

demeure de la livrer, bien que la demeure n'empêche pas l'acheteur d'être propriétaire. Il faut donc laisser de côté la maxime citée par Jaubert, elle ne s'applique pas en matière d'obligations.

**509.** Le principe établi par l'article 1302 ne s'applique pas exclusivement à l'obligation de donner. Si le débiteur est libéré, c'est parce qu'il est dans l'impossibilité de prêter la chose, sans que cette impossibilité lui soit imputable. Or, il peut aussi être impossible au débiteur d'une obligation de faire de remplir son obligation, par suite d'un cas fortuit qui ne peut lui être imputé; il faut, dans ce cas, dire de lui ce que l'on dit du vendeur : A l'impossible personne n'est tenu. Il y a cependant une différence importante entre l'obligation de donner et l'obligation de faire, en ce qui concerne les suites de la libération du débiteur. Dans les obligations de donner, le débiteur, s'il est en même temps créancier, conserve son droit contre l'autre partie contractante; tandis que dans les obligations de faire, le débiteur n'est libéré qu'en ce sens qu'il n'est pas tenu à des dommages-intérêts s'il se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation par suite d'un cas fortuit; mais il ne peut pas demander à l'autre partie ce que celle-ci lui avait promis. Quels sont les motifs de cette différence qui existe entre les obligations de faire et les obligations de donner? Il faut d'abord écarter l'article 1138 qui suppose la perte d'une chose que le débiteur était obligé de conserver; dans les obligations de faire, il ne s'agit pas de conserver une chose. Dès lors le motif qui justifie l'article 1138 ne peut être invoqué par le débiteur; il se tourne, au contraire, contre lui. Pourquoi le vendeur, tout en étant libéré de son obligation de donner, peut-il demander le paiement du prix? Parce qu'il a rempli son obligation en conservant la chose avec les soins d'un bon père de famille; ayant rempli son obligation, il a le droit d'exiger que l'acheteur remplisse la sienne. Il n'en est pas de même de celui qui s'est obligé à faire; si on ne peut pas le forcer à faire ce qu'un cas fortuit l'a empêché de faire, toujours est-il qu'il n'a pas fait ce qu'il s'était obligé de faire; son obligation n'étant

pas remplie, l'obligation corrélatrice contractée par l'autre partie n'a plus de cause, le contrat reste sans exécution (1).

## § II. Conditions.

### № I. PERTE DE LA CHOSE.

**510.** Il faut que le corps certain et déterminé qui fait l'objet de l'obligation vienne à périr, ce qui suppose une destruction totale de la chose; l'article 1302 assimile à la perte les cas où la chose est mise hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence. Nous laissons de côté ce dernier cas, que la loi met à tort sur la même ligne que la destruction de la chose; si la chose est seulement perdue, elle existe encore, et elle peut se retrouver; donc l'obligation aussi subsiste, elle ne s'éteindra que lorsqu'il sera certain que la chose a cessé d'exister. Quand la chose est mise hors du commerce, elle existe encore matériellement, mais légalement elle n'existe plus, puisque, aux termes de l'article 1128, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Quand donc la chose était dans le commerce lorsque le contrat a été passé et que postérieurement elle est mise hors du commerce, la convention se trouve sans objet, donc l'obligation du débiteur est éteinte. C'est ce qui arrive, dit Pothier, quand la chose est expropriée pour cause d'utilité publique; destinée à un service public, elle est mise par cela même hors du commerce. Le rapporteur du Tribunal ajoute que l'indemnité que le gouvernement paye à celui qui est exproprié revient au créancier. Résulte-t-il de là que le débiteur doit payer cette indemnité au créancier? Non, dit Jaubert, il n'est obligé qu'à lui céder ses droits et ses actions contre l'Etat qui exproprie (2). Cela

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 491, n° 260 bis IV. Toullier, t. IV, l. p. 348, n° 462. Marcadé, t. IV, p. 651, n° IV de l'article 1302.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 650. Jaubert, Rapport, n° 59 (Loché, t. VI, p. 218). Duranton, t. XI, p. 595, n° 494.

n'est pas exact, comme nous allons le dire. C'est un corps certain et déterminé que l'on exproprie; donc il faut appliquer le principe que la propriété est transférée au créancier par le seul effet du contrat; or, c'est au propriétaire que l'indemnité est payée, le débiteur n'a donc rien à lui céder, il n'est tenu à rien.

**511.** L'article 1303 dit qu'en cas de perte le débiteur est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à la chose périée, mise hors du commerce ou perdue, de les céder à son créancier. Tous les auteurs remarquent que ce principe, vrai dans l'ancienne jurisprudence, ne l'est plus dans notre droit nouveau. Dans l'ancien droit, la propriété n'était transférée que par la tradition; le vendeur restant propriétaire, c'est à lui qu'appartenaient les actions relatives à la chose vendue, telles que l'action en indemnité en cas d'expropriation, l'action contre le voleur si la chose était volée; il devait les céder à l'acheteur qui avait droit, en vertu du contrat, à toutes les actions concernant la chose vendue. Dans notre droit moderne, la chose vendue est la propriété de l'acheteur dès l'instant où le contrat est parfait; c'est donc sa chose qui est expropriée ou volée, par conséquent c'est à lui que les actions appartiennent. Les auteurs du code ont maintenu, par inattention, une conséquence des anciens principes qu'ils avaient abolis par l'article 1138. L'article 1302 ne recevrait d'application aujourd'hui que si les parties étaient convenues que la propriété ne serait transférée que par la tradition; dans ce cas, le vendeur devrait céder à l'acheteur les droits et actions qu'il peut avoir par rapport à la chose (1).

**512.** Il a été jugé, par application de l'article 1303, que le débiteur, en cas d'incendie de l'immeuble par lui hypothéqué, est tenu de céder aux créanciers hypothécaires son action en indemnité contre l'assureur de l'immeuble (1). C'est une erreur. Le débiteur qui donne un immeuble en hypothèque n'est pas débiteur de l'immeu-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 354, n° 476. Mourlon, t. II, p. 776, n° 1479. Colmet de Santerre, t. V, p. 490, n° 260 bis II.

ble, l'hypothèque n'est qu'une garantie qui est aux risques du créancier; son droit est un droit réel qui périt avec la chose dans laquelle il l'exerce. Si le débiteur a une action en indemnité contre l'assureur en cas d'incendie, cette action dérive d'un contrat auquel le créancier hypothécaire est étranger; donc l'action ne naît pas de la perte de la chose, et il n'y a que les actions résultant de la perte que le créancier peut exercer et qui doivent lui être cédées, d'après l'article 1303. Les créanciers hypothécaires n'auraient droit à la prime que si l'action en indemnité leur avait été cédée (1). Notre loi hypothécaire a décidé la difficulté. Nous y reviendrons au titre des *Privilèges et hypothèques* (t. XXXI, n° 400).

**513.** L'article 1302 suppose que la perte est totale. S'il reste une partie de la chose, l'obligation subsiste pour cette partie. Cela n'est pas douteux, dit Pothier; en effet, tant qu'il reste une chose qui puisse faire l'objet d'une obligation, il n'y a pas de raison pour qu'elle s'éteigne. Il y avait cependant une grande controverse dans l'ancien droit, lorsque ce qui reste de la chose ne peut être considéré comme une partie de la chose due. Un bœuf périt sans la faute du vendeur : l'acheteur a-t-il droit à la peau? Pothier se décide pour l'affirmative, en droit et en équité. Nous n'entrons pas dans ce débat, parce que dans notre droit moderne il est d'ordinaire sans intérêt : le créancier étant propriétaire de la chose, il va sans dire que ce qui en reste lui appartient. Toutefois la question peut encore se présenter s'il s'agissait de choses accessoires promises pour l'usage et le service de l'objet principal. Ce serait une question d'intention. Le créancier y aurait droit, malgré la perte de la chose principale, si telle avait été l'intention des parties contractantes; mais leur volonté peut aussi être que, la chose principale périsant, les accessoires ne soient pas dus. C'est une question de fait (2).

(1) Grenoble, 27 février 1834 (Dalloz, au mot *Assurance terrestre*, n° 84). En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 490, n° 260 bis III; Aubry et Rau, t. IV, p. 244, note 5. § 331.

(2) Pothier, n° 669. Colmet de Santerre, t. V, p. 489, n° 260 bis I.