

loin de mettre un terme au litige quant au fond, lui laissaient toute son importance et toute son incertitude. En effet, ils soumettaient la reconnaissance définitive des prétentions des demandeurs à la charge de prouver leur généalogie, la légitimité de leurs différents titres et l'ubiquité exacte des parcelles auxquelles ces titres s'appliquaient; il pouvait donc arriver que, ces preuves venant à défaillir, les demandeurs succombassent, en tout ou en partie, dans leurs réclamations. Partant, leurs droits étaient litigieux (1). Il en serait de même si la justification et, par suite, le droit dépendaient d'une expertise (2). Mais toute expertise ne rend pas le droit incertain. Des difficultés s'élèvent sur une créance résultant de travaux; le débiteur s'adresse au juge des référés pour faire constater par experts l'état des travaux. L'ordonnance du juge rendait-elle le droit litigieux? Non, car il est de principe que la procédure de référé ne fait aucun préjudice au fond (code de proc., art. 980); or, dans l'espèce, l'ordonnance du président renvoyait les parties à se pourvoir au principal, et ordonnait simplement la constatation de l'état des travaux: il n'existait donc pas de litige sur le fond du droit (3).

594. Quand la défense du débiteur rend-elle le droit litigieux? Il faut avant tout qu'il y ait défense. Cela est d'évidence; cependant la question a été portée devant la cour de cassation de Belgique. A l'époque de la cession, il y avait procès, mais le défendeur n'avait manifesté, par aucun acte, l'intention de résister à la demande, il n'avait fait valoir aucun moyen de défense contre l'action; on ne pouvait donc pas dire qu'il y eût contestation sur le fond du droit; par suite, malgré le procès, le droit n'était pas litigieux (4). La cour de cassation de France a eu à juger une affaire analogue; au moment où la cession fut consentie, le défendeur n'avait pas constitué avoué; dès lors, toute contestation était légalement impossible et, partant,

(1) Rejet, 1^{er} mars 1865 (Daloz, 1865, I, 366).

(2) Rejet, 14 mai 1861 (Daloz, 1862, I, 469).

(3) Angers, 14 juillet 1869 (Daloz, 1870, 2, 34).

(4) Rejet, 7 février 1846 (*Pasicrisie*, 1846, I, 157).

il n'y avait pas lieu à l'exercice du droit de retrait (1).

595. Toute dénégation du droit réclamé ne constitue pas une contestation sur le fond du droit. Le conseil d'administration d'une société refuse d'accueillir une demande d'une part dans les bénéfices. Assignation en justice. Là le défendeur se borne à opposer une exception d'incompétence. Le droit ayant été cédé, la cour de Lyon admit le retrait. Cette décision a été cassée. Une dénégation convenue dans une délibération d'un conseil d'administration n'est pas une contestation sur le fond du droit; donc la chose n'était pas litigieuse, et une exception d'incompétence ne rend pas non plus le droit litigieux. Ce qui avait trompé la cour, c'est que le procès, au fond, paraissait inévitable après la décision du conseil, mais cela ne constituait pas un litige dans le sens de l'article 1700 (2).

596. Il ne suffit point qu'il y ait une contestation sur le fond, il faut que le juge du fait constate dans sa décision l'existence des conditions requises par la loi pour qu'il y ait droit litigieux. La cour de Paris avait admis le retrait, en constatant simplement qu'il y avait devant la cour contestation sur le fond du droit; cette déclaration était insuffisante, car il n'en résultait pas que la contestation existât antérieurement et au moment de la cession, comme l'exigent les articles 1699 et 1700. La cour de cassation ajoute que la preuve de cette contestation ne ressortait d'ailleurs d'aucun des documents du procès; en conséquence, elle cassa l'arrêt attaqué pour fausse application et, par suite, violation de la loi (3). Cela est rigoureux, mais cela est légal.

§ II. *Quand le retrait doit-il ou peut-il être exercé? Quelles sont les obligations du retrayant?*

597. La loi ne fixe aucun délai pour l'exercice du retrait; il n'y a donc pas de déchéance légale en cette ma-

(1) Rejet, chambre civile, 4 février 1867 (Daloz, 1867, I, 65).

(2) Cassation, 1^{er} mai 1866 (Daloz, 1866, I, 318).

(3) Cassation, 11 décembre 1866 (Daloz, 1866, I, 424) Comparez cassation, 5 juillet 1819 (Daloz, au mot *Vente*, n° 2054).