURS.

SOMMAIRE

74. — Division.

§ 1^{er}. *Tiers porteur de bonne foi.*

75. — La nullité est-elle opposable au porteur de bonne foi ? Opinion de MM. Massé et R. Rousseau. Jurisprudence.
76. — Position exacte du problème. Examen des opinions précitées.
77. — Considérations morales et économiques.
78. — Pourquoi la nullité radicale ne serait-elle pas opposable en droit au porteur de bonne foi ? L'opinion des auteurs précités et la jurisprudence ne paraissent pas s'appliquer à la nullité des effets de complaisance.
79. — Opinion de M. Demolombe.
80. — La *clause d'ordre* est-elle un obstacle à la nullité radicale ?
81. — La théorie affirmative confond la forme avec le fond et s'appuie sur des idées contradictoires.
82. — Subtilité de cette théorie : elle se comprend pour le billet de Banque ; mais le titre à ordre est tout différent.
83. — Les articles 136, 137 et 164 du code de commerce qu'elle invoque repoussent l'idée fondamentale de cette théorie. Le principe de la garantie et de la solidarité des endosseurs y est contraire.
84. — La *clause d'ordre* ne produit pas, au fond, d'effets qui soient spéciaux à la cession des créances commerciales.
85. — D'après le système de la loi, elle opère une renonciation anticipée, par le débiteur cédé, à se prévaloir des exceptions de libération et autres. Comparaison de ses effets avec ceux de l'acceptation du transport de cession ordinaire et ceux du jugement de validité de saisie-arrêt.
86. — Mais les uns et les autres ne renoncent pas aux exceptions inhérentes à l'existence même de l'obligation, telle que la nullité produite par le vice de la cause.

87. — Le dol du souscripteur ne peut pas avoir pour effet de rendre valable une obligation nulle et de se substituer comme cause de cette obligation à la cause illicite ou immorale.
88. — Le dol substitue une obligation née de la loi à l'obligation conventionnelle.
89. — La prestation du prix de la cession par le porteur au cédant n'est pas la cause de l'obligation du souscripteur.
90. — Objection tirée de ce que l'obligation du souscripteur ne peut être considérée que comme un cautionnement. Réfutation.
91. — L'hypothèque attachée à l'obligation nulle ne peut pas produire effet, et les autres créanciers peuvent se prévaloir de la nullité de l'obligation.
92. — Examen de la jurisprudence. Division des arrêts en deux catégories : Arrêts où l'exception n'a pour objet qu'une nullité relative.
93. — Arrêts ayant de l'analogie avec le sujet : les uns décident par d'autres moyens que celui tiré de l'art. 1131 c. c.; les autres en discutent l'applicabilité, mais sans fournir d'argument direct.
94. — Conclusion à tirer de l'état de la jurisprudence.
95. — La vente de la chose d'autrui présente un exemple de nullité opposable au tiers de bonne foi.
96. — Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 16 juillet 1876 dans le sens de cette solution.
97. — Conclusion.
98. — Le système contraire ruinerait celui qui reconnaît la nullité absolue à l'encontre du porteur de mauvaise foi. Transition.

§ 2. *Tiers porteur de mauvaise foi.*

99. — Théorie de la 3^{me} signature dans les rapports d'escompte avec la Banque de France.
100. — Caractères en fait et en droit de l'acte qu'accomplit le cessionnaire d'un effet de complaisance qui le met en circulation.
101. — L'appréciation de la mauvaise foi dépend de circonstances qui peuvent être établies par toutes voies de droit.
102. — Le porteur de mauvaise foi n'a pas d'action contre le débiteur.
103. — Le tireur n'a pas non plus d'action contre l'accepteur.
104. — Le porteur de mauvaise foi n'a pas d'action contre son cédant.
105. — Cependant il a payé le prix de la cession.
106. — Les parties ont voulu faire un prêt pur et simple; mais cet acte était immoral et illicite à cause du but qu'elles se proposaient et de ses circonstances accessoires.
107. — Le porteur n'a aucun moyen d'échapper à la rigueur de cette règle, pas même l'action *de in rem verso*.
108. — Aucune considération de fait ne doit porter le juge à se départir d'une inflexibilité salutaire.
109. — Les *banques coopératives de crédit* sont la preuve des abus auxquels a conduit la tolérance.
110. — La justice répressive a dû, à son tour, intervenir.
111. — L'acte de l'escompteur de mauvaise foi ne diffère pas de celui des *banques coopératives*.
112. — L'effet de complaisance peut-il avoir la valeur d'un cautionnement de la part du débiteur apparent? Arrêt de Bordeaux du 16 février 1868.
113. — L'endosseur de mauvaise foi doit subir l'action en résolution du cessionnaire induit en erreur. Il en est de même de l'endosseur de bonne foi.

74. — Pour apprécier les effets du billet de complaisance à l'égard du

tiers-porteur, il est essentiel de distinguer s'il est de bonne foi ou de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il ignore le vice de l'effet passé à son ordre ou si au contraire il en a connaissance au moment où il le reçoit.

§ 1^{er}. *Tiers porteur de bonne foi.*

75. — On est universellement d'accord aujourd'hui, et ce n'a d'ailleurs jamais fait l'objet de doutes bien sérieux¹, que *la souscription d'un effet de complaisance crée un engagement qui lie le souscripteur envers le tiers-porteur de bonne foi comme si l'effet de complaisance était sérieux et valable*. Mais quelle est la raison juridique de le décider ainsi? C'est un point assez délicat, qui, du reste, hâtons-nous de le dire, a surtout un intérêt doctrinal, puisque, quelle que soit la raison de droit — ou même de fait — par laquelle on se détermine, le résultat pratique est dans tous les cas à peu près le même.

Voici comment M. ROUSSEAU la développe dans la brochure que nous avons déjà citée (pages 25 et suivantes) :

« C'est-là une conséquence immédiate du principe fondamental en matière de lettres de change et de billets à ordre, à savoir que le débiteur ne peut opposer au tiers porteur de bonne foi aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant personnellement. Le souscripteur, le titre étant créé payable au preneur ou *à son ordre*, devient par le fait de l'endossement, débiteur direct de l'endosseur; ce dernier n'est pas un simple ayant cause du cédant, mais le créancier conditionnel envers lequel le souscripteur s'est engagé.

» Ce principe a été admirablement développé par M. MASSÉ dans son *Traité du droit commercial dans ses rapports avec le droit civil* (t. 4, n° 95)² :
« Le porteur, dit M. Massé, se trouve le créancier direct du débiteur, et on
» ne doit avoir nul égard à la position des porteurs intermédiaires, desquels
» il fait entièrement abstraction. Ce principe, fécond en conséquences, et qui
» domine toute la matière si compliquée des effets de commerce et de leur
» transmission, ne se trouve formulée d'une manière expresse dans aucun
» article de nos codes; mais il résulte de la nature même des choses, et
» de la clause *à ordre*, qui est de l'essence de tous les titres susceptibles de
» transmission par voie d'endossement. Le débiteur qui s'oblige en cette
» forme, accepte d'avance pour créanciers non seulement le preneur de
» l'effet, mais encore tous ceux que des endossements postérieurs et suc-
» cessifs en rendront propriétaires. A la différence de celui qui, en souscri-
» vant une obligation ordinaire susceptible de cession, ne s'engage que
» vis-à-vis de l'autre partie, et qui, après cession ou transport du titre dans
» les formes autorisées par le droit commun, n'est engagé envers le ces-

1. V. toutefois DALLOZ, *Répertoire*; v° *Effets de commerce*, n° 141.

2. L'extrait de M. Massé que donne M. Rousseau, est emprunté à SIREY-DEVILLE-NEUVE, 1847, 1, 209. Depuis a paru une nouvelle édition du *Traité de droit commercial*, que nous n'avons pas pu consulter.

» sionnaire, que pourvu que le cessionnaire représente le cédant, le sous-
» cripteur d'une obligation à ordre s'engage, directement et sans intermé-
» diaire, vis-à-vis de tous les tiers porteurs, qui, sous ce rapport, ne se
» représentent pas les uns les autres, mais sont tous créanciers de leur
» propre chef. C'est-là un principe professé par tous les anciens cambistes
» depuis que l'usage de l'ordre et de l'endossement s'est introduit dans le
» commencement du dix-huitième siècle. CASARÉGIS n'est que l'écho de tous
» ses contemporains et de tous ses prédécesseurs, lorsqu'il dit, dans son
» style dont la négligence n'exclut pas l'énergie : *exceptio quæ obstat cedenti*
» *vel giranti, non obstat cessionario vel giratorio ex causâ onerosâ.* (Disc. 148,
» page 19.) Et la loi commerciale admettant certaines obligations à ordre,
» a implicitement, mais nécessairement, admis toutes les conséquences qui
» tiennent à la nature de ces obligations et à leur essence, et, par suite, le
» principe sans lequel la transmission par voie d'ordre ou d'endossement
» ne présenterait plus les avantages qui en ont introduit l'usage dans la
» pratique commerciale. L'endossement des effets à ordre n'est qu'un
» moyen de circulation et de crédit, et personne ne voudrait recevoir des
» effets de cette nature, si le porteur devait rester exposé à des exceptions
» qui ne lui sont pas personnelles, et pouvait être repoussé au moment
» de l'échéance par des moyens de nullité que la teneur du titre ne lui
» aurait pas révélés. »

» Le porteur, dit aussi M. Nougner, n'est pas aux lieu et place de son
» cédant; il n'est pas exposé aux exceptions dont celui-ci serait passible,
» par une fiction légale, il est présumé avoir traité directement avec chacun
» des signataires, et il a contre eux une action *sui juris*. Celui qui sous-
» crit un effet négociable, ou celui qui l'endosse crée en quelque sorte une
» monnaie de convention qu'il s'engage à rembourser en espèces entre les
» mains du porteur.

» La même doctrine a été consacrée par la cour de cassation dans les termes
les plus formels. Voici ce que dit en effet un arrêt du 18 mars 1850 (SIREY,
50, 1, 254) : « Attendu que le débiteur qui s'engage par un titre payable à
» ordre accepte d'avance pour créancier non seulement le bénéficiaire ou
» preneur du billet, mais encore tous ceux qui en deviendraient propriétaires
» par des endossements successifs; qu'à la différence du cessionnaire
» d'une créance ordinaire, auquel le code civil accorde contre le débiteur
» autant de droit seulement qu'en avait le cédant qu'il représente, le por-
» teur de l'endossement a pour débiteur direct le souscripteur sans inter-
» médiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs, qui ne se représentent
» pas les uns les autres, mais dont chacun a été de son propre chef créan-
» cier du souscripteur.

» Que sans ce principe qui résulte des articles 136, 137 et 164 du code
» de commerce, la transmission par voie d'ordre ou d'endossement ne pro-
» duirait pas la circulation facile en vue de laquelle elle a été admise dans
» le commerce, circulation rapide dont chacun des mouvements accroît le
» crédit du billet par la garantie qu'apporte la signature de chaque endos-

» seur nouveau, et sans que, par une exception tirée de faits personnels
» aux endosseurs et au souscripteur, le paiement puisse être refusé, le
» jour de l'échéance, au porteur. »

» Tous ces développements, continue M. Rousseau, nous amènent donc à conclure que le souscripteur d'un effet à ordre ne peut opposer au tiers porteur de bonne foi l'exception du défaut de cause, parce que cette exception ne provient pas de son fait et ne lui est pas personnelle.

» La jurisprudence ¹ s'est entièrement rangée à cette doctrine qui est, il faut le dire, la seule morale, la seule aussi qui protège véritablement les intérêts commerciaux. Que la nullité des effets frappe le souscripteur ou le bénéficiaire auteur de la fraude, rien de plus naturel, rien de plus équitable ; mais faire peser de semblables conséquences sur des tiers qui n'ont pu prévoir cette nullité, qui n'ont pu ni la prévenir ni la vérifier, ce serait donner une prime à la mauvaise foi. Autant vaudrait effacer immédiatement de nos lois le titre de la lettre de change et fermer sans aucun retard tous les établissements d'escompte. — Quel banquier, en effet, consentirait à négocier des valeurs, si plus tard on pouvait faire annuler à son égard, sous prétexte qu'il n'est que fictif, le titre en échange duquel il donne son argent ?

» Avec la loi, avec la raison, avec la justice, et aussi au nom de la sécurité, qui doit présider à toutes les opérations commerciales, disons donc que l'effet sans cause, l'effet de complaisance est radicalement nul dans les rapports du souscripteur avec le bénéficiaire, mais qu'il ne sera pas permis d'invoquer cette nullité pour paralyser les droits du tiers porteur de bonne foi. »

76. — Si le souscripteur n'excipe pas de la nullité de l'effet et l'acquiesce, pas de difficulté. Mais s'il excipe de la nullité, nous sommes bien d'accord avec l'auteur que nous venons de citer et avec les autorités qu'il invoque, quant au résultat pratique auquel ils arrivent en ce que leur solution sauvegarde les intérêts du tiers porteur de bonne foi ; mais nous avons bien des scrupules par rapport aux raisons juridiques qui les y conduisent et, à la formule de leur conclusion *qu'il n'est pas permis d'invoquer la nullité de l'effet pour annuler les droits du tiers porteur de bonne foi*, nous préférons celle-ci : *le porteur de bonne foi ne doit souffrir aucun dommage de la nullité de l'effet de complaisance.*

Le résultat pratique est assurément le même. Cependant les raisons de droit nous semblent de tout point différentes des nôtres, et elles peuvent

1. Cass., 28 janv. 1819.— Bourges, 6 août 1825 (SIREY, 27, 2, 504); — Cass., 2 mai 1836 (SIREY, 36, 1, 475; — Paris, 6 févr. 1830 (SIREY, 30, 2, 370); — Cass., 15 mai 1839 (DALLOZ, v^o *Eff. de comm.*, n^o 101); — Cass., 3 févr. 1847 (SIREY, 47, 1, 210); — Paris, 31 mai 1870 (*J. le Droit*, 22 juin 1870).

Aux auteurs cités plus haut par M. Rousseau, *Add. BÉDARRIDE, Lettres de change*, t. 1^{er}, n^o 128; — DALLOZ, v^o *Eff. de comm.*, n^{os} 141 et suiv.

Nous examinerons plus loin (n^{os} 92 et suiv.) si la jurisprudence invoquée ici tranche la question d'une façon aussi précise dans le sens de la doctrine ci-dessus.

conduire à des déductions aux conséquences desquelles il serait difficile de souscrire.

Pour M. Rousseau, la nullité de l'effet de complaisance n'existe pas à l'encontre du tiers porteur de bonne foi. Nous pensons au contraire qu'il serait plus juridique de décider que l'obligation qu'il constate est nulle à l'égard de tous, mais que le souscripteur n'en restera pas moins débiteur : délié de l'engagement résultant de l'effet souscrit, il reste lié par l'engagement résultant de son fait dolosif ou de sa faute.

Le système opposé se fonde sur des considérations morales et économiques et sur des raisons de droit. Les unes et les autres nous paraissent avoir cet inconvénient qu'elles pourraient également bien fournir des armes au tiers porteur de mauvaise foi. C'est pourquoi nous inclinons à penser qu'il faut user des premières avec beaucoup de circonspection, et écarter complètement les secondes.

77. — Quant aux considérations morales et économiques, elles sont excellentes en thèse générale. Nous sommes profondément convaincus que l'intérêt de la morale et du crédit exigent que le tiers porteur de bonne foi ne soit pas exposé à perdre son argent parce que le titre dont il est propriétaire se trouve nul, et que l'on ne peut pas faire peser sur lui les conséquences de cette nullité. Mais est-ce bien de cela qu'il s'agit? N'est-ce pas-là une vérité qui se passe de toute démonstration? — Pour nous le point est uniquement de savoir si le tiers porteur de bonne foi a une action contre le souscripteur, nonobstant la nullité de l'effet dont il est propriétaire; et ensuite de définir la nature de cette action.

Est-il absolument exact de dire que le tiers porteur est sans moyen de se prémunir contre la fraude dont il est l'objet? Ce serait faire injure à la perspicacité et à la prudence des tiers porteurs, c'est-à-dire à celles des banquiers qui, en matière de billets de complaisance, sont à peu près les seuls que la question intéresse. Il est bien rare, en fait, quand un client escompte un effet de complaisance qu'ils ne s'en aperçoivent pas; c'est au moins l'avis d'un auteur qui n'est pas suspect de leur être défavorable. Il en donne des raisons péremptoires. (COURCELLE-SENEUIL, *Traité des opérations de banque*, 6^e édition, pages 99, 431 et 437.) Si donc ils acceptent des valeurs de ce genre c'est qu'ils ont confiance en celui qui les leur remet, à qui souvent ils ont ouvert un compte. Ils savent alors que c'est un emprunt déguisé, et non une cession de créance, qui leur est proposé. — Nous nous sommes déjà expliqué sur les caractères d'un pareil contrat (*sup.*, n^{os} 38 et s.). — Avec tout autre ils ne se dessaisissent de leurs fonds qu'après une véritable enquête sur les causes de la créance cédée et sur la valeur des signatures qui l'établissent et la garantissent. (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.*) C'est-là le côté pratique de la question; traitons-la donc, à ce point de vue, pratiquement, et écartons des considérations générales, très-justes en soi, mais qui, étant donné le sujet, sont de sentiment ¹.

1. Notons en passant, sauf à y revenir plus tard, que le refus de suivre, sous pré-

78. — En droit, le billet de complaisance est frappé d'une nullité radicale, on est d'accord sur ce point. — Pourquoi donc cette nullité cesserait-elle d'exister au profit du tiers porteur de bonne foi ?

Si l'effet de complaisance reste valable à son égard, c'est, dit-on, parce qu'en vertu d'un principe fondamental en matière de lettres de change et de billets à ordre, ce débiteur ne peut opposer au tiers porteur de bonne foi aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant personnellement. — Ne serait-ce pas-là donner la solution de la question par la question elle-même, en faisant intervenir un principe qui n'est autre chose que la proposition elle-même qu'il s'agit de démontrer, présentée sous une autre forme. Ce principe ne se trouve, on le reconnaît, « formulé d'une manière expresse dans aucun article de nos codes, mais il résulte de la nature même des choses et de la clause *à ordre*, qui est de l'essence de tous les titres susceptibles de transmission par voie d'endossement. »

Nous le voulons admettre, mais pour tous les cas où l'engagement n'est pas affecté d'un vice radical, et c'est ainsi que l'entendait M. Massé. Il avait en vue les exceptions que le souscripteur pourrait avoir à opposer, et il décide que ces exceptions étant personnelles au cédant ne peuvent atteindre le tiers porteur qui y est étranger. Ne raisonne-t-il pas dans l'hypothèse où, l'effet de commerce étant d'ailleurs régulier et valable, le souscripteur aurait à opposer des exceptions, telles que celles de paiement, de compensation, de remise de la dette, de novation, même de dol, toutes personnelles à l'endosseur. C'est généralement dans des espèces de ce genre que sont intervenus les arrêts cités à l'appui de cette doctrine. On pourrait en dire autant des exceptions personnelles au souscripteur, fondées sur son incapacité, son erreur, en un mot, des causes d'annulation ou de rescision de son obligation. Il en serait encore ainsi des vices de forme, où l'irrégularité de l'effet n'atteint pas l'engagement dans son essence même, mais lui fait perdre sa nature d'effet de commerce pour le réduire à n'être qu'une simple promesse. Encore, même dans ce cas, faudrait-il distinguer, et le savant auteur semble bien être d'avis que lorsque l'exception n'est plus personnelle, mais résulte d'un vice du titre lui-même, si le tiers porteur a pu découvrir ce vice, il serait passible des exceptions du souscripteur : telle paraît bien être sa pensée quand il dit que le tiers porteur ne peut être repoussé à l'échéance par des moyens de nullité *que la teneur du titre ne lui aurait pas révélés*.

Il nous semble donc qu'il est difficile d'invoquer ici l'autorité d'écrivains et d'arrêts qui n'ont jamais eu à se préoccuper des espèces que fait naître le trafic des effets de complaisance. Ce sont des cas qu'ils n'ont pas prévus, pas plus qu'ils n'ont envisagé le caractère de ces effets et la nature des

vention d'escroquerie, opposé presque constamment par les parquets aux plaintes que leur adressent les banquiers, se fonde précisément sur ce qu'ils n'admettent pas que ceux-ci ne se soient pas aperçus de la fraude, qu'ils les considèrent comme ayant suivi la foi de l'endosseur, en pleine connaissance de cause, et que dès lors la manœuvre constitutive du délit d'escroquerie fait, suivant eux, défaut.

vices qui les atteignent. En un mot la question est toute neuve et n'a jamais été étudiée à fond : notre sujet nous invite, nous oblige même à le faire.

La matière des cessions de créances par endossement est elle-même une de celles qui ont été le moins étudiées ; on a été, à cete occasion, d'un extrême à l'autre. Les uns ont soutenu que les droits incorporels ne comportaient pas de vente ni de cession ; que le bénéficiaire n'était cédant qu'en apparence ; qu'il restait toujours propriétaire de la créance ; que le cessionnaire n'était que son mandataire, un *procurator in rem suam*. (V. ap. *Rev. prat. de dr. fr.*, t. XIV, p. 398, t. XV, p. 97 et 303, et t. XVI, p. 18, une intéressante controverse entre MM. Héan et Mourlon.) D'autres ont enseigné que par l'effet de la clause à ordre les intermédiaires disparaissent pour ne laisser en présence que le débiteur et le porteur. C'est cette théorie que nous allons avoir à contrôler ; quant à l'autre, elle a été réfutée par Mourlon dans la dissertation précitée.

79. — Au seuil même de cette controverse, nous pourrions écarter, comme ne s'appliquant pas au sujet, la distinction entre les obligations du débiteur cédé résultant de la cession d'une créance civile, et les obligations résultant de l'endossement d'un titre commercial. Car du moment que celui-ci est simulé, comme l'est l'effet de complaisance, il n'y a plus qu'une simple promesse, et partant une créance ordinaire, un titre qui n'a plus une forme spéciale et dont la cession est régie par le droit civil (art. 1689 et suiv. du code civil). Mais ce n'est là qu'un point secondaire : laissons donc le problème entier. Celui qu'il s'agit de résoudre est le suivant : l'effet de complaisance étant nul, cette nullité est-elle si absolue qu'elle puisse être opposée même au porteur de bonne foi.

Ainsi posée la question se résout par l'article 1131 du code civil et non par l'article 1117 qui est celui qu'il faudrait appliquer dans la théorie des auteurs et de quelques-uns des arrêts cités plus haut.

Aux termes de l'article 1131, l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, *ne peut avoir aucun effet*.

« Cette formule est notable, dit M. Demolombe, surtout lorsqu'on la rapproche de la formule de l'article 1117 : la convention contractée par erreur, violence ou dol, *n'est pas nulle de plein droit, et elle donne lieu seulement à une action en nullité...*

» Il s'ensuit, continue-t-il, que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne donne pas lieu seulement à une action en nullité, mais qu'elle est de plein droit frappée de nullité.

» *Nullité*, d'où résultent trois conséquences directement opposées à celles que nous avons déduites de la simple *annulabilité*, à savoir :

» 1° Qu'elle est proposable par toute personne intéressée ; non seulement donc par l'une des parties, mais par les deux parties.

» 2° Qu'elle est proposable, non pas seulement pendant dix ans (art. 1304), mais pendant trente ans (art. 2262).

» 3^o Qu'elle n'est susceptible de s'effacer par aucune ratification ou confirmation.

» L'exécution volontaire ne saurait donc confirmer cette prétendue obligation; *on ne confirme pas le néant.* » (*Contrats, etc.*, t. 1^{er}, nos 381 et 382.)

Voilà qui est bien précis.

80. — La clause d'ordre est-elle un obstacle à l'application de ces principes?

Nous ne pensons pas qu'en l'absence d'un texte formel, ce qui n'est qu'un simple système, puisse faire fléchir un principe, une règle de droit aussi nette, aussi explicite et compréhensive que celle de l'article 1131; alors surtout que ce système ne présente pas les avantages qu'on prétend lui faire produire, comme nous espérons le démontrer.

La théorie des effets de la clause d'ordre nous paraît confondre la forme avec le fond, et n'être qu'une fiction s'appuyant sur des subtilités incompatibles avec la simplicité de notre droit, sur des arguments contradictoires, imaginée dans le but d'obtenir des résultats juridiques et économiques qui existent sans elle, et auxquels elle serait plus préjudiciable qu'utile.

81. — On dit : Le porteur a pour débiteur direct le souscripteur, sans l'intermédiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs, qui ne se représentent pas, mais dont chacun a été de son propre chef créancier du souscripteur. Sans ce principe la transmission par voie d'ordre ne produirait pas la circulation facile en vue de laquelle elle a été admise (*suprà*, n^o 75).

C'est cette dernière idée que nous voulons discuter d'abord parce que nous ne voyons pas quelle corrélation existe entre elle et celle qui la précède, et dont on la donne comme étant la conséquence nécessaire. Car, si la forme de l'ordre rend facile la transmission des effets de commerce, ce qui est vrai, il ne s'ensuit pas que le porteur soit créancier, de son propre chef, du souscripteur, *omisso medio*, et la théorie en discussion dit elle-même le contraire quand elle ajoute que « chacun des mouvements de cette circulation rapide — c'est-à-dire chaque endossement, — accroît le crédit du billet par la garantie qu'apporte la signature de chaque endosseur nouveau. »

Il est mal aisé de comprendre comment la transmission par voie d'ordre ne produit une circulation rapide qu'à la condition de faire abstraction des intermédiaires, quand on déclare précisément que chacun de ces intermédiaires accroît la garantie du titre en y apposant sa signature : ce qui revient à dire, dans le même contexte de raisonnement, que les intermédiaires empêchent la rapidité de la circulation, mais qu'ils la rendent plus facile en la rendant plus sûre. En présence d'une telle argumentation l'esprit demeure fort perplexe et il se demande si en définitive les intermédiaires sont utiles ou nuisibles.

Ils sont utiles, il n'en faut pas douter, en ce qui concerne la solidité du titre transmis, mais quant à la facilité de la transmission, ils ne sont ni l'un

ni l'autre : ils sont tout à fait indifférents. La facilité de transmission est affaire de forme : c'est une question de procédure. Si la clause d'ordre n'existait pas, la cession de la créance ne pourrait s'effectuer qu'en suivant les règles du droit commun : acte constatant la cession, enregistrement de cet acte, signification au cédé ou acceptation par celui-ci de la cession, nouvel enregistrement : au total bien des écritures, bien du temps perdu et aussi bien des frais. Avec la clause d'ordre et l'endossement tout cela est supprimé, et la même créance peut être, en un seul jour, l'objet d'un nombre de cessions aussi multipliées que le permet le temps indispensable pour inscrire au dos du titre et sur la *rallonge* devenue nécessaire, la formule de transmission. Voilà assurément une facilité telle qu'on ne peut en concevoir une plus grande, à moins de supprimer l'endossement lui-même, comme c'est le vœu suprême des réformateurs du titre à ordre. Mais dans ce cas que deviendront les garanties qui en font la véritable solidité, la valeur réelle, comme on le proclame si justement ?

Un mot encore sur ce point : la clause d'ordre pouvant s'adapter aussi bien à une créance civile, même hypothécaire, qu'à une créance commerciale, l'intérêt particulier du commerce est donc, lui aussi, tout à fait indifférent dans cette controverse.

82. — Cette théorie de l'élimination des intermédiaires est d'une subtilité assez mal aisée à concevoir et à concilier avec les principes fondamentaux de notre législation en matière d'effets à ordre.

Que le porteur d'un billet de banque se persuade facilement qu'il a pour unique débiteur le souscripteur, c'est-à-dire la Banque de France elle-même, cela se comprend. Pour lui, celui qui le lui a remis n'est rien ; il n'y fait pas plus attention qu'à celui qui le paie en écus, et c'est sans aucune arrière-pensée de défiance ou de recours possible contre son cédant qu'il envoie son billet se confondre dans son portefeuille avec tous ceux qui y sont déjà. Pourquoi ? Parce qu'il est certain que ce billet sera payé par le débiteur à présentation, et que d'ailleurs il cédera son titre contre des écus aussi facilement qu'il l'a lui-même accepté. Mais pourquoi cette confiance ? Parce que la signature de la Banque en fait la créance la plus solide qui existe, et rend dès lors inutile la garantie des cédants ; parce qu'en un mot, le billet est légalement de la *monnaie* de papier.

C'est absolument le contraire qui se produit dans l'effet à ordre. Le cessionnaire fait en général peu attention à la signature du souscripteur, et si par hasard il s'en inquiète, c'est qu'alors il n'a nulle confiance dans le cédant, et qu'il ne s'est résolu à accepter de lui le titre à ordre que parce qu'il considère celui qu'on lui offre comme ayant la valeur d'argent comptant. Mais, dans le cours ordinaire des affaires, le cessionnaire n'a égard qu'à la solvabilité de son cédant : c'est la seule qui lui importe, parce que la cession est la conclusion d'une opération dont la confiance qu'il a en lui a été le motif déterminant. Il serait fort surpris si on lui disait que tout le prix de son titre c'est qu'il le rend de son propre chef créancier direct du

souscripteur sans qu'il ait à se préoccuper des endosseurs. En un mot l'effet à ordre n'est pas en fait, et encore moins légalement de la monnaie de papier. C'est une créance, absolument comme un contrat d'obligation notariée, ou une action ou obligation nominative de chemin de fer ou autre.

83. — A l'appui de la théorie en question, on invoque les articles 136, 137 et 164 du code de commerce. Ils nous semblent au contraire repousser l'idée, ce qu'on appelle *le principe*, de l'omission des intermédiaires. Art. 136 « La propriété d'une lettre de change se transmet par la voie d'endossement. » Art. 164 « Le porteur peut exercer son action en garantie — ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, ou collectivement contre les endosseurs et le tireur. » Donc cession, donc lien de droit entre les cédants et le cessionnaire, donc enfin impossibilité de faire abstraction des premiers. Cette théorie est d'ailleurs contredite par ceux mêmes qui la proposent comme la suprême conséquence de la clause d'ordre. Nous l'avons déjà indiqué plus haut, il est nécessaire d'y revenir.

En effet, si la garantie est un élément de crédit, au point de vue économique, comme elle l'est au point de vue juridique, il est encore impossible de faire abstraction des intermédiaires, puisqu'ils apportent cet élément que l'on considère, avec juste raison, comme accroissant le crédit du billet.

Les articles 136, 137 et 164 du code de commerce sont fondés sur le principe de la garantie que les endosseurs doivent au porteur et il les rattachent étroitement à celui-ci et entre eux par le lien de la solidarité. Il est donc permis de dire que c'est la contradiction la plus manifeste de la doctrine qu'ils ne se représentent pas les uns les autres. La solidarité implique un mandat réciproque : donc ils se représentent. Ils se représentent aussi puisqu'ils sont aux droits les uns des autres, car, si cela n'était pas, ils seraient des tiers les uns envers les autres, ce qui est la négation de tout lien de droit, la négation des rapports créés par l'endossement.

84. — Ainsi, en la forme, la clause d'ordre produit une cession beaucoup plus rapide que celle de droit commun, mais au fond elle ne produit pas d'autres effets que celle-ci; elle ne procure pas d'avantage que ne confère ou ne puisse conférer la cession ordinaire, faite avec le concours du cédé ou suivie d'une signification à celui-ci et de son acceptation de la cession. Quant au surplus, la cession du titre à ordre est soumise aux règles du droit civil concernant la vente des droits incorporels, sauf quelques dérogations relatives à l'étendue de la garantie due par les cédants successifs et à leur solidarité, dérogations qui impriment un caractère plus rigoureux à la cession et lient les cédants plus étroitement aux cessionnaires. C'est donc bien à tort qu'on voudrait les isoler, pour ne laisser subsister de lien qu'entre le débiteur cédé et le cessionnaire. Celui-ci ne peut pas avoir plus de droits que son cédant, et c'est improprement qu'on le désigne ordinairement sous le nom de *tiers* porteur. Cédant, cédé et cessionnaire sont trois termes corrélatifs, trois parties auxquelles il est impossible, en fait comme en droit,

de s'abstraire les unes des autres, tant que l'on n'aura pas effacé la marque de la cession, c'est-à-dire l'endossement, et avec elle la clause d'ordre. Alors on n'aura plus l'effet à ordre, on aura l'effet au porteur, comme le billet de banque et les titres industriels non nominatifs; alors aussi il n'existera de lien de droit qu'entre le débiteur et le porteur. C'est la tendance actuelle, nous le voulons bien, mais ce ne sont encore là que des théories spéculatives, et le droit positif est tout différent¹.

85. — Le système de la loi est donc celui-ci : l'endossement dispense des formalités de droit commun pour la saisine, laquelle s'opère par le seul passé à l'ordre. L'acceptation de la cession par le cédé, voilà ce qui opère un lien direct entre le cessionnaire et lui, mais ce n'est pas un avantage spécial aux titres à ordre; toutes les autres créances le comportent; les formalités seules diffèrent.

Quant aux exceptions qui ne sont pas personnelles au porteur, pas plus dans un cas que dans l'autre, elles ne sont opposables par le débiteur; il y a renoncé expressément en acceptant la cession, ou implicitement en souscrivant la clause d'ordre. En un mot, le souscripteur est dans la même situation que le cédé ordinaire qui a accepté le cessionnaire pour débiteur, comme le tiers saisi qui s'est laissé déclarer débiteur pur et simple (art. 577 code de procédure civile). Ni l'un ni l'autre ne peuvent plus désormais exciper d'aucune cause de libération, soit par paiement, compensation, confusion, novation, etc., postérieure à l'acceptation, au jugement de vali-

1. Partout on rencontre cette préoccupation de *monnaie de papier* contre laquelle nous nous élevons. MM. Aubry et Rau, après avoir posé en matière de cession de créances les principes sur lesquels nous nous fondons, motivent l'exception qu'ils admettent pour les effets négociables sur ce qu'ils font l'office de monnaie. « L'acceptation pure et simple de la cession n'enlève même pas au cédé le droit de faire valoir les exceptions qui lui appartiennent, autres toutefois que celle de compensation. Seulement pourrait-il être condamné à réparer le préjudice causé au cessionnaire par son acceptation, si, d'après les circonstances, elle devait être considérée comme constituant de sa part une faute grave ou imprudence. » (T. IV, 4^e éd., n° 359 bis, p. 440, texte et notes 53 et 55 et p. 441, texte et note 57) et ils ajoutent en note (57) « Les effets négociables devant faire office de monnaie, on ne saurait admettre que le paiement puisse en être arrêté au détriment d'un tiers porteur de bonne foi, par des exceptions tirées de la cause réelle de la dette. » (V. aussi Nougier, cité sup., n° 75.) L'effet à ordre n'est ni de la *monnaie de papier* ni du *papier monnaie*. « Les billets de banque, payables à vue et au porteur, sont de la monnaie de papier; ils ne sont pas du papier monnaie. On a réservé ce nom à des titres sur lesquels le gouvernement qui les émet ou qui autorise leur émission, n'a stipulé aucune promesse de remboursement, ou n'a stipulé que des promesses auxquelles il a manqué. » (COURCELLE-SENEUIL, *Opérat. de Banque*, p. 401 et suiv., 406 et suiv.) L'effet à ordre, tel que l'a constitué la législation qui nous régit, est en dehors de ces deux catégories; il n'appartient ni à la doctrine ni à la jurisprudence de l'y faire rentrer. Peut-être sera-t-il un jour législativement assimilé au billet de Banque; mais alors il faudra choisir entre l'abolition de la garantie et de la solidarité, la suppression de toutes les règles instituées par le droit positif pour protéger les porteurs, ou les inconvénients que comporte le maintien de ces règles. V. enc. *inf.*, n° 99.

dité de saisie-arrêt et même à la saisie-arrêt dénoncée régulièrement (article 1242 du code civil).

86. Mais est-ce que le débiteur cédé qui a accepté le cessionnaire renonce pour cela à l'exception de nullité de l'obligation? Non, car sans cela que deviendrait l'article 1131? Et il est indifférent que le débiteur ait connu ou ignoré le vice quand il a fait cette acceptation; cela ne peut pas changer sa position au point de vue de la validité de l'obligation¹. Car s'il a le droit d'exciper de la nullité contre le créancier originaire, il a le même droit contre le créancier subrogé; les raisons sont les mêmes. Or, à l'égard du créancier originaire cela est indiscutable; ce l'est également envers le subrogé. Cela est même tout aussi indiscutable dans la théorie des auteurs précités; car si l'on soutient que le souscripteur s'oblige directement envers le porteur, cette obligation, d'abord, n'a d'autre portée que celle d'une renonciation aux exceptions dont nous venons de parler, rien de plus. Mais il ne fait pas novation, c'est toujours la même dette, et il ne s'engage que pour autant qu'elle est valable, sans renoncer, sans pouvoir renoncer à se prévaloir de sa nullité. Or, personne ne conteste que vis-à-vis du premier bénéficiaire le souscripteur ou accepteur ne soit fondé à le faire, malgré la bonne foi de ce bénéficiaire; le porteur, *omisso medio*, est identique au bénéficiaire: ce n'est pas un autre créancier. Et d'ailleurs, serait-ce même un autre créancier, y eut-il novation, qu'il en serait toujours de même. La novation ne peut pas plus s'appliquer à une obligation nulle qu'une ratification ou un cautionnement. La novation éteint l'ancienne dette qui est remplacée par une autre: on ne remplace pas ce qui n'existe pas; on n'éteint pas une dette nulle. (Cass., 12 janvier 1842; SIREY, 42, 1, 438.) Et cela put-il se concevoir, que la nouvelle obligation qui se formerait serait aussi nulle que l'ancienne, puisque c'est toujours le même vice qui l'affecte, parce que, quels que soient les termes d'une obligation, quelle qu'en soit la solennité, dans quelques circonstances qu'elle intervienne, s'il y a vice de cause, elle est radicalement nulle: c'est l'article 1131, c'est le bon sens qui l'exigent. S'il en était autrement, il faudrait renoncer à trouver un cas d'application de l'article 1131. C'est ce qui a été jugé par la cour de Riom le 13 juillet 1844. (SIREY, 1845, 2, 166.)

En résumé la théorie de la clause d'ordre, étendue comme on voudrait le faire, conduirait à la ratification anticipée de l'acte nul, ou mieux encore à une renonciation par le débiteur à invoquer jamais cette nullité. Si en effet cette clause d'ordre suffit pour que la nullité ne puisse être opposée au porteur de bonne foi, c'est que cette clause équivaut à une renonciation. Or, si même l'exécution volontaire ne peut pas avoir pour effet de confirmer cette prétendue obligation et de mettre obstacle à la répétition de l'indu, il est bien certain que la renonciation anticipée à toute action de ce

1. Mais cette circonstance peut avoir une grande influence sur la quotité des dommages-intérêts à allouer au porteur.

genre, est également sans valeur. L'acceptation anticipée de toutes les cessions dont le titre à ordre peut être l'objet, ne peut pas non plus avoir l'effet d'une renonciation de ce genre. L'acte est nul, nul dans toutes ses parties, et la nullité de l'obligation principale entraîne nécessairement la nullité de la clause d'ordre. S'il ne s'agissait que de faire une transmission d'une obligation illicite pour en couvrir le vice, la loi serait toujours éludée. C'est à ce résultat qu'était arrivée la cour de Paris, mais son arrêt du 28 janvier 1853 a été cassé par arrêt du 12 avril 1854. (SIREY, 53, 1, 313.)

87. — Est-ce que ce sera la mauvaise foi, le dol du débiteur cédé qui aura une telle efficacité, une telle puissance de donner la vie au néant? Le dol qui n'a pu rendre valable la première obligation, par quel miracle pourrait-il valider celle qui la remplace, pour nous placer dans l'hypothèse la plus favorable à la théorie adverse? Où voit-on cela dans la loi? Le dol crée bien un engagement, mais c'est celui de réparer le dommage. Mais jamais le dol ne peut être la cause d'un engagement écrit dont le principe de validité ne se trouve que dans l'article 1382, et remplacer dans une obligation la cause qui n'y existe pas, s'y substituer et lui infuser la vitalité qu'elle n'avait pas. Le dol du débiteur ne peut pas lui servir pour faire annuler la convention, parce qu'il ne peut pas s'en prévaloir, et que le dol n'affectant la convention que d'une nullité relative provenant du vice du consentement, c'est à celui-là seul dont la volonté a été surprise par le dol à en exciper. Mais ici ce n'est pas de cela qu'il s'agit, mais bien d'une convention nulle pour vice de cause, et particulièrement parce que la cause est immorale et illicite. Que le débiteur ait connu ce vice et qu'en le laissant ignorer au créancier, il ait surpris son consentement, cela n'a d'autre effet que de l'empêcher de repousser l'action du créancier quand celui-ci demande la réparation du préjudice, mais la convention n'en demeure pas moins nulle pour cela, la cause illicite et immorale subsiste, et le dol ne pourrait déjà pas s'y substituer pour la vivifier, si cela n'était impossible pour les motifs déjà indiqués.

88. — L'effet du dol en pareil cas, c'est, non pas de substituer une *cause* d'obligation à une autre, mais de substituer une *obligation* même, fondée sur une autre cause, à l'obligation qui ne peut valoir. En d'autres termes, à l'obligation conventionnelle, le dol, dans notre cas, substitue une obligation née de la loi, et cette obligation nouvelle est l'antithèse, la contradiction de l'ancienne. Celle-ci puisait sa force dans le concert des volontés concourant sur une juste cause, un objet licite. Dans l'obligation née du délit, le concours des volontés fait défaut, aussi bien de la part du débiteur, qui ne l'est que malgré lui, que de la part du créancier qui ne l'est aussi que parce qu'il n'a pas dépendu de lui qu'il en fût autrement. Car on ne peut supposer un débiteur s'engageant volontairement parce qu'il se propose de duper son créancier, et celui-ci consentant à se laisser duper à la condition d'en être indemnisé; en pareille occurrence il n'y a ni dupeur ni dupé et le contrat serait valable, s'il n'était immoral.

Il ne serait pas plus raisonnable de dire qu'en souscrivant une obligation que l'on sait n'avoir pas de cause, ou avoir une cause illicite ou immorale, on souscrit subsidiairement l'obligation de réparer le préjudice que l'on commettra en excipant de cette nullité, de telle sorte que la seule obligation existante serait celle de réparer un préjudice; mais l'obligation de réparer le préjudice résultant d'un dol que l'on prévoit, que l'on annonce, est elle-même immorale, et celui qui l'accepte commet aussi un acte immoral.

On conçoit très bien que le souscripteur d'un billet de complaisance, après en avoir fait prononcer la nullité contre le porteur, s'oblige envers lui par un louable scrupule à l'indemniser de la perte qu'il lui fait subir; mais ce qui ne tombe pas sous le sens, c'est qu'en même temps qu'il excipe de la nullité, il s'engage à réparer le dommage qui en résulte. Voilà un voleur qui prend cent francs dans ma caisse, mais qui en même temps me dit : « Je vous prends cent francs, mais comme cela est mal et que cela vous est dommageable, tenez, je vous les rends. »

89. — On objecte que s'il est vrai que l'engagement intervenu entre le souscripteur et le bénéficiaire de l'effet est nul comme ayant une cause illicite, il n'en est pas de même de l'engagement du souscripteur vis-à-vis du tiers porteur; que cet engagement a une cause très licite, c'est la prestation de l'argent faite par ce tiers. C'est confondre deux parties dont le rôle est tout différent, le souscripteur et l'endosseur, et deux contrats essentiellement distincts, le contrat constitutif de la créance et le contrat de cession qui en est l'objet. Dans ce dernier la prestation est bien la cause de l'obligation du cédant et l'objet de la cession est une créance entachée de nullité; par suite ce contrat est nul faute d'objet (art. 1128). Mais la prestation de l'argent n'est en aucune façon la cause de l'obligation du souscripteur qui, lui, n'a rien reçu du cessionnaire, pas plus du reste que du bénéficiaire; son obligation ne peut pas changer de nature par l'effet de la cession qui en est faite : elle a pour cause un prêt ou une vente simulée; c'est avec ce caractère, ces conditions d'existence essentielles et irréductibles qu'elle se transmet par l'endossement de porteur à porteur, et les obligations que contractent les endosseurs successifs sont autant de contrats distincts et indépendants, ayant chacun leur cause et leur objet propres, n'ayant rien de commun avec ceux de l'obligation originaire. Or, si cette obligation est nulle, elle n'a jamais eu d'existence, et toutes les cessions du monde ne pourront pas la tirer du néant. C'est là une vérité absolue, sur laquelle la bonne ou la mauvaise foi du souscripteur n'a aucune influence.

90. — On insiste et l'on dit : Il est vrai que le souscripteur ne reçoit rien pour lui-même, mais il s'oblige à l'égard des tiers afin que le bénéficiaire reçoive; il y a là une cause suffisante à son obligation. Telle est au reste l'obligation de la caution, et le souscripteur d'un effet de complaisance n'est guère autre chose qu'une caution. On pourrait également l'assimiler à un mandataire.

L'argument est spécieux, mais son unique défaut est qu'il ne conviendrait qu'au cessionnaire de mauvaise foi et ne peut être opposé par le cessionnaire de bonne foi : il est aisé de le démontrer.

Nous avons déjà pressenti l'objection en citant un arrêt de Bordeaux du 6 février 1868 (*suprà*, n° 64, v. *infra*, n° 112). En thèse générale, cette théorie serait la justification complète des effets de complaisance, si elle ne reposait sur une pétition de principe. Tout d'abord le cautionnement ne se suppose pas, il doit être exprès. (MOURLON, *Acceptation de cession*, ap. *Rev. Prat.*, t. XVIII, p. 515, nos 44 et suiv.) Dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, il était reconnu ; mais s'il ne l'est pas, il est bien difficile de le présumer. Au surplus, allât-on jusque là, que l'objection n'en serait pas meilleure, puisque le cautionnement ne pouvant intervenir que sur une obligation valable, si l'acte que le souscripteur serait présumé avoir voulu cautionner est nul comme immoral ou illicite, le cautionnement, ou le mandat, ne peut pas plus le tirer du néant que la clause d'ordre elle-même. C'est toujours cette nullité originelle contre laquelle on vient inévitablement se heurter, quelque détour que l'on prenne pour résoudre le problème dans un autre sens que celui que nous proposons.

Ah ! j'entends bien ! Le prêteur, car, dans l'hypothèse du cautionnement, le cessionnaire devient un prêteur, ne peut pas souffrir de l'emploi qui a été fait des fonds par lui prêtés, et si l'emprunteur et la caution n'avaient d'autre but que de se procurer les moyens de commettre un crime, le prêteur qui a ignoré leur dessein coupable, n'en a pas moins fait un acte parfaitement valable. Rien de plus vrai, car sans cela le prêteur serait un complice : mais c'est que précisément le prêteur, dans notre cas, ne peut exciper de sa bonne foi du moment qu'il prétend que le souscripteur n'est qu'une caution ou un mandataire. En effet le porteur n'est de bonne foi qu'autant que le contrat en vertu duquel il est titulaire de la créance est pur de toute simulation. Or, ce contrat, c'est la cession d'une créance résultant en apparence d'un prêt ou d'une vente faite par le bénéficiaire au souscripteur. Voilà ce que l'effet à ordre représente pour le cessionnaire. S'il veut prétendre qu'il n'a voulu que faire un prêt au bénéficiaire, cautionné par le souscripteur, ou un prêt à celui-ci, mais dont l'objet a été versé par lui au bénéficiaire en vertu du mandat donné par le souscripteur, il dénature son contrat, il révèle des agissements équivoques, il devient par cela même suspect, et ce sera, dès lors, à lui à prouver sa bonne foi, sinon il sera réputé le complice du souscripteur et du bénéficiaire. Il est inutile de revenir, à ce propos, sur les développements qui ont été donnés sur ce point. (*Suprà*, nos 36 et suiv.)

91. — Enfin, pour épuiser toutes les objections, on dit que le système que nous combattons a l'avantage de procurer une protection plus efficace au porteur de bonne foi. Si, en effet, l'on suppose que le souscripteur a conféré une hypothèque pour sûreté de son engagement, le porteur n'ayant qu'une action tirée de l'article 1382 ne pourrait pas se prévaloir de cette

hypothèque à l'encontre des autres créances hypothécaires du souscripteur, tandis que, *si on lui reconnaît le droit d'agir en vertu du billet*, l'hypothèque qui est attachée à sa créance doit lui profiter.

Comme on le voit, cette question ne tranche pas la difficulté puisqu'elle est subordonnée à la question de savoir si on doit reconnaître au porteur le droit d'agir en vertu du billet. Il n'y a donc plus là qu'un motif d'équité et non un argument de droit; or, l'équité ne peut avoir d'influence qu'en fait, et ne peut jamais prévaloir contre le droit. La thèse adverse ne peut donc en droit trouver aucun secours dans le motif allégué. En fait, d'ailleurs, nous reconnaissons l'intérêt du porteur, mais d'une part ce n'est pas l'intérêt qui confère le droit; d'autre part, le porteur eut-il celui de se prévaloir de l'hypothèque, qu'il nous paraît bien difficile qu'il pût l'opposer aux autres créanciers hypothécaires.

En effet, si l'obligation est nulle, la garantie qui y est attachée n'a plus d'objet, et le contrat d'hypothèque est sans cause; les tiers auxquels le concours de cette hypothèque préjudicie peuvent se prévaloir de la nullité du contrat principal aussi bien que de celle du contrat accessoire, aussi bien du chef du débiteur que de leur propre chef. Il en sera de même de la caution ou de ses créanciers. La situation du porteur ne sera pas pire qu'elle ne le serait s'il avait traité directement avec le souscripteur et que celui-ci lui eut conféré une hypothèque affectée, par exemple, d'un des vices déterminés par l'article 2129 du code civil. Il n'est pas douteux que, dans ce cas les autres créanciers, chirographaires ou hypothécaires, ne puissent en faire prononcer la nullité.

Nonobstant ce motif de pur intérêt, la question reste donc entière et nous estimons qu'elle doit être résolue dans le sens de la nullité absolue envers et contre tous, en exécution de l'article 1131 du code civil.

92. — On nous oppose une jurisprudence que l'on affirme être unanime en faveur de l'opinion que nous combattons. Examinons-la donc, car, aussi bien, pensons-nous qu'il s'en faut de beaucoup que les arrêts qu'on invoque puissent fournir des arguments contre nous. La plupart d'entre eux ne trouvent pas d'application à notre sujet, parce que, dans les espèces où ils sont intervenus, l'exception opposée par le débiteur à l'action du cessionnaire était fondée sur des moyens de nullité purement relative, ou sur des circonstances particulières que nous avons nous-mêmes reconnues être inapplicables. Toutes ces décisions consacrent la distinction que nous avons faite entre les exceptions personnelles au bénéficiaire, comme celles qui proviennent de l'erreur, du dol ou de la violence, et celles qui sont plutôt réelles, inhérentes à l'obligation même, bien plutôt qu'aux contractants, comme l'est la nullité pour vice de la cause. Ces documents de jurisprudence sont par conséquent en dehors de notre sujet. Quant aux autres ils ne s'y rattachent que par des analogies plus ou moins éloignées. Aucun ne juge la question telle qu'elle se pose dans notre espèce.

A la première catégorie appartiennent les arrêts suivants ;

1° Paris, 6 février 1830 (SIREY, 30, 2, 379); Cass., 2 mai 1836 (*Ibid.*, 36, 1, 475); Cass., 15 mai 1839 (DALLOZ, *Rép.*, v° *Effets de commerce*, n° 101). Le souscripteur d'un billet à ordre causé pour vente d'immeubles, est tenu de payer le tiers porteur de bonne foi malgré le paiement qu'il a été obligé de faire entre les mains des créanciers inscrits. Il ne s'agit pas ici d'un vice de la cause, mais d'une exception de paiement; il ne s'agit même pas d'un paiement fait par erreur, mais simplement d'une imprudence commise par le débiteur et dont il est juste qu'il supporte seul les conséquences. L'acquéreur d'un immeuble est obligé à la fois en vertu du contrat et comme tiers détenteur. S'il paie son prix en cette dernière qualité, il est subrogé aux droits des créanciers et arrive ainsi à se libérer de l'obligation résultant de son contrat. Mais s'il a commencé par payer son vendeur, il n'en reste pas moins tenu comme tiers détenteur. Il en est de même si, au lieu de se libérer en espèces, il fait novation à sa dette ou même souscrit des effets à ordre en règlement de son prix. L'obligation qu'il contracte ainsi a une cause sérieuse et que l'éviction partielle résultant de l'action hypothécaire des créanciers ne fait pas disparaître rétroactivement. La vente subsiste avec toutes ses conséquences et tous ses effets, et si le débiteur est dans la nécessité de payer deux fois, il ne le doit qu'à son imprudence. C'est à tort que le contraire avait été jugé le 17 avril 1832 par la cour de Bourges dont l'arrêt a été cassé par celui du 2 mai 1836 cité plus haut, et par celles de Bordeaux, 18 thermidor an VIII, et Caen, 15 janvier 1813.

La question serait plus délicate si l'acquéreur subissait une éviction complète, par suite d'une revendication du véritable propriétaire. L'obligation n'aurait alors plus de cause. Dans ce cas il est douteux que le cessionnaire ne fut pas passible de l'exception et même de la répétition de l'indu. La question a fait l'objet d'une vive et intéressante controverse dans la *Revue pratique du droit français*; nous y renvoyons le lecteur. (*Rev. prat.*, t. XIV, p. 378, t. XIII, p. 97 et 303; t. XVI, p. 18 et 65 et t. XVIII, p. 192 et 500, ainsi que les arrêts indiqués dans cette controverse.)

2° Orléans, 24 juin 1868 (SIREY, 68, 2, 301). Le souscripteur d'un billet à ordre causé valeur en dot, ne peut refuser de payer le tiers porteur de bonne foi, sous prétexte que le mari bénéficiaire du billet, aurait perdu l'administration de la dot par suite de la séparation de biens prononcée contre lui. — Ici encore l'obligation avait une cause certaine et valable, que la séparation de biens n'a pas fait rétroactivement disparaître.

3° Cass. civ., 18 mars 1850 (SIREY, 50, 1, 254; DALLOZ, 50, 1, 166). Le souscripteur d'un billet à ordre causé valeur en remplacement militaire, ne peut refuser d'en payer le montant sous prétexte qu'il ferait double emploi avec le contrat de remplacement, et que la créance résultant de ce contrat aurait été l'objet d'une cession régulièrement signifiée. — Cet arrêt est celui dont nous avons examiné plus haut les motifs (n°s 81 et s.); comme dans les précédents le titre à ordre avait une cause valable et sérieuse.

Toutes ces décisions doivent donc être éliminées du débat.

93. — Les arrêts où l'exception était fondée sur la nullité absolue de la cause, sont rares. Nous les diviserons en deux catégories : 1° les arrêts qui décident par d'autres moyens que ceux tirés de l'article 1131 et qui omettent de discuter cet article et de se prononcer sur son applicabilité ; 2° ceux qui le déclarent, au moins implicitement, inapplicable, mais sans choisir entre l'article 1382 et la clause d'ordre.

1° Le souscripteur d'effets de commerce dont la cause réelle est une dette de jeu, n'est pas fondé à opposer le vice de son engagement au tiers porteur de bonne foi, Cass., 12 avril 1854 (SIREY, 54, 1, 313). — Nous avons reproduit le sommaire de l'arrêt tel que le donne le *Recueil* où il se trouve. A s'en tenir à cette formule, il serait tout à fait topique, mais en lisant l'arrêt lui-même, on s'aperçoit bientôt qu'il ne tranche nullement la question qui nous intéresse. Le pourvoi était fondé sur la violation des articles 1965 et 1967 du code civil. Ce sont les seuls qu'ait visés la chambre civile. Dans l'espèce, le souscripteur avait payé le tiers porteur, puis avait actionné le bénéficiaire en répétition de l'indu, en prétendant que la souscription d'un effet de commerce était la reconnaissance de la dette, mais non pas le paiement de cette dette : celui-ci de lui opposer qu'aux termes de l'article 1967 dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qui a été volontairement payé et que la souscription d'un effet de commerce constituait le paiement de la dette. La Cour de cassation repoussa ce système et cassa l'arrêt de Paris du 28 janvier 1853 (SIREY, 53, 2, 231), qui avait décidé ainsi. La cour suprême donne bien, à la vérité, le motif que si le souscripteur est obligé de payer au tiers porteur de bonne foi, il a le droit d'appeler en cause le porteur primitif et de demander à son égard la nullité des traites qu'il a souscrites, en prouvant que ces traites sont sans cause ou fondées sur une cause illicite, mais elle ne dit pas quel est le fondement de cette obligation, elle semble même ne considérer le paiement au tiers porteur que comme une pure circonstance de fait, puisqu'elle déclare qu'en transmettant les effets à un tiers, le bénéficiaire n'a pu *changer la cause et la nature de l'obligation*. Si donc le souscripteur est obligé, est-ce en vertu de l'article 1382, ou par l'efficacité de la clause d'ordre ? La cour nous le laisse ignorer et il est au moins difficile de saisir sa pensée dans les considérants un peu contradictoires, sur certains points, de sa sentence. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'arrêt ne résout pas *in terminis* notre problème.

2° Cass, 3 février 1847 (SIREY, 47, 1, 209). « Vu les articles 136, 137, 164, 187 et 188 du code de commerce... ; — Attendu que le transport des effets à ordre par un endossement régulier ne peut être assimilé aux simples cessions de créance dont s'occupe le code civil dans le chapitre VIII du contrat de Vente, et qui laissent les cessionnaires soumis aux mêmes moyens et exceptions que leurs cédants ; — Que ce principe résulte virtuellement de la nature même de ces sortes d'engagements et des dispositions du code de commerce relatives à leur création, à leur négociation et à leur paiement, auquel l'article 164 oblige individuellement et collectivement le souscripteur et les endosseurs ; — Que la conséquence nécessaire



et absolue de ce principe est que le défaut de cause ou l'inexécution des conventions arrêtées entre le souscripteur et le bénéficiaire ne peuvent être opposées au tiers porteur de bonne foi qui n'est point tenu de rechercher, lors de la négociation qui lui est faite d'un billet à ordre, si la cause licite qui s'y trouve énoncée est réelle, ou si les conventions que l'existence du billet peut révéler, ont été exécutées. » (V. aussi Cass., 4 août 1852; (SIREY, 52, 1, 657.) Cet arrêt reproduit textuellement les considérants du précédent. Metz, 6 décembre 1854; (SIREY, 55, 2, 381.)

Ces considérants, le dernier surtout, paraissent topiques; nous hésitons pourtant à l'accepter comme fournissant un argument direct sur la question débattue. Cet arrêt comme celui du 18 mars 1850 que nous avons examiné plus haut (nos 8 et s.), se préoccupe surtout des effets de l'endossement. L'espèce d'ailleurs était favorable au tiers porteur, puisque le billet avait à l'origine une cause réelle et licite dans une obligation prise par le bénéficiaire, mais qu'il n'avait pas exécutée. En sorte qu'il n'est peut-être pas très exact de dire que le billet fut sans cause. Il y avait eu, dans tous les cas, une grande imprudence de la part du souscripteur, comme dans les espèces où il s'agissait du règlement d'un prix de vente d'immeubles. Mais pas plus dans ce cas que dans tous les précédents, la cour suprême n'avait pas été mise en demeure de déclarer le droit sur l'application de l'article 1382. Prenant les faits et les moyens tels qu'ils étaient présentés, elle a repoussé la prétention du souscripteur de s'affranchir de toute obligation envers le tiers porteur, et au fond elle a bien jugé puisqu'elle serait arrivée au même résultat en appliquant l'article 1382.

94. — Du rapprochement de ces décisions et des distinctions que rend nécessaire l'analyse des espèces et des raisons de décider, on peut conclure, comme le remarque très justement l'annotateur d'un arrêt d'Orléans cité plus haut (SIREY, 68, 2, 301), « que le tiers porteur est soumis, comme le bénéficiaire lui-même, aux exceptions résultant d'un vice de la créance ou d'une condition résolutoire réalisée antérieurement à la cession, si, d'ailleurs, ce vice et la réalisation de cette condition n'ont pu être ignorés de lui; tandis qu'il est admis à repousser les exceptions procédant, *non pas de la nature ou de la modalité de la créance*, mais d'un événement ultérieur qui aurait, postérieurement à la transmission du titre, modifié les rapports originaires établis entre le souscripteur et le bénéficiaire. »

Cette doctrine est la vraie. Mais on remarque qu'elle exclut les exceptions fondées sur la nullité radicale de l'obligation, et y soumet implicitement le porteur comme le bénéficiaire lui-même.

En résumé, nous terminerons comme nous avons commencé, en constatant que la question est neuve, qu'elle n'a jamais été étudiée à fond par la doctrine comme elle méritait de l'être, et que la jurisprudence n'a pas davantage été mise en demeure de la trancher d'une façon catégorique.

95. — Est-ce que la manière de la résoudre que nous proposons serait exorbi-

tante et sans exemple? — Nous en trouvons un dans le titre même de la *Vente*, auquel appartient aussi la cession des créances. L'article 1599 déclare nulle la vente de la chose d'autrui, et l'acheteur de bonne foi qui a payé son prix à son soi-disant vendeur, n'a contre lui aucune action, résultant de l'acte de vente, pour se faire livrer la chose, et s'il a une action à l'occasion du prix, c'est une action en paiement de l'indu et non une action résultant de la résolution de la vente : le contrat lui sert bien moins à fonder son action contre le vendeur qu'à prouver le dol de celui-ci, parce que ce contrat est radicalement nul, d'une double nullité, la première comme ayant pour objet la chose d'autrui, la seconde comme étant sans cause. Vendre la chose d'autrui ou vendre une chose qui n'existe pas semble bien être la même chose.

La situation juridique de la victime d'une escroquerie n'est-elle pas, dans bien des cas, la même que celle du tiers porteur de bonne foi? Aura-t-elle contre les auteurs et complices du délit l'action résultant du contrat *simulé* ou non *constaté par écrit* qui aura pu intervenir entre eux? Assurément non! Ce sont là de purs faits et non des contrats. C'est donc ailleurs que le créancier escroqué devra, dans des cas semblables, trouver le principe de son action. Il en est de même pour le tiers porteur. Car, sans rechercher en ce moment si les manœuvres qui ont surpris sa bonne foi ne caractérisent pas le délit correctionnel d'escroquerie, elles constituent sans conteste un délit civil auquel on peut, en fait, donner le même nom, sans y attacher la valeur qualificative qu'il a dans le droit pénal.

96. — C'est d'après les principes que nous venons de développer que s'est décidé le tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement par lequel il prononce la nullité d'un billet de complaisance, au regard du tiers porteur lui-même, qui dans l'espèce n'était pas un banquier, et qui a dû pourtant ignorer le vice du billet : rien au moins dans les motifs de ce jugement ne permet de supposer qu'il fut de mauvaise foi. Cette décision très bien motivée, se fonde uniquement sur les principes, sans aucune considération des faits personnels aux parties. (Tribunal de commerce de la Seine, 16 juillet 1876, Landry; Ap. *Droit*, 9 août 1876. — V. aussi Riom, 13 juillet 1844, *J. des Av.*, 1844, p. 572; — Bordeaux, 6 mars 1868; SIREY, 70, 1, 217; — Cf. BOISTEL, *Précis de droit comm.*, 1^{re} édit., p. 499. — Cf. par analogie, MOURLON, ap. *Rev. prat.*, t. XV, p. 97 et 303).

97. — Que conclure de tout ce qui précède? — Que dans l'effet de complaisance la loi efface le contrat, ou, ce qui est tout un, ne lui reconnaît aucune existence juridique. Mais si la loi a cette puissance, elle n'a pas celle de supprimer l'acte matériel : le fait du souscripteur n'en subsiste pas moins. Or c'est précisément ce fait qui engendre un droit au profit de celui qui en est la victime et sert de fondement à son action. Il n'y a pas de contrat entre le souscripteur et lui, il y a un délit ou un quasi-délit, et cela suffit pour créer une obligation à son profit, pour que son action en paiement ne soit

en définitive pas repoussée ; cela suffit même pour que le souscripteur n'ait plus d'intérêt à se prévaloir de l'exception de nullité, car à cette exception le porteur répondrait en concluant à des dommages-intérêts qui seraient précisément l'équivalent du principal et de l'accessoire de sa créance, parce que c'est la mesure exacte du préjudice qu'il a souffert par le fait du souscripteur et dont celui-ci lui doit réparation. Il est tenu en vertu de l'article 1382 du code civil, et son obligation est identique à celle qui résulterait de l'acte souscrit par lui, et soumise aux mêmes conditions. L'intérêt n'existe qu'en ce qui concerne les tiers auxquels peuvent nuire les causes de préférence qui auraient été attachées à l'obligation nulle (*sup.*, n° 89).

De la sorte obtiennent satisfaction toutes les considérations de morale et d'économie politique que l'on fait valoir pour prétendre que le billet conserve sa valeur au profit du porteur ; ainsi, en un mot, on arrive au même résultat pratique. Y eut-il doute, ne vaut-il pas mieux adopter les raisons qui ont pour elles l'avantage de respecter la logique et un texte aussi positif que l'article 1131 ?

98. — Les conséquences pratiques étant les mêmes, nous aurions peut-être hésité à proposer ces observations s'il n'y avait eu, à rechercher la véritable raison de décider, qu'un pur intérêt doctrinal ; mais cette question dogmatique, qui est sans influence pratique bien sensible sur le sort du tiers porteur de bonne foi, présente une importance plus appréciable par rapport au tiers porteur de mauvaise foi ; celui-ci pourrait s'emparer des arguments à l'aide desquels on défend la cause de celui-là, et soutenir aussi que le souscripteur est son obligé direct par la force du passé à l'ordre ; que les exceptions de nullité qui ne lui sont pas personnelles ne lui sont pas opposables ; que la valeur des considérations morales et économiques qui repoussent l'exception du souscripteur est indépendante de la bonne ou mauvaise foi du porteur, et qu'à tout prendre, s'il a donné ses fonds, c'est en vue de l'engagement du souscripteur qui n'avait pour lui d'autre signification que celle d'un cautionnement. Nous avons vu (*sup.* n° 64 et *infra* n° 112) que c'est ainsi que l'a jugé un arrêt de Bordeaux du 16 février 1868. Un pareil raisonnement ferait crouler par la base tout le système qui, très justement, déclare l'engagement sans effet à l'égard du tiers porteur de mauvaise foi. En décidant qu'il est nul d'une nullité absolue et à l'égard de tous, en vertu de l'article 1131 du code civil, on échappe à une argumentation au moins spécieuse du tiers porteur de mauvaise foi qui, ne pouvant plus fonder son action sur un contrat nul, ne pourra pas davantage la fonder sur un fait dolosif, illicite et immoral auquel il a pris part.

Cette proposition va trouver sa confirmation au paragraphe suivant.

§ 2. — Tiers porteur de mauvaise foi.

99. — Le tiers porteur d'un effet de complaisance qui connaît la nature du titre qui lui est cédé se rend complice du fait immoral et illicite dont cet

effet est la manifestation. Bien plus, il aggrave par sa participation même le caractère dolosif de l'acte et ses conséquences, lorsqu'il le met en circulation. Il n'est même pas excessif de dire que sa culpabilité morale, et par suite sa responsabilité civile, lorsqu'il s'agit d'un banquier, — nous verrons plus tard ce qu'il faut penser de sa responsabilité pénale, — sont plus grandes que celles du souscripteur et de l'accepteur. Cela résulte déjà des propositions qui ont été établies au sujet des opérations d'escompte et de prêt, principalement en matière de banque (*sup.* n° 36 et suiv.). Ce qui reste à dire sur ce point en est une nouvelle justification. Nous voulons parler du crédit de la Banque de France et de la théorie de la troisième signature.

La Banque de France est autorisée à émettre de la monnaie de papier qui a pour le porteur la même valeur que la monnaie métallique. Elle n'a pas seulement pour gage l'encaisse métallique bien inférieure à l'émission des billets de banque; sa garantie réside bien plus encore dans la solidité du papier qui lui est cédé à l'escompte et qui doit représenter des écus que la banque encaisse à l'échéance, en sorte que l'on peut dire que son encaisse est représentée bien moins par les billets de banque qu'elle émet que par les valeurs d'escompte qu'elle a en portefeuille. En échange de papier de commerce payable à terme, elle remet du papier également de commerce créé par elle payable à présentation, tout comme si elle remettait une lettre de change échue que son cédant, devenu ainsi lui-même son cessionnaire, irait encaisser, au sortir de la banque, chez le négociant qui la doit payer. L'opération, dans cette hypothèse, constitue, en droit, une double cession de créances que se font la Banque de France et son client.

Lorsqu'à son tour la Banque de France se présente pour encaisser le papier qui lui a été cédé, le débiteur lui remet le plus souvent des billets de banque. Cette seconde opération constitue à son tour une double libération, au moyen de deux paiements fictifs, la banque acquittant son propre billet en l'acceptant comme espèces.

« On voit que le fondement du crédit dont jouit la monnaie de papier émise par la Banque n'est pas seulement la garantie solidaire des signataires du billet à ordre, c'est encore et surtout la marchandise représentée par ledit billet, marchandise qui est réalisable à bref délai. L'ensemble des escomptes repose donc sur des transactions réelles d'achat et de vente de marchandises. »

Aussi la Banque doit-elle prendre toutes ses précautions pour ne pas être exposée elle-même à ne pouvoir faire honneur à sa signature apposée sur ses billets, et pour que ces billets soient toujours la représentation exacte des écus qui sont dans la caisse de ses débiteurs; pour cela, il faut que le papier qu'elle escompte soit à son tour la représentation exacte des marchandises que ce débiteur a reçues et réalisées en espèces. Ne pouvant contrôler toutes ces opérations de détail, elle exige que la sincérité lui en soit garantie d'abord par la reconnaissance du créancier et du débiteur cédé, et en second lieu par une tierce personne mieux placée qu'elle pour s'en rendre compte, laquelle, à proprement parler, les cautionne, en apposant sa si-

gnature sur l'effet présenté à l'escompte. Dans la pratique la Banque de France reçoit assez peu de papier à trois signatures provenant de deux affaires successives sur marchandises. Il s'est établi des intermédiaires, les banquiers-escompteurs et le Comptoir d'escompte, qui escomptent le papier de commerce à deux signatures et vont le réescompter, en y ajoutant la garantie de la leur, à la Banque de France. (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.* p. 98.)

« La troisième signature est donc celle de l'individu nommé banquier, à qui la Banque a ouvert un compte courant sur ses livres, dont elle connaît la solvabilité et qui, en donnant ainsi sa garantie matérielle, est considéré aussi comme certifiant moralement la réalité d'une transaction commerciale effectuée entre les deux personnes dont les signatures précèdent la sienne.

» Dans le nombre des billets escomptés à la Banque de France, il s'en glisse bien quelques-uns qui ne reposent pas sur des marchandises et qui constituent ce qu'on appelle des billets sur circulation de complaisance; mais ces infractions ne durent pas longtemps; l'escompteur y met fin bientôt sous peine de se voir lui-même dépisté et de perdre son crédit à la Banque qui, *n'ayant pas été instituée pour faire des prêts, mais pour faciliter des actes de commerce*, se tient toujours en garde contre les opérations fictives auxquelles peuvent se livrer des particuliers non commerçants et des commerçants gênés dans leurs affaires. »

La Banque de France ne prend que le papier à recouvrer sur Paris ou sur les villes où elle a des succursales. Presque tout ce papier passe par ses mains. Le papier à recouvrer sur toutes les autres localités, si petites qu'elles soient, se transmet par le banquier-escompteur à ses correspondants de province. Mais la situation de ces derniers vis-à-vis de lui, est, aussi bien au point de vue pratique et économique qu'au point de vue juridique, identiquement la même que celle que nous venons de décrire à l'égard de la Banque de France.

100. — En résumé, voici comment se caractérise, en fait et en droit, l'acte de tout cessionnaire, banquier-escompteur ou simple particulier qui, ayant sciemment accepté du papier de complaisance, le met en circulation. Il fournit au bénéficiaire apparent le moyen de faire fraude à la loi en lui procurant les ressources à l'aide desquelles il retarde le dépôt de son bilan, en même temps qu'il collude avec eux pour tromper les tiers par l'apparence d'un crédit fictif, d'une situation commerciale bien-assisée, et d'opérations qui ne sont qu'imaginaires. En second lieu, il commet personnellement un autre dol direct à l'égard de son cessionnaire, il surprend sa bonne foi et le fait consentir à un contrat de cession qu'il aurait refusé s'il eût connu la nature de la créance cédée. Cela est absolument vrai de la Banque de France, pour laquelle c'est une règle rigoureuse de son fonctionnement, de n'accepter que du papier constatant une opération de commerce sur marchandises et non des prêts en argent; c'est une présomption bien énergique en ce qui concerne les autres cessionnaires, par cette raison que les opérations régu-

lières étant la règle, et le contrat d'escompte étant exclusif de celui de prêt, on est toujours présumé avoir voulu faire une opération de cette nature, à moins que le contraire ne soit démontré. Alors le cessionnaire ne serait plus à son tour qu'un complice de plus de l'acte frauduleux, et il paraît bien impossible qu'au nombre de tous les cessionnaires il ne s'en trouve pas au moins un de bonne foi, ce qui suffirait pour que le contrat fût frauduleux à son égard de la part de toutes les autres parties.

. Si le porteur de mauvaise foi ne met pas l'effet en circulation, il reste la collusion pour faire fraude à la loi et son dol envers les tiers qui sont trompés par le crédit apparent du bénéficiaire de l'effet et qui éprouvent un préjudice en contractant avec lui. (Cass. civ., 1^{er} août 1876, Delamotte-Benilan et C^{ie}).

101.—Dans quel cas le tiers porteur sera-t-il de mauvaise foi? C'est là une circonstance de pur fait que les tribunaux auront à apprécier. Le débiteur apparent établira contre lui la fausseté de la cause de la même façon qu'il le ferait à l'égard du créancier lui-même (*sup.* nos 49 et suiv.). Mais à l'égard du tiers porteur cela ne suffit pas toujours, il faut encore prouver que l'obligation est sans cause; cette preuve du reste, résultera presque toujours de la première, car pour prouver que la cause est fautive, par exemple qu'il n'a pas acheté de marchandises, le souscripteur est amené à prouver qu'il n'a existé aucun rapport commercial pouvant servir de cause à l'engagement.

Mais, de ce que l'obligation est sans cause, il ne s'ensuit pas nécessairement que le tiers porteur en ait eu connaissance au moment où il est devenu cessionnaire du titre. C'est donc là un point non moins important à établir que le premier. La situation du débiteur apparent vis-à-vis du tiers porteur est donc beaucoup plus difficile qu'elle ne l'est au regard du bénéficiaire, et bien souvent il ne pourra pas faire la preuve. Toutefois cette preuve étant de pur fait, et l'exception étant fondée à la fois sur le dol et la fraude à la loi, les simples présomptions suffiront. Il ne pourrait en effet être question ici de contre-lettre ou de commencement de preuve par écrit, parce que le tiers porteur ne traite qu'avec son cédant, et que d'ailleurs il n'arrive jamais en pareil cas que l'on échange des déclarations pour établir la vérité des faits. (DEMOLOMBE, t. VII, n° 185, 1^o.) Comme il s'agit en outre d'une fraude à la loi à laquelle le tiers porteur est accusé d'avoir participé, il est constant que la preuve de sa participation peut être faite par tous les moyens.

Cette preuve résultera donc des circonstances de fait particulières à chaque espèce, et principalement du rapprochement de la profession du débiteur avec celle du créancier, de l'absence des relations commerciales entre eux. Nous en avons déjà donné un exemple au n° 11; on peut en imaginer d'autres, comme lorsque le débiteur est le commis, le père, le fils, le conjoint du créancier apparent. (Cass. civ., 1^{er} août 1876, Delamotte-Benilan et C^{ie}.)

Cependant ces circonstances elles-mêmes ne sont pas toujours suffisamment décisives. Dans l'exemple que nous avons développé sous le n° 11, le billet est souscrit *valeur en marchandises*, alors que le souscripteur et le bénéficiaire font chacun un commerce tout-à-fait différent. Sans doute le tiers porteur a pu connaître cette circonstance, sans que pour cela il ait dû nécessairement savoir que l'obligation n'était pas sérieuse et qu'il n'y avait en réalité qu'un billet de complaisance dans l'intérêt du créancier apparent. Il a pu légitimement croire à une simple simulation de la cause, qui n'exclut pas une cause véritable et licite, comme un prêt ou une donation, et, bien que la chose fût suspecte, être trompé ou consentir à l'être exceptionnellement. Mais lorsqu'elle se renouvelle, lorsqu'un pareil papier se présente à réitérées fois à l'escompte, il lui sera bien difficile d'exciper de son ignorance; les présomptions seront contre lui et il ne pourra les repousser que par la preuve contraire.

En outre la création du billet de complaisance ayant pour but de tromper les tiers et de faire fraude à la loi, le souscripteur peut opposer cette circonstance à l'action du porteur, *consciis fraudis*, comme il pourrait le faire à celle du bénéficiaire lui-même. La preuve de la fraude est ici connexe à celle de la simulation même, car du moment que le tiers porteur sait que le souscripteur n'est qu'un complaisant, les conséquences invincibles sont que l'opération simulée est de nature à induire les tiers en erreur, et que le commerçant qui a recours à cet expédient est obéré. (DEMOLOMBE, t. 1^{er}, n° 373.)

102. — La situation du tiers porteur de mauvaise foi étant telle, il est bien évident qu'il est sans action contre tous les signataires du titre dont il est cessionnaire.

Occupons-nous d'abord du débiteur apparent, le souscripteur, s'il s'agit d'un billet à ordre, le tiré, s'il s'agit d'une lettre de change.

Si le souscripteur du billet à ordre ne paie pas à l'échéance, le porteur est sans action contre lui, d'abord parce que sa participation à un acte dolosif et frauduleux le rend non recevable à se prévaloir des obligations qui en résultent; et ensuite parce que, sachant que le débiteur ne devait en réalité rien, il n'a pas dû compter, en fournissant les fonds, sur un engagement qu'il savait nul; le débiteur apparent, n'ayant pas voulu s'engager, le repousserait par une simple exception de dol.

Si c'est une lettre de change non acceptée, pour laquelle le tireur n'a pas fait la provision, le tiré ne devant qu'autant qu'elle existe ne peut encourir aucune poursuite de la part du preneur. Il importe peu que la lettre de change soit sérieuse ou simulée; il y a toutefois cette différence que, dans le second cas, le preneur sait d'avance que le tiré ne doit être, à l'échéance, personnellement débiteur d'aucune somme au tireur. (Art. 116 du code de commerce.)

Le tiré qui a accepté, se trouve dans une situation analogue à celle du souscripteur d'un billet à ordre : son engagement est sans cause. La pré-

somption de provision qui résulte de son acceptation ne peut pas être invoquée par le preneur de mauvaise foi par les mêmes motifs que le porteur du billet à ordre ne peut pas se prévaloir, contre le souscripteur, de son engagement.

Il est encore très important de ne pas oublier que la simulation de l'effet de commerce le réduisant à n'être plus qu'une simple promesse, dès qu'elle est démontrée à l'égard du porteur, la créance n'est plus transmissible par voie d'endossement. (Art. 136 et 187 du code de commerce.) Il n'y a plus là qu'une créance ordinaire, et l'article 1696 du code civil reprend son empire, c'est-à-dire que le cessionnaire n'est valablement saisi que par la signification au débiteur cédé ou son acceptation de la cession. Il n'y a pas à se préoccuper du fait que les parties seraient commerçantes, car un commerçant peut contracter en dehors des besoins de son commerce.

103. — Quant au tireur, il peut encore moins agir contre l'accepteur, puisque, nonobstant l'acceptation, c'est toujours à lui à prouver, en cas de dénégation, l'existence de la provision à l'échéance. (Art. 117 du code de commerce.)

Que si le tireur a fait la provision, les choses se passent comme si la lettre de change était sérieuse, bien que nous ayons reconnu qu'elle n'en constitue pas moins un acte répréhensible. Aussi le tiré peut-il refuser de recevoir la provision pour acquitter la traite, et répudier ainsi toute participation à un acte malhonnête.

104. — Voyons maintenant si le porteur de mauvaise foi a une action contre son cédant, s'il s'agit d'un billet à ordre, contre le donneur d'ordre, s'il s'agit d'une lettre de change.

La situation juridique du bénéficiaire d'un billet à ordre vis-à-vis du porteur, est celle d'un cédant vis-à-vis du cessionnaire et est déterminée par l'article 1693 du code civil, la simulation rendant inapplicable l'article 140 du code de commerce. Il lui doit la garantie de l'existence de la créance et celle de la solvabilité du débiteur cédé au jour de la cession, quand il s'y est engagé. (Art. 1694 du code civil.) Mais si la créance n'est que fictive, la cession n'a pas eu d'objet, elle est nulle, et le cessionnaire qui l'a su ne peut exiger ni la livraison, ni la garantie, parce que livraison et garantie sont les conséquences d'une vente, et que, là ou celle-ci n'existe pas, celles-là ne peuvent se rencontrer. (Art. 1582, 1604, 1689 du code civil.)

Il n'y a qu'une simple promesse.

105. — Cependant, dira-t-on, le cessionnaire a payé le prix de la cession, fourni ses fonds à son cédant, celui-ci ne peut pas s'enrichir à ses dépens, il est donc équitable qu'il le rembourse, et son action tendrait alors à une véritable répétition de l'indû.

Sans aucun doute, il existe un engagement du cédant au cessionnaire, mais celui-ci peut-il contraindre celui-là à le remplir? Telle est la question.

Si non, ce ne peut être qu'affaire de conscience et les tribunaux n'ont pas à s'en occuper.

Il faut en effet, pour résoudre la question, déterminer quelle est la nature juridique apparente du rapport qui existe entre le cédant d'un billet de complaisance et le cessionnaire. Nous disons nature juridique *apparente* parce que le caractère juridique n'appartient qu'aux actes, aux situations que reconnaît et protège la loi, qui peuvent être sanctionnés par un droit, et précisément l'objet de notre recherche actuelle est de découvrir, s'il y a un engagement protégé par la loi.

Le cessionnaire qui a payé le prix d'une cession, laquelle ne peut sortir à effet, a payé ce qu'il ne devait pas ; il semble que, d'après cela, le porteur du billet de complaisance pourrait exercer la répétition de l'indû. S'il en était ainsi, son action en répétition serait, en cas de mauvaise foi, repoussée par l'exception de dol et de fraude, car il aurait payé en exécution d'un contrat nul comme immoral et illicite, ainsi que nous l'avons reconnu pour l'action en répétition que prétendrait exercer le bénéficiaire. A la vérité les cas seraient identiques, et, à ce point de vue, le porteur ne serait pas plus favorable que le souscripteur. Mais nous ne croyons pas qu'en principe, il y ait ici place pour une action en répétition de l'indû, par cette raison que, pour prétendre avoir indûment payé, il faut prouver avoir payé par erreur, se croyant débiteur alors qu'on ne l'était pas.

Tel n'est pas le cas du porteur, puisque nous raisonnons dans l'hypothèse où il a su que la créance et la cession qui lui en était faite, étaient toutes deux fictives.

106. — Il faut donc rechercher quelle a été l'intention des parties, le contrat véritable qu'elles ont entendu faire en le simulant sous l'apparence d'une cession de créance. Nous l'avons dit, c'est un prêt pur et simple, et cela est d'autant plus vrai que le billet à ordre simulé ne vaut que comme simple promesse.

Il en sera de même s'il s'agit d'une lettre de change.

C'est alors que se pose la question de savoir si le prêteur, c'est-à-dire le porteur de l'effet, peut agir en remboursement contre l'emprunteur, c'est-à-dire le cédant.

S'il est vrai que la forme sous laquelle le prêt a été dissimulé a eu pour objet de faire croire à une opération commerciale sérieuse qui serait intervenue entre le souscripteur et le bénéficiaire, le tiers porteur qui a donné son concours à cette manœuvre en apposant sa signature sur le billet, en en garantissant ainsi la sincérité, a participé à un acte dont l'immoralité n'a plus besoin d'être démontrée. (V. nos 36 et 37.)

Si, d'une autre part, il est également incontestable que le bénéficiaire de l'effet n'a eu d'autre but, en le créant, que de se procurer les moyens de prolonger son existence commerciale au grand détriment de ceux qui ont confiance en sa loyauté et sa solvabilité, toutes deux depuis longtemps disparues, si en ayant recours à ce moyen il a fait fraude à la loi (art. 437 et s.

et 585, 586 du code de commerce), le prêteur qui lui a fourni les moyens d'accomplir cet acte délictueux, sachant qu'ils y devaient servir, s'est rendu matériellement et volontairement, si ce n'est pénalement, complice du même fait, et a accompli un acte illicite.

Cet acte peut encore être illicite et immoral à un autre point de vue. Il sera bien rare, en effet, qu'en telle occurrence, des négociations de valeurs de ce genre ne servent pas de prétexte à des perceptions abusives, à des droits d'agio et de commission excessifs, proscrits par la loi de 1807 et une jurisprudence constante; l'obligation se trouve avoir ainsi une clause accessoire, prise par les contractants comme complémentaire de la première; une contagieuse illégalité, dit M. Larombière, les affecte toutes deux; le contrat est entièrement nul. (LAROMBIÈRE, art. 1133, n° 52.)

Il suffit donc que l'emprunteur actionné en paiement, dévoilant la turpitude commune, excipe de ces circonstances de fait et les prouve, pour que le prêteur soit déclaré non recevable en son action. Car l'intérêt de la morale et de l'ordre public feront alors écarter la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (sup., nos 55 et s.).

107.— Cette solution nous semble irréprochable. Cependant elle paraîtra rigoureuse et peut-être excessive en ce que l'emprunteur s'enrichit de la sorte aux dépens du prêteur, et qu'il est contraire à la morale qu'il tire un lucre d'un acte que la loi et la morale réprouvent également. Mais nous avons répondu déjà par avance à cette objection à l'occasion de la répétition de l'indû, et nous avons appuyé notre solution sur la jurisprudence qui, en matière de contrats honteux, ne se laisse pas arrêter par ce genre de considérations. L'acte ne peut produire aucun effet, par conséquent il ne peut, même comme pur fait, servir de fondement à aucune action. Nous ne voyons pas quel moyen de fait, pouvant prévaloir sur une règle de droit, le prêteur pourrait trouver pour écarter l'application de ce principe rigoureux, et échapper aux conséquences de sa turpitude.

Invoquera-t-il, comme dernière ressource, l'action *de in rem verso*? — En fait le moyen serait bien précaire; car il est à peu près certain que la situation de l'emprunteur aux abois, loin de s'être améliorée, s'est aggravée par un prêt considéré par la loi elle-même comme onéreux. (Art. 585 du code de commerce.) Nous supposons que le débiteur est en état effectif de cessation de paiement, puisque c'est alors seulement que d'ordinaire il contracte de pareils emprunts: le prêt ne fait donc que substituer à une dette une autre dette plus lourde, en grevant le passif du débiteur des frais accessoires d'agio: c'est justement là le motif de l'article 585, § 3, du code de commerce.

Mais en droit, le moyen n'a aucune valeur, car, ne s'agit-il même que d'une action *de in rem verso*, le créancier ne la peut fonder que sur le même fait que s'il exerçait l'action en paiement, fait immoral et illicite dont peut toujours, et contre toutes poursuites, exciper le débiteur,

108.—Peut-être serait-il possible d'apporter quelque tempérament à cette rigueur du droit, lorsque le prêteur bien que connaissant la situation de l'emprunteur, et les conditions irrégulières du prêt, s'est cependant fait illusion, et a agi avec une entière bonne foi, sans se rendre compte de la gravité d'un acte qu'il n'eût pas accompli s'il en avait compris les conséquences illicites et immorales. Nous ne ferions toutefois une telle concession qu'autant seulement que les circonstances de fait, assez favorables pour faire incliner vers l'adoucissement du principe, seraient exceptionnelles et particulièrement puissantes, comme par exemple le cas où le prêteur, d'une honorabilité à l'abri du soupçon, aurait consenti à une opération isolée s'expliquant par un sentiment de pitié pour une situation qu'il en a cru digne. Mais, à la vérité, ce n'aurait été là autre chose, de la part du prêteur, que faire le mal en vue d'un certain bien, et ce serait presque, de la part du juge, se conformer à cet exemple fâcheux, que de se départir un instant d'une inflexibilité salutaire.

On nous objectera sans nul doute un axiôme fameux : la rigueur du droit est souvent l'injustice. N'est-ce pas, dira-t-on, faire aux banquiers-escompteurs, — car ce sont bien eux surtout qu'atteint cette inexorable application du principe, — c'est faire aux banquiers une situation bien dure et tout à fait imméritée. Ce sont des négociants honnêtes, dont la profession est au premier chef utile aux commerçants, ce sont les dispensateurs du crédit qui est la vie même du commerce ; les punir de la facilité avec laquelle ils le dispensent, n'est-ce pas les obliger à le restreindre, et paralyser leur action bienfaisante ?

Tout cela est très vrai ! Mais les agents de change aussi sont des négociants éminemment honnêtes et utiles, et tout le bien que l'on peut dire des banquiers et de leur mission économique et sociale, s'applique également aux agents de change, et cependant nous voyons que toute action leur est refusée contre leurs clients pour le paiement de leurs découverts à l'occasion des opérations à terme, reports, etc., dont ils se font les intermédiaires, quand elles constituent un jeu ou pari. Les marchés à terme sont en soi des opérations licites et honnêtes, du moins de très bons auteurs et des arrêts le décident ainsi, et nous l'admettons volontiers, n'ayant pas à prendre parti dans la controverse. (BOZÉRIAN, *la Bourse, etc.*, t. 1^{er}, n^o 348. — V. aussi le même, ap., *Rev. prat.*, t. V, p. 45, et t. VIII, p. 171). De même l'escompte du papier de commerce, et toutes les opérations de banque, dont les effets de complaisance présentent les apparences, sont aussi licites, honnêtes et très utiles. Mais l'abus en toute chose est mauvais, celui du crédit, comme celui des opérations de bourse. Tous deux engendrent la fraude, l'escroquerie et toutes ses variétés, la déloyauté, toutes choses aussi antipathiques au crédit commercial qu'au crédit public.

Peut-être les banquiers ne se rendent-ils pas compte de la gravité des actes auxquels ils se prêtent, de ce qu'ont de répréhensible, de coupable les opérations qui se cachent sous les mêmes apparences que celles qu'ils effectuent chaque jour ; nous le voulons bien. Ils sont plus imprudents et

irréfléchis que consciemment coupables, nous l'accordons encore. Mais en définitive, tant pis pour eux : *culpa crassa dolo æquiparatur*. L'indulgence à leur égard ouvre la porte aux abus les plus éhontés, les plus scandaleux : c'est ce qui n'a pas manqué d'arriver.

109. — Ce que bien des banquiers ont d'abord fait par irréflexion, imprudence, facilité, beaucoup d'autres l'ont fait en vue de lucre plus ou moins avouables, et voilà que depuis plusieurs années des sociétés se sont créées pour exploiter au grand jour cette nouvelle branche d'industrie, ce moyen productif d'utiliser le crédit. Elles se sont parées de titres à la mode, se sont placées sous le patronage d'une idée qui a eu son jour de vogue, le système coopératif, et qui n'a que trop souvent été la coopération à faire des dupes mutuelles et réciproques. Elles annoncent hautement, par tous les moyens dont la publicité dispose, que l'objet unique de leur institution est de mettre en rapport les commerçants qui ont besoin de crédit — *id est* les commerçants à bout de ressources — et de leur faciliter le moyen de se procurer l'argent qui leur fait défaut, par un échange de billets à ordre.

110. — Les tribunaux de commerce et les cours d'appel n'ont pas été longtemps à flétrir ce commerce interlope¹. Mais la jurisprudence n'atteint que les commerçants qui ont recours aux bons offices des *sociétés coopératives*, elle ne frappe que leurs victimes, pourrions-nous presque dire ; quant à ces sociétés, elles échappaient aux responsabilités civiles de leurs opérations parce qu'elles avaient soin de se borner au rôle d'intermédiaires officieux. Mais là où la justice civile était impuissante, la justice répressive pouvait se servir des armes que lui confie la loi pénale. Après quelques hésitations, elle s'est enfin décidée à prendre en main la cause de la bonne foi et de la morale outragées. Nous examinerons en son lieu cette face de notre sujet.

111. — De tels exemples suffisent pour démontrer l'inopportunité de la douceur et des tempéraments, la nécessité d'appliquer les principes du droit dans toute leur rigueur et contre tous ceux qui y prennent part, toutes les fois que se rencontrent de tels agissements. Quelle différence, en effet, pourrait-on faire entre les actes des sociétés coopératives de crédit, tels qu'ils viennent d'être indiqués, et ceux du banquier qui escompte, en connaissance de cause, des valeurs fictives, et qui les met en circulation ? A la

1. Citons un arrêt de la cour d'Amiens du 4 mai 1878 (S., 79, 2, 44), qui confirme de tout point la doctrine sur laquelle repose toute notre dissertation : « Considérant qu'il résulte des documents du procès que le but réel de la Société à laquelle appartenaient Tellier et Hourdain était d'organiser une circulation de valeurs fictives dans des conditions offrant aux associés *les facilités les plus dangereuses, au point de vue de l'intérêt public, pour tromper, sur les bases comme sur l'étendue de leur crédit, les tiers qui pourraient traiter avec eux* ; — Considérant que cette société ayant une cause et un objet manifestement illicites, n'a pu créer, entre ses membres, d'obligations légales. »

V. enc. trib. de la Seine, 23 févr. et 10 déc. 1875 et 16 août 1877 ; trib. d'Amiens, 9 avril 1878 (Ces deux derniers jugements sont rapportés par SIREY, en note de l'arrêt d'Amiens). — Paris, 25 mai et 16 août 1877.

vérité les sociétés coopératives ne servent que d'intermédiaires, elles n'escomptent pas, elles facilitent seulement l'escompte. Seraient-elles moins coupables si elles le faisaient effectivement, en apposant leur signature au dos de ces valeurs? Et le fait seul de leur entremise n'engage-t-il pas suffisamment leur responsabilité civile envers leurs victimes le jour où elles oseront se plaindre?

L'escompteur qui reçoit et négocie du papier de cette nature, que fait-il autre chose que ce que font les sociétés coopératives? si ce n'est qu'il engage directement sa responsabilité morale et pécuniaire. On peut dire de lui ce que l'on dit des receleurs : s'il ne se rencontrait pas des escompteurs complaisants pour recevoir le papier fabriqué dans les bureaux des sociétés coopératives et pour fermer complaisamment les yeux sur les fraudes dont il porte la marque si visible, l'industrie équivoque de ces sociétés n'aurait aucun moyen de s'exercer. Ils font plus encore que de faciliter l'acte coupable des créateurs du papier, ils participent à cet acte même, ils sont des agents directs du dol et de la fraude; ils ne sont pas complices, ce sont des coauteurs. Où seraient donc les causes d'atténuation en leur faveur?

112. — Il a été jugé que, bien qu'il ne fût intervenu aucune opération commerciale sérieuse entre le souscripteur et le bénéficiaire d'un billet à ordre, entre l'accepteur d'une lettre de change et le tireur, l'engagement du souscripteur ou de l'accepteur pourrait être considéré comme un cautionnement en faveur du bénéficiaire au profit du porteur. C'est ce que décide un arrêt de Bordeaux du 16 février 1868, déjà cité.

« Attendu qu'il est constant en fait dans la cause et reconnu par F... lui-même, que lorsque le billet de 3,000 fr., souscrit par R... à l'ordre d'A..., a été passé à son ordre par ce dernier, il n'a reçu ce billet qu'à titre de garantie d'une créance de 14,000 fr. qu'il aurait déjà par ailleurs contre A... auquel F... a promis de remettre le susdit billet quand les 14,000 fr. auront été acquittés par lui; — Attendu qu'en présence du fait ainsi avoué, F... ne peut pas revendiquer les droits du tiers porteur auquel la propriété d'un billet à ordre a été transférée par un endossement régulier et sans condition; que c'est une simple garantie qu'il a entendu accepter par la réception de cet effet qui n'avait point d'ailleurs de cause commerciale; que R... est donc devenu seulement caution de la créance de F... vis-à-vis d'A..., et que, dans cette situation, les articles 157 et 187 combinés du code de commerce demeurent sans application. » (*Mémor. du comm. et de l'indust.*, de LE HIR, 2^e partie, *Jurisprud.*, 1863, p. 206.)

Cette décision n'a d'autre valeur que celle d'un arrêt d'espèce. Autrement, si on la généralisait, il n'y aurait plus d'effet de complaisance qui ne pût prétendre se justifier par un cautionnement. Sans doute il est licite de cautionner l'emprunt fait par un commerçant, et ce cautionnement peut être fourni par une voie indirecte; mais il faut que le prêt soit lui-même licite, qu'il n'ait pas pour but de faire fraude à la loi, et que la forme adoptée n'ait pas pour objet de tromper les tiers; sinon, le cautionnement

n'a pas plus de valeur que le contrat cautionné (art. 2012 du code civil). Tout ce que nous avons dit précédemment, en particulier à l'occasion des prêts dissimulés, dispense d'insister. (V. *sup.*, nos 36 et suiv. et n° 90.)

C'est dans ce sens qu'un arrêt de la même cour de Bordeaux du 6 mars 1868, a annulé à l'égard d'une femme mariée, les billets par elle souscrits au profit de son mari, pour faciliter les affaires d'une société à laquelle il appartenait, bien que le porteur eût soutenu que ces billets constituaient un cautionnement, malgré la cause erronée qu'ils indiquaient. (SIREY, 1870, 1, 217.)

113. — L'endosseur de mauvaise foi encourt la responsabilité de son fait vis-à-vis de tous ceux qui ressentent un dommage résultant de sa cession, et s'ils en demandent la résolution, il doit la subir, par la raison péremptoire que leur consentement a été surpris par dol ou tout au moins donné par erreur, et qu'en outre, l'obligation étant nulle, la cession n'en a pas plus de cause. Il n'est aucun escompteur qui, ayant endossé au profit de la Banque de France ou du Comptoir d'escompte des lettres de change n'ayant pour cause qu'un prêt dissimulé, songe à refuser de les reprendre à la première réquisition de son cessionnaire avant l'échéance, et à restituer le prix de la cession.

Il en est de même, du reste, pour l'endosseur de bonne foi. (V. *suprà*, n° 25.)

CHAPITRE CINQUIÈME

EFFETS A L'ÉGARD DES TIERS, CAUTIONS, CRÉANCIERS, ETC.

SOMMAIRE

114. — Objet du chapitre.

§ 1^{er}. *Des cautions et de ceux qui garantissent la dette par nantissement ou par hypothèque.*

115. — Assimilation de la caution à celui qui confère, pour le compte d'autrui, une hypothèque ou un nantissement.
116. — Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, art. 2012 du code civil.
117. — La caution est, suivant les cas, tiers ou ayant cause, par rapport au débiteur principal.
118. — Exceptions personnelles à la caution. Art. 2015 c. civ.
119. — La caution garantit-elle le dommage résultant du délit ou du quasi-délit du débiteur principal? Opinion de Troplong.
120. — Opinion de Ponsot. Réfutation.
121. — Suite.
122. — Distinction entre le cas où la caution a connu le délit et celui où elle l'a ignoré. Si elle l'a connu, elle est tenue comme coauteur et débiteur principal, et non caution.
123. — Si elle l'a ignoré, elle ne peut en être tenue, parce que l'obligation qui en résulte est différente de celle qu'elle a cautionné.
124. — Opinion de Dalloz.
125. — Bénéfice de l'art. 2037 c. civ. Différence profonde qui sépare le cautionnement d'un compte-courant ou d'une ouverture de crédit, de celui d'une dette antérieure ou créée au moment où il est donné.
126. — Droit de contrôle de la caution relativement à ce genre d'opérations.
127. — Le créancier est à cet effet le mandataire implicite et tacite de la caution.
128. — Nature du contrat de compte courant. Il peut prendre fin au gré des parties principales. La caution a le même droit en ce qui concerne son obligation accessoire.

129. — Le créancier doit informer la caution des circonstances qui modifient la solvabilité du crédit.
130. — Il n'a aucune raison avouable pour ne le pas faire.
131. — Obligation de subroger imposée par la loi au créancier.
132. — Etendue de cette obligation. Arrêt de Toulouse du 23 mai 1859.
133. — La négligence de la caution ne justifie pas celle du créancier. Opinion de Dalloz. Le créancier qui subroge la caution est dans la situation d'un vendeur de créance.
134. — La caution ayant garanti des opérations sérieuses, le créancier doit, en la subrogeant, lui remettre des titres de créance sérieux.
135. — Dol du créancier; en quoi il consiste. Opinions des auteurs.
136. — Comment il se manifeste.
137. — 1^o Abus de confiance.
138. — 2^o Aggravation des risques de la caution.
139. — Suite.
140. — C'est au moment où le créancier donne crédit au débiteur qu'il faut se placer pour apprécier le dol de l'opération.
141. — 3^o Inexécution du mandat exprès ou tacite donné par le fidéjusseur.
142. — Suite.
143. — 4^o Impossibilité de subroger la caution.
144. — Résumé.
145. — Application des règles qui précèdent à celui qui a conféré une hypothèque ou un nantissement.

§ 2. *Effets à l'égard des autres créanciers ou de la faillite du débiteur ou des endosseurs.*

146. — Division.
147. — A. Le porteur de bonne foi a droit d'être admis à la faillite de son débiteur et de prendre part aux distributions de son actif.
148. — Suite.
149. — Indécision de la jurisprudence consulaire sur ce point. Erreurs de droit et confusion de principes commis par plusieurs jugements et arrêts.
150. — Suite.
151. — Si le créancier a été admis par erreur, l'admission peut être annulée.
152. — S'il a déjà touché des dividendes, il peut être contraint à restituer.
153. — L'action en répétition est également ouverte aux créanciers du débiteur qui a payé indûment. Arrêt de Toulouse du 21 juillet 1870.
154. — La nullité de l'effet de complaisance, opposable au porteur de mauvaise foi, l'est aussi à ses actionnaires et à ses créanciers après la faillite. Bordeaux, 6 mars 1868.
155. — B. Le négociant qui entretient le crédit fictif d'un débiteur à l'aide d'une circulation de complaisance, est responsable envers les autres créanciers qui ont été trompés par cette apparence de crédit.
156. — Arrêt de cassation. ch. civile, du 1^{er} août 1876.

114. — Nous avons examiné jusqu'à présent les effets des valeurs de complaisance entre les personnes qui concourent à leur émission ou à leur circulation, qui sont, en un mot, parties soit au contrat dont la création de ce papier est l'exécution, soit aux contrats successifs de cessions dont il est ensuite l'objet. Il n'est pas moins utile de rechercher leurs effets à l'égard de toutes autres personnes dont les intérêts peuvent se trouver compromis.

par l'émission et la circulation de ces valeurs, ce qui comprend : 1^o celles qui sont tenues comme garants de la dette par suite d'un cautionnement, d'une affectation hypothécaire ou d'un nantissement; 2^o les autres créanciers des souscripteurs et endosseurs ou de leur faillite.

§ 1^{er}. *Des cautions et de ceux qui garantissent la dette par nantissement ou par hypothèque.*

115. — Tout ce qui, dans notre sujet, est vrai de la caution l'est également de celui qui confère un nantissement ou une hypothèque pour le compte d'autrui : leur situation est identique. Les effets du cautionnement sont plus étendus que ceux qui résultent de l'affectation hypothécaire ou du nantissement, car le fidéjusseur s'oblige personnellement au paiement de la dette d'autrui, et en même temps tous ses biens meubles et immeubles (art. 2092 du code civil), tandis que celui qui fournit une hypothèque ou un nantissement n'est tenu que sur la chose ainsi affectée au paiement de cette dette. Mais ce dernier a, avec le fidéjusseur, ce point essentiel de ressemblance que comme lui il n'est tenu que pour autrui et non pour une dette qui lui soit propre; il a entendu comme lui ne s'engager qu'accessoirement et ne consentir qu'un cautionnement restrictif et purement réel, comme le dit Ponsot, en ne s'obligeant que sur sa chose, meuble ou immeuble, au lieu de s'obliger personnellement. L'assimilation est encore plus complète à ce point de vue, depuis que, par l'abolition de la contrainte par corps, les obligations de la caution ne peuvent plus s'exécuter que sur ses biens. Tel est le motif qui a dicté les articles 2018 et 2019 du code civil, lesquels exigent que la caution ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et que l'on n'ait égard, pour estimer sa solvabilité, qu'à ses propriétés foncières excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. (Ponsot, *Traité du cautionnement*, nos 16 et suiv. — Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, § 429, note 20.) C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de préciser le rôle du colporteur d'hypothèque ou de nantissement, d'apprécier les limites dans lesquelles il s'est engagé, d'interpréter et d'appliquer la convention, c'est d'après les règles du cautionnement et en particulier celles des art. 2015 et 2037 du code civil qu'il faut se décider. Tout ce que nous allons avoir à dire de la caution, s'applique donc de tout point à celui qui fournit pour autrui une hypothèque ou un nantissement.

116. — Le cautionnement ne pouvant exister que sur une obligation valable (art. 2012 c. civ), s'il s'applique à un billet de complaisance il n'a pas plus d'effet que le billet lui-même. Et il n'en serait pas autrement si le cautionnement avait été expressément donné en vue de garantir le créancier contre la nullité du billet, car on ne garantit pas plus le néant qu'on ne le ratifie.

Tel est le principe général, et on pourrait dire absolu qui régit cette partie du sujet. Il semble donc que pour connaître le sort du débiteur ac-

cessoire, il suffit de renvoyer à ce qui a été dit précédemment touchant le débiteur principal : ainsi que la situation, les raisons de décider sont les mêmes.

Il n'y a en effet rien à ajouter, car le bon sens a enseigné, avant que l'article 2036 l'eût formulé en règle de droit, que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette : c'est une déduction nécessaire de l'article 2012 du code civil. (Cf. TROPLONG, *loc. cit.*, nos 49, 84, 85.)

Mais nous avons reconnu en même temps que si le créancier n'a pas l'action fondée sur le contrat, il en a une, quand il est de bonne foi, fondée sur l'article 1382 du code civil. Le cautionnement s'applique-t-il à la créance de dommages-intérêts qui remplace celle qui serait résultée du contrat s'il n'eût été nul ? L'action de l'article 1382 est-elle au contraire toute personnelle contre l'auteur de la faute, de telle sorte qu'elle ne puisse atteindre la caution, se substituer à la première obligation avec toutes les garanties qui s'y rattachaient ?

Pour trouver la solution, nous aurons plusieurs points à examiner. Et d'abord il faut résoudre une question préalable, qui est celle de savoir si la caution est l'ayant cause du débiteur principal, car dans ce cas, elle ne pourrait pas plus que lui, en principe, repousser l'action née de l'article 1382.

117. — L'ayant cause est celui qui a la même cause qu'une autre personne, *qui habet eandem causam*, qui, pour faire valoir sa prétention, est obligé d'invoquer le droit de cette autre personne, de prendre sa cause, d'identifier sa propre cause avec la sienne. (DALLOZ, *Répert.*, v^o *Obligation*, n^o 392, *in fine*; AUBRY et RAU, t. V, p. 674, 3^e édit.) Mais c'est là un rôle purement contingent, qu'il peut prendre ou répudier suivant son intérêt, et que la loi ne lui impose pas bon gré malgré. S'il estime qu'il est avantageux pour lui de se prévaloir des faits et droits de celui auquel il peut se rattacher par un lien juridique, l'article 1166 du code civil lui vient en aide et il se fait l'ayant cause de cette personne. Si son intérêt est tout opposé, il reste un tiers, se sépare d'elle, répudie ses actes, et loin de s'armer de sa propre cause, il la combat et devient ainsi son adversaire en même temps que de tous ceux qui, défendant ces mêmes actes, se rangent du parti de celui qui les a accomplis et se font ses ayants cause.

Les créanciers sont ceux qui ont intérêt à prendre parti dans l'un ou l'autre camp, et leur intérêt est la seule règle de leur choix, comme leur choix est la seule raison du rôle juridique qu'il convient de leur appliquer. C'est dans ce sens que l'on dit que le créancier est ayant cause de son débiteur; on peut aussi justement dire qu'il est un tiers à son égard. La Faillite, l'Ordre présentent à chaque instant l'exemple de créanciers qui sont les uns des ayants cause du débiteur, les autres des adversaires d'eux et de ce débiteur, et par conséquent sont des tiers.

Pour rentrer dans notre sujet, le fidéjusseur, qui est à la fois un créan-

cier et un débiteur éventuel, est tiers ou ayant cause à son choix et il peut même être à la fois l'un et l'autre dans la même instance judiciaire. Il est l'ayant cause du débiteur quand il oppose au créancier cautionné les exceptions personnelles au débiteur et inhérentes à la dette, quand il s'arme de l'article 2036; il est au contraire un tiers quand il oppose à ce même créancier toutes les exceptions qui lui sont personnelles et qui résultent de la nature du cautionnement.

118. — La première de ces exceptions est celle que lui fournit l'art. 2015 du code civil « le principe que le cautionnement doit être renfermé dans ses limites a été formulé d'une manière frappante par Casaregis, en ces termes, que cite M. Troplong : *Fidejussio est strictissimi juris et non durat vel extenditur de re ad rem, de personâ ad personam, de tempore ad tempus*. Il a reçu de fréquentes applications. » (CARETTE, ap. *Sir.*, 1861, I, 417, note.) Cela signifie que le juge doit se renfermer strictement dans les termes du contrat, se garder de toute interprétation extensive et rationnelle, de tout ce qui serait une aggravation du cautionnement en dehors de ce que la caution a pu raisonnablement prévoir; qu'il doit, en un mot, limiter l'engagement à ce qui y est exprimé, écarter presque d'une façon absolue les articles 1160 et 1164 du code civil, et étendre au contraire en faveur de l'obligé l'application des articles 1156, 1162 et 1163. L'interprétation doit être si étroite que le législateur s'est cru obligé de préciser, dans l'article 2016, la seule extension implicite que le cautionnement puisse comporter. (TROPLONG, *Cautionnement*, n° 148. — PONSOT, *d°*, n° 114. — DALLOZ, *Répert.*, *d°*, nos 91 et suiv.)

C'est qu'en effet celui qui intervient pour garantir l'exécution d'une obligation est déjà favorable par cette raison que c'est de sa part, au moins d'ordinaire, un contrat de bienfaisance autant à l'égard du débiteur cautionné qu'à celui du créancier auquel il assure le paiement de sa créance, sans tirer du contrat aucun profit. Il mérite plus particulièrement faveur, parce qu'il est pénible de le voir victime de son humanité. (TROPLONG, nos 133 et 134. — PONSOT, nos 16 et 17.)

119. — Cela posé, nous sommes maintenant plus libres pour répondre à la question de savoir si le cautionnement garantit l'obligation de réparer le dommage causé par le délit ou le quasi délit du débiteur principal.

Cette réponse doit être négative, parce que le cautionnement ne peut pas s'étendre d'une créance à une autre, *de re ad rem*. Que le préjudice, la créance née d'un dol, puisse être cautionné, nul doute; mais le dol n'étant pas compris dans l'obligation principale, n'étant ni de l'essence, ni de la nature de cette obligation, le fidéjusseur n'en répond pas à moins qu'il ne s'y soit expressément engagé. Encore ne pourrait-il pas, en connaissance de cause, cautionner l'acte immoral ou illicite, projeté ou prévu: car d'une part un tel acte ne peut pas plus être cautionné qu'il ne peut être ratifié; et d'autre part un tel cautionnement serait lui-même contraire aux bonnes

mœurs et à la loi; en d'autres termes le cautionnement ne peut s'appliquer qu'à un fait éventuel, fortuit, indéterminé, et il doit pour cela être exprès, formel et non équivoque. C'est, sous une autre forme, ce qui se rencontre dans le contrat d'assurance.

M. Troplong semblerait émettre une opinion contraire quand il dit, après Casaregis et Emérigon, que le fidéjusseur « est tenu de la faute et du dol de celui qu'il a cautionné » (*loc. cit.*, n° 162). S'il fallait prendre cette sentence à la lettre, l'auteur serait en contradiction avec ce qu'il a dit aux n°s 83 et suivants. Mais l'exemple qu'il donne prouve que telle n'est pas sa pensée : c'est celui d'un sinistre frauduleux pratiqué par l'emprunteur à la grosse pour échapper au remboursement du prêt qui ne doit être effectué qu'au cas d'heureux retour. On voit tout de suite combien cet exemple diffère des espèces que nous étudions, qu'il ne peut servir à démontrer que la caution répond du dol employé par le débiteur principal pour créer la dette. Il ne s'agit pas ici du dol s'appliquant à la créance, mais du dol s'appliquant à la libération, de celui qui a été pratiqué pour éluder l'obligation principale, d'ailleurs parfaitement valable. Celui-là, il est bien certain que la caution en répond, ou, pour être plus exact, qu'elle ne peut s'en prévaloir. Le débiteur est toujours en tort de manquer à son obligation; il importe peu que ce soit par infortune ou de propos délibéré; il ne paie pas, cela suffit. Le cautionnement n'a pas d'autre but que de garantir le créancier contre cette éventualité.

120. — Ponsot, de son côté, avance la proposition suivante : « Il peut arriver que la convention principale soit nulle, *d'une nullité absolue*, mais que, néanmoins, le législateur, en annulant l'obligation que le débiteur avait voulu contracter, le soumette, par un motif d'équité, à une obligation secondaire en dommages-intérêts, obligation suffisante pour servir de cause au contrat de cautionnement et le soutenir » (*loc. cit.*, n° 38, 2°). Nous ferons d'abord remarquer qu'il n'eût pas été inutile de citer le texte par lequel le législateur édicte une pareille exception à la règle si absolue des art. 1131 et 2015. Que l'obligation principale puisse, en disparaissant, faire place à une obligation secondaire née de l'art. 1382, nous l'avons démontré; que d'autre part cette obligation secondaire puisse servir de cause à un contrat de cautionnement valable, cela n'est pas discutable : mais que le cautionnement secondaire résulte implicitement, virtuellement, par l'effet de la loi, d'un engagement qui n'a été pris qu'en vue de l'obligation principale, et en dehors de toute stipulation formelle, c'est justement ce qu'il s'agit de démontrer. Affirmer sentencieusement une proposition ne suffit pas pour en faire un axiôme. Au surplus, il importe peu, car cette proposition même ne peut s'appliquer à la question qui nous occupe.

En effet bien qu'à première vue elle semble rentrer dans la formule générale de Ponsot, il sera aisé de démontrer, nous l'espérons du moins, qu'elle ne s'y adapte pas.

Il est tout d'abord remarquable que notre auteur n'ait trouvé, pour jus-

tifier son opinion, que des exemples empruntés au contrat de vente (*ibid.*, n^{os} 50 et suiv.). Voici comment peut se résumer son explication. Dans le cas où l'on a vendu un rempart, une place publique, un fonds grevé de substitution, dans le cas où la femme et le mari ont vendu l'immeuble dotal avec promesse de garantie, l'obligation qui naît directement de la vente est nulle, quant à son effet immédiat qui ne peut être atteint; mais il y a une obligation secondaire, l'obligation de garantie, qui est très valable et qui peut servir de base au cautionnement¹.

S'il ne contenait des erreurs de droit, cet exemple ressemblerait à ces anciennes espèces d'école, à ces hypothèses chimériques, dont une analyse sévère démontre l'inanité : une fois détruite, la proposition qu'elle soutenait s'écroule. Voyez-vous un individu vendant à un autre une rue, un rempart! Où ils sont tous deux privés de raison, ou l'un est un fripon qui cherche à exploiter un insensé. Avant d'être nulle pour défaut de cause ou d'objet, elle est nulle pour absence de consentement. Où rencontrer un autre fou pour cautionner un pareil acte? — Mais examinons. Comment, d'abord, l'obligation de garantir une vente peut-elle subsister là où il n'y a pas de vente, parce que celle-ci, c'est du moins Ponsot qui nous le dit, est « nulle, d'une nullité absolue »? (n^o 38, 2^o, cité plus haut). Mais d'ailleurs il se trompe, car dans son exemple, ce qui reste ce n'est pas une obligation de garantie, mais une obligation de dommages-intérêts. — En second lieu la nullité du contrat n'est pas aussi absolue que le dit Ponsot : elle est bien plutôt accidentelle et relative à certaines personnes. La vente de *l'emplacement* d'une rue, d'un ancien rempart ne peut guère s'imaginer qu'autant qu'ils ne sont plus affectés à un service public, et qu'une possession de fait par le vendeur leur donne l'apparence d'une propriété privée. La prohibition de vendre ne les atteint que tant qu'ils ne sont pas dans le commerce, et l'obstacle peut cesser d'un jour à l'autre par l'effet d'un déclassement. L'immeuble dotal peut rentrer dans le commerce à la fin du mariage. Il en est de la nullité de cette vente comme de celle de la chose d'autrui qui n'est pas destituée d'effet, tout illicite qu'elle est. Mais la nullité résultant d'une prohibition absolue d'ordre public et qui ne peut jamais cesser, celle qui résulte de l'immoralité de la cause, est permanente et perpétuelle. Elle ne saurait disparaître que par l'anéantissement des règles les plus essentielles de la morale, ou la subversion de la société; elle tient à des considérations d'une nature infiniment plus élevée que celles qui ont fait édicter l'inaliénabilité d'un chemin et surtout celle du fonds dotal que tant d'auteurs regardent comme contraire à la foi publique.

121. — Rien ne justifie donc la proposition de Ponsot dans les termes où il l'a formulée, et le problème reste entier. Il a d'ailleurs, à notre avis, été mal posé, et nous avons dit comment il devait l'être. Lorsque l'obligation

1. M. Dalloz (*Répert.*, v^o *Cautionn.*, n^{os} 62 et suiv.) reproduit en les résumant, les exemples de Ponsot. Quant à Troplong, qui écrivait son commentaire après cet auteur, il se garde bien de supposer la vente d'un rempart ou d'une rue : il ne parle que du

principale est radicalement nulle, mais qu'à raison du dol qui a été commis par lui, le débiteur est tenu à la réparation du dommage envers le créancier, par une obligation fondée sur l'article 1382 du code civil identique à l'obligation nulle, le cautionnement s'applique-t-il à l'obligation subsidiaire bien qu'il soit nul quant à l'obligation principale? — Ou, si l'on veut, l'obligation née du quasi-délit est-elle substituée de plein droit, comme cause du cautionnement à la cause résultant de l'obligation principale qui se trouve ne pas exister par suite de la nullité de cette obligation?

La réponse, nous l'avons déjà formulée en tête de cet examen : le cautionnement ne s'applique pas, parce que ce serait manifestement l'étendre d'une obligation à une autre, celle-ci fut-elle subsidiaire, si elle n'a pas été prévue par le fidéjusseur. Les auteurs et la jurisprudence en citent de nombreux exemples, nous n'en relèverons qu'un seul, qui nous paraît topique : la caution donnée pour sûreté des fermages ne s'étend pas à la responsabilité légale du preneur en cas d'incendie de la chose louée. (Douai, 12 déc. 1854, DALLOZ, 55, 2, 138. Cf. DALLOZ, *Répert.* nos 94 et 162; TROPLONG, *loc. cit.*, n° 149; BUCHÈRE, *ap. Rev. Prat.*, 1860, t. IX, p. 225.)

122. — Toutefois, le principe de l'inextension du cautionnement restant intact, il est nécessaire, pour la solution des difficultés que présente la question, de faire une distinction que ne paraissent pas avoir aperçue Ponsot et les auteurs qui l'ont suivi.

Le fidéjusseur connaît-il le vice de l'obligation à laquelle il accède? C'est un point essentiel dont Ponsot ne paraît pas se préoccuper, ou du moins il semble que dans sa pensée il participe au dol du débiteur principal, car il suppose qu'il concourt à l'acte de vente, qu'il y intervient. Dans ces conditions le fidéjusseur est certainement obligé, mais la solution de Ponsot, pour le décider ainsi, n'en est pas plus juridique, parce que la raison qu'il en donne est qu'il répond du dol du débiteur principal.

Or, si le fidéjusseur est obligé dans l'espèce, ce n'est nullement comme caution et en vertu de son cautionnement : obligation principale et cautionnement ont disparu, affectés qu'ils sont de la même nullité radicale. Mais il reste une obligation née du délit ou du quasi-délit et cette obligation lie tous ceux qui y ont pris part, l'ancien débiteur principal et l'ancien fidéjusseur, tous deux placés par leur dol sur la même ligne, tous deux débiteurs principaux de l'obligation née de leur faute commune. En un mot tous deux ayant concouru à tromper leur cocontractant, sont tous deux obligés à réparer le mal qu'ils ont fait, à l'indemniser du préjudice qu'il éprouve de la non exécution du contrat nul par leur fait. Cela est si vrai que si le cautionnement de l'obligation principale était pur et simple, le fidéjusseur, devenu débiteur, ne pourrait user d'aucune des exceptions de

cautionnement de la vente d'un fonds dotal, et il admet, avec les auteurs précités, la validité de ce cautionnement, contrairement à l'opinion de Merlin et de Zachariæ (*loc. cit.*, nos 87 et 88).

non solidarité, de division, de discussion attachées à son ancienne obligation; il serait codébiteur solidaire.

123. — Il en sera tout différemment si le fidéjusseur est de bonne foi.

Tout fidéjusseur garantit bien moins la moralité que la solvabilité du débiteur. Il se soumet, dit l'article 2011, à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même : rien de plus. Au contraire garantir la probité d'un emprunteur n'implique, en aucune façon, l'idée de le cautionner (DALLOZ, *loc. cit.*, nos 22, 37 et les auteurs cités); on n'y pourra voir, suivant les cas, qu'un pur fait pouvant engager la responsabilité du garant et tombant sous l'application de l'article 1382. Le créancier n'a donc le droit de rendre le fidéjusseur responsable du dol du débiteur qu'autant et parce que ce dol met celui-ci dans l'impossibilité de remplir l'engagement. Mais il ne le peut pas, alors même que ce dol causerait préjudice au créancier, si d'ailleurs le débiteur principal est solvable à concurrence de la dette cautionnée, tout en ne l'étant pas à l'égard des dommages-intérêts auxquels le créancier aurait droit en sus : le paiement dans ce cas devrait s'imputer sur la dette cautionnée de façon à libérer la caution (V. *supra*, nos 86 et s.). Le créancier ne peut surtout pas rendre celle-ci responsable, lorsque, à son insu, ce dol vicie l'obligation principale elle-même au moment où elle est créée, et à plus forte raison lorsque cette obligation n'est créée que postérieurement au cautionnement, que celui-ci s'applique à une dette future, comme celle qui est produite par un compte courant ou une ouverture de crédit.

Que se passe-t-il en effet alors? Le créancier et la caution sont de bonne foi; la fraude du débiteur les atteint tous deux; mais elle n'est pratiquée principalement que contre le créancier, et lui seul a été en mesure de s'en garder; car il ne s'agit pas ici de dol viciant le cautionnement, mais du dol viciant les opérations auxquelles le cautionnement peut s'appliquer. Celui-ci a été consenti en pleine connaissance de cause, le contrat accessoire est pur de toute surprise aussi bien que le contrat principal lui-même; mais c'est dans l'exécution du contrat principal que le dol se manifeste, et il est employé contre le créancier et non contre le fidéjusseur.

Or il est constant que le dol doit être subi par celui qui en est la victime sans aucun recours contre celui qui y est resté étranger, fut-il même partie à l'acte, et profitât-il du dol. « De même, dit M. Demolombe, qu'un contrat de société formé entre plusieurs personnes ne serait pas rescindable si le dol, par suite duquel un associé aurait consenti, avait été pratiqué par un tiers, ou même par l'un ou quelques-uns des autres associés seulement. » (*Contrats*, t. I^{er}, nos 183 et 184 et les auteurs cités; *sic* LAROMBIÈRE, t. I^{er}, art. 1116, n° 8; DALLOZ, *loc. cit.*, n° 215; BÉDARRIDE, *loc. cit.*, t. I^{er}, n° 33.)

Celui qui se laisse tromper n'est jamais exempt de tout reproche; une vigilance plus minutieuse lui eut fait découvrir les manœuvres employées à son encontre; il ne peut faire supporter à un autre les conséquences d'un acte que celui-ci pouvait encore moins éviter que lui. Tel est l'esprit de la

loi : elle marque même, dans une certaine mesure de la rigueur contre la victime, puisqu'elle permet à son cocontractant, comme nous venons de le voir, de profiter du dol dont elle souffre, et d'en tirer un avantage que sa conscience devrait quelquefois lui faire repousser.

124. — Faisant l'application du principe de l'article 1116 et conformément aux raisons qui viennent d'être exposées, M. Dalloz résout la question dans le même sens : « Si, pour obtenir une somme à titre de prêt, un individu avait employé le dol ou la fraude, et n'était arrivé à ses fins qu'en trompant son créancier, il nous paraît que le préjudice que celui-ci ressentirait de ses manœuvres ne tomberait pas à la charge de la caution, à moins qu'elle n'eût participé à la fraude. Mais, dans ce cas, ce serait en vertu de l'article 1382 que la caution serait tenue, et non en vertu de son engagement qui, postérieur aux actes frauduleux ne saurait les couvrir. » (*Répert.*, v^o *Cautionn.*, n^o 107) ¹.

Cela est aussi logique et juridique qu'équitable. En accédant aux obligations que contractera le débiteur envers le créateur, la caution n'a entendu garantir que des opérations sérieuses et honnêtes : les billets de complaisance, les dommages résultant du dol n'en sont pas. La preuve contraire ne serait même pas admissible contre cette présomption, parce que la stipulation que le cautionnement s'appliquerait aux effets de complaisance serait nulle comme le sont ces effets eux-mêmes, comme le serait le contrat de compte courant ou d'ouverture de crédit entaché de cette condition illicite et immorale.

125. — L'examen que nous venons de faire nous a conduits à un autre ordre d'idées et amenés à nous occuper des exceptions qui sont propres à la caution et qui sont attachées à la nature particulière de l'obligation qu'elle a contractée. Si en effet le fidéjusseur est fondé à repousser l'action en réparation du dommage causé par le fait du débiteur c'est, comme nous l'avons dit, parce qu'il sépare sa cause de la sienne, qu'il n'est pas son ayant cause, qu'il est au contraire un tiers et qu'à ce titre, que la loi elle-même lui reconnaît par là, elle lui accorde des exceptions qui lui sont personnelles. Nous laisserons de côté celles de division et de discussion pour n'envisager que celles qui résultent des articles 2015 et 2037 du code civil.

Il n'est pas inutile de remarquer que ce point trouve dans le cautionnement appliqué à un compte courant et à une ouverture de crédit, une justification plus saisissante que dans la plupart des autres contrats auxquels cette garantie peut être attachée. C'est qu'il y a, quant au cautionnement,

1. L'auteur suppose le cautionnement postérieur aux actes cautionnés, circonstance bien moins favorable que celle où il est antérieur, puisqu'il pourrait, jusqu'à un certain point, être présumé avoir eu pour but, de couvrir ces actes. Malgré cela, Dalloz décide que le cautionnement ne peut s'y appliquer à moins de stipulation expresse. *A fortiori*, si la fraude est postérieure. Au surplus peut-être y a-t-il ici un *lapsus*, et faut-il lire *engagement qui, antérieur, au lieu de postérieur*.

une grande différence entre la dette existante au moment où il intervient, et la dette future qui peut résulter des opérations d'un compte courant ou d'une ouverture de crédit. La première est certaine, connue, appréciée dans tous ses éléments; l'autre est incertaine, éventuelle, affectée, dans ses conditions d'existence, de modalités, de particularités, dont le fidéjusseur ne peut pas toujours se rendre compte et où le dol peut aisément se glisser. Cette différence dans les circonstances de fait, produit nécessairement des différences en droit, et la caution d'une dette future résultant d'agissements qu'elle a généralement ignorés, jouit, dans l'application des exceptions que la loi lui accorde, de moyens nombreux dérivant de la nature spéciale de la dette, qui ne peuvent compéter à celui qui a garanti une dette actuelle, laquelle, par l'accession qu'il y fait, se trouve en quelque sorte créée avec son concours et sa participation.

Jamais, à notre connaissance, les effets du contrat de cautionnement n'ont été examinés à ce point de vue.

Nous écarterons des données de notre étude toutes les difficultés nées de la controverse sur la nature et les effets juridiques du compte courant; elles sont ici sans intérêt appréciable. Tels sont en particulier les points si délicats et si discutés de la novation et de la compensation; car la créance résultant d'un billet de complaisance n'est pas plus susceptible d'être novée ou compensée qu'elle ne l'est d'être ratifiée ou cautionnée. C'est donc en vain que l'on soutiendrait que le seul fait de sa passation en compte courant suffit pour la faire bénéficier des garanties attachées à ce compte. Elle doit en être éliminée; elle est nulle, elle n'en peut pas faire partie. Le prétendu débiteur lui-même a droit de la faire rejeter, c'est un droit que la caution peut exercer au nom de celui-ci, aussi bien qu'au sien propre.

Mais faisons abstraction de cette circonstance de nullité radicale de la dette, et examinons en principe les exceptions dont jouit la caution d'un compte courant, celles auxquelles la nature de son engagement donne une énergie qu'elles n'auraient pas si elles étaient invoquées par le débiteur principal, ou même en son nom, en vertu de l'article 1166.

126. — Tout en respectant son engagement, le fidéjusseur est en droit de contrôler les opérations du compte dont il a cautionné le solde. Ce droit appartient au débiteur lui-même, mais il est plus utile et plus étendu pour le fidéjusseur, qui n'a pas concouru aux opérations dont se compose ce compte, et cela par un double motif; il a intérêt à vérifier si ces opérations rentrent bien exactement dans les termes de son engagement; en second lieu il n'a pu prévoir ni prévenir les fraudes et les erreurs.

Mais de ce droit de contrôle qui est la conséquence de l'article 2015 du code civil, et, de cette circonstance qu'il reste étranger au mouvement du compte il résulte qu'il suit et doit suivre la foi des deux acteurs principaux; mais il donne au créancier un mandat implicite, forcé et légal en quelque sorte, de surveiller les intérêts communs. Car, si au regard du créancier la caution est un débiteur éventuel, à celui du débiteur principal elle est, à

l'inverse, un créancier éventuel. Le créancier principal et le créancier éventuel ont donc un intérêt égal, commun, identique à défendre contre les entreprises du débiteur, facilement porté à abuser du contrat. Le créancier a, envers le fidéjusseur, une obligation qui est d'autant plus certaine qu'elle est écrite dans la loi, c'est celle de la subroger dans tous ses droits et sûretés contre le débiteur principal (art. 2037). Cette obligation de subroger est le principe de toutes les obligations du créancier envers la caution, qui en découlent par voie de conséquence rigoureuse et légale, et forment les conditions d'un quasi contrat engageant le premier envers l'autre.

127. — Le mandat dont nous parlons est plus ou moins étendu, l'obligation du mandataire plus ou moins rigoureuse, suivant la nature du contrat principal auquel le cautionnement doit s'appliquer. Le compte courant et l'ouverture de crédit sont assurément ceux pour lesquels la vigilance est le plus nécessaire. Sans nul doute le créancier n'est pas tenu d'apporter plus de soin dans l'intérêt du fidéjusseur qu'il n'en met dans le sien propre (art. 1992 du code civil), mais il ne faudrait pas non plus que le cautionnement soit pour lui un prétexte pour se relâcher de sa vigilance habituelle. Or, il sera toujours porté à le faire en pareille occurrence, parce qu'il se dira, même de bonne foi, nous le voulons bien, qu'à tout prendre il n'a pas besoin d'y regarder de si près, puisque son risque est couvert. L'affaire du mandant et du mandataire étant ici une seule et même chose, il ne suffirait pas au créancier de dire : « La preuve que j'ai cru les effets sincères, c'est que je les ai acceptés, » car ce que précisément il doit établir, c'est qu'en acceptant les effets de complaisance il l'a fait avec toute la prudence, toutes les précautions qu'il y met habituellement quand il n'est pas garanti. L'issue d'une pareille vérification ne peut être douteuse, dans la plupart des cas, parce que c'est là un fait d'expérience humaine; nous avons aussi constaté, avec un auteur que son initiation pratique rend particulièrement compétent, que bien rarement le créancier peut se méprendre sur la valeur et la qualité du papier qui lui est offert, alors surtout qu'il s'agit d'un compte courant qui implique des opérations répétées et un plus sûr moyen de contrôle. (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.*, *pass.*)

128. — Celui qui accède à une obligation antérieure ou créée en même temps que le cautionnement ne sait pas seulement à quoi il s'engage; il sait aussi pourquoi il s'engage; il connaît les ressources du débiteur, ou, sinon, il commet une imprudence dont il ne doit imputer qu'à lui-même la funeste issue. Mais celui qui garantit un compte courant ou un crédit à ouvrir ne le fait qu'en regard à la solvabilité actuelle du débiteur et pour lui procurer les moyens de prospérer dans son commerce; il entend implicitement et il n'est présumé s'engager que pour autant que le débiteur se maintiendra dans la situation où il se trouve. La durée de son engagement étant illimitée, il lui est toujours loisible d'en faire échoir le terme, en déclarant au

créditeur qu'il entend le faire cesser, qu'il le révoque pour l'avenir, à la condition d'offrir de solder la balance du compte. On ne saurait sérieusement soutenir qu'à défaut de stipulation formelle, le débiteur ou le crééditeur puissent le contraindre à rester dans les liens d'un engagement qui pourrait chaque jour s'aggraver et lui faire courir des risques qu'il n'aurait pas prévus.

Le contrat de compte courant est indéfini de sa nature ; cependant les relations ne peuvent pas toujours durer entre les parties ; on peut dire d'elles ce que la loi romaine dit des relations de société : *Nulla societatis in æternum cœtio est* (L. 70, *pro socio*). Les auteurs sont unanimes pour décider que les parties peuvent toujours provoquer la clôture du compte, à moins qu'un terme n'ait été expressément prévu et sauf la déchéance conformément à l'article 1188 du code civil. Telle en particulier l'opinion de l'auteur qui a jusqu'à présent le mieux approfondi cette matière : « Sans doute, dit M. Feitu, la clôture n'a lieu d'ordinaire qu'aux époques fixées par les usages du commerce ; mais il n'en est pas moins de la nature du compte courant que chacune des parties puisse y mettre fin à volonté et en exiger le solde si elle est créancière. Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que les relations de compte courant sont fondées sur la confiance mutuelle, que la confiance ne s'impose pas, et que le jour où elle cesse, de ce jour aussi les relations doivent pouvoir cesser. C'est donc en vain qu'une des parties se prévautrait de ce que certains usages du commerce fixeraient à telle ou telle époque de l'année la clôture du compte. Si l'autre partie, craignant une catastrophe, une faillite imminente, veut rompre des rapports qui lui paraissent désormais pleins de dangers, elle en a le droit. » (*Traité du compte courant*, n° 300. — *Sic.*, DALLOZ, *Répert.*, v° *Compte courant*, n° 123 ; NOBLET, *Du compte courant*, p. 140.)

Cette doctrine est constante dans la pratique des affaires ; elle est de plus conforme à tous les principes en matière de terme. (Art. 1188, 1869, 1900 du code civil.)

Le compte courant pouvant prendre fin dans ces conditions sur l'initiative des parties, la caution jouit incontestablement des mêmes avantages et son engagement peut prendre fin de la même façon.

129. — Quelle conclusion y a-t-il à tirer de ce qui précède ? — C'est que le fidéjusseur pouvant arrêter le cours du compte dès que la situation du crédit devient mauvaise, il a intérêt à être informé de toutes les circonstances qui modifient après coup sa solvabilité, qui portent atteinte à la sécurité des opérations qu'il a entendu cautionner. Or il ne peut l'être que par le crééditeur lui-même, parce que celui-ci est seul en mesure de le savoir, et il en a le devoir, parce qu'il en a le mandat, parce que de plus il ne peut pas sciemment aggraver les risques de la caution, que ce serait étendre la garantie au delà de ses limites et qu'enfin il rendrait de la sorte impossible la subrogation de la caution. Toutes les opérations faites par les parties depuis le moment où la déconfiture du crédit est devenue im-

minente, constituent de la part du créancier qui en a connaissance, un véritable dol dans l'exécution du contrat.

130. — Par la nature même des relations qui existent entre les parties, la caution doit, nous le répétons, fatalement suivre la foi du créancier bien plus que celle du débiteur. Ce dernier lui offre peu de garanties par cette raison qu'il peut avoir intérêt à dissimuler, tandis qu'au contraire la nature même du rôle du créancier aussi bien que celle du contrat, font à celui-ci une loi de la plus exacte vigilance. Il ne peut avoir aucun motif avouable de couvrir de son silence les agissements du débiteur. S'il opère régulièrement, sa loyauté, son intérêt, identique à celui du fidéjusseur, les moyens exacts de contrôle qu'il possède sont la plus sûre garantie de celui-ci. Le créancier se trouve par sa situation même, être le mandataire nécessaire, tacite du fidéjusseur. Le mandat est même habituellement exprès et résulte dans presque tous les cas de la recommandation verbale ou écrite qu'il lui fait de le prévenir s'il arrive que la solvabilité du cautionné chancelle.

Le mandat qui se suppose si facilement dans bien des cas (LAROMBIÈRE, sous l'article 1372, nos 12 et suiv. ; TROPLONG, *Mandat*, nos 129 et suiv.), est une sorte de présomption légale dans les relations de la nature de celles qui nous occupent.

131. — La subrogation dans les droits du créancier est une condition tacite de l'engagement de la caution; en le prenant elle compte sur cette subrogation : c'est un droit. L'article 2037 est fondé sur un principe d'équité (Cass. civ., 23 fév. 1857); c'est une présomption de la loi, présomption simple, il est vrai. (V. les Discours des orateurs, ap. DALLOZ, *Répert.*, v° *Cautionn.*, p. 513, nos 16, 42, 80 et l'Exposé des motifs, t. VI, p. 340.) Le fidéjusseur ne peut être dépouillé de ce droit qu'autant qu'il serait incompatible avec l'exercice de celui du créancier. Partant, si celui-ci, sans profit pour lui-même, rend la subrogation impossible, la caution doit être déchargée. Voilà le principe qui se détache du milieu des controverses auxquelles a donné lieu l'interprétation de l'article 2037 du code civil. D'un autre côté, cet article profite aussi bien à la caution solidaire qu'à la caution simple. Ce sont là deux points sur lesquels on est aujourd'hui d'accord. (AUBRY et RAU, 4^e édit., t. IV, § 429, notes 12 à 19 où toutes les autorités sont indiquées. — COULON, *Dialogues*, dial. 47; DALLOZ, *Répert.*, v° *Cautionn.*, nos 334 et suiv. — Cass. civ., 23 fév. 1857; SIREY, 1857, 1, 361.)

Le fait du créancier consiste aussi bien *in omittendo* qu'*in committendo*. Une simple négligence suffit pour le faire déchoir du bénéfice du cautionnement. Cette doctrine qui a été controversée ne fait plus guère de doute aujourd'hui. (AUBRY et RAU, *loc. cit.*) Elle n'a pu être critiquée que par un oubli des vrais principes de la matière. Elle découle de l'idée du mandat implicite et de la grande règle de l'article 1382 combinées avec la maxime *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* dont l'art. 2037 est une application. C'est en même temps une conséquence directe de l'obli-

gation de subroger que contracte le créancier cautionné par le seul fait de l'acceptation du cautionnement, ainsi que nous l'avons démontré.

132. — Les faits négatifs, les simples négligences constituent le minimum de la responsabilité du crédit. On a décidé que cette responsabilité disparaît lorsque la caution a pu veiller elle-même à ses intérêts. D'où il faut conclure que lorsqu'elle ne l'a pas pu, elle a été représentée dans ce soin par le créancier, puisque celui-ci porte la peine de sa négligence. C'est une application de l'article 1992 du code civil.

Or nous venons de voir que dans la situation de fait que nous étudions, le fidéjusseur est dans l'impossibilité de veiller lui-même à la conservation de ses droits, tandis que la collusion entre le créancier et le débiteur est facile. La cour de Toulouse a déchargé la caution, en écartant l'exception de défaut de surveillance qui lui était opposée, dans une espèce où le créancier cautionné, qui était l'État, après avoir obtenu jugement de condamnation contre le débiteur principal, sans mettre en cause la caution, avait négligé de prendre inscription en temps utile, et s'était laissé primer par un créancier postérieur et plus diligent. On remarque qu'il s'agissait là d'une hypothèque judiciaire postérieure au cautionnement, circonstance défavorable à la caution, en ce sens qu'en s'engageant, elle n'avait pas dû compter sur cette subrogation. Nonobstant, la cour n'a pas hésité à proclamer nettement la responsabilité de l'État, pour avoir laissé achever l'insolvabilité du débiteur. Le considérant suivant est important à relever ; il est tout-à-fait topique :

« Attendu qu'un si grand dommage, occasionné par la négligence de l'État, engage d'autant plus sa responsabilité que Cabrol n'a jamais été appelé dans le procès jugé par le tribunal de première instance de Marmande ; Qu'il n'a pas même à se reprocher de n'avoir pas veillé personnellement à la conservation du droit que l'État a laissé périr. » (Toulouse, 23 mai 1859 ; SIREY, 1859, 2, 416.)

Cette décision a été unanimement approuvée par les arrêstistes et elle n'a été l'objet d'aucun pourvoi en cassation de la part de l'État. Le principe qui s'en dégage demeure donc à l'abri de toute contestation.

133. — On a été plus loin encore : on a émis l'opinion que la négligence même de la caution ne justifie pas et ne compense pas celle du créancier, et qu'il y a seulement lieu de leur en faire, à l'un et à l'autre, supporter proportionnellement les effets. L'idée se trouvait déjà en germe dans la solution d'après laquelle, lorsque la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est affranchie de son engagement que dans la même proportion. (AUBRY et RAU, *loc. cit.*, et la note.) M. Dalloz l'a émise comme un *desideratum* (*Répert.*, v^o *Cautionn.*, n^o 348) ; et elle a été reprise avec quelques développements dans la note d'un arrêt de cassation du 22 janvier 1849 (*DALLOZ Pér.*, 1849, 1, 33). Ces observations vont droit à notre sujet.

« En résumé, dit l'annotateur de cet arrêt, le créancier est responsable envers la caution de ses faits ou de son omission..., à moins que la caution ait elle-même à s'imputer d'avoir participé par sa propre inaction à l'altération des garanties qu'il importait de conserver. Ce n'est pas que cette doctrine soit complètement à l'abri d'objections. Il a pu venir quelques scrupules sur l'espèce de sévérité avec laquelle la caution, elle qui n'entendait s'engager que subsidiairement, est traitée en cette circonstance. M. Dalloz aîné inclinerait à penser que les conséquences de l'insolvabilité du débiteur pourraient, sans blesser l'équité, être réparties entre le créancier et la caution, suivant l'appréciation de leur faute réciproque : « Peut-être, dit-il, verra-t-on naître un système qui, tenant le milieu entre les situations respectives du créancier et du fidéjusseur, également en faute, établira entre eux une contribution au préjudice souffert. » C'est là un sujet à mûrir par l'étude : la jurisprudence est en possession des moyens d'assurer les progrès de la science juridique, dont le perfectionnement est le but constant de ses efforts et de son incessante activité, et il n'est pas douteux qu'une vraie lumière ne pénètre cette matière difficile. » (Cf. un remarquable article de M. CAMPION, ap. *Rev. Prat.*, t. II, p. 309.)

On a vu que la jurisprudence est en effet entrée dans cette voie. Notre sujet, à son tour, par la nouveauté des situations qu'il présente, est des plus favorables à l'application de ces idées élevées. Nous y avons été nous-mêmes conduit, et nous hésitons d'autant moins à nous les approprier qu'elles se déduisent tout naturellement de nos prémisses; l'opinion des jurisconsultes que nous venons de citer en est la confirmation. S'ils ont cru pouvoir l'énoncer à l'occasion du cautionnement ordinaire d'une créance certaine, ne faisant courir à la caution d'autre risque que celui qu'elle a connu, n'auraient-ils pas trouvé un puissant argument dans les conditions particulières qu'offre le cautionnement d'une créance incertaine comme celle qui fait en ce moment l'objet de notre examen.

La matière des comptes courants et de crédit est encore neuve en droit, elle n'a jusqu'ici été étudiée qu'en elle-même, et jamais, jusqu'à présent, dans ses rapports avec les contrats de garantie que l'on y adjoint pourtant très fréquemment, le cautionnement et l'hypothèque. La circulation des effets fictifs, autre matière également neuve, tient souvent une trop grande place dans ces contrats. Voilà bien des raisons pour que les situations juridiques que produisent les rapports de cette nature soient restées jusqu'ici en dehors des prévisions et des méditations des jurisconsultes. En abordant cette étude, c'est un devoir pour nous de ne négliger aucun des problèmes qu'elle offre à résoudre. Mais aussi, pour appuyer nos solutions, nous sommes obligés de faire appel à tous les principes de droit qui nous semblent concourir à les confirmer et à démontrer leur application à notre sujet.

Le créancier qui subroge la caution est dans la situation de celui qui cède une créance. Le nom de cession est même celui que porte cette subrogation dans le droit romain qui accorde au fidéjusseur contre le créancier

l'exception *cedendarum actionum*; « celui qui vend une créance ou un autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie » (Art. 1693 du code civil.); « *qui, accepto quod sibi debetur, cedit jus suum, vere illud justo et toto pretio vendit.* » (DUMOULIN, *de Usur.*, quest. 49, n° 345.) — « Attendu que... de même qu'en matière de cession, l'existence de la créance cédée est la condition essentielle de la validité de la subrogation. » (Cass. civ., 4 fév. 1846; SIREY, 1846, 1, 97 et la note. — Cf. TOULLIER, t. VII, n° 164; DELVINCOURT, t. II, p. 559, note; DUVERGIER, *Vente*, t. II, n° 287; DURANTON, t. XII, n° 138, et t. XVI, n° 488.)¹

D'où la conséquence que le créancier cautionné étant éventuellement tenu envers la caution de l'obligation de la subroger, est lié envers elle, comme celui qui a promis de vendre sous condition l'est envers son futur acquéreur; ou si l'on veut, comme le vendeur sous condition suspensive, l'est envers son acquéreur. Ces obligations sont déterminées par les articles 1136 et 1137 du code civil.

134. — Seront-elles suffisamment remplies par la remise que le créancier fera à la caution des titres de créance que le débiteur cautionné lui avait cédés? Pourra-t-il lui dire : « Vous avez cautionné celui de qui je tiens ces effets, je ne vous dois de subrogation que contre lui, je ne vous la dois pas contre les souscripteurs ou accepteurs. » Ce serait la violation du contrat de cautionnement tel que l'ont entendu les parties.

Ce que le fidéjusseur a voulu garantir, ce qu'il a effectivement et en droit garanti, ce sont des opérations commerciales sérieuses, par exemple l'escompte de papier ayant pour cause des ventes de marchandises. Par suite il a compté que s'il était obligé de payer à défaut du débiteur cautionné, le créancier lui céderait tous les droits attachés aux titres de créance dont il est propriétaire, tant contre le cédant que contre le cédé. Le créancier avait action contre l'un et l'autre pour se faire payer, la caution qui le rembourse doit avoir les mêmes actions, tout comme les aurait tout autre cessionnaire auquel le créancier vendrait sa créance; sinon la subrogation ne serait pas complète. Toutes les signatures apposées sur les effets cédés sont autant de garanties de l'obligation du débiteur principal, parce qu'elles attestent l'existence d'un gage, c'est-à-dire d'une marchandise vendue. « Dans le commerce, dit M. Courcelle-Seneuil, la fortune personnelle du négociant n'est et ne doit être considérée que comme une garantie éventuelle de l'engagement résultant des affaires qu'il fait. On suppose généralement que chaque affaire sert de gage au papier à la création duquel elle

1. En théorie pure la question est controversée (LAROMBIÈRE, art. 1250, n° 7; AUBRY et RAU, t. II, n° 374, note 13); mais les distinctions proposées sont sans intérêt quand il s'agit de l'application de l'article 2037, puisque les auteurs qui refusent au subrogé l'action en garantie résultant de l'article 1693, lui accordent cependant la *condictio indebiti*, lorsque la créance à laquelle il a été subrogé n'existe pas. (DALLOZ, v° *Obligation*, n° 1858 et les autorités qu'il cite.)

donne lieu, sous la garantie subsidiaire de ceux qui y ont participé. » (*Loc. cit.*, p. 97).

135. — Tout ce que nous venons de dire s'applique indifféremment au cas où le créateur a ignoré le vice qui affectait les effets de complaisance et à celui où c'est de connivence avec le débiteur cautionné qu'il les a acceptés. Mais dans cette dernière hypothèse, la conduite du créateur est entachée de dol envers la caution et cette circonstance suffit pour détruire le cautionnement lui-même. Déchu de toute action contre le fidéjusseur, à raison de sa participation à l'acte illicite et immoral de la création et de l'émission des effets de complaisance, il l'est encore à raison de l'anéantissement même du cautionnement.

Voyons d'abord les principes.

L'article 1116 du code civil, peut-être moins rigoureux que l'article 405 du code pénal, n'entend pas par manœuvre tendant à surprendre le consentement, celles auxquelles un homme très habile et très sagace aurait pu ne pas se laisser prendre. Il suffit qu'il soit évident qu'en fait les ruses ont surpris le consentement. La loi ne demande pas autre chose, dit M. Larombière (art. 1116, n° 2). Tout est contingent dans l'appréciation du dol : le caractère des parties, la nature du contrat, les circonstances de la cause, aussi bien que les manœuvres elles-mêmes. « Notre droit a accueilli sur ce point les errements du droit romain. Aujourd'hui donc, comme à cette époque, on doit considérer comme dol punissable, toute espèce de manœuvres, de *finesses*, d'artifices employés pour *entretenir* une personne dans l'erreur qui la détermine à une convention préjudiciable à ses intérêts, ou qui la détourne de faire une chose utile. » (BÉDARRIDE, *Dol et fraude*, t. I, n° 16; Cf. TOULLIER, t. VI, n° 87.)

« Il arrive, dit plus loin le même auteur (*Ibid.*, n° 101), qu'un contrat pur de toute manœuvre, proposé et consenti librement, se trouve vicié dans son exécution. L'une des parties, *abusant de la confiance qui lui a été témoignée*, cherche à en profiter pour s'enrichir aux dépens de celui qui a traité avec elle. Cette prétention constitue le dol postérieur au contrat, c'est-à-dire commis à l'occasion et par suite du contrat... Des actes de cette nature, constituent non seulement un dol mais encore, comme Toullier le fait remarquer, un véritable vol, en prenant le mot dans son acception la plus étendue. Il y a là en effet la machination frauduleuse, en même temps qu'un abus de confiance... L'acte a été le produit spontané de la volonté éclairée et libre des deux parties. Le dol ne naît qu'au moment où, faussant cette intention, l'une d'elles veut faire produire à l'acte des effets qu'il n'a jamais été dans la pensée commune de lui donner. Ainsi caractérisé, ce dol se reconnaît parfaitement dans ces paroles d'Ulpien : *cum enim quis petat ex eâ stipulatione, ipse dolo hoc facit quod petit.* » (Cf. *Ibid.*, n° 241.)

« Il y a dol négatif ou par *réticence*, dit-il encore, lorsqu'on tait ou qu'on dissimule un fait dont la connaissance importe à l'autre partie. » (*Ibid.*, nos 94 et suiv.) C'est aussi l'opinion de M. Demolombe et de M. Larombière

(art. 1114, n° 8). « Il y a dol lorsque sachant que la fortune d'un autre est dérangée, vous m'avez laissé croire le contraire, afin de m'empêcher de retirer un engagement subordonné à la condition de la solvabilité de cette personne. » (*Ibid.*, n° 84; ROLLAND DE VILLARGUES, *Dict. du notar.*, v° *Dol*, nos 10 et 11.)

« Ainsi on déclarera dol tout mensonge, toute dissimulation dont l'objet a été de mettre une partie dans l'impossibilité de défendre suffisamment ses intérêts, ou de calculer l'étendue de son obligation relativement à l'équivalent qu'elle doit recevoir; c'est ainsi que le droit romain punissait celui qui *non solum loquitur, sed qui insidiosè dissimulat.* »

136. — Dans les circonstances que nous étudions, le dol du créancier est à la fois un dol par complicité, et un dol direct, positif ou par réticence. Il se manifeste : 1° par l'abus du cautionnement ; 2° par l'aggravation des risques de la caution qui en est la conséquence ; 3° par la dissimulation de l'insolvabilité du débiteur et l'inexécution du mandat tacite, et quelquefois exprès de la caution ; 4° enfin par l'impossibilité où il se met sciemment de subroger la caution ¹.

137. — 1° *Abus du cautionnement.* — Il peut n'être que le résultat d'une simple négligence ou d'une erreur de droit, et c'est sous ce rapport que nous en avons parlé précédemment. Mais il peut aussi constituer un véritable abus de confiance.

L'abus du cautionnement résulte du changement dans le mode d'opérer entre le créancier et le débiteur principal. Pour s'en rendre compte, il faut se reporter aux précédents établis entre eux avant le cautionnement ; comparer la marche du compte antérieurement à cette époque, avec celle qui lui a été imprimée plus tard. S'il s'agit d'opérations qui ont seulement commencé à courir au temps où la garantie a été donnée, il faut s'inspirer des usages relatifs au genre de commerce ou d'industrie du débiteur principal, rechercher d'après les circonstances quelle a été ou dû être l'intention du fidéjusseur ; en cas de doute, interpréter le cautionnement dans un sens restrictif, et, dans tous les cas, ne l'appliquer qu'à des opérations scrupuleusement régulières.

Lorsque c'est de parti pris, dans le but d'accroître les profits que lui procurent des rapports fructueux pour lui, en même temps qu'onéreux pour le débiteur, que le créancier multiplie ses opérations, il se rend coupable d'un véritable abus de confiance par connivence ou complicité avec le dé-

1. Ces caractères du dol rentrent plus ou moins les uns dans les autres, et une division nette ne saurait être établie à cet égard ; nous avons adopté celle-ci pour la commodité de notre discussion, sans vouloir lui attribuer rien de doctrinal. Ce sont les mêmes circonstances que nous avons déjà passées en revue ; mais, lorsque le créancier est de bonne foi, elles constituent seulement une faute passible de l'article 1382 ; tandis que s'il a agi de propos délibéré et en vue d'un lucre déshonnête, elles caractérisent le dol tel qu'il est défini dans les citations données plus haut.

biteur. Il sera réputé coauteur ou complice soit qu'on le considère comme se concertant avec lui pour donner aux opérations une apparence qui les fasse rentrer dans le terme du cautionnement, de façon à lui donner abusivement une extension non prévue par la caution; soit que l'on estime qu'il s'est seulement prêté aux agissements du débiteur. Si le fidéjusseur avait été présent au moment de la négociation du papier fictif, et que la qualité lui en eut été révélée, nul doute qu'il ne se fut opposé à son admission. On ne peut honnêtement faire hors de sa présence, ce que lui présent on n'eut pas fait ou qu'il eut empêché de faire.

L'opinion des auteurs sur ce point est formelle. « La partie qui, ayant eu connaissance du dol pratiqué par un tiers pour déterminer l'autre partie à contracter, n'en aurait pas averti celle-ci, devrait être considérée comme y ayant participé elle-même. Comment! un tiers vous trompe, en ma présence, par des affirmations mensongères sur l'objet du contrat que nous allons faire ensemble; et néanmoins je conclus avec vous ce contrat, sans vous en rien dire, profitant ainsi des manœuvres frauduleuses dont je vois que vous êtes l'objet! Qui voudrait prétendre que je ne m'en suis pas rendu complice par ma frauduleuse réticence? » (DEMOLOMBE, *Contrats*, t. I. n° 186 et les autorités qu'il cite.)

Combien plus grave encore est le dol lorsqu'il est pratiqué hors de la présence de celui qui s'est engagé sur la foi des autres parties, quant à l'exécution du contrat. C'est un véritable abus de confiance.

Cette idée, du reste, se confirmera à l'occasion de l'inexécution du mandat implicite donné au créancier; l'abus de confiance est corrélatif à l'abus de mandat aussi bien qu'à l'abus de cautionnement.

138. — 2° *Aggravation des risques de la caution.* — C'est la conséquence nécessaire de l'extension du cautionnement, mais elle pourrait exister aussi sans que les parties fussent sorties des limites du contrat: il suffit que dans l'exécution elles aient sciemment augmenté les chances de perte encourues par le fidéjusseur. C'est ce qui arrive si les opérations, bien que régulières, ont été mauvaises en soi et onéreuses pour le débiteur et ont contribué à sa ruine. Supposons un cautionnement donné pour garantir à concurrence de 25,000 fr., une ouverture de crédit réalisable en espèces au fur et à mesure des besoins du crédit et un compte courant d'escompte. La caution a certainement compté que le compte présenterait au profit de celui qu'elle cautionnait, des soldes créditeurs alternant avec des soldes débiteurs suivant le mouvement de ses affaires, car c'est là ce qui constitue le compte courant. Que si au lieu de procéder de la sorte, le crédit épuise tout son crédit sans jamais le recouvrer, ou en ne le recouvrant qu'à l'aide de papier fictif, de telle sorte qu'il reste toujours débiteur, il n'y a plus là véritable compte courant. Une telle façon de procéder trahit l'embarras des affaires, elle est mauvaise et doit, par l'augmentation du débit résultant des frais d'agio et de commission, conduire le débiteur à la ruine: elle augmente les risques de la caution au delà de ses prévisions.

Or l'aggravation de risques doit toujours être dénoncée et expressément consentie. Cela est aussi vrai pour le cautionnement que pour l'obligation de toute personne qui prend à sa charge des risques, par exemple un assureur ou celui qui confère une hypothèque ou même concède une simple servitude. (Art. 702 du code civil.)

139. — Qu'est-ce, en effet, que le cautionnement, sinon une assurance contre les risques de l'insolvabilité du débiteur? A l'inverse, qu'est-ce que l'assurance, sinon un cautionnement donné à l'assuré afin de l'indemniser d'une perte éventuelle? L'assimilation sous ce rapport est encore plus parfaite, lorsque le cautionnement est salarié; l'intérêt qui est alors alloué au fidéjusseur dans l'affaire est une véritable prime destinée à reconstituer, par avance, le capital qu'il est exposé à déboursier. Mais si le salaire lui permet ainsi de se récupérer, la gratuité, qui lui retire cette chance, n'est pas faite pour dépouiller l'acte de son caractère aléatoire, et n'en rend, au contraire, que plus rigoureuse l'appréciation des risques auxquels celui qui s'engage a pu raisonnablement s'attendre. C'est donc à bon droit que nous pouvons emprunter par analogie à la matière des assurances des décisions et des solutions de doctrine que notre sujet, tout-à-fait neuf, ne peut nous offrir. Ces exemples, qui caractérisent le dol par réticence, sont d'autant plus décisifs, que l'appréciation des risques doit être bien plus favorable à la caution, surtout gratuite, qu'à l'assureur qui fait une spéculation, toujours fructueuse, dont des calculs de probabilité, aujourd'hui solidement établis, permettent de prévoir les conséquences beaucoup plus exactement que les données purement morales relatives à la capacité et à l'honnêteté du débiteur, et surtout celles de la solvabilité actuelle, ne permettent à la caution de prévoir les chances de son engagement.

C'est d'après ce principe que la dissimulation d'un fait dont la connaissance importe à l'autre partie peut entraîner la nullité de l'acte en annulant le consentement lui-même, qu'il a été décidé que toute réticence qui diminue l'opinion du risque, on en change l'objet, est une cause de nullité, l'article 348 du code de commerce étant universellement reconnu applicable à toute espèce d'assurances. On n'a vu là qu'une application particulière du principe général de l'article 1110 du code civil qui admet la nullité des contrats pour erreur de la substance. (Rouen, 21 janvier 1876; SIREY, 1878, 2, 337 et la note.) C'est une dissimulation du vice de la chose faisant l'objet du contrat, comme l'est, dans notre sujet, le vice des effets de complaisance.

140. — Que le créancier ne vienne pas soutenir que le contrat est pur de toute réticence de sa part, au moment où le fidéjusseur s'est engagé. Ce n'est pas à ce moment qu'il faut se placer pour décider s'il y a eu réticence : c'est à celui où l'engagement produit son effet, car c'est seulement alors qu'il est intéressé à en connaître l'objet précis. Avant, son obligation n'était qu'éventuelle et future, subordonnée à celle du crédit, qui pouvait

ne pas devenir débiteur, ou ne pas l'être à la clôture du compte, ou ne l'être que pour une somme inférieure à celle cautionnée. Le contrat de compte courant n'est pas consommé le jour où il intervient; au contraire, ses effets sont futurs, successifs, et il n'est en réalité consommé que le jour où il est clos. Le cautionnement, à son tour, ne peut produire effet qu'au fur et à mesure que l'obligation principale produit les siens, que chaque fraction de la dette est créée. C'est à ce moment que se réalise la condition suspensive attachée à l'engagement du fidéjusseur, c'est alors seulement qu'il lui importe de connaître le vice de l'objet auquel il s'applique, c'est-à-dire de l'opération qui intervient entre le créancier et le crédité, de la dette qui en résulte. C'est aussi à ce moment que son consentement se trouve vicié, parce que c'est alors qu'on en fait usage. La réticence du créancier, l'aggravation du risque vicie rétroactivement le consentement. (Cf. DALLOZ, *Répert.*, v^o *Assurances*, nos 279, 334.)

Le créancier ne pourrait opposer au fidéjusseur que c'était à lui à veiller, parce qu'une surveillance utile de sa part est impraticable. C'est d'après la même raison que l'on a décidé que celui qui a cautionné le bail d'une usine n'a pu entendre cautionner le risque d'incendie, parce que n'habitant pas les lieux, on ne peut lui imputer ni faute, ni négligence, ni défaut de surveillance. (BUCHÈRE, *ap.*, *Rev. prat.*, t. IX (1860), p. 228; — V. *suprà*, nos 132 et 133.)

Cette idée nous amène à celle d'inexécution du mandat dans laquelle elle rentre.

141. — 3^o *Inexécution du mandat tacite ou exprès du fidéjusseur.* Nous nous sommes déjà expliqués sur ce point (nos 126 et 127). S'il est vrai que la caution, spécialement dans les contrats de crédit et de compte courant, constitue tacitement et implicitement le créancier son mandataire, à l'effet de dispenser, dans leur intérêt commun, le crédit au crédité dans la même mesure qu'il le ferait s'il n'était pas garanti, et de surveiller ses agissements et sa solvabilité, ce qu'elle ne peut faire elle-même, il ne peut être contesté que le créancier commet une faute comme mandataire (art. 1992 du code civil), lorsqu'il n'avertit pas le fidéjusseur des changements qui se produisent dans la situation du débiteur, lorsqu'il néglige de le tenir au courant des circonstances qu'il avait intérêt à connaître, et que cette ignorance l'empêche de prendre des précautions qu'il eût prises étant informé. La première de ces précautions eut été d'arrêter les effets du cautionnement en mettant un terme aux opérations qu'il avait garanties, de provoquer même une liquidation lorsqu'il en était temps encore, d'user en un mot des droits que lui confère l'article 2032 du code civil.

Mais l'oubli de ces devoirs de mandataire devient un véritable dol du créancier lorsque c'est de mauvaise foi qu'il tient la caution dans l'ignorance, dans le but de profiter des avantages, — souvent abusifs, — qu'il retire des opérations cautionnées, de s'enrichir ainsi à ses dépens, de l'empêcher enfin de retirer une garantie chaque jour plus onéreuse, à mesure que les

chances de recours contre le débiteur deviennent plus illusoires. Le dol est plus flagrant encore lorsque ce mandataire collude avec le débiteur qu'il sait être aux expédients, encourage ces expédients et sacrifie, pour un lucre inavouable, les intérêts du mandant.

Ici encore un abus de confiance ressort de l'abus de mandat.

142. — La responsabilité est encore moins discutable si le mandat est exprès; s'il résulte de la correspondance, seulement même des circonstances. Un écrit est inutile. Comme tout mandat, il peut être accepté tacitement : l'acceptation résulte du fait même qu'il n'a pas été refusé. C'est ce qui arriverait par exemple, si, en envoyant le cautionnement, le fidéjusseur recommandait au créancier d'en user au mieux de leurs intérêts communs, ou de surveiller la solvabilité du débiteur. Le fait par le créancier de recevoir ce cautionnement et de l'employer, sans décliner le mandat, en constitue une acceptation efficace, et le mandat devient ainsi une condition expresse de la remise du cautionnement et de l'obligation de la caution, condition dont la violation suffit à autoriser la résolution du contrat (DALLOZ, *Répert.*, v^o *Mandat*, n^o 186).

143. — 4^o *Impossibilité de subroger la caution.* — Le créancier, en procédant comme nous l'avons dit, se met sciemment dans l'impossibilité de subroger utilement la caution dans ses droits contre le débiteur principal. Ce n'est plus une simple négligence ayant pour résultat d'atténuer des droits et des garanties qui auraient été plus ou moins efficaces, mais qui pourtant ont existé. Ces droits et garanties ne sont, par son fait, qu'une vaine apparence. Lorsque le créancier fait crédit au débiteur, il a d'ores et déjà la certitude qu'il ne paiera pas et que la dette retombera tout entière sur le fidéjusseur. Les garanties sont tout aussi illusoires : le créancier sait à n'en pas douter que les souscripteurs ou accepteurs des effets qui lui sont cédés ne doivent rien, qu'il n'y a eu et n'y aura ni marchandises, ni provision, que ce gage en un mot sur lequel repose tout effet de commerce, qui en fait la solidité, sur lequel compte la caution, n'existe pas. Le créancier sait qu'il ne la subrogera que dans le néant : il commet un dol, il escroque à son profit et à celui de son complice la fortune de la caution.

144. — Pour résumer nous dirons :

L'obligation résultant d'effets de complaisance étant nulle et ne pouvant produire aucun effet, ne peut pas être utilement cautionnée (art. 2012). La caution peut exciper de cette nullité, comme le ferait le débiteur lui-même (art. 2036).

Elle n'est pas tenue accessoirement de l'obligation de réparer le dommage causé au créancier, qui incombe au débiteur en vertu de l'article 1382 du code civil, obligation qui remplace l'obligation nulle, parce que les actes illicites et immoraux ne peuvent être l'objet d'aucun contrat, pas plus de cautionnement que de ratification; parce qu'enfin le dol est personnel et

que, si la caution y a participé, elle est tenue à réparer le préjudice, non plus comme caution, mais directement et principalement.

Indépendamment de l'exception péremptoire de nullité de l'obligation principale, la caution peut encore subsidiairement repousser l'action du créancier par les exceptions qui sont propres au contrat de cautionnement.

Les règles de ce contrat sont encore plus rigoureuses quand il s'applique à un compte courant ou à un crédit, parce que les opérations qui font ainsi l'objet du cautionnement sont incertaines, éventuelles, que le fidéjusseur n'a pas pu prévoir ni connaître au moment où elles se produisaient.

Ainsi, n'ayant entendu cautionner que des opérations régulières, son engagement ne peut être appliqué à des créances équivoques, à des actes irréguliers et anormaux qui n'ont pu entrer dans ses prévisions. Le cautionnement est un contrat *strictissimi juris*, il ne peut être étendu au delà de ses limites (art. 2015); ce qui n'a pas été expressément prévu ne peut pas être suppléé par voie d'interprétation, et le doute, si faible qu'il soit, doit profiter à la caution.

La caution, par la nature même du contrat auquel elle accède, est donc obligée de suivre la foi aussi bien du créancier que du débiteur. Le créancier ayant un intérêt commun avec elle, celui de surveiller la solvabilité du débiteur, et étant obligé, de l'essence même du contrat, de subroger la caution dans tous ses droits et de les garantir, dans le cas où elle devrait payer la dette, à défaut du débiteur, est liée envers elle par un quasi-contrat, ainsi que par un mandat implicite et tacite, quelquefois exprès. Par suite il doit apporter dans ses opérations avec le débiteur le même soin, la même vigilance que s'il n'était pas cautionné. Il répond donc de sa faute. Il ne peut objecter qu'en faisant avec le débiteur les opérations critiquées par la caution, il n'a fait qu'user de son droit, d'abord parce que l'exercice d'un droit n'est licite et toléré qu'autant qu'il ne préjudicie pas à autrui, à moins que le créancier n'y ait eu intérêt, et parce que, entre plusieurs manières possibles et connues d'exercer un droit conforme à son intérêt, il ne faut pas choisir celle que l'on sait devoir nuire à autrui. En second lieu l'intérêt du créancier ne peut pas être de faire des actes équivoques, onéreux pour le débiteur, de nature à compromettre sa situation et qui doivent réfléchir sur la caution.

Le cautionnement est une véritable assurance : les risques de la caution ne peuvent pas être aggravés. Ayant eu en vue des affaires honnêtes, régulières, honorables, son engagement est inapplicable à des affaires d'une nature différente; elle s'est engagée en outre à cause d'un état de solvabilité qu'elle a apprécié, d'après les conditions d'une gestion ordinaire; les risques qu'elle a assumés de ce chef sont déterminés d'après les chances habituelles et communes d'un commerce honnête et régulier, parce que c'est celui-là qui est la règle et que les relations juridiques doivent être appréciées d'après la règle et non d'après l'exception.

Enfin le compte courant est un contrat qui n'a pas de terme, qui, ayant pour base la confiance, peut prendre fin quand la confiance disparaît. La

caution a donc le droit de mettre un terme et d'arrêter pour l'avenir les effets de son obligation, soit directement, soit indirectement, en usant des droits que lui confère l'article 2032 du code civil.

C'est pourquoi le créancier cautionné doit l'informer de toutes les circonstances qui modifieraient, ou seraient de nature à modifier la situation existant au moment du contrat, les prévisions de la caution, son opinion du risque, la mettre en mesure de faire cesser l'effet de son engagement, et d'user du bénéfice de l'article 2032 du code civil.

Il y est obligé et sa réticence engage sa responsabilité :

- 1° Parce que l'honnêteté lui en fait un devoir;

- 2° Parce qu'en prenant une part, même indirecte, à des agissements préjudiciables à la caution, il assume envers elle une responsabilité sanctionnée par l'article 1382.

- 3° Parce qu'étant seul, dans les circonstances particulières indiquées, maître de dispenser le crédit suivant les événements, seul à même de surveiller utilement les actes et la solvabilité du débiteur, il ne peut pas faire de la garantie une occasion de lucre, mais au contraire ne doit l'appliquer qu'à des opérations sûres ou dans lesquelles sa propre prudence eut pu être mise en défaut s'il eût agi sans aucune considération au cautionnement.

- 4° Parce que, par les mêmes motifs, il est le mandataire implicite, tacite, très souvent même exprès du fidéjusseur, à l'effet de gouverner le crédit cautionné comme l'eût fait le fidéjusseur lui-même.

- 5° Enfin parce que ses imprudences, ses négligences le mettent dans l'impossibilité de subroger efficacement la caution dans l'effet de droits et de garanties utiles contre le débiteur principal.

La sanction des droits du fidéjusseur se trouve dans l'article 2015 du code civil, qui lui permet de faire rejeter toutes les opérations qu'elle n'a pas prévues, et qui ont aggravé après coup les risques qu'elle a consenti à assumer.

Elle se trouve encore dans l'article 2037 du code civil, qui résume toutes les obligations du créancier de réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute. Cet article n'est qu'une application de l'article 1382. La caution a droit à une réparation; à l'action du créancier tendant au paiement de la créance cautionnée elle oppose l'exception : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, et elle obtient sa décharge. Cette exception a cela de particulier et d'avantageux qu'elle s'applique même dans le cas où la caution n'aurait pu exciper de l'article 2015, et aux opérations mêmes qui auraient été régulièrement faites.

Mais la faute du créancier devient un véritable dol quand c'est sciemment, de parti pris ou en vue de réaliser des bénéfices inavouables, qu'il entretient la caution dans une ignorance préjudiciable à ses intérêts, et qu'il continue avec le débiteur des opérations qui ne peuvent avoir d'autre issue que la ruine.

145. — Rappelons en terminant que tout ce qui a été dit de la caution est

également vrai de celui qui confère pour autrui une hypothèque de garantie sur ses biens, ou les donne en nantissement.

§ 2. Effets à l'égard des autres créanciers, ou de la faillite du débiteur ou des endosseurs.

146. — Nous entrons ici sur un terrain moins inexploré et nous allons y rencontrer des autorités qui donneront un nouvel appui aux théories qui ont été précédemment exposées. Les principes qu'elles ont reconnus, l'application qu'elles en ont faite à la partie du sujet que nous abordons, consacrent, par identité de motifs, la reconnaissance et l'application que nous en avons faite nous-même aux différentes questions qui se sont présentées jusqu'à présent à notre examen.

Nous aurons à rechercher : A. Si les tiers créanciers doivent subir le concours du porteur d'effets de complaisance sur l'actif du débiteur commun ; B. S'ils n'ont pas au contraire, contre lui, surtout s'il est de mauvaise foi, une action en réparation du préjudice que leur a pu causer, par sa faute, l'apparence de crédit de leur débiteur.

147. — A. Sur la première question la négative commence à faire jurisprudence. C'est d'ailleurs la conséquence nécessaire de la nullité des effets de complaisance.

S'il se présente pour prendre part à la répartition de l'actif du souscripteur ou accepteur, le porteur de bonne foi ne peut fonder aucune action sur son titre qui est nul ; mais il a droit à une réparation du dommage, laquelle est identique à la créance en principal et accessoires que représente le titre nul (*sup.*, n° 97). Il devra donc être admis pour cette créance dont la liquidation se trouve faite *ipso facto*, sauf, en cas de contestation, à ne l'admettre que provisoirement (art. 499 du code de commerce).

S'il se présente à la répartition de l'actif de son cédant, bénéficiaire de l'effet, il devra encore être admis en vertu de la créance qui résulte, non plus du dommage, mais de la numération des espèces qu'il a faite audit cédant et que constate l'endossement à son ordre. Il avait cru payer le prix d'une vente, cette vente est nulle, sa créance est une véritable répétition de l'indu.

Quant au porteur de mauvaise foi, nous avons reconnu qu'il ne peut être question pour lui de la réparation d'un préjudice, il devra donc être repoussé de toute distribution de deniers appartenant soit au souscripteur, soit à son cédant.

Ainsi jugé par arrêt de la cour de Paris du 26 juin 1857, confirmant, par adoption de motifs, un jugement du tribunal de commerce de la Seine : « Attendu qu'il s'agit dans le procès de billets et traites souscrits et endossés pour des causes illicites, qui ont eu pour but de créer aux signataires un crédit factice, contraire à l'honneur du commerce et à l'ordre public ; —

Déclare M..... non admissible au passif de la faillite du sieur D..... » (*Journ. des Trib. de comm.*, t. VI, p. 190. — *Add.*, Paris, 18 avril 1860; *ibid.*, t. IX, p. 351. — Paris, 28 nov. 1860; *Mémor. du comm.*, 2^e partie, t. XXV, p. 328. — Cass., 4 janv. 1876; DALLOZ, 1876, 1, 364)¹.

148. — Il en serait de même des renouvellements ou remplacements d'effets protestés par des effets nouveaux, qui ne sont souvent autre chose que des effets de complaisance, et doivent être considérés comme des moyens ruineux de retarder la faillite et prohibés à ce titre par l'article 585 du code de commerce et par conséquent illicites. (Rennes, 17 janv. 1849; SIREY, 1852, 2, 301; — Trib. de comm. de la Seine, 21 août 1878.)

149. — Toutefois, à côté des décisions que nous venons de citer, nous en trouverons d'autres qui portent la marque d'une certaine incertitude de principes et surtout d'une indécision dans leur application qui, du reste, pour certains d'entre eux, est plus apparente que réelle. Cela n'a pas lieu de suprendre lorsque l'on voit ces décisions partir de cette idée que « *quelque blâmable que soit au point de vue de la moralité commerciale la souscription et l'acceptation des billets de complaisance qui peuvent faire croire à un crédit fictif, la loi n'en prononce la nullité que lorsqu'ils sont le résultat d'un concert frauduleux ayant pour but et pour effet de dépouiller les créanciers, que dans la cause la fraude n'est ni prouvée, ni même énoncée.* » (*Journ. des Trib. de comm.*, t. IX, p. 361; — tribunal de commerce de la Seine, 9 janvier 1868.) Après ce que nous avons exposé au début de cette étude (n^{os} 16 et s.), il n'y a plus à insister pour démontrer que les effets de complaisance ne sont pas affectés d'une nullité relative résultant du dol et de la fraude employés contre une personne déterminée, mais d'une nullité absolue, résultant de ce que de pareils actes sont contraires à la morale et à la loi. Le tribunal fait ici une étrange confusion entre la nullité relative produite par un vice de consentement (art. 1109 et suiv. du code civil), et la nullité absolue produite par un vice de la cause (art. 1131 et suiv.). Aucun lien juridique ne rattache les deux idées qui motivent cette décision et le raisonnement du tribunal est un véritable sophisme en ce qu'il déduit une conséquence qui, loin d'être contenue dans la prémisse, y est antipa-

1. Ce dernier arrêt consacre le principe mais en limite l'application aux agios. Mais il faut remarquer que la contestation ne portait que sur ce point, et que la créance en principal avait été admise par le syndic, comme cela arrive beaucoup trop fréquemment, par suite de tolérances que certaines considérations de fait expliquent parfois, mais ne justifient jamais. Ce n'est donc là qu'un arrêt d'espèce, qui, tout en posant le principe, ne l'applique qu'en partie, parce que les juges du fait n'avaient pas cru devoir d'office l'étendre de l'accessoire au principal. Il est bien évident que si le banquier, dans l'espèce, n'avait pas droit à une rémunération parce que l'acte sur lequel il fondait ce prétendu droit était reconnu et déclaré contraire à l'ordre public, un tel acte ne pouvait pas plus servir de fondement à une action ayant pour objet le principal de la créance, qu'à celle qui avait seulement pour objet des escomptes, commission ou intérêts. Cf. la note en bas de cet arrêt, ap. DALLOZ, *loc. cit.*

thique. Après avoir, avec beaucoup de justesse, posé l'axiôme unanimement admis dans toutes les décisions consulaires, que les billets de complaisance sont contraires à la morale, à l'ordre public et à la loi, ce qui constitue un vice radical et les place sous le coup des articles 1131 et 1132 du code civil, il déclare ce vice insuffisant, et, laissant de côté la cause de l'obligation, il ne s'occupe plus, pour conclure, que d'un vice qui affecte le consentement (art. 1110)¹.

Une fois parti de là on se trouve engagé dans la voie la plus funeste où puisse entrer le juge; on arrive à ne se guider plus que par les inspirations décevantes et tout à fait secondaires de l'équité, à se laisser influencer par des préoccupations de sentiment dont nous avons déjà signalé le danger, à s'affranchir enfin des règles supérieures du droit où la raison, dominant les considérations de personne et de fait, ne se dirige que d'après les principes immuables reconnus et formulés par la loi².

150. — Jugé d'après les mêmes idées : 1^o Que lorsque deux commerçants se sont respectivement souscrit des billets de complaisance, ceux de l'un sont la contre-valeur de ceux de l'autre, et « qu'il suit de là qu'ils ne peuvent être considérés comme sans cause. » (Paris, 24 janvier 1868, *Journal des Trib. de comm.*, t. XVIII, p. 40).

2^o Que celui qui s'est livré avec un failli à une circulation de billets de complaisance ne doit être admis à la faillite que pour le montant du solde qui lui est réellement dû par suite du compte à faire entre les parties à l'occasion de cette circulation. Il ne peut élever la prétention d'être admis pour le montant des billets qu'il représente, mais dont il n'a pas réellement fourni les fonds et dont il ne se trouve porteur que parce qu'ils lui ont été restitués après l'échéance comme en étant endosseur. (Trib. de comm. de la Seine, 18 avril 1860, et 24 janvier 1863; — *ibid.*, t. IX, p. 351, et t. XII, p. 435.) La prétention du créancier, dans l'espèce, d'être admis pour des créances dont il n'avait pas fourni l'équivalent constituait tout simplement la tentative du crime prévu par l'article 593, 2^o, du code de commerce.

Fort heureusement la théorie que nous venons de signaler n'a pas fait jurisprudence, et l'on n'en est plus aujourd'hui à réfuter ces erreurs. Dans

1: Le tribunal confond aussi la fraude prévue par l'art. 593. § 2, du code de com. qui n'est que très rarement le mobile de la création des effets de complaisance, avec le délit qualifié par l'art. 585, § 3, du même code, cause ordinaire de cette création.

2. Dans l'espèce jugée il s'agissait d'une demande d'admission à la faillite du tireur formée par l'accepteur de lettres de change qui avait été obligé de les rembourser au porteur. En se fondant sur la théorie de la provision que nous avons combattue (n^o 31 et s.). l'accepteur pouvait soutenir que n'étant que le mandataire du tireur il avait contre lui l'action de mandat pour être remboursé; ce n'était que déplacer la cause, sans la rendre pour cela plus licite, puisque le mandat, dans ce cas, avait pour cause et pour objet une chose contraire à la morale et à la loi. Toutefois l'espèce pouvait, à un certain point de vue, paraître favorable, et l'argument invoqué était spécieux, l'accepteur pouvant exciper d'une apparence de bonne foi. Ce n'est pourtant pas cette circonstance qui pourrait justifier et l'erreur de droit et la confusion dans laquelle les juges sont tombés.

le plus grand nombre des décisions il y a plutôt manque de fermeté dans l'application des principes qu'incertitude ou confusion des règles essentielles de la matière.

151. — De ce que le porteur de mauvaise foi n'a aucune action pour se faire admettre au passif de la faillite, il s'ensuit que lorsqu'il l'a été par erreur ou par négligence, le contrat judiciaire dont l'admission est la réalisation, ne s'est pas formé, en vertu de la règle de l'article 1131 du code civil. En conséquence le créancier peut être éliminé de la répartition, après que les créanciers ou le syndic auront fait prononcer la nullité de l'admission.

Il n'en serait autrement que dans le cas où cette admission n'aurait eu lieu qu'en exécution d'un jugement passé en force de chose jugée.

152. — Si le créancier admis avait touché les dividendes afférents à sa prétendue créance, le syndic ou les créanciers, ceux-ci même après la clôture de la faillite par liquidation de l'union, et tant que la prescription ne serait pas accomplie, peuvent exercer la répétition de l'indu et faire rouvrir la faillite pour procéder à la répartition de ce nouvel actif, comme il arrive quand un actif quelconque échet au failli en union, par succession ou autrement. Ce serait peut-être même un cas de résolution du concordat, s'il n'avait été obtenu qu'au moyen du concours de ce créancier et de sa créance depuis déclarée nulle.

Quant au failli concordataire, sa participation à l'acte illicite et immoral le rend non-recevable à exercer la répétition des dividendes payés, sauf l'application de l'article 591 du code de commerce s'il y échet. Mais il peut refuser d'acquitter les dividendes à échoir.

Ces solutions sont conformes à celles que nous avons données.

153. — Conformément aux mêmes principes, il a été jugé que l'action en répétition de ce qui a été payé en exécution d'une convention illicite est ouverte aux créanciers de celui qui a payé, alors même que la turpitude a été commune aux deux parties. (Toulouse, 21 juillet 1870.) « Attendu que le créancier est personnellement étranger à la cause qui a vicié la convention; — Que s'il est des droits que le créancier ne peut exercer du chef de son débiteur, parce qu'ils sont exclusivement attachés à la personne de ce dernier, il est, par analogie de raisons, des fins de non-recevoir qui ne doivent pas arrêter l'action du créancier parce qu'elles sont fondées sur une cause d'indignité exclusivement personnelle au débiteur; — Qu'alors l'action doit être ouverte au créancier, comme elle l'était en droit romain, et comme elle l'est, sous notre droit actuel, quand la turpitude n'avait pas été commune aux parties. » (SIREY, 1873, 1, 217.)

En rapportant cet arrêt, le *Recueil Sirey* l'accompagne de la note suivante : « Si les créanciers de la partie qui s'était libérée, malgré le vice de l'obligation, n'avaient pu s'appuyer que sur l'article 1166 du code civil, et

n'agir que comme exerçant les droits de leur débiteur, leur action eut dû être repoussée d'après l'opinion la plus communément adoptée. Mais la cour de Toulouse a pensé que les effets de la turpitude du débiteur ne pouvaient rejaillir sur les créanciers et qu'en pareil cas l'action en répétition était ouverte à ces derniers, non en vertu de l'article 1166 et comme représentant le débiteur, mais en vertu d'un droit qui leur était propre, et dont l'indignité personnelle du débiteur ne pouvait paralyser l'exercice. »

L'arrêt et la note n'ont peut-être pas toute la précision et la netteté désirables, mais la pensée qui s'en dégage est celle-ci : L'obligation pouvait être repoussée par les créanciers comme inexistante à raison de l'illicéité de la cause. Si elle a été admise à la faillite ce n'est que par suite de l'ignorance où ils étaient de cette circonstance. Le contrat judiciaire d'admission se trouve donc vicié par l'erreur de l'une des parties ; comme tous les autres contrats, il peut être résolu pour ce motif (art. 1117 du code civil). L'admission étant résolue, la créance se trouve implicitement rejetée. Comme conséquence nécessaire, le dividende induement perçu doit être restitué. Toute autre serait la situation du débiteur lui-même qui, ne pouvant fonder son action sur le contrat d'admission, ne pourrait davantage la fonder sur la turpitude de son acte.

L'arrêt qui vient d'être cité a été l'objet d'un pourvoi, mais il ne portait pas sur la violation de l'article 1166 ; le pourvoi a été rejeté. (Cass., 2 avril 1872 ; SIREY, 73, 1, 217.)

154. — Dans une espèce inverse de celle qui précède, il a été décidé que la nullité de l'effet de complaisance, opposable au tiers porteur de mauvaise foi, l'est également à ses actionnaires et à ses créanciers après sa faillite, nonobstant le préjudice qu'ils ont pu éprouver. « Attendu qu'en sa qualité de gérant, Michaut représente incontestablement les actionnaires du comptoir d'escompte de Blaye qui ont été engagés par ses actes ; qu'à la vérité ceux-ci, qui ont pu avoir action contre le gérant, à raison des abus commis dans sa gestion, pourraient également avoir action contre les tiers qui se seraient sciemment rendus complices de ces abus, mais que, dans l'espèce, les liquidateurs ne prouvent nullement, à la charge de la dame Breton, qu'elle eut connaissance du préjudice que pouvait causer au comptoir la mauvaise gestion de Michaut ; qu'il y a au contraire tout lieu de croire que cette dame, étrangère aux opérations intérieures dudit établissement, ne soupçonnait même pas les conséquences fâcheuses de la circulation d'effets à laquelle se livrait le gérant, et dont les billets souscrits par elle formaient d'ailleurs la moindre partie. Qu'ainsi les actionnaires dudit comptoir n'ont pas, vis-à-vis de la dame Breton, des droits autres que Michaut, leur mandataire. » (Bordeaux, 6 mars 1868 ; SIREY, 70, 1, 217.)

Il résulte de cet arrêt que, bien qu'ils soient les ayants cause du porteur de mauvaise foi, ses créanciers ou le syndic de sa faillite ont action en dommages-intérêts contre le souscripteur. Ils ne peuvent se prévaloir de l'effet à ordre qui est nul ; mais, à l'action qui leur fait défaut, se substitue l'action

en réparation du préjudice éprouvé, et, pour l'exercice de cette action, ils deviennent de véritables tiers, parce qu'ils séparent leur cause de celle de leur débiteur, en même temps que le principe de leur action. Cet arrêt confirme la théorie que nous avons soutenue précédemment (n^{os} 97 et suiv.).

155. — B. Le négociant, banquier ou autre, qui entretient le crédit d'un client en détresse à l'aide de renouvellements et surtout d'effets de complaisance et lui facilite le moyen de prolonger par des expédients son existence commerciale, peut être déclaré responsable envers les tiers des pertes qu'ils éprouvent à l'occasion de leurs rapports de commerce avec lui. Ce fait, en principe, tombe sous le coup de l'article 1382 du code civil.

D'une part, en effet, par cela seul qu'il maintient cette existence commerciale, il contribue à induire les tiers en erreur. Il les expose directement et par son fait, à contracter avec un homme qui n'est plus digne d'être commerçant, avec un insolvable; à lui fournir à crédit des marchandises avec le produit desquelles il payera d'autres créanciers plus anciens, il lui donne, en un mot, pour employer une locution vulgaire, mais expressive, le moyen de couvrir saint Paul en découvrant saint Pierre. En pareil cas, c'est presque toujours ce banquier ou ce commerçant qui a le rôle de saint Paul : il collude avec son client pour faire des dupes. A un autre point de vue, les relations suivies qu'il entretient ostensiblement avec lui, sont comme un certificat implicite de solvabilité qui dispense jusqu'à un certain point de prendre des renseignements plus précis sur sa position.

Le principe de la responsabilité a été appliqué dans ces deux cas par la jurisprudence.

156. — Un arrêt important de la cour de Paris, que nous avons déjà plusieurs fois cité, dont la doctrine a été confirmée par arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, décide qu'un banquier commet une faute engageant sa responsabilité envers les tiers lorsqu'il se livre à des agissements qui ont pour but de constituer à un négociant un état de prospérité fictif, et pour résultat de capter la confiance des tiers; spécialement lorsqu'il se fait sciemment l'intermédiaire de la circulation dolosive de valeurs fictives émises par le négociant. « Attendu qu'il est déclaré, par l'arrêt attaqué, que les faits reconnus constants à la charge de Delamotte, Bénilan et C^{ie}, et de Delamotte personnellement, ont eu pour but de constituer à Antonin Soupe une situation mensongère et un crédit apparent qui dissimulait le passif dont il était accablé; qu'ils ont eu également pour résultat de capter et entraîner la confiance de Fournier et C^{ie}, laquelle a, en effet, été déterminée uniquement par l'état de prospérité fictive créé par les agissements des demandeurs en cassation; — Attendu qu'en décidant, d'après l'ensemble des faits constatés, que ces derniers ont commis des fautes graves qui ont causé le préjudice souffert par Fournier et C^{ie} et en les condamnant à réparer ce préjudice, l'arrêt attaqué n'a violé ni l'article 1382 du code civil, ni les autres dispositions de loi indiquées par le pourvoi. »

(Cass. civ., 1^{er} août 1876. Concl. conf. de l'avocat général Charrins; SIREY, 1876, 1, 457.)

« Au premier abord, dit à ce propos la note de l'arrêt, il peut paraître qu'il n'y a pas un lien direct entre la prétendue faute et le préjudice. On peut dire en effet : De quoi se plaint le tiers ? D'avoir été induit à contracter avec le commerçant, à lui faire confiance. Or quel fait du banquier l'a provoqué à contracter avec le commerçant, à lui faire confiance ? Aucun. Il n'a jamais existé de rapport de fait entre le banquier et le tiers ; ils s'ignoraient l'un l'autre ; ils étaient séparément en relation avec le commerçant. Le banquier n'a fait aucun acte vis-à-vis du tiers, qui, de son côté, n'a jamais eu en vue le banquier. — La réponse est facile. Quand y a-t-il rapport direct entre la faute et le préjudice ? Sans doute lorsqu'il est certain que le dommage n'a d'autre cause, en tout ou partie, que la faute. Or le tiers a été déterminé à faire confiance au commerçant uniquement par les apparences de prospérité constituées au profit du commerçant à l'aide d'une circulation de valeurs fictives favorisée par le banquier. C'est le fait du banquier qui a amené la confiance du tiers, et par suite le dommage. Il y a relation directe entre le fait et le préjudice. »

La cour de cassation consacre définitivement par l'arrêt précité une jurisprudence qui était déjà constante. V. Rouen, 30 juin 1851 (*Pat.*, 1853, 1, 508); Riom, 28 juin 1859 (SIREY, 59, 2, 550); Caen, 8 juillet 1865 (*Ibid.*, 66, 2, 59); Bordeaux, 19 juillet et Paris, 26 juillet 1869 (*Ibid.*, 70, 2, 12); Nîmes, 3 août 1874 (*Ibid.*, 74, 2, 271); Cass., 5 août 1875 (*Ibid.*, 75, 1, 347); Trib. comm. de Marseille, 23 oct. et 15 déc. 1869, et Aix, 7 février 1870 (*Journ. jurisp. comm. de Marseille*, 1870, 1^{re} partie, p. 53 et 272); Nancy, 3 juill. 1878 (SIREY, 78, 2, 249 et la note 3^o).

CHAPITRE SIXIÈME

DES EFFETS DE COMPLAISANCE AU POINT DE VUE DU DROIT PÉNAL

SOMMAIRE

157. — L'usage des effets de complaisance peut-il être délictueux ?
158. — Il est prohibé par l'article 585, § 3, du code de commerce et par l'article 402 du code pénal.
159. — Le fait puni par ces articles est différent de l'escroquerie.
160. — L'usage des effets de complaisance peut constituer, dans bien des cas et suivant l'aspect sous lequel l'acte est envisagé, soit une escroquerie soit un abus de confiance.

§ 1^{er}. — De l'Escroquerie.

161. — Principes généraux. — Analogie du billet faux et du billet fictif. — Conséquences à en tirer.
162. — Conditions essentielles du délit d'escroquerie.
163. — Application de l'ensemble de ces conditions aux effets de complaisance. — Première espèce.
164. — Deuxième espèce.
165. — I. *Usurpation de nom ou de qualité ou emploi de manœuvres.* — L'usurpation de la qualité de commerçant suffit en dehors de toute manœuvre.
166. — Elle a pour but d'obtenir un crédit immérité. Différence entre le crédit en général dont il s'agit ici et le crédit spécial indiqué par l'article 405 du code pénal, comme but des manœuvres.
167. — Le crédit commercial n'est pas le même que le crédit civil. Conséquences.
168. — II. *Des manœuvres.* — Elles n'ont pas besoin d'être aussi nettement caractérisées quand il s'agit d'effets de commerce que dans les autres cas d'escroquerie.
169. — De la fausse entreprise. La manœuvre n'est pas équivoque lorsqu'il y a billet à ordre ou lettre de change accepté.
170. — Elle existe également quoique la lettre de change ne soit pas acceptée.
171. — L'imprudance de la victime ne fait pas disparaître le délit.
172. — Cette considération explique l'hésitation du ministère public à poursuivre pour escroquerie quand il s'agit d'effets de complaisance.

173. — Du crédit imaginaire et de l'espérance d'un événement chimérique. Ces deux circonstances se rencontrent dans l'effet de complaisance.
174. — III. *Remise des valeurs par la victime.* — Cette condition n'est plus essentielle depuis que la tentative de remise est punie.
175. — IV. *Du détournement.* — Définition:
176. — Obligation de restitution.
177. — Pour faire disparaître le caractère délictueux de l'acte, la restitution doit être faite au plus tard à l'échéance et avant protêt.
178. — Le renouvellement de l'effet n'équivaut pas à la restitution.
179. — Solutions conformes de la jurisprudence.
180. — Autres exemples d'escroquerie par création d'effets de complaisance.

§ 2. — *De l'Abus de confiance.*

181. — Si la victime est le souscripteur ou accepteur bénévole, l'acte constitue un abus de confiance.
182. — Caractère du pacte conclu entre le souscripteur ou l'accepteur et le bénéficiaire.
183. — Le détournement est aussi une des conditions du délit; il existe par l'impossibilité où se trouve l'agent de restituer.
184. — Le souscripteur ou accepteur peut se trouver passible de l'article 566, § 1, du code de commerce.

§ 3. — *De la Complicité.*

185. — *De l'escompteur.* — L'escompteur qui met l'effet de complaisance en circulation, connaissant sa nature, cesse d'être victime pour devenir complice du délit.
186. — Il pourrait même, dans certains cas, être soit auteur principal, soit seul auteur du délit.
187. — Mais le caractère délictueux disparaît si l'escompteur fait connaître à son cessionnaire que l'effet dissimule un prêt.
188. — *Du souscripteur ou accepteur bénévole.* — Il se rend complice lorsqu'il connaît l'usage qui doit être fait de l'effet signé par lui, et il est présumé le connaître. S'il en tire profit, il devient coauteur.
189. — Conclusion.
190. — Suite.

157. — Nous avons démontré, dans les précédents chapitres, que l'acte de celui qui fait usage d'un effet de complaisance est un acte malhonnête, immoral, illicite et à ce titre réprouvé par la loi civile.

Mais cet acte tombe-t-il sous le coup de la loi pénale, et dans le cas d'affirmative comment doit-il être qualifié? C'est là un nouvel aspect sous lequel le sujet doit être envisagé. La question n'est pas nouvelle et pourtant elle n'a pas encore été résolue doctrinalement, ce qui indique qu'elle a embarrassé les praticiens auxquels elle s'est posée. Nous possédons un certain nombre d'arrêts d'espèces, mais les principes applicables spécialement au sujet n'en ont pas encore été dégagés avec netteté et précision.

C'est ce que nous nous proposons de faire pour compléter cette étude. Notre tâche est désormais d'ailleurs bien simplifiée : si les propositions que nous avons discutées sont acceptées, un grand pas n'est-il pas déjà fait vers la solution, et ne semble-t-il pas qu'il ne nous reste plus qu'à tirer les conséquences, au point de vue de la répression, des principes acquis?

158. — Tout d'abord il est, dans cet ordre d'idées, un point incontestable, c'est que l'acte dont s'agit est, dans certaines circonstances, formellement déclaré délictueux par la loi. Nous avons un texte positif, l'article 585, § 3, du code de commerce, qui rend passible des peines de la banqueroute simple, c'est-à-dire d'un mois à deux ans d'emprisonnement (art. 402 du code pénal), le commerçant qui, dans l'intention de retarder sa faillite, s'est livré à des circulations d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds.

Il n'est même pas nécessaire, suivant une jurisprudence et une doctrine qui semblent prévaloir, bien que contestables, que le commerçant soit en état de faillite. L'article 585, comme tous ceux qui organisent la banqueroute, s'applique au commerçant *in bonis*, bien qu'en fait en état de déconfiture.

Mais ce n'est guère là, à dire vrai, qu'une disposition bien peu redoutable pour celui qu'elle vise, et il n'a guère plus à en craindre les effets que ceux de l'article 405 du code pénal relatif à l'escroquerie. Cela tient à bien des causes qui ressortent des lacunes que présente le système de la loi sur la faillite; ce serait un hors d'œuvre d'en aborder ici l'examen, malgré l'intérêt que ces considérations générales offriraient pour notre sujet¹. Nous devons nous borner à rechercher si cette pénalité est la seule applicable aux actes qui nous occupent.

159. — Le fait d'avoir retardé sa faillite par les moyens qu'indique le § 3 de l'article 585 du code de commerce est un délit que nous appellerons abstrait, en ce sens qu'il n'atteint pas une ou des personnes déterminées mais la masse créancière, telle qu'elle se trouvera être composée, en quelque sorte par le hasard des opérations du failli, au jour où la catastrophe éclatera. Par ses agissements le commerçant n'a pas pour objectif tels ou

1. La cause principale de l'humanité des dispositions en matière de banqueroute simple, et même aussi en matière de banqueroute frauduleuse, c'est qu'en fait et en pratique la loi de faillite ne fait aucune distinction entre le commerçant simplement malheureux et le commerçant coupable. En théorie celui-ci est un banqueroutier, mais les peines de la banqueroute simple sont beaucoup trop douces, ou appliquées avec trop de mansuétude quand il s'agit du failli malhonnête; le failli honnête et malheureux ne devrait jamais, lui, être placé sous le coup de ces dispositions. La maxime *lata culpa dolo equiparatur*, est, dans l'état de nos mœurs, difficilement acceptée par les tribunaux de répression. De là une sorte d'indifférence à l'endroit de la banqueroute, dont bénéficient trop souvent les faillis qui se rendent coupables d'actes équivoques, qui sont de beaucoup les plus nombreux. V. sur ce point ma dissertation sur le *Concordat amiable*, ap. *Questions sur l'ordre et la faillite*, in-8°, Paris, Cotillon, 1873.

tels commerçants qu'il choisit pour victimes; il ignore quelles elles seront, parce qu'il ne peut pas prévoir l'époque exacte où ses créanciers auront à souffrir d'actes qui ont précisément pour objet de retarder de plus en plus l'événement fatal. Ce délit, en un mot, ne s'attaque pas à des individus, mais à des créanciers *in abstracto*. Il intéresse la sécurité commerciale en général.

L'escroquerie au contraire est un délit concret; l'agent choisit une victime déterminée dans son individualité. Il en résulte que le commerçant qui sera punissable en vertu des articles 585 du code de commerce et 402 du code pénal, le sera également si, parmi les faits généraux prévus par ces articles, il se trouve des faits particuliers lésant des individus et revêtant la forme de l'escroquerie, car, il ne faut pas s'y tromper, les individus qui, par l'événement, se trouveront être lésés par les pratiques énoncées dans l'article 585 du code de commerce, ne seront pas les mêmes que ceux qui seront victimes de la création des effets de circulation. D'un autre côté encore il se peut que cette circulation d'effets ne fasse pas de victimes particulières parmi ceux qui s'y trouveront mêlés, parce que ceux-ci y auront volontairement concouru, et seront par conséquent, au moins le plus souvent, des coauteurs ou des complices, suivant les distinctions que nous avons faites précédemment quand nous avons examiné dans quelles conditions les souscripteurs, accepteurs et porteurs d'effets de complaisance auront une action en paiement contre les bénéficiaires originaires de ces mêmes effets.

160. — La difficulté de notre sujet ne se rencontre pas sur le terrain des principes, mais dans l'application des règles posées par l'article 405 du code pénal, et aussi, nous le verrons, de celles de l'article 408 du même code; dans la détermination des circonstances dans lesquelles cette application pourra être faite. La qualification du fait incriminé exige aussi une analyse précise des conditions dans lesquelles il se présente.

Dans quels cas le fait d'émission de papier de complaisance revêtira-t-il le caractère d'escroquerie, dans quels cas y rencontrera-t-on celui de l'abus de confiance? La solution différera suivant les rapports d'agent à victime, c'est-à-dire que le même fait pourra se présenter sous forme d'escroquerie, si l'on considère le porteur, et sous celle d'abus de confiance, si l'on n'envisage que le souscripteur ou accepteur. Le point de savoir quand un agent secondaire devra être considéré comme coauteur ou comme complice est aussi parfois délicat à trancher. Nous aurons donc plusieurs distinctions à faire.

§ 1. — De l'Escroquerie.

161. — Nous placerons notre discussion sous le patronage de ces paroles du procureur général Dupin, prononcées à propos de l'article 405 du code pénal : « Le législateur, qui avoue ici son infériorité avec le génie du mal, n'a pu indiquer que les principaux éléments de ces délits, dont les esprits

tendent à varier les ruses, et qui ne seraient jamais réprimés si on exigeait toujours, pour les atteindre, un article de loi dont chaque mot correspondrait à toutes les circonstances du délit. » Ne serait-il donc pas vrai, en effet, que la loi pénale, tout aussi bien que la loi civile, doit suivre les modifications de la civilisation et des relations que des besoins ou des conditions nouvelles créent entre les hommes, s'y accommoder pour protéger ou réprimer des rapports ou des actes que le législateur n'a pas pu prévoir dans la forme où les transformations qu'ils devaient revêtir plus tard, mais dont le principe est immuable comme la morale elle-même? L'œuvre de la jurisprudence ne doit-elle pas être, dans l'un et l'autre champ ouvert à son action, d'approprier la loi à la diversité des situations nouvelles, et ne suffit-il pas que son esprit soit clair, qu'il contienne le germe, le principe des applications les plus variées, bien qu'une rigueur plus grande, dans un cas que dans l'autre, soit nécessaire?

C'est en nous plaçant dans cet ordre d'idées que nous estimons que, bien qu'en droit pénal il faille se renfermer strictement dans les termes de la loi, il n'est pas défendu de s'inspirer de l'esprit du législateur et de rechercher sa pensée par un rapprochement avec des faits analogues. Quand le code pénal a été édicté, on connaissait les billets faux, on avait l'expérience de cette altération de l'écriture commerciale qui consiste à feindre une créance par l'imitation de la signature d'un débiteur supposé; mais l'usage relativement restreint des effets fictifs n'avait pas encore révélé tout le danger d'un autre genre de faux moins coupable, mais en même temps plus facile, qui consiste à feindre une créance, avec ou sans le concours du débiteur supposé, mais sans imiter sa signature. N'est-on pas pourtant frappé de l'analogie des deux situations? N'est-ce pas dans les deux cas une tromperie, un moyen de s'emparer frauduleusement de la fortune d'autrui. Le mobile est le même, et si l'acte revêt des caractères différents au point de vue de la criminalité, le but ne diffère pas, les circonstances de fait sont identiques. La seule distinction possible, la loi la fait elle-même quand elle incrimine la fabrication du faux séparément de l'usage qui en est fait, et crée ainsi des infractions qui ne peuvent pas être confondues. La création de l'effet faux est un fait dont la criminalité ne se rencontre pas dans la création de l'effet fictif; mais dans l'un comme dans l'autre cas, c'est-là un fait préparatoire, une manœuvre frauduleuse qui a pour but de commettre une escroquerie; cette escroquerie, c'est l'usage du faux ou de l'effet fictif qui la consomme; l'usage n'est que la mise en action de cet effet faux ou fictif, qui considéré en lui-même et en dehors de cet usage n'est plus qu'un fait inerte et inoffensif (BOITARD, *Leçons de Droit criminel*, n° 239). Il n'est pas jusqu'aux moyens d'atténuation qui sont identiques. Celui qui émet un billet faux, comme celui qui escompte un billet fictif ne manque jamais de dire qu'il ne voulait que contracter un emprunt et que son intention était de rembourser à l'échéance.

En quoi le négociant auquel on présente un billet simulé est-il plus en garde contre la fraude que celui auquel on présente un billet faux? On ré-

pondra que, s'il s'agit d'un effet fictif, le cessionnaire a une action contre le souscripteur ou accepteur de complaisance, et qu'il n'en a pas si l'effet porte une signature falsifiée. Cela est vrai; mais prenons garde d'être en fait dupes d'une différence, vraie en droit, mais dont on semble tenir peu de compte dans la pratique. Ne voyons-nous pas les juridictions consulaires elles-mêmes, préoccupées de l'idée que le tiers porteur ne doit dans aucun cas être victime de la fraude, tendre à en rejeter les conséquences sur le souscripteur apparent, et pour atteindre ce but user et abuser du droit qu'elle a de rechercher des preuves de l'existence de la dette en dehors du titre argué de faux, de façon à mettre la juridiction supérieure et la cour de cassation elle-même dans l'impossibilité de réformer leurs sentences (V. Limoges, 19 déc. 1879; *France judiciaire*, 1879, p. 203).

C'est là une exagération de la protection due à la sécurité des transactions; mais cette exagération même démontre les exigences de cette protection et combien il est urgent que la justice la garantisse en appropriant à des situations nouvelles les moyens que la loi sagement interprétée met entre ses mains. N'oublions donc pas qu'il y a là un intérêt de premier ordre à sauvegarder, la moralité commerciale, la sécurité de transactions de l'importance desquelles n'avaient aucune idée les législateurs de 1808. Reconnaissons donc, sans nous payer de distinctions trop subtiles aujourd'hui, l'analogie entre l'usage d'un billet faux et l'usage d'un effet fictif, et ne craignons pas d'en déduire les conséquences.

162. — Quatre conditions sont essentielles pour constituer le délit d'escroquerie consommé dans les circonstances qui nous occupent :

1^o Qu'il y ait eu emploi d'un faux nom ou d'une fausse qualité, ou bien des actes, des faits extérieurs destinés à appuyer la demande de l'agent. (Jurisprudence constante. Toutefois *contra*, v. une dissertation très intéressante de M. Th. Bazot, depuis premier président à Alger, ap. *Rév. Prat.*, t. VI, p. 540 et suiv.)

2^o Que ces faits aient eu pour but et pour résultat de faire naître la croyance de leur exactitude ou celle d'un événement chimérique.

3^o Qu'il y ait eu remise à l'agent par la victime de valeurs appartenant à celle-ci, et que cette remise ait été déterminée par la fausse croyance.

4^o Enfin qu'il y ait eu détournement de ces valeurs.

Ces deux dernières conditions ne sont même plus nécessaires depuis que l'article 405 a subi, en 1863, une extension qui assimile la tentative d'escroquerie à l'escroquerie elle-même. Mais nous ne nous préoccupons guère de cette modification puisque notre sujet n'offre à nos études qu'un acte *consummé*.

163. — Appliquons d'abord l'ensemble de cette règle à l'émission d'un billet de complaisance; nous entrerons ensuite dans le détail des conditions qui viennent d'être énumérées.

1^{re} *Espèce* : Un individu qui n'est pas commerçant tire une lettre de change

sur un autre individu connu pour être commerçant, et la cause valeur en marchandises ; il remet cette lettre de change à un commerçant en paiement d'une livraison de marchandises que celui-ci effectue ; puis, cela fait, il disparaît avec la marchandise.

Y a-t-il là délit d'escroquerie ? Cela nous semble indiscutable.

En effet, aucune des circonstances caractéristiques du délit ne fait défaut ; il y a même surabondance, car on y trouve :

1^o L'usage d'une fausse qualité, celle de commerçant. Il n'est pas nécessaire que cette qualité soit écrite à côté du nom du tireur, qu'il signe, par exemple, X..., négociant, ou que l'effet soit écrit sur un papier à formule imprimée, comme il en est fait usage dans le commerce. L'usurpation de la qualité de commerçant résulte suffisamment des circonstances suivantes : que l'effet affecte la forme de la lettre de change et qu'il est causé valeur en marchandises, car cette forme est essentiellement commerciale, et éveille avant toute autre l'idée d'une opération de commerce.

2^o Une manœuvre tendant à persuader à la fois l'existence d'une fausse entreprise et celle d'un crédit imaginaire, et à faire naître l'espérance d'un événement chimérique. La manœuvre, c'est la création de la lettre de change et sa présentation à la victime du délit. La fausse entreprise consiste dans l'opération commerciale dont la lettre de change est censée constater le règlement ; le crédit imaginaire, c'est la créance fictive dont cet effet est présenté comme étant le titre ; et enfin l'espérance d'un événement chimérique c'est celle du paiement de la lettre de change sans lequel le cessionnaire n'aurait pas consenti à remettre ou délivrer sa chose.

164. — 2^e Espèce : Un individu, qui n'est pas commerçant, souscrit à l'ordre d'un autre individu, commerçant ou non, peu importe, un billet causé valeur en marchandises. Le bénéficiaire en fait le même usage que dans la première espèce.

Il y a encore là escroquerie de la part de ce dernier ; les circonstances en sont les mêmes que celles qui viennent d'être énoncées. La seule différence qui distingue ces deux espèces est que dans la seconde nous rencontrons un auteur principal et un complice. Nous reviendrons plus loin sur cette particularité.

165. — Reprenons maintenant, et chacune séparément, les quatre conditions énoncées plus haut, et discutons-les.

I. *Usurpation de nom ou de qualité, ou emploi de manœuvres.* — Il n'est pas nécessaire que toutes les circonstances caractéristiques que nous avons groupées dans les deux exemples choisis se rencontrent à la fois. Ainsi l'usage de la fausse qualité de commerçant est suffisante pour constituer le délit, sans qu'il y ait besoin que des manœuvres viennent les compléter.

On a soutenu que « lorsque l'escroquerie se commet par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, il est nécessaire pour la constituer que cet usage ait pour objet de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un

pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance d'un événement chimérique. » (F. HÉLIE, sur l'art. 405, n° 2197.) Cette décision est extrême et ne paraît pas devoir être admise, mais au surplus une controverse à ce propos serait dépourvue d'intérêt en ce qui concerne notre sujet où l'usurpation de la qualité de commerçant a toujours pour but de faire naître chez la dupe une fausse croyance; nous avons même reconnu que cette usurpation résulte des mêmes circonstances qui auraient pour objet de produire cette fausse croyance.

Si l'usage de la fausse qualité de commerçant suffit à caractériser l'acte et à le faire dégénérer en délit, c'est qu'elle suffit à inspirer la confiance à procurer le crédit. « Il est nécessaire, dit F. Hélie, que cette usurpation ait été un moyen de perpétration du délit; il faut donc que la qualité usurpée ait eu une relation indirecte avec ce délit, qu'elle en ait provoqué la consommation. » (*Ibid.*, n° 2198.)

166. — L'usurpation de la qualité de commerçant est un moyen d'obtenir un crédit immérité, un crédit qui serait refusé à un simple particulier, indépendamment de toute manœuvre tendant à persuader l'existence de circonstances particulières et propres à l'agent de nature à constituer ce crédit. C'est qu'en effet le crédit dont nous parlons ici n'est pas celui dont il est nommément question dans l'article 405. Le crédit qui s'attache à la qualité de commerçant est un crédit abstrait, inhérent à cette qualité même, et tout différent de celui qui résulte de ce que l'on est propriétaire de telle ou telle créance déterminée. C'est ainsi qu'un négociant a crédit chez son banquier et obtient de lui des avances sur sa simple signature, tandis que tel autre ne s'en pourra faire remettre qu'en justifiant d'un crédit relatif, c'est-à-dire en produisant un titre de créance dont il devra se dessaisir sous forme de gage ou autrement en échange des fonds dont il a besoin. C'est pour cette raison encore que, chaque jour, les banquiers refusent de prendre du papier de non-commerçants et sans se préoccuper de la valeur de ce papier, uniquement parce qu'ils ne sont pas commerçants. Au contraire « on sait que dans le commerce offrir à négocier un effet revêtu de plusieurs signatures c'est en quelque sorte réussir. Tel nom isolé ne trouverait pas à escompter cent francs qui sera facilement accepté pour des sommes plus ou moins considérables s'il est accolé à quelques autres, bien qu'ils soient complètement inconnus du preneur. Celui qui les offre négocie (d'ordinaire) des valeurs de portefeuille, donc il a des ressources, il mérite qu'on lui accorde crédit. Cette considération quoique si souvent cruellement démentie par l'expérience, n'a pas cessé d'être décisive, c'est ce que savent parfaitement les commerçants et ce qui les détermine à imaginer de prétendues valeurs de portefeuille, lorsqu'en fait ils n'en ont aucune. » (BÉDARRIDE, *Lettre de change*, nos 119 et suiv. Add. Cass., 14 mai 1859 et 19 nov. 1863; *Bulletin crim.*, t. 59, p. 216, et t. 63, p. 253.)

Le même auteur ajoute plus loin : « La supposition de qualité ne peut jamais constituer le crime de faux. Poussée cependant jusqu'à un certain

point elle pourrait constituer une violation de la loi pénale et créer le délit prévu par l'article 405 du code pénal. » (*Ibid.*, n° 121.)

167. — Le crédit commercial est tout différent du crédit civil. Il est l'âme et la vie du commerce, c'est, suivant l'expression de Bravard, une faculté purement personnelle (*Cours de droit comm.*, t. I^{er}). Le crédit, la sécurité des transactions sont les éléments constitutifs du commerce, et « il faut, dit Vital Roux, que la loi atteigne promptement le négociant, au lieu qu'elle peut sans danger suspendre ses effets contre le citoyen ». (*Influence du gouvernement sur la prospérité du commerce*, Paris, 1800.)

D'où la conséquence, que suivre la foi de quelqu'un en droit commercial, est tout différent de ce qu'il est en droit civil. Cette distinction a une importance capitale dans notre sujet. Elle est d'ailleurs le fondement même du code de commerce et en particulier du titre de la faillite. Des actes qui ne constituent même pas des fraudes légères dans les transactions civiles, deviennent des délits, même des crimes, en matière de commerce. Telle est par exemple, la dissimulation de l'actif d'un débiteur. Si le créancier civil est désarmé en présence d'un pareil acte, c'est qu'il est réputé légalement avoir commis une imprudence, tandis que si ce créancier est commerçant, et s'il a affaire à un débiteur aussi commerçant, il est protégé par la loi contre les effets de cette facilité avec laquelle il a accordé sa confiance; la loi veille pour lui sur l'actif de son débiteur; elle le tient placé toujours, pour ainsi dire, sous sa main : c'est un gage légal et réel que le débiteur ne peut pas impunément faire disparaître.

La raison en est toute pratique et point n'est besoin d'insister. Les transactions civiles sont accidentelles entre particuliers, le nombre en est des plus limité entre chacun d'eux. Pour le commerçant au contraire, elles sont multipliées, incessantes, de chaque jour, de chaque heure. Là où le particulier a tout le temps de se renseigner, de réfléchir sur les circonstances et les conditions du marché, le commerçant est obligé de conclure sans délai. La confiance, le crédit s'imposent à lui par la force des choses, par la situation même de celui qui entre en rapport avec lui. Toutes les fois que ces conditions se présentent, la loi se fait plus rigoureuse quant à la responsabilité civile ou pénale, comme elle l'est à l'égard des notaires et en général des fonctionnaires publics, des agents du gouvernement, des dépositaires nécessaires, etc. C'est encore en vertu du même principe que les détournements par les serviteurs sont plus sévèrement punis que les mêmes faits commis par des étrangers à la maison.

C'est pourquoi la simple usurpation de la qualité de commerçant diffère de la manœuvre tendant à faire croire à un crédit imaginaire et suffit à constituer le délit. Cette usurpation implique l'opinion chez la victime de ce crédit indéterminé dont il vient d'être parlé. Il en est de même de l'abus de la qualité de commerçant, mais c'est là, on le comprend, un point de fait laissé à l'appréciation du juge. (FAUSTIN-HÉLIE, *Code pénal*, 5, nos 2195, 2196, 2198 et 2199; Cass., 23 avril 1857, DALLOZ, 1857, 1, 268; Cass., 20 juil-

let 1866; *Ibid.*, 1868, 5, 183; et *Bulletin crim., C. de cass.*, 1866, p. 310.

168. — II. *Des Manœuvres.* — C'est en continuant à déduire les conséquences de cette situation particulière du commerçant que l'on arrive à décider que les infractions à la bonne foi et à la loyauté sont plus rigoureuses dans le commerce que dans les relations ordinaires. Par cette raison les manœuvres tendant à surprendre la confiance n'ont pas besoin d'être aussi nettement caractérisées, quand il s'agit d'actes commerciaux et en particulier d'effets de commerce, que dans d'autres cas d'escroquerie.

169. — Toutefois, c'est très justement que la loi pénale exige autre chose qu'un simple mensonge pour capter la confiance; mais où s'arrête le mensonge et commence la manœuvre? Circonstance de fait dont l'appréciation est souvent délicate et sur laquelle les divergences sont inévitables. Ce ne semble pourtant pas être le cas pour les effets de complaisance et la manœuvre paraît suffisamment caractérisée.

Un individu présente à l'escompte chez un banquier une lettre de change, une traite ou un mandat tiré sur un débiteur fictif et accepté par le tiré; ou bien il offre un billet souscrit à son ordre par ce débiteur fictif: qui ne reconnaîtra là une manœuvre perpétrée dans le but de faire croire à des relations préexistantes, à un contrat antérieur dont nous savons que cet effet de commerce éveille nécessairement l'idée; il fait naître la croyance d'une opération sérieuse intervenue entre le tireur et le tiré, entre le bénéficiaire et le souscripteur, et celle d'un crédit, d'une créance que le premier a sur le second et qu'il peut loyalement céder. (COURCELLE-SENEUIL, *loc. cit.*, p. 97.)

170. — Mais si la lettre de change n'est pas acceptée par le tiré, dira-t-on que la manœuvre n'existe pas et qu'il ne reste plus qu'un simple mensonge? Que c'est un mensonge écrit, à la vérité, mais que ce n'est qu'un mensonge que le banquier avec, un peu de prudence, pouvait éventer?

La distinction entre le mensonge verbal et le mensonge écrit serait bien subtile et le mensonge écrit semble bien être déjà une manœuvre. — Mais pourtant, analysons: Si le banquier, pour s'assurer de la sincérité de l'opération, présente la lettre de change à l'acceptation du tiré et que celui-ci accepte, en quoi cette circonstance qui se passe tout à fait en dehors du tireur, pourra-t-elle modifier sa situation juridique et faire dégénérer en délit, ce qui n'était qu'un acte échappant à la répression? Elle ne prouvera même pas nécessairement une connivence entre le tireur et le tiré et celui-ci peut n'être qu'une victime aussi. Mais à supposer un concert frauduleux entre eux, l'acceptation ne fera qu'introduire un complice dans l'acte délictueux.

Que si le tiré refuse d'accepter la lettre de change et s'il s'ensuit un protêt, est-ce qu'il n'y aura pas eu une tentative d'escroquerie? Conçoit-on

alors que cette circonstance du refus d'acceptation ait une telle influence sur la culpabilité de l'acte qu'elle le rende délictueux comme l'est la tentative en pareil cas, alors précisément que l'acte n'a pas eu d'effet, qu'il n'y a pas eu de dupe, partant pas de préjudice éprouvé; tandis que ce même acte si la victime a été moins prudente, en n'exigeant pas l'acceptation préalable du tiré, si elle a éprouvé un préjudice réel, échappera à l'application de la peine?

171. — La raison de décider, dans cette opinion, serait uniquement que l'escroquerie n'existe pas quand l'imprudence de la victime a été telle qu'elle s'est plutôt trompée elle-même qu'elle n'a été trompée par l'agent. Nous avons déjà en partie apprécié cette objection quand nous avons parlé du crédit en général. Nous avons dit que le commerçant se trouve placé dans une situation vis-à-vis de ses clients qui lui impose la confiance en eux, et atténue par suite l'influence proportionnelle, pour ainsi dire, de son imprudence au regard de la manœuvre qui tend à le surprendre. Mais, allant plus avant, nous rappellerons qu'en principe l'imprudence de la victime ne suffit pas à effacer la culpabilité de l'acte, et qu'elle n'est qu'une cause d'atténuation entièrement laissée à l'arbitraire du juge. Mais c'est là tout, car, nous le répétons, si la victime est prudente, elle évitera le préjudice, mais il n'y aura pas moins eu tentative de la part de l'agent, tentative qui n'aura échoué que par une circonstance indépendante de sa volonté, c'est-à-dire par la prudence de celui qu'il voulait tromper. La manœuvre aura été grossière, il est vrai, mais le plus ou moins d'adresse de l'agent a-t-il jamais été le *criterium* de la culpabilité, ou du degré de culpabilité de l'acte? L'intention n'en existe pas moins chez un maladroit que chez un habile coquin.

La jurisprudence a plus d'une fois décidé dans ce sens, et ces considérations ont été très bien développées par M. LENOEL dans un article de la *Revue pratique*, t. XLIV, 2^e, 1877, p. 325. Il en résulte que pour que l'agent échappe à la peine il faut que la dupe se soit aperçue de la manœuvre et que nonobstant elle s'y soit laissée prendre; en d'autres termes, pour appliquer cette règle à notre espèce, il faut que l'escompteur ait reconnu qu'on lui présentait un billet de complaisance, et qu'il l'ait accepté malgré cela; alors il n'y a plus qu'un prêt pur et simple de sa part, et non l'achat d'une créance; mais aussi, comme nous le verrons bientôt, il arrivera souvent que l'escompteur dans ce cas, au lieu d'être victime, deviendra un complice.

172. — Toutefois, nous devons reconnaître que cette préoccupation de l'imprudence de la dupe exerce une très grande influence sur la répression et plus particulièrement sur la poursuite des délits de cette nature. C'est pourquoi les parquets hésitent très souvent en pareil cas. Mais ce qui justifie leur inaction, ce n'est pas la présomption d'imprudence de la dupe, mais bien une présomption de connivence avec l'agent. C'est là la seule

raison d'être circonspect, parce que nous avons reconnu et démontré qu'en fait il est bien rare que les escompteurs ne reconnaissent pas la manœuvre, et alors il ne reste plus qu'une tentative dont la fréquence est, il faut en convenir, bien faite pour qu'on hésite à surcharger la statistique criminelle de délits de ce genre. Quelques exemples de temps à autre n'en seraient pourtant pas moins d'un effet très salubre.

Le ministère public paraît avoir été encouragé à la tolérance, si ce n'est à l'abstention complète par la circulaire même du garde des sceaux, adressée aux membres du parquet à l'occasion des modifications et de l'extension apportées à l'article 405; on y lit : « Quoique la généralité de l'article doive atteindre les escrocs de toute classe et de tout étage, je vous recommande de veiller à ce que vos substituts, bien pénétrés de la véritable pensée de la loi, ne confondent pas avec la tentative proprement dite d'escroquerie, les manifestations de dol civil ou commercial contre lesquelles la prudence des contractants est une sauvegarde suffisante et dont la répression n'est pas réclamée impérieusement par l'intérêt social, l'exploitation impudente de la crédulité publique, ou les périls du commerce national menacé de discrédit. » (Circulaire du 30 mai 1863.)

Le garde des sceaux ne parlait que de la tentative; les parquets ont cru rentrer dans l'esprit de cette instruction en l'étendant même au délit consommé. Peut-être n'ont-ils pas suffisamment pris garde qu'en principe l'intérêt social est toujours en cause lorsqu'il s'agit d'émissions de valeurs fictives qui, à raison de leur fréquence et de leur importance, jettent plus de trouble dans les relations commerciales que ne le font quelques billets de banque falsifiés ou quelques pièces de monnaie fausse. Le commerce national serait assurément menacé de discrédit si l'on voyait se propager des spéculations qui ne le sont déjà que trop, telles que celles auxquelles se livrent de soi-disant banques coopératives de crédit.

C'est en partant de la connivence des banquiers avec les agents de ces fraudes et en la généralisant, que l'on est arrivé à établir presque en axiôme que l'émission des valeurs de complaisance ne constitue pas une escroquerie. C'est aller beaucoup trop loin et accorder au trafic du papier de circulation une tolérance dont il a usé largement. En matière de délit, tout est essentiellement contingent et des nuances parfois bien délicates à saisir suffisent à faire considérer tel fait comme délictueux ou à laisser impuni tel autre qui y ressemble fort. Mais tout en admettant que les circonstances particulières à chacun d'eux, et spécialement la considération personnelle à l'agent, peuvent exercer une influence considérable sur l'opportunité de la poursuite, nous tenons à proclamer le principe de la culpabilité du fait en droit pénal, comme nous avons démontré qu'il est illicite et immoral en droit civil.

173.— La fausse entreprise que constate l'effet de complaisance est une opération fictive de commerce de laquelle semble résulter une créance au profit de l'agent; pour que cette condition se trouve réalisée il n'est pas nécessaire

qué celui-ci ait fait connaître à la victime les circonstances de l'opération; il suffit que la dupe ait pu croire à une affaire sérieuse d'après les énonciations du titre qui s'offrait à lui.

La manœuvre résultant de la confection d'une valeur fictive ne tend pas seulement à faire croire à une fausse entreprise, elle a aussi pour but d'inspirer la croyance d'un crédit imaginaire et l'espérance d'un événement chimérique. Ces idées sont du reste dans une corrélation intime, elles sont la conséquence immédiate l'une de l'autre. Ce qui donne au genre d'escroquerie que nous examinons une physionomie toute particulière c'est qu'il groupe plusieurs des circonstances énumérées par l'article 405 dont chacune suffirait à constituer le délit. Il n'en est donc que mieux caractérisé dans notre cas.

Le mot crédit est aussi compréhensif que possible. Il ne doit pas s'entendre seulement de l'influence d'un homme en place, mais encore de toute circonstance qui fait que l'agent a des obligés et particulièrement de ce qu'il est propriétaire de créances, droits, actions quelconques pouvant être transférés à la dupe¹. (Cass., 14 mai 1859, *Bull.*, p. 216; d^o 9 mars 1861, *ibid.* p. 84; d^o 19 nov. 1863, *ibid.* p. 453.)

Ce n'est plus ici le crédit général dont nous avons parlé plus haut. Quand un commerçant offre à un banquier ou à tout autre un effet de commerce souscrit ou accepté à son profit, à lui cédant, il se présente dans des conditions bien différentes de fait et de droit de celles où il serait s'il sollicitait une remise de fonds en échange d'un billet signé de lui. Dans le premier cas il offre la cession d'une créance, dans le second il sollicite un prêt, c'est un acte sincère, qui ne dissimule rien, qui n'offre rien en soi de nature à tromper le prêteur : les mensonges dont serait accompagnée la demande pour persuader le crédit, en général, c'est-à-dire la solidité de l'emprunteur, ne sont en rien corroborés par la présentation du billet qui n'exprime qu'un acte non encore réalisé. Toute autre est la signification de l'effet présenté par celui qui propose une cession de créance; pour que cette cession puisse être réalisée, et elle le sera non pas par l'acte présenté, mais par l'endos mis à la suite, il faut que la créance existe au moins en apparence; or cette apparence résulte de l'acte, de l'effet de commerce présenté, offert en cession, effet qui constate une créance, un crédit au profit du porteur, sur le souscripteur ou accepteur, crédit tout spécial, attaché

1. M. BLANCHE (*Études pratiques*, t. VI, n^o 168, p. 173), semblerait, à première vue, être d'une opinion contraire, mais il nous semble faire une interprétation inexacte de l'arrêt qu'il cite. Dans l'espèce il y avait un crédit sérieux, une créance réelle, mais l'agent en avait abusé pour faire des perceptions illicites et toute la difficulté portait sur le pouvoir qu'il aurait eu de les faire, c'est-à-dire sur le droit de les percevoir : c'est ainsi que l'explique l'arrêt, et dans ce cas on était évidemment en dehors des prévisions de l'article 405 du code pénal; il pouvait y avoir usure, mais non manœuvre pour faire croire à un pouvoir ou à un crédit imaginaire. M. Blanche donne lui-même, au n^o 173, un exemple qui montre bien qu'il professe la doctrine que nous adoptons, quand il rapporte l'arrêt de cassation du 19 novembre 1863 que nous citons.

non à la personne du porteur, comme celui de l'emprunteur, mais à l'effet négociable qui en est la manifestation.

Enfin la présentation de cet effet a encore pour but de faire naître chez le cessionnaire la certitude qu'il recouvrera le prix de la cession au moyen du paiement que fera le débiteur, à l'échéance indiquée, du montant de son engagement. Ce débiteur étant fictif, l'événement est dores et déjà chimérique, et le cessionnaire est trompé dans son calcul; bien plus, l'article 405 dans cette partie de son dispositif, suppose que dans bien des cas l'événement a quelque chose d'aléatoire, d'incertain, puisqu'il n'exige qu'une simple espérance; dans l'opération dont s'agit au contraire il y a plus qu'une espérance, il y a une certitude, sinon le cessionnaire refuserait le marché, ou l'acceptant, ne consentirait à payer la créance qu'un prix bien inférieur à sa valeur nominale, pour compenser les chances de pertes; mais, même alors, la circonstance caractéristique du délit se rencontrerait.

174. — III. *Remise des valeurs par la victime.* — Nous l'avons dit, la remise matérielle n'est pas indispensable, puisque la simple tentative de se faire remettre suffit, pour l'application de la peine portée par l'article 405. Il a même été jugé qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ou son complice aient profité de la remise.

Il en est de même de la quatrième condition qu'il nous reste à examiner.

175. — IV. *Détournement des valeurs remises.* — Bien que, pour que cette condition se rencontre, il ne soit pas nécessaire que le détournement ait été réalisé, puisque la tentative est punie comme le fait accompli, il faut pourtant que l'intention de l'agent ait été de s'approprier la valeur à obtenir de la victime à l'aide d'un des moyens que nous avons examinés. Le point délicat est de décider quand il y a intention délictueuse, quand le mobile de l'agent devient coupable. C'est surtout la fixation du principe, des règles de droit qui devront servir de guide aux magistrats chargés de la poursuite ou de la répression qui présente ici des difficultés. Quant à l'appréciation du fait lui-même, elle rentre, dans tous les cas, dans leur domaine à peu près souverain.

Déterminons donc d'abord ce que c'est que le détournement.

Il y a détournement dès qu'il y a appropriation de la chose. Ce point étant acquis, il faudrait décider qu'en matière d'effets de complaisance il y a appropriation légale et juridique par le fait seul de la remise des fonds par le banquier à celui qui lui donne l'effet à l'escompte; cet acte n'étant autre chose qu'une cession de créance, une véritable vente, la propriété des espèces est transférée en même temps que celle de la créance. Le contrat est donc parfait et consommé dès que l'échange du titre et des espèces a été réciproquement accompli. Le cédant n'a plus à l'égard du cessionnaire qu'une obligation de garantie. Mais quant à la créance elle-même, ce n'est plus le cédant qui en est le débiteur, c'est le cédé, et le cédant est désormais légitime propriétaire du prix, sauf le cas de résolution pour

cause d'erreur dans le consentement du cessionnaire produite par le dol et la fraude du cédant. Cette résolution fera cesser le droit de propriété acquis par celui-ci sur le prix et l'obligera à en faire la restitution, mais, si elle annule le contrat, elle ne fait pas disparaître le dol sans lequel la résolution elle-même ne pourrait avoir lieu.

L'acte analysé dans ces termes, l'appropriation a été consommée, et il faut bien dire que l'intention, la volonté de la consommer résulte nécessairement et légalement du contrat. Cela reste incontestable en droit civil; nous pensons toutefois qu'en droit pénal il faut quelque chose de plus.

176.— En effet, le contrat dont s'agit, tout parfait qu'il est, se trouve soumis à une cause de résolution dont nous venons de parler, et qui oblige le cédant à la restitution. Cette condition de restitution, indifférente en droit civil, a une grande importance en droit pénal : le sort de l'incrimination y est souvent attaché.

Nous rencontrons encore cette condition lorsque, du point de vue de la victime, nous passons à celui de l'auteur de la manœuvre. Si dans la pensée de celle-là, le contrat auquel elle a consenti était sérieux et définitif, dans la pensée de celui-ci ce n'était qu'un contrat simulé, sous l'apparence duquel elle n'entendait faire qu'un emprunt, obtenir un prêt de consommation. A la vérité le prêt de consommation transporte bien à l'emprunteur la propriété de la chose (art. 1893 c. civ.), mais il implique l'obligation de rendre, et c'est sur cette obligation, qui est de l'essence du contrat, que l'agent, dans notre cas, s'appuie pour soutenir qu'il n'y a pas eu chez lui intention de s'approprier frauduleusement la chose, et pour essayer de faire disparaître ainsi le caractère frauduleux de son acte.

L'objection est sérieuse et mérite toute l'attention du juge du fait. Une simple allégation ne suffit pas, c'est à l'auteur qu'incombe la preuve de sa bonne foi et il aura le plus souvent bien du mal à l'établir, car en principe, il a à lutter contre l'impossibilité de changer le caractère juridique de l'acte et contre la présomption de fraude qui s'élève contre lui. Le meilleur moyen, l'unique moyen peut-être de démontrer qu'il n'a voulu que contracter un emprunt quelque peu forcé et que son intention, étant de rembourser, n'a rien eu de frauduleux, c'est de rembourser effectivement. Ainsi se trouvera écartée la présomption d'intention frauduleuse de s'approprier la chose remise, ou d'avoir tenté de se l'approprier.

177.— Mais pour cela il faut que l'effet de complaisance soit payé exactement et à présentation, même avant l'échéance si le porteur, découvrant le vice du contrat, en demande la résolution. Un retard, quel qu'il fût, suffirait pour que le délit fût consommé par l'impossibilité, même momentanée, où l'agent peut se trouver de restituer. Car il ne faut pas perdre de vue que nous sommes ici en matière commerciale et que le terme de paiement est de rigueur, sans comporter aucun atermoiement de grâce. Le défaut de paiement est suivi d'un protêt, et le protêt constate légalement un fait qui

est de nature à motiver la faillite. C'est donc à la présentation de l'effet, à quelque moment qu'il lui soit présenté, que le cessionnaire doit être prêt à le payer ou le faire payer, pour établir l'innocuité de son acte. Une fois le protêt dressé, il n'est plus temps et le délit est consommé.

Il y a toutefois un tempérament à apporter à cette décision pour certains cas, ne rentrant pas dans notre sujet, où elle serait trop rigoureuse. Si le créateur d'effets de complaisance avait, au moment de la création, une juste et sérieuse raison de penser qu'il pourrait rembourser à l'échéance, ou à présentation, et qu'il en justifiât, il pourrait échapper à l'incrimination. Par exemple s'il devait recevoir une somme certaine à une époque voisine de l'échéance par lui prise, mais que, par un cas fortuit et en dehors de toute prévision, ces fonds lui aient fait défaut, sa bonne foi éclatera dans tout son jour, à la condition de prouver les faits invoqués comme excuse. Une pareille hypothèse et d'autres analogues se présenteront rarement dans la pratique criminelle, car l'on ne songera jamais sérieusement à incriminer l'acte d'un commerçant qui, ayant accidentellement un urgent besoin d'une somme quelconque, aura recours pour se la procurer à l'émission d'un effet de commerce fictif, pas plus qu'on ne penserait à faire déclarer judiciairement son état de cessation de paiement et sa faillite, quoiqu'en droit rigoureux il pût se trouver dans ce cas; sans aucun doute son action est blâmable, contraire dans une certaine mesure à la probité commerciale, et ce commerçant serait immédiatement noté à la Banque de France, mais on ne saurait rencontrer là les éléments d'un délit.

178. — Mais ce n'est pas une situation toute exceptionnelle, comme celle que nous venons de supposer, qui fait l'objet de nos études. S'il est vrai que les effets de circulation ne sont d'ordinaire que des expédients, et que le commerçant qui y a recours n'a le plus souvent d'autre but que de retarder le dépôt de son bilan, l'excuse de l'intention n'a aucune chance d'être accueillie en pareil cas. L'agent ne peut se faire aucune illusion sur sa position, il sait ou doit savoir, en dépit des espérances qu'il pourrait concevoir contre toutes les probabilités, il y a présomption légale en quelque sorte qu'il sait qu'il ne pourra pas payer, et dès lors c'est de propos délibéré qu'il s'approprie, qu'il détourne les fonds du remettant. C'est pourquoi le désir, l'intention toute platonique de payer en s'en remettant au hasard sur la possibilité de le faire, est insuffisante, si en fait cette impossibilité existe. L'événement définitif doit seul être envisagé. Le commerçant qui prend des engagements, sans être certain de les pouvoir remplir, commet plus qu'une imprudence : c'est une faute dont la faillite peut être la peine. Or l'impossibilité de payer résulte juridiquement de la déclaration de faillite ou du report de la faillite; c'est-à-dire que l'état de faillite peut être déclaré avoir légalement existé à une époque antérieure à celle où elle éclate en fait par la cessation matérielle de paiement. Il arrive souvent que le commerçant encore *in bonis*, et solvable en apparence quand il émet des billets de complaisance avec la ferme volonté et l'espoir de les acquitter,

s'en trouve légalement empêché parce que la faillite sera déclarée avant l'échéance. Il pourra même arriver que l'état de faillite soit reporté à une époque même antérieure à la création de ces effets, cette création étant elle-même considérée comme le signe certain de l'état déjà existant de cessation de paiement. Il en résulte la preuve juridique qu'au jour où il croyait ne contracter qu'un emprunt dissimulé, le commerçant était déjà dans l'impuissance de restituer, et il ne pourrait dans ce cas être recevable à administrer aucune preuve pour détruire cette vérité juridique résultant d'un jugement de déclaration ou de report de faillite ayant acquis autorité de la chose jugée.

Il y a plus, c'est que pour que le délit d'esroquerie fut consommé dans ces circonstances, il ne serait même pas besoin d'une décision émanant de la juridiction consulaire. Il a été jugé que les juges correctionnels appelés à se prononcer sur le caractère délictueux de l'acte, peuvent en apprécier toutes les circonstances et décider qu'au moment de la création des effets l'auteur était déjà en état de cessation de paiement, de la même façon que pour apprécier une incrimination de banqueroute simple ou frauduleuse, ils peuvent déclarer en fait l'état de faillite, sans que cet état ait été préalablement et juridiquement déclaré par le juge commercial.

C'est pourquoi encore la circonstance que les effets ont été retirés au moyen de leur renouvellement, ou acquittés avec des fonds obtenus par l'escompte de nouveaux effets successivement émis à chaque échéance, est tout à fait indifférente pour écarter l'inculpation. Le délit existe dès la première émission si l'auteur a été dans l'impossibilité de restituer avec des ressources régulières et normales dès la première échéance. Si l'on conservait quelques doutes dans le cas d'un premier renouvellement parce qu'il pourrait n'être causé que par un événement tout à fait accidentel et imprévu, il devrait disparaître lorsque l'impossibilité de payer résulte de renouvellements successifs. Il ne faudrait d'ailleurs pas perdre de vue que le commerçant qui émet accidentellement du papier de circulation, cesse par cela même de remplir son engagement à caisse ouverte et qu'en renouvelant ce papier, il se trouve en récidive, et qu'il n'en faut pas tant pour constituer l'état de cessation de paiement.

179. — En partant de l'idée que l'intention frauduleuse est réputée exister lorsque l'agent ne peut pas restituer en temps voulu, on est arrivé à décider au contraire que cette intention frauduleuse fût-elle manifeste au moment où l'agent emploie les manœuvres, le délit n'est pas consommé si l'intention a cessé au moment où le préjudice pouvait avoir lieu, c'est-à-dire à l'échéance. « Attendu... que l'arrêt déclare que les prévenus avaient remis les billets frauduleusement rédigés à des escompteurs, pour en faire la négociation, et qu'aucun fait n'est énoncé qui puisse faire croire que postérieurement à cette remise l'intention frauduleuse des prévenus se fut modifiée. » (Cass., 19 nov. 1863, *Bullet.*, 1863, p. 453.) Cette solution découle de la théorie de la restitution, et de ce que le détournement n'est con-

sommé qu'au moment où l'effet vient à échéance. C'est un tempérament apporté aux conséquences de l'intention frauduleuse, tempérament fondé sur le repentir et l'absence de préjudice, mais que ne comporterait pas la tentative de détournement malgré l'absence de préjudice dans ce cas, mais précisément parce que l'intention frauduleuse ne se trouve pas alors effacée par le repentir.

180. — Nous avons toujours supposé que l'agent est un commerçant aux abois. Mais ce n'est pas le seul cas où l'on rencontrera le délit d'escroquerie perpétré au moyen d'effets de complaisance. Les recueils de jurisprudence en fournissent bien des exemples qu'il n'est pas utile de spécifier.

Nous n'avons plus sur ce sujet qu'à présenter un rapprochement entre le crime de faux pratiqué au moyen d'effets de commerce et le simple délit dont nous nous occupons. Le but dans les deux cas est le même, comme nous l'avons déjà fait remarquer (n° 161) : la soustraction de la fortune d'autrui ; c'est une escroquerie pratiquée à l'aide d'un acte faux, au lieu de l'être avec un acte simulé. Mais dans le cas de faux l'usage consomme le crime, c'est-à-dire que la simple présentation d'un billet faux, lors même qu'il n'aurait pas été accepté, constitue un fait d'usage, c'est-à-dire le crime consommé dans les termes des articles 148 et 151 du code pénal. L'usage du billet simulé ne constitue au contraire dans les mêmes circonstances que la tentative du délit d'escroquerie.

§ 2. — *Abus de confiance.*

181. — Il semblerait résulter des exemples et des commentaires donnés par les auteurs qui ont écrit sur l'article 405 qu'il peut arriver que le remettant conserve quelquefois la propriété de la chose remise, c'est-à-dire que sa volonté ne soit pas de l'aliéner. Ce serait, il nous semble, une erreur, car les contrats où la propriété n'est pas transférée, tel que le prêt à usage, le dépôt, le mandat, sont précisément ceux dont la violation constitue un délit congénère de l'escroquerie, mais pourtant bien distinct, celui d'abus de confiance.

C'est à raison de la différence que cette circonstance caractéristique crée entre les deux délits que l'acte incriminé résultant de l'usage d'un effet de complaisance doit, à notre sens, être qualifié différemment suivant que la victime est l'escompteur, ou bien le souscripteur bénévole, suivant que le préjudice est ressenti par le cessionnaire qui remet les fonds détournés, ou par le débiteur fictif qui est obligé de déboursier les siens pour dégager la signature qu'il a complaisamment prêtée à l'agent du délit. Dans le premier cas, qui est celui que nous venons d'examiner, l'objectif de l'agent, celui qu'il choisit pour dupe, c'est le porteur de l'effet : il y a escroquerie ; dans le second cas, c'est le souscripteur bénévole dont la confiance a été trompée : il y a abus de confiance.

Celui qui souscrit ou accepte du papier fictif, s'engage envers le porteur à en payer le montant à l'échéance. Sa complaisance l'expose à être la victime du bénéficiaire, ou à être considéré comme son complice. S'il fait honneur à sa signature à l'échéance, il paye ce qu'en réalité il ne doit pas ; s'il la laisse protester, parce qu'il est insolvable, il peut être recherché comme complice d'escroquerie de l'auteur principal.

Nous nous occuperons d'abord de la première hypothèse sur laquelle nous avons du reste peu de chose à dire.

182. — Nous avons analysé précédemment (n° 11) le pacte qui intervient entre le souscripteur ou accepteur et le bénéficiaire de l'effet de complaisance. Le premier ne consent à prêter sa signature qu'à cause de l'obligation prise par le second de fournir entre ses mains provision en espèces à l'échéance, afin qu'il ne soit inquiété ni préjudicié à cette occasion. Il importe peu que ce pacte soit illicite, l'inexécution ne donne pas moins lieu à l'application de la loi pénale, parce qu'il y a abus de confiance. Bien que la victime de cet abus soit dépourvue de toute action, à cause de sa turpitude, au moins dans la plupart des cas, ainsi que nous l'avons démontré (n° 72), le délinquant ne peut se faire une excuse de l'immoralité de l'acte auquel a concouru la victime, parce qu'il se trouve, non en présence d'une action privée, mais d'une action publique qu'aucune fin de non-recevoir personnelle à celui qui l'exerce, ne peut écarter. L'inexécution du pacte n'est point une simple abstention, une retraite inspirée par la volonté de ne pas consommer un acte illicite ; elle consomme au contraire le délit en réalisant la dernière condition essentielle, la soustraction et le préjudice causé à autrui.

Peut-être serait-on tenté de dire qu'à l'égard du souscripteur bénévole l'acte est aussi une escroquerie, parce que les fonds détournés ce sont en définitive les siens, que c'est lui qui les fournit, et que c'est à son préjudice que l'agent s'approprie la chose remise. Cependant en analysant exactement les faits, nous voyons que l'acte principal c'est la remise par le souscripteur d'une valeur qu'il ne confie qu'à titre de prêt à usage et pour en faire un emploi déterminé, c'est-à-dire s'en servir à se procurer des fonds, à la condition de les rembourser à l'échéance. C'est un prêt d'une valeur, comme le serait le prêt d'un objet à engager en nantissement, valeur dont la signature fait toute l'efficacité, et qui doit être restituée, avec la signature qui s'y trouve apposée, lorsque l'emprunteur en aura tiré l'usage qu'elle comporte. Le langage usuel ne s'y trompe pas quand il dit que le souscripteur *prête sa signature*. Il contracte sur la foi de la provision. Ce qui caractérise en un mot l'abus de confiance c'est l'exécution frauduleuse de la convention d'où résulte pour la victime perte d'une valeur ou d'argent détournés ou dissipés par l'agent.

183. — Ce n'est pas que celui-ci ne vienne aussi dans la plupart des cas exciper de son intention de remplir son engagement. Comme lorsqu'il s'a-

git d'escroquerie le délit est consommé s'il se trouve en fait dans l'impossibilité de le faire : les raisons de décider sont les mêmes. Ici cette impossibilité constitue ce que l'article 408 qualifie dissipation.

184. — Nous ne devons pas quitter cette partie du sujet sans faire remarquer que le souscripteur bienveillant pourra, par son imprudente confiance, se trouver quelquefois engagé lui-même dans un acte délictueux en ce qui le concerne, non pas comme complice, nous allons examiner ce point dans un instant, mais comme auteur principal. Ce cas est celui que prévoit l'article 586, § 1, du code de commerce. Le commerçant qui, par complaisance, prend des engagements étrangers à ses opérations ordinaires et pour le compte d'un ami, compromet sa situation personnelle et le gage de ses créanciers ; il augmente éventuellement son passif et met ainsi en concours, sur l'actif fourni par ceux qui lui ont fait crédit, des créanciers étrangers avec ses propres créanciers. C'est là un acte blâmable puisqu'il cause un préjudice ; c'est un acte contraire à la stricte probité commerciale, et la loi pénale devait l'atteindre.

§ 3. — De la complicité.

185. — I. *De l'escompteur.* — Lorsque le cessionnaire a connaissance de la simulation, lorsqu'il sait que l'effet qu'on lui remet à l'escompte n'est pas sérieux il n'y a pas escroquerie à son égard puisqu'il n'est pas l'objectif de l'acte. Mais cet acte n'en devient pas pour cela absolument innocent, et s'il atteint d'autres victimes que l'escompteur, il demeure avec son caractère d'escroquerie. C'est ce qui arrive lorsque l'escompteur met en circulation la valeur entachée de simulation. S'il la conserve en portefeuille c'est un prêt qu'il a consenti en pleine connaissance de cause, quoique sous l'apparence d'une cession de créance ; et comme l'effet de la simulation est circonscrit entre les parties qui prennent part à l'opération, elle n'a rien d'illicite ni d'immoral.

Mais c'est là une exception. Si la forme d'un effet négociable, transmissible par endossement a été choisie, ce n'est pas sans motifs. Outre que cette forme se prête au profit de l'escompteur à bien des perceptions qui sont la raison d'être de son industrie, perceptions incompatibles avec le prêt de droit commun, ce mode de réalisation fournit à l'escompteur le moyen de récupérer immédiatement ses fonds, de ne pas les immobiliser. On donne à l'acte, qui ne constate qu'un prêt, l'apparence d'une autre opération et la forme d'une valeur négociable, afin qu'elle soit négociée par le prêteur.

Mais c'est justement alors que l'acte prend un caractère coupable, non seulement en ce qui touche le cédant, mais aussi en ce qui est de l'escompteur, parce qu'alors la simulation devient un dol à l'encontre de ceux qui contractent sur une fausse cause, ou sont induits en erreur sur la sub-

stance de la chose. Prenons un exemple : A tire sur B une lettre de change causée valeur en marchandises. B ne doit rien à A, il n'a pas provision et il est convenu que celui-ci n'a aucune marchandise à lui livrer, ni avant l'échéance, ni à cette époque, pourtant il accepte la lettre de change. A la négocie à C, son escompteur, lequel la passe à son tour à l'ordre de la Banque de France, sachant bien que A n'a eu d'autre but que de se faire consentir un prêt d'une somme égale à l'importance de la lettre de change. A l'échéance l'effet est protesté faute de paiement et retourne ensuite à l'escompteur C qui le rembourse. Si nous allons au fond des choses et réduisons l'opération à ce qu'elle exprime en définitive, nous y trouvons que C l'escompteur a facilité à A le moyen de se faire remettre par la Banque de France le montant de la lettre de change, remise qui n'a été effectuée par celle-ci que sur la foi qu'elle se rendait cessionnaire d'une créance sérieuse, née d'une vente commerciale faite par A à B, et dont la sincérité lui a été garantie par C. Nous savons que c'est la théorie économique de la troisième signature exigée par la Banque de France.

La remise a donc été faite parce qu'au moyen d'une lettre de change acceptée, A a fait croire à la Banque de France à l'existence d'une fausse entreprise, d'un crédit imaginaire et d'un événement chimérique, c'est-à-dire une vente de marchandise par A à B, une créance, un crédit en résultant au profit de A sur B, et enfin le paiement de cette dette par B à l'échéance. Si A s'était présenté directement à la Banque de France pour escompter sa valeur, il aurait été infailliblement éconduit, d'abord parce qu'il y est inconnu, et aussi parce qu'il n'offrait que deux signatures. C, l'escompteur, en apposant sa signature au dos de l'effet a parfait le nombre réglementaire exigé, en même temps qu'il a certifié l'identité et dans une certaine mesure la probité commerciale de A et de B et la sincérité de l'opération intervenue entre eux. Il a ainsi procuré à A le moyen de réussir. Le délit étant consommé par le détournement que l'auteur principal a fait des espèces, tous les éléments de la complicité existent. Voilà le droit strict. Aux tribunaux appartient d'en tempérer la rigueur suivant les circonstances du fait.

186. — Il pourrait même, dans certains cas, être reconnu comme auteur principal, ou même comme seul auteur du délit. Ainsi, lorsque le souscripteur et le bénéficiaire apparent du billet, le tireur de la lettre de change ont entendu ne faire qu'un emprunt dissimulé sous cette forme, à la condition que l'effet ne sortirait pas du portefeuille de l'escompteur, celui-ci en le mettant en circulation surprend la bonne foi de ses cessionnaires. L'usage frauduleux est son fait seul, et la manœuvre résulte de la présentation d'un titre qu'il sait mensonger. Des banquiers, des notaires, à la suite d'émissions considérables de valeurs de ce genre, se sont trouvés dans l'impossibilité de les rembourser à présentation et des catastrophes mémorables s'en sont suivies. L'affaire du notaire Lehon, déclaré en faillite par jugement du tribunal de commerce de la Seine, confirmé par arrêt de la cour de Paris du

17 décembre 1842 et condamné ensuite pour banqueroute frauduleuse, en est un exemple auquel bien d'autres sont venus se joindre depuis. (SIREY, 1843, II, 53.)

187. — Mais le caractère délictueux disparaît si l'escompteur ou le notaire fait connaître au cessionnaire que la forme de l'effet ne couvre qu'un prêt. C'est ce qui arrive très souvent en effet dans la pratique des banquiers et de certains officiers ministériels. Mais c'est là une opération bien distincte dans ses caractères juridiques et ses conséquences de celles dont il vient d'être parlé. Le cédant n'est plus dans ce cas qu'un intermédiaire, accepté comme tel par les parties. Ce n'est plus lui qui prête, et bien qu'il soit engagé au moins très souvent vis-à-vis du porteur, ce n'est plus comme débiteur, mais comme garant de la solvabilité de l'emprunteur. Mais pour que son rôle soit réduit à celui de simple courtier ou commissionnaire, il faut que bien réellement les fonds soient fournis au moment du prêt par le porteur, sans que le courtier les prenne d'abord dans sa caisse, sauf à s'en récupérer ensuite en négociant les effets à lui remis en échange. C'est donc à tort qu'il a été jugé qu'un agent de change qui se fait souscrire une obligation notariée pour prêt, en stipulant que l'emprunteur souscrirait en même temps des lettres de change pour faciliter au créancier la négociation de sa créance, ne devait être considéré que comme un intermédiaire. C'est ce qu'a décidé la cour de Limoges, en chambres réunies, au mois de juin 1880. (V. *France judiciaire*, 16 juillet 1880, p. 588, et *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, août 1880, et l'examen doctrinal qui l'accompagne.)

188. — *Du souscripteur ou accepteur bénévole.* — S'il connaît l'usage qui doit être fait des valeurs sur lesquelles il consent à mettre sa signature, il est incontestable qu'il est complice du délit d'escroquerie, puisqu'il fournit à l'auteur principal le moyen de le perpétrer, qu'il affirme la sincérité d'une opération qui n'est que mensongère, et que de la sorte il caractérise d'une façon plus précise la manœuvre de l'auteur principal. Il lui sera bien difficile de prétexter de son ignorance à l'endroit de l'usage auquel devait servir l'effet souscrit ou accepté par lui, puisque sans cet usage la souscription ou l'acceptation dudit effet n'avait pas de raison d'être.

Si le souscripteur ou accepteur tire un profit de l'émission, ce n'est plus seulement un complice, c'est un co-auteur.

189. — *Conclusion.* — Notre législation sur les lettres de change est vivement attaquée depuis un certain temps par une école de jurisconsultes et d'économistes qui s'inspirent de théories apportées d'outre-Rhin. Sur une matière où il s'agit avant tout de sauvegarder et de protéger la loyauté du commerce français, il n'y a peut-être guère d'opportunité à aller chercher chez nos voisins des exemples qui ne s'accommoderaient pas avec nos mœurs, et à détruire le frein que le législateur a prudemment mis à la

29 novembre 19

circulation des effets de banque qui ne sont que l'apparence d'opérations commerciales.

On soutient que la nécessité d'une remise effective de place en place est une gêne inutile, et que cette prescription de l'article 110 du code de commerce n'aurait pas dû survivre à l'abolition de la contrainte par corps. Sans doute elle n'a plus aujourd'hui l'utilité qu'elle présentait avant de soustraire les simples prêts ou simples promesses à la contrainte par corps. Mais ce n'était là qu'un effet accessoire et d'une application bien rare, quand il s'agissait de véritables commerçants : ce n'est pas parmi eux que se recrutaient d'ordinaire les pensionnaires de la maison de la rue de Clichy. Si, au contraire, on supprime le § 1^{er} de l'art. 110, c'est le contrat de change lui-même qui est supprimé, ou au moins la lettre de change qui l'exprime cesse d'avoir sa raison d'être. Ce n'est plus que du papier-monnaie, et tel est bien le but que l'on poursuit sans tenir compte des dangers considérables que l'on ferait courir à la sécurité commerciale.

On déclare bien, à la vérité, et même très expressément, que l'article 110 resterait toujours applicable, particulièrement aux prêts déguisés; mais ce ne serait qu'un leurre. On n'aurait fait que légitimer la fraude et toutes les manœuvres coupables du commerce aux abois qui ont fait l'objet de notre étude; on arriverait ainsi à l'abrogation implicite de l'article 585 du code de commerce déjà si rarement appliqué.

Quoi qu'il en soit au surplus de ces théories et des chances qu'elles peuvent avoir de triompher, il faudra se préoccuper des moyens de protéger le commerce honnête, qui en a plus que jamais besoin. La législation actuelle nous les fournit, il ne s'agit que de les appliquer avec un peu plus de fermeté. Bien des escroqueries, bien des abus de confiance sont poursuivis aujourd'hui avec rigueur par les parquets et atteints par la justice répressive qui ne méritent pas sa sévérité au même degré que ceux dont les effets de complaisance sont la manifestation. Notre but aura été atteint si nous avons appelé quelque peu l'attention des magistrats sur leurs caractères juridiques.

190. — Il est une autre réforme dont on se préoccupe vivement aussi dans le commerce et qui paraît plus désirable, si elle devait mettre dans une large proportion un terme aux pratiques dont il s'agit. Si le commerce honnête avait un moyen légal et sûr de conjurer sa ruine et son déshonneur en évitant

du bonnet vert le salutaire affront,

n'y a-t-il pas quelque raison d'espérer que la loi pénale reprendrait son efficacité et que le trafic des effets de complaisance serait entravé? Nous voulons parler des concordats amiables. Il faut bien qu'il y ait là quelque chose qui s'impose, car les projets de loi sur ce sujet se succèdent avec persistance, sans se laisser décourager par les échecs antérieurs. En ce

moment même, une nouvelle proposition de loi, déposée par un grand nombre de députés, le 15 juin dernier, appelle encore une fois la sollicitude des chambres sur la réforme des faillites (V. le *Journal officiel* des 5, 6 et 7 juillet 1880). Le commerçant gêné serait inexcusable d'employer des moyens blâmables pour maintenir son crédit le jour où il lui serait possible d'arriver au même résultat en s'entendant loyalement avec ses créanciers.

