voyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVI, nos 197-201). Et il n'est pas exact non plus de dire que l'obligation de livrer n'est pas une obligation de faire; ce qui est vrai, c'est que cette obligation peut d'ordinaire être exécutée malgré le débiteur, tandis que la plupart des obligations de faire exigent l'intervention personnelle du débiteur. Nous disons d'*ordinaire*. Car il se peut que la chose que le débiteur s'est obligé de prêter ne se trouve plus dans ses mains; s'il l'a aliénée, le créancier n'a pas d'action contre l'acheteur, puisqu'il n'a qu'un droit de créance. Dans ce cas, la promesse de prêter ne pourra pas être exécutée forcément, elle se traduira en dommages-intérêts.

CHAPITRE II

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION I. — De la nature et des conditions du prêt à usage.

455. « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875). Il est donc de l'essence du prêt que celui à qui la chose est livrée la reçoive pour s'en servir à un certain usage pour lequel elle lui est prêtée. Cet usage est personnel à l'emprunteur, en ce sens qu'il ne peut pas céder son droit à un tiers; il n'a pas de droit dans la chose, comme l'usufruitier ou l'usager, il n'a que le droit de faire un certain usage de la chose, usage qui a déterminé les parties à contracter. Le projet admis par le conseil d'Etat ajoutait : *pour ses besoins;* ce qui marquait la personnalité du contrat. Le Tribunat proposa de retrancher ces mots, comme inutiles, parce qu'ils disaient surabondamment ce qui était déjà suffisamment exprimé (1).

Toutefois l'article 1879 porte que « les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. » C'est l'application du droit commun : nous stipulons et nous promettons pour nous et pour nos héritiers. L'article 1122 ajoute cette restriction : « A moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention. » Ne devrait-on pas ranger le prêt parmi les contrats qui sont personnels de leur nature? Il est certain que les motifs que donnent le rapporteur et l'orateur du Tribunat pour expliquer le prêt sont tous personnels. « Celui, dit Boutteville, qui consent à aider de sa chose un concitoyen, un ami, exerce envers lui un acte de générosité, d'amitié ou de bienfaisance »: voilà certes des sentiments personnels. Albisson invoque également la bienveillance, la commisération, la bienfaisance, la fidélité (2). Il y a plus; l'objet du contrat est presque toujours personnel à l'emprunteur : est-ce que ses besoins sont ceux de ses héritiers? Cela peut arriver, mais c'est certainement l'exception. La loi fait, au contraire, de l'exception la règle et de la règle l'exception; l'article 1879 ajoute : « Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée. » Quelle est cette considération de l'emprunteur? C'est ou le lien d'amitié qui unit les parties, ou le besoin personnel de l'emprunteur : question de fait dont la solution dépend de l'intention des parties contractantes et des circonstances de la cause.

456. Le prêt est temporaire; l'article 1875 dit que l'emprunteur est obligé de rendre la chose après s'en être servi. Mais, de son côté, le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel

(1) Observations du Tribunat, n° 3 (Locré, t. VII, p. 273). Duvergier, *Du prêt*, p. 12, n° 15.
(2) Boutteville, Rapport, n° 2 (Locré, t. VII, p. 279). Albisson, Discours, n° 2 (Locré, t. VII, p. 283).

elle a été empruntée (art. 1888). Ne faut-il pas conclure de là que le prêt à usage est un contrat bilatéral, ce qui rendrait applicables les articles 1184 et 1325? Non, on ne peut pas considérer comme une obligation le droit d'usage que le prêteur donne à l'emprunteur, c'est plutôt une condition d'existence du contrat. En effet, il n'y a pas de prêt si l'emprunteur n'a pas le droit d'user de la chose; donner la chose d'une main afin que l'on s'en serve et la reprendre de l'autre, ce n'est pas prêter; pour qu'il y ait prêt, il faut que la chose soit remise à l'emprunteur avec l'intention qu'il s'en serve. C'est la livraison faite dans cette vue qui constitue le contrat. Et, une fois le contrat formé, le prêteur n'a plus aucune obligation à remplir en vertu du commodat; l'emprunteur seul est obligé, donc le contrat est unilatéral. C'est donc improprement que le code parle des obligations du prêteur dans la section III, intitulée : *Des engagements de celui qui prête à usage;* il n'est obligé que par un fait accidentel, dans les cas prévus par les articles 1890 et 1891; mais ces obligations, comme nous le dirons plus loin, ne naissent pas du contrat même; donc elles ne peuvent pas avoir pour effet de le rendre bilatéral.

Le principe que le prêteur a le droit d'user de la chose pendant le temps convenu expressément ou tacitement sert à distinguer le commodat du précaire. On entend par précaire, dit Pothier, une convention par laquelle, à votre prière, je vous donne une chose pour vous en servir tant que je voudrai bien le permettre, et à charge de me la rendre à ma réquisition. On peut voir dans Pothier les différences qui existaient, en droit romain, entre le précaire et le commodat. En droit français, c'est une simple modification du prêt; le prêteur peut réclamer la restitution de la chose, sans même invoquer le besoin qu'il en aurait; le terme dépend donc de sa seule volonté; tandis que, dans le commodat, le prêteur ne peut reprendre la chose qu'à l'expiration du terme convenu (1).

457. L'article 1876 ajoute un caractère qui distingue

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, nos 87 et 88.

le prêt à usage : il est essentiellement gratuit. Si celui qui accorde l'usage d'une chose exige une prestation de l'autre partie, il n'y a plus de prêt. C'est un autre contrat, soit un louage, si la prestation consiste dans une somme d'argent, soit un contrat innomé, quand l'autre partie s'oblige à donner ou à faire quelque chose en retour de l'usage qu'elle reçoit (1).

458. Qui peut consentir un prêt? Le prêt étant un contrat, les parties doivent avoir la capacité de s'obliger. De là suit que les incapables ne peuvent pas consentir un commodat. C'est le droit commun. Dans l'application, il faut distinguer entre le prêteur et l'emprunteur; la différence est grande entre les deux parties contractantes: l'une se prive de la jouissance de la chose pour la conférer à l'emprunteur; tandis que celui-ci obtient un avantage purement gratuit. La situation des parties n'étant pas la même, leur capacité doit aussi être différente.

Le prêt est une libéralité, mais la libéralité ne porte que sur l'usage de la chose, et cet usage n'est pas un démembrement de la propriété, c'est un droit de créance. De là suit que le prêt n'est pas un acte de disposition. En faut-il conclure que c'est un acte d'administration? On l'enseigne (2). Nous croyons que la conséquence n'est pas juridique. L'administration se fait dans l'intérêt de celui qui administre; voilà pourquoi la loi permet à des incapables de faire des actes d'administration; tels sont les mineurs émancipés et les femmes séparées de biens. Le législateur suppose qu'ils géreront bien leurs propres affaires, puisqu'ils y sont intéressés. On ne peut en dire autant du prêt : comme tout donateur, le prêteur perd, et perdre n'est pas administrer. Or, des que le commodat dépasse le pouvoir d'administration, les incapables, qui n'ont que ce pouvoir, ne peuvent pas le consentir. A plus forte raison les administrateurs des biens d'autrui, tels que le tuteur, le mari, ne peuvent-ils pas donner à prêt les choses mobilières ou immobilières qui appartiennent à ceux dont ils

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 3.
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 24, n° 54.

gèrent les biens; donner, quel que soit l'objet du don, n'est pas administrer (1).

Quant aux incapables proprement dits, les mineurs non émancipés, les interdits, les femmes mariées sous un autre régime que celui de séparation de biens, ils ne peuvent pas prêter, parce qu'ils sont frappés d'une incapacité générale de contracter. Il suit de là que le prêt qu'ils feraient serait nul. La nullité est relative, par application des principes concernant les actes faits par les incapables et la nullité qui en résulte (art. 1125) (2).

459. Les incapables peuvent-ils emprunter? Par le commodat, ils reçoivent un avantage gratuit; sous ce rapport, ils améliorent leur position; mais, d'un autre côté, ils s'obligent à veiller à la conservation de la chose prêtée avec les soins d'un bon père de famille; s'ils manquent à cette obligation, ils sont responsables; partant ils ne peuvent pas recevoir un prêt. Est-ce à dire qu'ils doivent restituer la chose empruntée, sans en avoir usé? L'incapable seul peut opposer son incapacité; il peut donc user de la chose jusqu'à l'expiration du terme convenu. Sera-t-il tenu de la perte pour n'avoir pas conservé la chose en bon père de famille? Non, car il n'est pas tenu comme emprunteur; il ne répond donc que de son dol en vertu de l'article 1310 (3).

460. Quelles choses peuvent faire l'objet du commodat? L'article 1878 répond : « Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention. » Il faut que la chose soit dans le commerce; c'est l'application du principe établi par l'article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette règle, au titre des *Obligations*. L'article 1878 exige encore que la chose ne se consomme pas par l'usage; en effet, il est de l'es-

(1) Comparez, en sens divers, Duranton, t. XVII, p. 576, n° 510; Duvergier, *Du prêt*, p. 52, n°s 46 et 47.
(2) Duranton, t. XVII, p 575, n° 509. Mourlon t. III, p. 372, n° 936. Duvergier, *Du prêt*, p. 50, n° 45.
(3) Duvergier, *Du prêt*, p. 47, n°s 38-40

sence du commodat que l'emprunteur s'oblige de rendre la chose après s'en être servi; or, quand la chose est consomptible, il ne peut s'en servir sans la consommer, ce qui le met dans l'impossibilité de la rendre. Cela résulte encore de l'article 1877, qui consacre un autre caractère également essentiel du prêt à usage : « Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée. » Or, si la chose était consomptible, l'emprunteur en deviendrait nécessairement propriétaire, puisqu'il aurait le droit de la consommer, c'est-à-dire de la détruire, et le propriétaire seul a ce droit. Toutefois le principe que le commodat ne peut avoir pour objet des choses consomptibles reçoit une exception, comme nous l'avons dit plus haut (n° 451); il est inutile de citer les exemples que les auteurs donnent, ce sont des exemples d'école. Nous renvoyons à Pothier (1).

L'article 1878, emprunté à Pothier, est conçu dans les termes les plus généraux; il s'applique donc à toutes les choses non consomptibles, pourvu qu'elles soient dans le commerce. D'ordinaire ce sont les choses mobilières qui font l'objet de ce contrat; néanmoins les immeubles peuvent aussi être prêtés. Pothier en fait la remarque, et nous en avons vu un exemple emprunté à la jurisprudence (n° 454).

461. Le prêteur doit-il être propriétaire de la chose qu'il donne en prêt? Non, les lois romaines disent et Pothier répète que si un voleur prête la chose qu'il a volée, c'est un vrai contrat de prêt qui oblige celui à qui elle est prêtée de la rendre au voleur; entre les parties, le prêt produit tous ses effets. Bien entendu que le propriétaire pourrait revendiquer la chose contre l'emprunteur; c'est un des cas dans lesquels la loi admet la revendication des choses mobilières (art. 2279) (2).

462. Le code ne contient aucune disposition sur la preuve du prêt à usage. Dans le silence de la loi, on applique les principes généraux qui sont établis au titre des *Obligations*. Il en résulte que le prêteur ne peut prouver

(1) Pothier, *Du prêt à usage*, n°17. Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 18, n° 39
(2) Pothier, *Du prêt à usage*, n° 18.

le prêt par témoins lorsque la chose prêtée a une valeur de plus de 150 francs, à moins qu'il n'ait un commencement de preuve par écrit, ou que le prêt ne se soit fait dans des circonstances où l'on ne pouvait pas faire d'actes par écrit (art. 1341, 1347 et 1348, n° 3). Dans l'ancien droit, la question était controversée, bien qu'il n'y eût pas le moindre doute; aussi Pothier ne mentionne pas même la controverse; il se borne à appliquer l'ordonnance de 1667 au prêt, comme elle s'appliquait, d'après sa disposition formelle, au dépôt.

Cependant la cour de Colmar a admis la preuve testimoniale du prêt d'un immeuble. Il ne vaudrait pas la peine de mentionner l'arrêt, très-ancien, si Troplong n'avait jugé convenable d'en prendre la défense, alors que tous les auteurs le critiquent et le répudient. La cour dit que le législateur qui défend la preuve par témoins du dépôt volontaire (art. 1341) ne la prohibe pas dans le cas du prêt à usage, sans doute parce qu'il a regardé la facilité de confier quelque chose à un ami qui vous le demande comme un fait plutôt que comme une convention. Que des personnes étrangères à notre science raisonnent ainsi, cela se comprend à la rigueur; mais une cour d'appel! Peut-il y avoir prêt sans concours de consentement? et tout concours de consentement n'est-il pas un contrat? Mais à quoi bon discuter quand la loi a parlé? Elle qualifie le prêt à usage de contrat (art. 1875), et l'on est presque honteux de le rappeler. La cour invoque les sentiments d'humanité qui portent une personne à faire un prêt à un ami; dans l'espèce, il s'agissait d'une cave qui avait été prêtée pour y déposer deux pièces d'eau-de-vie pendant une année où les vendanges avaient été si abondantes, que personne, pour ainsi dire, n'avait pu loger chez soi les vins et eaux-de-vie. Ce serait, dit-on, détruire la confiance qui doit régner entre les hommes et les meilleurs sentiments que d'exiger un écrit; il faut donc laisser au prêteur la faculté de prouver le fait par témoins (1). Notre réponse est simple et péremptoire; elle est écrite

(1) Colmar, 18 avril 1806 (Dalloz, au mot *Prêt*, n° 59).

dans l'article 1341; la loi rejette la preuve testimoniale pour *toutes choses*, même pour dépôts volontaires; elle n'admet donc pas ces sentiments de délicatesse qui empêchent de demander une reconnaissance écrite; délicatesse, d'ailleurs, très-déplacée, puisque la défiance ne s'adresse point à l'ami à qui on prête la chose, c'est une mesure de prudence dictée par l'incertitude de la vie humaine.

Que dit Troplong pour défendre cet étrange arrêt? Que l'emprunteur n'avait qu'une chose à prouver, à savoir que la cave lui avait été prêtée, ou, si l'on veut, qu'il en tenait du propriétaire la possession précaire. Or, en pareil cas, la preuve testimoniale était certainement admissible; la possession d'un immeuble est une affaire de fait, c'est par la preuve testimoniale qu'on en démontre l'existence, la durée et les caractères; rien n'est plus constant en jurisprudence. Troplong finit par dire que ceux qui ont critiqué la décision de la cour de Colmar n'ont pas fait attention à cette nuance de l'arrêt (1). Ce que Troplong appelle une nuance de l'arrêt est tout simplement une confusion des notions les plus élémentaires de droit, et, il faut le dire, l'auteur augmente encore la confusion qui règne dans l'arrêt; il mêle et confond des choses et des situations qui n'ont aucun rapport entre elles. Sans doute, la possession est un fait qui se prouve par témoins; mais quand et dans quelles circonstances? Quand il n'existe aucun lien de droit entre les parties lorsque, le possesseur invoque la possession pour y fonder la prescription contre le propriétaire qui revendique. Or, dans l'espèce, le possesseur soutenait que la cave lui avait été prêtée; la possession de la cave n'était donc plus un simple fait, il s'agissait d'une tradition faite par suite d'un contrat, c'est donc le contrat qu'il fallait prouver; cela décide la question, qui réellement n'en est pas une.

(1) Troplong, *Du prêt*, n° 68. Comparez Pont, t. I, p. 13, n° 30.